

# Ius Novum

ISSN 1897-5577

$\frac{2}{2011}$
------------------



---

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. Wieradowska 43  
tel. 22 54 35 450  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)  
[wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto: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](mailto:elipsa@elipsa.pl), [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)



## SPIS TRECI

### ARTYKUŁY

<b>Dr hab. Zbigniew J. Drzejewski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego</b> Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. Szkoły kilofalowej. Część I.....	7
<b>Mgr Remigiusz Rabięga, asystent na Wydziale Prawa Karnego i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego</b> O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary .....	22
<b>Mgr Kazimierz J. Lelek, doktorant na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego</b> Skuteczność zarzutu opartego na naruszeniu art. 41 § 1 k.p.k., a standard rzetelnego procesu .....	39
<b>Dr Paweł Daniluk, adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego IPN PAN</b> Konstytucyjne prawa do sądu oraz do obrony a obligatoryjne zarządzenie wykonania kary .....	51
<b>Mgr Marta Tuńnik, doktorantka Uczelni Łazarskiego</b> Postępowanie w stosunku do nieobecnych w postępowaniu karnym skarbowym .....	61
<b>Dr Czesław Paweł Kłak, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego</b> Rozpatrzenie sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki i skarga na przewlekłość postępowania. Zagadnienia wybrane .....	82

2/2011

<b>Dr Janusz Cabaj, adiunkt w Uczelni Łazarskiego</b> Wpływ postmodernizmu na feministyczną teorię prawa.....	122
<b>Dr Bartłomiej Opaliński, adiunkt w Uczelni Łazarskiego</b> Kontrasygnata aktów głosu państwa w polskim konstytucjonalizmie (cz. I).....	139

#### G L O S Y

<b>Mgr Marcin Andrzej Wagner, aplikant Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie</b> Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 25 czerwca 2009 r. III CZP 39/09.....	159
<b>Mgr Mikołaj Małecki, doktorant Uniwersytetu Jagiellońskiego</b> Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 czerwca 2010 r. II AKa 48/10.....	164

#### R E C E N Z J E

Iwona Stankowska, Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz. Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011, s. 248, rec. dr Michał Leciak, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu.....	174
---	-----

#### Z Y C I A U C Z E L N I

<b>Mgr Ewelina Milan, WSHiP</b> Kalejdoskop wydarzeń.....	178
--	-----



## CONTENTS

### ARTICLES

**Zbigniew J drzejewski, PhD, Department of Law and Administration,  
Warsaw University**

Concept of Crime in the Criminal Law Doctrine of the Nazi Germany  
from the Perspective of the So-Called Kiel School – Part I . . . . . 7

**Remigiusz R abiega, M.A., Professor Assistant at the Department  
of Penal Law and Administration, University of Szczecin**

Omission and Attempt in Context of Mixed Aspect of the Offence  
as to the Doer of an Act Prohibited under Penalty . . . . . 22

**Kazimierz J. Le ak, M.A., doctoral student at the Department of Law,  
Administration and Economics, University of Wrocław**

Effective Charge of Violation of Article 41 § 1 of the Penal Proceeding  
Code and a Standard of a Diligent Trial . . . . . 39

**Paweł D aniluk, PhD, Assistant Professor in the Department of Criminal  
Law of the Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences**

Constitutional Right to Court and Defense vs. Mandatory Order to  
Carry out a Penalty . . . . . 51

**Marta Tu nik, M.A., doctoral student at Lazarski University**

Proceeding Against a Person Absent from a Fiscal-Penal Trial . . . . . 61

**Czesław P aweł K łak, PhD, Assistant Professor of the Department  
of Law and Administration, University of Rzeszów**

Case Examination without an Unjustified Delay and Complaint about  
Protraction of a Proceeding – Selected Issues . . . . . 82

2/2011

- Janusz Cabaj, PhD, Assistant Professor of Lazarski University**  
The Influence of Postmodernism on the Feminist Theory of Law . . . . . 122
- Bartłomiej Opaliński, PhD, Assistant Professor of Lazarski University**  
Countersignature on Acts Issued by the Head of State in the History  
of Polish Constitutionalism (Part I). . . . . 139

## G L O S S E S

- Marcin Andrzej Wagner, M.A., barrister's trainee in the Regional  
Bar in Warsaw**  
Gloss to the Supreme Court Resolution of 25 June 2009  
III CZP 39/09 . . . . . 159
- Mikołaj Małecki, M.A., doctoral student at the Jagiellonian University**  
Gloss to the Court of Appeal in Białystok sentence of 8 June 2010  
II AKa 48/10. . . . . 164

## R E V I E W S

- Iwona Stankowska – Act on the Protection of Secret Information.  
Commentary, LexisNexis Publishing House, Warsaw 2011, pp. 248,  
Reviewer: Michał Leciak, PhD, Assistant Professor at the Department  
of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Torun 174

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

- Ewelina Milan, M.A., Lazarski University**  
Kaleidoscope of Events. . . . . 178

ZBIGNIEW J DRZEJEWSKI

POJĘCIE PRZESTĘPSTWA W DOKTRYNIE  
PRAWA KARNEGO NIEMIEC HITLEROWSKICH  
W UJĘCIU TZW. SZKOŁY KILONIEJSKIEJ

CZĘŚĆ I\*

Tzw. szkoła kilonajska, reprezentowana przede wszystkim przez uczonych z uniwersytetu w Kilonii G. Dahma i F. Schaffsteina, stanowi dla okresu Niemiec hitlerowskich najbardziej charakterystyczny zespół poglądów, odzwierciedlający w prawie karnym nazistowską doktrynę polityczno-prawną. Nie był to jedyny kierunek doktrynalny w okresie nazizmu. Werbalnie ideologów narodowosocjalistycznych mniej lub bardziej wyraźnie uznawali np. E. Schwinge i L. Zimmerl, profesorowie uniwersytetu w Marburgu (tzw. szkoła marburska). Pozostając pod wpływem zwalczanego przez kilonajczyków neokantyzmu<sup>1</sup>, filozofii, która uzyskała dominujące znaczenie w nauce prawa karnego jeszcze w okresie Republiki Weimarskiej, odnieśli się do konstrukcji przestępstwa Dahma i Schaffsteina zdecydowanie krytycznie<sup>2</sup>. Wobec koncepcji kilonajczyków wyraźnie sceptyczne stanowisko zajęli również znakomity karnista i teoretyk prawa K. Engisch<sup>3</sup>, a F. Kadetka, przedstawiciel kierunku skrajnie subiektywizującego bezprawie karne, określonego jako „Willensstrafrecht”<sup>4</sup> i również często powoływanego dla charakterystyki nauki prawa karnego w państwie hitlerowskim, usiłował zmodyfikować i „dopasować” naukę o istocie czynu („Tatbestand”)<sup>5</sup>, której podstawy stworzył

\* Część II artykułu ukazała się w następnym numerze Ius Novum.

<sup>1</sup> Zob. G. Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1937, Bd. 57, s. 225–294; idem, *Rezension: Schwinge, Teleologische Begriffsbildung*, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1933, s. 763 i n.

<sup>2</sup> Zob. E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937.

<sup>3</sup> K. Engisch, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 1938, s. 133 i n. Inny znakomity uczony E. Mezger (*Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, s. 417 i n.) prezentuje stanowisko wyważone, ale z pewnościbliższe mu było ujęcie teleologiczne marburczyków, zachowujące wieloszczeblową strukturę przestępstwa.

<sup>4</sup> Obszernie na temat tego stanowiska zob. B. Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin 2004.

<sup>5</sup> F. Kadetka, *Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1940, Bd. 59, s. 4 i n.

przecie przedstawiciel klasycznej myśli liberalnej w prawie karnym E. Beling<sup>6</sup>. Jak w każdym systemie totalitarnym, skrajna subiektywizacja bezprawności była w państwie hitlerowskim dogodnym instrumentem unicestwienia gwarancyjnej funkcji prawa karnego. W tym zakresie „duchowi” epoki odpowiadał również rodzaj cyfry w pracach H. Welzla – kierunek finalistyczny, opierający systematykę przestępstwa na celowym ujęciu czynu. Uzyskał on jednak odpowiedni profil i dominujący wpływ na naukę prawa karnego i ustawodawstwo karne dopiero po II wojnie światowej<sup>7</sup>, a H. Welzel, mimo postulowanej przez niego subiektywizacji bezprawia, opowie się ostatecznie za ostrym rozróżnieniem kategorii przestępstwa o charakterze czynu, sztywną, analityczną strukturę przestępstwa oraz jednolitą, ogólną bezprawność dla całego systemu prawa. W czwartej dekadzie XX wieku uległ jednak pewnym wpływom systemu politycznego i doktryny hitlerowskich uczonych. Podstawowe pojęcia w jego koncepcji (np. finalny czyn, zamiar) miały wtedy wyraźne wartościowe, socjologiczne zabarwienie i daleko im jeszcze do postaci ontologicznych, niezmiennych i ponadczasowych aksjomatów systematyki przestępstwa. Jego nauka o tzw. zachowaniach społecznie adekwatnych („sozialadäquate Verhalten”) zamazywała granice między brakiem realizacji istoty czynu a okolicznościami wyjątkowymi bezprawności (między istotą czynu a bezprawnością), na terenie nieumyślności (nieobalstwa) nie widział możliwości odróżnienia bezprawności od winy, w przypadku urojenia znamienia okoliczności wyjątkowej bezprawność przyjmował odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne<sup>8</sup>, krytykował analityczno-abstrakcyjne, a akceptował bardziej „całociowe” ujęcie przestępstwa<sup>9</sup>.

Tzw. szkoła kilowska („die Kieler Schule”) tworzyli reprezentanci nie tylko dogmatyki prawa karnego. Mianem tym określa się szeroki grup narodowo-socjalistycznych prawników-uczonych, którzy pracowali i wykładali na uniwersytecie Christiana-Albrechta w Kilonii. Po objęciu władzy przez nazistów zwolniono z posadki wybitnych wykładowców pochodzenia żydowskiego lub podejrzewanych o niechęć do nowego reżimu (np. H.U. Kantorowicz, G. Husserl, K. Rauch, H. v. Hentig, W. Wedemeyer, W. Schücking, O. Opet)<sup>10</sup>. Wprowadzie

<sup>6</sup> E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906; idem, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930.

<sup>7</sup> Koncepcja finalistyczna H. Welzla znalazła zastosowanie w wielu regulacjach obecnie obowiązujących przepisów niemieckiego k.k., np. § 17 (nie wiadomo o bezprawia czynu; tzw. teoria winy), §§ 26 i 27 (podleganie i pomocnictwo do umyślnego bezprawnego czynu). Na temat filozofii prawa H. Welzla zob. O. Sticht, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904–1977)*, Paderborn–München–Wien–Zürich 2000.

<sup>8</sup> Zob. H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1938, Bd. 58, s. 514 i n., 524, 528 i n., 562.

<sup>9</sup> Ibidem, s. 530.

<sup>10</sup> Obszernie na temat szkoły kilowskiej zob. J. Eckert, *Was war die „Kieler Schule”, (w:) Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, (hrsg.) F.J. Säcker, Baden-Baden 1992, s. 37–70; idem, *„Hinter den Kulissen”. Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät im Nationalsozialismus*, (w:) Christiana Albertina. Forschungen und Berichte aus der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 58 (2004), s. 18–32; B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, Hamburg 2010, s. 31 i n.



zwolnienia nastąpiły także na innych uniwersytetach, jednak nigdzie nie przeprowadzono tego „oczyszczania” („Säuberung”) tak gruntownie jak na uniwersytecie w Kilonii. Obok uczelni w Königsbergu i Wrocławiu miał być on jednym z uniwersytetów („Grenzlanduniversität des nordischen Raumes Kiel”), z którego promieniowałyby na niemieckie życie naukowe nowe narodowosocjalistyczne idee. W naukach prawnych wydział prawa uniwersytetu w Kilonii miał być ku niemu kadrą nowej nauki prawa, a powołani na katedry stosunkowo młodzi, około trzydziestoletni uczeni tworzyli jej wzorcowy nazistowski „oddział szturmowy” („Stoßtruppfakultät”). Zatrudniono wtedy m.in. K. Larenza (filozofia państwa i prawa oraz prawo cywilne), K. Michaelisa (proces cywilny), F. Wieackera (prawo cywilne), K.A. Eckhardta (historia prawa), P. Sieberta (prawo cywilne i handlowe, prawo pracy), P. Ritterbuscha (prawo państwowe i międzynarodowe)<sup>11</sup>, E.R. Hubera (prawo państwowe, gospodarcze i prawo pracy) oraz przedstawicieli doktryny prawa karnego G. Dahma i F. Schaffsteina<sup>12</sup>.

Nie były to tuzinkowe postacie. Pomimo nazistowskiej przeszłości, wielu z nich w swoich dziedzinach uważa się współcześnie nie za wybitnych uczonych, na ogół kontynuowali oni swoje naukowe i uniwersyteckie kariery także po zakończeniu II wojny światowej. G. Dahm i F. Schaffstein należą do najlepszych przedstawicieli doktryny prawa karnego<sup>13</sup>. W szczególności niezwykle bogaty i błyskotliwy jest dorobek F. Schaffsteina, który po wojnie dołączył do grona finalistów (Dahm zajmował się w tym czasie prawem międzynarodowym). Liberalne podstawy prawa karnego kwestionowali finezyjnie, atakując przede wszystkim metodologię naturalizmu, pozytywizmu i oczywiście również neokantyzmu (tzw. szkoły teleologicznej).

W krytykowanej przez kilkunastu autorów „liberalnej” systematyce przestępstwa podstawowe znaczenie ma rozróżnienie poszczególnych stopni przypisania przestępstwa do czynu. Struktura przestępstwa ma tu charakter hierarchiczny i na ogół normatywny, tzn. ustalenie przestępstwa następuje wedle określonej kolejności; ustalenie określonej kategorii na szczeblu wyższym wiąże się z ocenami bardziej ujemnymi, natomiast wyłączenie przypisania na niższym szczeblu oznaczało ocenami mniej ujemnymi lub nawet pozytywnymi dla sprawcy. Na pierwszym szczeblu ocenia się, czy czyn człowieka wypełnia znamiona tzw. istoty czynu („Tatbestand”), tzn. znamiona opisu typu czynu zabronionego zawartego w ustawie karnej (*nullum crimen sine lege*)<sup>14</sup>. Następnym warunkiem jest bezprawność tego czynu reali-

<sup>11</sup> Rektor uniwersytetu w latach 1937–1941.

<sup>12</sup> Dahm w 1933 (objął katedrę H. Kantorowicza), Schaffstein w 1935 (zastąpił na katedrze H. v. Hentiga). Dahm był rektorem uniwersytetu w Kilonii w latach 1935–1937. Wykładowcami obydwojuch uczyli B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 1–26.

<sup>13</sup> Dahm doktoryzował się (1927) i habilitował (1931) u G. Radbrucha.

<sup>14</sup> Pojęciem podstawowym i nadrzędnym w takiej systematyce jest pojęcie czynu, a zgodnie z tzw. istotą czynu (niem. „Tatbestandsmäßigkeit”), bezprawność oraz wina są tylko jego cechami (atrybutami). W literaturze niekiedy określają się także definicję jako czteroelementową. Ponieważ jednak pojęcie czynu w ujęciu klasycznym przestępstwa sprowadzano jedynie do dowolnego impulsu woli, co pozbawiało

zuj tego znamiona istoty czynu, tzn. jego sprzeczność z porządkiem prawnym traktowanym jako całość. Ponieważ na ogół przyjmuje się, że realizacja „Tatbestand” przynajmniej wskazuje („indiziert”) na istnienie bezprawności, to problem tej płaszczyzny oceny wyczerpuje się w ustalaniu, czy zachodzi (bądź nie zachodzi) wyjątkowe sytuacje legalizujące czyn (wyłączenie bezprawności), w konsekwencji wyłączenie jego przestępności (okoliczności usprawiedliwiającej czyn – „Rechtfertigungsgründe”, np. obrona konieczna, stan konieczności, zachowanie w ramach uprawnień czy obowiązków). Zakłada się przy tym, że okoliczności usprawiedliwiającej (zezwolenia na wyjątkowe naruszenie dobra prawnego) pochodzą z całego systemu prawa, nie tylko wiążąc z prawem karnym, ale również, a może przede wszystkim, z obszaru np. prawa cywilnego, administracyjnego. Bezprawność czynu jest cechą systemową i ma w całym porządku prawnym jednolity charakter (zasada jednolitości porządku prawnego). W tym kontekście przyjmowano na ogół, że prawo karne w stosunku do pozostałych gałęzi prawa ma charakter posiłkowy i akcesoryjny (w szczególności w stosunku do prawa cywilnego), co zostało twierdzone, że nie decyduje ono o bezprawności czynu, lecz jedynie o jego karalności. W okresie naturalizmu pozytywistycznego bezprawność była ujmowana czysto formalnie jako sprzeczność zachowania z całym porządkiem prawnym, dopiero pod wpływem neokantyzmu rozwinęła się ożywiona dyskusja na temat tzw. materialnej bezprawności (bezprawia), której podstawą upatrywano w naruszeniu przez sprawcę dobra prawnego, a jej wyłączenie w rozważeniu kolidujących dóbr czy interesów. Bezprawie ujmowano na ogół obiektywistycznie, zaś bezprawie karne różniło się np. od bezprawia cywilnego jedynie ilościowo – szczególnym natężeniem ujemnej oceny. Tylko wyjątkowo niektóre elementy podmiotowe, np. cel przywłaszczenia przy kradzieży, rzadziej zamiar przy usiłowaniu, lokowano na płaszczyźnie bezprawia (bezprawności). Subiektywne elementy (znamiona) zasadniczo decydowały o winie sprawcy, ostatecznie z płaszczyzny przypisania przestępności czynu (zamiar, nieumyślność). Wina mogła odpadać tylko wtedy, gdy zachodziły wyjątkowe okoliczności wyłączenia („Schuldausschließungs-” lub „Entschuldigungsgründe”), np. niepoczytalność, nieletniość, niedajca się uniknąć nie wiadomo bezprawności czynu. Ustalenie braku czynu eliminowało konieczność badania, czy sprawca wypełnił znamiona istoty czynu („Tatbestand”). Podobnie brak realizacji znamion opisu czynu czynił zbędnym ustalenie bezprawności, a brak bezprawności (np. zachowanie w obronie koniecznej) wyłączało przypisanie winy. Wszystkie te płaszczyzny czy szczeble oceny przestępności czynu w klasycznej definicji przestępstwa (w szczególności w wersji naturalistycznej E. Belinga – F. v. Liszta – G. Rad-

---

ję prawie wszystkich treści, a póki niej pomniejszono jego znaczenie, przenosząc akcenty na zgodność zachowania z istotą czynu („Tatbestandsmäßigkeit”) jako właściwy przedmiot oceny bezprawności i winy, w literaturze często spotykać można na określenie: trójelementowa definicja (systematyka) przestępstwa. Sytuacje braku czynu wyłączenia przestępności, bowiem tylko czyn może być realizowany znamionami opisu czynu zawartego w ustawie karnej. Są one jednak stosunkowo rzadkie.

brucha) były ostro od siebie oddzielane i tworzyły swoistą „magna charta” dla przestępcy<sup>15</sup>. Systematyka przestępstwa pełniła przede wszystkim funkcję gwarancyjną, zabezpieczała przed dowolną ingerencją państwa w sferę wolności jednostki.

Metodologia liberalnej doktryny prawa karnego, przede wszystkim w okresie pozytywizmu, w tym w znacznym stopniu również neokantyzmu (tzw. neoklasyczne, teleologiczne ujęcie systematyki przestępstwa), stanowiła rękodzieło do realizacji zasady pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego, realizowanej w każdym punkcie porządku prawnego. Stąd wynikał swoisty kult ujęcia systemowego (zamkniętego) oraz abstrakcyjnie tworzonych pojęć prawnych. Dążyło do uogólniania nawet konstrukcji, które znajdowały zastosowanie do jednego, kilku lub pewnej grupy typów czynów zabronionych. Owocem tego typu myślenia było np. opracowywanie coraz to bardziej abstrakcyjnie ujmowanej, wysuniętej przed nawias poszczególnych typów czynów zabronionych czy ich ogólnej, która zaczynała być „własnym życiem” i odrywała się od rzeczywistości nie tylko empirycznej czy socjologicznej, ale także od swojego normatywnego punktu odniesienia, jakim jest czyn szczególny. Trafno rozstrzygnięcia opierano często jedynie na wnioskowaniach logiczno-dedukcyjnych, przyjmując niekiedy dyskusyjne czy wątpliwe przesłanki. Szczególnie w okresie pozytywizmu naturalistycznego starano się separować systematykę przestępstwa od wpływów polityki kryminalnej (teleologii prawnokarnej), o czym wiadczy doskonale pogląd najbardziej prominentnego przedstawiciela tzw. szkoły socjologicznej F. v. Liszta<sup>16</sup>. Bez względu na separację systematyki przestępstwa i polityki kryminalnej miała być podstawowym zaporą przed dowolną ingerencją „Lewiatana”. Ustawa karna stawiała więc celowej działalności w zwalczaniu przestępczości granice, które w interesie indywidualnej wolności nie mogły zostać przekroczone. Dogmatyka prawa karnego musi być wolna od wszelkich kryminalno-politycznych ocen. Jej zadaniem jest czysto techniczno-prawne ujęcie przestępstwa i kary jako pojęć o uogólnieniu, a poszczególne przepisy ustawy rozwijać trzeba „aufsteigend” w zamkniętym tym systemie aż do ostatnich podstawowych pojęć i norm<sup>17</sup>. Nauka

<sup>15</sup> Na temat powstania tzw. trójelementowego ujęcia przestępstwa oraz definicji okresu naturalizmu i neokantyzmu (ujęcie teleologiczne) zob. m.in.: H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, s. 199 i n.; H.-H. Jescheck, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1961, Bd. 73, s. 179 i n.; B. Schönemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, (w:) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, (hrsg.) von B. Schönemann, Berlin–New York 1984, s. 18 i n.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. München 2006, s. 199 i n.; w literaturze polskiej: J. Drzejewski, *Powstanie i rozwój trójelementowej definicji przestępstwa*, „Ius Novum” 2007, nr 4, s. 54 i n.; idem, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 43 i n.

<sup>16</sup> Zob. F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, 1875–1891, Berlin 1905, s. 80; „Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik”. Na ten temat bliżej J. Drzejewski, *Bezprawność...*, s. 92 i n.

<sup>17</sup> F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze...*, s. 212 i n.

prawa powinna być uprawiana tylko na płaszczyźnie rozważań systemowych. Tylko porządek w systemie gwarantuje zawsze panowanie nad wszystkimi szczegółami.

Metodologia epoki pozytywizmu i w tym zakresie nauki pozostająca pod wpływami neokantyzmu miała charakter formalnologiczny, a do przesady doprowadziła do analizy konstrukcji prawno-karnych, do analitycznego rozbioru pojęcia przestępstwa. „Nieskazitelność” homogeniczność wszystkich szczebli oceny czynu starano się zapewnić np. przez ścisłe rozróżnienie przedmiotu oceny i samej oceny przedmiotu (wolny od wartościowania, deskryptywny typ czynu zabronionego – „Tatbestand”, deskryptywna wina i normatywna bezprawność) lub elementów obiektywnych i podmiotowych (zasadniczo wyłącznie obiektywny charakter typu czynu i bezprawności, elementy podmiotowe zaliczane do winy – teoria psychologiczna). Dopiero w ujęciu późniejszej tzw. szkoły teleologicznej (neoklasycznej) poszczególne kategorie przestępności czynu zaczęły tracić swój jednorodność (subiektywne elementy bezprawności, obiektywne elementy winy, normatywne ujęcie winy, normatywne znamiona istoty czynu). Neokantyzm był jednak kwestionowany przez doktrynę prawa karnego Niemiec hitlerowskich niemal równie mocno jak metodologia pozytywistycznego ujęcia klasycznego. Twórca finalizmu H. Welzel, który, mimo że niezależnie od intencji badawczych, „wstrześli się” ze swoim ujęciem czynu finalnego i subiektywizacją bezprawia karnego (np. włączenie umyślności czynu do bezprawia), poddał neokantowską filozofię wartości szczególnie pogłębionej krytyce. Jego zdaniem, pojmowała ona świat jako chaotyczny, amorficzny materiał, do którego porządek wprowadza dopiero wartościowe myślenie prawnika<sup>18</sup>. Neokantyzm ma charakter skrajnie abstrakcyjno-pozytywny i jest całkowicie oderwany od „bezporedniej rzeczywistości”.

F. Schaffstein i G. Dahm, atakując metodologię pozytywizmu i neokantyzmu, przedstawili odpowiadające totalitaryzmowi ujęcie skrajnie odmienne, tj. konkretyzacji i syntetyzacji pojęcia przestępstwa (tzw. ujęcie całościowe), w istocie rzeczy likwidujące jakiegokolwiek szczeble oceny oraz całkowicie poddające pojęcie przestępstwa wpływom nazistowskiej polityki kryminalnej. Skrajnie antyliberalna faszystowska teoria państwa i prawa nie stawiała żadnych granic dla oddziaływania państwa na jednostkę i społeczeństwo<sup>19</sup>. Prywatna sfera wolności w liberalnym rozumieniu ulegała likwidacji, „upublicznieniu” zgodnie z interesami wspólnoty narodowej („Volksgemeinschaft”). Przedstawiciele szkoły krytycznej prawa karnego z uznaniem przyjęli idące również w tym kierunku prze-

<sup>18</sup> Zob. H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim–Berlin–Leipzig 1935, s. 69. Kwestie metodologiczne z pozycji nazistowskiej nauki prawa przedstawia E. Kempermann, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente*, Berlin–Grunewald 1934.

<sup>19</sup> Zob. H. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg 1934, s. 52. Na ten temat K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975, s. 66–67, 171 i n. passim.

miany w niemieckiej nauce prawa cywilnego<sup>20</sup>. Nazistowscy karni ci atakowali zasad akcesoryjno ci prawa karnego od prawa cywilnego, bowiem liberalne, cywilistyczne regulacje sfer wolno ci jednostek przenikały w ten sposób do prawa karnego, szczególnie na płaszczy nie bezprawno ci. Ich zdaniem, przenoszenie poj prawa cywilnego do prawa karnego jest tylko jednym z obszarów „prywatyzacji” prawa publicznego w indywidualistyczno-liberalnym porz dku społecznym<sup>21</sup>. Koncepcja prawa karnego chroni cego (indywidualne) dobra prawne była przez kilo czyków i innych karnistów nazistowskich zaciekle zwalczana<sup>22</sup>. Funkcj prawa karnego nie jest li tylko wzmacnianie cywilnoprawnych zakazów i nakazów, jak to przyjmowała liberalna doktryna prawa karnego<sup>23</sup>. Ma by ono instrumentem kształtowania społecze stwa i ochrony najwa niejszych etycznych jego warto ci, w tym przede wszystkim dobra najwy szego, jakim jest społecze stwo jako cało , naród („Volksgemeinschaft”). Bezprawno wynika z naruszenia obowi zku („Pflichtverletzung”) i „wiarołomstwa” („Untreue”, „Treubruch”) wobec wspólnoty, „zdrady” jej interesów („Verrat”)<sup>24</sup>. Oznaczało to skrajn subiektywizacj bezprawno ci („Willensstrafrecht”).

„Nowa” metodologia nazistowskiej nauki prawa, zdaniem K. Marxena, znalazła po ywk w klimacie ju wcze niej wzrastaj cych po pierwszej wojnie wiatowej wpływów irracjonalizmu i tzw. filozofii ycia („Lebensphilosophie”), głównie w wydaniu H. Bergsona, F.W. Nietschego i W. Diltheya, odrzucaj cych tradycyjny racjonalizm na rzecz poznania intuicyjnego<sup>25</sup>. „Uszlachetnienie” metody filozofii ycia przyniosła za fenomenologia E. Husserla, ukształtowana w istotnych

<sup>20</sup> Zob. np. G. Dahm, *Verbrechen und Tatbestand, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, s. 17–19; F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, s. 10–11. W „odnowieniu” prawa cywilnego i przystosowaniu go do ideologii pa stwa hitlerowskiego najwi kszy wkład wnosili oczywi cie kilo czycy np. K. Larenz i F. Wieacker. Obszernie na temat przemian w prawie cywilnym w okresie nazizmu zob. B. Rùthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968.

<sup>21</sup> Zob. H.-J. Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin 1938, s. 1.

<sup>22</sup> Zob. G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 22–23; F. Schaffstein, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, (w:) *Beitrag zur Festschrift der Leipziger Juristen-Fakultät für Richard Schmidt*, Sonderdruck aus: *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, H.91, Leipzig 1934, s. 13 i n.; idem, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, s. 8 i n.; idem, *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, *Deutsches Strafrecht*, 1935, s. 97–105; idem, *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, *Deutsches Strafrecht*, 1937, s. 335–348; zob. również E. Kempermann, *Die Erkenntnis...*, s. 9 i n.; H. D. Freiherr v. Gemmingen, *Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts*, *Deutsches Strafrecht*, 1935, s. 105–116; W. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, (w:) *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin–Leipzig 1936, s. 50–69; H. Rauch, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, Leipzig 1936, s. 43, passim. Szerzej na temat poj cia dobra prawnego w tym okresie P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut”*, Basel 1962, s. 70–86; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972, s. 216–258; S. Colin, *Verbrechen als Pflichtverletzung – die Theorie vom Verbrechen als Pflichtverletzung*, Frankfurt am Main 2006; K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 181–182.

<sup>23</sup> Zob. E. Kempermann, *Die Erkenntnis...*, s. 9.

<sup>24</sup> G. Dahm, *Verrat und Verbrechen*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1935, Bd. 95, s. 283 i n.; idem, *Verbrechen...*, s. 46; F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, s. 11 i n.

<sup>25</sup> Zob. K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 47 i n.

cechach ju przed pierwsz wojn wiatow<sup>26</sup>. Metoda fenomenologiczna miała wydobywa przedmiot z tre ci do wiadczzenia i intuicyjnie ujmowa czyste esencje za pomoc wielokrotnej redukcji (przede wszystkim ejdetycznej i transcendentnej, tak e historycznej, egzystencjalnej)<sup>27</sup>. Dotarcie do tych bytuj cych poza wiatem realnym esencji przedmiotów jest mo liwe dzi ki „wgl dowi w istot ” („Wesensschau“)<sup>28</sup>. Wpływy fenomenologii w rozwa aniach karnistów nazistowskich s wyra ne<sup>29</sup>, chocia sam G. Dahm taki wniosek zdecydowanie odrzucał, o wiadczaj c, e szkoła kilo ska prawa karnego wiadomie trzyma si z daleka od okre lonych kierunków filozoficznych, jej ródtem jest pogl d na temat prawa i jego stosunku do ycia narodu<sup>30</sup>.

Podstawow i bezpo redni inspiracj dla kilo czyków i innych przedstawicieli nazistowskiej doktryny prawa były prace C. Schmitta, w szczególno ci jego nauka o „konkretes Ordnungsdenken“<sup>31</sup>. Ka dy prawnik, który wiadomie lub nie wiadomie w swojej pracy posluguje si terminem „prawo” – wywodzi C. Schmitt – ujmuje je albo jako reguł , norm („Regel”), albo jako decyzj („Entscheidung”), albo jako konkretny porz dek („konkrete Ordnung und Gestaltung“)<sup>32</sup>. Ró ne narody i rasy przypisuje si rónym typom my lenia, ka da epoka wykazuje specyficzny dla niej sposób my lenia<sup>33</sup>. Istniej narody, które bez ziemi, bez pa stwa, bez ko cioła, egzystuj jedynie „w ustawie”; dla nich normatywistyczne my lenie wydaje si jedynie rozs dne, a ka de inne niepoj te, mistyczne, fantastyczne lub mieszne. Dla niemieckiego redniowiecza charakterystyczne było uj cie prawa jako konkretnego porz dku, ale recepcja

<sup>26</sup> Ibidem, s. 49. Aspekty poznawczo-teoretyczne E. Husserl zawarł przede wszystkim w „Logische Untersuchungen” (1901, wyd. pol. „Badania logiczne”, t. II, cz. I, t. II, cz. II, Warszawa 2000, przekł. J. Sidorek) i „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie” (1913, wyd. pol. „Idee czystej fenomenologii i fenomenologicznej filozofii”, Warszawa 1967 (t. I), 1974 (t. II), przekł. D. Gierulanka).

<sup>27</sup> Zob. w literaturze polskiej L. Kołakowski, *Husserl i poszukiwanie pewności*, Warszawa 1991.

<sup>28</sup> Wł czenie fenomenologii w szeroki pr d irracjonalizmu i filozofii ycia dokonali uczniowie Husserla, przede wszystkim M. Scheler. W kierunku irracjonalizmu tak e N. Hartmann. Zob. K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 50–51.

<sup>29</sup> E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wesensschau...*, s. 9, 27.

<sup>30</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 285 i n. Werbalne odrzucenie fenomenologii przez Dahma niew tpliwie ma zwi zek z ydowskim pochodzeniem E. Husserla. Problem wpływów fenomenologii w koncepcjach szkoły kilo skiej prawa karnego pozostaje jednak przedmiotem kontrowersji. Na ten temat E. Mezger, *Wesensschau...*, s. 418, przyp. 6; K. Engisch, *Wesensschau...*, s. 134, przyp. 4; H. Miitash, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin 1939, s. 15 i n. (szcz. zob. s. 17, przyp. 48); H. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe 1957, s. 94–96; K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 236–238. K. Marxen (*Der Kampf...*, s. 239–240) dostrzega te pewne, po rednie wpływy neoheglizmu, w szczególno ci poprzez prace metodologiczne K. Larenza, filozofa prawa szkoły kilo skiej. Na ten temat zob. równie B. Rùthers, *Die unbegrenzte Auslegung...*, s. 304 i n. (oparta na spekulatywnej logice Hegla koncepcja K. Larenza tzw. poj cia konkretno-ogólnego – „der konkret-allgemeine Begriff”).

<sup>31</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.

<sup>32</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin 2006, unveränderte Ausgabe der 1934, s. 7, 10.

<sup>33</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten...*, s. 9.

prawa rzymskiego w XV w. takie mylenie wyparła, sprzyjając abstrakcyjnemu normatywizmowi. Konkretny porządek z prawniczego punktu widzenia nie jest w pierwszej linii sumą reguł, lecz odwrotnie, reguły są tylko częścią składową i rodzajem tego porządku<sup>34</sup>. Norma nie tworzy porządku. Ma ona raczej pewne ograniczone funkcje regulujące jedynie na gruncie i w ramach pewnego istniejącego porządku. Metoda czysto normatywistyczna normę izoluje i absolutyzuje, czyni ją jedynym obowiązującym kryterium. Każde ustawowe unormowanie reguluje wiele przypadków. Dla normatywistycznego typu myślenia każde zjawisko życia prawnego – każdy rozkaz, każdy kodeks, każda umowa – sprowadzane są do normy, każdy konkretny porządek i społeczeństwo rozkłada się na szereg obowiązków, których „jedno” lub „system” również ma charakter normatywny<sup>35</sup>. W ujęciu normatywistów porządek polega na tym, że konkretna sytuacja odpowiada ogólnym normom. Takie „odpowiadanie” („Entsprechen”) staje się jednak trudnym logicznym problemem, bowiem normatywistyczny typ myślenia, im bardziej staje się czysto normatywistyczny, prowadzi do coraz ostrzejszego rozdziału normy i rzeczywistości, powinno być i bytu, reguły i konkretnego stanu rzeczy. Wszystkie obowiązujące normy, jak długo obowiązują, pozostają „w zgodzie z porządkiem” („in Ordnung”); „nieporządek” konkretnej sytuacji takiego normatywiści nie interesuje. Normatywne jest potwierdzenie legalnej reguły, że morderca zostanie skazany na karę śmierci poprzez zastosowanie obowiązujących ustawy karnej. Przestępstwo nie jest nieporządkiem, lecz jedynie „istotą czynu” („Tatbestand”), tak jak w prawie prywatnym warunkiem powstania roszczenia jest realizacja „istoty czynu”. Kara jest „ingerencją” („ein Eingriff”) w sferę wolności przestępcy, tak jak podatek stanowi ingerencję we własność, a służba na wojnie jest ingerencją w prawo do własnego życia. Wszystkie te „ingerencje” są bez różnicy albo zgodne z prawem (ustawne), albo niezgodne. Normatywistycznie nie da się o nich nic więcej powiedzieć. Całe prawo sprowadza się do oddzielonej od stanu rzeczy normy; pozostałe jest „gołym faktem” („bloßes Faktum”) i zgodnym z istotą czynu powodem dla potwierdzenia obowiązku zywania ustawy. Przestępca nie łamie porządku; nawet nie łamie on generalnej normy jako reguły; „z prawniczego punktu widzenia” („juristisch betrachtet”) właściwie nie narusza niczego. Tymczasem tylko „konkretny porządek” („eine konkrete Ordnung”) może zostać naruszony; jedynie z tej perspektywy można na zbudować pojęcie przestępstwa. Natomiast abstrakcyjna norma, pomimo popełnienia „przestępstwa” przez sprawcę, obowiązuje dalej bez zmian; pozostaje ponad konkretną sytuacją i konkretnym czynem. Niezgodne z nią zachowanie jej nie uchyla. Normatywność („Normativität”) i faktyczność („Faktizität”) stanowi „całkowicie różne płaszczyzny”. W normatywistycznym ujęciu powinno być („das Sollen”) pozostaje przez byt („das Sein”) nietknięta i zachowuje swoją nienaruszalność w sferze, podczas gdy

<sup>34</sup> Ibidem, s. 11–12.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 15–16.

w konkretnej rzeczywistości wszystkie rozróżnienia prawa i bezprawia, porządku i nieporządku przekształcają się w rzeczowe przesłanki zastosowania normy. Rzeczowo („Sachlichkeit”) czy obiektywno czystego normatywizmu staje się niszczeniem porządku absurdem.

Można na sobie wprawdzie wyobrazić – kontynuuje C. Schmitt – obliczalne funkcjonowanie ludzkich relacji jako tylko pewnej funkcji uprzednio określonych, obliczalnych, generalnych reguł i w wypadku niezakłócanego ich przebiegu nazywa taki stan „porządkiem” (np. rozkład jazdy regulujący kursy pociągów czy reguły ruchu drogowego)<sup>36</sup>. Istnieją jednak obszary ludzkiego bytowania, dla których przeniesienie tego rodzaju funkcjonalizmu zniszczyłoby właściwie specyficzne prawne istoty konkretnego porządku. Są to te obszary życia, które kształtowały się instytucjonalnie. Same w sobie („in sich selbst”) posiadają one pojęcia o tym, co jest normalne, co jest normalnym typem i normalną sytuacją. Mają własną prawną substancję, która zna również generalne reguły, ale tylko jako rezultat tej substancji, tylko z jej konkretnego, własnego, wewnętrznego porządku, który nie jest sumą tych reguł i funkcji. Współżycie małonków w małżeństwie, członków rodziny w rodzinie, członków rodu czy plemienia we wspólnocie rodowej lub plemiennej, członków stanów i warstw społecznych, urzędników państwa, duchownych kościoła, towarzyszy pracy, żołnierzy w armii nie przestanie istnieć ani w funkcjonalizmie uprzednio określonych norm, ani w regulacjach umownych.

W tym kontekście C. Schmitt dokonuje historycznego przeglądu niemieckiej myśli prawnopolitycznej. Jego zdaniem, przeciwko teologicznym, etycznym i prawnym próbom normatywizacji naturalnego konkretnego porządku małżeństwa, rodziny, stanu, osoby i urzędu z wielką energią występował Marcin Luter<sup>37</sup>. Ale już u ortodoksyjnego luteranina S. Pufendorfa małżeństwo i rodzina są konstruowanymi na podstawie umowy wzajemnymi stosunkami prawnymi między jednostkami, natomiast I. Kant określił małżeństwo wprawdzie jako naturalną wspólnotę, która jednak dokonuje się zgodnie z obowiązującymi normami i jest przede wszystkim umową osób różnej płci w celu dożywotniego, wzajemnego posiadania swoich właściwych części<sup>38</sup>. C. Schmitt szczególnie pozytywnie wypowiada się oczywiście o szkole historycznej<sup>39</sup>, jednak największe znaczenie dla rozwoju tego typu myślenia o konkretnym porządku miała filozofia państwa i prawa G.W.F. Hegla.<sup>40</sup> Filozoficzno-prawny system Hegla jest<sup>41</sup> – jego zdaniem

<sup>36</sup> Ibidem, s. 16–17.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 35–36.

<sup>38</sup> Zob. I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kłajka 2006, przekł. W. Galewicz, s. 87–90.

<sup>39</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten...*, s. 37.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 38–39.

<sup>41</sup> Na koncepcję C. Schmitta wywarła wyraźny wpływ rozwinęta w latach 1896–1926 nauka o instytucjach francuskiego uczonego M. Hauriou. Zob. Ibidem, s. 45, 46–47. Na temat nauki M. Hauriou i jej wpływu na Schmitta zob. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung...*, s. 283–285. Zob. również przychylnie stanowisko innych prawników nazistowskich do tego opozycyjnego wobec pozytywizmu nurtu francuskiej



– przykładem totalnego i wiadomego ujęcia instytucjonalnego, w którym szczególnie i najwyższymi pozycjami zajmuje państwo, tego konkretnego porządku wszystkich porządków, instytucji wszystkich instytucji. Konkretny porządek był w niemieckiej tradycji prawnej również dzięki praktyce administracji i armii państwa pruskiego<sup>42</sup>. Armia i administracja pruska – twierdzi Schmitt – same w sobie były trwałymi twórcami i porządkami. Bez takich konkretnych instytucji jak dowództwo i prawo wydawania (najwyższych) rozkazów („Kommandogewalt”, „Oberbefehl”), najwyższy dowódca wojskowy („Oberster Kriegsherr”), najwyższy sędzia („Oberster Gerichtsherr”) armia pruska uległaby unicestwieniu. Miały one jednoczość nie wewnętrzny związek z pojęciami dyscypliny i honoru. W zakończeniu swojej pracy Schmitt ponownie postuluje konieczność ostatecznego przewyciężenia pozytywistycznego myślenia i podkreśla znaczenie nauki o konkretnym porządku dla nowego, narodowosocjalistycznego państwa i prawa<sup>43</sup>. Państwo współczesne nie jest już podzielone dwuczłonowo na państwo i społeczeństwo, lecz zbudowane w trzech rzędach porządków: państwa, ruchu (narodowosocjalistycznego) i narodu. Państwo nie ma już jednak wewnętrznej tej politycznej jedności monopolu politycznego, jest tylko organem wodza ruchu (narodowosocjalistycznego). Najwyższe konkretne porządki jak wspólnota narodowa i państwo w koncepcji Schmitta bardzo klarownie określone są przez ideologię nazistowską, a konkretnie przez wodza ruchu nazistowskiego („Führerprinzip”). Dla prawa karnego te pojęcia są wartościami podstawowymi. Nauka C. Schmitta ma oczywiście wydatnie przedzielić przed wszystkim polityczny. Metoda prawnicza ma być odzwierciedleniem wartości konkretnych instytucji społecznych, wspólnot funkcjonujących w państwie nazistowskim takimi jak: rodzina, wojsko, wspólnota zawodowa, rasa, naród. Prawo jest immanentnie właściwością tych wspólnot, a zdrada i wiarołomstwo wobec tych wspólnot najbardziej istotnymi elementami negatywnej oceny naruszania tych konkretnych porządków. Tylko na podstawie konkretnego porządku i wspólnoty mogą być rozumiane takie pojęcia jak: wódz („Führer”), posłuszeństwo, wierność, dyscyplina i honor („Ehre”).

Kilscy reprezentanci nazistowskiej doktryny prawa karnego twierdzili zatem, że metodologia liberalnej doktryny prawa karnego dawała pierwsze – prawo dedukcyjno-racjonalistycznemu sposobowi myślenia<sup>44</sup>, prowadzącemu do ogólnych pojęć i znamion, oderwanych od konkretnej rzeczywistości. Neokantyzm poprzez wymóg ścisłego odróżnienia rzeczywistości i wartości (przedmiotu oceny i samej oceny), bytu („Sein”) od powinności („Sollen”) wprowadził do

---

nauki prawa A. Beck, *Zur neuesten Entwicklung der französischen Rechtslehre (Die Institutionentheorie)*, Deutsche Juristen-Zeitung 1935, s. 279 i n.

<sup>42</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten...*, s. 42.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 54–55.

<sup>44</sup> F. Schaffstein, *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, s. 97.

nauki prawa karnego specyficzny „Trennungsdenken”<sup>45</sup>. Prawo pomyłane jako „reguła” przenoszone jest przez neokantystów do życia, samo za życia nie jest u nich żadnym prawem, nie zawiera żadnego porządku. Według neokantystów ukazuje się ono jako chaos, jako niemający znaczenia i wartości przebieg fizycznych i psychicznych związków przyczynowych<sup>46</sup>. Amorficzny materiał podlega uporządkowaniu tylko z zewnątrz, sam do prawnej oceny nic nie wnosi. W ujęciu neokantystów, najbardziej podstawowe są więc pojęcia ogólne i neutralne, a szczególnym zainteresowaniem cieszy się cząsteczka ogólna prawa karnego i ogólna nauka prawa. Porządek takiego myślenia nie odzwierciedla wewnętrznego porządku życia, które takiemu myśleniu przeczy. Neokantyci traktują idee wartości jako istotę całego prawa, podczas gdy zwolennicy nowej metodologii upatrują właściwej drogi prawa w wewnętrznych prawidłowościach życia narodowego<sup>47</sup>. U neokantystów pojęcia kształtują się nie według rzeczy, lecz według samodzielnych technik abstrakcyjnego rozumowania<sup>48</sup>. Wszystko jest pojęciowo ujmowane, wyrażane przed nawias, abstrahowane<sup>49</sup>. Nowa metoda, która skierowana jest na „przeniknięcie wartościami rzeczywistości życia narodowego” („die sinnerfüllte Wirklichkeit des völkischen Lebens”), bierze pod uwagę istniejącą w życiu wspólnoty szczegółową i różnicę, jest jej obcy wszelki oderwany od rzeczywistości proces skrajnego abstrahowania i uogólniania<sup>50</sup>. Z tego punktu widzenia na pierwszy plan stawia się np. wewnętrzne, istotne różnice między stosunkiem pracy a umową sprzedaży, a nie klasyfikowanie obydwu do jednej kategorii umowy wzajemnej, różnicę między gminą a spółką akcyjną, a nie to, czy jedno i drugie może liwo ich rozważanie pod wspólnym pojęciem osoby prawnej, bardziej interesująca jest swoista kryminalna treść np. zniesławienia, a nie jego usytuowanie w systematyce przestępstwa<sup>51</sup>. Zdaniem Kilo czyków, nauka prawa karnego powinna być uwolniona od liberalnej metodologii, która ujmuje przedmiot poprzez rozbiór, analizę i jego atomizowanie<sup>52</sup>. Odwrót od wszelkiej abstrakcji i odrzucenie wszelkich rozróżnień analitycznych jest motywem przewodnim ich metodologii. Jednostronna logika, analiza i tworzenie pojęć ogólnych, które niszczy „wewnętrzne związki rzeczowe” („innere Sachzusammenhänge”) i nie uwzględnia „istoty”

---

<sup>45</sup> G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 5; zob. również H. Welzel, *Naturalismus...*, s. 70. E. Wolf (*Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tübingen 1933, s. 27 i n.) przyznawał neokantyzmowi pozytywne znaczenie w tym sensie, ale odrzucił on na polu nauk prawnych naturalizm i socjologizm pozytywizmu. W ten sposób ustalona została samodzielnie obszaru państwa i prawa wobec nauk przyrodniczych i naturalistycznej nauce o społeczeństwie. Jednocześnie E. Wolf przywołuje fenomenologię Husserla i Heideggera jako możliwość pogłębienia tej metodologii: syntetyczno-realistycznego pojmowania państwa i prawa w miejsce analityczno-atomizującego.

<sup>46</sup> G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 5.

<sup>47</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 251.

<sup>48</sup> G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 5.

<sup>49</sup> Zob. E. Kempermann, *Die Erkenntnis...*, s. 8.

<sup>50</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 266.

<sup>51</sup> Ibidem, s. 267.

<sup>52</sup> Zob. również E. Kempermann, *Die Erkenntnis...*, s. 7–8.

zjawiska społecznego, musi zostać zastąpione syntetycznym ujęciem całego związku rzeczy, tkwicy w takim zjawisku, jakim jest zachowanie przestępne. Takie pojęcia jak kradzież i rabunek, naruszenie czci („Ehrverletzung”) i zdrada narodu („Volksverrat”), uśiłowanie i nieumylnie sztucznymi produktami ustawodawcy, s to historycznie ukształtowane, yj ce w wiadomości narodu, dla ycia wspólnoty w określony sposób znacząco wyobrażenia, z którymi zarówno s dzia, jak i ustawodawca musi si liczyć. („geschichtlich gewordene, im Volksbewußtsein lebendige, für das Gemeinschaftsleben in bestimmter Weise bedeutsame Vorstellungen, mit denen der Richter, aber auch der Gesetzgeber rechnen muß”)<sup>53</sup>. W rzeczywistości przestępstwa s kompleksowymi przedmiotami, tworami złoonymi z realnych przebiegów wiata zewn trznego, psychicznego wraz z wartościami, które tkwicy w tych przedmiotach<sup>54</sup>. Jest to tzw. metoda badania „całościowego” („ganzheitliche Betrachtung”). Przestępstwo jest zjawiskiem jednolitym, które nie może być rozłożone na części składowe, ponieważ traci si wtedy jego istotę. Ogląd tej istoty („Wesensschau”) musi mieć ponadto za przedmiot konkretne zjawiska ycia<sup>55</sup>. Zatem prymat ma część szczególna i poszczególne przestępstwa. Nie ma żadnych ogólnych reguł, jest tylko objaśnianie poszczególnych zjawisk<sup>56</sup>. Po dwóch latach G. Dahm, najprawdopodobniej pod wpływem ostrej krytyki E. Schwinge i L. Zimmerla, wyraźnie złagodził swoje wcześniejsze poglądy. Stwierdził wiąc, że nie odrzuca całkowicie pojęć ogólnych.<sup>57</sup> Nauka prawa, jak ka da nauka, jak ka de rozstrzygnięcia i uporządkowane myślenie, potrzebuje pewnych uogólnień. Również w prawie karnym z technicznych powodów niezbędne s pojęcia ogólne (np. bezprawie, wina, niepoczytalność itp.). Kłopoty nie dają wiąc całkowitej eliminacji części ogólnej prawa karnego, występują tylko przeciwko jej nadmiernej nieuzasadnionej ekspansji<sup>58</sup>. Cały szereg problemów da si rozwiązać w oparciu o część szczególną, na podstawie konkretnego typu czynu zabronionego<sup>59</sup>. Natomiast ogólne pojęcia i podziały muszą mieć swój głęboki, trafny ujęty sens<sup>60</sup>. Odrzucenie abstrakcyjnego myślenia prawniczego kieruje si tylko przeciwko przesadzaniu w uogólnieniach i przyjmowaniu błędnych podziałów materiału prawnego, a nie przeciwko abstrahowaniu czy podziałom w ogóle. Kryterium przydatności uogólnień i podziałów powinno pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem prawnej oceny. Sama

<sup>53</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 252.

<sup>54</sup> Zob. E. Kempermann, *Die Erkenntnis...*, s. 8.

<sup>55</sup> Zob. również F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung...*, s. 17.

<sup>56</sup> Zob. G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 32. Na temat stosunku części ogólnej i szczególnej por. np. charakterystyczne wywody R. Freislera, *Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teils, Gestaltung seiner Tatbestände*, (w:) *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, Berlin 1936, s. 42 i n.

<sup>57</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 267.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 267, przyp. 101.

<sup>59</sup> F. Schaffstein, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1935, Bd. 55, s. 36; G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 267, przyp. 101.

<sup>60</sup> G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 268.

ocena prawna jest bowiem określana przez przedmiot (materiał) i powinna się do niego dopasować, a nie odwrotnie. Przedmiot nie może być tak długo „wyciskany”, „obcinany”, „zginany”, a zostanie dopasowany do schematu pojęcia albo całkowicie uczynić kryterium „metody systemowej”.

## STRESZCZENIE

Najbardziej charakterystyczny zespół poglądów, odzwierciedlający w prawie karnym nazistowską doktrynę polityczno-prawną, stanowiła tzw. szkoła kiloska, reprezentowana przede wszystkim przez G. Dahma i F. Schaffsteina. Mianem „szkoły kiloskiej” określa się szeroką grupę narodowosocjalistycznych prawników-uczonych, również innych gałęzi prawa, którzy po dojściu do władzy nazistów objęli profesorskie katedry na uniwersytecie Christiana-Albrechta w Kilonii (m.in. K. Larenz, F. Wieacker, K. Michaelis). W naukach prawnych wydział prawa uniwersytetu w Kilonii miał być ku niemu kadrą nazistowskiej nauki prawa („oddział szturmowy” – „Stoßtruppfakultät”). F. Schaffstein i G. Dahm, poddając ostrej krytyce metodologię pozytywizmu i neokantyzmu, przedstawili odpowiadające totalitarnemu reżimowi ujęcie skrajnie odmienne, tj. konkretyzacji i syntetyzacji pojęcia przestępstwa (tzw. ujęcie całościowe), które likwidowało szczeble oceny przestępstwa czynu i otwierało pojęcie przestępstwa na wpływy nazistowskiej polityki kryminalnej. Ta „nowa” metodologia znalazła pod wpływem klimatu już wcześniej wzrastających po pierwszej wojnie światowej wpływów irracjonalizmu i tzw. filozofii życia („Lebensphilosophie”) oraz fenomenologii E. Husserla („Wesensschau”). Jednak podstawową bezpośrednią inspiracją dla kiloskich zarówno przedstawicieli doktryny prawa karnego, jak i innych gałęzi prawa, była nauka C. Schmitta o tzw. konkretnych porządkach („konkretes Ordnungsdenken”). Każdy prawnik, który w swojej pracy posługuje się terminem „prawo” – twierdził C. Schmitt – ujmuje je albo jako regułę, normę („Regel”), albo jako decyzję („Entscheidung”), albo jako konkretny porządek („konkrete Ordnung und Gestaltung”). Krytykując przede wszystkim charakterystyczny dla liberalizmu normatywizm, wykazywał, że metodologia nazistowskiej nauki prawa powinna opierać się na wartościach konkretnych instytucji społecznych, wspólnot funkcjonujących w państwie nazistowskim, takich jak: rodzina, wojsko, wspólnota zawodowa, rasa, naród, i uwzględnia prawo tych wspólnot jako ich immanentną właściwość. Odpowiednio przedstawiciele kiloskiej szkoły prawa karnego twierdzili, że normatywistyczna metodologia liberalnej doktryny prawa karnego (pozytywizmu i neokantyzmu) prowadziła do pojęć ogólnych, oderwanych od konkretnej rzeczywistości, i stanowiła specyficzny typ myślenia analitycznego, rozrywającego wewnętrzne związki w pojęciu przestępstwa. Zdaniem kiloskich, przestępstwa są kompleksowymi przedmiotami, twórcami złożonymi z realnych przebiegów świata zewnętrznego, psychicznego wraz z wartościami, które tkwią w tych przedmiotach (metoda badania „całościowego” – „ganzheitliche Betrachtung”).

**SUMMARY**

The most characteristic group of views illustrating the Nazi political and legal doctrine in the criminal law was the so-called Kiel School represented by G. Dahm and F. Schaffstein. The "Kiel School" refers to a large group of national socialist lawyers-scientists, also involved in other fields of law, who took professors' chairs in the faculties of Christian Albrecht University of Kiel after the Nazis had come to power (K. Larenz, F. Wieacker, K. Michaelis and others). The Faculty of Law of the University of Kiel was supposed to be a breeding ground for the Nazi legal science staff ("storm unit" – "Stoßtruppfakultät"). F. Schaffstein and G. Dahm, strongly criticizing the methodology of positivism and Neo-Kantianism, presented a completely different approach that was suitable for the totalitarian regime, i.e. substantiation and synthetization of the concept of crime (the so-called overall approach), which abolished the stages of criminality evaluation and let the concept of crime be influenced by the Nazi criminal policy. The fuel for this "new" methodology was found in the climate of the increasing influence of irrationalism after the 1<sup>st</sup> World War and the so-called "philosophy of life" ("Lebensphilosophie") and E. Husserl's phenomenology ("Wesensschau"). However, the basic and direct inspiration for the Kiel School members, both representatives of the criminal law doctrine and those representing other fields of law, was C. Schmitt's theory on the so-called concrete orders ("konkretes Ordnungsdenken"). Every lawyer who uses a term "law" in their work – said C. Schmitt – treats it as a rule, a norm ("Regel") or a decision ("Entscheidung"), or a concrete order ("konkrete Ordnung und Gestaltung"). Criticizing mainly the basic norm that is typical of liberalism, he demonstrated that the Nazi methodology of law should be based on the values of specific social institutions, communities that existed in the Nazi state such as a family, armed forces, professional groups, race and nation, and treat the rights of those communities as their immanent characteristic. Accordingly, the representatives of the Kiel School of criminal law stated that the normative methodology of the liberal doctrine of criminal law (positivism and Neo-Kantianism) led to general, unrealistic concepts, and was a specific type of analytic thinking breaking the internal links in the concept of crime. The Kiel School members thought that crimes were complex objects, creations made of real courses of the external psychic world together with some values which were the features of those objects (a method of an "overall" analysis – "ganzheitliche Betrachtung").

## REMIGIUSZ RABIEGA

O ZANIECHANIU I USIŁOWANIU  
W KONTEKście MIESZANEJ STRONY PODMIOTOWEJ  
CZYNU ZABRONIONEGO POD GROB KARY

1. Literatura opracowa dotyczących mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod grob kary ujawnia istnienie wielu kontrowersji związanych z zagadnieniem karalnego zaniechania znamiennego skutkiem, wokół którego, jak wiadomo, nadal toczą się spory o pewne, bynajmniej nie poboczne, kwestie, przywołując choćby tytułem przykładu problematykę jego kauzalności.

2. Uprzedzając jednak dalsze rozważania, chciałbym odnieść się do płynących z języka naszej ustawy karnej, czystej teorii normatywnej – uzasadniających przyjęcie analizowanego w niniejszym szkicu konstruktów w formie, jak spotykamy na aktualnie w art. 9 § 3 k.k.

W dzisiejszych realiach wręcz trudnym do wyobrażenia jest fakt, by sama eksperyjencja psychiczna sprawcy determinowała jego odpowiedzialność karną; wiadomo, że do tego jest niezbadana naganność tego przebiegu. Akcent natomiast włożyła nie „naganność” położyła czysta teoria normatywna. Wyrosła ona z krytyki teorii kompleksowej jako włożyła nie „nieczystej”, zawierając w sobie postulat ostrego rozdzielania przedmiotu oceny od oceny przedmiotu. Według czystej teorii normatywnej, kwestia umyślności czy nieumyślności wiążącej się z samym czynem zabronionym, za winę jest sam „zarzut”<sup>1</sup>. W tym ujęciu winę nie jest zarzucalna umyślności albo nieumyślności w podjęciu jakiegoś aktu woli, ale „sam zarzut” umyślności czy nieumyślności, uwarunkowany podmiotową zdolnością, wiadomością, czy rozpoznawalnością znamion czynu oraz bezprawnością zachowania sprawcy, jak również wymagalnością zgodnego z prawem postępowania<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Wina w ujęciu czystej teorii normatywnej nadal pozostaje w sferze przebiegu psychicznych, tyle że nie jest to sfera intelektualno-wolitywnych przebiegu psychicznych podmiotu sprawczego, lecz sfera emocjonalnych przebiegu podmiotu oceniającego jego czyn sprawcy.

<sup>2</sup> Ogromne znaczenie w tej kwestii miała opisana przez J. Goldschmidta teoria zakładająca dwutorowość norm. Według tej myśli samo określenie czynu przez ustawę karną nie było warunkiem wystarczającym do przypisania winy. Drugim substratem każdej normy prawnej jest inna, niewypowiedziana norma, nakazująca jednostce takie zachowanie się, które może być realizowane przez obywatela w określonym porządku.

Mojemu stanowisku jest najbliższa – związana z finalną nauką o czynie w prawie karnym – właśnie czysta teoria normatywna, wprowadzająca pojęcie zarzucalności i koncentrująca się na możliwości postawienia sprawcy pewnego zarzutu w sytuacji, gdy ów sprawca narusza obowiązujące przepisy (chodzi mi o kryteria zarzucalności zakreślone w kodeksie karnym), na podstawie tej właśnie zarzucalności można na sprawcy przypisać winę. Wyraźnego podkreślenia wymaga tu stwierdzenie, jakoby umyślność lub nieumyślność stanowiły jedynie składnik czynu, a nie element winy. W winie pozostaje ujemna ocena sprawcy spowodowana jego postępowaniem. Ocena ta zależy zaś od tego, czy od sprawcy w danej sytuacji można było wymagać posłuchu dla norm prawa. Również czynnik moralny odgrywa w tej sytuacji bardziej samodzielny rolę, uzasadniając możliwość wprowadzenia przez ustawodawcę określonych nakazów lub zakazów prawnych adresowanych do wszystkich obywateli.

Pomimo braku bezpośredniego odwołania się prawodawcy do wyboru jednej z tzw. teorii winy, jestem przekonany, że można przyjąć, jakoby to właśnie czysta teoria normatywna wiodła prym w naszym kodeksie. Potwierdzeniem tego założenia jest m.in. analizowany przeze mnie art. 9 § 3, który pomijając zaszczyt psychiczny sprawcy do konkretnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, stawia podmiotowi sprawczemu zarzut (i pociągając do surowszej odpowiedzialności) za nieumyślny (czyli intelektualno-woluntatywny, nieustosunkowany do czynu) wywołanie dalszego następstwa.

Skoro kwestia przypisywalności winy za przestępstwo została już lapidarnie nakreślona, chciałbym zwrócić uwagę czytelnika na problematykę, relevantnych dla podjętych tu peroracji, znamion strony podmiotowej typu czynu zabronionego pod groźbą kary.

3. Kodeks karny z 1997 r. nie wskazuje (pod względem znamion strony podmiotowej) na inne rodzaje czynów zabronionych pod groźbą kary, ani umyślny albo nieumyślny (o czym wspomnię jeszcze w dalszej części niniejszego szkicu); jak zatem należy klasyfikować owe dziwne figury prawne, jak jest kombinacja umyślności (bądź nieumyślności) w typie podstawowym z dalszym, nieumyślnym następstwem?

Konkretne przykłady kodeksowe wyraźnie wskazują, że w związku z typem podstawowym danego czynu zabronionego pod groźbą kary mamy do czynienia przede wszystkim z umyślnością, natomiast kwalifikujące następstwo oparte jest zawsze na nieumyślności strony podmiotowej – efekt jest taki, że przestępstwo wsparte na tym mieszanym typie czynu zabronionego jest właśnie związane ze swoistą kombinacją strony podmiotowej. Mamy zatem sytuację, w której ostatecznie występuje przestępstwo umyślno-nieumyślny lub nieumyślno-nieumyślny.

---

ku prawnym. Ówka dorazowo konkretyzowane normy tradycyjnie noszą nazwę *Pflichtnorm*, czyli normy obowiązujące. Dzięki temu każdy przypadek jest rozpatrywany indywidualnie, a sytuacja ta sprzyja powszechności zasady subiektywizacji odpowiedzialności karnej.

W przedmiotowym temacie W. Wolter wskazuje, iż: „Ustawa jednak nie wyróżnia klasyfikacyjnie takiej pod względem winy odrębnej kategorii ze względu na spożycie z winy umyślnie winy nieumyślnie<sup>3</sup>; wobec czego przyjęcie należało wykładni, dla której podstawę dostarcza znów przepis art. 8 k.k. [z 1969 r. – dop. R.R.], który mówi o sprawcy »przestępstwa umyślnego«, i takie przestępstwo o winie kombinowanej zaliczy należało ze względu na winy umyślnie w typie wyjściowym do przestępstwa umyślnych<sup>4</sup>. Ten dawno już wypowiedziany, acz zdający się zachowywać aktualnie pogląd, przetransponujemy na współczesne założenia doktryny i judykatury. Jak wiadomo, kodeks karny z 1997 r. przyjmuje możliwość wystąpienia również nieumyślnie czyni w związku z typem podstawowym czynu zabronionego; dlatego też, zależe nie od strony podmiotowej towarzyszącej sprawcy w danym przypadku, całość czynu kwalifikowaliśmy jako zachowanie umyślnie lub nieumyślnie. Ma to praktycznie doniosło w związku z pewnymi instytucjami prawnokarnymi, w których kwestia ustalenia tego, czy przestępstwo jest umyślnie czy nieumyślnie ma w sobie znaczenie. Jest tak przykładowo w związku z pewnymi zagadnieniami dotyczącymi powrotu do przestępstwa (np. art. 64 § 1 k.k.) lub też odnośnie do podjęcia warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 68 § 1 k.k.). Dostrzegając skutki zaliczenia analizowanej konstrukcji w ramy nieumyślnie czyni, W. Wolter pisze, że: „Zaklasyfikowanie takich przestępstw do kategorii przestępstw nieumyślnych [w przypadku czynów popełnionych wyjściowo w sposób umyślny – dop. R.R.] doprowadziłoby do rezultatów nie do przyjęcia, gdy premiowałoby sprawcę, który popełnił przestępstwo umyślnie i nieumyślnie wywołał kwalifikujące następstwo, w stosunku do sprawcy, który popełnił tylko podstawowe przestępstwo umyślnie<sup>5</sup>.”

Korzystając z nadarzącej się po temu sposobności, pragnę zaznaczyć, że pomimo pewnych, pojawiających się w nauce, subiekcji dotyczących wprowadzenia tzw. trzeciej winy<sup>6</sup> polski kodeks karny nie wyróżnia innej formy strony podmiotowej, ani eli umyślnie oraz nieumyślnie. *Prima facie* wydawała się zatem może, iż ustawodawca wierny jest wprowadzonej już dawno temu zasadzie jej dychotomicznego podziału, która sugerowała możliwość alternatyw pomiędzy czynami zabronionymi, dzieląc je na umyślnie albo nieumyślnie. Tymczasem w cz. I ogólnej kodeksu karnego jest zawarty znamieny dla rozstrzyganych tu zagadnień art. 9 § 3, który wprowadza niemały zamęt na polu podmiotowej strony

<sup>3</sup> Czytelnik, rzecz oczywista, musi sobie zdawać sprawę, że w konkluzjach przywołanych za autorami tworzącymi kanwie ustawy z 1969 r., posługiwanie się stwierdzeniami „wina umyślna” lub „wina nieumyślna” oznacza w istocie znamiona strony podmiotowej (jakimi są umyślnie lub nieumyślnie); wynika to z przyjętego na gruncie koncepcji czystej teorii normatywnej – rozdzielenia winy od desygnatów wewnętrznego stosunku sprawcy czynu zabronionego pod groźbą kary do realizowanych przez niego znamion czasownikowych.

<sup>4</sup> W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 38.

<sup>5</sup> W. Wolter, loc. cit.

<sup>6</sup> Zob. S. Pławski, *Trzecia wina*, „Nowe Prawo” 1952, nr 10, s. 26.



znamion typu czynu zabronionego pod grob kary. Przywołany przepis odnosi się tradycyjnie do sytuacji, gdy sprawca umylnie – tj. w zamiarze bezpo rednim albo ewentualnym – dopuszcza się czynu zabronionego pod grob kary, którego następstw nie zakładał, gdy nie obejmował on ich swym zamiarem. Jak zatem widać, z umylnego zachowania wynika dalszy skutek, którego sprawca nie zamierzał osiągnąć, choć mógł przewidzieć jego powstanie. Skutek ten – jak pisze J. Liwowski – „(...) wywala się niejako ze sfery ludzkiego wpływu, by dalej »wie samodzielny wywot« (...)»<sup>7</sup>. Przez wzgląd na te następstwa skutki stosuje się zasad surowszej odpowiedzialności karnej. Przykładowo surowiej karany będzie ten, kto dopuszcza się umylnego pobicia człowieka z następstwem jego śmierci, której sprawca nie chciał ani się na niego godzić<sup>8</sup>. *A contrario*, oznacza to, że jeśli w zamiarze sprawcy leżała jednak śmierć pobitego, to odpowiada on musi z art. 148 k.k. Sam jednak związek przyczynowy, czyli ontologiczna nielączność zachowanie podmiotu z dalszym skutkiem (następstwem), nie jest wystarczający dla postawienia sprawcy zarzutu zabójstwa. W tej kwestii kodeks karny wyśłowia się *expressis verbis*, zaznaczając, iż określone następstwo czynu zabronionego powinno być możliwe do przewidzenia przez sprawcę.

Dla mnie jednak szczególnie relewantne znaczenie ma (na kanwie poruszanej tu problematyki) ustalenie, czy w podobny sposób odnie się można do uznania karalnego zaniechania znamiennego skutkiem jako formy popełnienia czynu zabronionego pod grob kary w oparciu o mieszanie stron podmiotów?

4. Wstępem dla podjętych obecnie rozważań niech się staną słowa T. Kaczmarka, który mówi o tym: „(...) normatywne kryterium obiektywnego przypisania określonej w tym wypadku służy nie jako samo sprowadzenie niebezpieczeństwa, lecz jako sprowadzenie »zabronionego«, »nieodzwolonego«, czy też »prawnie potępianego« niebezpieczeństwa”. Autor nadto odwołuje się do sformułowania L. Kubickiego, który niewypełnienie normatywnego obowiązku zapobiegania skutkowi nazywa: „(...) naruszeniem zakazu przez niewykonanie nakazu”<sup>9</sup><sup>10</sup>.

<sup>7</sup> J. Liwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 222.

<sup>8</sup> W tej tematyce W. Wolter podnosi, że: „następstwo czynu przekracza jego zamiar” – zob. W. Wolter, op. cit., s. 37.

<sup>9</sup> Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 81.

<sup>10</sup> Zob. T. Kaczmarek, *Spory wokół przyczynowości zaniechania i przypisywania jego skutku*, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, (red.) Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 210–211. *A propos* moich dalszych rozważań pozwol sobie na powołanie jeszcze jednej konkluzji T. Kaczmarka: „(...) podstawowe i w istocie najważniejsze znaczenie dla określenia normatywnych podstaw przypisania prawnokarnie relewantnego skutku, ma banalna z pozoru konstatacja, że o realizacji znamion typu czynu zabronionego w każdym wypadku decyduje przekroczenie normy prawnej. Z niej bowiem wynika w sposób oczywisty, że tylko bezprawne zachowanie się podmiotu może być podstawem do przypisania mu skutku przestępnego. Oznacza to, że właśnie kryterium bezprawności wyznacza w sposób najbardziej czytelny, transparentny nieprzekraczalne granice, poza którymi nie można nikogo uznać za sprawcę skutku przestępnego. W tym sensie bezprawne zachowanie jawi się w istocie jako pierwotne normatywne kryterium przypisywalności skutku, uniwersalne, bo wspólne zarówno dla działania, jak i zaniechania”, op. cit., s. 211.

Niektóre z ustawodawstw europejskich (jak np. norweski czy duński kodeks karny) zawierają bezpo- rednio wyrażony element, znamienny dla treści instytucji tradycyjnie nazywanej *culpa dolo exorta*. Jest nim wskazanie na zaniechanie stanowiące formę popełnienia typu czynu zabronionego pod groźbą kary o mieszanej stronie podmiotowej. Duński kodeks karny penalizuje zachowania, które nie tylko prowadzą do nieumyślnego dalszego skutku wywołanego umyślnym działaniem; ustawa ta transparentnie sankcjonuje także postępowanie sprawcy, gdy ten zaniechał działania, które (dzięki warunkom osobistym sprawcy) mogło odwrócić wystąpienie negatywnego następstwa. Na gruncie naszej kodyfikacji nie powinno to jednak budzić szczególnych emocji, ponieważ uważamy, że nasz art. 9 § 3 k.k. także *implicite* wystawia podobny miarodziej, co postaram się teraz udowodnić.

Zaniechanie, będące niepodjęciem obiektywnie możliwego działania w określonym kierunku, może być rozpatrywane na gruncie naszego ustawodawstwa w dwojaki sposób: jako sam akt zachowania się podmiotu sprawczego albo jako akt zachowania się pozostający w związku z określonym skutkiem wywołującym zmiany w świecie zewnętrznym. Takie ujęcie pozwala na rozróżnienie zaniechania na kategorie tzw. właściwych i niewłaściwych przestępstw polegających na popełnieniu przestępstwa *in abstracto* drogą postępowania<sup>11</sup>.

Czy w takim razie popełnienie czynu zabronionego w warunkach kombinacji umyślności z nieumyślnością jest dopuszczalne w formie zaniechania? W moim przekonaniu jak najbardziej. Można by tu podać liczne przykłady, ja jednak ograniczę się w tym miejscu do treści art. 115 § 1 k.k., w którym wskazuje się, iż: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie”. Za słowem „zachowanie”, rzecz jasna, kryje się taka forma działania, lecz również zaniechania, co – miarodziej – nie budzi żadnych kontrowersji już od lat. Powyższa konstatacja uzasadnia przeto twierdzenie, że gdy tylko ustawa karna wskazuje powstały w związku z zachowaniem sprawcy skutek, to domniemywać wówczas można, iż chodzi zarówno o spowodowanie owego skutku w postaci *delicta omissionis*, jak i *delicta omissionem commissiva*. Definicja legalna nie wprowadza żadnych ograniczeń w przedmiotowej kwestii, skąd wnoszę, że także do przestępstw z *culpa dolo exorta* będzie ona miała zastosowanie.

Nim przejdę jednak do istoty rzeczy, chciałbym wczepić niejakie moje stanowisko odnoszące się do samego tematu przyczynowości zaniechania w polskim prawie karnym oraz wskazać poglądy wiążące się z kwestią kauzalności przestępstw kwalifikowanych przez dalsze następstwo czynu zabronionego.

5. Przyczynowość przestępstw materialnych z zaniechania stanowi dość sporne podłoże tematyczne w doktrynie. Jedni uważają, że owa przyczynowość jest mo-

<sup>11</sup> Jak wskazuje L. Kubicki: „(...) przez tzw. właściwe przestępstwa z zaniechania rozumieć będziemy przestępstwa formalne z zaniechania (*delicta mere omissionis*), a przez tzw. niewłaściwe przestępstwa z zaniechania – przestępstwa materialne z zaniechania (*delicta per omissionem commissiva*)” – L. Kubicki, op. cit., s. 81.

liwa<sup>12</sup>, inni twierdzą, iż z niczego nic nie powstaje (*ex nihilo nihil fit*)<sup>13</sup>. Pierwsi wskazują, że skutek wywołany bezpośrednio zaniechaniem sprawcy musi się kausalnie wiązać z przyczynowością, albowiem warunkiem koniecznym dla odpowiedzialności jest przyczynowość czynu, a ten (jak już wspomniałem powyżej) może zaistnieć także w przypadku działania, jak i zaniechania<sup>14</sup>. Dlatego właśnie nie zaniechanie nie może być wyzute z podstawy niezbędnej dla przypisania odpowiedzialności karnej. Przyczynowość, zarówno przy działaniu, jak i przy zaniechaniu – stanowi niezbędną desygnat czynu zabronionego pod groźbą kary, ujęty w art. 115 § 1 k.k. Przeto jeżeli brak przyczynowości przy działaniu wyłącza odpowiedzialność karną, to (by nie popaść w sprzeczność) brak przyczynowości przy pasywnym zachowaniu (dla *delicta omissionem commissa*) również należałoby przyjąć jako okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną. Z kolei przeciwnicy przyczynowości zaniechania podnoszą, że skutek jest zaiste wynikiem działania innych osób, a odpowiedzialność sprawcy wynika z nieprzeszkodzenia temu skutkowi. Bez względu jednak na wybór jednego z poglądów wnioski w niniejszym temacie i tak pozostają podobne; z tym, że dla jednych odpowiedzialność karna winna nastąpić w efekcie spowodowania skutku, a dla przeciwników koncepcji przyczynowości zaniechania – za nieprzeszkodzenie skutkowi.

Oponenci uważają, że brak ruchu nie może powodować zmian w świecie zewnętrznym, dlatego też odpowiedzialność na tym polu jest przypisywana wyłącznie za niezapobiegnięcie skutkowi wbrew czemu na sprawcy obowiązuje z-

<sup>12</sup> Przy podejściu socjologicznym zaniechanie tak jest faktem mogącym prowadzić do ujemnych społecznie następstw. Zob. I. Andrejew i in., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 58; idem, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 142–144; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 182–192; T. Kaczmarek, *Metodologiczne aspekty sporów wokół pojęcia czynu w polskim prawie karnym*, (w:) *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 34–45; L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie...*, s. 216; L. Lernell, *Zagadnienie związku przyczynowego w prawie karnym*, Warszawa 1962, s. 271 i nast.; J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 135; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 129; W. M. Cior, *O czynie ludzkim i jego znaczeniu w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 131; W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 7–74; idem, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 28–42; W. Wida, *Prawo karne, część ogólna*, Warszawa 1970, s. 153 i nast. oraz L. Tyszkiewicz, *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Problemy prawa karnego”, t. 21, Katowice 1995, s. 44.

<sup>13</sup> W tym ujęciu zaniechanie spełnienia prawnego obowiązku nie jest przyczynowe i nie przeszkadza ono niepożądanemu układowi zdarzeń. Zob. np. S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1933, s. 125; J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 78; Z. Papierkowski, *Usiłowanie a przestępstwa z zaniechaniem*, „Palestra” 1936, nr 5; W. Wolter, op. cit., s. 80–81; idem (w:) I. Andrejew, W. Wida, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 57.

<sup>14</sup> O tym, że zaniechanie z ontologicznego punktu widzenia stanowi równorzędne działaniu postacie czynu przeczytało m. in. u W. Woltera w pracach: *O tzw. przyczynowości zaniechania*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 10–11, s. 522; idem, *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 5–6, s. 879–907; oraz idem, *Nauka o przestępstwie...*, s. 52 i nast. Autor wskazuje tam, że zaniechanie w istocie „kształtuje” rzeczywistość i może wywoływać zmiany w świecie zewnętrznym, choć wnioski te nie zawsze korespondują z innymi subiekcjami uczonego – zob. w materii tych niecisło cyt.: L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie...*, s. 114–116, oraz 134–139. Zob. także: J. Wróblewski, *Polemika. W związku z zagadnieniem przyczynowości zaniechania*, „Państwo i Prawo” 1955, nr 7–8, s. 271.

kowi<sup>15</sup>. Przypuszczam, że w pewnych warunkach można się z tym założeniem nie zgodzić. Współczesne odniesienia do koncepcji czynu w prawie karnym wyraźnie wskazują na fakt statutowy czyn, jako jakiegokolwiek oddziaływanie człowieka na rzeczywistość, gdzie działanie lub zaniechanie stanowi różną formę naszego zachowania się. Nadto ujmując czyn *sensu largo* niewskazane jest ograniczanie się do wpływania na świat zewnętrzny jedynie za pomocą naszej wiadomości, ponieważ nie wszyscy potrafią swą wolę w dowolny sposób kierować. A. Marek pisze wprawdzie, że: „(...) ujmowanie przestępstwa skutkowego z zaniechania jako »nieprzeszkodzenie« skutkowi jest nieprzydatne praktycznie, pozostawia bowiem bez odpowiedzi pytanie, przez kogo lub co skutek ten został spowodowany”<sup>16</sup>, lecz zwrócić należy uwagę na to, że pogląd ten w rzeczywistości jest nie do końca trafny. Przeciwnie sprawca przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie ka dorazowo wskazuje nam zarówno wystawiający przedmiot norm przepis art. 2 k.k.<sup>17</sup>, o czym jeszcze wspomnę poniżej.

Osobnie sędzi, iż zaniechanie w sensie ontologicznym jest kauzalne. Wywodzi ten wniosek z lektury monografii M. Zielińskiego, który klarownie wskazuje sposób wykładni stosownych przepisów. Odniesienie się do poruszonej kwestii nie uważam bynajmniej za rzecz zbyt cenną, albowiem nie umiałbym dać lepszych wskazówek od tych, zaprezentowanych przez autora *Wykładni prawa...*<sup>18</sup>. Jeśli więc chcemy określić znaczenie danego słowa wykorzystanego w ustawie, musimy w pierwszej kolejności poszukać jego definicji legalnej, gdy jej nie znajdziemy odnosimy się do zgodnej wykładni doktrynalnej, a w przypadku rozbieżności na tym polu – sięgamy do powszechnego znaczenia danego słowa. Jak wiadomo słowo „powodowa” znaczy tyle, co: „wytworzyć określony stan”, który to zaistnieje nie tylko w związku z działaniem, ale i właśnie z zaniechaniem. Dlatego też uważam, że zaniechanie według wykładni językowej zawiera się w zakresie słowa „powodowa”. Podając za słowami Ł. Pohla, warto odnieść się tak i do też wskazanych przez R. Sarkowicza, „(...) który przy analizie znamienia czasownikowego »powoduje« jako językowego wykładnika przyczynowości, tak się oto w interesującej nas kwestii wypowiedział: »Czasownik »powoduje«, uznawany przez większość językoznawców za podstawowy językowy wykładnik przyczynowości (...) ma w przytoczonych przepisach (chodzi o przepisy art. 152, 155 § 2, 156 § 1 i 3, 306 § 1 kodeksu karnego z 1969 r. – dop. Ł.P.) charakter blankietowy, tzn. nie opisuje konkretnie danego określonego zachowania podmiotu. Dla dokonania czynu zabronionego istotne jest zaistnienie zdarzenia określonego przez dopełnienie bliższe, bądź czego skutkiem tego językowo nie-

<sup>15</sup> Zob. W. Wolter, loc. cit.

<sup>16</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 24.

<sup>17</sup> Zob. w tej kwestii Ł. Pohl, *Artykuł 2 Kodeksu karnego w roli wyznacznika podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, nr 3, s. 92 i nast.

<sup>18</sup> Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006.

określonego zachowania się podmiotu. Do klasy zachowań denotowanych przez znamiona „powoduje” należą (uwaga! – Ł.P.) wszystkie te, które w świetle naszej wiedzy o świecie i rzeczonej normie przyczynowych prowadzą do wywołania skutku określonego przez dopełnienie bliżej sformułowane<sup>19</sup>. Owa wskazówka zatem w rzeczonym normie występuje, choć przyznać trzeba rację tym, którzy podnoszą, że chociaż – m.in. z powodu wskazanej przez R. Sarkowicza występującej niekiedy w opisie typu czynu zabronionego blankietowo – jest ona wielce nieprecyzyjna<sup>20</sup>.

W niniejszej sytuacji mamy jednak jeszcze pewien wątek do rozsupłania, gdy chcemy sprawcy przypisać odpowiedzialność za wyrządzony przez zaniechanie skutek. Otóż przy przestępstwach skutkowych z zaniechania istotną rolę pełni znamiona gwaranta, określające podmiot obowiązku zapobiegania negatywnemu skutkowi. Jeżeli podmiot jest zobowiązany do opieki nad danym dobrem prawnym, to niedopełnienie tej funkcji wiąże się z negatywnym odczuciem w sferze ocen społecznych i prowadzi do powstania zaniechania z zaistniałymi zmianami w świecie zewnętrznym, co określa się mianem czasownika „powodowa”. J. Majewski uważa, że źródło gwarancji, a raczej krąg adresatów normy wyznaczający podmiot przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie kryje się w formule: „Kto powoduje S”<sup>21</sup>. Oznacza to, że źródła odpowiedzialności karnej doszukiwamy się winniśmy wg przywołanego autora – dorazowo w poszczególnych, konkretnych przepisach prawnych. Wydaje się jednak, iż słuszniejszy w tym względzie okazuje się pogląd Ł. Pohla, który twierdzi, że to nie przepis typu „Kto powoduje S” zrębowo wyraża normę nakazującą zapobieganie skutkowi, lecz funkcję tę pełni wyrażony w obowiązującym kodeksie karnym przepis art. 2. Autor ten pisze: „Uważam bowiem, że to właściwie ten przepis, a nie przepis typu »Kto powoduje S«, uchodziłby – na gruncie stanu *de lege lata* – w ostateczności za zrębowo wyrażający normę u podstaw tzw. skutkowego przestępstwa z zaniechania” i u tego autora czytamy dalej: „Nadto zwróciłem uwagę na to, że w przepisie tym występuje wzmianka o adresacie tej normy – zgodnie bowiem z jego treścią odpowiedzialność karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlegałoby wyłącznie podmiot, na którym ciąży szczególnie, prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”<sup>22</sup>. Twierdzenie Ł. Pohla wydaje mi się właściwsze, ponieważ na gruncie przestępstw skutkowych z zaniechania nie możemy wymagać, by – jak to twierdzi w swych propozycjach J. Majewski – każdy człowiek stał się gwarantem nienastąpienia negatywnego skutku w postaci mierci

<sup>19</sup> R. Sarkowicz, *Wyrażenie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989, s. 49.

<sup>20</sup> Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 93–94.

<sup>21</sup> Zob. J. Majewski, *O korzyściach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 120.

<sup>22</sup> Ł. Pohl, loc. cit.

innej osoby<sup>23</sup>. Bli szej bowiem jest mi stanowisko statuuj ce faktycznego gwaranta dopiero na podstawie rzeczywistego obj cia swej funkcji, czyli przyj cia na swe barki ci cych na obowi zków<sup>24</sup>.

6. Na podstawie uprzednich supozycji chciałbym aktualnie zaj si przy czynowo ci rozpatrywany w powi zaniu z przest pstwami o mieszanej stronie podmiotowej. Omówi t spraw w sposób ogólny o tyle, o ile sam przedmiot na to pozwala.

W stosunku do okre lania ontologicznego znaczenia czynu, jako efektu dzia łalno ci człowieka, popieram stosowanie probierzy *sine qua non*<sup>25</sup> (która znajduje zastosowanie tak e w odniesieniu do *culpa dolo exorta*). Tzw. teoria ekwiwalencji przeprowadza hipotetyczn eliminacj , maj c za zadanie wskazanie nam relewantnego warunku zaistnienia negatywnego dalszego skutku przy przest pstwach kwalifikowanych przez nast pstwo czynu.

Na gruncie powy szych rozwa a pozwol sobie skonstatowa , i je eli okre lony skutek nast pczy stanowi „dzieło” sprawcy czynu w typie podstawowym, to z przypisaniem owego skutku nie powinno by adnego problemu. Ten niezbdny zwi zek przyczynowy pomi dzy zachowaniem sprawcy a zaistniałym efektem<sup>26</sup> nie musi by bezpo redni; wane, by w toku analizy ustalili , e brak działania sprawcy poci gn łby za sob brak negatywnego skutku (tote równie „po redni zwi zek przyczynowy” spełnia warunek *causae sine qua non*). Dla klarowno ci powtórz raz jeszcze, i przy zmieszaniu strony podmiotowej nie mamy do czynienia wy łcznie z przyczyn faktyczn , tak jak to przykładowo wyst puje przy zabiciu człowieka A strzałem z broni palnej przez B. Dla interesuj cej nas konstrukcji bowiem mamy w kauzalnym polu widzenia kilka czynników, na ogół działanie kilku osób, gdzie stosunek przyczynowy „wielojednoznaczny” wyst - puje nie jako jedna cecha zwi zków przyczynowych, ale jako konkretny zwi zek w danej sytuacji.

Zaiste trudno w tym miejscu o lepiej pomy lan i skuteczniejsz sentencj , ni słowa W. Woltera: *causa causae est etiam causa causati*. Przeto wydaje mi si , e skutek b d cy wolterowsk „nadbudówk ” dla czynu zabronionego w typie podstawowym (np. art. 158 § 1 k.k.) stanowi przyczyn dla czynu zabronionego

<sup>23</sup> Zob. J. Majewski, op. cit., s. 123.

<sup>24</sup> Zob. L. Kubicki, op. cit., s. 176–177; zob. tak e: A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do kk*, t. 1, Zakamycze 2001, s. 55.

<sup>25</sup> „Metoda rozumowania *sine qua non* jest budow pewnych hipotez. To za my lenie hipotetyczne stosujemy do okre lonego, rzeczywistego układu zdarze , poza który nie mo emy i nie powinni my wykra cza . Stawiaj c pytanie: co by było, gdyby nie było (...) wykraczamy wprawdzie poza dan rzeczywisto , ale po to, aby znale drog powrotn od hipotezy do tezy, umocowanej ju w obiektywnie istniej cej rzeczywisto ci”. L. Lernell, op. cit., s. 104.

<sup>26</sup> Rzecz oczywista dalszy skutek nale y postrzega jako normalne nast pstwo czynu, albowiem: „(...) przyczyna oznacza *prawidłowość*, bez gwarancji wszak e, e jej ustalenie w sposób pewny jest mo liwe. (...) nie istnieje problem powtarzania si »tej samej przyczyny« wywołuj cej »ten sam skutek«; regularno praw naukowych nie polega bowiem na identyczno ci przyczyn i skutków, lecz na identyczno ci relacji”. T. Kaczmarek, *Spyry wokół przyczynowości zaniechania...*, s. 196.

kwalfikowanego przez nast pstwo, wpływaj cego (jak wiadomo) na surowsz odpowiedzialno sprawcy (np. art. 158 § 2 lub § 3 k.k.). Dlatego wła nie przyczyna dla zaistnienia czynu zabronionego w typie podstawowym jest jednocze nie przyczyn nast pstwa kwalifikuj cego.

Co jednak w zwi zku z zagadnieniem przypisania odpowiedzialno ci karnej w tej materii? My l , i nie b dzie stanowi to zaskoczenia, je li napisz , e oczywi cie odpowiedzialno mo e by podmiotowi sprawczemu w pełni przypisana. Narusza on bowiem normy prawne<sup>27</sup> zawieraj ce w sobie funkcje sugestywn i pragmatyczn , które w bezpo redni sposób wskazuj zakazy i nakazy okre lonego post powania. Tym samym – postawienie sprawcy zarzutu wi e si z wła ciw subsumcj pod przepis art. 9 § 3, gdy z punktu widzenia polityki prawnokarnej, poprawne jest poci gni cie kogo do (surowszej) odpowiedzialno ci, w sytuacji gdy podmiot ten przewidywał albo mógł przewidzie kwalifikuj ce nast pstwo swego czynu.

7. Niestety, kwestia wypracowania zadowolaj cej definicji lub algorytmu, jak uwa a T. Kaczmarek, przyczynowo ci nadal pozostaje otwarta. Mo na by powiedzie , e przyczyna to swego rodzaju prawidłowo , cho na tym gruncie nale y wykazywa daleko posuni t delikatno , by zbytnio nie wej w ramy teorii adekwatnego zwi zku przyczynowego, której słuszno , na gruncie prawa karnego, nale y zdecydowanie zakwestionowa . W konsekwencji prawa przyczynowe opieraj si jedynie o pewne przypuszczenia, których nie jeste my w stanie we wszystkich przypadkach trafnie i jednoznacznie ustali dedukuj c z przyczyny ku wnioskowi lub w kierunku przeciwnym<sup>28</sup>.

Tytułem przykładu W. Wolter w swoim podr czniku plastyczne unaocznia, e: „(...) przyczynowo jest czym obiektywnym, niezale nym od poznaj cego podmiotu, zwi zanym immanentnie z b d c w ruchu materii , jest pewn obiektywn prawidłowo ci . Wobec tego powiedzie mo na, e przyczynowo to obiektywna prawidłowo b d cej w ruchu materii w postaci asymetrycznego, przechodniego stosunku mi dzy dwoma czasowo-przestrzennymi zdarzeniami, z których jedno (przyczyna) stale jednoznacznie wyznacza (wywołuje) odpowiednio drugie (skutek)”<sup>29</sup>. Istotne w przyczynowo ci jest to, i wywiera ona wpływ (w powi zaniu z odpowiednimi regułami normatywnymi) na odpowiedzialno uzale nion od wyst pienia prawnokarnie wa nego skutku. Z drugiej jednak strony odpowiedzialno nie mo e oddziaływa na sfer przyczynowo ci, gdy wi załoby si to z naginaniem bytu ontologicznego dla potrzeb normatywnych.

<sup>27</sup> Przykładowo poprzez naruszenie reguł ostro no ci, czy podj cie nieakceptowanego ryzyka.

<sup>28</sup> W tym miejscu mo na si odwoła do metody skonstruowanej przez H. Feigl wykorzystuj cej co „(...) podobnego do matematycznego procesu przechodzenia do granicy (...)”; przy czym wyst puje tu zale no pomi dzy sytuacj zbli ania si do idealnej przyczyny a zwi kszaniem prawdopodobie stwa wyst pienia przewidzianych idealnych skutków. Zob. H. Feigl, M. Brodbeck (red.), *Readings in the Philosophy of Science*, New York 1953, s. 410.

<sup>29</sup> W. Wolter, op. cit., s. 66.

Przyczynowo stanowi jedynie fragment w relacji między rzeczami a zjawiskami. Ważne, byśmy w dziedzinie, która nas interesuje (w tym przypadku jest to oczywiście prawo karne), potrafili w odpowiedni sposób (opierając się na naukowych fundamentach) wyłowić te powiązania, które rzeczywiście mają dla nas znaczenie. Na gruncie prawnokarnym nie ma miejsca na dowolność, zatem należy korzystać z właściwych narzędzi i wyznaczników określonych w ustawie, by z całego spłotu sytuacyjnego wybrać to, co rzeczywiście ważne. W tym celu należy odnieść się do związku przyczynowego, stanowi cego punkt styku między zachowaniem sprawcy a wystąpieniem dalszego następstwa, który wskazuje istotne z punktu widzenia ustawy karnej przypadki sprawstwa kwalifikowanego przez następstwo.

W celu uporządkowania powyższej materii, by wkroczyć wreszcie *in media res*, należy dokonać pewnej rekapitulacji.

8. W związku z tzw. niewłaściwymi przestępstwami z zaniechania (polegającymi na naruszeniu zakazu przez niewykonanie nakazu<sup>30</sup>) możemy się spotkać w praktyce legislacyjnej z dwoma sposobami ujęcia ustawowych znamion, których realizacja może pozostawać w łączności z zaniechaniem po stronie sprawcy. Pierwszym (i raczej rzadko spotykanym) sposobem jest wyraźne wskazanie przez ustawodawcę, że dany czyn zabroniony może być spowodowany za pośrednictwem zaniechania wywołującego prawnie doniosły skutek. Druga metoda opisuje stron przedmiotów w sposób, który wyraźnie nie wyłącza możliwości zrealizowania znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary za pośrednictwem zaniechania, a tym samym dopuszcza tak ewentualnie. Niemniej, najczęściej mamy do czynienia z syntetycznym opisem strony przedmiotowej, przy której, jeżeli *explicite* nie wyrażono wyłączenia dla postaci zaniechania – dopuszcza się taką formę. A zatem przy wykładni znamion czasownikowych poszczególnych czynów zabronionych posługujemy się techniką eliminacji dla ustalenia typów przestępstw, których dopuszczenie może nastąpić wyłącznie w drodze działania. *Notabene*, owa eliminacja nie zawsze musi mieć charakter arbitralny. Ponieważ wychodzimy z założenia, że warto starać się przedstawić stanowiska odmienne od ogólnie przyjętych<sup>31</sup> – zdecydowałem się na przyjęcie poglądu, według którego (tak jak wcześniej to zasygnalizowałem) zachowanie się sprawcy w formie zaniechania zdaje się być dopuszczalne dla czynów zabronionych pod groźbą kary znamienych kwalifikującym dalszym następstwem (konkretnie chodzi mi o art. 210 § 2 k.k.).

W *Komentarzu* pod red. A. Zolla przedstawiono *à propos* analizowanego przeze mnie typu czynu zabronionego pod groźbą kary różne stanowiska doktryny i judykatury; przeczytałem tam również: „W literaturze prawa karnego sporna jest kwestia, czy porzucenie może być popełnione tylko przez działanie,

<sup>30</sup> Zob. L. Kubicki, loc. cit.

<sup>31</sup> Na gruncie rozważań dogmatycznych podejście takie jest o tyle istotne, że skłania może innych autorów do polemiki, a ta – z punktu widzenia teoretycznego – jest nieocenioną drogą ku rozwojowi oraz nierzadko sprzyja poprawie instytucji jej funkcjonujących.



czy zarówno przez działanie, jak i zaniechanie b d tylko przez zaniechanie. J. Kubicki uważa, że porzucenie polega na »(...) kombinacji działania z zaniechaniem, a więc zarówno na działaniu, jak i na samym zaniechaniu« (zob. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975). L. Gardocki pisze, że »samo porzucenie należy rozumieć w znaczeniu, jakie nadaje się mu w znaczeniu potocznym, tzn. jako nieuzasadnione sytuację oddalenia się od osoby wymagającej troszczenia się o nią, bez zapewnienia jej opieki ze strony innych osób lub instytucji« (L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 292). R.A. Stefański stanowczo twierdzi, że porzucenie może być popełnione tylko przez działanie. Pogląd ten według niego wynika z niekwestionowanego założenia, iż porzucenie wymaga konieczności oddalenia się sprawcy od pokrzywdzonego, oddalenie się za to tylko aktywne zachowanie się, działanie (R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia, art. 187 k.k.*, Państwo i Prawo nr 5/1997, s. 41–55)<sup>32</sup>.

Szczególnie bliski okazał się mi jednak pogląd A. Wska, który twierdzi, że znami „porzucenia” nie wyklucza postaci zaniechania prowadzącego do dokonania czynu zabronionego z art. 210 k.k. Autor przedstawia swoje stanowisko następująco: „Dlaczego zatem miano by negować byt porzucenia w przypadku »czystego« zaniechania sprawcy w przypadku, gdzie o porzuceniu może być mowa w znaczeniu prawnym i społecznym i gdzie za taką ocenę przemawia instytucja prawna i moralna? Nietrudno o odpowiednie przykłady z życia (...). Rodzic w zamiarze pozbycia się dziecka pozwala (nie przeszkadza) na oddalenie się dziecka jeżdżącego na sankach, nartach, pływającego na pontonie w rzece lub na morzu. Tutaj nie sprawca oddala się od osoby pokrzywdzonej, ale osoba pokrzywdzona oddala się od sprawcy przy jego »złej« bierności”<sup>33</sup>.

Przeciwnicy mojego stanowiska uznają zapewne, że porzucenie dokonane może być wyłącznie w chwili oddalenia się osoby zobowiązanej do opieki nad dzieckiem lub osobą nieporadną, a więc musi to być czynno-aktywna podmiotu sprawczego – tym samym zaniechanie jest wykluczone<sup>34</sup>. Ja jednak nie trzymałbym się tak kurczowo tego stanowiska.

Uważam, że argumentacja A. Wska oraz powołanie się na wykładnię teleologiczną prawa karnego stanowi wystarczający powód, by uznać, że czynno-aktywne porzucenie dokonane również w drodze zaniechania, jeżeli oczywiście nie nadarzy się po temu właściwa sposobność. Rzecz jasna, znacznie częściej występuje sytuacja aktywnego porzucenia pokrzywdzonego przez sprawcę, lecz i fakt ten nie pozwala na eliminację zaniechania z kręgu relatywnych zachowań

<sup>32</sup> M. Szewczyk, *Komentarz do art. 210 Kodeksu karnego*, (w:) *Komentarz*, (red.) A. Zoll, Lex, teza 6.

<sup>33</sup> A. W sek, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2006, s. 1045.

<sup>34</sup> Zob. M. Szewczyk, op. cit., teza 8 i nast.; zob. też wyrok SN z 4 czerwca 2001 r., V KKN 94/99, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 11, poz. 3; abstrahując na moment od interpretowanego zagadnienia czyni sobie sposobność wspomnienia, iż z drugiej strony dla przywołanego wyroku powszechnie aprobowane jest krytyczne stanowisko A. Wska dotyczące konkretnego orzeczenia SN, gdzie autor ten podnosi, że: „Zbyt daleko idące jest wymaganie, aby »sprawca porzucenia uniemożliwił osobie pokrzywdzonej udzielenie natychmiastowego wsparcia«” – A. W sek, op. cit., s. 1046.

opisanych w art. 210 k.k. Tym samym konkluzja ta daje mi podstawę do uznania dopuszczalnością realizacji czynów z mieszanej strony podmiotowej w formie zaniechania. Twierdzenie to sformułowane na podstawie wcześniejszych argumentów, albowiem mniemam, że porzucenie w drodze zaniechania także zawiera się w opisanym w § 2 art. 210 k.k. typie czynu zabronionego pod groźbą kary.

9. W drugiej części niniejszych rozważań chciałbym pokrótce zająć się inną sporną kwestią, jaką jest usiłowanie będące teoretycznie (przez mnie dopuszczalne) formą stadialnego popełnienia czynów zabronionych w związku z reprezentatywnymi czynami zabronionymi, w których występuje dalsze następstwo. Rozumiem, że już w tej chwili większość czytelników apriorycznie nie zgadza się z podniesioną powyżej tezą, bo jak przyznać mi rację, skoro powszechnie przyjmuje się, że usiłowanie jako figura prawna obejmująca musi zamiarem sprawcy całego typu czynu zabronionego pod groźbą kary (w tym dla czynów zabronionych o mieszanej stronie podmiotowej – również następstwo kwalifikujące). Chcę jednak na ten zarzut odpowiedzieć, rozważając trzy kwestie, które nie sprzeciwiają się memu twierdzeniu i mam nadzieję są godne uwagi. Niech mi wolno będzie ograniczyć się w poniższych zagadnieniach do: 1) przypisania przestępstw o kombinowanej stronie podmiotowej do jednego z dwóch sposobów popełnienia czynu zabronionego; 2) wykazania psychologicznego braku różnic między zamiarem ewentualnym (zaliczanym do umyślności) a lekkomyślności (zaliczanej do nieumyślności); oraz 3) rozważenia istoty bezprawności – jako ekwiwalentu przekroczenia normy sankcjonowanej – zarówno dla typów czynów zabronionych popełnionych umyślnie, jak i nieumyślnie.

10. Sądząc, że na wstępie przedmiotowych analiz właściwa będzie krótka konstatacja dotycząca samej instytucji usiłowania w polskim prawie karnym. Otóż dokonanie określonego typu czynu zabronionego pod groźbą kary stanowi pewnego rodzaju odzwierciedlenie w rzeczywistości ogółu desygnatów znamion zawartych w konkretnym przypadku przez ustawodawcę (także w sytuacji, gdy pełna realizacja znamion czynu zabronionego wywołana jest przez zaniechanie sprawcy<sup>35</sup>). Dlatego te usiłowanie w stosunku do dokonania typu czynu zabronionego pod groźbą kary wykazywać musi pewne braki w realizacji istoty czynu.

---

<sup>35</sup> Niezależnie od tego, czy odniesiemy się do działania czy też do zaniechania: „(...) ocena zależna od przyczynowo-skutkowych opiera się na ustaleniu zdarzenia, które faktycznie miały miejsce”. Zob. T. Kaczmarek, *Spory wokół przyczynowości zaniechania...*, s. 203. Autor ten dalej pisze: „(...) jeżeli nie utraci się z pola widzenia tego, co w obrębie materialnych przestępstw z zaniechania stanowią ich elementy realne (...) – nasuwa się od razu pytanie, po co w ogóle dla przypisania skutku przy materialnych przestępstwach z zaniechania odwołujemy się do specjalnie konstruowanej na ten użytek formuły hipotetycznego związku przyczynowego, gdy przypisywalność tego skutku, podobnie jak przy przestępstwach z działaniem, opiera się na równie naturalnym przebiegu zdarzenia, gdy w jednym i w drugim wypadku (...) fakt zaniechania (np. nieprzystawienia zwrotnicy) jest równie realny jak fakt działania (np. rozkręcenia torów), oraz że tu i tam skutek w postaci katastrofy rzeczywiście nastąpił”, idem, op. cit., s. 203–204. Zob. także: S. Glaser, op. cit., s. 125; W. Wida, *Uwagi o przyczynowości zaniechania*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 11, s. 838 i nast.; idem, *O przyczynowości zaniechania i kilku innych zagadnieniach związku przyczynowego*, „Państwo i Prawo” 1977, nr 12, s. 115 i nast.

G. Rejman w swojej monografii pisze: „Różnica pomiędzy winą kombinowaną a winą nieumyślną w ścisłym tego słowa znaczeniu polega na tym, że w pierwszym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której czynność jest zakazana przez prawo, a skutek przekraczający granice zamiaru staje się podstawą wyśzej karalności, jeżeli tylko mieści się w granicach winy nieumyślnej. W drugim przypadku sama czynność nie jest zakazana przez prawo, jest ona przestępna tylko ze względu na szkodliwe skutki, do których ta czynność może doprowadzić”<sup>36</sup>.

Należy zatem zastanowić, czy sprawca czynu zabronionego, opartego w jego stronie podmiotowej na kombinacji umyślności czynu wyjątkowego i nieumyślności kwalifikowanego następstwa, może być poczyniony do odpowiedzialności za usiłowanie dokonania nieobjętego jego zamiarem skutku? Pozwól sobie w tym miejscu powtórzyć nadal aktualne założenie W. Woltera, że art. 9 § 3 k.k. nie reprezentuje jakiejś trzeciej odmiany winy<sup>37</sup>. Owszem, mamy czynы zabronione napiętnowane mieszaniem stron podmiotów, lecz nie daje nam to podstaw do odchylenia od podziału przestępstwa na umyślne i nieumyślne. Dlatego te czynы oparte na konstrukcji mieszanej strony podmiotowej (przy umyślnym czynieniu wyjątkowym) muszą być całościowo postrzegane jako umyślne.

Co prawda niektórzy przedstawiciele doktryny dalecy są od zaakceptowania usiłowania czynów zabronionych opartych na mieszanej stronie podmiotowej<sup>38</sup>, lecz uważam, że twierdząca odpowiedź na postawione przeze mnie w uprzednim akapicie pytanie z dogmatycznego punktu widzenia jest akceptowalna w duchu założenia ustawodawcy. Forma usiłowania stanowi wszak istotne zagrożenie dla wielu dóbr chronionych prawem<sup>39</sup>, które to jednak np. dzięki ingerencji osób trzecich nie ulegają uszkodzeniu lub zniszczeniu<sup>40</sup>. Za przykład niech posłuży chociażby art. 165 k.k. Załóżmy, że jako właściciel tego przedsiębiorstwa chcąc pozbyć się nielegalnie odpadów z mojej fabryki wylewając je do rzeki. Swoim działaniem powoduję zagrożenie epidemiologiczne, które prowadzi do poważnego zatrucia kilku osób; skutek ten nie leżał w moim zamiarze, mimo iż następstwo mojego czynu przewidywałem względnie mogłem przewidzieć. Ponieważ poszkodowani trafiają w fachowe ręce lekarza, udaje się uniknąć tragedii w postaci zejścia śmiertelnego lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób.

<sup>36</sup> G. Rejman, *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980, s. 241.

<sup>37</sup> Ta tradycyjna nomenklatura, dotycząca mieszanej strony podmiotowej, do dziś posługuje się wieloma znamienitymi teoretykami prawa; tytułem przykładu można wskazać V. Konarski-Wrzosek, czy A. Marka.

<sup>38</sup> Tak np. I. Andrejew, *Głosa do orzeczenia SN*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 2, s. 140; J. Liwowski, op. cit., s. 237.

<sup>39</sup> Wskazuje na to sam ustawodawca podkreślając to samo zagrożenie dla konkretnych przestępstw rodzajowych dokonanych i usiłowanych. Zob. art. 14 § 1 k.k.

<sup>40</sup> Władza za G. Rejman (op. cit., s. 242), pozwól sobie na odwołanie do stanowiska Z. Kubeca, który opowiada się za koncepcją usiłowania opartego na mieszanej stronie podmiotowej – zob. Z. Kubec, B. Hołyst, *Bójka i pobicie*, Warszawa 1962, s. 42.

11. Zdaj sobie sprawę z tego, że zgodnie z przekonaniem wiążąc ci przedstawicieli doktryny mój pogląd może nie uzyskać aprobaty<sup>41</sup>. Już nawet S. Liwski wskazywał, że usiłowanie do czynów kwalifikowanych przez nastęstwo jest niemożliwe, albowiem sprawca nie obejmuje tam dalszego skutku swoim zamiarem. Nie neguję tego, gdy art. 13 § 1 k.k. *explicite* mówi, że dla odpowiedzialności z tytułu usiłowania niezbędny jest zamiar, co wyraźnie sugeruje wyzucenie nieumyślności z ram tej instytucji prawnokarnej. Nie zmienia to jednak faktu, iż generalnie czyny o mieszanej stronie podmiotowej w kodeksowym podziale czynów na umyślne i nieumyślne, zaliczane są do grona zachowań umyślnych!<sup>42</sup> Dla ostatecznego poparcia moich wywodów posłuży tekstem kodeksu karnego, który w art. 11 § 1 mówi, że: „Ten sam czyn stanowi może tylko jedno przestępstwo”. Wprawdzie kombinacja umyślności czynu wyjątkowego i nieumyślności kwalifikującej „nadbudówki” wywołuje w nas odczucie pewnej dwutorowości w ocenie zachowania sprawcy, zależe nie od tego, czy rozpatrujemy kwestię typu podstawowego czy dalszego nastęstwa czynu zabronionego; nie należy jednak tracić z oczu faktu, że w przypadku czynów umyślno-nieumyślnych, stanowiących znamienitą część w przedmiocie analizowanej konstrukcji, zachodzi zamiar popełnienia przez sprawcę określonego czynu zabronionego. Ponieważ kodeks nie konstytuuje w szczególności przestępstwa o podmiotowym zabarwieniu mieszanym (pozostając przy tradycyjnych formułach umyślności i nieumyślności), należy wykluczyć przy *culpa dolosa exorta* nieumyślności po stronie sprawcy (wszak, jego psychika spaczona była złym zamiarem), zatem pozostaje nam jedynie umyślność. Wyjątek stanowi tutaj jedynie typy czynów zabronionych o charakterze nieumyślno-nieumyślnym, albowiem w tym przypadku nieumyślny typ zasadniczy determinuje całość typu czynu zabronionego pod groźbą kary w formie nieumyślności; a usiłowanie zmierzające do dokonania nieumyślnego czynu zabronionego jest przez wzgląd na całkowity brak zamiaru – niemożliwe. Na podstawie powyższego powtórzę, że nie należy premiować sprawców, którzy swoim postępowaniem spowodowali tak wielkie niebezpieczeństwo (czy to w komunikacji, czy też w bezpieczeństwie powszechnym), że realnie zagrożili oni życie i zdrowiu wielu osób, a jedynie, dajmy na to, sprawna akcja ratownicza

<sup>41</sup> Również orzecznictwo i wytyczne SN nie korzystają z konstrukcji usiłowania w przypadku czynów zabronionych charakteryzowanych występieniem dalszego nastęstwa i nie popierają założenia obostrzenia karalności sprawcy w tej sytuacji. Zob. wyrok SN z 1 września 1958, II K 764/58 i wyrok SN z 3 października 1958, III K 560/58 publikowane w „Studium Milicji Obywatelskiej” 1959, nr 2; zob. także wytyczne SN z 23, 24 i 28 czerwca 1961, „Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości” 1962, nr 3, s. 1–7. Z moimi założeniami nie konweniuj także poglądy W. Woltera; Zob. idem, *Nauka o przestępstwie...*, s. 276.

<sup>42</sup> Podobnie uważa te W. M. Cior konkludując: „Przestępstwo kwalifikowane traktowane jest oczywiście jako przestępstwo z winy umyślności [w tym i podobnych przypadkach chodzi oczywiście o umyślność, jako znamienitą stronę podmiotową, a nie »winę« umyślną – dop. R.R.]”. Zob. W. M. Cior, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968, s. 83. Stanowisko to popiera również W. Wolter, pisząc: „(...) traci paradoksem, aby przestępstwo, które w wyjątkowym stadium stanowi przestępstwo umyślnie, zdeklasowało się do charakteru przestępstwa nieumyślnego, gdy wynikło nastęstwo kwalifikujące”. Zob. W. Wolter, op. cit., s. 151.

pozwoliła na uniknięcie tragedii, ograniczając tym samym możliwości pocierania sprawców do odpowiedzialności karnej.

12. Innym argumentem mogą być przemawiające za wystąpieniem usiłowania w związku z mieszaniem stron podmiotów jest fakt popierania przez czynniki doktryny usiłowania odnoszącego się do zamiaru ewentualnego.

W formie przykładu warto cytować słowa J. Makarewicza, który podnosi: „Sprawca przedstawia sobie pewien skutek przestępny jako możliwość, choć niekonieczny, skutku tego nie pragnie, do niego nie zmierza, ale na zaistnienie tego skutku na wypadek gdyby zaszedł, z całą wiadomością sobie godzi. (...) Cech jest tu wola warunkowa, na wypadek, jeżeli eliby zaszła dalsza zmiana w świecie zewnętrznym nie ta lub nie tylko ta, do której sprawca zmierza”<sup>43</sup>. Również S. Liwiński w swoim podręczniku mówi: „Możliwe jest, *lege non distinguente*, usiłowanie przestępstwa umyślnych, polegających tak na zamiarze bezpodstawnym, jak i ewentualnym. (...) Jeżeli sprawca, podpalający dom w celu uzyskania premii asekuracyjnej, liczy się z możliwością śmierci mieszkańców i na nią sobie godzi, brak podstawy do zwolnienia sprawcy od odpowiedzialności za usiłowane zabójstwo, jeżeli mieszkańcy uszli z płonącego domu z życiem”<sup>44</sup>. Kazus ten do złudzenia przypomina sytuację z art. 163 § 3 k.k., z tym, że w powołanym przez mnie przykładzie sprawca nie godzi się na zaistnienie dalszego skutku, lecz następstwo to jedynie przewiduje, a przynajmniej powinien je przewidzieć (ma taką możliwość). Zupełnie nieplodne dla moich rozważań są słowa M. Ciełaka, który na kanwie rozważań o usiłowaniu *cum dolo eventuali* dochodzi do wniosku, iż: „(...) nie bardzo wiadomo, dlaczego miałoby być niemożliwe usiłowanie przestępstwa lekkomyślnego. Do pominięcia jest nawet konfiguracja usiłowania przestępstwa niedbałego”<sup>45</sup>; jeszcze dalej posuwa się A. Wasek, który wyraźnie wskazuje, że usiłowanie przestępstwa nieumyślnych jest „pojęciem o możliwości”<sup>46</sup>.

Nawiązując w tym kontekście do rozważań M. Król-Bogomilskiej *à propos* czynów kwalifikowanych przez wystąpienie dalszego następstwa, warto przytoczyć fragment jej wypowiedzi, w której autorka podnosi, że: „Rozpatrując tego rodzaju przestępstwa w płaszczyźnie niepsychologicznej, należy przede wszystkim podkreślić, że w stronie podmiotowej odnoszącej się do następstwa czynu znajdują pełne zastosowanie uwagi (...) dotyczące niemożliwości znalezienia zakotwiczonych w psychologii kryteriów oddzielenia zamiaru ewentualnego od lekkomyślności (odgraniczenia przewidywania następstwa polegającego na »godzeniu się na ich wystąpienie« od przewidywania polegającego na »z bezpodstawnym przypuszczeniem, że się ich uniknie«)”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> J. Makarewicz, *Kodeks Karny z Komentarzem*, Lwów 1938, s. 77.

<sup>44</sup> S. Liwiński, *Polskie Prawo Karne Materialne*, Warszawa 1946, s. 302–303.

<sup>45</sup> M. Ciełak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 363.

<sup>46</sup> Zob. A. Wasek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 191.

<sup>47</sup> M. Król-Bogomilska, „Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii, Warszawa 1991, s. 220.

13. Nie w tpi , e skazanie za usiłowanie popełnienia przest pstwa w zwi zku z mieszan stron podmiotow przez wi kszo teoretyków uznane byłoby za wypadek i cie egzotyczny, tym bardziej e wielu znakomitych przedstawicieli doktryny uwa a, e usiłowanie jako takie wymaga „duszy” w postaci zamiaru rozci gaj cego si na całokształt czynu; a przecie nast pstwo z *culpa dolo exorta* nie jest zamierzone przez sprawc . Tym niemniej powy szymi argumentami odnosz -cymi si do: 1) uznania czynów umy lno-nieumy lnych jako zasadniczo umy lne; 2) przyj cia przeze mnie bezprawno ci (charakteryzuj cej w równym stopniu formy umy lno ci, co nieumy lno ci) jako odpowiednika przekroczenia normy sankcjonowanej, a zatem ekwiwalent sprzeciwienia si zakazowi wyra onemu przez prawodawc ; oraz wreszcie 3) brak cezury mi dzy psychologicznym rozgranicheniem lekkomy lno ci od zamiaru ewentualnego – daj mi podstawy przypuszczania, e równie przy czynach znamiennych wyst pieniem dalszego skutku, dozwolona jest (przynajmniej w sensie teoretycznym) prawna figura usiłowania.

## STRESZCZENIE

Kwestie poruszane w niniejszym szkicu maj charakter dyskusyjny. Autor artykułu zgodnie z cz ci doktryny przyjmuje zasadno przyczynowo ci zaniechania. Nadto na podstawie analizowanych przepisów oraz stanowiska przedstawicieli nauki wskazuje, i w jego mniemaniu dopuszczalno realizowania czynów zabronionych przez zaniechanie, w oparciu o mieszan stron podmiotow , ma podstawy ustawowe.

W drugiej cz ci rozwa a autor wskazuje inn sporn kwesti , jak jest usiłowanie – jako teoretycznie dopuszczalna forma stadialna popełnienia czynu zabronionego pod gro b kary w zwi zku z mieszan stron podmiotow .

## SUMMARY

The issues discussed in this article are of a controversial nature. The author, being consistent with part of the juristic doctrine, adopts the view of validity of omission causation. Moreover, on the basis of the analysis of regulations and the views of the authorities in the field, the author expresses his opinion that admissibility of performing a prohibited act by omission with the mixed aspect of the offence as to the doer has legal grounds.

In the second part of the article, the author indicates another side of the argument, which is an attempt – seen as a theoretically allowable phase form of the committed act prohibited under penalty in connection with the mixed aspect of the offence as to the doer.

KAZIMIERZ LEAK

SKUTECZNO ZARZUTU  
OPARTEGO NA NARUSZENIU ART. 41 § 1 K.P.K.,  
A STANDARD RZETELNEGO PROCESU

Bezstronność sędziego jest jednym z najważniejszych elementów składających się na standard rzetelnego procesu<sup>1</sup>. Gwarancja bezstronności sądu jest jednym z fundamentalnych praw człowieka, które zapewnia, że spory, w których jednostka uczestniczy, są rozstrzygane przez neutralny podmiot<sup>2</sup>. Stąd te bardzo ważne jest, by postępowanie sędziewe zostało przeprowadzone przed sędzią wolnym od podejrzeń o stronniczość. Jest przy tym oczywiste, że osiągnięcie stanu zupełnej bezstronności sędziego jest niemożliwe. Chodzi zatem o zapewnienie odpowiednio wysokiego poziomu owej bezstronności.

Trafno wyrażanych w orzecznictwie sądowym poglądów we wskazanej na wstępie kwestii zależy w dużym stopniu od sposobu rozumienia bezstronności. Niezależnie jest w związku z tym wskazanie, że ujmowana jest ona od strony subiektywnej i obiektywnej. W aspekcie subiektywnym wymóg bezstronności sędziego odnosi się do ocen samego sędziego oraz do ocen stron postępowania. Chodzi tu o ocenę wewnętrznego nastawienia sędziego do stron lub przedmiotu procesu (które nie będzie przejawiało się niechęcią do uczestników procesu lub brakiem dystansu i neutralności do samej sprawy) i korelując z nimi ocenę wewnętrznego przekonania strony o bezstronności sędziego. W omawianym aspekcie wymóg bezstronności opiera się na domniemaniu bezstronności sędziego (istnieje ono do czasu ujawnienia okoliczności podważających owo domniemanie). Z kolei w aspekcie obiektywnym kryterium bezstronności sędziego odwołuje się do ocen przeciwnego, rozsądnie myśliczego człowieka. Chodzi o ocenę podmiotu o wskazanych cechach, który w danych okolicznościach uzna, że okoliczności te z całą pewnością nie wpłyną na obiektywizm rozpoznania sprawy i treść rozstrzygnięcia, czy czegoś postępowanie lub który uzna, że istnieje „daj ce

<sup>1</sup> P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009.

<sup>2</sup> Zob. T.T. Koncewicz, *Sprawiedliwość proceduralna w sądach unijnych. Pierwsze kroki*, „Palestra” 2010, nr 11–12, s. 257–258 i powołaną tam literaturę.

si weryfikowa fakty, które nasuwaj w tpliwo ci odno nie do bezstronno ci s dziego”<sup>3</sup>.

Europejski Trybunał Praw Człowieka na tle zagwarantowanego w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno ci z 4 listopada 1950 r.<sup>4</sup> prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny s d, wskazał, e istnieją dwa aspekty wymogu bezstronno ci. Po pierwsze, s d musi by bezstronny w sposób subiektywny, czyli aden z jego członków nie powinien by stronniczy b d uprzedzony. Osobista bezstronno (członka składu s dziowskiego) jest dorozumiana, chyba e istnieją dowody przeciwnie. Po drugie, s d musi by bezstronny z obiektywnego punktu widzenia, czyli musi oferowa wystarczaj ce gwarancje wykluczaj ce jak kolwiek uprawnion w tpliwo w tej mierze. W przypadku kryterium obiektywnego – zdaniem Trybunału – musi zosta rozwa one, czy istnieją podlegaj ce ustaleniu fakty, które mog wzbudzi w tpliwo ci co do bezstronno ci s dziów. W tej mierze nawet odbiór w oczach opinii publicznej mo e mie pewne znaczenie. W gr tutaj wchodzi zaufanie, które s dy w demokratycznym społecze stwie musz wzbudza w opinii publicznej i stronach post powania<sup>5</sup>.

Wymóg bezstronno ci s du ma równie wymiar konstytucyjny. Konstytucja RP w art. 45 § 1 gwarantuje ka demu prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez wła ciwy, niezale ny, bezstronny i niezawisły s d. Trybunał Konstytucyjny wskazał, e wła ciwa i pełna realizacja konstytucyjnego prawa do s du powinna polega na takim ukształtowaniu instytucji wył czenia s dziego, aby umo liwiało ono obj cie wszelkich sytuacji, które mogłyby prowadzi do powstania, o ile nie u samej strony, to co najmniej u obiektywnego, bezstronnego obserwatora uzasadnionych w tpliwo ci co do bezstronno ci s dziego<sup>6</sup>.

Kodeksow norm gwarantuj c bezstronno s dziego stanowi m.in. art. 41 § 1 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem s dzia ulega wył czeniu, je eli istnieje okoliczno tego rodzaju, e mogłaby wywoła uzasadnion w tpliwo co do jego bezstronno ci w danej sprawie. W literaturze karnoprocesowej wskazuje si , e instytucja wył czenia s dziego spełnia trzy podstawowe funkcje: 1) eliminuje lub minimalizuje czynniki mog ce spowodowa stronniczo s dziego przy orzekaniu, 2) buduje zaufania do wymiaru sprawiedliwo ci, 3) eliminuje konflikty w sumieniu s dziego<sup>7</sup>.

W orzecznictwie s dowym jednolicie przyjmuje si , e nie stanowi powodu wył czenia s dziego w trybie art. 41 § 1 k.p.k. sama tylko podejrziwo strony,

<sup>3</sup> Sprawa *Piersack v. Belgia*, (1982) 5 EHRR 169.

<sup>4</sup> Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, dalej powoływana jako EKPCz.

<sup>5</sup> Sprawa *Daktaras przeciwko Litwie*, sygn. 42095/98, LEX nr 29643.

<sup>6</sup> Wyrok TK z dnia 13 grudnia 2005 r. – SK 53/04, OTK-A z 2005, nr 11, poz. 134.

<sup>7</sup> M. Jankowski, *Instytucja wyłączenia sędziego w polskim procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1986, nr 9, s. 61; E. Skrzotowicz, *Iudex inhabilis i iudex suspectus w polskim procesie karnym*, Lublin 1994, s. 6; uzasadnienie uchwały S du Najwy szego z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 9/07, OSNKW z 2007 r., z. 5, poz. 39.



czy utrata przez ni wiary w bezstronno s dziego wynikaj ca z subiektywnego jej przekonania (subiektywizm wewn trzny strony procesu)<sup>8</sup>. Przyczyn wyl czenia s dziego na podstawie wskazanego przepisu mo e bowiem stanowi ujawnienie okoliczno ci o takim charakterze, e brak jest mo liwo ci przekonania ka dego, rosz dnie my l cego, kto w tpliwo co do bezstronno ci s dziego powzi ł, e okoliczno ci te z ca ł pewno ci nie wpłyn na obiektywizm rozpoznania sprawy i tre rozstrzygni cia ko cz cego post powanie<sup>9</sup>.

Przyj te przez praktyk s dow kryterium obiektywnej oceny okoliczno ci mog cych mie wpływ na bezstronno s dziego znalazło aprobat w doktrynie procesu karnego oraz literaturze karnoprosesowej<sup>10</sup>. Mo na zatem stwierdzi , e kryteria decyduj ce o ocenie danej okoliczno ci jako uzasadniaj cej b d te niewyl czenie s dziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. s zobiektywizowane, sam stan za braku bezstronno ci s dziego (wynikaj cy z owej okoliczno ci) istnieje niezale nie od oceny s dziego, którego ona dotyczy oraz stron procesu.

**I.** Mechanizm wyl czenia s dziego reguluje art. 42 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem wyl czenie nast puje na danie s dziego z urz du albo na wniosek strony.

Dla stron post powania zło enie wniosku o wyl czenie s dziego, okrelanego mianem *iudex suspectus*, zostało ograniczone terminem wynikaj cym z art. 41 § 2 k.p.k. Rozpoznaniu podlegaj bowiem wnioski, które zostały zło one do rozpocz cia przewodu s dowego oraz te zło one po wskazanym terminie, je li strona wnioskuj ca wyka e, e przyczyna wyl czenia powstała lub stała si jej wiadoma dopiero po rozpocz ciu przewodu. W przedmiocie wniosku strony rozstrzyga s d, przed którym toczy si post powanie (art. 42 § 4 k.p.k.). Na postanowienie w przedmiocie wyl czenia s dziego za alenie nie słu y (art. 459 k.p.k.).

W postanowieniu z 6 marca 2008 r. S d Najwy szy wyraził nast puj cy pogl d prawny: *Jeżeli w toku postępowania przed sądem pierwszej lub drugiej instancji*

<sup>8</sup> Postanowienie S du Apelacyjnego w Krakowie z 2 wrze nia 1998 r., II AKo 75/98, KZS z 1998 r., nr 9, poz. 16.

<sup>9</sup> Postanowienie S du Apelacyjnego we Wrocławiu z 1 sierpnia 2001 r., II AKo 312/01, OSA z 2001 r., nr 12, poz. 91; postanowienie S du Apelacyjnego w Warszawie z 2 grudnia 2005 r., II AKa 409/06, KZS z 2006 r., nr 10, poz. 25; postanowienie S du Apelacyjnego w Lublinie z 28 czerwca 2006 r., II AKo 248/06, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, poz. 19 (dodatek „Orzecznictwo”); postanowienie S du Apelacyjnego w Katowicach z 16 pa dziernika 2010 r., II AKo 191/07, KZS z 2008 r., nr 2, poz. 77; postanowienie S du Najwy szego z 24 wrze nia 2008 r., III KK 73/08, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 12, s. 8; wyrok S du Najwy szego z 8 stycznia 2009 r., III KK 25/08, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 2, s. 15; wyrok S du Najwy szego z 25 lutego 2009 r., II KK 249/08, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 6, s. 4.

<sup>10</sup> J. Bratoszewski (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gosty ski, S.M. Przyjemski, R.A. Stefa ski, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1998; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003; L.K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–424 k.p.k.*, Kraków 2003; E. Skr towicz, *Iudex inhabilis i iudex suspectus...*, op. cit.; R.A. Stefa ski, *Wyłączenie sędziego z mocy orzeczenia sądu*, „Przegl d S dowy” 2007, nr 6; K. Papke-Olszauskas, *Wyłączenie uczestników procesu karnego*, Gda sk 2007.

*nie doszło do wydania orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k., w kasacji nie można skutecznie sformułować zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k.*<sup>11</sup>.

Przytoczone stanowisko jest trafne. Postanowienie w przedmiocie wyłączenia sędziego jest niezaskarżalne. Jego kwestionowanie możliwe jest dopiero w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie bowiem z art. 447 § 3 k.p.k. w apelacji można podnosić zarzuty, które nie stanowiły lub nie mogły stanowić przedmiotu zaalenia. Dla skutecznego podniesienia zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. (a zatem zakwestionowania orzeczenia wydanego przy istnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie sędziego) konieczne jest zatem uprzednie wydanie przez sędzię pierwszej lub drugiej instancji orzeczenia rozstrzygającego o wniosku strony w przedmiocie wyłączenia sędziego<sup>12</sup>.

W związku z powyższym pojawia się zasadnicze pytanie: czy można w inny sposób, poza wskazanym przez Sąd Najwyższy skutecznie postawić zarzut obrazy art. 41 § 1 k.p.k. w celu doprowadzenia do wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczenia wydanego w toku postępowania prowadzonego przez sędzię bez zachowania wymogów bezstronności przez członków składu orzekającego, a więc bez zachowania jednego z zasadniczych elementów rzetelnego procesu, jakim jest bezstronność sędziego?

W uzasadnieniu cytowanego postanowienia Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wyłączenie uprzednie wydanie orzeczenia przed sędziem I instancji lub sędziem odwoławczym w przedmiocie wyłączenia sędziego w trybie art. 42 § 4 k.p.k. daje podstawę do późniejszego, skutecznego podniesienia w apelacji lub kasacji zarzutu opartego na rażąco naruszeniu art. 41 § 1 k.p.k. Sąd Najwyższy uznał bowiem za oczywiste, że decyzji o wyłączeniu sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. sędzię nie może podjąć urząd. Tryb ten – zdaniem tego sądu, powołując się na art. 42 § 2 k.p.k. – ustawa rezerwuje wyłącznie dla przypadków wystąpienia przyczyn wyłączenia sędziego na podstawie art. 40 k.p.k. Uznając za możliwe wyłączenie „sędziego podejrzanego” na jego żądanie, Sąd Najwyższy, powołując się na art. 42 § 1 k.p.k., nie dopuścił jednak konstruowania w kasacji zarzutu opartego na kontestowaniu zachowania sędziego, który powinien być (zdaniem autora kasacji) złożone żądanie jego wyłączenia. Sąd ten stwierdził, że kontroli kasacyjnej nie podlega inicjatywa sędziego (a więc jej brak), lecz orzeczenie sądu.

<sup>11</sup> Postanowienie SN z 6 marca 2008 r. – III KK 421/07, OSP z 2009 r., nr 2, poz. 22. Pogląd ten został tak i wyrażony w kolejnych orzeczeniach tak Sądu Najwyższego, jak i sądów apelacyjnych – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 22 września 2009 r., III KK 65/09, Lex nr 529622; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15 stycznia 2009 r., II AKa 321/09, Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 2009 r., nr 2, poz. 8; postanowienie Sądu Najwyższego z 20 sierpnia 2008 r., III KK 83/08, Lex nr 449105. Warto wskazać, że podobny pogląd prawny wyraził już Sąd Najwyższy wcześnie, a mianowicie w wyroku z 22 października 2002 r. w sprawie II KK 202/02 (LEX nr 56092).

<sup>12</sup> Chyba że autor kasacji wykaże, że przyczyna wyłączenia powstała lub stała się jej wiadoma dopiero po wydaniu wyroku sędziem I lub II instancji, zob. wyrok Sądu Najwyższego z 18 marca 2009 r., IV KK 380/08, Lex nr 491543.

Przytoczone stanowisko S du Najwyższego co do sposobów skutecznego podnoszenia zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. (nie tylko w kasacji, ale również w apelacji, gdy stanowisko to znajduje pełne odniesienie do postępowania odwoławczego), zawarte w uzasadnieniu omawianego judykatu, budzi uzasadnione wątpliwości.

Gdyby przyjęto, iż wyłaczającym sposobem kwestionowania bezstronności sądu jest wniesienie wniosku o wyłączenie go przez stronę od orzekania w danej sprawie, to przy braku takiego wniosku (lub jego nieskuteczności) dojdzie do utrzymania w mocy wyroku wydanego w toku postępowania prowadzonego przez sąd, w składzie którego zasiadał sędzia podlegający wyłączeniu z uwagi na istnienie okoliczności, wywołujących uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Stan, w którym w obrocie prawnym funkcjonowałby wyrok wydany po przeprowadzeniu postępowania prowadzonego w warunkach braku bezstronności sądu, jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia standardów rzetelnego procesu. Jaskrawym tego przykładem jest godzenie się na prowadzenie postępowania, a następnie pozostawienie w obrocie prawnym z przyczyn, o jakich mowa w cytowanym postanowieniu S du Najwyższego z 6 marca 2008 r., wyroku wydanego przy udziale sądu w okolicznościach, o jakich mowa w uchwale tego sądu z 26 kwietnia 2007 r.<sup>13</sup> Wystąpienie owych okoliczności skutkuje bowiem tym, że *pro foro externo* ujawnienie w innym orzeczeniu poglądu na temat przyszłego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności określonej osoby prowadzi do układu procesowego, w którym „kierunkowe nastawienie” sądu wobec tej kwestii jest oczywiste<sup>14</sup>.

Z treści przytoczonego stanowiska S du Najwyższego, zawartego w postanowieniu z 6 marca 2008 r., wynika, iż nie można byłoby sformułować zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. tak wcześnie, gdyby strona skutecznie wniosła wniosek o wyłączenie sądu, który nie zostałby jednak przez sąd rozpoznany. Warunkiem skuteczności owego zarzutu – zgodnie z wymienionym postanowieniem – jest bowiem *wydanie orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k.*, a zatem konieczne jest rozstrzygnięcie o wniosku.

Analiza poglądów wyrażonych w orzecznictwie sądowym oraz w piśmiennictwie karnoprocesowym pozwala stwierdzić, że *de lege lata* skuteczne podniesienie zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. możliwe jest – oprócz wskazanego przez S du Najwyższy w postanowieniu z 6 marca 2008 r. – jeszcze w trzech innych przypadkach,

<sup>13</sup> I KZP 9/07, OSNKW z 2007 r., z. 5, poz. 39. W uchwale tej przyjęto, że w wypadku gdy materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności kamej jednego ze sprawców czynu, miałby stanowić podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności kamej także i innego współsprawcy (podlegacza lub pomocnika) tego samego czynu, sędzia, który dokonał oceny dowodów w odniesieniu do jednej z tych osób, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych, z uwagi na istnienie okoliczności, która „mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności” w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k.

<sup>14</sup> Tak trafnie A. Gaberle, *Glosa do wyroku z 29 sierpnia 2006 r.*, OSP z 2007 r., nr 6, poz. 71.

2/2011

które, co istotne, nie podważa w żadnym wypadku prawidłowości stanowiska Sądu Najwyższego, wyrażonego w tezie owego postanowienia.

Po pierwsze, do wyłączenia sądziego, co do którego zachodzi okoliczność, o jakich mowa w art. 41 § 1 k.p.k., może dojść nie tylko na wniosek strony, lecz również na wniosek sądziego, wobec którego owa okoliczność zachodzi (art. 42 § 1 k.p.k.). Co prawda, dla wyłączenia sądziego niezbędne jest wydanie konstytucyjnego orzeczenia sądu. Jednakże w piśmiennictwie wskazuje się, że poprzez uchylenie w art. 41 § 1 k.p.k. sformułowania, iż „sądzia ulega wyłączeniu”, został na niego nałożony obowiązek złożenia zdania wyłączenia niezależnie od tego, czy wniosek o wyłączenie złożyła strona postępowania<sup>15</sup>. Wystąpienie z wnioskiem o wyłączenie jest zatem obowiązkiem sądziego. Takie stanowisko zajęł Sąd Najwyższy na gruncie k.p.k. z 1928 r. stwierdzając, że „Przepis art. 37 k.p.k. stanowi nie tylko o prawie zgłoszenia przez strony wniosku o wyłączenie sądziego od udziału w sprawie, gdy między nimi a jedną ze stron zachodzi stosunek osobisty tego rodzaju, ale mógłby wywołać wątpliwość co do bezstronności sądziego, ale nakłada również na sądziego obowiązek wyłączenia się w tych wypadkach. Niedopełnienie tego obowiązku przez sądziego, mimo że strony nie skorzystały z prawa złożenia wniosku o wyłączenie sądziego na podstawie art. 37 k.p.k., może być przedmiotem zarzutu rewizyjnego”<sup>16</sup>.

W nowszym orzecznictwie Sąd Najwyższy wskazuje, że: „Skuteczne podniesienie w trybie odwoławczym (również w kasacji) zarzutu obrazy przepisu art. 41 § 1 k.p.k., wchodzi w grę w szczególności wówczas, gdy w sprawie orzekł sądziego, co do którego zapadło, wydane po uchyleniu art. 42 § 4 k.p.k., orzeczenie o jego wyłączeniu. Niewątpliwie można te zasady upatrywać naruszenia tej normy w sytuacji, gdy w rozpoznaniu sprawy uczestniczył sądziego, co do którego zgłoszono wniosek o wyłączenie lub który sam z wnioskiem takim wystąpił, za wniosek ten nie został rozpoznany, a sądziego ten nie powstrzymał się od udziału w sprawie (tylko złożenie przez sądziego do akt o wiadczeniu jest w takim wypadku fakultatywne – art. 42 § 3 k.p.k.)”<sup>17</sup>.

W innym orzeczeniu wskazuje się, że „Skoro w realiach niniejszej sprawy sądziego wbrew zasadzie domniemania niewinności wyrażonej w art. 5 ust. 3 Konstytucji RP i art. 5 § 1 k.p.k. stwierdzili wcześniej w wyodrębnionym postanowieniu toczył się w trybie określonym w art. 387 k.p.k., że narkotyki wprowadzone zostały do obrotu wspólnie »de facto« ze skazanym S.M., który kategorycznie zaprzeczał popełnieniu zarzucanych mu czynów, to sądziego orzekający w jego sprawie powinni wyłączenia od udziału w niniejszej sprawie. Ponieważ tak się nie stało, jak również nie doszło do wyłączenia sądziego z urzędu, które to

<sup>15</sup> Tak E. Skrutowicz, *Iudex suspectus w polskim procesie karnym*, Annales UMCS nr 13 z 1966 r., s. 124; R.A. Stefański, *Wyłączenie sędziego...*, op. cit., s. 119; M. Papke-Olszuskas, *Wyłączenie uczestników procesu...*, op. cit., s. 179–180.

<sup>16</sup> Wyrok SN z dnia 8 marca 1957 r., IV K 911/56, OSNCK z 1957 r., nr 4, poz. 42.

<sup>17</sup> Wyrok z 1 października 2007 r., IV KK 232/07, OSNwSK z 2007 r., nr 1, s. 2147.

możliwość dopuszcza pi miennictwo, to udział tych sędziów w wydaniu pierwszoinstancyjnego wyroku stanowił rażąco naruszenie art. 41 § 1 k.p.k., a zarazem jest sprzeczne z zasadami sprawiedliwości i słuszości”<sup>18</sup>.

Sędzi Najwyższy stwierdził te same: „Zaniechanie wyłączenia od orzekania w składzie sędziów odwoławczego sędzię, który w składzie sędziów I instancji przeprowadził czynności dowodowe będące podstawą wydanego w tej sprawie wyroku, stanowi rażąco naruszenie przepisu art. 41 § 1 k.p.k.”<sup>19</sup>.

W świetle przytoczonych wyżej judykatów Sędzi Najwyższego powołane w tym miejscu budzi pogląd tego sędziów, wyrażony w uzasadnieniu postanowienia z dnia 6 marca 2008 r., zgodnie z którym nie jest dopuszczalne konstruowanie w kasacji zarzutu opartego na kontestowaniu zachowania sędzię, który powinien był złożyć wyłączenie jego wyłączenia. Uzasadnieniem dla tego poglądu jest wadliwe stwierdzenie, że kontroli kasacyjnej nie podlega inicjatywa sędzię, lecz orzeczenie sędziów.

Niezależnie od oceny trafności tego stanowiska zasignalizowane należy istnienie niepokojącego z punktu widzenia praktyki wymiaru sprawiedliwości stanu rozbicia w orzecznictwie Sędzi Najwyższego w zakresie oceny skuteczności zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k., opartego na kwestionowaniu braku inicjatywy sędzię (sprowadzającej się do złożenia wniosku o wyłączenie go), co do którego zachodzą podstawy, o jakich mowa w tym przepisie, do wyłączenia go od udziału w danej sprawie.

Akceptacja poglądu, zgodnie z którym sędziom obowiązek złożenia wniosku o wyłączenie go od rozpoznania danej sprawy, jeżeli zaistnieje okoliczność, o jakiej mowa w art. 41 § 1 k.p.k., prowadzi do wniosku, że niezależnie od tego, czy w toku postępowania przed sądem pierwszej lub drugiej instancji doszło do wydania orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k., skuteczne sformułowanie zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. (zarówno w apelacji, jak i w kasacji) możliwe byłoby także wówczas, gdy sędzi, który stwierdził istnienie okoliczności uzasadniającej w tym celu co do jego bezstronności, nie złożył – wbrew ustawowemu obowiązkowi – wniosku o wyłączenie go od udziału w sprawie, w której taka okoliczność wystąpiła lub której okoliczność ta dotyczy.

Zarzut w rodzaju odwoławczym może natomiast oprzeć na zaniechaniu przez organ procesowy podjęcia działania, do którego obliguje go ustawa. Jedynie wówczas, gdy zastosowanie określonego rozwiązania procesowego jest jedynie prawem, a nie obowiązkiem organu, ani ewentualne zastosowanie tego rozwiązania, ani zaniechanie jego zastosowania, nie stanowi naruszenia prawa<sup>20</sup>.

Po drugie, w tym miejscu budzi stanowcze stwierdzenie Sędzi Najwyższego, wyrażone w uzasadnieniu postanowieniu z dnia 6 marca 2008 r., wedle którego

<sup>18</sup> Wyrok z dnia 16 stycznia 2008 r., IV KK 392/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 3, s. 5.

<sup>19</sup> Wyrok SN z dnia 14 marca 2007 r., III KK 452/06, Lex nr 262671.

<sup>20</sup> Por. postanowienie z 22 grudnia 2010 r., II KK 288/10, „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 1, s. 14.

decyzji o wyłączeniu sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. sędziemu nie może podjąć urzędu, bowiem tryb ten ustawa rezerwuje wyłącznie dla wypadków wystąpienia przyczyn wyłączających sędziego z mocy art. 40 k.p.k.<sup>21</sup>. Na dyskusyjność stwierdzenia zwrócono uwagę w piśmiennictwie<sup>22</sup>. Za dopuszczalność na gruncie obowiązujących przepisów wyłączenia sędziego także z urzędu z uwagi na uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności opowiadają się m.in. M. Siwek<sup>23</sup> oraz K. Papke-Olszauskas<sup>24</sup>. Takie w orzecznictwie Sąd Najwyższy wskazuje się na dopuszczalność stosowania trybu wyłączenia sędziego z urzędu, w przypadku zaistnienia przyczyn wskazanych w art. 41 § 1 k.p.k.<sup>25</sup>.

Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w wietle wykładni systemowej. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają również argumenty natury funkcjonalnej, albowiem prowadzi ono do zapewnienia w sposób maksymalny realizacji jednego z podstawowych wyznaczników rzetelnego procesu, jakim jest wydanie rozstrzygnięcia przez bezstronnego sędziego. Wydanie postanowienia z urzędu w przedmiocie wyłączenia stanowiłoby w takim przypadku obowiązek sędziego. Brak reakcji sędziego podjętej z urzędu po ujawnieniu okoliczności uzasadniającej wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k., stanowiłoby wówczas rażąco naruszenie wskazanego przepisu. W konsekwencji niezależnie od tego, czy w toku postępowania przed sądem pierwszej lub drugiej instancji doszło do wydania orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k., skuteczne sformułowanie zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. (tak w apelacji, jak i w kasacji<sup>26</sup>) może być nadto również wtedy, gdy sędziemu – mimo uzyskania informacji o wystąpieniu okoliczności uzasadniającej wyłączenie konkretnego sędziego od udziału w danej sprawie – nie podjął z urzędu decyzji o wyłączeniu tego sędziego od udziału w rozpoznaniu owej sprawy.

Za przyjęciem poglądu, że zarówno sędzia, jak i sędziemu obowiązek podjąć odpowiednie decyzje z urzędu, przemawiają dodatkowo następujące argumenty:

Zarówno sędzia, jak i sędziemu nie mogą pozostawać obojętni na fakt, że zachodzi wobec sędziego okoliczności uzasadniająca w wątpliwości co do jego bezstronności w danej sprawie. Jak stwierdzono na wstępie, ocena owej okoliczności została

<sup>21</sup> Taki pogląd był już przedmiotem tezy Sądu Najwyższego wyrażonej w postanowieniu z 7 lutego 2007 r., V KK 147/06, OSNwSK z 2007 r., nr 1, str. 395. Ponadto za poglądem, wedle którego tryb wyłączenia sędziego z urzędu dotyczy jedynie przyczyn wskazanych w art. 40 k.p.k. opowiadają się autorzy opracowania typu komentatorskiego: P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *KPK. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008.

<sup>22</sup> Zob. R. Kmieciak, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2008 r., III KK 421/07*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 138 i n.

<sup>23</sup> M. Siwek, *Wyłączenie sędziego na wniosek w kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002, nr 2, s. 61.

<sup>24</sup> M. Papke-Olszauskas, *Wyłączenie uczestników procesu...*, op. cit., s. 181.

<sup>25</sup> Wyrok z 16 stycznia 2008 r., IV KK 392/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 3, s. 5.

<sup>26</sup> Nie ulega w wątpliwości, że zaniechanie wyłączenia sędziego w razie zaistnienia przyczyn, o jakich mowa w art. 41 § 1 k.p.k., stanowi rażąco naruszenie prawa, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.).

zobiektywizowana, a zatem to nie do sędziego (sądu) należała ocena, czy zachowanie wymagane przez przepisy było bezstronne. Uzasadniona w tym względzie do bezstronności sędziego jest kategorią zobiektywizowana, której zaistnienie winno obowiązywać sędziego (sądu) do podjęcia określonych czynności, niezależnie od jego indywidualnego odczucia, albowiem mimo iż nie wyklucza ona sytuacji, w której sędzia w danej sprawie będzie subiektywnie bezstronny, to jednak z punktu widzenia oceny wzorcowego obserwatora „kierunkowe nastawienie” sędziego będzie oczywiste. W piśmiennictwie podnosi się, że strona może zrzec się korzystania z przysługujących jej praw proceduralnych<sup>27</sup>. Jednakże w przypadku prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd mamy tak naprawdę do czynienia z gwarancją w postaci bezstronności sędziego. Rzeczony prawem realizuje się bowiem poprzez wprowadzenie instytucji i mechanizmów zapobiegających rozpoznaniu sprawy przez sąd, wobec którego zachodzi w tym względzie do jego bezstronności<sup>28</sup>. Gwarancji w postaci bezstronności sędziego strona zrzec się za nie może. Jednocześnie nie gwarantowane stronie przez przepis procedury rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd wiążące należy włączyć z obowiązkiem sędziego (a nie prawem strony)<sup>29</sup>.

Z podanych wyżej względów przyjąć można, że zarówno sędzia, jak i sąd po ujawnieniu okoliczności uzasadniających w tym względzie do bezstronności sędziego obowiązani – niezależnie od inicjatywy stron – do podjęcia czynności w kierunku wyłączenia sędziego od orzekania w danej sprawie<sup>30</sup>. Niedopełnienie tego obowiązku stanowi rażąco naruszenie art. 41 § 1 k.p.k., co może stać się podstawą zarzutu apelacyjnego lub kasacyjnego.

Po trzecie, skoro zarówno sąd, jak i sędzia są zobligowani do weryfikacji, czy jest możliwe zagwarantowanie bezstronnego przeprowadzenia procesu w danej sprawie, to można zasadnie wywodzić, że naruszenie bezstronności sędziego powinno być brane pod uwagę na każdym etapie postępowania z urzędu jako element *public policy*<sup>31</sup>. Z tego wypływa wniosek, że sąd odwoławczy, dostrzegając z urzędu obraz art. 41 § 1 k.p.k. (poza granicami apelacji lub podniesionymi zarzutami), nie powinien pozostawać bierny (obojętny) wobec stwierdzonego uchybienia. Obowiązek podjęcia reakcji z urzędu przez sąd odwoławczy wynika z treści art. 440 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli utrzymanie w mocy orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono zmianie na korzyść oskarżonego albo uchyleniu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

<sup>27</sup> T.T. Koncewicz, *Sprawiedliwość proceduralna w sądach unijnych...*, op. cit., s. 263–264 i powołana tam literatura.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> J. Bratoszewski wprost wskazuje, że „złozenie przez sędziego »dania« wyłączenia go od udziału w sprawie jest jego obowiązkiem, jeżeli tylko zaistnieją podstawy przewidziane w art. 41 § 1, i to z chwilą gdy o ich istnieniu powziął wiadomość”, J. Bratoszewski (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego...*, op. cit.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 263.

Nie ulega w wątpliwości, że orzekanie przez sędziego, który podlega wyłączeniu na podstawie art. 41 § 1 k.p.k., stanowi rażąco naruszenie tego przepisu<sup>32</sup>. Postępowanie, w którym orzeka sędzia, w stosunku do którego zachodzi uzasadniona w wątpliwości co do jego bezstronności, jest postępowaniem wadliwym, gdyż w zasadzie obiektywizm i wady tej nie da się usunąć w toku postępowania odwoławczego<sup>33</sup>. Jak już wskazano, naruszenie art. 41 § 1 k.p.k. należy oceniać z punktu widzenia bezstronnego obserwatora, a nie przez pryzmat oceny sędziego, którego dotyczy okoliczności uzasadniająca jego wyłączenie, jak również opinii strony, która przejawia się przez odpowiednie zachowanie się strony (tj. złożenie wniosku o wyłączenie sędziego) lub jego brak. Orzekanie przez sędzię I instancji z obrazem wskazanego przepisu niewątpliwie mogło mieć również wpływ na treść orzeczenia. W razie nieuwzględnienia w toku postępowania odwoławczego z urzędu (poza granicami apelacji i podniesionych w niej zarzutów) występujących w sprawie okoliczności uzasadniających wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k., dojdzie do zaakceptowania procesu toczącego się w warunkach uzasadnionej wewnętrznej (aczkolwiek mogącej rzeczywiście nie występować) i realnej zewnętrznej (oceniającej w sposób obiektywizowany) stronniczości sędziego.

Jeśli wziąć pod uwagę to, że:

- bezstronność sędziego jest podstawowym elementem wyznaczającym standard rzetelnego procesu,
- prawo do rozpoznania sprawy przez bezstronną sędzię gwarantuje nie tylko przepisy rangi ustawowej, ale również normy konstytucyjne oraz konwencyjne,
- stan uzasadnionej w wątpliwości co do bezstronności sędziego istnieje niezależnie od oceny sędziego oraz stron procesu,
- zapewnienie rozpoznania sprawy przez bezstronną sędzię należy do obowiązków sędziego oraz sądu

zasadnie można wywodzić, że utrzymanie w mocy przez sędzię odwoławczy wyroku sądu I instancji, wydanego po przeprowadzeniu przez sędzię procesu bez zachowania wewnętrznych i zewnętrznych standardów bezstronności w odniesieniu do sędziego zasiadającego w składzie tego sądu, byłoby rażąco niesprawiedliwe, w którym Sąd Najwyższy uznał za trafne rozstrzygnięcie sądu odwoławczego w zakresie, w jakim sędzia ten na podstawie art. 440 k.p.k. uchylił poza granicami

<sup>32</sup> Wyrok Sądu Najwyższego: z 26 czerwca 2008 r., V KK 128/08, Lex nr 438465; z 16 stycznia 2007 r., IV KK 392/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 3, s. 5; z 14 marca 2007, III KK 452/06, Lex nr 262671. W wyroku z 25 lutego 2009 r. Sąd Najwyższy podniósł, co następuje: *Przy wielości i różnorodności poszczególnych czynów stanowiących przedmiot rozpoznania oraz jednoczesnej obszerności i zawiloci sprawy, biorąc pod uwagę względy natury praktycznej, można wyjątkowo rozpoznać poszczególne części tej samej sprawy w różnych procesach. Nie można jednak, wobec treści art. 41 § 1 k.p.k., akceptować praktyki rozpoznawania tak podzielonych części sprawy, przez tego samego sędziego, który już wcześniej wyraził swój pogląd co do istoty przestępczej działalności, faktu istnienia związku przestępczego oraz jego struktury i mechanizmu działania* (II KK 249/08, OSNKW z 2009 r., z. 6, poz. 48).

<sup>33</sup> Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2008 r., V KK 128/08, Lex nr 438465.



podniesionych zarzutów wyrok s du I instancji z powodu ra cego naruszenia art. 41 § 1 k.p.k.<sup>34</sup>.

Je li s d odwoławczy nie przeprowadzi kontroli instancyjnej orzeczenia pierwszoinstancyjnego pod k tem art. 440 k.p.k. mimo istnienia ku temu podstaw, o jakich była mowa, mo liwe b dzie kwestionowanie tej okoliczno ci w kasacji. Zarzut kasacyjny nale ałoby wówczas oprze na naruszeniu przez s d odwoławczy art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. S d odwoławczy wbrew obowi zkowi wynikaj cemu z pierwszego z wymienionych przepisów nie dokonał bowiem kontroli odwoławczej wyroku s du pierwszej instancji w szerszym zakresie, w jakim przewiduje to k.p.k. – *in concreto* w zakresie wskazanym w art. 440 k.p.k.

**II.** Przyj cie pogl du o gwarancyjnym charakterze przepisów o wył czeniu s dziego, z czym ł czy si nało enie zarówno na s dziego, jak i na s d obo wi zku weryfikacji bezstronno ci, spowoduje, e obowi zuj ca procedura karne w zakresie wył czenia s dziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. gwarantowa b dzie rozpoznanie sprawy przez bezstronny s d na bardzo wysokim poziomie, daj c mo liwo wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczenia wydanego bez zachowania bezstronno ci na ka dym etapie procesu. Gwarancj bezstronno ci wzmacnia dodatkowo mo liwo uchylecia zaskar onego wyroku z urz du poza granicami rodka odwoławczego i podniesionymi w nim zarzutami uznaj c, i utrzymanie tego orzeczenia w mocy z powodu wydania go przez s d bez zachowania wymogu bezstronno ci byłoby ra co niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.). Tak ukształtowane gwarancje bezstronno ci w omawianej kwestii zapewniałyby równie sprawiedliwo proceduraln . Wymagania sprawiedliwo ci proceduralnej odnosz si do sposobu prowadzenia post powania (s dowego), w którym powinny by respektowane okre lone zasady niezbd ne do tego, aby post powanie to było sprawiedliwe (uczciwe, rzetelne), w tym tak e w odbiorze zewn trznym<sup>35</sup>. Do takich zasad nale y w pierwszym rz dzie bezstronno s du (s dziego).

W przeciwnym razie, uznaj c, i jedyn mo liwo ci skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. jest uprzednie skuteczne zło enie wniosku o wył czenie s dziego i wydanie przez s d pierwszej lub drugiej instancji orzeczenia rozstrzygaj cego o tym wniosku – nie mo na uzna , aby gwarantowane jedynie w ten sposób bezstronne prowadzenie sprawy i wydane w jego wyniku orzeczenie spełniało standardy rzetelnego procesu, a tym samym zapewniało sprawiedliwo proceduraln . Mo e doj bowiem do przeprowadzenia post powania przed s dem i wydania orzeczenia bez zachowania wymogu bezstronno ci, mimo e zarówno s dzia, którego dotycz okoliczno ci uzasadniaj ce w tpiwo ci co do jego bezstronno ci, jak i s d posiadali wiedz o istnieniu owych okoliczno ciach, lecz nie podj li adnych czynno ci w celu wyeliminowania tego stanu,

<sup>34</sup> Wyrok SN z 3 marca 2008 r. – V KK 299/07, OSNwSK z 2008 r., nr 1, poz. 519.

<sup>35</sup> Zob. J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna jako cel procesu*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 57–76.

a do wyłączenia sędziego nie dochodzi jedynie z powodu niezłożenia przez stronę (skutecznie) odpowiedniego wniosku.

Na zakończenie można postulować, aby ustawodawca zdecydował się na konkretny model zapewnienia bezstronności sędzi. Chodzi tu o wybór między modelem gwarancyjnym, w którym przepisy prawne gwarantują rozpoznanie sprawy przez bezstronnego sędziego, a modelem dyspozycyjnym, którego istotą polega na przyznaniu przez przepisy stronom procesu uprawnienia do rozpoznania sprawy przez bezstronnego sędziego.

## STRESZCZENIE

W artykule dokonano krytycznej oceny wyrażonego w ostatnim czasie stanowiska polskiej judykatury w zakresie przesłanek skutecznego podnoszenia zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. Oceny tej autor dokonał z perspektywy standardów rzetelnego procesu w zakresie prawa do bezstronnego sędzi, wskazując na rozumienie owej bezstronności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego, Sędzi Najwyższego i sądów powszechnych. Przedstawiając w artykule mechanizmy wyłączenia sędziego, określonego mianem *iudex suspectus*, jakie *de lege lata* na podstawie art. 42 k.p.k. są dopuszczalne w orzecznictwie sądowym i literaturze przedmiotu, autor prezentuje możliwe – w aktualnym stanie prawnym – podstawy skutecznego zarzutu opartego na naruszeniu art. 41 § 1 k.p.k. Prezentowane w artykule stanowisko zmierza jednocześnie do ukazania konieczności realizacji przez przepisy procesowe nie tylko sprawiedliwości materialnej, ale również sprawiedliwości ci procesowej, będącej równoległym celem procesu.

## SUMMARY

The article presents a critical evaluation of the opinion recently expressed by the Polish judiciary in the field of prerequisites for effectively raising a charge of violation of Article 41 § 1 of the code of penal proceeding. The author made this evaluation from the point of view of standards of a diligent proceeding within the right to an impartial court, pointing out the interpretation of this impartiality in the court decisions of the European Court of Human Rights, the Constitutional Tribunal, the Supreme Court and common courts of law. Presenting mechanisms of an exception of a judge, referred to as *iudex suspectus*, which *de lege lata* based on Article 42 of the code of penal proceeding are admissible in court decisions and in the legal literature, the author presents the possible – in accordance with the present state of law – basis for an effective charge of violation of Article 41 § 1 of the code of penal proceeding. The opinion presented in the article aims at showing the necessity to implement material justice as well as penal proceeding justice which is a parallel aim of a trial.

PAWEŁ DANILUK



## KONSTYTUCYJNE PRAWA DO SĄDU ORAZ DO OBRONY A OBLIGATORYJNE ZARZĄDZENIE WYKONANIA KARY

### 1. Konstytucyjne prawo do sądu

1. Prawo do sądu wyrażone zostało przede wszystkim w art. 45 ust. 1 Konstytucji, który stanowi, iż każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Odwołując się do licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, jakie zapadły na gruncie tego przepisu, stwierdzić należy, że na konstytucyjne prawo do sądu składa się w szczególności: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy<sup>1</sup>.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślano, że „urzeczywistnienie konstytucyjnego prawa do sądu, zwłaszcza w jego warstwie podmiotowej, jest możliwe tylko wtedy, gdy sąd nie działa arbitralnie, a uczestnicy postępowania nie są traktowani przedmiotowo. Nierzetelne procedury sądowe, nawet jeżeli nie muszą prowadzić wprost do faktycznego zawieszenia obowiązywania konstytucyjnego prawa do sądu, a po rednio do unicestwienia innych praw i wolności konstytucyjnych, których ochronę gwarantuje prawo do sądu (np. godność osobowa, życie, wolność, prawo własności), to jednak przez fakt naruszenia zaufania, jakie

<sup>1</sup> Zob. np. wyroki TK z: 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109; 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK – Seria A 2003, nr 2, poz. 12; 14 marca 2005 r., K 35/04, OTK – Seria A 2005, nr 3, poz. 23; 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK – Seria A 2007, nr 9, poz. 108; 26 lutego 2008 r., SK 89/06, OTK – Seria A 2008, nr 1, poz. 7; 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK – Seria A 2008, nr 6, poz. 102. Por. tak e P. Sarnecki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 45, s. 3; P. Wiliński, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, (red.) P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 309–312.

musi wytwarzać rzetelną procedurę dowodową, musi budzić zastrzeżenia. Uzasadnia to też, że sprawiedliwość proceduralna należy do istoty konstytucyjnego prawa do sądu, albowiem prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby prawem fasadowym<sup>2</sup>. Na owe sprawiedliwość proceduralną składa się m.in. nakaz wysłuchania uczestników postępowania (stron) czy też konieczność zapewnienia przewidywalności dla tych uczestników, przez odpowiedni spójny i wewnętrzny logiczny mechanizm, którym są poddani<sup>3</sup>.

Jednym z zagrożeń dla prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury dowodowej, mogącej prowadzić do dematerializacji prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, jest ingerencja ustawodawcy w tzw. minimum wyliczeniowo kompetencyjne sądów<sup>4</sup>. Należy przy tym przypomnieć, że koncepcja tzw. minimum wyliczeniowo kompetencyjne zakłada, że każda z trzech władz (ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej) przynależy pewne kompetencje zasadnicze (fundamentalne), których pozbawienie oznaczałoby naruszenie istoty danej władzy<sup>5</sup>.

2. Odstępstwa od gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawa do sądu (sprawiedliwej proceduralnej) podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje kumulatywnie ujete przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności<sup>6</sup>.

## 2. Konstytucyjne prawo do sądu a art. 75 § 1 k.k.

1. Zgodnie z art. 69 § 1 k.k. sąd może warunkowo zawiesić wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 2 lat, kary ograniczenia wolności lub grzywny orzeczonej jako kara samoistna, jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieganie powrotowi do przestępstwa. Przy czym w myśl art. 69 § 2 k.k., zawieszając wykonanie

<sup>2</sup> Wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK – Seria A 2006, nr 1, poz. 2.

<sup>3</sup> Zob. np. wyroki TK z: 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK – Seria A 2006, nr 1, poz. 2; 30 maja 2007 r., SK 68/06, OTK – Seria A 2007, nr 6, poz. 53. Por. również P. Wiliński, *Rzetelny proces...*, s. 305.

<sup>4</sup> Zob. E. Łętowska, *Kara za zabójstwo kwalifikowane – problematyka konstytucyjna*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 10, s. 22–24; A. Sakowicz, *Sankcja bezwzględnie oznaczona (uwagi krytyczne na tle art. 148 § 2 k.k.)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 5, s. 21.

<sup>5</sup> Zob. np. P. Sarnecki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2007, komentarz do art. 10, s. 14–17; orzeczenia TK z: 21 listopada 1994 r., K 6/94, OTK 1994, poz. 39; 22 listopada 1995 r., K 19/95, OTK 1995, nr 3, poz. 16.

<sup>6</sup> Zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., SK 68/06, OTK – Seria A 2007, nr 6, poz. 53. Por. również L. Garlicki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.

kary, sędzią bierze pod uwagę przede wszystkim postawę sprawcy, jego włąciwość i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa.

Unormowana m.in. w dwóch powyższych przepisach instytucja warunkowego zawieszenia wykonania kary jest zaliczana do rodzajów probacyjnych, czyli rodzajów związanych z poddaniem sprawcy próbie. W aktualnym stanie prawnym wspólnie cech wszystkich rodzajów zaliczanych do tej kategorii (oprócz warunkowego zawieszenia wykonania kary, są nimi także warunkowe umorzenie postępowania i warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary) jest „oddziaływanie na sprawcę przestępstwa poprzez poddanie go próbie i uzależnienie jego dalszych losów od wyniku tej próby”<sup>7</sup>. Chodzi tu więc o nic innego, jak o danie szansy sprawcy przestępstwa, która to szansa w wypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary polega na tym, że „wyrzuczone przez niego złom może być mu darowane w całości lub w części pod warunkiem przestrzegania porządku prawnego i wykonania nałożonych na sprawcę zobowiązań”<sup>8</sup>.

Skutkiem skorzystania przez sędzią z instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary jest to, iż sprawca kary tej faktycznie nie odbywa, za jego pominięciem upływa okres próby skazanie ulega zatarciu z mocy prawa (art. 76 k.k.). W razie jednak negatywnego przebiegu okresu próby aktualizują się podstawy do zarządzenia wykonania zawieszony kary, które mogą być obligatoryjne lub fakultatywne. Z podstaw obligatoryjnych mamy do czynienia wówczas, gdy skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności (art. 75 § 1 k.k.)<sup>9</sup>. Z kolei podstawy fakultatywne zachodzą w sytuacjach, kiedy: 1) skazany w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności gdy popełnił inne przestępstwo nie określone w art. 75 § 1 k.k. albo jeżeli uchyla się od uiszczenia grzywny, od dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych rodzajów karnych (art. 75 § 2 k.k.); 2) skazany po wydaniu wyroku, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności gdy w tym czasie popełnił przestępstwo (art. 75 § 3 k.k.).

2. Należy podkreślić, że omawianej instytucji nie można traktować jedynie jako – charakterystycznej dla prawa karnego wykonawczego – sędziowej decyzji co do wykonania orzeczonej kary danego rodzaju i danej wysokości. Orzeczenie

<sup>7</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, (red.) A. Zoll, Warszawa 2007, s. 824.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 824, 850 i cytowana tam literatura.

<sup>9</sup> Moc ustawy z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 125, poz. 842) do art. 75 k.k. dodano § 1a o następującym brzmieniu: „Sędzią zarządza wykonanie kary jeżeli skazany za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźbą bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, ponownie użyciem przemocy lub groźbą bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą”. Tym samym wprowadzono kolejną obligatoryjną podstawę zarządzenia wykonania zawieszony kary. Z uwagi na swój specyficzny charakter zostanie ona jednak pozostawiona poza ramami niniejszego opracowania.

o warunkowym zawieszeniu wykonania kary jest bowiem „integraln cz ci orzeczenia o karze i nale y t instytucj traktowa jako szczególn form wymiaru kary, jako specyficzn karnopravn reakcj na popełnione przest pstwo”<sup>10</sup>. W zwi zku z tym do warunkowego zawieszenia wykonania kary, oprócz przesłanek z art. 69 k.k., stosuje si tak e wszystkie dyrektywy wymiaru kary, unormowane przede wszystkim w art. 53 k.k.<sup>11</sup> A zatem s d – orzekaj c o warunkowym zawieszeniu wykonania kary – powinien baczy , by dolegliwo sankcji karnej nie przekraczała stopnia winy, uwzgl dnia stopie społecznej szkodliwoci czynu oraz bra pod uwag cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osi gn w stosunku do skazanego, a tak e potrzeby w zakresie kształtowania wiadomo ci prawnej społeczne stwa (art. 53 § 1 k.k.). Ponadto s d powinien uwzgl dnia w szczególno ci takie okoliczno ci, jak: motywacja i sposób zachowania si sprawcy, popełnienie przest pstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopie naruszenia ci cych na sprawcy obowi zków, rodzaj i rozmiar ujemnych nast pstw przest pstwa, wła ciwo ci i warunki osobiste sprawcy, sposób ycia przed popełnieniem przest pstwa i zachowanie si po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zado uczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwoci, a tak e zachowanie si pokrzywdzonego (art. 53 § 2 k.k.).

Przedstawiony powy ej charakter prawny warunkowego zawieszenia wykonania kary znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. I tak np. S d Apelacyjny w Łodzi, w wyroku z 23 listopada 2000 r.<sup>12</sup>, stwierdza: „S d, chc c wymierza kar z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zobowi zany jest bra pod uwag dyrektywy s dowego wymiaru kary okre lone w art. 53 k.k. (...) Warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary nie nale y traktowa jako jedynie decyzji s dowej co do wykonania orzeczonej kary danego rodzaju i danej wysoko ci. Decyzja o warunkowym zawieszeniu wykonania orzeczonej kary jest integraln cz ci orzeczenia o karze i nale y t instytucj traktowa jako szczególn form wymiaru kary, jako specyficzn karnopravn reakcj na popełnione przest pstwo”. Z kolei S d Apelacyjny w Krakowie, w wyroku z 30 wrze nia 1998 r.<sup>13</sup>, przyjmuje: „Rozwa aj c ewentualno warunkowego zawieszenia wykonania kary, s d bierze pod uwag nie tylko dane o osobie sprawcy (art. 69 § 2 k.k.), ale i ogólne dyrektywy wymiaru kary, w tym potrzeby w zakresie kształtowania wia-

<sup>10</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 850. Zob. te np. G. Łabuda (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, (red.) J. Giezek, Warszawa 2007, s. 509 oraz E. Biełkowska (w:) *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, (red.) G. Rejman, Warszawa 1999, s. 1006; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 306 i Z. Sienkiewicz (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, (red.) M. Bojarski, Warszawa 2004, s. 315, którzy pisz o warunkowym zawieszeniu wykonania kary jako o „samodzielnym nieizolacyjnym rodzaju karnym”, „samodzielnym rodzaju karnym”, czy te – bardziej poprawnie – o „samodzielnym rodzaju reakcji karnej”. Por. jednak zastrze enia L. Gardockiego, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 186–187.

<sup>11</sup> Zob. G. Łabuda (w:) *Kodeks karny...*, s. 509; Z. Sienkiewicz (w:) *Prawo karne materialne...*, s. 315; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 849, 850.

<sup>12</sup> II AKa 217/00, „Prokuratura i Prawo” – dodatek Orzecznictwo 2001, nr 6, poz. 16.

<sup>13</sup> II AKa 184/98, „Prokuratura i Prawo” – dodatek Orzecznictwo 1999, nr 4, poz. 15.

domo ci prawnej społeczności (art. 53 § 1 k.k.)". Analogicznie wypowiada się Sąd Najwyższy, chociażby w wyroku z 14 czerwca 2006 r.<sup>14</sup>, w którym stwierdza: „dolegliwo wynikająca z wymierzenia kary pozbawienia wolności nie może być rozpatrywana w oderwaniu od orzeczenia rodzących ją sankcji karnych czy też skorzystania z nich, przez sąd z możliwością warunkowego zawieszenia wykonania kary izolacyjnej. (...) rozważając ewentualnie warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, sąd bierze pod uwagę nie tylko dane o osobie sprawcy, ale i ogólne dyrektywy wymiaru kary, w tym w zakresie kształtowania wiadomości prawnej społeczności (...)”.

3. Uwiadomienie sobie, że warunkowe zawieszenie wykonania danej kary jest specyficzną karnoprawną reakcją na popełnione przestępstwo, jako ciężej odmiennie od bezwzględnie orzeczonej kary, do której to reakcji mają zastosowanie wszystkie dyrektywy wymiaru kary, pozwala jednocześnie nie zdawać sobie sprawę z wagi orzeczenia w przedmiocie zarządzenia wykonania kary. W tym świetle orzeczenie to nie jest prostą, „techniczną” decyzją o wykonaniu uprzednio wymierzonej a następnie zawieszanej kary, lecz decyzją o wdrożeniu wobec skazanego jako ciężej odmienniej sankcji karnej, o znacznie większej dolegliwości od pierwotnie orzeczonej. Widać to szczególnie jasno w sprawach, w których najpierw, w postępowaniu jurysdykcyjnym, wymierzono wobec skazanego karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a następnie w istocie sankcję wolnościową (nieizolacyjną). Następnie zaś w postępowaniu wykonawczym zarządza się wykonanie owej warunkowo zawieszanej kary, przekształcając ją w sankcję izolacyjną (bezwzględnie pozbawienie wolności). Jak więc widać, faktyczne konsekwencje orzeczenia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszanej kary są tak daleko idące, że można tu mówić o wymierzeniu zupełnie innej sankcji od tej, która została pierwotnie przewidziana w wyroku skazującym<sup>15</sup>.

Naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy, w którym w postępowaniu wykonawczym dochodzi *de facto* do wymierzenia innej, bardziej dolegliwej sankcji karnej od tej, jaka została pierwotnie przewidziana w wyroku skazującym, powinno być orzekanie o zarządzeniu wykonania kary w sposób zindywidualizowany (zwłaszcza jeżeli decyduje się o przekształceniu sankcji wolnościowej w pozbawienie wolności, chronionej m.in. w art. 41 ust. 1 Konstytucji). Jak bowiem słusznie wskazuje E. Łętowska<sup>16</sup>, „rozpatrzenie sprawy przez sąd zakłada przeprowadzenie przez ten sąd „zindywidualizowanej oceny (konkretny czyn, osobowo zdefiniowanego sprawcy)”. Ocena ta zaś – jak podkreśla autorka – musi znajdować swoje zewnętrzne uzasadnienie w orzeczeniu sądu, „wskazującym na zastoso-

<sup>14</sup> WA 19/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1243.

<sup>15</sup> W tym kontekście za szczególnie trafne uznane należy słowa E. Biełkowskiej (w:) *Kodeks karny...*, s. 1006, i faktycznie wykonywana kara pozbawienia wolności i tylko groźba kary pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono, to dwie różne jako ciężej sytuacje.

<sup>16</sup> E. Łętowska, *Kara za zabójstwo kwalifikowane...*, s. 23.

wanie dobranej indywidualnie sankcji". Na tak indywidualizację nie pozwala aktualna treść art. 75 § 1 k.k., który formułuje bezwzględny nakaz zarządzenia wykonania kary, niezależnie od specyficznych i zasługujących na uwzględnienie okoliczności sprawy.

Unormowanie przewidziane w art. 75 § 1 k.k. z powodu swojej obligatoryjności prowadzi do rozstrzygnięć skrajnie niesprawiedliwych. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że niekiedy, popełnione w okresie próby, podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności, powinno automatycznie skutkować zarządzeniem wykonania kary. Przykładem może tu być chociażby popełnienie takiego przestępstwa w warunkach przekroczenia granic obrony koniecznej, czy też w innych okolicznościach, usprawiedliwiających w jakimś stopniu zachowanie skazanego, np. poczucie pokrzywdzenia, prowokacja<sup>17</sup>.

Niesprawiedliwość automatycznego zarządzenia wykonania kary może być szczególnie jaskrawa w tych wypadkach, gdy jest ono następstwem popełnienia w okresie próby podobnego przestępstwa umyślnego, za co orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono (zgodnie z utrwalonym poglądem w art. 75 § 1 k.k. chodzi tak o karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono<sup>18</sup>). Co więcej, takie automatyczne zarządzenie wykonania kary razi niekonsekwencją. Otóż bowiem z jednej strony sąd wymierza za owe podobne przestępstwo umyślne karę warunkowo zawieszoną, a więc stwierdza pozytywny prognostyk kryminologiczny. Z drugiej zaś, w trybie art. 75 § 1 k.k., obligatoryjnie zarządza się – na podstawie tego wyroku – wykonanie kary uprzednio warunkowo zawieszonej, co ze swojej istoty oznacza negatywny prognostyk kryminologiczny<sup>19</sup>.

4. Wobec powyższego nie powinno być wątpliwości, że art. 75 § 1 k.k. zbyt daleko ingeruje w swobodę orzeczniczą sądów, a tym samym narusza przysługujące im „minimum wyłączeniowej kompetencyjnej”. Sąd, orzekając na podstawie tego przepisu, jest pozbawiony możliwości wydania rozstrzygnięcia, które odpowiadałoby indywidualnym okolicznościom rozpoznawanej sprawy oraz warunkom i właściwościom osobistym skazanego. Jest zmuszony wymierzyć w sposób automatyczny bardziej dolegliwą sankcję niż ta, którą pierwotnie orzeczono w wyroku skazującym, w tym m.in. przekształcić sankcję wolnościową w bezwzględne pozbawienie wolności. Tym samym procedowanie w trybie art. 75 § 1 k.k. traci cechy właściwe sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, bowiem ogranicza si

<sup>17</sup> Por. T. Bojarski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) T. Bojarski, Warszawa 2007, komentarz do art. 75.

<sup>18</sup> Zob. np. G. Łabuda (w:) *Kodeks karny...*, s. 531; Z. Sienkiewicz (w:) *Prawo karne materialne...*, s. 318; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 874.

<sup>19</sup> Na tę niekonsekwencję zwraca się uwagę w piśmiennictwie, gdzie w związku z nią postuluje się *de lege ferenda* rezygnację z obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary – zob. R.A. Stefanski, *Obligatoryjne zarządzanie wykonaniem kary zawieszanej warunkowo*, „Probacja” 2010, nr 2, s. 24–25, 27.



do mechanicznego wykonania woli ustawodawcy (obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary). Procedowanie takie niewątpliwie nie nosi znamion procedury sprawiedliwej.

Ponadto mając na uwadze wskazaną powyżej niekonsekwencję w zakresie prognozy kryminologicznej, wynikającą z automatycznego zarządzenia wykonania kary, stwierdzić można, iż art. 75 § 1 k.k. narusza sprawiedliwość proceduralną także w aspekcie „zapewnienia przewidywalności dla uczestnika postępowania przez odpowiedni spójny i wewnętrzny logiczny mechanizmów, którym jest poddany”<sup>20</sup>.

5. Wymaga również podkreślenia, że naruszenie przez art. 75 § 1 k.k. „wyłączenia kompetencyjnych sądów” i uczynienie procedowania w przedmiocie obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary procedurą niesprawiedliwą, nie może być znajdowane i nie znajduje żadnego oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

### 3. Konstytucyjne prawo do obrony

1. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji: „Każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”.

Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny: „Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobistych (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońcą jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Zob. np. wyroki TK z: 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK – Seria A 2006, nr 1, poz. 2; 30 maja 2007 r., SK 68/06, OTK – Seria A 2007, nr 6, poz. 53. Por. również P. Wiliński, *Rzetelny proces...*, s. 305.

<sup>21</sup> Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK – Seria A 2004, nr 2, poz. 7. Zob. też np. wyroki TK z: 19 marca 2007 r., K 47/05, OTK – Seria A 2007, nr 7, poz. 27; 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK – Seria A 2008, nr 5, poz. 77; 9 lipca 2009 r., K 31/08, OTK – Seria A 2009, nr 7, poz. 107. Por. również B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 42, nb. 8 i 9; P. Sarnecki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (red.) L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 8–9.

Za najistotniejszą gwarancję prawa do obrony materialnej uznaje się „możliwość przedstawienia własnego stanowiska w sprawie i ustosunkowania się do sformułowanych zarzutów”. Podkreśla się przy tym jednocześnie, że gwarancja ta nie może być urzeczywistniona, gdy „postępowanie przed sądem podejmującym rozstrzygnięcie toczy się bez udziału osoby, której zarzuty dotyczą”<sup>22</sup>.

Wymaga również zauważenia, że unormowane w art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do obrony jest ściśle powiązane z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej. Prawo to niewątpliwie jest bowiem jednym z elementów składających się na „zespół gwarancji rzetelnego procesu”, czy też – innymi słowy – zespół gwarancji sprawiedliwego i proceduralnego<sup>23</sup>. Ponadto należy wskazać, że aby skutecznie realizować w postępowaniu karnym (w tym wykonawczym) prawo do obrony, trzeba mieć możliwość uczestniczenia w nim i przedstawiania swoich racji, co z kolei ma bezpośredni związek z wymogami sprawiedliwego i proceduralnego (m.in. z nakazem wysłuchania uczestników postępowania)<sup>24</sup>.

2. Wyrażone w art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do obrony, podobnie jak wynikające z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej prawo do sądu, nie ma charakteru absolutnego<sup>25</sup>. Tym samym, może ono ulegać ograniczeniom, które to ograniczenia podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji.

#### **4. Konstytucyjne prawo do obrony a art. 178 § 2 k.k.w. w zw. z art. 75 § 1 k.k.**

1. Artykuł 178 § 2 k.k.w. w zakresie, w jakim umożliwia odstępnie od wysłuchania skazanego lub jego obrońcy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszony kary, ma charakter wtórny w stosunku do art. 75 § 1 k.k. Drugi z tych przepisów, wprowadzając obligatoryjnie zarządzenie wykonania kary, czyni bowiem bezzasadnym rozważanie przez sąd racji skazanego, które mogłyby przemawiać za podjęciem innej decyzji w tym przedmiocie. Taki stan rzeczy uzasadnia związkowe potraktowanie tych przepisów przy analizie ich zgodności z konstytucyjnym prawem do obrony.

2. Omówione już naruszenie przez art. 75 § 1 k.k. sprawiedliwego i proceduralnego (art. 45 ust. 1 Konstytucji), bezpośrednio determinuje również naruszenie

<sup>22</sup> Wyrok TK z 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK – Seria A 2007, Nr 10, poz. 129.

<sup>23</sup> Zob. np. P. Hofmański, A. Wróbel (w.): *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2010, komentarz do art. 6, nb. 1 i 303. Por. też wyrok TK z 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, OTK – Seria A 2004, nr 11, poz. 114, gdzie stwierdza się, że sformułowanie art. 42 ust. 2 Konstytucji „stanowi recepcję na grunt polskiej ustawy zasadniczej rozwiązanych w ramach tzw. «minimalnego standardu karnoprocesowego» przez art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji (Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – przyp. P.D.)”

<sup>24</sup> Por. P. Hofmański, A. Wróbel (w.): *Konwencja...*, komentarz do art. 6, nb. 369, 370, 372.

<sup>25</sup> Zob. np. wyroki TK z: 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK – Seria A 2008, nr 5, poz. 77; 9 lipca 2009 r., K 31/08, OTK – Seria A 2009, nr 7, poz. 107.

przez art. 178 § 2 k.k.w. w zw. z art. 75 § 1 k.k. prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji), stanowi tego element tej proceduralnej. Obligatoryjnie zarządzenie wykonania kary czyni bezzasadnym ustalanie jakichkolwiek okoliczności, które przemawiałyby przeciwko takiej decyzji procesowej. Taki stan rzeczy nie tylko redukuje kompetencje sądu orzekającego w tym przedmiocie, lecz również ogranicza rolę procesów skazanego i jego obrocy. Rola ta sprowadza się bowiem co najwyżej do biernego, czy też tylko pozornie aktywnego, asystowania przy obligatoryjnym zarządzeniu wykonania kary. W takie traktowanie roli skazanego i jego obrocy wpisuje się art. 178 § 2 k.k.w., który umoliwia odstąpienie od wysłuchania skazanego lub jego obrocy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszanej kary.

Trzeba przy tym pamiętać, że ze względu na to, iż „zarządzenie wykonania kary warunkowo zawieszanej ma bardzo istotne znaczenie dla skazanego” oraz z uwagi na „konieczność zachowania w tej sytuacji fundamentalnych gwarancji procesowych skazanego”, wysłuchanie jego i obrocy powinno być obowiązkiem sądu<sup>26</sup>. Co więcej, wysłuchanie to nie może mieć charakteru wyłącznie formalnego<sup>27</sup>.

Wymaga również podkreślenia, że zawiadomienie skazanego i jego obrocy o terminie posiedzenia w przedmiocie zarządzenia wykonania kary w trybie art. 75 § 1 k.k. (zob. art. 22 § 1 k.k.w.), a nawet wysłuchanie ich na tym posiedzeniu, stanowiłoby jedynie formalne, nie zaś rzeczywiste zadouczynienie gwarancji procesowej, jak jest prawo do obrony. Obligatoryjnie zarządzenie wykonania kary i tak nie pozwala bowiem na faktyczne uwzględnienie – przy rozstrzygnięciu sprawy – przedstawionych przez skazanego i jego obrocę okoliczności, przemawiających za zaniechaniem podejmowania takiej decyzji procesowej. Taki sposób zapewnienia i realizacji prawa do obrony stanowiłby jedynie fikcję.

3. Ingerencja art. 178 § 2 k.k.w. w zw. z art. 75 § 1 k.k. w konstytucyjne prawo do obrony, podobnie jak naruszenie przez art. 75 § 1 k.k. „wyłączenie kompetencyjne sądów” i uczynienie procedowania w przedmiocie obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary procedurą niesprawiedliwą, nie może znajdować i nie znajduje żadnego oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

<sup>26</sup> Por. S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, komentarz do art. 178, nb. 16; postanowienia SN z: 13 stycznia 1984 r., V KRN 283/83, OSNKW 1984, nr 5–6, poz. 59; 10 czerwca 1991 r., II KRN 48/91, OSNKW 1991, nr 10–12, poz. 54; 21 sierpnia 2007 r., II KK 85/07, „Prokuratura i Prawo” – dodatek Orzecznictwo 2008, nr 1, poz. 10; 18 czerwca 2009 r., IV KK 165/09, OSNKW 2009, nr 11, poz. 96; wyrok SN z 25 października 2007 r., III KK 272/07, Legalis.

<sup>27</sup> Por. S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy...*, komentarz do art. 178, nb. 17; postanowienia SN z: 13 stycznia 1984 r., V KRN 283/83, OSNKW 1984, nr 5–6, poz. 59; 6 listopada 1997 r., II KKN 337/97, „Prokuratura i Prawo” – dodatek Orzecznictwo 1998, nr 6, poz. 21.

## 5. Wnioski

Poczynione rozważania pozwalają na sformułowanie dwóch następujących wniosków:

Po pierwsze, art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim zarządzenie wykonania kary czyni obligatoryjnym, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>28</sup>.

Po drugie, art. 178 § 2 k.k.w. w zw. z art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim umożliwia odstąpienie od wysłuchania skazanego lub jego obrocy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszony kary, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

### STRESZCZENIE

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problem konstytucyjności instytucji obligatoryjnego zarządzenia wykonania zawieszony kary, o której mowa w art. 75 § 1 k.k. Instytucja ta została poddana analizie z perspektywy dwóch wzorców konstytucyjności. Po pierwsze, prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji) w zakresie, w jakim art. 75 § 1 k.k. zarządzenie wykonania kary czyni obligatoryjnym. Po drugie, prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji) w zakresie, w jakim art. 178 § 2 k.k.w. w zw. z art. 75 § 1 k.k. umożliwia odstąpienie od wysłuchania skazanego lub jego obrocy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszony kary.

### SUMMARY

The subject-matter of the present work is the issue of constitutionality of the obligatory order to carry out a conditionally suspended penalty discussed in Article 75 § 1 of the penal code. It was analyzed from the point of view of two patterns of constitutionality. Firstly, the right to court (Article 45 part 1 of the Constitution) in the range in which Article 75 § 1 of the penal code makes this order to carry out a penalty obligatory. Secondly, the right to defense (Article 42 part 2 of the Constitution) in the range in which Article 178 § 2 of the petty offences' code in connection with Article 75 § 1 of the penal code enables a renouncement of hearing a convict or their defense counsel before making the decision to order to carry out a suspended penalty.

---

<sup>28</sup> Na temat zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 2 (zasad sprawiedliwości społecznej) i art. 32 ust. 1 Konstytucji – zob. P. Daniluk, *Zarządzenie wykonania kary*, (w:) *Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego*, (red.) P. Daniluk i P. Radziejewicz, Warszawa 2010, s. 569–575; a także wyrok TK z 5 kwietnia 2011 r., P 6/10, który został wydany już po złożeniu niniejszego opracowania do druku.

MARTA TU NIK



## POST POWANIE W STOSUNKU DO NIEOBECNYCH W POST POWANIU KARNYM SKARBOWYM

### 1. Wprowadzenie

Post powanie w stosunku do nieobecnych należy do tradycyjnych konstrukcji prawa karnego skarbowego. Funkcjonowanie tego trybu w procesie karnym skarbowym jest genetycznie podporządkowane koncepcji zakładającej wzmożoną ochronę interesu finansowego Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innego uprawnionego podmiotu, której urzeczywistnienie wymaga sprawowania wymiaru sprawiedliwości nawet wtedy, jeżeli sprawca lub podmiot odpowiedzialny posiłkowo przebywa za granicą<sup>1</sup>.

Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego skarbowego stanowi, że „proponycja utrzymania szczególnego trybu post powania w stosunku do nieobecnych jest odpowiedzią na konkretne postulaty codziennej praktyki, które zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw celnych i wykroczeń celnych pozostawałyby w wielu przypadkach zupełnie bezradna. Ponadto – jak wiadomo – kodeks post powania karnego z 1997 r. zrezygnował z podobnego trybu post powania, przeto proponujemy jego utrzymanie w post powaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe w celu zapobieżenia konieczności zaprojektowania odrębnego działu w części procesowej projektu”<sup>2</sup>.

Post powanie w stosunku do nieobecnych ma na celu umożliwienie prowadzenia post powania przygotowawczego i sądowego, mimo nieobecności oskarżonego lub podmiotu poczyni tego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 173 § 1 i 3 k.k.s.). Post powanie to jest dopuszczalne przeciwko sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego przebywającemu stale za granicą albo gdy nie można ustalić jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju. Post powanie wówczas toczy się podczas jego nieobecności. W sprawach o wykroczenie skarbowe post powanie to może być prowadzone tylko przeciwko oskarżonemu,

<sup>1</sup> L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 601.

<sup>2</sup> Uzasadnienie projektu kodeksu karnego skarbowego z dnia 17 maja 1999 r., Druk sejmowy Nr 1146, s. 112.

gdy w tych sprawach podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej nie występuje (art. 53 § 40 k.k.s.). Prowadzenie tego postępowania nie jest uzależnione od nieobecności oskarżonego i podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. W razie nieobecności jednego z nich, w tym trybie jest prowadzone w stosunku do niego, a drugiego – na normalnych zasadach. Postępowanie to może być prowadzone zarówno jako postępowanie zwyczajne, jak i uproszczone<sup>3</sup>. Tryb postępowania w stosunku do nieobecnych może być zastosowany zarówno przed sądem powszechnym, jak i przed sądem wojskowym<sup>4</sup>.

Przydatność postępowania w stosunku do nieobecnych wynika przede wszystkim z tego, że w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obywatelom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicznymi towarami i usługami czynnikiem podmiotowym norm prawnych jest obywatel lub osoba przebywająca za granicą z innych względów, np. obywatel polski przebywający za granicą w związku z leczeniem się, nauką lub wykonywaniem pracy. Po popełnieniu przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego wspomniana osoba wyjeżdża za granicę, względnie nie może na ustalić jej miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju. Prowadzenie postępowania w takiej sytuacji utrudnia nie tylko brak oskarżonego, ale także fizycznie istniejącego pokrzywdzonego. Wówczas czynnikiem jedynym ładem czynu zabronionego jest przedmiot przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, na którym ciąży obowiązek publiczno-prawny lub który jest obiektem reglamentacji pozataryfowej. Zastosowanie wtedy postępowania w stosunku do nieobecnych jest najlepszym rozwiązaniem, gdy pozwala poprzez orzeczenie przepadku przedmiotu przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego zaspokoić interes finansowy Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego czy budżetu Wspólnot Europejskich<sup>5</sup>.

## 2. Przestanki postępowania

Postępowanie w stosunku do nieobecnych jest możliwe tylko wówczas, gdy:

- a) sprawca czynu (lub odpowiedzialny posiłkowo) przebywa stale za granicą albo
- b) nie może na ustalić jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju (art. 173 § 1 i 3 k.k.s.).

<sup>3</sup> R.A. Stefański, *Postępowanie przed powszechnym sądem pierwszej instancji w sprawach karnych skarbowych*, Prok. i Pr. 2000, nr 5, s. 84–85.

<sup>4</sup> A. Wiatłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych*, Sopot 2008, s. 174.

<sup>5</sup> G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy: art. 113–191. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 341; idem, *Ewolucja instytucji procesowych w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2005, s. 217; idem, *Tryby szczególne w postępowaniu przed sądem w świetle przepisów k.k.s.*, PS 2006, nr 3, s. 75; idem, *Praktyczne zastosowanie postępowania w stosunku do nieobecnych w świetle przepisów Kodeksu karnego skarbowego*, Prz. Pol. 2002, nr 2, s. 143–144.

Postępowanie może przybrać postać jedynie po uprzednim uznaniu, że przestępstwo lub wykroczenie skarbowe rzeczywiście zaistniało, jeżeli mimo podjęcia stosownych kroków nie ustalono miejsca zamieszkania lub pobytu w Polsce sprawcy tego czynu albo osoby, której należy pociągnąć do odpowiedzialności posiłkowej, albo ustalono, że przebywał one stale za granicą. Sprawca lub pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej musi stale przebywać za granicą albo musi być wykazana obiektywna niemożność, wynikająca tak z przedsiewziętych czynności poszukiwawczych, ustalenia miejsca jego zamieszkania lub pobytu w Polsce<sup>6</sup>. Sam wyjazd oskarżonego, nawet bez podania kierunku, nie jest jeszcze powodem do stosowania trybu wobec nieobecnych. Zastosowanie tego postępowania musi być poprzedzone działaniami mającymi na celu ustalenie miejsca jego pobytu<sup>7</sup>.

Jeżeli nie można ujść sprawcy czynu, ponieważ się ukrywa, należy uprzednio zawiesić proces (art. 22 § 1 k.p.k.) i podjąć poszukiwania, w tym i przy przestępstwie skarbowym listem gołym, a gdyby niemożność ujścia wiążąca się z jego pobytym za granicą, tryb wobec nieobecnych jest możliwy, pod warunkiem, że pobyt ten ma charakter pobytu stałego (art. 173 § 1 k.k.s.). Nie jest wykluczone udzielenie sprawcy przestępstwa skarbowego przebywającemu za granicą listu elastycznego (art. 281 k.p.k.). Tylko wtedy, gdy pobyt za granicą jest pobytym stałym, bez względu na to, czy chodzi o obywatela państwa obcego, czy o obywatela polskiego stale przybywającego za granicą, można sięgnąć po postępowanie w stosunku do nieobecnych, bez oczekiwania na jego wniosek o list elastyczny<sup>8</sup>.

Do przyjęcia, że dana osoba stale przebywa za granicą nie ma znaczenia sposób opuszczenia kraju, rodzaj paszportu, legalność przebywania w kraju zamieszkania itp. Stałe przebywanie za granicą sprawcy jest stanem faktycznym. Nie ma znaczenia okoliczność, że sprawca jest na stałe zameldowany pod określonym adresem w kraju. Osoba przebywająca stale za granicą jest również osoba, która nie ma stałego miejsca zamieszkania, a nawet pobytu w konkretnym państwie – istotne jest stałe przebywanie poza Polską<sup>9</sup>.

Przesłanki postępowania w stosunku do nieobecnych są więc tylko pozornie zbieżne z przesłankami do zawieszenia procesu (art. 22 § 1 k.p.k.). W postępowaniu w stosunku do nieobecnych chodzi o stałą nieobecność oskarżonego w kraju albo niemożność ustalenia jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju. W razie zawieszenia postępowania chodzi natomiast o długotrwałą przeszkodę uniemożliwiająca prowadzenie postępowania. Może nią być w szczególności niemożność ujścia lub choroba psychiczna czy inna ciężka choroba oskarżonego.

<sup>6</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 650–651.

<sup>7</sup> Wyrok SN z dnia 28 maja 1946 r., K 371/46, OSN 1946, Nr 2, poz. 31.

<sup>8</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 651.

<sup>9</sup> G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Wiatłowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Gdańsk 2007, s. 871–872.

U ycie w art. 22 § 1 k.p.k. słowa „w szczególno ci” oznacza, e wyliczenie jest fakultatywne. Natomiast w post powaniu w stosunku do nieobecnych wyliczenie jest enumeratywne i niedopuszczalna jest w tym przypadku wykładnia rozszerzająca<sup>10</sup>.

Post powanie wobec nieobecnych nie jest obowi zkowe. Z przepisu art. 173 § 1 k.k.s. wynika jedynie, e w warunkach tam okre lonych jest ono mo liwe, ale nie, e jest obligatoryjne.

Warunkiem stosowania post powania wobec nieobecnych, oprócz stałego przebywania sprawcy za granic albo niemo no ci ustalenia jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju (art. 173 § 1 k.k.s.), jest ponadto wymóg, by wina sprawcy i okoliczno ci popełnienia czynu nie budziły w tpliwo ci (*a contrario* z art. 173 § 2 pkt 1 k.k.s.), co przy odpowiedzialnym posiłkowo nale y rozumie jako brak w tpliwo ci odno nie do istnienia podstaw tej odpowiedzialno ci. Zatem organ post powania, który decyduje si na zastosowanie tego trybu, musi nabra przekonania, e mimo braku danej strony okoliczno ci sprawy np. przebieg zdarzenia, osoba sprawcy, zwi zki mi dzy nim a poci ganym do odpowiedzialno ci posiłkowej, mo liwo korzy ci uzyskanych przez poci ganego do tej odpowiedzialno ci, zostały w pełni wyja nione, nie budz w tpliwo ci i z materiału dowodowego wina oskar onego – wobec za poci gni tego do odpowiedzialno ci posiłkowej podstawa tej odpowiedzialno ci – rysuje si jako oczywista. W razie w tpliwo ci proces nie mo e nabra postaci post powania w stosunku do nieobecnych, dopóki nie zostaną one rozwiane, a gdy ich ostatecznie nie usuni to, nale y post powanie umorzy lub zrezygnowa z nakładania odpowiedzialno ci posiłkowej.

Post powanie wobec nieobecnych jest wykluczone, je eli oskar ony o przest pstwo skarbowe lub poci gni ty do odpowiedzialno ci ukrył si dopiero po wniesieniu do s du aktu oskar enia (art. 173 § 2 pkt 2 *in principio* k.k.s.). Przeszkoda ta odnosi si te do poci gni tego do odpowiedzialno ci posiłkowej (art. 172 § 3 k.k.s.).

W wypadku gdy oskar ony o przest pstwo skarbowe ukrył si po wniesieniu do s du aktu oskar enia, a tak e wówczas, gdy w toku post powania przed s dem ustalono jego miejsce zamieszkania lub pobytu w kraju (art. 173 § 2 pkt 2 *in principio* k.k.s.) konieczne jest ewentualne odroczenie rozprawy lub nawet zawieszenie post powania i zarz dzenie poszukiwa , w tym i listem go czym, przy czym poszukiwania wchodz w rachub tylko wobec oskar onego i jedynie przy przest pstwach skarbowych. W razie ukrycia si oskar onego ju po dor czeniu mu odpisu aktu oskar enia wezwanie na rozpraw wysłane pod dotychczasowy adres uwa a si za dor czone (art. 139 § 2 w zw. z § 1 k.p.k.), a w trybie uproszczonym stawiennictwo oskar onego nie jest obowi zkowe (art. 479 § 1

<sup>10</sup> G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 345; idem, *Praktyczne zastosowanie...*, s. 145; idem, *Ewolucja instytucji procesowych...*, s. 217; idem, *Tryby szczególne...*, s. 77; A. Skowronek, G. Skowronek, *Model postępowania w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe*, Warszawa 2006, s. 69.



k.p.k.) i proces może toczyć się pod jego nieobecność. Takie inna niż oskarżony strona, w tym i pociągający do odpowiedzialności posiłkowej, jeżeli nie poda swego nowego adresu, naraża się na uznanie pisma wysłanego pod dotychczasowy adres za doręczone (art. 139 § 1 k.p.k.), a ponieważ obecność jego też nie jest obowiązkiem – i to bez względu na to, czy jest to postępowanie zwyczajne czy uproszczone (art. 158 k.k.s.) – możliwe jest orzekanie wobec niego zaocznie, bez sił gania po postępowaniu w stosunku do nieobecnych. Nie jest powodem do niestosowania postępowania wobec nieobecnych wyjazd oskarżonego lub pociągającego tego do odpowiedzialności posiłkowej na stałe za granicę, po przesłaniu do sądu aktu oskarżenia.

Kodeks karny skarbowy wyklucza możliwość prowadzenia postępowania w stosunku do nieobecnych, gdy w toku postępowania przed sądem ustalono miejsce zamieszkania lub pobytu w kraju oskarżonego lub pociągającego tego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 173 § 2 pkt 2 *in fine* k.k.s.). I ta przeszkoda ogranicza się jedynie do spraw o przestępstwa skarbowe, nie dotyczy postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe. W tych ostatnich można, zatem kontynuować postępowanie wobec nieobecnych także wtedy, gdy ustalono w postępowaniu sądowym miejsce pobytu oskarżonego o wykroczenie skarbowe<sup>11</sup>.

Natomiast gdy chodzi o ustalenie w toku procesu przed sądem miejsca pobytu w kraju oskarżonego o przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialnego posiłkowo, odnośnie do których prowadzono dotychczas postępowanie wobec nieobecnych, to według T. Grzegorzczaka<sup>12</sup> nie jest wówczas potrzebne wydanie odrębnego postanowienia o powrocie do postępowania prowadzonego na zasadach ogólnych, gdy specjalne postanowienie wymagane jest tylko dla zastosowania trybu w stosunku do nieobecnych, a nie przy rezygnacji z niego. Zdaje się być odosobniony w swoim zapatrywaniu, gdy zdaniem A. Wiatłowskiego<sup>13</sup> oraz T. Razowskiego<sup>14</sup> jego pogląd nie zasługuje na aprobatę, gdyż każda zmiana trybu postępowania wymaga wydania stosownego postanowienia, co wydaje się również w mojej ocenie za zasadne.

### 3. Przebieg postępowania

W postępowaniu w stosunku do nieobecnych nie stosuje się przepisów, których stosowanie wymaga obecności oskarżonego lub podmiotu pociągającego tego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 174 k.k.s.).

Do czynności procesowych, których nie przeprowadza się w postępowaniu w stosunku do nieobecnych w obecności oskarżonego lub podmiotu pociągającego

<sup>11</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 652–653.

<sup>12</sup> Ibidem, s. 653.

<sup>13</sup> G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Wiatłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 872.

<sup>14</sup> P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1121.

tego do odpowiedzialności posiłkowej, należy zaliczyć m.in.: przeszukanie oskarżonego lub podmiotu przestępstwa do odpowiedzialności posiłkowej, okazanie, eksperyment procesowy, zapoznanie z materiałem dowodowym, dopuszczenie do udziału przy czynnościach z udziałem biegłego<sup>15</sup>. Nie wykonuje się również takich czynności, jak: przesłuchanie tych podmiotów, ich doprowadzanie, konfrontowanie, pouczanie o uprawnieniach<sup>16</sup>, a także dorozucanie bezpośrednio wezwania lub orzeczenia. Z reguły nie jest możliwe stosowanie dorozucania zastępczego, gdy osoby te mogły nie wiedzieć o toczącym się postępowaniu i z tego powodu nie wskazały adresata dla dorozucenia w kraju (art. 138 k.p.k.)<sup>17</sup>.

Stosowne akty procesowe i pisma składa się natomiast do akt sprawy, np. postanowienie o przedstawieniu lub zmianie zarzutów. Dokonuje się za takich czynności, które nie wymagają obecności oskarżonego lub podmiotu przestępstwa do odpowiedzialności posiłkowej. Można też w pełni dokonywać czynności, przy których strony te mogą jedynie być obecne np. przesłuchania świadków i biegłych, oględziny miejsca czy rzeczy, po prostu bez ich obecności<sup>18</sup>.

O zastosowaniu postępowania w stosunku do nieobecnych organ prowadzący postępowanie wydaje postanowienie (art. 175 § 1 zd. 1 k.k.s.).

Postanowienie o zastosowaniu trybu w stosunku do nieobecnych musi spełniać ogólne wymogi wynikające z art. 94 § 1 k.p.k., czyli powinno zawierać:

- 1) oznaczenie organu oraz osoby lub osób wydających postanowienie,
- 2) datę wydania postanowienia,
- 3) wskazanie sprawy oraz kwestii, której postanowienie dotyczy,
- 4) rozstrzygnięcie z podaniem podstawy prawnej,
- 5) uzasadnienie (albowiem przepis art. 175 § 1 k.k.s. nie zwalnia z wymogu sporządzenia uzasadnienia).

W postępowaniu przygotowawczym postanowienie o zastosowaniu postępowania w stosunku do nieobecnych wydaje organ finansowy lub niefinansowy, który prowadzi postępowanie. W postępowaniu przygotowawczym w sprawach o przestępstwa skarbowe postanowienie to wymaga zatwierdzenia przez prokuratora (art. 175 § 1 zd. 2 k.k.s.). Z brzmienia tego przepisu *a contrario* wynika, że nie jest wymagane zatwierdzenie postanowienia o zastosowaniu postępowania w stosunku do nieobecnych wydanego w dochodzeniu w sprawie o wykroczenie skarbowe. W razie jednak zmiany kwalifikacji prawnej z wykroczenia skarbowego na przestępstwo skarbowe zatwierdzenie staje się konieczne. W postępowaniu jurysdykcyjnym postanowienie to wydaje sędzia.

---

<sup>15</sup> G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 347; idem, *Praktyczne zastosowanie...*, s. 146; idem, *Ewolucja instytucji procesowych...*, s. 220; idem, *Tryby szczególne...*, s. 78; A. Skowronek, G. Skowronek, *Model postępowania...*, s. 70.

<sup>16</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 654.

<sup>17</sup> R.A. Stefański, *Postępowanie przed powszechnym...*, s. 85.

<sup>18</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 654.

Postanowienie o zastosowaniu post powania w stosunku do nieobecnych nie podlega zaskar eniu za aleniem<sup>19</sup>.

Postanowienia takiego w my l przepisu art. 175 § 2 k.k.s. nie ogłasza si nieobecnej stronie, co oczywi cie jest zwi zane niemo no ci wykonania tej czynno ci<sup>20</sup>.

Prezes s du wła ciwego do rozpoznania sprawy wyznacza nieobecnemu oskar onemu obro c z urz du. Udział obro cy jest obowi zkowy tak e w post powaniu odwoławczym (art. 176 § 1 k.k.s.). Przepis ten pełni funkcj gwarancyjn i zmierza do urzeczywistnienia prawa do obrony oskar onego w drodze przyj cia obowi zkowego udziału w post powaniu jego obro cy w wyj tkowej sytuacji procesowej, w której dochodzi do rozstrzygni cia kwestii odpowiedzialno ci karnej, podczas nieobecno ci tego uczestnika post powania.

Udzielenie legitymacji do wyznaczenia z urz du obro cy dla oskar onego (art. 176 § 1 k.k.s.) lub pełnomocnika dla poci gni tego do odpowiedzialno ci posiłkowej (art. 176 § 2 k.k.s.) prezesowi s du wła ciwego do rozpoznania sprawy, wiadczy o tym, e obowi zek w nim statuowany aktualizuje si z chwil wydania postanowienia o rozpoznaniu sprawy w trybie w stosunku do nieobecnych.

Obro c z urz du mo e również ustanowi przewodnicz cy wydziału lub upowa niony s dzia (art. 93 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Ta obrona oskar onego odnosi si zarówno do spraw o przest pstwa skarbowe, jak i spraw o wykroczenia skarbowe.

W sprawach o przest pstwa skarbowe obro c wyznaczonym z urz du mo e by był cznie adwokat, natomiast w sprawach o wykroczenia skarbowe również radca prawny (art. 122a § 2 k.k.s.). Pełnomocnikiem z urz du, wyznaczonym dla poci gni tego do odpowiedzialno ci posiłkowej, mo e by zarówno adwokat, jak i osoba wykonuj ca zawód radcy prawnego (art. 123 § 1 k.k.s.). Decyzja prezesa s du o ustanowieniu pełnomocnika z urz du dla podmiotu poci gni tego do odpowiedzialno ci posiłkowej (art. 176 § 2 zd. 2 k.k.s.) jest równoznaczna z udzieleniem pełnomocnictwa.

Obro ca oskar onego jest zobowi zany do uczestnictwa nie tylko w rozprawie odwoławczej, ale w całym post powaniu, zainicjowanym wniesieniem rodka odwoławczego od wyroku zapadłego w post powaniu w stosunku do nieobecnych (art. 176 § 1 zd. 2 w zw. z § 2 k.k.s. oraz z art. 450 k.p.k.)<sup>21</sup>.

Legitymacja obro cy wyznaczonego na podstawie art. 176 § 1 k.k.s. jest ograniczona wył cznie do trybu w stosunku do nieobecnych. Oznacza to, e je li nast pi zmiana trybu na zwyczajny lub uproszczony, to uzasadnione staje si cofni cie oskar onemu wyznaczonego na tej podstawie obro cy z urz du. Podstawy

<sup>19</sup> G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. wiatłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 875.

<sup>20</sup> F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. II, Kraków 2006, s. 1269.

<sup>21</sup> L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 831–832.

prawnej dla tej ostatniej decyzji należy poszukiwać w odpowiednim stosowaniu art. 79 § 4 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.<sup>22</sup>.

Niewyznaczenie w postępowaniu przygotowawczym obrocy (podejrzanego) lub pełnomocnika podmiotowi pociągającemu do odpowiedzialności posiłkowej z urzędu może uzasadniać zwrot sprawy do uzupełnienia tego stadium procesowego. Z kolei w wypadku, gdy nie uczestniczył on w stadium jurysdykcyjnym, zachodzi sytuacja, którą należy ocenić przez pryzmat bezwzględnej przyczyny odwoławczej (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)<sup>23</sup>.

Orzeczenia zapadłe w postępowaniu w stosunku do nieobecnych zaskarżanych są na zasadach ogólnych. Od wydanego wyroku służyć tak może nieobecnemu, reprezentowanemu przeciwko przez obrocy lub pełnomocnika z urzędu (art. 176 k.k.s.), apelacja, tak jak i innym stronom (oskarżycielowi, interwenientowi), a w razie wydania postanowienia np. o umorzeniu – zaaleniu<sup>24</sup>.

Odstąpienie od zasad ogólnych następuje wtedy, gdy skazany zgłosi się do dyspozycji sądu lub zostanie ujęty<sup>25</sup>.

W razie osobistego zgłoszenia się skazanego do dyspozycji sądu lub ujęcia skazanego doręczając mu się odpis prawomocnego wyroku. Na wniosek skazanego złoży on na piśmie w zawitym terminie 14 dni od daty doręczenia, sąd którego wyrok się uprawomocnił, wyznacza niezwłocznie rozprawę, a wydany w tej instancji wyrok traci moc z chwilą stawienia się skazanego na rozprawie (art. 177 k.k.s.). O prawie złożenia tego wniosku skazany powinien być pouczony (art. 16 § 2 k.p.k.). Termin do wystąpienia z nim jest zawity, zatem podlega on przywróceniu, gdy skazany uchybił mu bez swej winy (art. 126 k.p.k.).

Przepis art. 177 k.k.s. przewiduje specjalny środek zaskarżenia zwany *quasi* sprzeciwem, służyć tylko skazanemu, ale nie odpowiedzialnemu posiłkowo i tylko od orzeczenia sądu prawomocnego, a nie od tego, który przy tym wyrokiem, gdy tylko wtedy może mówić o „skazanym”, a tego właśnie nie określa ujęty art. 177 k.k.s.<sup>26</sup>. Nie może również wykluczyć wniesienia tego wniosku przez obrocy skazanego (art. 86 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)<sup>27</sup>.

Nie ma natomiast znaczenia, czy wyrok ten uprawomocnił się bez zaskarżenia, czy dopiero w II instancji, i kto go wówczas zaskarżał. Środek ten, określany mianem „wniosku”, jest nadzwyczajnym rodzajem zaskarżenia, skoro służyć od orzeczenia prawomocnego i należy do tzw. sprzeciwów, wywołuje bowiem utratę mocy prawnej wyroku.

<sup>22</sup> P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1122.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 1123; L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 832–833.

<sup>24</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 656.

<sup>25</sup> G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 349–350; idem, *Praktyczne zastosowanie...*, s. 149; idem, *Ewolucja instytucji procesowych...*, s. 224; idem, *Tyby szczególne...*, s. 80.

<sup>26</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 656.

<sup>27</sup> L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 834.

Jeżeli skazany prawomocnie w postępowaniu wobec nieobecnych stawia się do dyspozycji sąd albo zostanie ujęty, należy doręczyć mu odpis prawomocnego wyroku, a na jego wniosek, złożony w zawitym terminie 14 dni od tego doręczenia, sąd, którego wyrok się uprawomocnił, ma wyznaczyć niezwłocznie rozprawę (art. 177 k.k.s.)<sup>28</sup>.

Skazany nie ma obowiązku podnosić jakichkolwiek zarzutów przeciwko zapadłemu rozstrzygnięciu, składany wniosek powinien jednak odpowiadać ogólnym wymaganiom stawianym pismom procesowym (art. 119 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Uzupelnienie ewentualnych braków formalnych wniosku o wyznaczenie rozprawy następuje w trybie określonym w art. 120 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Konsekwencją wniesienia wniosku o wyznaczenie rozprawy przez osobę nieuprawnioną lub po terminie, albo nieuwzględnienia braków przedmiotowego wniosku w terminie siedmiodniowym, stanowi wydanie rozstrzygnięcia formalnego o odmowie jego przyjęcia<sup>29</sup>.

Kodeks karny skarbowy nie przewiduje cofnięcia wniosku o wyznaczenie rozprawy. Skoro stawiennictwo skazanego na rozprawie wyznaczonej wskutek złożenia wniosku powoduje utratę mocy wyroku, z pewnością nie jest możliwe cofnięcie wniosku na rozprawie. Według A. Wiatłowskiego, nie można natomiast odmówić oskarżonemu uprawnienia do cofnięcia wniosku przed rozprawą<sup>30</sup>. W braku regulacji ustawowej o zakazie cofnięcia wniosku przed rozprawą również próbuje powyższy pogląd.

Rozprawa powinna być wyznaczona niezwłocznie, a więc bez nieuzasadnionej zwłoki. Wyznaczana jest przez sąd, którego wyrok się uprawomocnił, czyli w razie niezaskarżenia uprzednio wyroku sądu I instancji – przez ten sąd, gdy za poprzednio wnoszono i rozpoznawano apelację, wydając wyrok kończący proces w II instancji – przez sąd odwoławczy. Z chwilą stawienia się na rozprawę moc traci jedynie wyrok w tej instancji, w której się uprawomocnił, tj. odpowiednio sąd I instancji albo sąd odwoławczy. W zależności więc od tego, czy wyrok ten był skarżony czy też nie, postępowanie jest przeprowadzane bądź w I, bądź tylko w II instancji<sup>31</sup>.

W razie rozpoznawania sprawy już w postępowaniu odwoławczym zakaz *reformationis in peius* obowiązuje tylko wtedy, gdy uprzednio sąd orzekał, rozpoznając apelację jedynie na korzyść oskarżonego. Jeżeli natomiast sprzeciw spowodował utratę mocy prawnej wyroku sądu I instancji, zakaz taki w ogóle nie działa, a od wydanego orzeczenia służą środki odwoławcze na zasadach ogólnych. Jeżeli jednak po zawiadomieniu o terminie wyznaczonej rozprawy skazany nie stawia się na nią bez usprawiedliwienia, wyrok, którego dotyczył jego wniosek, nie traci

<sup>28</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 656.

<sup>29</sup> L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 834.

<sup>30</sup> G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Wiatłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 878.

<sup>31</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 656.

swej mocy i pozostaje prawomocny; przy usprawiedliwionej jego nieobecności wyznacza się nowy termin rozprawy.

Od prawomocnego wyroku wydanego w postępowaniu wobec nieobecnych służy kasacja (art. 519 i 520 k.p.k. w zw. z art. 167a k.k.s.), oraz wnioski o wznowienie postępowania (art. 540 k.p.k.)<sup>32</sup>.

#### 4. Konstytucyjno-przepisów o postępowaniu w stosunku do nieobecnych

Nadzwyczajna nadbudowa konstrukcji postępowania w stosunku do nieobecnych pojawiła się w tym zakresie dotyczącej konstytucyjnie przepisów o tym trybie postępowania<sup>33</sup>.

Podnosi się, że w przedmiotowym postępowaniu dochodzi do ograniczenia gwarancji procesowych oskarżonego, rozpatrywanych zarówno w płaszczyźnie ich zgodności z Konstytucją RP, jak i Europejską konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>34</sup> oraz Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>35</sup>. Chodzi przede wszystkim o prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, prawo do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę oraz prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia i obrony na równych zasadach. Niewiedza oskarżonego o stawianych mu zarzutach czyni iluzoryczną realizację zasady kontradyktoryjności, równości broni, bezpośredniości oraz zasady lojalności procesowej.

Wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku wyznaczenia obrońcy z urzędu (art. 176 k.k.s.) przy jednoczesnej minimalizacji możliwości obrony w znaczeniu materialnym, według J. Kosonogi, nie jest wystarczającym rozwianiem i odbieganiem od standardów procesowych gwarancji oskarżonego. Uprawnienie do bronięcia się osobiście stwarza możliwość przedstawienia i obrony swoich argumentów. Trudno uznać za takie argumenty wytaczane przez obrońcę zważywszy, że nie ma on kontaktu z oskarżonym i nie zna jego stanowiska. Należy przygotowanie obrony jest w takiej sytuacji w znacznym stopniu utrudnione, o ile w ogóle możliwe. Natomiast Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawo-

<sup>32</sup> Ibidem, s. 656–657; L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 834–835; G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Wiątkowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 879; S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2006, s. 458–459.

<sup>33</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji procesowych oskarżonego w postępowaniu w stosunku do nieobecnych (rozdział 19 k.k.s.)*, Prok. i Pr. 2002, nr 7–8, s. 93 i n.

<sup>34</sup> Polska podpisała konwencję w brzmieniu nadanym przez dodatkowe protokoły Nr 3, 5 i 8 w dniu 26 listopada 1991, a ratyfikowała w dniu 2 października 1992 r. (Dz.U. z 1992 r., Nr 85, poz. 427). Tekst konwencji został opublikowany w Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

<sup>35</sup> Polska ratyfikowała Pakt w dniu 3 marca 1977 r., Pakt wszedł w życie w stosunku do Polski w dniu 18 czerwca 1977 r., tekst Paktu stanowi załącznik do Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

wych wolno ci w ramach prawa do rzetelnego procesu nakazuje przeprowadzenie ka dego dowodu w obecno ci oskar onego podczas publicznej rozprawy w celu umo liwienia przedstawienia argumentów przeciwnych. W przeciwnym razie proces taki uwa any jest za uchybiaj cy prawu do osobistej obecno ci na rozprawie oraz prawu do kontrydiktoryjnego post powania.

Naruszona jest te w post powaniu w stosunku do nieobecnych zasada kontrydiktoryjno ci. Zakłada ona istnienie tzw. procesu stron, który ma si toczy w formie procesowej walki równouprawnionych, przeciwstawnych sobie stron przed niezawisłym i bezstronnym arbitrem. Z definicji kontrydiktoryjno ci wynika jedynie uprawnienie do walki w procesie, z którego strony mog skorzysta b d te zachowa bierno . Fakt, i o kontrydiktoryjnej formie procesu decyduje nie samo prowadzenie sporu, ile prawo do jego prowadzenia, nie mo e jednak stanowi pretekstu do pozbawiania oskar onego tego uprawnienia. Poza tym podstawowym zało eniem kontrydiktoryjno ci procesu jest istnienie przeciwstawnych stron, co w post powaniu w stosunku do nieobecnych nie znajduje faktycznego potwierdzenia. Dochodzi tym samym do zupełnego zniesienia zasady kontrydiktoryjno ci, co nie pozostaje bez wpływu na realizacj zasady prawdy materialnej<sup>36</sup>.

Z zasad kontrydiktoryjno ci jest sprz ona dyrektywa równo ci broni, nakazuj ca takie ukształtowanie procesu, by zostały zapewnione równe uprawnienia przeciwstawnych stron. Jakkolwiek uzyskanie idealnego równouprawnienia jest w znacznym stopniu utrudnione, to jednak nieznamo przez oskar onego zarzutów nakazuje przyj , e doszło do zasadniczej dysproporcji w uprawnieniach stron post powania na niekorzy strony biernej. Nieodebranie od podejrzanego wyja nie oraz prowadzenie rozprawy pod jego nieobecno stanowi równie odst pstwo od zasady bezpo rednio ci.

Zasada lojalno ci procesowej równie posiada gwarancyjny charakter. Jej istot jest kształtowanie stosunków procesowych pomi dzy organem procesowym a uczestnikami na zasadach uczciwo ci, rzetelno ci i poszanowania warto ci moralnych. Jest to zasada nieskodyfikowana. Mo na j wyprowadzi z nakazu prowadzenia uczciwego procesu oraz z nakazu informowania uczestników post powania o ich prawach i obowi zkach. W sposób ogólny statuuje j art. 16 k.p.k., a znajduje ona konkretyzacj w wielu przepisach nakładaj cych obowi zek udzielenia informacji procesowej. Z punktu widzenia interesów oskar onego znaczenie tej zasady jest zasadnicze. Konsekwencj zastosowania trybu w stosunku do nieobecnych jest zwolnienie organu procesowego z obowi zku realizacji tej dyrektywy w zakresie udzielania niezbd nych informacji<sup>37</sup>.

Konstatuj c J. Kosonoga zauwa a, i sytuacja procesowa oskar onego w post powaniu w stosunku do nieobecnych, analizowana przez pryzmat naczelnych

<sup>36</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 97.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 98.

zasad procesowych, przedstawia się dla niego nader niekorzystnie. Jedyne jego sytuacje procesowe może w części rekompensować rodek zaskarżenia w postaci *quasi* – sprzeciwu, przysługujący skazanemu na mocy art. 177 k.k.s.

Podnoszone wyżej wątpliwości co do konstytucyjności przepisów o postępowaniu w stosunku do nieobecnych rozstrzygnął Trybunał Konstytucyjny<sup>38</sup>, który stwierdził, że artykuły 173–177 k.k.s. są zgodne z art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 6 ust. 1 i ust. 3 lit. a-d konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>39</sup> i z art. 14 ust. 1 i ust. 3 lit. a, b, d, e Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r.<sup>40</sup>

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, zasada rzetelnego postępowania zezwala na takie wyprodukowanie decyzji podejmowanych w sferze praw człowieka chronionych przez konwencje, które uwzględniałyby zachowanie optimum pomiędzy wymogami sprawiedliwego i sprawnego postępowania. Trybunał Konstytucyjny podkreślał również, że jedną z zasad postępowania karnego jest zasada legalizmu rozumiana jako obowiązek ścigania przestępstw. Zasada legalizmu odnosi się nie tylko do wszczęcia postępowania, ale rozciąga się na całe postępowanie, a więc odnosi się również do jego kontynuacji. Zasada ta dotyczy zarówno oskarżyciela, jak i sądu, który nie jest związany nawet odstąpieniem oskarżyciela publicznego od wniesionego oskarżenia. Trybunał postępowania wobec nieobecnych, wprowadzony przez przepisy kodeksu karnego skarbowego, jest logiczną konsekwencją obowiązku ścigania w polskiej procedurze karnej zasady legalizmu. Trybunał Konstytucyjny dostrzegał, oczywiście, w postępowaniu wobec nieobecnych pewne ograniczenia zasad postępowania karnego. Ograniczenia te mają charakter czasowy i są uzależnione wyłącznie od woli sprawcy, który w momencie poddania się ocenie wymiaru sprawiedliwego uzyskuje możliwość powtórzenia procesu karnego skarbowego na zasadach ogólnych. Realizacja gwarancyjnych zasad procesowych, w zakresie trybu normowanego kwestionowanymi przepisami, pozostaje całkowicie w gestii podejrzanego (skazanego). W razie bowiem jego osobistego zgłoszenia się do dyspozycji sądu lub ujęcia skazanego doręczenia mu się odpis prawomocnego wyroku. Skazany ma wówczas prawo zakwestionować wyrok wydany w trybie postępowania wobec nieobecnych i wyrok ten traci moc z chwilą stawienia się skazanego na nowej – prowadzonej już na zasadach ogólnych – rozprawie.

Niezasadne było – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny – powołanie przepisów zarówno Konwencji Europejskiej jak i Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Oba te akty nie wykluczają bowiem postępowania *in absentia*. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dopuszcza

<sup>38</sup> Wyrok TK z dnia 9 lipca 2002 r., P 4/2001, OTK ZU-A 2002, Nr 4, poz. 52.

<sup>39</sup> Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, z 1995 r., Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r., Nr 147, poz. 962.

<sup>40</sup> Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.



takie postępowanie wobec nieobecnych. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że postępowanie *in absentia*, jako procedura stosowana w wyjątkowych przypadkach, występuje w szeregu demokratycznych porządków prawnych. Z uwagi na kształt tej instytucji w systemie prawa polskiego i zawarte w niej gwarancje praw nieobecnego oskarżonego, nie koliduje ona ani z zasadami demokratycznego państwa prawa, ani też z konstytucyjnymi prawami zapisanymi w ustawie zasadniczej w art. 42 i 45.

## 5. Przeciek przedmiotów w postępowaniu w stosunku do nieobecnych

Znamienne dla postępowania w stosunku do nieobecnych jest to, że orzeczenie co do kary, rodzaju karnego lub innego rodzaju może na ograniczyć do przecieku przedmiotów (art. 19 § 4 k.k.s.).

Charakter prawny instytucji przecieku przedmiotów może budzić wątpliwość. Za materialnoprawnym charakterem art. 19 § 4 k.k.s. przemawia okoliczność, że nie został umiejscowiony w tytule II k.k.s. regulującym postępowanie w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Gdyby bowiem ustawodawca zamierzał nadać art. 19 § 4 k.k.s. charakter procesowy, zlokalizowałby przepisy dotyczące przecieku przedmiotu w części procesowej kodeksu karnego skarbowego<sup>41</sup>.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy instytucja ograniczenia kary lub rodzaju karnego do przecieku przedmiotów jest jedną z podstaw odstąpienia od wymierzenia kary (art. 19 § 1 k.k.s.), czy też odrębnym od tej instytucji rodzajem reakcji karnej na przestępstwo i wykroczenie skarbowe. W tej kwestii w doktrynie zostały zaprezentowane, choć bez szerszego uzasadnienia, odmienne stanowiska. Twierdzi się, że w przepisie art. 19 § 4 k.k.s. sformułowana została dyrektywa szczególna upoważniająca sąd do odstąpienia od wymierzenia sprawcy kary i ograniczenia reakcji karnej wyłącznie do przecieku przedmiotów<sup>42</sup>.

W opozycji do tego poglądu wyrażono natomiast zapatrywanie, że przepis art. 19 § 4 k.k.s. normuje instytucję szczególną, niestanowiącą *stricto* odstąpienia od wymierzenia kary<sup>43</sup>. Sąd Najwyższy również uznał, że art. 226 u.k.s. jest

<sup>41</sup> P. Gensikowski, *Materialnoprawne zagadnienia ograniczenia orzeczenia co do kary w postępowaniu w stosunku do nieobecnych (art. 19 § 4 k.k.s.)*, Prok. i Pr. 2008, nr 5, s. 121–122; T. Razowski (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1116.

<sup>42</sup> V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne i wykonawcze*, Toruń 2005, s. 190; G. Skowronek, *Tryby szczególne...*, s. 74–75. Na gruncie art. 226 u.k.s. prezentowany był podobny pogląd, zgodnie z którym w przepisie tym uregulowany został *sui generis* wypadek odstąpienia od wymierzenia kary. Zob. Z. Siwik, *Odstąpienie od wymierzenia kary w prawie karnym skarbowym*, Pal. 1980, nr 10, s. 61.

<sup>43</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 162; L. Wilk (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 96; T. Razowski (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1116–1117.

samoistn podstaw prawn orzeczenia przepadku przedmiotów w stosunku do nieobecnych<sup>44</sup>.

Zagadnienie uznaje się za sporne w literaturze<sup>45</sup>. Podkreśla się, że ustawodawca umiejscowił przepis art. 19 § 4 k.k.s. w tej samej jednostce redakcyjnej, w której uregulował odstępienie od wymierzenia kary (art. 19 § 1–3 k.k.s.), co przemawiałoby za tym, że instytucja w nim uregulowana stanowi jedną z podstaw sądowego prawa darowania kary. Wątpliwość co do traktowania tej instytucji jako podstawy sądowego prawa darowania kary nasuwa się już w związku z wykładnią językową tego przepisu. Wiąże się to z tym, że ustawodawca w treści art. 19 § 4 k.k.s. nie użył sformułowania pozwalającego jednoznacznie uznać instytucję uregulowaną w tym przepisie za jedną z podstaw sądowego prawa darowania kary („odstępienie od wymierzenia kary”). Wiąże się z tym także znaczenie ma jednak okoliczność, że w przypadku obu instytucji nie można mówić o to samo ci konsekwencji prawnych wynikających z ich zastosowania. W postępowaniu w stosunku do nieobecnych sąd, na podstawie art. 19 § 4 k.k.s., orzeka wobec sprawcy przestępstwa lub wykroczenia skarbowego przepadek przedmiotów. Z podobnym rozstrzygnięciem co do kary można mieć także do czynienia w razie odstępienia od wymierzenia kary i orzeczenia rodka karnego (art. 19 § 1 k.k.s.). W przypadku sądowego prawa darowania kary możliwe jest jednak także odstępienie od wymierzenia kary niepołączone z orzeczeniem rodka karnego (art. 19 § 1 k.k.s.) lub odstępienie od wymierzenia kary i rodka karnego (art. 19 § 3 k.k.s.). Takie rozstrzygnięcia nie są natomiast dopuszczalne na podstawie art. 19 § 4 k.k.s.. Zwraca się uwagę, że jeżeli w związku z przestępstwem lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło uszczerpkowanie należności publicznoprawnej, sąd może odstąpić od wymierzenia kary tylko wtedy, gdy ta wymagalna należność została w całości uiszczona przed wydaniem wyroku (art. 19 § 3 k.k.s.). Uznaje się zatem instytucję uregulowaną w art. 19 § 4 k.k.s. za jedną z podstaw sądowego prawa darowania kary, należałoby konsekwentnie przyjąć, że w razie uszczerpkowania należności publicznoprawnej w związku z przestępstwem lub wykroczeniem skarbowym rozpatrywanym w postępowaniu w stosunku do nieobecnych przestępstw zastosowania tej instytucji jest uprzednio uiszczenie tej należności. Biorąc za pod uwagę warunki dopuszczalności postępowania w stosunku do nieobecnych, a więc przebywanie sprawcy za granicą czy też niemożność ustalenia jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju (art. 173 § 1 k.k.s.), należy uznać, że możliwość zastosowania art. 19 § 4 k.k.s. byłaby wówczas niemożliwa.

Faktem bezspornym jest to, że w postępowaniu w stosunku do nieobecnych ograniczenie orzeczenia co do kary do przepadku przedmiotów ma charakter fakultatywny. Z wykładni językowej art. 19 § 4 k.k.s. („sąd może”) wynika bowiem, że sąd nie jest zobowiązany do zastosowania analizowanej instytucji. Aktualizuje

<sup>44</sup> Wyrok SN z dnia 22 sierpnia 1978 r., VI KRN 200/78, niepubl.

<sup>45</sup> P. Gensikowski, *Materialnoprawne zagadnienia...*, s. 122–123.

si zatem pytanie, jakie przesłanki przemawiają za takim rozstrzygnięciem co do kary w wyroku skazującym wydanym w analizowanym trybie szczególnym procesu karnego skarbowego.

W tym względzie na gruncie art. 226 u.k.s. wyrażono zapatrywanie, że ograniczenie reakcji karnej wobec sprawcy przestępstwa lub wykroczenia skarbowego do przypadku przedmiotów jest celowe w sytuacji, gdy nie ma w kraju żadnego mienia poza przedmiotami, które mu w toku postępowania odebrano lub zajęto jako przedmioty czynu zabronionego, a bezcelowe wówczas, gdy posiada on w kraju inne mienie, do którego można skierować egzekucję kary grzywny<sup>46</sup>. Podobny pogląd zaprezentowany jest obecnie<sup>47</sup>. Twierdzi się, że w art. 19 § 4 k.k.s. ustawa, ze względów czysto pragmatycznych, pozwala sądowi na wydanie wyroku ograniczającego się wyłącznie do orzeczenia przypadku przedmiotów zabezpieczonych w sprawie, gdy z góry wiadomo, że orzeczenie jakichkolwiek kar, czy innych rodzajów karnych będzie z powodu nieuchwytności skazanego sprawcy i tak niewykonalne.

Wskazuje się stanowisko uzależniające poprzestanie na orzeczeniu przypadku przedmiotów na podstawie art. 19 § 4 k.k.s. wyłącznie od tego, czy sprawca przestępstwa lub wykroczenia skarbowego posiada w kraju inne, poza zabezpieczonymi, przedmioty nie można jednak się zgodzić. Niewątpliwie określając przesłanki zastosowania instytucji uregulowanej w tym przepisie należy wziąć pod uwagę specyfikę analizowanego trybu szczególnego procesu karnego skarbowego. Nie wydaje się jednak, aby z tego względu poprzestanie na orzeczeniu przypadku przedmiotów na podstawie art. 19 § 4 k.k.s. miało być zupełnie niezależne od respektowania zasad przewidzianych w art. 12 § 2 k.k.s. oraz art. 13 § 1 k.k.s. Podkreśla się, że dyspozycje tych przepisów obejmują – jednakże – dyrektywy oraz okoliczności brane pod uwagę nie tylko przy wymiarze kary czy orzeczeniu rodzaju karnego, lecz także przy stosowaniu „innego rodzaju”. Jakkolwiek zakres przedmiotowy tego pojęcia nie jest zupełnie jasny, wydaje się jednak, że przez „inne rodzaje” w rozumieniu art. 12 § 2 i 13 § 1 k.k.s. należy rozumieć rodzaje reakcji karnej na przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, które nie zostały wymienione w art. 22 § 1 i 2 k.k.s. czy art. 47 § 1 i 2 k.k.s. Z jednym z takich rodzajów mamy natomiast do czynienia w art. 19 § 4 k.k.s. Instytucja uregulowana w tym przepisie może być bowiem zastosowana jedynie wobec osób, których sprawstwo i wina w popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia skarbowego nie budzą wątpliwości<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Z. Siwik, *Postępowanie w stosunku do nieobecnych w sprawach karnych skarbowych*, Pał. 1978, nr 11–12, s. 53; J. Bafia, J. Białobrzeski, Czerlunczakiewicz, L. Hochberg, J. Kowalski, M. Kulesza, K. Sosnowski, Z. Szpakowski, I. Miatanka, J. Wiśniewski, *Ustawa karna skarbową z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 437–438; F. Prusak, *Ustawa karna skarbową z uzasadnieniem*, Warszawa 1995, s. 393.

<sup>47</sup> V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe...*, s. 190–191; J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I. Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, Warszawa 2000, s. 49; F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. I, Kraków 2006, s. 301–302.

<sup>48</sup> P. Gensikowski, *Materialnoprawne zagadnienia...*, s. 124.

Uznaje się, że ze względu na powyższe poprzestanie na orzeczeniu przypadku przedmiotów w wyroku skazującym wydanym w postępowaniu w stosunku do nieobecnych można uznać za uzasadnione tylko wtedy, gdy rozstrzygnięcie tego nie budzi sprzeciwiały się dyrektywy i okoliczności wymienione w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. Z całą pewnością dotyczy to sytuacji, gdy sprawca przestępstwa lub wykroczenia skarbowego nie posiada w kraju innych, poza zabezpieczonymi, przedmiotów. Należy jednak przyjąć, że poprzestanie na orzeczeniu przypadku przedmiotów na podstawie art. 19 § 4 k.k.s. może tak nie wchodzić w grę wówczas, gdy sprawca posiada w kraju inne przedmioty, jeżeli za takim rozstrzygnięciem budzi przemawiały dyrektywy i okoliczności określone w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s.<sup>49</sup>.

Nie wydaje się natomiast, co podkreśla się w piśmiennictwie, aby instytucja uregulowana w art. 19 § 4 k.k.s. mogła mieć zastosowanie, jeżeli sprzeciwia się temu budzi dyrektywy i okoliczności określone w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. Z całą pewnością taka sytuacja ma miejsce wówczas, gdy sprawca posiadający w kraju inne niż zabezpieczone przedmioty, był np. uprzednio karany za przestępstwo lub wykroczenie skarbowe albo powszechne. Należy jednak przyjąć, że zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. byłoby nieuzasadnione także wówczas, gdy sprawca, który poprzednio popełnił przestępstwo lub wykroczenie skarbowe albo powszechne, nie posiada w kraju innych przedmiotów. Nie sposób bowiem w tym przypadku uznać, że poprzestanie na orzeczeniu przypadku przedmiotów stanowiłoby wystarczającą reakcję karną na popełnione przez tego sprawcę przestępstwo lub wykroczenie skarbowe<sup>50</sup>.

Uznaje się, iż zastosowaniu instytucji z art. 19 § 4 k.k.s. powinna z całą pewnością towarzyszyć analiza okoliczności z art. 12 i 13 k.k.s.<sup>51</sup>.

W zakresie rozważań dotyczących konstrukcji normatywnej instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. można zadać pytanie, czy się stosując art. 19 § 4 k.k.s., może w miejsce przypadku przedmiotów orzec inny rodzaj karny. Wydaje się, że może to także należeć do wykluczenia. W treści art. 19 § 4 k.k.s. ustawodawca w sposób jednoznaczny uregulował, że rodzajem karnym możliwym do orzeczenia w ramach analizowanej instytucji jest wypadek przedmiotów. Należy zatem przyjąć, że w ramach instytucji przewidzianej w tym przepisie niedopuszczalne jest orzeczenie innego rodzaju karnego wymienionego w art. 22 § 2 pkt 3–7 k.k.s. czy art. 47 § 2 pkt 3 k.k.s.

Stosownie do dyspozycji art. 30 § 1 k.k.s. i art. 49 § 1 k.k.s. się może orzec wypadek przedmiotów tylko w wypadkach przewidzianych w kodeksie. Nasuwa się zatem pytanie, czy instytucja przypadku przedmiotów stanowi jeden z wypadków, o których mowa w przytoczonych przepisach. Zagadnienie to ma niebaga-

<sup>49</sup> Ibidem, s. 124–125.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 125.

<sup>51</sup> T. Razowski (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1117.

telne znaczenie. W razie udzielenia na postawione pytanie odpowiedzi pozytywnej zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 19 § 4 k.k.s. wchodzi w grę w przypadku ka dego przest pstwa lub wykroczenia skarbowego. Odmienne ustalenie przez dzi natomiast, e przesłank orzeczenia przepadku przedmiotów w ramach analizowanej instytucji jest okoliczno , aby ustawodawca przewidział mo liwo orzeczenia tego rodka karnego za przest pstwo (art. 30 § 2–5 k.k.s.) lub wykroczenie skarbowe (art. 49 § 2–5 k.k.s.). W tej kwestii w doktrynie podkre la si , e orzeczenie przepadku przedmiotów w wyroku skazuj cym wydanym w post powaniu w stosunku do nieobecnych mo liwe jest tylko wówczas, gdy rodek ten jest przewidziany za dany czyn zabroniony<sup>52</sup>. Odmienny pogl d został natomiast zaprezentowany w judykaturze. S d Najwyszy uznał, e art. 226 u.k.s. jest samoistn podstaw prawn orzeczenia przepadku przedmiotów przest pstwa w post powaniu w stosunku do oskar onego stale przebywaj cego za granic <sup>53</sup>.

W literaturze wskazuje si , e w tre ci art. 19 § 4 k.k.s. brak jest *expressis verbis* zastrze enia ograniczaj cego orzeczenie przepadku przedmiotów do wymienionych przest pstw lub wykrocze skarbowych. Bez wzgl dne respektowanie wymagania, aby zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. wchodziło w grę tylko wtedy, gdy orzeczenie przepadku przedmiotów jest mo liwe w wietle art. 30 § 2–5 k.k.s. czy art. 49 § 2–5 k.k.s., mo e tak e prowadzi do nast pstw, których nie sposób zaakceptowa . P. Gensikowski za przykład przedstawia sytuacj , gdy post powanie w stosunku do nieobecnych toczy si wobec sprawcy przest pstwa skarbowego, który w kraju nie posiada przedmiotów innych ni zabezpieczone, a dyrektywy i okoliczno ci okrelone w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. nie sprzeciwiaj si poprzestaniu na orzeczeniu wobec niego przepadku przedmiotów. Nie sposób zaakceptowa , aby w tej sytuacji instytucja uregulowana w art. 19 § 4 k.k.s. nie mogła znale zastosowania z tego wzgl du, e sprawca popełnił przest pstwo skarbowe, w przypadku którego orzeczenie przepadku przedmiotów nie jest mo liwe w wietle art. 30 § 2–5 k.k.s.<sup>54</sup>.

Naley rozwa y tak e, czy stosuj c instytucj uregulowan przepadku przedmiotów s d mo e odst pi od orzeczenia przepadku przedmiotów. Wydaje si , e tak ewentualno nale y wykluczy . Mo liwo odst pienia od orzeczenia rodka karnego ustawodawca zwi ał jedynie z odst pieniem od wymierzenia kary (art. 19 § 3 *in principio* k.k.s.), a z powy szych rozwa a wynika, e instytucja uregulowana w art. 19 § 4 k.k.s. nie jest jedn z podstaw s dowego prawa darowania kary, lecz odr bnym rodzkiem reakcji karnej na przest pstwo lub wykroczenie

<sup>52</sup> V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe...*, s. 191; T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 162; J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego...*, s. 49; S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, s. 119 i 456. Tak te na gruncie przepisów u.k.s. Z. Siwik, *Postępowanie w stosunku do nieobecnych...*, s. 53; F. Prusak, *Ustawa karna skarbowa z uzasadnieniem*, s. 393.

<sup>53</sup> Zob. wyrok SN cyt. w przyp. 44.

<sup>54</sup> P. Gensikowski, *Materialnoprawne zagadnienia...*, s. 126–127.

skarbowe. Nie wydaje się tak, aby unormowanie przewidziane w art. 19 § 3 *in principio* k.k.s. mogło mieć zastosowanie *per analogiam* w przypadku instytucji przewidzianej w art. 19 § 4 k.k.s.

Bez odpowiedzi nie można pozostawić zagadnienia, czy sąd w ramach analizowanej instytucji jest zobowiązany poprzestać na orzeczeniu przepadku przedmiotów, czy też może zastosować wobec sprawcy także inne rodzki karne wymienione w art. 22 § 2 pkt. 3–7 k.k.s. czy art. 47 § 2 pkt 3 k.k.s. W tej kwestii Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że istnieje możliwość orzeczenia kary dodatkowej określonej w art. 83 § 3 pkt 1 u.k.s. w postaci konfiskaty rzeczy mienia znajdującego się w Polsce względem oskarżonego stale przebywającego za granicą, gdy ograniczono orzeczenie co do kary do przepadku przedmiotu przestępstwa na podstawie art. 226 u.k.s. w zw. z art. 16 § 1 u.k.s.<sup>55</sup> W uzasadnieniu tego stanowiska Sąd Najwyższy odwołał się w pierwszej kolejności do przyczyn, z powodu których ustawodawca umożliwił w art. 226 u.k.s. odstąpienie od obowiązków orzekania kar zasadniczych. Podkreślono zatem, że możliwość przewidziana w art. 226 u.k.s. została ustanowiona celem zapobieżenia orzekaniu kar, których wykonanie nie byłoby możliwe, a tym samym nie byłoby stanowić dolegliwości dla stale przebywającego za granicą sprawcy. W tym kontekście – jak wywodził Sąd Najwyższy – brak przeszkód dla orzeczenia wobec sprawcy stale przebywającego za granicą konfiskaty mienia, gdy kara ta jest dla niego realnie i odczuwalnie dolegliwa. Pogląd, że w wyroku skazującym wydanym w postępowaniu w stosunku do nieobecnych sąd jest władny orzec, oprócz przepadku przedmiotów na podstawie art. 226 u.k.s., kar konfiskaty mienia, znajdował także uzasadnienie – w ocenie Sądu Najwyższego – w tym, że w hierarchii kar dodatkowych przepadek przedmiotu przestępstwa znajdował się niżej od konfiskaty mienia sprawcy, stąd też w tych warunkach ta ostatnia kara dodatkowa stanowi dla niego niewątpliwie większą dolegliwość.

Przytoczona argumentacja posłużyła Sądowi Najwyższemu do wyrażenia na gruncie przepisów u.k.s. poglądu o możliwości orzeczenia w ramach analizowanej instytucji – oprócz przepadku przedmiotów – kary konfiskaty mienia. W aktualnym stanie prawnym katalog określony w art. 22 § 2 pkt 2–7 k.k.s. oraz art. 47 § 2 pkt 2–3 k.k.s. nie obejmuje już tego rodzaju rodzaju karnego. W pozostałej jednak części zaprezentowana argumentacja nie zdezaktualizowała się w świetle przepisów k.k.s., stanowi więc uzasadnienie możliwości orzeczenia w ramach instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. przepadku przedmiotów oraz innego rodzaju karnego określonego w art. 22 § 2 pkt 3–7 k.k.s. oraz art. 47 § 2 pkt 3 k.k.s.

Z punktu widzenia reguły wykładni językowej orzeczenie – według P. Gensikowskiego – w ramach instytucji uregulowanej w tym przepisie winno być jednym rodzkiem karnym budzącym powagę w tympliwości. Winno być one w pierwszej kolejności użyte przez ustawodawcę w treści art. 19 § 4 k.k.s. czasownika „ograniczy”.

<sup>55</sup> Zob. wyrok SN cyt. w przyp. 44.

W języku polskim sformułowanie to oznacza spowodowanie zmniejszenia czegoś, a za jego synonim uważa się czasowniki „zredukować” oraz „uszczuplić”<sup>56</sup>. Niedopuszczalność orzeczenia w ramach instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. w tej kwestii jednego rodzaju karnego potwierdza także wyrażone określenie w treści tego przepisu rodzaju karnego, który może mieć zastosowanie wobec sprawcy („przepadki przedmiotów”). Postulacie przez ustawodawcę sformułowaniem odpowiadającym legalnej nazwie jednego z rodzajów karnych przemawia bowiem za tym, że w ramach analizowanej instytucji niemożliwe jest orzeczenie jakiegokolwiek innego rodzaju z wymienionych w katalogu określonych w art. 22 § 2 pkt 3–7 k.k.s. oraz art. 47 § 2 pkt 3 k.k.s.<sup>57</sup>. Nie sposób odmówić racji temu stanowisku.

Można by postawić pytanie, kiedy w takiej sytuacji sąd powinien zastosować wobec sprawcy instytucję ograniczenia w postępowaniu w stosunku do nieobecnych orzeczenia co do kary, rodzaju karnego lub innego rodzaju do przypadku przedmiotów, a kiedy uzasadnione byłoby stosowanie prawa darowania kary. W odróżnieniu od poprzestania na orzeczeniu przypadku przedmiotów na podstawie art. 19 § 4 k.k.s., przesłanką odstąpienia od wymierzenia kary jest uiszczenie należności publicznoprawnej, jeżeli w związku z przestępstwem lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło jej uszczuplenie (*arg. ex art. 19 § 3 k.k.s.*). W związku z tym analizowane zagadnienie należy ograniczyć do tych przestępstw lub wykroczeń skarbowych, w związku z którymi nie nastąpiło uszczuplenie należności publicznoprawnej.

Koniecznym następstwem prawnym zastosowania instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. jest orzeczenie przypadku przedmiotów. Jeżeli zatem w ocenie sądu dyrektywy i okoliczności przewidziane w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. przemawiają za tym, aby wobec sprawcy nie został orzeczony ten rodzaj karny, to w tej sytuacji zastosowanie powinno znaleźć się stosowanie prawa darowania kary. W ramach tej instytucji dopuszczalne jest bowiem odstąpienie od wymierzenia kary i rodzaju karnego (art. 19 § 3 k.k.s.). Bardziej problematyczna jest natomiast sytuacja, gdy w ocenie sądu dyrektywy i okoliczności przewidziane w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. przemawiają za tym, aby wobec sprawcy nie została orzeczona kara, a jedynym rodzajem reakcji karnej na popełnione przez niego przestępstwo lub wykroczenie skarbowe był przypadek przedmiotów. Nie ulega w wątpliwość, że w tym przypadku konsekwencje prawne wynikające z zastosowania instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s. i odstąpienia od wymierzenia kary przewidzianego w art. 19 § 1 k.k.s. są to same. Wydaje się, że okoliczności ta nie sprzeciwia się jednak, aby także w tej sytuacji zastosowanie miała druga z wymienionych instytucji. Nie można zapominać, że sąd może odstąpić od wymierzenia oskarżonemu kary tylko wówczas, gdy sprawca spełni przesłanki przewidziane w podsta-

<sup>56</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1992, s. 495.

<sup>57</sup> P. Gensikowski, *Materiałnoprawne zagadnienia...*, s. 128–129.

wie szczególnej tej instytucji, a nadto rozstrzygnięcia takie będą uzasadnione w świetle dyrektyw i okoliczności wymienionych w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. Przykładowo sąd może zatem zastosować sądowe prawo darowania kary jako klauzulę generalną (art. 19 § 1 pkt 1 k.k.s.), jeżeli stopień społecznej szkodliwości popełnionego przez sprawcę przestępstwa nie jest znaczny, a poprzestanie na orzeczeniu wobec niego rodzaju karnego spełni cele określone w art. 12 § 2 k.k.s. Tym samym, w odróżnieniu od instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s., odwołanie się do dyrektyw i okoliczności wymienionych w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. nie jest wystarczającą przesłanką odstąpienia od wymierzenia kary. Z tego też względu w sytuacji, gdy sprawca spełni przesłanki przewidziane w podstawie szczególnej sądowego prawa darowania kary, a nadto takie rozstrzygnięcia będą uzasadnione w świetle przesłanek określonych w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s., wówczas sąd powinien rozważyć zastosowanie właśnie tej instytucji. Inaczej będzie natomiast, gdy sprawca nie spełni szczególnych przesłanek umożliwiających odstąpienie od wymierzenia kary, a mimo to poprzestanie na orzeczeniu przepadku przedmiotów wobec sprawcy będzie uzasadnione w świetle dyrektyw i okoliczności wymienionych w art. 12 § 2 i art. 13 § 1 k.k.s. W tej sytuacji należy rozważyć zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 19 § 4 k.k.s.<sup>58</sup>.

## STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono problematykę związaną z postępowaniem w stosunku do nieobecnych w procesie karnym skarbowym. Dokonano prezentacji tego trybu postępowania pod kątem jego przydatności w sprawach karnych skarbowych oraz zagadnień związanych z jego przebiegiem. Zostały również omówione kwestie dotyczące konstytucyjności przepisów o tym postępowaniu oraz możliwości orzekania przez sąd przepadku przedmiotów.

Możliwość orzeczenia przez sąd w postępowaniu w stosunku do nieobecnych przepadku przedmiotów skłoniła do poruszenia materii związanych z charakterem prawnym przepadku przedmiotów. Na tym tle zaprezentowano wiele istniejących w doktrynie i judykaturze wątpliwości interpretacyjnych co do tego, czy wskazana instytucja potraktowana jako jedna z podstaw sądowego darowania kary. Poddano analizie również kwestię orzekania obok przepadku przedmiotów innego rodzaju karnego. Na podstawie poglądów prezentowanych w piśmiennictwie w końcowej części opracowania sformułowano podstawy orzekania przepadku przedmiotów oraz odstąpienia od wymierzenia kary.

---

<sup>58</sup> Ibidem, s. 129–131.



**SUMMARY**

The article presents issues relating to the proceeding against a person absent from a fiscal penal trial. This proceeding mode and issues connected with its course are presented from the point of view of its usefulness in fiscal penal cases. The author also discusses matters related to the constitutionality of the provisions on this proceeding and a court's ability to decree the forfeiture of implements of crime.

As it was pointed out, the mode towards absent persons enables a proceeding against perpetrators in case of their absence from the country. Taking into account the character of fiscal penal cases, the mode has a broad applicability in this category of cases.

The construction of the provisions relating to absent persons, as the legislator assumed, is completely based on solutions adapted in the fiscal penal code. Adequate provisions of the fiscal penal code define the conditions and the course of this proceeding. Showing the specific character of the proceeding, the author discusses its unique features, such as e.g. a convict's entitlement to a special means of appeal called quasi-objection.

Another issue discussed in the article is the conformity of provisions on dealing with absent persons with the Constitution of the Republic of Poland and international legal acts. In order to highlight this issue, the author interprets the sentence of the Constitutional Tribunal.

The court's ability to decree a forfeiture of the implements of crime in the proceeding against an absent person made the author discuss the matters connected with the legal character of a forfeiture of the implements of crime. From this perspective the author presents a range of interpretational doubts existing in the doctrine and judicial decisions whether the suggested institution should be treated as one of the reasons for a judicial remission of a penalty. Apart from a forfeiture of the implements of crime, the issue of deciding about another penalty is discussed. Based on the opinions presented in the literature, the final part of the work defines the basis for deciding about a forfeiture of the implements of crime and a renouncement of inflicting a punishment.

## CZESŁAW PAWEŁ KŁAK

ROZPATRZENIE SPRAWY BEZ NIEUZASADNIONEJ  
ZWŁOKI I SKARGA NA PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA  
ZAGADNIENIA WYBRANE**1. Pojęcie rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki**

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. nie definiuje legalnie pojęcia „rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki” ani też nie wskazuje żadnych kryteriów pozwalających na ocenę, czy w danym postępowaniu nie doszło do przewlekłości, co nie może budzić wątpliwości, albowiem trudno byłoby oczekiwać zdefiniowania i sprecyzowania normy o takim stopniu ogólności, a poza tym ujętej w akcie normatywnym o najwyższej mocy prawnej (art. 8 ust. 1 Konstytucji).

Takie inne konstytucje państw europejskich, które posługują się tym pojęciem lub też wymagają „rozdawnego terminu” postępowania albo oszczędzenia, lub rozpoznania sprawy „bez zbędnej zwłoki”, nie definiują w żadnej mierze, co należy pod tymi sformułowaniami rozumieć (np. art. 23 Konstytucji Słowenii<sup>1</sup>; art. 20 ust. 4 Konstytucji Portugalii<sup>2</sup>; § 57 ust. 5 Konstytucji Węgier<sup>3</sup>; art. 12 Konstytucji Republiki Macedonii<sup>4</sup>; § 9 Konstytucji Szwecji<sup>5</sup>; art. 21 Konstytucji Finlandii<sup>6</sup>; art. 70 Konstytucji Islandii<sup>7</sup>; art. 15 ust. 3 Konstytucji Holandii<sup>8</sup>; art. 29 ust. 1 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej<sup>9</sup> czy też art. 31 ust. 2 Konstytucji Kosowa<sup>10</sup>).

<sup>1</sup> *Konstytucja Słowenii*, tłumaczenie i wstęp p. P. Winczorek, Warszawa 1994, s. 23.

<sup>2</sup> *Konstytucja Republiki Portugalskiej*, tłumaczenie A. Wojtyczek-Bonnand, wstęp p. J. Miranda, P. Kownacki, Warszawa 2000, s. 45.

<sup>3</sup> *Konstytucja Republiki Węgierskiej*, tłumaczenie H. Donath, wstęp p. W. Brodzinski, Warszawa 2002, s. 70.

<sup>4</sup> *Konstytucja Republiki Macedonii*, tłumaczenie T. Wójcik, wstęp p. J. Jackowicz, Warszawa 1999, s. 22.

<sup>5</sup> *Konstytucja Królestwa Szwecji*, tłumaczenie K. Dembicki, M. Grzybowiski, wstęp p. M. Grzybowiski, Warszawa 2000, s. 27.

<sup>6</sup> *Konstytucja Finlandii*, wstęp i tłumaczenie S. Sagan, V. Serzhanova, Rzeszów 2003, s. 56.

<sup>7</sup> *Konstytucja Republiki Islandii*, wstęp i tłumaczenie S. Sagan, Rzeszów 2006, s. 53.

<sup>8</sup> *Konstytucja Królestwa Holandii*, tłumaczenie i wstęp p. A. Głowacki, Warszawa 2003, s. 36.

<sup>9</sup> *Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej*, tłumaczenie i wstęp p. Z. Czeszejko-Sochacki, Warszawa 2000, s. 48.

<sup>10</sup> *Konstytucja Republiki Kosowa*, wstęp i tłumaczenie K. Nowak, Warszawa 2010, s. 67.

Równie Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności takiej legalnej definicji nie zawiera ani też nie wskazuje kryteriów, które należy wziąć pod uwagę w procesie oceny, czy doszło do przewlekłości. Takie kryteria sformułowano w bogatym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>11</sup>, jednocześnie nie zaznaczając, że konwencja podkreśla znaczenie wymierzania sprawiedliwości bez opóźnień, które mogą zagrozić jej efektywności i wiarygodności<sup>12</sup>.

Podobnie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, który w art. 14 ust. 3 lit. c), gwarantując każdej osobie oskarżonej o popełnienie przestępstwa prawo do rozprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, nie definiuje legalnie tego pojęcia ani też nie formułuje kryteriów oceny odnośnie do realizacji tego prawa. W orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka w Genewie możemy odnaleźć przykłady wskazujące, że również i w tym przypadku sformułowano kryteria służące do oceny, czy doszło do przewlekłości postępowania<sup>13</sup>.

Ustawy posługujące się terminami rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” oraz w „rozsądnym terminie” także nie definiują tych pojęć.

Tytułem przykładu należy wskazać na art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., który stanowi, że rozstrzygnięcie sprawy powinno nastąpić w rozsądnym terminie, a zatem bez zbędnej zwłoki<sup>14</sup>, nie precyzuje jednak, jak należy rozumieć ten wymóg, czy też, w jaki sposób należy dążyć do realizacji wskazanego obowiązku. Przepis ten wyraża w istocie cel, do którego należy dążyć<sup>15</sup>, nie określa jednak, jak należy to czynić, a przez to, jakie zachowanie jest sprzeczne z jego dyspozycją.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpatrzenia sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora oraz w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki<sup>16</sup> także nie definiuje legalnie pojęcia rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), wskazuje natomiast, kiedy dochodzi do naruszenia tego prawa, jeżeli postępowanie trwa dłużej niż to konieczne do wyjaśnienia tych okoliczności faktycznych i prawnych, które są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy albo dłużej niż to konieczne do załatwienia sprawy egzekucyjnej, lub innej dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego (art. 2 ust. 1).

Z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. można zatem wywnioskować, że rozpatrzenie sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”)

<sup>11</sup> Wyrok ETPC z 15 lipca 2005 r. w sprawie *Çaplik v. Turcja*, nr skargi 57019/00, publikacja na stronie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); wyrok ETPC z 14 lutego 2006 r. w sprawie *Havliková v. Czechy*, nr skargi 28009/03, LEX nr 172001.

<sup>12</sup> Wyrok ETPC z 24 października 1989 r. w sprawie *H. v. Francja*, nr skargi 10073/82, LEX nr 81081.

<sup>13</sup> *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, (red.) R. Wieruszewski, A. Gliczyska i K. S. Kowska-Kozłowska, Warszawa 2009, s. 151–156.

<sup>14</sup> Z. Gostyński, *Zasada szybkości w nowym Kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Zakamycze 1998, s. 374.

<sup>15</sup> D. Wysocki, *Przewlekłość procesu karnego*, Zakamycze 2001, s. 17.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2004 r., Nr 179, poz. 1843 z późn. zm.

ma miejsce w sytuacji, gdy postępowanie w danej sprawie nie trwa nieadekwatnie długo, przy czym ustawa precyzuje, co należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy doszło do przewlekłości postępowania (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Czas postępowania ma być więc uzasadniony w świetle okoliczności faktycznych i prawnych rozstrzyganych w danej sprawie, ocena dokonywana jest więc indywidualnie.

W orzecznictwie nie sformułowano definicji rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”). Wskazano jedynie na przykłady zachowań, które owe prawo naruszają (np. brak koncentracji czynności procesowych<sup>17</sup>), czy też obowin zki organu procesowego, których realizacji służyć ma urzeczywistnieniu tego prawa (np. zapewnienie środków odpowiednich do szybkiego rozpoznania sprawy<sup>18</sup>, niezwłoczne wykonanie wyroku<sup>19</sup>).

Poszczególne ustawy procesowe przewidują rozwiązanie sprawy ce realizacji prawa do rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”).

Tytułem przykładu należy wskazać m.in. art. 366 § 2 k.p.k., który stanowi, że przewodniczący powinien dążyć, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej, co oznacza, że przepis ten jest wyrazem zasady szybkości procesu<sup>20</sup>, czy też art. 348 k.p.k., z którego wynika, że rozprawy należy wyznaczyć i przeprowadzić bez nieuzasadnionej zwłoki. Takie ten przepis jest wyrazem zasady szybkości procesu, służącej realizacji prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”)<sup>21</sup>. Zobowiązanie wynikające z tego przepisu wypełnia więc międzynarodowy standard w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego<sup>22</sup>.

Art. 6 k.p.c.<sup>23</sup> zobowiązuje sąd do przeciwdziałania przewlekaniu postępowania i dążenia do tego, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, jeżeli jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy. Przeciwdziałanie przewlekaniu postępowania wymaga zarówno własnego przeprowadzenia samej rozprawy i własnego jej kierownictwa, jak też dążenia do eliminowania zbędnych działań, w tym zbyt pochopnego odraczania rozprawy, zbyt długich przerw między poszczególnymi posiedzeniami sądu wyznaczanymi podczas toczącego się postępowania<sup>24</sup>. Pomiędzy jednak należy, że szybkość postępowania nie może wpływać niekorzystnie na wyjaśnienie sprawy, nie może natomiast preferować szyb-

<sup>17</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 3 stycznia 2002 r., II AKz 432/01, KZS 2002, nr 1, poz. 21.

<sup>18</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 21 kwietnia 1999 r., II AKo 9/99, KZS 1999, nr 4, poz. 72.

<sup>19</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 28 lutego 2002 r., II AKz 47/02, KZS 2002, nr 2, poz. 43.

<sup>20</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 788.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 771; P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, s. 339.

<sup>22</sup> P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *op. cit.*, t. I, s. 339.

<sup>23</sup> Dz.U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

<sup>24</sup> M. J. Drzejewska (w.): T. Ereciński, J. Gudowski, M. J. Drzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2003, s. 80; wyrok SN z 7 lutego 2000 r., I CKN 321/98, OSNC 2000, nr 10, poz. 178.

ko ci post powania kosztem wła ciwego rozpatrzenia sprawy. S d nie mo e wi c np. pomija dowodów wskazanych przez stron na okoliczno , e okre lony fakt miał miejsce, przyjmuj c jego nieistnienie jako podstaw rozstrzygni cia<sup>25</sup>.

Z art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o post powaniu przed s dami administracyjnymi<sup>26</sup> wynika, e s d administracyjny jest zobowi zany podejmowa czynno ci zmierzaj ce do szybkiego załatwienia sprawy i d y do jej rozstrzygni cia na pierwszym posiedzeniu.

Niew tpliwie zarówno art. 6 k.p.c., jak i art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o post powaniu przed s dami administracyjnymi wyra aj zasad szybko ci post powania, jak równie koncentracji materiału procesowego, co nie budzi w tpliwo ci w doktrynie<sup>27</sup>.

Warto równie wskaza , w doktrynie nie budzi w tpliwo ci, e art. 6 k.p.c. nale y powi za ze skarg na przewlekło post powania, która jest instrumentem słu cym wymuszeniu sprawno ci post powania<sup>28</sup>.

W orzecznictwie za przyjmuje si , e na stra y zasady szybko ci post powania, wyra onej w art. 6 k.p.c., stoi wła nie skarga na przewlekło , okre lana mianem specjalnego instrumentu prawnego słu cego realizacji prawa do „rozs dnego terminu” post powania<sup>29</sup>.

Te same tezy mo na równie sformułowa na gruncie art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o post powaniu przed s dami administracyjnymi, albowiem tre tego przepisu jest wyra nie inspirowana rozwi zaniem przyj tym w art. 6 k.p.c.

Nale y podkre li , e zarówno art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., jak równie art. 6 k.p.c. i art. 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o post powaniu przed s dami administracyjnymi słu realizacji prawa do rozpatrzenia sprawy w „rozs dnym terminie” („bez nieuzasadnionej zwłoki”).

Rozwa enia wymaga ustalenie pocz tku i ko ca biegu „rozs dnego terminu” post powania, tj. ustalenie, od jakiego i do jakiego momentu post powanie obj te jest t gwarancj . Jest to istotne, gdy ustalenie momentu pocz tkowego i ko cowego wyznacza granice czasowe oceny dokonywanej w przedmiocie przewlekło ci post powania.

Orzecznictwo strasburskie jest w tej kwestii niejednolite<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Wyrok SN z 26 wrze nia 1966 r., II CR 314/66, OSNCP 1967, nr 2, poz. 39.

<sup>26</sup> Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 z pó n. zm.

<sup>27</sup> P. Górecki, S. Stachowiak, P. Willi ski, *Skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego i sądownego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 28–29; M. Roma ska (w:) T. Wo , H. Knysiak-Kolczyk, M. Roma ska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 108–109; K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, (red.) K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 88.

<sup>28</sup> K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 93.

<sup>29</sup> Wyrok SN z 25 lutego 2010 r., I CSK 194/08, LEX nr 583721.

<sup>30</sup> P. Hofma ski, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toru 1995, s. 233–234; M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 1, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, s. 30, 47.

Z orzecznictwa tego wynika, że momentem, od którego następuje, co do zasady, ocena, czy postępowanie prowadzone było w „rozdawnym terminie”, jest chwila<sup>31</sup>:

- w której osoba podejrzana zaczyna odczuwać reperkusje toczącego się postępowania (np. data zatrzymania, przeszukania),
- w której poinformowano tę osobę oficjalnie o zarzucanym jej przestępstwie (data pierwszego przesłuchania – formalnego przedstawienia zarzutów),
- gdy dana osoba dowiedziała się o wdrowaniu przeciw niej postępowania przygotowawczego (np. oficjalne poinformowanie o wszczęciu śledztwa),
- wdrowanie śledztwa przeciwko określonej osobie.

Przenosząc te założenia na grunt polskiego procesu karnego, uznajemy, że orzecznictwo Strasburskie przyjmuje, że momentem początkowym istotnym z punktu widzenia art. 6 ust. 1 konwencji dla określenia rozpoczęcia „rozdawnego terminu” jest etap procesu, w którym w myśl naszego kodeksu postępowania karnego można mówić o podjęciu czynności, wobec co najmniej osoby podejrzanej<sup>32</sup>.

Tym samym termin dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy zaczyna biec, w myśl kryteriów Strasburskich, już po wszczęciu postępowania w rozumieniu kodeksu postępowania karnego<sup>33</sup>. Momentem końcowym jest zaś, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, ostateczne orzeczenie w sprawie (jeżeli chodzi o proces karny – ostateczne rozstrzygnięcie o „oskarżeniu w sprawie karnej”), obejmuje więc także procedurę odwoławczą<sup>34</sup>. Jak wskazał Europejski Trybunał Praw Człowieka w decyzji z dnia 23 marca 1999 r. w sprawie *Jaworowski v. Polska*, nr skargi 30214/96<sup>35</sup>, państwo jest zobowiązane zapewnić także w postępowaniu odwoławczym, by osoba ponosząca odpowiedzialność mogła korzystać z fundamentalnych gwarancji, zawartych w art. 6 konwencji. W innej decyzji z dnia 17 stycznia 1997 r. w sprawie *Buda v. Polska*, nr skargi 26171/95<sup>36</sup>, Trybunał uznał, że prawo do rzetelnego procesu rozciąga się także na postępowanie odwoławcze. W decyzji z dnia 11 grudnia 1990 r. w sprawie *Phillis v. Grecja*, nr skargi 16598/90<sup>37</sup> Trybunał stwierdził, że wymogi zawarte w art. 6 konwencji muszą być przestrzegane w postępowaniu odwoławczym.

<sup>31</sup> P. Hofmański, *Konwencja Europejska...*, s. 233–234; P. Hofmański, W. Wróbel (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. I, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 375; A. Redelbach, *Natura praw człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 309; J. Połatyńska, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, (w:) *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, (red.) L. Koba, W. Waclawczyk, Warszawa 2009, s. 220; wyrok ETPC z 7 kwietnia 2005 r. w sprawie *Calleja v. Malta*, nr skargi 75274/01, LEX nr 150045.

<sup>32</sup> I. Nowikowski, *O zasadzie szybkości postępowania w polskim procesie karnym (zagadnienia wybrane)*, (w:) *Państwo. Prawo. Myśl Prawnicza. Prace dedykowane Profesorowi Grzegorzowi Leopoldowi Seidlerowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin*, Lublin 2003, s. 168.

<sup>33</sup> *Ibidem*

<sup>34</sup> P. Hofmański, *Konwencja Europejska...*, s. 234; wyrok ETPC z 27 lipca 2006 r. w sprawie *Mami v. Słowenia*, nr skargi 75778/01, LEX nr 187276.

<sup>35</sup> Publ. LEX nr 41087.

<sup>36</sup> Publ. LEX nr 40997.

<sup>37</sup> Publ. LEX nr 109099.

Warto wskazać, że ramami art. 6 Konwencji Europejskiej jest objęcie postępowanie kasacyjne, tj. postępowanie to musi zakończyć się w „rozsądnym terminie”<sup>38</sup>. Jak przyjął Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 14 grudnia 1999 r. w sprawie *Khalfaoui v. Francja*, nr skargi 34791/97<sup>39</sup>, art. 6 konwencji nie wymaga powołania środków kasacyjnych, jednak przepaństwo, które ustanawia takie środki, jest zobowiązane zapewnić, by osoby odpowiadające przed prawem cieszyły się przed takimi środkami podstawowymi gwarancjami zawartymi w art. 6 konwencji. Taki sam pogląd Trybunał wyraził również m.in. w wyroku z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie *Marini v. Albania*, nr skargi 3738/02<sup>40</sup>. Również w wyroku z dnia 26 września 2000 r. w sprawie *Biba v. Grecja*, nr skargi 33170/96, Trybunał uznał, że gwarancje rzetelnego postępowania muszą obowiązywać w postępowaniu zainicjowanym kasacyjnie<sup>41</sup>. W wyroku z dnia 18 grudnia 2001 r. w sprawie *R.D. v. Polska*, nr skargi 29692/96<sup>42</sup>, Trybunał wyraźnie wskazał, że w postępowaniu przed sądem kasacyjnym przepaństwo powinno zapewnić gwarancje, o których mowa w art. 6 konwencji, tak aby osoby uczestniczące w postępowaniu korzystały z fundamentalnych gwarancji rzetelnego procesu sądowego, zaś w wyroku z dnia 17 stycznia 1970 r. w sprawie *Delcourt v. Belgia*, nr skargi 2689/65<sup>43</sup>, zazaczył, że art. 6 ust. 1 konwencji powinien być ponad wszelką wątpliwość stosowany do postępowań kasacyjnych w sprawach karnych. Inaczej rzecz ujmując, art. 6 konwencji nie przewiduje prawa do „drugiej instancji”, a tym bardziej prawa do „trzeciej instancji”. Niemniej jednak, jeżeli przepaństwo zdecyduje się na wprowadzenie postępowania odwoławczego i kasacyjnego, muszą być one objęte gwarancjami rzetelnego procesu sądowego<sup>44</sup>.

Postępowanie wykonawcze takie objęte jest ramami „rozsądnego terminu” postępowania<sup>45</sup>. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, art. 6 konwencji nakłada na organa zajmujące się wykonywaniem wyroków (np. sądy, komorników) obowiązek staranności i dbałości, aby nie przekroczyć rozsądnego terminu<sup>46</sup>. Decyzja sądowa ma być w każdym przypadku wykonana bez zbędnej zwłoki<sup>47</sup>, jej wykonanie nie może być wliczone nadmiernie opóźnione<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 92 i cytowane tam orzecznictwo strasburskie.

<sup>39</sup> Publ. LEX nr 76917.

<sup>40</sup> Publ. LEX nr 327171.

<sup>41</sup> M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze 2005, s. 532–533.

<sup>42</sup> Publ. LEX nr 49825.

<sup>43</sup> Publ. LEX nr 80778.

<sup>44</sup> P. Hofmański, W. Wróbel (w:) *Konwencja...*, s. 253 i cytowane tam orzecznictwo strasburskie.

<sup>45</sup> M. Balcerzak (w:) B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 276; wyrok ETPC z 1 czerwca 2006 r. w sprawie *Buj v. Chorwacja*, nr skargi 24661/02, LEX nr 182240; wyrok ETPC z 23 września 1997 r. w sprawie *Robins v. Wielka Brytania*, nr skargi 22410/93, LEX nr 79584.

<sup>46</sup> Wyrok ETPC z 21 kwietnia 1998 r. w sprawie *Estyma Jorge v. Portugalia*, nr skargi 24550/94, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 1998 (część I)*, Warszawa 1998, s. 81–83.

<sup>47</sup> Wyrok ETPC z 20 września 2005 r. w sprawie *Trykhlid v. Ukraina*, nr skargi 58312, LEX nr 156641.

<sup>48</sup> Wyrok ETPC z 30 listopada 2000 r. w sprawie *Palumbo v. Włochy*, nr skargi 15919/89, LEX nr 76704.

Tym samym okres, który należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy zachowano „rozsądny termin” postępowania, obejmuje także postępowanie odwoławcze i zmierzające do wykonania wyroku sądowego<sup>49</sup>.

Z powyższego wynika, że w świetle standardów strasburskich, w ocenie, czy zachowany został „rozsądny termin” postępowania nie uwzględnia się, co do zasady okresu, w którym toczy się postępowanie karne (postępowanie przygotowawcze), ale nie jest ono skierowane przeciwko określonej osobie<sup>50</sup>. Wynika to z tego, że prawo do rzetelnego procesu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 konwencji przysługuje „każdemu oskarżonemu w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”, co należy rozumieć, jako skierowanie ścigania karnego przeciwko konkretnej osobie<sup>51</sup>. W konsekwencji dopiero gdy pojawi się osoba podejrzana lub podejrzany, zaczyna biec okres, który podlega ocenie z perspektywy wymogów „rozsądnego terminu” postępowania.

Polski kodeks postępowania karnego stanowi, że rozstrzygnięcie sprawy ma nastąpić w „rozsądnym terminie” (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.), nie odnosząc tego obowiązku wyłącznie do oskarżonego (podejrzanego). Prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji przysługuje każdemu, a nie tylko oskarżonemu (podejrzanemu), stąd te gwarancje ta obejmuje także pokrzywdzonego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2000 r., I KZP 14/00<sup>52</sup>, prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez sąd w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP zagwarantowane zostało także pokrzywdzonemu, który ma prawo domagać się od państwa, aby udzieliło mu ochrony prawnej, gdy na jego szkodę zostało popełnione przestępstwo. W ocenie, czy doszło do przewlekłości postępowania należy wziąć uwzględnienie także faz *in rem* postępowania przygotowawczego<sup>53</sup>, albowiem na tym etapie postępowania występuje pokrzywdzony, któremu stosownie do treści art. 45 ust. 1 Konstytucji należy zapewnić prawo do rozpatrzenia jego sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” i wydania rozstrzygnięcia „w rozsądnym terminie”. Taki jest sens obowiązku wynikającego z art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.

Pogląd zakładający, że ocena ta jest dokonywana od momentu oficjalnego, tj. formalnego przedstawienia zarzutów podejrzanego, na gruncie kodeksu postępowania karnego, nie może być w pełni podzielony<sup>54</sup>. Nie uwzględnia on bowiem, że ochrona przysługuje także pokrzywdzonemu i ma on prawo domagać się, aby postępowanie jego dotyczące toczyło się bez zbędnej zwłoki. Za tę wykładnię przemawia również treść art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. Skoro

<sup>49</sup> M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, s. 198 i cytowane tam orzecznictwo strasburskie; A. Redelbach, op. cit., s. 309; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 206.

<sup>50</sup> I. Nowikowski, *O zasadzie szybkości...*, s. 169.

<sup>51</sup> P. Hofmański, W. Wróbel (w:) *Konwencja...*, s. 375.

<sup>52</sup> Publ. OSNKW 2000, nr 7–8, poz. 59.

<sup>53</sup> S. Walto, *Nowa polska procedura karna a oczekiwania społeczne*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9–10, s. 103–104.

<sup>54</sup> Zob. P. W. drychowski, *Prawo do uczciwej rozprawy w EKPC*, „Przebieg Sądowy” 1991, nr 5–6, s. 70.



strona mo e wnie skarg o stwierdzenie, e w post powaniu, którego skarga dotyczy, nast piło naruszenie jej prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki i nie okre la momentu pocz tkowego, od którego jest dokonywana ta ocena, to nie mo na w drodze wykładni prawa przyj , e „post powanie”, o którym mowa w tym przepisie rozpoczyna si od momentu, gdy przeciwko konkretnej osobie skierowane zostanie ciganie karne. Taka wykładnia byłaby wykładni *contra legem*, a taka jest niedopuszczalna.

Ponadto ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. wyra nie stanowi, e skarga przysłuuguje na przewlekło post powania prowadzonego lub nadzorowanego przez prokuratora (art. 1 ust. 1; art. 2 ust. 2). Ustawa ta posługuje si równie ogólnym okre leniem – „je eli skarga dotyczy przewlekło ci post powania przygotowawczego” (art. 4 ust. 5). Nie mo e wi c ulega w tpliwo ci, e ocenie w post powaniu zainicjowanym wniesieniem skargi podlega „post powanie przygotowawcze” w rozumieniu kodeksu post powania karnego, a termin ten obejmuje tak e faz *in rem*<sup>55</sup>, co wyra nie wynika z brzmienia art. 303 k.p.k. i art. 308 § 1 k.p.k.

Zasadny jest zatem pogl d, e przez „post powanie przygotowawcze”, podlegaj ce ocenie w post powaniu zainicjowanym wniesieniem skargi na przewlekło , nale y rozumie jako post powanie przygotowawcze, które nie zostało zakozone decyzj merytoryczn , a wi c termin ten obejmuje post powanie przygotowawcze, w którym wydano postanowienie o jego wszzcz ciu, ale tak e czynno ci podj te w tzw. przypadku niecierpim zwłoki w trybie art. 308 k.p.k.<sup>56</sup>. Za tym rozumieniem dodatkowo przemawia fakt, e skarg na przewlekło post powania przygotowawczego mo e wnie pokrzywdzony, jako e jest z mocy prawa stron tego post powania (art. 299 § 1 k.p.k.), sprzeczne z tym zało eniem byłoby zatem przyj cie, e czas, który bierze si pod uwag przy ocenie, czy w danym post powaniu zaistniała przewlekło , rozpoczyna si w momencie, w którym pojawia si osoba podejrzana lub podejrzany. Skoro pokrzywdzony mo e wnie skarg na przewlekło post powania, to oczywiste jest, e ma takie prawo niezale nie od tego, czy w sprawie sformułowano wobec kogokolwiek zarzuty. Do przewlekło ci post powania mo e bowiem doj zanim takie zarzuty zostan sformułowane, np. na skutek braku dokonywania czynno ci wykrywczych, zmierzaj cych do ustalenia sprawcy (sprawców) przest pstwa.

Trafnie wi c w doktrynie przyjmuje si , e pokrzywdzony mo e wnie skarg na przewlekło post powania przygotowawczego niezale nie od tego, czy znajduje si ono aktualnie w fazie *in rem*, czy te *in personam*<sup>57</sup>. W orzecznictwie tak e nie budzi w tpliwo ci, e pokrzywdzony władny jest wnie skarg na cało

<sup>55</sup> S. Walto , *Proces...*, s. 489–491; J. Tylman (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 624; S. Stachowiak (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Sychta, J. Zagrodnik, K. Zgrzyzek, *Proces karny. Przebieg postępowania*, Katowice 2008, s. 25.

<sup>56</sup> Pismo Biura Prezydzialnego Prokuratury Krajowej z dnia 13 lipca 2009 r., PR I 803–11/09.

<sup>57</sup> J. Kasi ski, *Skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego – wybranego zagadnienia*, „Palestra” 2009, nr 11–12, s. 47–48.

post powania przygotowawczego prowadzonego w sprawie, pocz wszy od fazy *in rem*<sup>58</sup>.

Ko cz c powy sze rozwa nia, nale y zauwa y , e podejrzany mo e sformułowa zarzut przewlekłoci post powania dopiero, gdy uzyska taki status procesowy (art. 71 § 1 k.p.k.), a wi c gdy zostan mu przedstawione zarzuty (art. 313 § 1 k.p.k., 308 § 2 k.p.k. oraz 325g k.p.k.), co wyra nie wynika z tre ci art. 3 pkt 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. S d oceniaj cy zasadno skargi władny jest jednak oceni przebieg całego dotychczasowego post powania przygotowawczego, a wi c tak e fazy *in rem*, albowiem zaniedbania na tym etapie post powania przygotowawczego mog doprowadzi do przewlekłoci post powania w fazie *in personam* – wykonanie czynno ci procesowych na tym etapie mo e by utrudnione lub niepotrzebnie rozci gnici w czasie, a mogły by one i powinny przeprowadzone przed sformulowaniem zarzutów wobec danej osoby, np. przed przedstawieniem zarzutów podejrzanemu nie przesłuchano bezpo rednich wiadków zdarzenia, mimo e wiadome było, i wyje d aj za granic , a termin ich powrotu jest odległy. Post powanie przygotowawcze stanowi nierozzerwaln cało i w procesie oceny jego szybko ci oraz sprawno ci nie mo e by dzielone na „etapy”. Czym innym jest wi c mo liwo wniesienia skargi, a czym innym okres brany pod uwag w ocenie, czy zarzut skargi jest zasadny<sup>59</sup>.

Wymieniony pogl d nie budzi w tpliwo ci w orzecznictwie. Tytułem przykła du nale y wskaza na postanowienie S du Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 grudnia 2009 r., II S 20/09<sup>60</sup>, w którym oceniaj c zasadno skargi wniesionej przez podejrzanego, dokonano oceny całości post powania przygotowawczego w sprawie, poczynaj c od wszcz cia dochodzenia.

Równie w innych orzeczeniach s dy, rozpoznaj c skargi na przewlekłoci post powania przygotowawczego wniesione przez podejrzanego lub jego obro c , dokonały całościowej oceny sposobu prowadzenia post powania przygotowawczego, pocz wszy od jego wszcz cia *in rem*<sup>61</sup>, co nie zmienia faktu, e ocena ta koncentrowała si przede wszystkim na tym etapie post powania, w którym post powanie karne zostało skierowane przeciwko danej osobie<sup>62</sup>, od tego bowiem momentu osoba ta odczuwa dolegliwo ci z tego faktu wynikaj ce.

---

<sup>58</sup> Postanowienie SA we Wrocławiu z 28 wrze nia 2009 r., II S 13/09, niepubl.; postanowienie SA we Wrocławiu z 16 lipca 2009 r., II S 9/09, niepubl.; postanowienie SA we Wrocławiu z 30 czerwca 2009 r., II S 6/09, niepubl.; postanowienie SA w Lublinie z 2 wrze nia 2009 r., II S 15/09, niepubl.;

<sup>59</sup> Zob. P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wili ski, op. cit., s. 42–43.

<sup>60</sup> Niepubl.

<sup>61</sup> Postanowienie SA w Gda sku z 22 grudnia 2009 r., II S 88/09, niepubl.; postanowienie SA w Gda sku z 30 czerwca 2009 r., II S 23/09, niepubl.; postanowienie SA w Łodzi z 14 pa dziernika 2009 r., II A S 20/09, niepubl.; postanowienie SA w Szczecinie z 30 wrze nia 2009 r., II AK S 13/09, niepubl.

<sup>62</sup> Postanowienie SA w Łodzi z 28 pa dziernika 2009 r., II A S 19/09, niepubl.; postanowienie SA w Łodzi z 3 lutego 2010 r., II A S 1/10, niepubl.; postanowienie SA w Rzeszowie z 30 listopada 2009 r., II S 14/09, niepubl.; postanowienie SA w Białymstoku z 16 lutego 2010 r., II A S 1/10, niepubl.

Teza, że rozpoznaj c skarg na przewlekło post powania przygotowawczego nale y uwzgl dni cało tego post powania, pocz wszy od fazy *in rem*, nie pozostaje w sprzeczno ci z Konwencj Europejsk , gdy pozwala na dokonanie oceny przebiegu post powania w kontek cie jego sprawno ci i szybko ci na ka - dym z etapów. Jest wi c korzystna dla stron post powania, a zarazem realizuje standard minimalny wynikaj cy z konwencji. Zreszt w orzecznictwie Trybunału pojawiły si judykaty, w których przyj to, że gwarancje zawarte w art. 6 ust. 1 konwencji, w tym prawo do „rozs dnego terminu” post powania, dotycz całego post powania karnego, wł czaj c w to okres przed oficjalnym postawieniem zarzutów<sup>63</sup>, tj. post powanie *in rem* musi by uwzgl dniony w ocenie, czy „rozs dny termin” został zachowany. T wykładni nale y podzieli , gdy najpełniej słu y ochronie praw człowieka.

Warto w tym miejscu wskaza , że Komitet Praw Człowieka ONZ, interpretuj c prawo oskar onego do os dzenia bez nieuzasadnionej zwłoki, uznał, że obejmuje ono czas od rozpocz cia si procesu, a do wydania wyroku s du odwoławczego<sup>64</sup>, nie zaw a wi c tego prawa wył cznie do fazy *in personam* post powania przygotowawczego.

## 2. Charakter prawa do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki

Prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”), o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno ci jest publicznym prawem podmiotowym, przysługuj cym samodzielnie i niepodzielnie w relacji do pa stwa.

Wolno ci i prawa człowieka maj na celu ochron jednostki przed nadmiern ingerencj organów władzy publicznej. Okre laj relacje jednostki wobec pa stwa oraz innych podmiotów władzy publicznej. Pełni ochronn funkcj , zapobiegaj c nadmiernej ingerencji organów władzy publicznej w sfer praw i interesów jednostki. To organy władzy publicznej s zobowi zane do zapewnienia realizacji przez jednostki przysługuj cych im wolno ci i praw i korzystania z nich. Tym samym organy władzy publicznej s zobowi zane stworzy nale yte warunki do korzystania przez jednostki z przysługuj cych jej praw, w tym zagwarantowania ochrony przed naruszeniami<sup>65</sup>. Dlatego te wi kszo praw i wolno ci człowieka i obywatela przybiera posta publicznych praw podmiotowych.

<sup>63</sup> M. Balcerzak (w:) *Prawa człowieka...*, s. 276.

<sup>64</sup> Uwagi ogólne Komitetu Praw Człowieka uchwalone dnia 12 kwietnia 1984 r., cytata za: A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 147.

<sup>65</sup> Postanowienie TK z 23 lutego 2005 r., Ts 35/04, OTK B 2005, nr 1, poz. 26; postanowienie TK z 2 listopada 2004 r., Ts 163/04, OTK B 2005, nr 4, poz. 164.

Podmiotem uprawnionym jest jednostka, a podmiotem zobowiązany władza publiczna<sup>66</sup>.

Publicznym prawem podmiotowym jest więc prawo przysługujące człowiekowi wobec państwa oraz innych jednostek publicznoprawnych<sup>67</sup>. Prawa te mają charakter roszczeniowy, co oznacza, że jednostka może od państwa zachować gwarancję ich realizacji, a państwo ma obowiązek je podjąć<sup>68</sup>.

Inaczej rzecz ujmując, publiczne prawo podmiotowe oznacza taką sytuację prawną jednostki, w obrębie której może ona, opierając się na chronionych jej interesach normach prawnych, skutecznie odstąpić od państwa<sup>69</sup>.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie budzi wątpliwości, że art. 45 ust. 1 Konstytucji, przewidujący prawo do sądu, wyraża publiczne prawo podmiotowe<sup>70</sup>. Tym samym publicznym prawem podmiotowym jest też prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), jako że jest ono elementem prawa do sądu.

To bowiem państwo jest zobowiązane stworzyć należyte warunki do realizacji prawa do sądu, w tym rozpatrywania spraw „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), a jednostka ma prawo domagać się realizacji tego obowiązku. Jak więc trafnie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 8 marca 2005 r., III SPP 34/05<sup>71</sup>, państwo ma obowiązek zorganizowania warunków należytego sprawowania władzy jurysdykcyjnej, w tym zapewnienia optymalnej obsady kadrowej sądów odwoławczych, aby nie dochodziło do przewlekłości postępowania.

Na płaszczyźnie proceduralnej władza nie skarga na przewlekłość postępowania w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. zapewnia jednostce możliwość dania przerwania stanu naruszonego wskazane prawo i zdyscyplinowania czynności podejmowanych na dalszym biegu postępowania, tak aby sprawa uległa zakończeniu „w rozsądnym terminie”. Adresatem dania jednostki jest państwo – sąd władzy do rozpoznania skargi na przewlekłość (art. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), który władny jest nie tylko stwierdzić przewlekłość postępowania, a przez to naruszenie prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), ale również zdyscyplinować zachowanie organu procesowego, poprzez wydanie zaleceń podjęcia wskazanych

<sup>66</sup> Postanowienie TK z 23 stycznia 2008 r., Ts 277/06, OTK B 2008, nr 1, poz. 34; postanowienie TK z 23 stycznia 2008 r., Ts 181/07, OTK B 2009, nr 2, poz. 113; postanowienie TK z 16 grudnia 2008 r., Ts 71/07, OTK B 2008, nr 6, poz. 226; postanowienie TK z 22 maja 2007 r., SK 70/05, OTK A 2007, nr 6, poz. 69; postanowienie TK z 26 października 2001 r., Ts 72/01, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 298.

<sup>67</sup> Postanowienie TK z 6 kwietnia 2005 r., Ts 9/05, OTK B 2005, nr 3, poz. 143.

<sup>68</sup> P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Zakamycze 2003, s. 130.

<sup>69</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2001, s. 432; B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka*, (w:) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, (red.) B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 26; J. Bo (red.) *Prawo administracyjne*, Wrocław 1994, s. 307.

<sup>70</sup> Wyrok TK z 29 kwietnia 2008 r., SK 11/07, OTK A 2007, nr 3, poz. 47.

<sup>71</sup> Publ. OSNP 2005, nr 20, poz. 327.

czynno ci w odpowiednim terminie (art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Jak wskazał S d Najwy szy w wyroku z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 640/09, prawo do rozpoznania sprawy bez zb dne j zwłoki nie jest dobrem osobistym w rozumieniu art. 23 k.c.<sup>72</sup>.

Dobra osobiste s ujmwane w kategoriach obiektywnych, jako warto ci o charakterze niemaj tkowym, ci le zwi zane z człowiekiem, decyduj ce o jego bycie, pozycji w społecze stwie, b d ce wyrazem odr bno ci fizycznej i psychicznej oraz mo liwo ci twórczych, powszechnie uznane w społecze stwie i akceptowane przez system prawny<sup>73</sup>. Nerozerwalne zwi zanie tych warto ci, jako zespołu cech wła ciwych człowiekowi, stanowi cych o jego walorach, z jednostk ludzk wskazuje na ich bezwzgl dny charakter, towarzyszy cy człowiekowi przez całe ycie, niezale nie od sytuacji, w jakiej znajduje si w danej chwili<sup>74</sup>.

Tym samym dobra osobiste to pewne wysoko cenione warto ci niematerialne, które w sposób nerozerwalny s zwi zane z istot ka dego człowieka, b d c atrybutem ka dej osoby fizycznej jako nieodł cznie zwi zane z człowiekiem i to bez wzgl du na stan jego psychiki i stopie jego wra liwo ci<sup>75</sup>, maj ce na celu zapewnienie jednostce rozwoju jej osobowo ci, ochron jej egzystencji i zapewnienie jej prawa do korzystania z tych dóbr, które s dost pne na danym etapie rozwoju społeczno-gospodarczego społecze stwa i które sprzyjaj zachowaniu cech odr bno ci i zwi zaniu ze społecze stwem, w którym yje<sup>76</sup>. Dobra osobiste zwi zane s ci le z osob ludzk <sup>77</sup> zarówno z jego stron cielesn , jak i duchown , maj ce charakter indywidualny, w zarazem wła ciwe ka demu człowiekowi<sup>78</sup>.

Do dóbr osobistych zalicza si m.in.: wolno i to nie tylko w sensie fizycznym, ale tak e wolno od strachu i obawy, jak równie od działania pod przymusem, czy te wolno komunikowania si – swoboda wypowiedzi, wyboru rozmowy i tajemnica rozmowy<sup>79</sup>; ycie, zdrowie, nietykalno cielesn <sup>80</sup>; godno człowieka<sup>81</sup>;

<sup>72</sup> Publ. LEX nr 598758.

<sup>73</sup> I. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 29.

<sup>74</sup> M. Pazdan (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, (red.) K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 102–103; S. Dmowski (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 97; D. Dörre-Nowak, *Ochrona godności i innych dóbr osobistych pracownika*, Warszawa 2005, s. 56; wyrok SA w Katowicach z 18 lipca 2001 r., I ACa 242/01, OSA 2002, nr 9, poz. 50.

<sup>75</sup> H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 213–214.

<sup>76</sup> Wyrok SN z 10 czerwca 1977 r., II CR 187/77, niepubl.

<sup>77</sup> Wyrok SN z 26 pa dzielnika 2001 r., V CKN 195/01, LEX nr 53107.

<sup>78</sup> B. Banaszkiewicz, *Dobra osobiste*, (w:) *Wielka encyklopedia prawa*, (red.) E. Smoktunowicz, Warszawa–Białystok 2000, s. 180.

<sup>79</sup> M. Pazdan, op. cit., s. 104; J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 27; wyrok SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 618/00, OSNC 2003, nr 6, poz. 84; wyrok SA w Warszawie z 6 lipca 1999, I ACa 380/09, OSA 2001, nr 4, poz. 21.

<sup>80</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 82; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 122; J.S. Pi tkowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, (w:) *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław 1983, s. 29.

<sup>81</sup> Wyrok SN z 30 pa dzielnika 2003 r., IV CK 149/02, LEX nr 209289; wyrok SN z 4 kwietnia 2001 r., III CKN 323/00, LEX nr 365051

cze, dobre imię, dobra sława człowieka<sup>82</sup>; kult pamięci po osobie zmarłej<sup>83</sup>; prawo do pochówku<sup>84</sup>; tradycja rodzinna<sup>85</sup>; sfera życia prywatnego (np. stan zadłużenia, posiadane zobowiązania), w tym intymnego<sup>86</sup>; nietykalność mieszkania<sup>87</sup>; przynależność do określonej płci<sup>88</sup>; stan cywilny człowieka<sup>89</sup>; wizerunek człowieka<sup>90</sup> czy też tytuł zawodowy potwierdzający fakt ukończenia studiów wyższych<sup>91</sup>.

Prawo do sędziwa, w tym prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), nie jest dobrem osobistym we wskazanym powyżej rozumieniu – jest uprawnieniem przyznanym jednostce przez obowiązujące prawo (m.in. Konstytucja, Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) w związku z funkcjonowaniem w określonej sferze życia społecznego. Nie jest więc nierozdzielnie związane z człowiekiem, tak jak prawo do dobrego imienia, czci, wizerunku czy też prywatności, lecz aktualizuje się w sytuacji, gdy jednostka występuje na drodze w celu ochrony swoich wolności i praw. Dobra osobiste chroni odrębność – indywidualność jednostki, w tym jej cechy wyróżniające (np. wizerunek, zdrowie, opinia, stan cywilny, stan majątkowy), podczas gdy prawo do sędziwa ma charakter generalny.

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że naruszenie prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”) prowadzi może do naruszenia dobra osobistego jednostki (np. lęk, strach, obawa o przyszłość wywołane przedłużającym się postępowaniem; rozstrój zdrowia, w tym psychicz-

<sup>82</sup> Wyrok SN z 9 października 2002 r., IV CKN 1402/00, LEX nr 78364; wyrok SN z 23 maja 2005 r., IV CKN 1076/00, OSNC 2003, nr 9, poz. 121; wyrok SN z 8 października 1987 r., II CR 269/87, OSNCP 1989, nr 4, poz. 66; wyrok SN z 29 października 1971 r., II CR 455/71, OSNCP 1972, nr 4, poz. 77; wyrok SN z 6 października 1969 r., I CR 305/69, LEX nr 6576; wyrok SA w Poznaniu z 4 lipca 2006 r., I ACa 21/06, LEX nr 278445.

<sup>83</sup> Wyrok SN z 23 września 2009 r., I CSK 346/08, OSNC 2010, nr 3, poz. 48; wyrok SN z 6 lutego 2008 r., II CSK 474/07, LEX nr 452984; wyrok SN z 15 kwietnia 2004 r., IV CK 284/03, LEX nr 176084; wyrok SN z 19 stycznia 1981 r., III CRN 204/80, LEX nr 8298; wyrok SN z 13 lipca 1977 r., I CR 234/77, LEX nr 7963; wyrok SN z 5 marca 1971 r., II CR 686/70, LEX nr 6890; wyrok SN z 12 lipca 1968 r., I CR 252/68, OSNC 1970, nr 1, poz. 18; zob. szerzej: A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 29; S. Rudnicki, *Prawo do grobu*, Kraków 1999, s. 18 i n.

<sup>84</sup> Wyrok SN z 23 maja 1982 r., IV CR 129/82, LEX nr 8425; wyrok SN z 31 marca 1980 r., II CR 88/80, LEX nr 8222.

<sup>85</sup> Wyrok SN z 28 lutego 2003 r., V CK 308/02, OSN 2004, nr 5, poz. 82.

<sup>86</sup> M. Pazdan, op. cit., s. 104–105; wyrok SA w Białymstoku z 25 stycznia 2001 r., I ACa 4/01, OSA 2001, nr 9, poz. 51.

<sup>87</sup> Wyrok SN z 21 kwietnia 2010 r., V CSK 352/09, „Palestra” 2010, nr 5–6, s. 236; wyrok SA w Gdańsku z 29 grudnia 2000 r., I ACa 910/00, OSA 2002, nr 2, poz. 11.

<sup>88</sup> Wyrok SN z 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, „Przebieg Sądowy” 1991, nr 5–6, s. 118–121; wyrok SA w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., I ACa 276/04, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

<sup>89</sup> Zob. J. Ignatowicz, *Stan cywilny i jego ochrona*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1963, Vol. X, 4, s. 129 i n.

<sup>90</sup> Wyrok SN z 7 października 2009 r., III CSK 39/09, LEX nr 532155; wyrok SN z 16 kwietnia 2004 r., I CK 495/03, „Glosa” 2005, nr 1, s. 54; wyrok SN z 27 lutego 2003 r., IV CKN 1819/00, OSP 2004, nr 6, poz. 75; wyrok SN z 26 stycznia 1982 r., I CR 411/81, LEX nr 8392; wyrok SA w Warszawie z 13 stycznia 1999 r., I ACa 1089/98, „Wokanda” 2000, nr 3, poz. 42.

<sup>91</sup> Wyrok SN z 7 lutego 2007 r., I PK 211/06, „Monitor Prawa Prywatnego” 2007, nr 11, s. 560.

nego, b d cy wynikiem nadmiernie długiego post powania, utrata dobrego imienia, czci i opinii, b d ca wynikiem braku szybkiego wyja nienia sformułowanych zarzutów; ograniczenie wolno ci jednostki spowodowane konieczno ci udziału w przedt u aj cym si post powaniu, negatywnie rzutuj ce np. na swobod sp - dziania czasu, podj cia zatrudnienia, itp.<sup>92</sup>), a w konsekwencji prowadzi do odpowiedzialno ci odszkodowawczej z tego tytułu.

Przewlekło post powania mo e by wi c ródl em naruszenia dobra osobistego jednostki, na co zwrócił uwag S d Najwy szy w przywołanym ju wyroku z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 640/09. Nie ma tu jednak adnego automatyzmu, tj. nie zawsze przewlekło post powania prowadzi b dzie do naruszenia dobra osobistego.

Tym samym dochodz c naprawienia szkody wynikłej z przewlekło ci jest mo liwe sformułowanie zarzutu naruszenia konkretnego dobra osobistego, co wymaga, zgodnie z regułą zawart w art. 6 k.c., wykazania, e na skutek nadmiernie długiego post powania doszło do naruszenia tego dobra osobistego, w wyniku czego wyrz dzona została szkoda, a mi dzy jej powstaniem a przewlekło ci zachodzi zwi zek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c.

W orzecznictwie nie budzi w tpliwo ci, e naruszenie prawa do s du, b d ce wynikiem przewlekło ci post powania, mo e prowadzi do naruszenia dobra osobistego jednostki. Taki pogl d zaprezentował m.in. S d Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 30 pa dziernika 2008 r., I ACa 620/07. Z przyczyn wskazanych powy ej jest to stanowisko trafne.

Stwierdzi nale y, e jednostka – strona post powania, która doznała szkody na skutek nadmiernie długiego post powania, mo e domaga si naprawienia szkody obejmuj cej zarówno szkod maj tkow , jak i szkod niemaj tkow . Taki wniosek wynika z tre ci art. 15 i 16 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.

Je eli chodzi o szkod niemaj tkow , podstaw przyznania zado uczynienia mo e by naruszenie dobra osobistego na skutek nadmiernie długiego post powania (art. 448 k.c.), jak równie wyst pienie rozstroju zdrowia (art. 445 § 1 k.c. w zw. z 444 § 1 k.c.). Pogl d ten nie budzi w tpliwo ci w doktrynie<sup>93</sup>. Przez poj - cie dobra osobistego, o którym mowa w art. 448 k.c., nale y rozumie wszelkie dobra osobiste korzystaj ce z ochrony prawnej, w tym dobra, o których mowa w art. 23 k.c.<sup>94</sup>.

Na koniec warto wskaza , e prawo do s du, w tym prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”), jest prawem osobistym i za takie uznawane – polska Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r. prawo

<sup>92</sup> Wyrok SA w Katowicach z 30 pa dziernika 2008 r., I ACa 620/07, LEX nr 504149.

<sup>93</sup> A. Błachnio-Parzych, *Standardy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a polskie regulacje w przedmiocie środków służących przeciwdziałaniu przewlekłości w sprawach karnych*, maszynopis, s. 12.

<sup>94</sup> G. Bieniek (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kotakowski, M. Sychowicz, T. Wi niewski, Cz. ulawska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2003, s. 456.

do s du wyra nie umieszcza w ród wolno ci i praw osobistych<sup>95</sup>, co nie podwa a tezy, e nie jest ono dobrem osobistym. Przez poj cie wolno ci i praw osobistych rozumiemy wszystkie uprawnienia jednostki, które zapewniaj jej swobodny rozwój we wszystkich płaszczyznach egzystencji (fizycznej, psychicznej, prawnej), wolny od wszelkich działa pozaprawnych przyjmuj cych posta zewn trznej ingerencji. Tym samym wolno ci i prawa osobiste dotycz statusu osobistego jednostki w pa stwie i społecze stwie<sup>96</sup>. Ta kategoria uprawnie jednostki ma zapewni jej z jednej strony wybór post powania dotycz cy własnego ycia (np. wolno sumienia, wyznania), z drugiej za wskaza zasady funkcjonowania jej jako podmiotu prawa (np. prawo do ycia) oraz gwarancje ochrony (np. wolno od tortur)<sup>97</sup>. Sił rzeczy prawa osobiste s ci le zwi zane z jednostk , na co zreszt wskazuje ju same ich okre lenie mianem „osobistych”, z tym, e słu one do okre lenia pozycji prawnej jednostki wobec pa stwa i społecze stwa, mog wi c dotyczy kwestii odnosz cych si wył cznie do danej sytuacji (np. domniemanie niewinno ci). Dobra osobiste natomiast to dobra ci le powi zane z jednostk , które wyra aj warto ci cenne, wymagaj ce ochrony prawnej, celem zapewnienia jednostce mo liwo ci funkcjonowania w ramach zbiorowo ci, przy czym maj one w ka dym przypadku bezwzgl dny charakter, nierozzerwalnie zwi zane z jednostk , co przejawia si w towarzyszeniu jej przez całe ycie (a wi c od jego pocz tku a do ko ca), niezale nie od sytuacji, w jakiej si znajduje. Skoro prawa osobiste odnosi si mog do okre lonej sfery ycia społecznego czy te sytuacji, to sił rzeczy nie zawsze b d przysługiwaa jednostce przez całe ycie, nie maj wi c w ka dym przypadku bezwzgl dnego charakteru. Tak jest w przypadku prawa do s du, które po pierwsze, nie ma charakteru bezwzgl dnego, podlega bowiem ograniczeniom, a po drugie, nie towarzyszy jednostce przez całe ycie, gdy aby z niego skorzysta (czyli si gn po wynikaj ce z niego uprawnienia) jednostka musi spełni cały szereg warunków (np. posiada zdolno do zainicjowania post powania przed s dem i do udziału w post powaniu), co eliminuje mo liwo przyj cia, e prawo do s du pojawia si wraz z człowiekiem.

Tym samym prawo osobiste mo e by obj te ochron , jako dobro osobiste (np. ycie, wolno ), nie jest tak jednak w ka dym przypadku, albowiem prawa osobiste obejmuj swym zakresie tak e uprawnienia nie towarzyszące jednostce

<sup>95</sup> W. Skrzydło (w:) M. Chmaj, L. Leszczy ski, W. Skrzydło, J. Z. Sobczak, A. Wróbel, *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce. Zasady ogólne*, t. I, Zakamycze 2002, s. 60; B. Gronowska (w:) Z. Witkowski (red.), J. Galster, B. Gronowska, W. Szyszkowski, A. Bie -Kacała, A. Cieszy ski, K.M. Witkowska, *Prawo konstytucyjne*, Toru 2006, s. 184–185; W. Zakrzewski (w:) *Polskie prawo konstytucyjne*, (red.) W. Skrzydło, Lublin 2008, s. 166; K. Wojtyczek, *Prawa osobiste*, (w:) *Prawo konstytucyjne RP*, (red.) P. Sarnecki, Warszawa 2008, s. 112; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 103.

<sup>96</sup> B. Przybyszewska-Szter (w:) *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, (red.) M. Chmaj, Zakamycze 2006, s. 118.

<sup>97</sup> M. Jabło ski (w:) M. Jabło ski, S. Jarosz- ukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2004, s. 52.



przez całe życie, lecz takie, które jednostka nabywa w jego trakcie. Tego przykładem jest właśnie prawo do sądu, w tym wynikające z niego prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”).

### 3. Pojęcie i cechy skargi na przewlekłość

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. wyraźnie stanowi, że rodek służy na przewlekłość postępowania jest „skarga”. Wynika to zarówno z tytułu samej ustawy (*ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze...*), jak również z przepisów zawartych w jej tekście (m.in. art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1, art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7).

Można więc uznać, że w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. rodzkiem prawnym służącym na nadmiernie długie postępowanie jest skarga na przewlekłość. Inaczej rzecz ujmując, jest to instrument prawny przysługujący stronie lub innemu podmiotowi wskazanemu z ustawie w związku z przewlekłością danego postępowania<sup>98</sup>.

rodek ten prowadzi do kontroli szybkości i sprawności postępowania w danej sprawie<sup>99</sup>. Kontrola prowadzona w trybie skargi nie może dotyczyć kwestii merytorycznych, rozstrzyganych w postępowaniu, w którym wniesiono skargę.

Skarga na przewlekłość postępowania niewątpliwie jest rodzkiem zaskarżenia, co nie budzi wątpliwości w doktrynie<sup>100</sup>, ani orzecznictwie<sup>101</sup>. Nie jest jednak za aleniem<sup>102</sup>, mimo że do postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu za aleniowym (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Jak podkreślono w orzecznictwie, substratem za alenia jest zawsze określona czynność sądu pierwszej instancji (organu pierwszej instancji) manifestująca się w formie decyzji procesowej lub ewentualnie brak takiej decyzji, podczas gdy w skardze na przewlekłość zarzut dotyczy wadliwego działania lub bezczynności, nie kwestionuje się więc treści decyzji procesowej lub jej braku, lecz opieszale działanie organu procesowego, przejawiające się nadmiernie długim postępowaniem w danej sprawie<sup>103</sup>.

Jak przyjmuje się w doktrynie procesu karnego, rodzki zaskarżenia to przewidziane przez prawo karne procesowe rodzki prawne, za pomocą których zainteresowany podmiot może wzruszyć zapadłą decyzję procesową, poddając ją kontroli

<sup>98</sup> J. Przybylska, *Odpowiedzialność państwa za przewlekłość postępowania sądowego w sprawach cywilnych*, „Rejent” 2004, nr 9, s. 80.

<sup>99</sup> Postanowienie SN z 15 grudnia 2005 r., I KZP 44/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 6.

<sup>100</sup> M. Romańska, *Skarga na przewlekłość postępowania sądowego*, „Przebieg Sądowy” 2005, nr 11–12, s. 56.

<sup>101</sup> Postanowienie SN z 14 września 2007 r., III SPP 35/07, OSNP 2008, nr 21–22, poz. 338.

<sup>102</sup> Zob. postanowienie SN z 12 października 2007 r., I CNP 57/07, LEX nr 457737; postanowienie SN z 27 stycznia 2006 r., II CNP 9/06, LEX nr 191245.

<sup>103</sup> Uchwała SN z 23 marca 2006 r., III SPZP 3/05, OSNP 2006, nr 21–22, poz. 341.

innego organu procesowego albo pozbawiaj c mocy prawnej lub te za da kontroli innej ni decyzja czynno ci procesowej<sup>104</sup>.

Uogólniaj c ten pogl d, nale y przyj , e rodki zaskar enia to rodki prawne przewidziane przez prawo procesowe, które inicjuj kontrol decyzji procesowej lub innej ni decyzja czynno ci procesowej<sup>105</sup>. rodki zaskar enia słu wi c na działanie organów procesowych, bez wzgl du na to, jak form ono przybiera (decyzja, inna czynno procesowa).

W poj ciu rodków zaskar enia mieszcz si równie rodki na brak działania organu procesowego (bezczynno ), co nie budzi w tpliwo ci w doktrynie<sup>106</sup>. W takim przypadku skar cy kwestionuje brak działania organu procesowego, przy czym ów brak działania zwi zany jest przede wszystkim z brakiem podj cia decyzji procesowej w zakre lonym przez ustaw terminie (np. art. 306 § 3 k.p.k.).

Skarga na przewlekło post powania słu y na przebieg danego post powania. Nie kwestionuje si jednak w jej ramach decyzji procesowych, które zostały podj te, lecz szybko i sprawnó czynno ci podejmowanych w sprawie, przy czym przyczyn przewlekło ci mo e by zarówno wadliwe działanie s du, komornika s dowego czy te prokuratora prowadz cego albo nadzoruj cego post powanie, które jest wynikiem wadliwych decyzji procesowych (np. dotycz cych powołania biegłych o niewła ciwej specjalno ci, czy te zakre lenia niczym nieuzasadnionego długiego czasu na sporz dzenie opinii), jak równie bezczynno tych organów (art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Skoro w trybie skargi na przewlekło post powania mo na zarzuci wadliwe działanie organu procesowego, to w post powaniu zainicjowanym skarg kontroluje si nie zapadaj ce decyzje procesowe, lecz ich wpływ na bieg procesu (arg. *ex art.* 2 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Cech charakterystyczn rodka zaskar enia jest to, e impulsem koniecznym do przeprowadzenia kontroli jest zło enie skargi. Bez jego wniesienia kontrola jest co do zasady niemo liwa, chyba e ustawa przewiduje kontrol z urz du. Wniesienie rodka zaskar enia mo liwe jest tylko w ramach okre lonych obowi zuj cymi przepisami. rodek zaskar enia skutecznie wnie mo e jedynie uprawniony podmiot, którym z reguły jest strona. Wniesienie rodka zaskar enia z reguły jest ograniczone czasowo<sup>107</sup>.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. wyra nie stanowi, e kontrola w jej trybie uruchamiana jest wył cznie w wyniku wniesienia skargi (arg. *ex art.* 5 i 6 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), przy czym ustawa ta zakre la ramy prawne tej instytucji, w przypadkach nienormowanych odsyła j c do przepisów obowi zuj cych

<sup>104</sup> T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 768.

<sup>105</sup> S. Walto , *Proces...*, s. 328.

<sup>106</sup> K. Marszał (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Sychta, J. Zagrodnik, K. Zgryzek, *Proces karny. Przebieg postępowania*, Katowice 2008, s. 190.

<sup>107</sup> Ibidem.

w post powaniu, którego skarga dotyczy (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

W trybie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. nie jest przewidziane działanie z urz du, tj. wszcz cie post powania w przedmiocie przewlekło ci post powania nie mo e nast pi z urz du.

Skarga na przewlekło słu y jedynie podmiotom wskazanym w ustawie (art. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Inny podmiot ni uprawniony nie mo e wnie skutecznie skargi. Skarga wniesiona przez nieuprawnionego podlega w ka dym przypadku odrzuceniu (art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Skarga na przewlekło jest rozpoznawana w ka dym przypadku przez s d (art. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Ustawodawca przyj ł wi c s dowy model orzekania, w post powaniu zainicjowanym skarg , o naruszeniu prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”). Organ, do którego wniesiono skarg zobowi zany jest przekaza j wraz z aktami sprawy s dowi wła ciwemu do jej rozpoznania (art. 7 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

S d orzekaj cy w przedmiocie skargi na przewlekło post powania nie jest s dem ani pierwszej, ani te drugiej instancji. Ze wzgl du jednak na fakt, e do post powania w przedmiocie skargi na przewlekło stosuje si odpowiednio przepisy o post powaniu za aleniowym, obowi zuj ce w post powaniu, którego skarga dotyczy, przyj nale y, e do s du rozpoznaj ce skarg stosuje si odpowiednio przepisy o s dzie odwoławczym, co nie zmienia jednak faktu, e nie jest to s d drugiej instancji.

Skarg na przewlekło post powania wnosi si w toku post powania w sprawie (art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Je eli wi c post powanie nie zostało jeszcze wszcz te lub zostało ju uko czone, skarga na przewlekło w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. nie przysługuje. W ten sposób ustawodawca zakre lił termin do wniesienia skargi. Wszcz cie post powania formalnie otwiera mo liwo wniesienia skargi, za jego uko czenie definitywnie przes dza o braku mo liwo ci jej skutecznego wniesienia. Jest to zatem procesowy mechanizm wymuszenia sprawno ci post powania, realizowany wył cznie w tocz ym si post powaniu. To za przes dza o tym, e uko czenie post powania ju po wniesieniu skargi na przewlekło , a przed jej rozpoznaniem, bezprzedmiotowym czyni orzekanie w jej przedmiocie. Nie mo e ona ju bowiem w adnej mierze wpłyn na bieg post powania.

Z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. wynika, e skarga na przewlekło post powania zapewni ma szybki reakcj na zwłok w rozpoznaniu sprawy i pozwoli na przyspieszenie trwaj cego post powania<sup>108</sup>. Z kolei z art. 6 ust. 3 i 12 ust. 3 tej ustawy wynika, e umo liwia ma ona równie zdyscyplinowanie czynno ci podejmowanych na dalszym biegu post powania, a przez to zapobiec

<sup>108</sup> Postanowienie SA w Białymstoku z 29 maja 2008 r., II A S 3/08, niepubl.

wystąpieniu przewlekło ci na tym etapie. Zasadniczym celem skargi jest więc zapobieganie i zwalczanie przewlekło ci post powania<sup>109</sup>.

Jest to rozwi zanie prawidłowe, gdy skuteczny „rodek odwoławczy” na przewlekło ci post powania w rozumieniu art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno ci powinien przede wszystkim z jednej strony przeciwdziała przewlekło ci, a z drugiej eliminowa jej kontynuacj <sup>110</sup>. Sił rzeczy uko czenie post powania, z oczywistych wzgl dów, eliminuje mo liwo przeciwdziałania przewlekło ci.

Skarga na przewlekło ci post powania jest więc rodzkiem prawnym o charakterze dora nym, wypadkowym, maj cym na celu przerwanie stanu naruszaj cego prawo do rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”), słu c wymuszeniu nadania sprawie sprawie wła ciwego, w tym szybkiego, biegu. W ten sposób skarga na przewlekło ci post powania realizuje cele publicznoprawne<sup>111</sup>.

Celem skargi na przewlekło ci nie jest naprawienie szkody wynikłej ze stwierdzonej przewlekło ci. „Suma pieni na” przyznawana na podstawie art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. stanowi jedynie wst pn (tymczasow ) rekompensat z tytułu ujemnych nast pstw wynikłych dla skar cego z tytułu nadmiernie długiego post powania<sup>112</sup>. Naprawienie szkody wynikłej z przewlekło ci post powania nie odbywa si w post powaniu zainicjowanym wniesieniem skargi na przewlekło ci (arg. ex art. 15 i 16 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Inaczej rzecz ujmuj c pełnej rekompensaty finansowej za przewlekłe post powanie – pełnego zado uczynienia za krzywdy moralne i ewentualne straty maj tkowe strona mo e dochodzi w odr bnym post powaniu, którego istot jest naprawienie szkody i zado uczynienie stratom moralnym wynikłym z przewlekło ci<sup>113</sup>.

Do wniesienia skargi na przewlekło ci post powania wystarczaj ce jest przekonanie skar cego, e w danym post powaniu doszło do przewlekło ci w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. Zarzut przewlekło ci musi by jednak uzasadniony, skar cy zobowi zany jest wskaza okoliczno ci uzasadniaj ce danie stwierdzenia przewlekło ci (art. 6 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Zarzut przewlekło ci post powania stawiany jest przez skar cego s dowi, komornikowi s dowemu albo prokuratorowi prowadz cemu lub nadzoruj cemu post powanie (art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Zarzutu

<sup>109</sup> B. Bło ska, G. Rz sa, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 2007 r. (III SPZP 3/05)*, „Przegl d S dowy” 2008, nr 9, s. 130.

<sup>110</sup> M.M. G siorowska, *Skuteczność skargi na przewlekłość postępowania w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2005, nr 5–6, s. 196.

<sup>111</sup> Uchwała SN z 23 marca 2006 r., III SPZP 3/05, OSNP 2006, nr 21–22, poz. 341.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> B. Bło ska, G. Rz sa, op. cit., s. 130.

tego nie mo na postawi innemu organowi ni wskazane powy ej, przy czym prokurator odpowiada za wadliwe sprawowanie nadzoru nad post powaniem przygotowawczym, a wi c za zachowanie (wadliwe działanie, bezzwyczajnie) nadzorowanego przez siebie organu<sup>114</sup>.

Skarga na przewlekłość post powania mo e by sformułowana wył cznie na pi mie (arg. *ex art.* 6 ust 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Nie mo na jej wnie ustnie do protokołu. Ustawa okre la, jakie szczególne wymogi formalne musi spełni skarg , aby by rozpoznana (art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Niespełnienie tych wymogów skutkuje odrzuceniem skargi bez wzywania do usuni cia braków (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Przedmiotem post powania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlekłość jest ocena zasadno ci podniesionego przez skar cego zarzutu, e doszło do naruszenia prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”)<sup>115</sup>. W ten sposób skarga słu y egzekwowaniu prawa do rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”)<sup>116</sup>. Jest to zatem rodek prawny gwarantuj cy mo liwo s dowej ochrony tego aspektu prawa do s du, który wi e si z postulatem niezwłocznego rozpoznania sprawy<sup>117</sup>. Skarga na przewlekłość post powania nie jest rodkiem stosowanym w celu uzyskania dost pu do s du, lecz rodkiem ochrony przez przewlekłość post powania i w ten sposób słu y realizacji prawa do s du<sup>118</sup>.

Warto podkre li , e prawo do s du przysługuje nie w sprawie o przewlekłość post powania, ale w sprawie, w której do takiej przewlekłości doszło<sup>119</sup>, dlatego te do post powania zainicjowanego wniesieniem skargi nie musz mie (cho mog mie ) zastosowania gwarancje, o których mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno ci. Wprawdzie w doktrynie pojawiło si zdanie odmienne<sup>120</sup>, niemniej jednak nie jest ono przekonuj ce. Tym instrumentem – skarg na przewlekłość post powania – jest bowiem dochodzone prawo do s du – prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”), sił rzeczy wi c skar cy nie realizuje w tym post powaniu prawa do s du, lecz d y do wymuszenia jego realizacji w sprawie głównej.

<sup>114</sup> J. Kasi ski, *op. cit.*, s. 45–46.

<sup>115</sup> P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wili ski, *op. cit.*, s. 37; Z. Cicho , *Krajowa skarga na brak rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki jako środek wyczerpujący postępowania krajowe przed złożeniem skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na nierozpatrzenie sprawy w rozs dnym terminie*, „Palestra” 2005, nr 9–10, s. 143; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną niewydaniem orzeczenia sądowego we właściwym czasie (art. 417<sup>1</sup> § 3 k.c.)*, „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 9; postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., V CNP 7/05, LEX nr 369421.

<sup>116</sup> W. Jaśki, *Zaskarżalność rozstrzygnięć w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania karnego*, „Pa stwo i Prawo” 2010, nr 6, s. 68.

<sup>117</sup> M. Roma ska, *op. cit.*, s. 42.

<sup>118</sup> *Ibidem*, s. 44.

<sup>119</sup> Uchwała 7 s dziów SN z 23 marca 2007 r., III SPZP 3/05, OSNP 2006, nr 21–22, poz. 341.

<sup>120</sup> B. Bło ska, G. RZ sa, *op. cit.*, s. 130–131.

Nawet w sytuacji, gdy z zarzutu sformułowanego przez skarżącego wynika, że kwestionuje on zachowanie podmiotów uczestniczących w danym postępowaniu (np. nieterminowo bieglego, brak przekazania akt sprawy przez inny sąd), to i tak zarzut ten, z punktu widzenia ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., dotyczy sądu rozpoznającego sprawę albo prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie, albowiem organy te są zobowiązane do czuwania nad sprawnym biegiem procesu, w tym do szybkiej i właściwej reakcji na zachowania uczestników postępowania czy też innych organów państwa.

Przedmiot postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlektłość jest więc inny niż przedmiot postępowania w sprawie, na tle której składana jest skarga<sup>121</sup>.

Związki między sprawą rozpoznawaną w postępowaniu głównym a sprawą rozstrzyganą na podstawie skargi są jedynie funkcjonalne<sup>122</sup>.

Skarga w założeniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. jest rodzkiem prawnym na przewlektłość postępowania, a więc ma być „skutecznym rodzkiem odwoławczym” w rozumieniu art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Niewątpliwie zatem ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. realizuje postulat wprowadzenia do polskiego porządku prawnego szczególnego „rodka odwoławczego” w rozumieniu art. 13 konwencji, przeciwdziałającemu przewlektłości postępowania w czasie jego trwania<sup>123</sup>.

Nowelizacja ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2009 r., przyznaje możliwość wniesienia skargi na przewlektłość postępowania prowadzonego lub nadzorowanego przez prokuratora, co realizuje wymóg zapewnienia „skutecznego rodka odwoławczego” w rozumieniu art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na etapie przedśrodkowym. W konsekwencji, przed wniesieniem skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skarżący byłby musiał wnieść skargę na przewlektłość postępowania w trybie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.<sup>124</sup>, jako że skarga do Trybunału przysługuje dopiero po wyczerpaniu wszystkich rodków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym (art. 35 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności)<sup>125</sup>. Brak uprzedniego skorzystania ze skargi na przewlektłość postępowania w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. skutkuje odrzuceniem skargi wniesionej do Trybunału (art. 35 ust. 4 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności).

<sup>121</sup> P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wiliński, op. cit., s. 37.

<sup>122</sup> M. Romańska, op. cit., s. 42.

<sup>123</sup> K. Gonera, *Przewlektłość postępowania w sprawach cywilnych*, „Przebieg Sądowy” 2005, nr 11–12, s. 10–11.

<sup>124</sup> P. Hofmański, A. Wróbel (w.): *Konwencja...*, s. 371; decyzja ETPC z 7 lutego 2006 r. w sprawie *Wiesztal v. Polska*, nr skargi 43748/98, LEX nr 171927 (ang.).

<sup>125</sup> M. Zbrojewska, *Skarga na przewlektłość postępowania karnego*, „Palestra” 2004, nr 11–12, s. 22.

Ponieważ skarga do Trybunału może być wniesiona w ciągu 6 miesięcy od daty podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie, dopiero ukończenie postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlekłość otwiera możliwość dochodzenia praw przez Trybunałem.

Skarga na przewlekłość postępowania nie jest jedynym instrumentem, który służy przyspieszeniu biegu procesu i przeciwdziałaniu przewlekłości. Jej wniesienie nie eliminuje możliwości skorzystania z innych przewidzianych prawem środków w tym zakresie<sup>126</sup>. Skarżący przed wniesieniem skargi do Trybunału nie musi jednak skorzystać z tych środków niezależnie od złożenia skargi na przewlekłość, jako że nie są to środki „skuteczne” w rozumieniu art. 13 Konwencji Europejskiej, a tylko w odniesieniu do takich środków istnieje wymóg ich wykorzystania przez wniesienie skargi do Trybunału (art. 35 ust. 1 Konwencji Europejskiej).

## 5. Charakter postępowania w przedmiocie skargi

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. skarga o stwierdzenie, że postępowaniu, którego skarga dotyczy, nastąpiła przewlekłość postępowania, wnosi się w toku postępowania w sprawie. Jak już wskazano skarga na przewlekłość postępowania dotyczy również postępowania zasadniczego lub postępowania zmierzającego do wykonania orzeczenia sądowego (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). W sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania toczącego się na skutek skargi stosuje odpowiednio przepisy o postępowaniu zaalenowym obowiązujące w postępowaniu, którego skarga dotyczy (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Z przywołanych przepisów wynika incydentalny (wpadkowy) charakter postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi – skarga na przewlekłość jest incydentalnym środkiem uruchamiającym postępowanie kontrolne w przedmiocie szybko i sprawnie toczącego postępowania, w ramach którego została wniesiona.

Pogląd ten prezentowany jest także w orzecznictwie<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> K. Gonera, op. cit., s. 11.

<sup>127</sup> Uchwała 7 sędziów SN z 16 listopada 2004 r., III SPP 42/04, OSNP 2005, nr 5, poz. 71; postanowienie SN z 17 listopada 2004 r., III SPP 42/04, OSNP 2005, nr 5, poz. 71; uchwała SN z 19 stycznia 2005 r., III SPP 115/04, OSNP 2005, nr 9, poz. 135; postanowienie SN z 19 stycznia 2005 r., III SPP 109/04, OSNP 2005, nr 9, poz. 133; postanowienie SN z 4 lutego 2005 r., III SO 1/05, LEX nr 390101; postanowienie SN z 17 sierpnia 2005 r., I CNP 3/05, OSNC 2006, nr 2, poz. 39; postanowienie SN z 17 sierpnia 2005 r., I CNP 7/05, LEX nr 583719; postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., V CNP 7/05, LEX nr 369421; uchwała SN z 21 września 2005 r., I KZP 24/05, OSNKW 2005, nr 10, poz. 89; postanowienie SN z 3 października 2005 r., III SO 19/05, OSNP 2005, nr 24, poz. 403; postanowienie SN z 9 grudnia 2005 r., III SO 18/05, OSNP 2006, nr 15–16, poz. 258; postanowienie SN z 15 grudnia 2005 r., I KZP 44/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 6; postanowienie SN z 27 stycznia 2006 r., II CNP 6/06, LEX nr 191243; postanowienie SN z 27 stycznia 2006 r., II CNP 9/06, LEX nr 191245; uchwała SN z 23 marca 2006 r., III SPZP 3/05, OSNP 2006, nr 21–22, poz. 341; uchwała z 6 września 2006 r., III SPZP 2/06, OSNP 2007, nr 11–12, poz. 176; postanowienie SN z 12 października 2007 r., I CNP 57/07, LEX nr 457737; postanowienie SN z 10 czerwca 2008 r., KSP 2/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 71; postanowienie SN z 2 września 2009 r., KSP 13/09, OSNKW

Tak e w doktrynie przyjmuje si , e post powanie zainicjowane wniesieniem skargi na przewlekło ma charakter incydentalny<sup>128</sup>.

Równie Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, e post powanie zainicjowane skarg na przewlekło , jest post powaniem incydentalnym, co wynika przede wszystkim z tre ci art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.<sup>129</sup>.

Takie te było zało enie ustawodawcy, co wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 17 listopada 2003 r.<sup>130</sup> o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozs dnym terminie sprawy w post powaniu s dowym, który to projekt stał si podstaw obowij cej ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.

Ustawodawca nie stworzył bowiem od podstaw nowej procedury rozpoznania skargi (nowego rodzaju post powania), lecz ukształtował j opieraj c si na przepisach obowij cych w post powaniu za aleniowym w post powaniu, którego skarga dotyczy (arg. ex art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), a skarga jest składana w ramach sprawy głównej i dotyczy kwestii, która wyłoniła si w toku jej rozpoznania (przewlekło post powania w danej sprawie), co przes dza o incydentalnym charakterze post powania zainicjowanego jej wniesieniem<sup>131</sup>. Post powanie incydentalne to bowiem post powanie zwi zane z post powaniem głównym, w toku którego załatwia si kwestie wpadkowe, powstaj ce podczas post powania co do istoty sprawy<sup>132</sup>.

Rozpoznanie skargi na przewlekło nie ma zatem samodzielnego przedmiotu, lecz jest jedynie elementem post powania w sprawie<sup>133</sup>.

Inaczej rzecz ujmuj c, post powanie w przedmiocie przewlekło ci post powania ma jedynie charakter wtórny wobec post powania zasadniczego, tocz ce go si w konkretnej sprawie<sup>134</sup>.

W wyniku wniesienia skargi na przewlekło nie zostaje zatem wszcz ta odr bna (nowa) sprawa<sup>135</sup>, a tym samym post powanie zainicjowane skarg nie jest odr bnym post powaniem s dowym<sup>136</sup>.

2009, nr 9, poz. 82; postanowienie SA w Białymstoku z 5 stycznia 2005 r., I Acz 1182/04, OSAB 2005, nr 1, poz. 34.

<sup>128</sup> T. Zembrzusi, *Niezaskarżalność orzeczeń w przedmiocie skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki*, „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 29; A. Błachnio-Parzych, H. Kuczy ska, S. Zółtek, *Przegląd głos krytycznych do orzeczeń Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z zakresu prawa wykroczeń, prawa międzynarodowego, oraz ustaw szczególnych opublikowanych w okresie od kwietnia 2005 roku do marca 2006 roku*, „Palestra” 2007, nr 9–10, s. 341.

<sup>129</sup> Postanowienie TK z 24 lipca 2006 r., Ts 51/06, OTK B 2007, nr 2, poz. 86.

<sup>130</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 17 listopada 2003 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozs dnym terminie sprawy w post powaniu s dowym, druk sejmowy nr 2256, publikacja na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl), s. 10.

<sup>131</sup> M. Roma ska, op. cit., s. 43.

<sup>132</sup> S. Walto , *Proces...* s. 44; uchwała SN z 24 lutego 2010 r., I KZP 35/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 23.

<sup>133</sup> K. Goner, op. cit., s. 18.

<sup>134</sup> T. Zembrzusi, op. cit., s. 29.

<sup>135</sup> Postanowienie SN z 12 pa dziennika 2007 r., I CNP 57/07, LEX nr 457737; postanowienie SN z 27 stycznia 2006 r., II CNP 9/06, LEX nr 191245; uchwała SN z 23 marca 2006 r., III SPZP 3/05, OSNP 2006, nr 21–22, poz. 341.

<sup>136</sup> Postanowienie SN z 24 pa dziennika 2006 r., VI KZ 3/06, LEX nr 569424.



Nie jest to więc postępowanie samodzielne, lecz jego celem jest przeciwdziałanie przewlekłości toczącego się postępowania co do istoty sprawy<sup>137</sup>.

Można więc stwierdzić, że postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania ma charakter pomocniczy względem postępowania co do istoty sprawy, pozwalając na zrealizowanie jego celu – rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej i cywilnej oskarżonego w „rozsądnym terminie” („bez nieuzasadnionej zwłoki”).

Postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania nie wywiera żadnego wpływu na rozstrzygnięcia merytoryczne w sprawie głównej<sup>138</sup>.

Sąd rozpoznający skargę nie odnosi się do zagadnień wynikających z przepisów prawa materialnego, jak te nie odnosi się do dowodów i twierdzeń stron postępowania co do istoty sprawy.

Postępowanie zainicjowane wniesieniem skargi na przewlekłość postępowania jest postępowaniem kontrolnym – sąd rozpoznający skargę kontroluje prawidłowość i terminowość czynności podejmowanych przez sąd w celu wydania w sprawie rozstrzygnięcia co do istoty albo czynności podjętych przez prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze w celu zakończenia postępowania przygotowawczego, lub czynności podjętych przez sąd lub komornika sądowego w celu przeprowadzenia i zakończenia sprawy egzekucyjnej, albo innej sprawy dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego<sup>139</sup>.

Jak zasadnie twierdzi się w doktrynie, funkcją skargi na przewlekłość jest kontrola sprawności postępowania oraz wymuszenie jego właściwej organizacji<sup>140</sup>. Postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania dotyczy więc sprawności i szybkości postępowania w danej sprawie<sup>141</sup>. Postępowanie to nie służy więc weryfikowaniu (kontrolni) rozstrzygnięć zapadających w sprawie.

Skoro postępowanie w przedmiocie skargi dotyczy szybkości i sprawności danego procesu, to skarżący może wnieść kolejną skargę (kolejne skargi) w dalszym biegu procesu, pod warunkiem dochowania wymogu, o których mowa

<sup>137</sup> Postanowienie SN z 21 lipca 2006 r., III CZ 42/06, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2007, nr 1, poz. 16; uchwała SN z 21 czerwca 2006 r., III SPZP 1/06, OSNP 2007, nr 1–2, poz. 34.

<sup>138</sup> T. Zembrzuski, op. cit., s. 29.

<sup>139</sup> Postanowienie NSA z 9 lipca 2009 r., I OPP 41/09, LEX nr 554803; postanowienie NSA z 5 czerwca 2009 r., II OPP 8/09, LEX nr 561886; postanowienie NSA z 5 czerwca 2009 r., II OPP 12/09, LEX nr 561885; postanowienie NSA z 5 czerwca 2009 r., I OPP 39/09, LEX nr 561314; postanowienie NSA z 5 czerwca 2009 r., I OPP 37/09, LEX nr 561212; postanowienie NSA z 5 czerwca 2009 r., I OPP 36/09, LEX nr 561211; postanowienie NSA z 28 maja 2009 r., I FPP 2/09, LEX nr 574757; postanowienie NSA z 3 kwietnia 2009 r., II OPP 6/09, LEX nr 575331; postanowienie NSA z 3 kwietnia 2009 r., I OPP 24/09, LEX nr 532014; postanowienie NSA z 26 września 2008 r., I OPP 33/08, LEX nr 524160; postanowienie NSA z 5 września 2008 r., II OPP 22/08, LEX nr 516391; postanowienie NSA z 24 lipca 2008 r., I OPP 23/08, LEX nr 494267; postanowienie NSA z 4 czerwca 2008 r., II OPP 17/08, LEX nr 494356; postanowienie NSA z 4 czerwca 2008 r., II OPP 16/08, LEX nr 494355; postanowienie NSA z 4 czerwca 2008 r., I OPP 20/08, LEX nr 479136; postanowienie SN z 2 lipca 2009 r., III SPP 14/09, LEX nr 551875.

<sup>140</sup> Postanowienie SA w Krakowie z 26 października 2005 r., II S 20/05, KZS 2005, nr 12, poz. 38.

<sup>141</sup> P. Pogonowski, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego rozstrzygnięcia w postępowaniu cywilnym. Problemy podstawowe (cz. II)*, „Rejent” 2005, nr 11, s. 28.

w art. 14 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. Skarga nie ma więc charakteru jednorazowego instrumentu prawnego służącego przyspieszeniu postępowania, lecz można z niej korzystać nawet wielokrotnie, pod warunkiem upływu wymaganego przez ustawę terminu (6 lub 12 miesięcy), liczonego od daty wydania orzeczenia w przedmiocie poprzedniej skargi.

Postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania nie jest postępowaniem ani przed sądem pierwszej instancji, ani też postępowaniem przed sądem drugiej instancji<sup>142</sup>. Jest to z całą pewnością więc postępowanie sądowe, tj. toczy się przed sądem<sup>143</sup>, ale nie ma nic wspólnego z instancyjnością rozpoznania sprawy. Sąd rozpoznający skargę nie jest więc sądem drugiej instancji (sądem odwoławczym), lecz sądem kontrolującym przebieg zaskarżonego postępowania.

W postępowaniu zainicjowanym wniesieniem skargi na przewlekłość nie chodzi o samo stwierdzenie przewlekłości i zasądzenie „sumy pieniężnej” na podstawie art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., lecz o przerwanie przewlekłości istniejącej w dacie orzekania i zapobieganie jej wystąpieniu na dalszym etapie procesu. Skarga jest więc wnoszona po to, aby usprawnić bieg procesu<sup>144</sup>.

Postępowanie zainicjowane skargą na przewlekłość może dotyczyć konkretnej sprawy, albowiem ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. nie przewiduje oceniania przewlekłości postępowania w stosunku do określonej strony „w ogóle”<sup>145</sup>. Wynika to chociażby ze sformułowania „...jeżeli postępowanie w tej sprawie trwa dłużej, niż to konieczne...” (art. 2 ust. 1 ustawy); jak również ze sformułowania: „strona może wnieść skargę o stwierdzenie, że w postępowaniu, którego skarga dotyczy...” (art. 2 ust. 1 ustawy); „dla stwierdzenia, czy w sprawie...” (art. 2 ust. 2 ustawy) czy też „skargę o stwierdzenie, że w postępowaniu, którego skarga dotyczy...” (art. 5 ust. 1 ustawy).

Postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania toczy się między innymi podmiotami niepostępowanie w sprawie głównej<sup>146</sup>.

Konsekwencyjny charakter postępowania zainicjowanego skargą na przewlekłość jest m.in. to, że nie znajduje do niego zastosowania art. 176 ust. 1 Konstytucji, przewidujący dwuinstancyjność postępowania sądowego, standard ten nie obejmuje bowiem postępowań incydentalnych<sup>147</sup>. Przedmiot skargi na przewlekłość nie jest bowiem sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji,

<sup>142</sup> Postanowienie SN z 27 września 2006 r., KSP 7/06, LEX nr 568781.

<sup>143</sup> Postanowienie TK z 19 lipca 2006 r., Ts 171/05, OTK B 2006, nr 4, poz. 150.

<sup>144</sup> Uchwała SN z 9 stycznia 2008 r., III SPZP 1/07, OSNP 2008, nr 13–14, poz. 205; postanowienie SN z 6 lutego 2006 r., III SPP 163/05, OSNP 2007, nr 5–6, poz. 87; postanowienie SN z 19 stycznia 2006 r., III SPP 162/05, LEX nr 439157.

<sup>145</sup> Postanowienie NSA z 20 maja 2009 r., II FPP 3/09, LEX nr 546993.

<sup>146</sup> T. Zembrzuski, op. cit., s. 30.

<sup>147</sup> Postanowienie TK z 15 lipca 2009 r., Ts 307/07, OTK B 2009, nr 4, poz. 271; postanowienie TK z 24 września 2008 r., Ts 307/07, OTK B 2009, nr 4, poz. 270.

a co za tym idzie, nie korzysta z konstytucyjnej gwarancji rozpoznania jej przez sąd w postępowaniu dwuinstancyjnym<sup>148</sup>. Tym samym orzeczenia merytoryczne zapadające w przedmiocie skargi nie muszą być zaskarżalne, a postępowanie zainicjowane wniesieniem skargi może mieć charakter jednoinstancyjny.

Oczywiście, ustawodawca władny jest przyjąć, że od orzeczeń zapadających w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem skargi na przewlekłość przysługuje środek zaskarżenia, niemniej jednak nie będzie to realizacją obowiązku zapewnienia dwuinstancyjności postępowania, ten bowiem nie odnosi się do tego typu postępowań.

Incydentalny charakter postępowania zainicjowanego skargami i wynikający z tego brak zaskarżalnych orzeczeń wydawanych w jej przedmiocie eliminowałby nadmiernie wydłużenie tego postępowania<sup>149</sup>. Ustawodawca w ten sposób starał się więc zapobiec niepotrzebnemu przedłużeniu postępowania co do istoty sprawy na skutek przedłużającego się postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlekłość.

Ponadto incydentalny charakter postępowania zainicjowanego skargami na przewlekłość eliminuje możliwość jego wznowienia, tj. nie istnieje możliwość wznowienia postępowania w przedmiocie skargi.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że przepisów o wznowieniu postępowania nie stosuje się do postępowania w sprawie skargi na przewlekłość postępowania w sprawie karnej. Taki pogląd wyraził m.in. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 maja 2007 r., V KZ 24/07<sup>150</sup> oraz w postanowieniu z dnia 7 listopada 2007 r., V KZ 70/07<sup>151</sup>.

Przepisy o wznowieniu postępowania, co do zasady, odnoszą się do postępowań, w których prawomocnie rozstrzygnięto o odpowiedzialności karnej oskarżonego<sup>152</sup>, a w każdym razie rozstrzygnięto o przedmiocie procesu (jak ma to miejsce m.in. w przypadku postępowania rehabilitacyjnego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczenia wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego). Postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość nie wkracza w sferę ustaleń o odpowiedzialności karnej (ustaleń o przedmiocie procesu karnego), za prawomocne orzeczenie, wydane co do skargi na przewlekłość, niekończy postępowania sądowego w tej materii.

Tym samym więc do postępowań w przedmiocie przewlekłości zupełnie nie mogą mieć zastosowania podstawy wznowienia wskazane w przepisach art. 540 § 1 pkt 2 k.p.k., art. 540 § 2 i 3 k.p.k. oraz art. 540a k.p.k.

<sup>148</sup> Wyrok TK z 1 kwietnia 2008 r., SK 77/06, OTK A 2008, nr 3, poz. 39.

<sup>149</sup> Postanowienie SN z 15 grudnia 2005 r., I KZP 44/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 6; postanowienie SN z 3 października 2005 r., III SO 19/05, OSNP 2005, nr 24, poz. 403.

<sup>150</sup> Publ. OSNKW 2007, nr 6, poz. 53.

<sup>151</sup> Publ. LEX nr 569410.

<sup>152</sup> Zob. szerzej: S. Kalinowski, *Polski proces karny w zarysie*, Warszawa 1979, s. 387–388.

Takiego zastosowania nie może mieć również podstawa wznowienia wymieniona w art. 540 § 1 pkt 1 k.p.k. (*ex delicto, propter falsa*). Należy bowiem podkreślić, że instytucja wznowienia dotyczy postępowania w jego głównym nurcie, a więc co do istoty sprawy i związanych z nią rozstrzygnięć. Założenie to odnosi się nie tylko do wcześniej wymienionych podstaw wznowienia, ale również do podstawy *ex delicto*, skoro wskazana przyczyna zachodzi po ustaleniu przez sąd, że przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem mogło mieć wpływ na treść orzeczenia. Nie można uznać, że tym właśnie orzeczeniem nie jest orzeczenie końcowe postępowanie główne, a może nim byłaby każda z tych orzeczeń, które prawomocnie zakończyło postępowanie w jakiegokolwiek (choćby istotnej) kwestii wпадkowej, jaka wynikła w jego zasadniczym nurcie.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11 września 2008 r., IV KZ 62/08<sup>153</sup> wyraził, że instytucja wznowienia postępowania ma służyć korygowaniu błędów prawomocnych orzeczeń rozstrzygających o przedmiocie postępowania, nie znajduje więc zastosowania do wznowienia postępowań incydentalnych.

Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z 12 września 2007 r., II AKo 156/07, jednoznacznie przyjął, że postanowienie o ukaraniu karporalnym oparte o przepis art. 49 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych nie należy do kategorii orzeczeń, o których mowa w art. 540 § 1 k.p.k.<sup>154</sup>. Postępowanie w przedmiocie karporalnych jest postępowaniem incydentalnym<sup>155</sup>.

Inaczej rzecz ujmując, jeżeli rozstrzygnięcie nie dotyczy postępowania w zakresie odnoszącym się do głównego przedmiotu procesu, nie jest możliwe wznowienie postępowania<sup>156</sup>.

Podsumowując: postępowanie ze skargi na przewlekłość nie jest postępowaniem odrębnym wobec głównego nurtu toczącego się postępowania, lecz jego fragmentem, dotyczącym jedynie kwestii związanych z oceną jego sprawności, nie zaś istoty sprawy, a skoro nie jest to postępowanie samoistne, to nie może być ono objęte wnioskiem o wznowienie postępowania<sup>157</sup>.

Należy również zwrócić uwagę, że również z innych przepisów normujących wznowienie postępowania wynika, że instytucja ta nie może znaleźć zastosowania. Wskazane należy chociażby na trzy normy wynikające z przepisów art. 545 § 1 w zw. z art. 529 k.p.k. czy z art. 543 k.p.k., jak też o fakcie, że wznowienie postępowania karnego na wniosek strony (niezależnie czy złożony na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego) nie jest ograniczone żadnym terminem. Przeniesienie tego rozważania (choćby tylko w odniesieniu do podstawy wznowienia z art. 540 § 1

<sup>153</sup> Publ. OSNwSK 2008, poz. 1823.

<sup>154</sup> Publ. KZS 2008, nr 2, poz. 84.

<sup>155</sup> S. Walto, *Proces...*, s. 44.

<sup>156</sup> Postanowienie SN z 27 sierpnia 2008 r., IV KZ 59/08, OSNwSK 2008, poz. 1715.

<sup>157</sup> Zob. S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, op. cit., t. III, s. 649.

pkt 1 k.p.k.) na grunt ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., pozostawałoby w sprzeczności z *ratio legis* tej ustawy, jak też pozostawałoby w sprzeczności z obowiązkiem ochrony interesu strony postępowania głównego, która nie zgłosiła skargi na przewlekłość, zainteresowanej jak najkrótszym biegiem postępowania zasadniczego. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że celem tej skargi, w wypadku ewentualnego wznowienia dotyczącego jej postępowania, nie mógłby zostać dochowany zwłaszcza w sytuacji, gdy postępowanie główne, którego skarga dotyczyła, uległo już zakończeniu. Celem tym jest bowiem przyspieszenie postępowania znajdującego się w toku, a jego ukoniecznienie, eliminuje możliwość realizacji owego celu.

Zasadny jest więc pogląd, że nie jest możliwym wznowienie postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlekłość, za czym przemawia zarówno treść przywołanych przepisów, jak również *ratio legis* ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.

Pogląd ten jest akceptowany w doktrynie<sup>158</sup>.

Również w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania cywilnego prezentowany jest konsekwentnie pogląd, że nie jest możliwym wznowienie postępowania prowadzonego w przedmiocie skargi<sup>159</sup>. Pogląd ten został zaakceptowany w doktrynie, gdzie podniesiono, że niemożliwym wznowienia postępowania wynika z faktu, iż rozstrzygnięcie w przedmiocie przewlekłości nie dotyczy postępowania „w sprawie”, lecz rozstrzyga kwestię wypadków (ubocznych), za możliwość wznowienia postępowania może mieć miejsce w przypadku definitywnego, ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy<sup>160</sup>.

Postanowienie w przedmiocie skargi na przewlekłość nie jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie i tym samym nie podlega zaskarżeniu skargą o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, co nie budzi wątpliwości w orzecznictwie<sup>161</sup>. Pojęcie prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, o którym mowa w art. 424<sup>1</sup> § 1 k.p.c., odnosi się bowiem do wyroków oraz postanowień co do istoty sprawy<sup>162</sup>, a w incydentalnym postępowaniu, jakim jest postępowanie zainicjowane wniesieniem skargi na przewlekłość, takie orzeczenie nie zapada. Jak więc trafnie zauważa ono, samo przyjęcie postanowienia w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania nie jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie, przekreśla możliwość jego zaskarżenia w trybie skargi, o której mowa w art. 424<sup>1</sup> § 1 k.p.c.<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 1137; S. Górecki, S. Stachowiak, P. Wiliński, op. cit., s. 122.

<sup>159</sup> Uchwała SN z 28 czerwca 2005 r., III SPZP 1/05, OSNP 2005, nr 19, poz. 231; postanowienie SA we Wrocławiu z 1 sierpnia 2005 r., III S 23/05, niepubl.; postanowienie SA we Wrocławiu z 27 marca 2007 r., I S 9/07, niepubl.

<sup>160</sup> T. Zabrzuski, op. cit., s. 34.

<sup>161</sup> Postanowienie SN z 26 stycznia 2006 r., II CNP 6/06, LEX nr 191243; postanowienie SN z 17 sierpnia 2005 r., I CNP 7/05, LEX nr 583719.

<sup>162</sup> P. Judek, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia – wybrane aspekty prawne*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 19, s. 1027.

<sup>163</sup> T. Zembrzuski, op. cit., s. 34.

W doktrynie nie budzi ponadto wątpliwości, że orzeczenia zapadające w postępowaniu pomocniczym czy też incydentalnym nie spełniają wymogu, o którym mowa w art. 424<sup>1</sup> § 1 k.p.c.<sup>164</sup>.

Brak możliwości wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem postanowienia oddalającej skargi na przewlekłość postępowania nie pozostaje w sprzeczności z Konstytucją<sup>165</sup>.

Również z punktu widzenia art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie jest wymagane, aby postanowienie wydane w przedmiocie „rodka odwoławczego” było w jakikolwiek sposób zaskarżalne, a co za tym idzie nie jest niezbędne, aby w jakimkolwiek trybie było ono weryfikowane.

Rozważając należy, czy wobec niezaskarżalności postanowienia wydanego w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania, jest możliwe podniesienie wadliwości tego postanowienia w postępowaniu apelacyjnym lub kasacyjnym, toczy się w sprawie głównej.

Na tak postawione pytanie należy zdecydowanie odpowiedzieć negatywnie. Apelacja w postępowaniu karnym służy bowiem od wyroku sądu pierwszej instancji, a pokrzywdzonemu od wyroku warunkowo umarzonego postępowanie, wydanego na posiedzeniu (art. 444 k.p.k.), kasacja zaś przysługuje od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego chociaż tego postępowania w sprawie (art. 519 k.p.k.). Wskazane rodzki odwoławcze przysługują więc od „wyroków”, a nie jakichkolwiek innych orzeczeń<sup>166</sup>, tj. zarzut apelacyjny lub kasacyjny stawiany jest rozstrzygnięciu merytorycznego zapadłemu w sprawie głównej (art. 438 k.p.k., art. 439 k.p.k., art. 440 k.p.k.). Wprawdzie w apelacji (art. 447 § 3 k.p.k.) i kasacji (art. 447 § 3 k.p.k. w zw. z 528 § 2 k.p.k.)<sup>167</sup> można podnieść zarzuty, które nie stanowiły lub nie mogły stanowić przedmiotu zażalenia, niemniej jednak postanowienia lub zarządzenia, które nie były zaskarżone przez stronę, bądź dlatego, że zażalenie w ogóle nie przysługiwało, bądź dlatego, iż strona zrezygnowała z przysługującego jej zażalenia, mogą być w dalszym toku postępowania kwestionowane, jeżeli tylko mogły mieć wpływ na treść wyroku<sup>168</sup>. Skoro zatem mierzona treść postanowienia w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania a rozstrzygnięciem co do istoty sprawy nie zachodzi adekwatny związek, w szczególności co do postanowienia w przedmiocie skargi na przewlekłość nie ma żadnego wpływu na treść orzeczenia merytorycznego co do istoty sprawy,

<sup>164</sup> K. Piasecki (w.): *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 1570.

<sup>165</sup> Postanowienie SN z 16 stycznia 2009 r., V CO 65/08, LEX nr 523669.

<sup>166</sup> S. Zabłocki (w.): J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. III, Warszawa 2004, s. 233 i 451; W. Grzeszczyk, *Kasacja w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2000, s. 34.

<sup>167</sup> Postanowienie SN z 10 kwietnia 2006 r., IV KZ 12/06, OSNwSK 2006, poz. 804.

<sup>168</sup> S. Zabłocki (w.): J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, op. cit., t. III, s. 246–247; P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 746; wyrok SN z 12 czerwca 2007 r., IV KK 62/07, LEX nr 296720.

to w apelacji czy te kasacji prawidłowo tego postanowienia nie może być kwestionowana<sup>169</sup>.

Również w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania cywilnego przyjmuje się, że nie istnieje możliwość zakwestionowania w apelacji czy te skardze kasacyjnej treści postanowienia wydanego w przedmiocie skargi<sup>170</sup>. W doktrynie trafnie podniesiono, że postanowienie wydane incydentalnym postępowaniem, jakim jest postępowanie zainicjowane wniesieniem skargi na przewlekłość, w którym dokonuje się oceny sprawności i szybkości postępowania, nie wykazuje żadnego związku z danymi stron w postępowaniu głównym, a zatem brak jest związku między jego treścią a rozstrzygnięciem istoty sprawy<sup>171</sup>.

## 6. Skarga na przewlekłość postępowania a inne instrumenty prawne w polskim systemie prawa służyć przeciwdziałaniu przewlekłości postępowania

Jak wskazano, wniesienie skargi na przewlekłość w trybie ustawy z 17 czerwca 2004 r. nie pozbawia skarżącego możliwości skorzystania z innych instrumentów prawnych, które mogą przeciwdziałać przewlekłości. Jeden przepis prawa takiego rozwiązania bowiem nie przewiduje, nie może być więc ono wprowadzone w drodze wykładni prawa. Możliwa jest więc sytuacja, że strona postępowania lub inny uprawniony podmiot skorzysta z każdego z przysługujących środków prawnych, dążąc do przyspieszenia biegu procesu.

Tytułem przykładu należy wskazać, że strona może wnieść o podjęcie czynności w zakresie nadzoru nad działalnością administracyjnych sądów<sup>172</sup> (art. 37 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych<sup>173</sup>).

Jak wynika z treści art. 37 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, w razie stwierdzenia uchybienia w zakresie sprawności postępowania sądowego, minister sprawiedliwości oraz prezesi sądów mogą zwrócić na nie, na piśmie, uwagę i dać usunąć skutki tego uchybienia. Środkiem, którego dotyczy zwrócona uwaga, może być w terminie siedmiu dni złożony pisemnie zastrzeżenie do organu, który zwrócił uwagę, co nie zwalnia go od obowiązku usunąć skutki uchybienia.

Przepis ten został umieszczony w rozdziale 5 wskazanej ustawy, który jest zatytułowany *Nadzór nad działalnością administracyjną sądów*. Siłą rzeczy więc ingerencja w tym trybie nie może dotyczyć sfery orzekania i zagadnień z nim związanych (np. odraczania posiedzenia, terminowości sporządzenia uzasadnienia,

<sup>169</sup> T. Zabrzuski, op. cit., s. 34.

<sup>170</sup> Ibidem.

<sup>171</sup> Ibidem.

<sup>172</sup> K. Gonera, op. cit., s. 11.

<sup>173</sup> Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.

wyznaczania terminów kolejnych rozpraw, koncentracji materiału dowodowego w sprawie)<sup>174</sup>.

W konsekwencji danie usunięcia uchybienia może dotyczyć dostrzeżonych oczywistych usterek i uchybień, nie może natomiast rozciągać się na sferę orzekania ani wykładni przepisów<sup>175</sup>. Ma więc charakter ograniczony. Można więc np. zwrócić uwagę z dziemu, że wyznaczył w danym dniu na tę samą godzinę kilka rozpraw (kwestia czysto porządkowa), czy też wyznaczył rozprawy w sali, w której w danym dniu orzeka inny skład, skutkiem czego brak jest miejsca na przeprowadzenie czynności w danej sprawie (również zagadnienie czysto porządkowe) itp.

Strona postępowania może również wystąpić do Rzecznika Praw Obywatelskich z wnioskiem o pomoc w ochronie przysługujących jej wolności lub praw naruszonych przez organy władzy publicznej, co wynika z 80 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich<sup>176</sup>.

Z wnioskiem do Rzecznika Praw Obywatelskich może wystąpić każdy (art. 80 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.). Przez to pojęcie należy rozumieć przede wszystkim każdą osobę fizyczną – obywatela, cudzoziemca, bezpaństwowca<sup>177</sup>.

W przypadku wystąpienia z wnioskiem do Rzecznika Praw Obywatelskich nie musi zostać zrealizowana zasada subsydiarności, zakładająca konieczność uprzedniego wyczerpania przysługujących wnioskodawcy prawem określonych środków ochrony<sup>178</sup>. Ani Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., ani ta ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich takiego rozwiązania nie przewidują. W konsekwencji wystąpienie do Rzecznika Praw Obywatelskich może dotyczyć działania organów władzy publicznej w trakcie toczącego się postępowania, np. sądowego<sup>179</sup>.

Wniosek skierowany do Rzecznika Praw Obywatelskich powinien dotyczyć ochrony wolności lub praw naruszonych przez organy władzy publicznej. Mogą to być wolności lub prawa zawarte w Konstytucji, jak również w innych aktach normatywnych, w tym również w innych umowach międzynarodowych. Jak wynika bowiem z art. 208 ust. 1 Konstytucji, Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na straży wolności i praw człowieka określonych w Konstytucji oraz w innych aktach nor-

---

<sup>174</sup> T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Komentarz do Prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002, s. 99–100.

<sup>175</sup> Ibidem, s. 99.

<sup>176</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 14, poz. 147.

<sup>177</sup> J. Wiercia, *Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 96; J. Trzeciński, *Zakres podmiotowy i podstawa skargi konstytucyjnej*, (w:) *Skarga konstytucyjna*, (red.) J. Trzeciński, Warszawa 2000, s. 46 i n.; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 1999, s. 78; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 104.

<sup>178</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 403.

<sup>179</sup> Ibidem.



matywnych. Trafny jest więc pogląd, że ze sformułowania art. 80 Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. o naruszeniu wolności i praw wynika, że podmiot uprawniony może wystąpić z wnioskiem do Rzecznika Praw Obywatelskich w przypadku naruszenia jego wolności i praw wynikających np. z Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>180</sup>.

Zakresem wniosku do Rzecznika Praw Obywatelskich mogą być objęte naruszenia wolności lub praw człowieka, których źródłem jest działanie lub zaniechanie<sup>181</sup>.

Naruszenie wolności lub praw człowieka może mieć niewątpliwie miejsce w procesie stosowania prawa, a więc np. w ramach postępowania sądowego czy też postępowania przygotowawczego<sup>182</sup>.

Wniosek kierowany do Rzecznika Praw Obywatelskich jest wolny od opłat, nie wymaga zachowania szczególnej formy, lecz powinien zawierać oznaczenie wnioskodawcy oraz osoby, której wolności i praw sprawa dotyczy, a także określa przedmiot sprawy (art. 10 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Rzecznik Praw Obywatelskich może podjąć sprawę, poprzestając na wskazaniu wnioskodawcy przysługujących mu środków działania, przekazać sprawę według właściwości, jak również nie podjąć sprawy, za którą razem zawiadamiając o tym wnioskodawcę i osobę, której sprawa dotyczy (art. 11 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Rzecznik Praw Obywatelskich, podejmując sprawę, może samodzielnie prowadzić postępowanie wyjaśniające (art. 12 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Prowadząc postępowanie, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Rzecznik ma prawo zbadać, nawet bez uprzedzenia, każdą sprawę na miejscu, jak też za pośrednictwem informacji o stanie sprawy prowadzonej przez sąd, a także przez prokuraturę i inne organy ścigania oraz za pośrednictwem wglądu w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich aktów sądowych i prokuratorskich oraz akt innych organów ścigania po zakończeniu postępowania i zapadnięciu rozstrzygnięcia (art. 13 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Tym samym akta sądowe i prokuratorskie mogą być udostępnione do wglądu w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich dopiero po zakończeniu postępowania i zapadnięciu rozstrzygnięcia, przy czym nie musi to być rozstrzygnięcie prawomocne<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> J. Trzciski (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2001, komentarz do art. 80, s. 2.

<sup>181</sup> J. Wiewa, op. cit., s. 97; J. Trzciski, (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 80, s. 6–7.

<sup>182</sup> J. Wiewa, op. cit., s. 97.

<sup>183</sup> Ibidem, s. 147.

Jak podnosi się w doktrynie Rzecznik Praw Obywatelskich może dać akt do wglądu m.in. w celu ustalenia, czy w sprawie zaistniała przewlekłość<sup>184</sup>.

Po zbadaniu sprawy Rzecznik Praw Obywatelskich może: wyjechać wnioskodawcy, jeżeli nie stwierdził naruszenia wolności i praw człowieka i obywatela (art. 14 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich); skierować wystąpienie do organu, organizacji lub instytucji, w których działalność stwierdził naruszenie wolności i praw człowieka i obywatela, przy czym wystąpienie takie nie może naruszać niezawisłości sądowniczej (art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich), jak również zwrócić się do organu nadrzędnego nad jednostką, o której mowa w pkt 2, z wnioskiem o zastosowanie środków przewidzianych w przepisach prawa (art. 14 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Tym samym, jeżeli Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdzi naruszenie wolności lub praw, może skierować wystąpienie do organu, w którego zachowaniu stwierdził nieprawidłowość.

Wystąpienie powinno wskazywać, jakie naruszenia wolności i praw zostały przez Rzecznika stwierdzone, argumenty uzasadniające taką ocenę, a także stosownie do treści art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, opinie i wnioski co do sposobu załatwienia sprawy. Owe wnioski i opinie co do sposobu załatwienia sprawy powinny wskazywać, w jaki sposób organ, który dopuścił się naruszenia powinien doprowadzić sprawę do zgodności z wartościami i prawami człowieka<sup>185</sup>.

Skoro wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich nie może naruszać niezawisłości sądowniczej, to tym samym Rzecznik nie może ingerować w proces orzekania i kwestie z nim związane. Nie ma natomiast przeszkód, aby się stał adresatem wystąpienia Rzecznika w trybie art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, w sytuacji gdy przedmiot wystąpienia nie wkracza w dziedzinę niezawisłości sądowniczej, lecz dotyczy administracyjnej działalności sądów<sup>186</sup>.

Tym samym nie jest możliwe, aby Rzecznik w wystąpieniu skierowanym do danego sądu, wskazał np. na konieczność skoncentrowania czynności dowodowych w sprawie, wyznaczania większej liczby rozpraw, skutecznego dyscyplinowania uczestników postępowania, celem ukończenia postępowania „w rozsądnym terminie”. Są to bowiem kwestie nierozdzielnie związane z procesem orzekania, a zatem chronione zasadą niezawisłości sądowniczej, której wystąpienie Rzecznika naruszać nie może.

Rzecznik może jednak zwrócić uwagę np. na konieczność przestrzegania terminów procesowych, jest to wprawdzie kwestia związana z procesem orzekania,

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> Ibidem, s. 193.

<sup>186</sup> Ibidem, s. 154.

niemniej jednak takie wyst pienie nie ingeruje w proces decyzyjny, lecz zwraca uwag na konieczno przestrzegania obowi zuj cych przepisów prawa, ma wi c charakter niejako generalny (abstrakcyjny), nieodnosz cy si wył cznie do sprawy, która była przedmiotem post powania wyja niaj cego.

Inaczej jest w odniesieniu do innych organów ni s dy, które przecie nie korzystaj z atrybutu niezawisło ci. Tu Rzecznik dysponuje o wiele szerszymi mo liwo ciami, je eli chodzi o tre wyst pienia. W takim przypadku Rzecznik uprawniony jest nie tylko do sformułowania uwag o charakterze generalnym, ale władny jest również , wskazuj c na konkretne przykłady nieprawidłowego zachowania organów władzy publicznej (np. prokuratora) sformułowa uwagi co do sposobu usuni cia dostrze onych narusze wolno ci i praw człowieka. Mo e wi c np. zwróci uwag na konieczno zdyscyplinowania czynno ci podejmowanych w sprawie, nało enia wła ciwych kar porz dkowych, celem wymuszenia wymaganego przez prawo zachowania od uczestników post powania (oskar onych, wiadków, biegłych), itp.

Rzecznik Praw Obywatelskich w wyst pieniu, o którym mowa w art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, mo e da wszcz cia post powania dyscyplinarnego lub zastosowania sankcji słu bowych (art. 15 ust. 1 tej ustawy). Organ, organizacja lub instytucja, do których zostało skierowane wyst pienie, obowi zane s bez zb dnej zwłoki, nie pó niej jednak ni w terminie 30 dni, poinformowa Rzecznika o podj tych działaniach lub zaj tym stanowisku. W wypadku gdy Rzecznik nie podziela tego stanowiska mo e zwróci si do wła ciwej jednostki nadrz dnej o podj cie odpowiednich działań (art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich).

Wyst pienie Rzecznika Praw Obywatelskich na podstawie art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich jest rodkiem o charakterze postulatywnym, nie powoduje automatycznie przyj cia punktu widzenia zaprezentowanego przez Rzecznika<sup>187</sup>.

Rzecznik nie mo e wi c narzuci swojego stanowiska, niemniej jednak jego wyst pienie mo e doprowadzi do zmiany sposobu procedowania przez organ w danej sprawie, a uwagi przedstawione przez Rzecznika mog by impulsem do nadania sprawie wła ciwego, w tym sprawnego biegu.

Podsumowuj c: strona post powania mo e w jego toku zwroci si do Rzecznika Praw Obywatelskich o pomoc w ochronie jej wolno ci i praw, w tym prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozs dnym terminie”). Rzecznik Praw Obywatelskich mo e wskaza wnioskodawcy przysługuj ce mu rodki działania (np. wskaza , e mo e on wnie skarg na przewlekło post powania w trybie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), jak również przeprowadzi post powanie wyja niaj ce, w celu stwierdzenia, czy zarzuty sformułowane przez wnioskodawc s prawidłowe. Je eli Rzecznik stwierdzi naruszenie prawa do roz-

<sup>187</sup> Ibidem.

patrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”) może skierować do właściwego organu wystąpienie, o którym mowa w art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, wskazując na stwierdzone przez siebie naruszenia i formułując wnioski i opinie co do sposobu załatwienia sprawy, które nie mają jednak mocy wiążącej.

Strona postępowania może wreszcie złożyć skargę w trybie art. 227 k.p.a.<sup>188</sup>. Z treści tego przepisu, przedmiotem skargi może być w szczególności zaniedbanie lub nienależyte wykonywanie zadań przez właściwe organy albo przez ich pracowników, naruszenie praworządności lub interesów skarżących, a także przewlekłe lub biurokratyczne załatwianie spraw.

Przedmiotem skargi w trybie art. 227 k.p.a. może być również wadliwe działanie, jak i bezczynność organu władzy publicznej<sup>189</sup>.

Tym samym przewlekłość postępowania może być zakwestionowana w ramach skargi, o której mowa w art. 227 k.p.a.<sup>190</sup>, bez względu na to, czy jest następstwem wadliwego działania, czy też bezczynności organu władzy publicznej<sup>191</sup>.

Jak podnosi się w doktrynie, pojęcie przewlekłego załatwienia sprawy, o którym mowa w art. 227 k.p.a., odnosi się do sposobu załatwienia sprawy – w przypadku przewlekłości nie dochodzi do załatwienia sprawy do czasu wniesienia skargi lub sprawa zostaje załatwiona później, niż mogłaby i powinna być załatwiona<sup>192</sup>.

Przedmiotem skargi w trybie art. 227 k.p.a. może być zarówno całe działanie organu, składające się na proces załatwienia sprawy, jak i poszczególne czynności. Skarżący może więc kwestionować potrzebę podjęcia poszczególnych czynności, twierdząc, że były one zbędne, nie podejmowano ich w terminie lub że sposób ich dokonywania doprowadził do przedłużenia postępowania. Przewlekłość może być również wynikiem braku podejmowania przez organ jakichkolwiek czynności w sprawie i brak jest uzasadnienia takiej bezczynności organu<sup>193</sup>.

Organ właściwy do załatwienia skargi powinien załatwić skargę bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w ciągu miesiąca (art. 237 § 1 k.p.a.).

O sposobie załatwienia skargi zawiadamia się skarżącego (art. 237 § 3 k.p.a.).

Zawiadomienie o sposobie załatwienia skargi powinno zawierać: oznaczenie organu, od którego pochodzi, wskazanie, w jaki sposób skarga została załatwiona oraz podpis z imienia, nazwiska i stanowiska słubowego osoby upoważnionej do załatwienia skargi. Zawiadomienie o odmownym załatwieniu skargi powinno zawierać ponadto uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 238 § 1 k.p.a.).

<sup>188</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

<sup>189</sup> J. Borkowski (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 815.

<sup>190</sup> B. Banaszak, *Prawo obywateli do występowania ze skargami i wnioskami*, Warszawa 1997, s. 19–20.

<sup>191</sup> Cz.P. Kląk, *Realizacja konstytucyjnych środków ochrony godności człowieka*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza. Prawo 2”, (red.) J. Ciągwa, Rzeszów 2004, s. 167.

<sup>192</sup> P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 413.

<sup>193</sup> Ibidem, s. 413.

W przypadku skargi złożonej w trybie art. 227 k.p.a. w toku postępowania sądowego, jej załatwienie nie może prowadzić do naruszenia niezawisłości sądu dziowskiej.

Przykładem skargi złożonej w trybie art. 227 k.p.a. może być skarga na czynność lub zachowanie prokuratora. W takim przypadku organem właściwym do jej rozpoznania jest bezpośredni przełożony prokuratora (§ 395 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. Regulamin wewnętrzny urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury<sup>194</sup>). Jeżeli pismo zawiera zarzuty dotyczące niedopełnienia obowiązków, przekroczenia uprawnień lub uchybienia godności urzędu przez prokuratora, należy uznać je za skargę, do której załatwienia właściwy jest przełożony dyscyplinarny (§ 397 wskazanego rozporządzenia).

W trybie skargi, o której mowa w art. 227 k.p.a., można więc np. zarzucić przewlekłe prowadzenie danego postępowania, w tym beczynność prokuratora, brak dyscyplinowania biegłych itp.

Prokurator właściwy do rozpoznania skargi w wyniku jej rozpoznania może uznać, że jest ona zasadna, a w prowadzonym postępowaniu doszło do przewlekłości. Jeżeli skargę rozpoznał bezpośrednio przełożony, może wydać polecenie lub wytyczne odnośnie do sposobu prowadzenia danej sprawy, które jednak nie mogą dotyczyć treści czynności procesowej (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze<sup>195</sup>). Możliwe jest więc, że bezpośrednio przełożony poleci skoncentrowanie czynności procesowych w sprawie, jak też rozpoznanie złożonych przez strony wniosków dowodowych, co nie zostało uczynione, czy też zakreśli termin do ukończenia postępowania<sup>196</sup>. Prokurator bezpośrednio przełożony może również zobowiązać prokuratora podwładnego do okresowego informowania o stanie sprawy i przeprowadzonych w niej czynnościach<sup>197</sup>.

W konsekwencji skargi na czynność prokuratora może doprowadzić do nadania sprawie właściwego, w tym szybkiego i sprawnego, jak również zgodnego z prawem biegu. Co warto podkreślić, taka skarga może doprowadzić do zmiany referenta sprawy, albowiem prokurator bezpośrednio przełożony jest władny przekazać sprawę do dalszego prowadzenia innemu prokuratorowi (§ 75 ust. 2 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. Regulaminu wewnętrzny urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury).

Wskazane instrumenty prawne, mogące służyć na przewlekłość postępowania, wymienione zostały jedynie przykładowo.

<sup>194</sup> Dz.U. z 2010 r., Nr 49, poz. 296.

<sup>195</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., Nr 7, poz. 39 z późn. zm.

<sup>196</sup> W. Grzeszczyk, *Nowy model ustrojowy prokuratury*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 3, s. 18–19.

<sup>197</sup> T. Grzegorzczak, *Niezależność prokuratury i prokuratorów w świetle znolizowanej ustawy z dnia 9 października 2009 r. ustawy o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 38.

O ile wniosek o podjęcie czynności w zakresie nadzoru nad działalnością administracyjną sądów (art. 37 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych), czy też wniosek do Rzecznika Praw Obywatelskich, jak również skarga w trybie art. 227 k.p.a. mają, w odniesieniu do postępowania sądowego, ograniczone skuteczności, o tyle w odniesieniu do postępowania przygotowawczego zarówno skarga, jak i wniosek do Rzecznika Praw Obywatelskich mogą istotnie doprowadzić do usprawnienia biegu procesu, w tym zdyscyplinowania czynności podejmowanych w sprawie.

Porównując wskazane instrumenty do skargi na przewlekłość, należy zauważyć, że czynności nadzoru nad działalnością administracyjną sądów w odniesieniu do konkretnego postępowania nie mogą w zasadzie wpłynąć na jego przyspieszenie i usprawnienie. W ramach nadzoru nad działalnością administracyjną sądów nie mogą bowiem wpływać na tok postępowania, w tym na sposób rozpoznania sprawy, w szczególności na wyznaczanie terminów rozpraw (posiedzeń) i ich porządku. Skarga w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. może natomiast z całą pewnością doprowadzić do przerwania przewlekłości i usprawnienia biegu procesu, chociażby w następstwie wydania zaleceń podjęcia odpowiednich czynności w wyznaczonym terminie na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.

Co do wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich – na podstawie art. 14 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich – w zakresie postępowania sądowego, nie może ono wpłynąć na sposób rozpoznawania sprawy, bowiem postępowanie to jest prowadzone przez niezawisły sąd. Może natomiast wpłynąć na usprawnienie postępowania przygotowawczego. Skarga na przewlekłość postępowania w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. zarówno w odniesieniu do postępowania sądowego, jak i przygotowawczego może osiągnąć ten sam efekt – przerwanie przewlekłości, usprawnienie procesu, zapobieganie wystąpieniu przewlekłości na dalszym etapie postępowania.

Skarga w trybie art. 227 k.p.a. w odniesieniu do postępowania sądowego nie może doprowadzić do usprawnienia biegu danego postępowania, organ ją rozpoznający nie może bowiem wpłynąć na to, w jaki sposób sąd rozpoznaje dane sprawy. Może natomiast taki efekt osiągnąć w odniesieniu do postępowania przygotowawczego. Skarga na przewlekłość postępowania w rozumieniu ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2009 r. o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, w jednakowy sposób umożliwi dyscyplinujące oddziaływanie na bieg postępowania zarówno toczącego się przed sądem, jak i przygotowawczego.

Z powyższego wynika, że wprowadzenie skargi na przewlekłość postępowania, która w jednolity sposób umożliwi przerwanie zaistniałej przewlekłości, jak również zapobieganie jej wystąpieniu na dalszym etapie procesu, było konieczności. Przede wszystkim przywołane instrumenty prawne *de facto* nie

daj adnej mo liwo ci efektywnego zakwestionowania przewlekło ci post powania s dowego, gdy skorzystanie z nich nie prowadzi do rzeczywistej mo liwo ci wywarcia wpływu przez skar cego na bieg post powania, w tym jego przyspieszenia, a skar cy nie ma mo liwo ci zakwestionowania stanowiska zaj tego przed podmiot, do którego zwrócił si o ochron jego praw. Ponadto podmiot, do którego zwrócono si o udzielenie ochrony prawnej, mo e, ale nie musi, podj działa zmierzaj cych do ochrony jego praw, to bowiem od jego uznania zale y, czy wdro y odpowiednie post powanie (wniosek do Rzecznika Praw Obywatelskich, wniosek do prezesa s du o podj cie działa w zakresie nadzoru nad działalno ci administracyjn s dów). Ani Rzecznik Praw Obywatelskich, ani prezes s du nie jest zobowi zany do zdro enia wła ciwego post powania. Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. wyra nie stanowi, e Rzecznik po zapoznaniu si z wnioskiem mo e podj spraw , jak równie nie podj sprawy, czy te poprzesta na wskazaniu wnioskodawcy przysługuj cych mu rodków zaskar enia (art. 11 tej ustawy). Rzecznik Praw Obywatelskich ma wi c swobod w podejmowaniu sprawy i mo e jej nie podj , uznaj c e nie ma ku temu podstaw<sup>198</sup>. Prezes s du podejmuje za czynno na podstawie art. 37 § 4 ustawy Prawo o ustroju s dów powszechnych, „w razie stwierdzenia uchybienia w zakresie sprawno ci post powania”. Nie jest wi c zobowi zany do podj cia tych działań w ka dym przypadku, gdy zło ony zostanie stosowny wniosek, mo e bowiem uzna , e uchybienie, uzasadniaj ce podj cie takich działań , nie zaistniało. Zobowi zany jest udzieli jedynie odpowiedzi wnioskodawcy na zło one przez niego pismo.

Wniesienie skargi na czynno ci prokuratora obliguje prokuratora bezpo rednio przeło onego do odniesienia si do zarzutów zawartych w skardze, ale skar cy nie ma wpływu na bieg tego post powania, nie mo e te odnie si do jego ustale i oceny dokonanej w przedmiocie zasadno ci jego skargi. Wprawdzie w trybie skargi, o której mowa w art. 227 k.p.a., mo e doj do zdyscyplinowania czynno ci podejmowanych w toku post powania przygotowawczego, niemniej jednak, bior c pod uwag charakter post powania skargowego (bez udziału skar cego), dyskrecjonalny jego charakter oraz organ rozpoznaj cy skarg (prokurator bezpo rednio przeło ony), nie jest to rodek „skuteczny” w wietle standardów strasburskich, o czym była ju mowa. Jak podniósł niejednokrotnie Europejski Trybunał Praw Człowieka, rodek prawny rozpoznawany przez prokuratora nadrz dnego nie spełnia cechy „skuteczno ci”. Tym bardziej wi c cechy takiej nie spełnia rodek, który rozpoznawany jest przez prokuratora bezpo rednio przeło onego, o czym w dalszej cz ci.

Wskazane rodki prawne nie mog wi c zrealizowa podstawowego celu, jaki spełnia musi ka dy „skuteczny rodek odwoławczy na przewlekło post powa-

---

<sup>198</sup> Z. Witkowski (w:) Z. Witkowski, J. Galster, B. Gronowska, W. Szyszkowski, A. Bie -Kacała, A. Cieszy ski, K.M. Witkowska, *Prawo konstytucyjne*, Toru 2006, s. 647.

nia" w rozumieniu art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a więc przerwanie tego stanu i zapobieganie wystąpieniu w dalszym biegu postępowania. Stąd te tego typu roszczenia w orzecznictwie Trybunału uznane zostały za nieskuteczne, o czym była już mowa<sup>199</sup>.

Wskazanie z omówionych roszczeń nie daje możliwości otrzymania chociażby wstępnej (tymczasowej) rekompensaty z tytułu ujemnych następstw wynikłych dla skarżącego w następstwie nadmiernie długiego postępowania. Tak możliwość natomiast przewiduje ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. w art. 12 ust. 4 (przynajmniej „sumy pieniężnej”).

W konsekwencji zaprezentowane roszczenia nie mogą być uznane za „skuteczne roszczenia odwoławcze” w rozumieniu art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nie spełniają bowiem cech wymaganych od „roszkania odwoławczego” na gruncie Konwencji Europejskiej.

## STRESZCZENIE

Autor omawia najważniejsze zagadnienia związane z pojęciem rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”) – rozumienie tego pojęcia w doktrynie i orzecznictwie, zagadnienia temporalne, charakter prawa do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”), jak również dotyczy pojęcia i cech skargi na przewlekłość postępowania oraz charakteru postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi na przewlekłość. Autor porównuje również skargę na przewlekłość postępowania z innymi instrumentami służyćymi na nadmiernie długie postępowanie (np. skarga na bezczynność prokuratora, wnioski do Rzecznika Praw Obywatelskich), wskazując na różnice w ochronie prawnej, wynikające z zastosowania poszczególnych instrumentów.

## SUMMARY

The author discusses the most important issues connected with the concept of a case examination “without an unjustified delay” (“in a reasonable time limit”) – the interpretation of the concept in the doctrine and court decisions, temporary issues, the character of the right to have a case examined “without an unjustified delay” (“in a reasonable time limit”) as well as the concept and features of a complaint about protraction of a proceeding and the character of a proceeding initiated by a complaint about the protraction. The author also compares a complaint about

---

<sup>199</sup> Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 17 listopada 2003 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym, druk sejmowy nr 2256, publikacja na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl), s. 6.



protraction of a proceeding with other instruments used in connection with protraction of a proceeding (e.g. a complaint about a prosecutor's inactivity, a motion to the Ombudsman) pointing out the differences in the legal protection resulting from the application of particular instruments.

JANUSZ CABAJ

WPŁYW POSTMODERNIZMU  
NA FEMINISTYCZNĄ TEORIĘ PRAWA

Systematyka zagadnień tradycyjnie zaliczanych do jurysprudencji, czy też spójność z polskiej perspektywy – do filozofii (i teorii) prawa, może być różnie dokonywana. Nie powinno to wzbudzać zdziwienia. Ostatecznie nie ma nawet pełnej zgodności, jaka jest relacja, chociażby między pojęciem *jurysprudencja* a *filozofią prawa*<sup>1</sup>.

Z pozoru wydawałoby się, że klasyczny podział na koncepcje prawnonaturalne i pozytywizm prawniczy, wzbogacony doktryną realizmu prawniczego (zazwyczaj amerykańskiego, o skandynawskim mówi się nieco mniej), jest już utrwalony. Można jednak spotkać i takie opinie, że realista są poniekąd pozytywistami, i to mianowicie w takim zakresie, w jakim starają się objaśnić prawo, takim jakim ono jest, w przeciwieństwie do takiego, jakim powinno być. W konsekwencji zgadzają się z pozytywistami, że związki prawa z moralnością mają charakter kontyngentny i koincydentalny<sup>2</sup>.

Tak czy inaczej, systematyka zależy od przyjętego kryterium klasyfikacji, a biorąc pod uwagę, że mało kto dziś kwestionuje społeczny wymiar prawa, można takę przyjęć, jako wyodrębniony obszar badawczy, taki dobór zagadnień, które określa się jako jurysprudencja socjologiczna. Z jurysprudencją socjologiczną stołczy się socjologia prawa<sup>3</sup>, ale z drugiej strony, nie obejmuje ona pewnych teorii prawnych uwikłanych społecznie. Taki wymiar społeczny, pozostając zazwyczaj poza zakresem pojęciowym jurysprudencji socjologicznej, posiada eko-

---

<sup>1</sup> Należy zgodzić się z J. Oniszczukiem, że najczęściej traktuje się te pojęcia albo synonimicznie, albo też filozofia prawa jest traktowana jako część jurysprudencji; J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa, 2008, s. 16. Jedynie tytułem przykładu można powołać wybrane pozycje angielskie. J.W. Harris, zagadnienia, zaliczane do jurysprudencji, analizował w swojej książce, zatytułowanej *Legal Philosophies* (Oxford University Press 2004). Natomiast Penner, pojęciem *jurysprudencja* obejmuje filozofię prawa, jak również teorię prawa; J.E. Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press 2008, s. 1.

<sup>2</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press 2009, s. 94

<sup>3</sup> Tak jest przykładowo w M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell 2001, s. xxvii.

nomiczna szkoła prawa Richarda Posnera<sup>4</sup>. Jak zwraca uwagę Ryszard Sarkowicz, ta teoria ekonomiczno-prawna opiera się na maksymalizacji zysku, a jednocześnie jest myli autonomiczną wobec utilitaryzmu. W aspekcie ekonomicznym jej ceny rozwoju proponowane przez F. Hayeka i M. Friedmana ani eli J.M. Keynesa czy – co wydaje się zrozumiałe – K. Marksa<sup>5</sup>. Uznając wspomnianą, tzw. *Law & Economics*, za szkołę prawników, do nurtu socjologicznego zalicza się niekiedy, uznawaną za lewicową, *Critical Legal Studies*, Davida Trubeka, Duncana Kennedy'ego i Marka Kelmana. Wspomniane teorie prawne można na takie klasyfikować tak, jak to zrobił Jerzy Oniszczyk, a mianowicie jako kontynuację realizmu prawniczego<sup>6</sup>.

W aspekcie polityczno-prawnym te szeroko rozumiane nurty socjologiczne, mogą proponować rozwiązania mniej lub bardziej radykalne. Niektóre z nich są określone wprost jako radykalna jurysprudencja bądź te, jako teorie krytyczne. Ich wspólnym mianownikiem jest kwestionowanie zarówno założeń doktryny liberalizmu – bardziej z perspektywy politycznej<sup>7</sup> ani eli gospodarczej, jak i doktryny pozytywizmu prawniczego – z perspektywy prawnej<sup>8</sup>.

Zapewne co do niektórych nurtów mogą powstać wątpliwości, czy w powyższym rozumieniu powinny być uznawane za radykalne. Nie ma jednak zazwyczaj takich wątpliwości co najmniej w przypadku *Critical Legal Studies*, jurysprudencji feministycznej<sup>9</sup> oraz postmodernistycznej teorii prawa.

Jeżeli zatem dojdzie do połączenia dwóch radykalnych nurtów w jurysprudencji – feminizmu i postmodernizmu, to interesujące może wydać się pytanie: jak w tym przypadku należy charakteryzować radykalizm takiej „hybrydy”? Pytanie może wydać się interesujące, tym bardziej, że jurysprudencja feministyczna wyodrębniła się w ramach swego własnego nurtu frakcji radykalnej, utożsamianą z głoszoną przez jej przedstawicieli teorią dominacji. Jest to frakcja bardzo wyrazista. Tradycyjnie reprezentowana przez Catherine MacKinnon czy Andre Dworkin,

---

<sup>4</sup> Szkoła ta te jest różnie klasyfikowana. *Lloyd's* opisuje ją jako jedną z teorii sprawiedliwości, obok Rawls'a i Nozick'a; M.D.A. Freeman, *Lloyd's...*, s. xxvi; podobnie R. Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press 2009, s. xii, natomiast S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. viii, rozpatruje to zagadnienie łącznie z innymi zagadnieniami społecznymi, takimi przykładowo jak jurysprudencja postmodernistyczna czy feministyczna.

<sup>5</sup> J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 176.

<sup>6</sup> J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, op. cit., rozdział IV.

<sup>7</sup> Tytułem przykładu można odnotować krytykę liberalnej koncepcji sprawiedliwości Rawlsa dokonanej przez S. Moler Okin, *Justice, Gender, and The Family*, Basic Books, Inc. 1989, s. 89–109 (*Justice as Fairness: For Whom?*).

<sup>8</sup> Tytułem przykładu można wskazać: M. Stubbs, *Feminism and Legal Positivism*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia: Temple University Press 1993, s. 454–475.

<sup>9</sup> Przyjmuje się, że jurysprudencja feministyczna w pewnym zakresie kontynuuje myli *Critical Legal Studies*. Wiele jest publikacji, które dokonują w mniejszym czy większym zakresie analizy porównawczej tych dwóch radykalnych nurtów w jurysprudencji. Jako przykład można wskazać: F. Olsen, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*; P.J. Williams, *Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights*; E.M. Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement*, (wszystkie pozycje w: D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit.).

2/2011

ale zaliczy tu nale y tak e wczesnych radykałów, takich jak Shulamith Firestone i Kate Millette czy radykałów pó niejszych, jak Adrienne Rich czy Susan Brownmiller.

Uwzgl dnienie my li postmodernistycznej w feministycznej teorii prawa spowodowało, e wszelkie dotychczasowe nurty tej teorii zostały sił rzeczy zakwalifikowane jako nurty modernistyczne, cho ustalenie wyra nej linii podziału mo e napotyka na trudno ci. Z takiej perspektywy do wspólnego mianownika zostały zredukowane te nurty feministycznej teorii prawa, które dotychczas pozostawały we wzajemnym konflikcie ł cznie z tradycyjnym sporem feministów liberalnych z radykalnymi<sup>10</sup>, ale tak e feminizm kulturowy<sup>11</sup>, marksistowski czy socjalistyczny. Wobec tych wszystkich koncepcji, feminizm postmodernistyczny zaj ł postaw , w sposób szczególny, radykaln . Nie sposób jednak jej scharakteryzowa bez ukazania, cho by najogólniej, podstawowych zało e my li postmodernistycznej.

Przybli enie tych podstawowych zało e mo na by poprzedzi pewn my l , która cho sformułowana przy innej okazji blisko 150 lat temu i przez my li ciela, którego filozofia została skrytykowana przez postmodernistów, jako jedna z „meta-narracji”, to jednak nad wyraz trafnie oddaje przesłanie postmodernizmu. Radykalizm postmodernistyczny zmierza zatem w konsekwencji do tego, e „wszystko co lite rozplywa si w powietrzu, wszystko co wi te jest sprofanowane”<sup>12</sup>.

Postmodernizm nie zapocz tkował nowego ruchu w filozofii, a tym bardziej w filozofii prawa. Raczej na nowo rozniecił antyczn debat , której pocz tki mo na odnale w sporze pomi dzy Platonem a sofistami, w V wieku p.n.e. Spór ten dotyczył mo liwo ci obiektywnego poznania, w tym poznania dobra i zła, ale tak e prawa. Je eli zatem ani rozumowania logiczne, ani obserwacje empiryczne nie daj podstaw obiektywnego poznania, to koncepcja, któr dzisiaj nazywamy rz dami prawa, mo e okaza si z braku solidnych podstaw kontrowersyjna<sup>13</sup>.

Dla poddania w w tpiwo mo liwo ci obiektywnego poznania, nale y uwzgl dni co najmniej dwa aspekty. Pierwszy dotyczy podmiotu czy te obserwatora, o którym zazwyczaj my li si , e posiada jak trwał i niezmienn ja . Nie wszyscy si z tym jednak zgodz . Mo na przykładowo powoła i taki pogl d, zgodnie z którym ja jest konstruktem społecznym, słu cy przede wszystkim temu, aby komu przypisa odpowiedzialno <sup>14</sup>. Drugi aspekt poznania dotyczy przedmiotu, rzeczy obserwowanej, która istnieje niezale nie od obserwatora.

<sup>10</sup> Ró nice mi dzy pogl dami feministycznych liberalów i radykałów zostały omówione w: J. Cabaj, *Jurisprudencja feministyczna: liberalizm versus radykalizm*, Warszawa, „Ius Novum” 2010, nr 4, s. 94–109.

<sup>11</sup> Ogólna charakterystyka nurtu kulturowego w jurysprudencji feministycznej została przedstawiona w: J. Cabaj, *Prawne aspekty feminizmu kulturowego*, Warszawa, „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 162–179.

<sup>12</sup> K. Marks, *The Communist Manifesto* (1984), J. Wayne (red.), Toronto: Canadian Scholars 1987; za: H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1998, s. 177.

<sup>13</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 223

<sup>14</sup> F.W. Nietzsche, *The portable Nietzsche*, tłum. W. Kaufman, New York: Viking Press 1954, s. 482–483; za: S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 224.

Prawnicy nie są osamotnieni w myśleniu, i taka rzecz i w ogóle świat realny istnieje tak, jak jest postrzegany. Ale i z tym nie wszyscy się zgodzą. Pojcie *prawdziwy świat*, istniejący jakoby poza moją percepcją przez obserwatora, może być uznane za idealną i zbyt idealną. W konsekwencji – zdaniem Nietzschego – „Prawda jest rodzajem błądu, bez którego nie mógłby być określony rodzaj istot żywych”<sup>15</sup>. Jak powiedział Hume: „nic nie jest obecne w naszych umysłach z wyjątkiem percepcji, to jest – impresji i idei”<sup>16</sup>.

Nie jest celem niniejszego artykułu ukazanie, jak na przestrzeni wieków kształtowały się poglądy epistemologiczne. Ważne jest, i może być poznania obiektywnego jest kwestionowana i właśnie ten fakt m.in. stanowi jedną z podstaw myśli postmodernistycznej. Paradoksalnie jednak postmoderni się zgodzą, i „wiedza to potęga”, chociaż nie jest to już wiedza w tradycyjnym rozumieniu, nie jest to wiedza obiektywna, bo takiej być nie może. Wiedza jest potęgą w głębszym i bardziej ciemnym znaczeniu. Od kiedy nie ma wiedzy obiektywnej, to za taką uważa się twierdzenia legitymowane konwencją albo powagą autorytetów. A w takim znaczeniu wiedza jest formą władzy<sup>17</sup>. Rzecz w tym, że jest to zbiór jedynie subiektywnych poglądów, podniesionych do rangi poglądów obiektywnych i racjonalnych. Taki „racjonalny” podmiot głosi swoje subiektywne poglądy, kreując się na „...znawcę świata i nie dopuszcza do głosu innych form subiektywizmu, przykładowo feministycznych, czy niezachodnich. Są one w ten sposób unieważniane lub marginalizowane w mniejszym lub większym stopniu”<sup>18</sup>. Natomiast jeżeli chodzi o twierdzenia legitymowane konwencją, to należy wspomnieć o konsensualnej teorii prawdy Jürgena Habermasa. Odnosi się ona nie tylko do zdań w sensie logicznym, ale także do ocen i norm. A zatem konsensus będzie rozstrzygał zarówno o prawdzie, jak i, chociażby, słuszności i sprawiedliwości. Zwraca jednak uwagę Jerzy Stelmach, że w koncepcji Habermasa, oprócz wspomnianego w tekście relatywnego czy krytycznego, równie ważne są wartości pozytywne. Za takie zostają uznane „...elementy nowoczesnej hermeneutyki oraz teorii systemów, argumentacji i aktów mowy”<sup>19</sup>.

Już w tym miejscu widać, na czym polega radykalizm postmodernizmu wobec konwencjonalnej jurysprudenckiej. Jeżeli bowiem teza postmodernistyczna jest prawdziwa, to nie ma żadnej poprawnej czy uprzywilejowanej interpretacji prawa. Każde oświadczenie wiedzy, czy dotyczy nauk ścisłych, czy dotyczy prawa, ma charakter konstytutywny – w przypadku prawa jest aktem legislacji w najbardziej fundamentalnym znaczeniu<sup>20</sup>. Ta konkluzja nie może być przesłonięta

<sup>15</sup> N. Nietzsche, *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, (wyd.) G. Coli, M. Montinari, Berlin–New York 1975, VII 3. s. 226; za: E. Coreth, P. Ehlen, J. Schmidt, *Filozofia XIX wieku*, K 2006, s. 137.

<sup>16</sup> D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, t. I, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 1963, s. 13.

<sup>17</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 226.

<sup>18</sup> M. Poster, *Why not to read Foucault*, (1989) 31 *Critical Review* 155, s. 159.

<sup>19</sup> J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, op. cit., s. 166–167.

<sup>20</sup> F. Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report of Knowledge*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1984, s. 8.

powszechnie opinii prawników, że były, są i będą trudne przypadki, dla których mogą istnieć dwie równie przekonujące, choć alternatywne, interpretacje prawa. Co więcej, będzie to miało miejsce w sytuacji, kiedy prawnicy w ogólnie ci zgodzą się, że tryb rozumowania, jakim się posługują, jest zasadniczo podobny. Dla postmodernistów rozstrzygnięcie absolutnie poprawne może być osiągnięte jedynie przez przypadek. Standardowe rozumowania prawnicze tego nie zapewnią, bez względu na to, ile potrzebnych informacji byśmy nie mieli. Sama subiektywność informacji jest przyczyną wystarczającą<sup>21</sup>.

Największym wyzwaniem dla liberalnej koncepcji prawa jest teoria dekonstrukcji Jacquesa Derridy. Choć Derrida nie był prawnikiem, lecz filozofem języka, to jego teoria może być analizowana w związku z różnymi fazami interpretacji prawniczej, która zwana jest językiem, gramatycznym czy też lingwistycznym. Sama teoria dekonstrukcji trudna jest miejscami do zgłębienia, ale w swym podstawowym przesłaniu zasadniczo zrozumiała. U jej podstaw leżą badania prowadzone przez szwajcarskiego językoznawcę, Ferdinanda Saussure'a.

Teoria ta opiera się na założeniu, że słowa nie mają stałego, ustalonego znaczenia. Nie można na tego znaczenia uchwycić poprzez rozważenie obiektu, do którego się odnosi, ponieważ pomiędzy tym obiektem a słowem, które go określa, nie ma żadnego realnego związku. Najlepszym tego przykładem są takie wyrażenia, które są logicznie wewnętrznie sprzeczne, a którymi posługujemy się chociaż bez żadnej głębszej refleksji. Zapewne w literaturze baroku pojawią się *lód gorejący* czy *żar lodowy* mogą odnosić się do jakichś ekstremalnych stanów emocjonalnych, ale dla prawnika ich znaczenie jest kontrowersyjne, o ile w ogóle mają jakiegokolwiek znaczenie.

Prawdą jest jednak, że wszyscy w procesie komunikacji posługujemy się różnymi słowami o ustalonym znaczeniu. Zdaniem Saussure'a, słowom można przypisać znaczenie tylko wtedy, kiedy zostaną im wyznaczone pewne granice, w tym sensie, że zostaną one oddzielone w zdaniu od innych słów<sup>22</sup>. Ponieważ w procesie komunikacji rzadko posługujemy się pojedynczymi słowami, a raczej budujemy krótsze bądź dłuższe zdania, to z tego spostrzeżenia płynie kolejna nauka, taka mianowicie, że nie można dowolnie wiązać słów, a jedynie zgodnie z określonymi konwencjami. Saussure twierdzi, że konwencje te przedstawiają strukturę naszego języka<sup>23</sup>. Język i jego struktura są dla człowieka pierwotne. Organizacja i interpretacja wręcz zmysłowych, w celu zrozumienia otoczenia (percepcje) czy wszelkie myślenie, możliwe są jedynie poprzez język, zgodnie z jego strukturą.

Fundamentalnym przekonaniem projektu dekonstrukcji jest, że ponieważ język jest pierwotny, to przed tekstem nie ma już niczego, nie ma nawet percepcji

<sup>21</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 227

<sup>22</sup> J. Culler, *Literary Theory: A Very Short Introduction*, Oxford University Press 2000, s. 57.

<sup>23</sup> F. Saussure, *Course in general linguistics*, Open Court, La Salle, IL, 1989, s. 11; za S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 228.

cji, a przede wszystkim – nie ma żadnych realnych obiektów, do których odnosi się słowa tekstu. A ponieważ przyjmuje się, że słowa nie mogą odnosić się do niczego, to odnoszą się jedynie do innych słów. O ile Saussure uważał, że słowa mają jakieś centralne znaczenie, o tyle Derrida twierdził, że jest to niemożliwe, ponieważ w konsekwencji należałoby przyjąć, że koncepcja centralnego znaczenia jest czymś wobec języka pierwotnym, czymś na kształt realnie istniejącej rzeczy<sup>24</sup>. Problem z ustaleniem raz na zawsze znaczenia określonego pojęcia występuje w aspekcie zarówno czasowym, jak i przestrzennym.

Metodologia zastosowana przez Derridę zakłada, że ustalenie ponad wszelką wątpliwość znaczenia *X* wymaga ustalenia ponad wszelką wątpliwość znaczenia wszystkich *nie-X*. Z pewnością chodzi o zbiór *nie-X* należący do *Y*. Ale znaczenie *Y* można ustalić jedynie wtedy, kiedy ustalimy wszelkie *nie-Y*, i tak bez końca. Pamiętajmy ponadto, że ustalenie znaczenia ma być niewątpliwe zarówno w czasie, jak i w przestrzeni, co nie jest możliwe, ponieważ człowiek tych granic nie zna, o ile w ogóle istnieje.

W przypadku prawa i sprawiedliwości dekonstrukcja Derridy jest wywrotowa i z tego powodu, że znaczenie każdego słowa (choć praktyczne ustalenie bezspornego znaczenia zdaje się niemożliwe) zawiera w sobie swój „inny”, w takim sensie, w jakim dla ustalenia znaczenia *X* należy ustalić znaczenie *nie-X*. A zatem winno być uwzględnione nie tylko znaczenie pierwotne danego pojęcia, ale także jego znaczenie opozycyjne. Znaczenie jest współzależne od znaczenia opozycyjnego, a proces dekonstrukcji ma na celu ujawnienie tych przeciwieństw<sup>25</sup>. W konsekwencji – zdaniem Derridy – każda sprawa sądowa jest niepowtarzalna i domaga się niepowtarzalnej interpretacji. Takiej nowej interpretacji nie sposób zagwarantować istniejącej reguły, ponieważ odnoszą się do tego, co już było i nie uwzględniają tego, co jest. Czy wydanie sprawiedliwego orzeczenia w takiej sytuacji jest w ogóle możliwe? Zdaniem Derridy, tak, ale musi to być „wiecie orzeczenie” (*fresh judgement*). Musi zatem kierować się zasadami i regułami, jak i się nimi nie kierować, musi konserwować prawa, ale także je burzyć...<sup>26</sup>. Należy jednak postawić pytanie, czy ten postulat Derridy jest w ogóle możliwy do zrealizowania. Co to znaczy kierować się zasadami czy regułami, jeżeli nie mają one żadnego stałego znaczenia. Dokonanie interpretacji poprawnej i oczywistej staje się w ten sposób mocno wątpliwe<sup>27</sup>. Derrida ostatecznie dochodzi do wniosku, że w momencie formułowania orzeczenia, sądziowie w ogóle nie są skierowani prawem, a kieruje nimi jedynie jakiś rodzaj mistycyzmu<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> J. Derrida, *Positions*, London: Athlone Press 1981, s. 280; za S. Ratnapala, *Jurisprudence*, op. cit., s. 229.

<sup>25</sup> H. Barnett, *Introduction...*, op. cit., s. 15.

<sup>26</sup> J. Derrida, *Force of law: The mystical foundation of authority*, (w:) *Deconstruction and the possibility of justice*, (red.) D. Cornell, M. Rosenfeld, D.G. Carlson, New York: Routledge 1992, s. 23.

<sup>27</sup> B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press 2004, s. 49.

<sup>28</sup> J. Derrida, *Force of law...*, op. cit., s. 25.

Nie wszyscy postmoderni ci, tak jak Derida, traktuj kwestię poznania w tak radykalny sposób, choć wszyscy dzielą brak wiary w możliwość poznania obiektywnego. Dla prawa, perspektyw bardziej optymistycznych niż dekonstruktywizm Deridy, przyjmuje teoria gier językowych. Teoretycy tej koncepcji traktują poznanie, tak jak reguły prawnych, jako coś, co jest legitymowane przez konwencje określonej wspólnoty językowej. Takiemu poznaniu brak choćby prawdy transcendentnych podstaw, ale nie jest to już poznanie totalnie subiektywne. Z takiej pozycji krytykuje Deridę Richard Rorty, zarzucając mu wręcz „nostalgię do budowania systemu filozoficznego i konstruowania go w sposób specyficzny jako jeszcze jednego transcendentnego idealizmu”<sup>29</sup>. Podobnie wypowiada się Stanley Fish, który postrzega jednostkę jako podmiot ograniczony standardami wspólnoty i zgodnie z tymi standardami buduje znaczenia pojęć<sup>30</sup>. Z kolei Jean-François Lyotard skłonny jest uznać za prawdę to, co „odpowiada kryteriom akceptowanym w społecznym kręgu rozmówców dobrze zorientowanych” (*knower's interlocutors*)<sup>31</sup>. Jakkolwiek sposoby poznania proponowane przez teorię gier językowych, dla idei rzeków prawa, nie są do końca satysfakcjonujące, to jednak w ramach postmodernizmu dochodzi do pewnej stabilizacji znaczeniowej prawa i pojęć prawnych.

Do pomysłów Saussure'a, ale tak jak i Zygmunta Freuda oraz Claude'a Lévi-Strausa, sięgał wspomniany już, francuski psychoanalityk Lacan, często uznawany za architekta postmodernistycznej psychoanalitycznej semiotyki. Lacan dowodził, że *Ja* wyrażone za pomocą języka (*subject of the statement*), nigdy nie może reprezentować prawdziwej tożsamości jednostki. A zatem postmodernistyczna krytyka Lacana zmierza w kierunku zakwestionowania integralności podmiotu. Podmiotowo ludzka – Lacan powtarza za Freudem – jest bowiem podzielona na *ego*, *superego* i podświadomość. To podświadomość jest skarbnicą wiedzy i pragnień. Zdaniem Lacana, podmiot nie dostrzega tego wewnętrznego podziału; formułując swe własne, „wiadome” wypowiedzi, w rzeczywistości, w znacznej części wyraża stany swej podświadomości. Jest to tym bardziej nieuchwytnie, ponieważ podświadomość zorganizowana jest zgodnie ze strukturą języka, którym się posługujemy<sup>32</sup>. Warto może w tym miejscu odnotować, że mniej lub bardziej opozycyjne postawy wobec koncepcji Lacana zajęły najwładniejsze reprezentantki francuskiego feminizmu. Mowa tu o takich postaciach, jak: Julia Kristeva, Hélène Cixous i Luce Irigaray. One również borykały się z kwestiami tożsamości i podmiotowości, w szczególności – kobiecy, a wiele ich prac powstało właśnie w odpowiedzi na kwestionowanie przez Lacana pojęć

<sup>29</sup> R. Rorty, *Consequences of pragmatism*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1982, s. 89.

<sup>30</sup> S. Fish, *Doing what comes naturally*, Duke University Press, Durham, NC, 1989, s. 323.

<sup>31</sup> J.F. Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1997, s. 19.

<sup>32</sup> R. Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press 2006, s. 98–99.



cia *jednostki* jako jednolitego podmiotu<sup>33</sup>. Tak czy inaczej, o ile Lecan kwestionował integralność podmiotu bardziej na płaszczyźnie psychologicznej czy psychoanalitycznej, o tyle podstawowy postmodernistyczny dogmat odrzuca pojęcie samodzielnej i autentycznej ludzkiej ja ni bardziej na płaszczyźnie społecznej. Zdaniem Katharine Bartlett, podmiot jest konstruktem społecznym; produktem złożonych i wielorakich dyskusji społecznych, historycznych i kulturowych<sup>34</sup>.

Powyższe uwagi z pewnością nie w pełni odzwierciedlają założenia postmodernizmu. Trudno w ogóle przedstawić, a zwłaszcza stworzyć taki zwarty i kompletny katalog. Zdaniem Lecha Morawskiego, „...postmodernizm obejmuje (...) kierunki tak zróżnicowane, postulaty i hasła tak niezgodne, iż w gruncie rzeczy, jeżeli mają one ze sobą coś wspólnego, to tylko to, że wszystkie je łczy krytyczny stosunek wobec tradycji modernizmu”<sup>35</sup>.

Feminizm postmodernistyczny może być postrzegany jako odpowiedź na wiadomione i niewiadomione braki feminizmu liberalnego, radykalnego i kulturowego. Podobnie jak inni postmoderniści, feministki postmodernistyczne zajmują się sposobem, w jaki język jest jedynym sposobem wyrażania prawdy, ale ponadto sposobem tłumienia innych punktów widzenia<sup>36</sup>. Wspomniane powyżej nurty liberalne czy kulturowe starają się racjonalizować świat, używając stopniowo niemalże wszystko obejmujących, takich jak: wolność – przymus; publiczny – prywatny, kapitał – praca czy mężczyźni – kobiety. Kiedy takie teorie jak przykładowo model dominacji radykałów, uzurpuj sobie prawo do opisywania rzeczywistości, to prace feministek postmodernistycznych dotyczą zwykle interpretacji. Zdaniem Judith Greenberg – inaczej niż w modernistycznej, „...postmodernizm ogniskuje się na tekście, zamiast na wydarzeniach, które w danym tekście się wyrażają”<sup>37</sup>.

Ponadto postmodernistyczny dyskurs interpretacyjny uznaje czynniki i perspektywy interpretacji. Po prostu odpowiada to pojęciu zaproponowanemu przez Bartlett – pozycyjność (podmiotu) (*positionality*)<sup>38</sup>.

Greenberg, która zapewne pozostaje pod wrażeniem śmierci Mary Joe Frug, autorki *Postmodern Legal Feminism*, zamordowanej niemalże przed własnym domem, położonym w zamieszkałym i dobrze oświetlonym siedztwie, próbuje przedstawić postmodernistyczne rozumowanie w odniesieniu do tej bezsensownej śmierci.

<sup>33</sup> D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit. s., 335.

<sup>34</sup> K.T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 561–562.

<sup>35</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 21.

<sup>36</sup> J.E. Penner, *McCoubrey & White's...*, op. cit., s. 203.

<sup>37</sup> J.G. Greenberg, *Introduction to Postmodern Legal Feminism*, (w:) M.J. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York & London: Routledge 1992, s. xix.

<sup>38</sup> K. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 562–563.

Ironi losu jest bowiem, że Mary Joe dedykowała swój prac przemocy wobec kobiet, podczas gdy została zamordowana właśnie nie dlatego, że była kobietą. Z drugiej strony, może tylko znalazła się w złym miejscu, o złym czasie (spacerowała ponoć w nocy). Z pozoru mamy dwie alternatywne odpowiedzi, ale może na jej tak może interpretować szczerze. Co bowiem oznacza „była kobietą” i co oznacza „była w złym miejscu”? Czy dla kobiety (ale nie dla mężczyzny) jest czymś złym nocny spacer? A może po prostu nie jest kobietą (w rozumieniu „dam”), skoro znajduje się o takiej porze poza domem<sup>39</sup>.

Czy kobiety, które wychodzą na nocne spacerki, są prostytutkami albo mają być za takie postrzegane? Czy norma moralna zakazująca prostytucji nie czyni z każdej (czy prawie każdej) kobiety potencjalnej prostytutki, która nieustannie musi kontrolować swój własny płciowość, ubiór, makijaż, sposób zachowania, wreszcie miejsce, w którym może przebywać w określonym czasie. Jak powiada Mary Joe: *Sexy talking, sexy walking, sexy dressing seem sexy... a fear of looking like a whore*<sup>40</sup>. Wiele, szczególnie młodych kobiet, poddawanych jest męskiej, ale tak może kobiecej, interpretacji. Człowieko bycie jednocześnie nie atrakcyjnym i uznawanym za „porządne” to trudne wyzwanie.

Postmodernistyczny czytelnik mógłby zauważyć: jeżeli mężczyźni czy nie odzwierciedlają nowoczesny i prawy model naszego społeczeństwa, to zachowanie „dobre” albo „złe” nie powinno być uwarunkowane *gender*. Jeżeli jednak jest inaczej, to mężczyźni mogli nie być do końca przypadkiem. Może na powiedzenie, że jest to kwestia interpretacji. Nawet to, z pozoru jednoznaczne zdarzenie, może być przez postmodernistów poddane różnorodnym strategiom interpretacyjnym<sup>41</sup>.

Te różnorodne interpretacyjne strategie, z uwzględnieniem męskiej i kobiecej płciowości, powinny być stosowane w interpretacji prawa. Teksty prawne należy odczytać na nowo i to odczytać krytycznie wobec standardowych zapewnień, że prawo nie jest konstruowane poprzez dychotomię względem *gender*. Przesłanie Fruga jest proste – czytajcie tekst normatywny, stanowisko doktryny i judykatury należy stawiać pytanie: czy i jak nasze rozumienie *gender* wpływa na nasze rozumienie prawa. Pytanie to jest uzasadnione pewnym założeniem, a mianowicie, że prawo i *gender* nie są pojęciami różnymi i że prawo, podobnie jak inne systemy normatywne, jest uwarunkowane *gender*<sup>42</sup>. Interpretacja jest dla Mary Joe wystarczającym narzędziem dla przeprowadzenia feministycznych reform,

<sup>39</sup> J.G. Greenberg, *Introduction to Postmodern Legal Feminism*, (w:) M.J. Frug, *Postmodern...*, op. cit., s. ix.

<sup>40</sup> M.J. Frug, *Postmodern...*, op. cit., s. 132.

<sup>41</sup> J.G. Greenberg, *Introduction to Postmodern Legal Feminism*, (w:) M.J. Frug, *Postmodern...*, op. cit., s. xix–xx.

<sup>42</sup> Stanowisko Fruga nie jest tu odosobnione. Różne sposoby wyjaśniania, w jaki sposób rozumienia prawa jest uwarunkowane *gender*. Tytułem przykładu można wskazać: L. Finley, *Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning*, (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 866; F. Olsen, *The Sex of Law*, (w:) *The Politics of Law: A Progressive Critique*, (red.) D. Kairys, New York: Pantheon Books 1990.

nawet gdyby reformy post powały z dynamik i cie rewolucyjnej. Odrzuca iro- niczn uwag Jenifer Wicke, e nie mo na z sukcesem prowadzi rewolucji za pomoc interpretacji – do tego potrzebne s czolgi<sup>43</sup>. Jednak i poj cie *czolg* wymaga interpretacji – nie zawsze oznacza realne niebezpiecze stwo, czasami jest to zabawka albo zapaskudzony przez ptaki pomnik w parku. Dla postmo- dernisty znaczenie poj cia nigdy nie jest statyczne, jest ci gle konstruowane na nowo, zawsze jest ró nica mi dzy interpretacj pierwotn a obecn . Mo e wla nie na tym ma polega koncepcja sprawiedliwego rozstrzygni cia Deridy. Z jednej strony jest uwikłane w historyczne znaczenie wykorzystywanych poj , a z drugiej, dokonuje ich reinterpretacji – konserwuje znaczenia a jednocze nie je burzy i w tym sensie jest zawsze „ wie e”. Z perspektywy feminizmu moder- nistycznego – rozumienie prawa jest uwarunkowane *gender*, ale z perspektywy feminizmu postmodernistycznego – *gedner* to rola, która ró nie jest odgrywana w zale no ci od miejsca, ale przede wszystkim, od czasu. Dochodzi tu jednak do sprze enia zwrotnego – tak jak dyskurs prawny jest uwarunkowany *gender*, tak te i *gender* nie istnieje uprzednio, czy te zewn trznie, wobec tego dyskursu, nie mo e zatem przez ten dyskurs by opisane, jest natomiast przez ten dyskurs cały czas na nowo kształtowane<sup>44</sup>.

Femini ci postmodernistyczni zgadzaj si z koncepcj , aby wsłucha si we wszystkie glosy, które zasadniczo nie wyra aj identycznych dozna <sup>45</sup>. Podzie- laj w ogólno ci postmodernistyczne podejrzenia dotycz ce wielkiej teorii, pod- kre laj fragmentaryczno prawdy i znaczenia oraz szkodliwo zła, które si ujawnia, kiedy staramy si uchwyci prawd i znaczenie w reprezentatywnych systemach, takich jak j zyk<sup>46</sup>. Jak powiada Hilaire Barnett, podej cie postmo- dernistyczne w jurysprudencji feministycznej charakteryzuje fragmentaryzacja, indywidualizacja i niepewno . Zakwestionowana zostaje teza, e kobieta mo e by zaszufladkowana zgodnie z jak monoprzyczynow teori czy to społeczn czy to prawn <sup>47</sup>.

Postmodernistyczny feministyczny projekt zwraca uwag na niebezpiecze - stwo zwi zane z esencjonalizmem w feministycznych teoriach prawa. Idee, e istniej pewne powszechne i aprioryczne prawdy dotycz ce kobiet, s wyj tkowo ryzykowne. Teorie modernistyczne, staraj ce si zaj miejsce wielkich „m skich” teorii, zaniedbuj punkt widzenia mniejszo ci czy innych grup, znajduj cych si w niekorzystnym poło eniu. Jednym słowem, zwalczaj c jeden esencjonalizm, mo emy stworzy inny – now wielk prawd dotycz c kobiecej natury i istoty

<sup>43</sup> Frug powołuje si na artykuł J. Wicke, *Postmodern, Identity and the Legal Subject*, (1991) 62 Uni- versity of Colorado Law Review 455; M.J. Frug, *Postmodern...*, op. cit., s. 20

<sup>44</sup> J.G. Greenberg, *Introduction to Postmodern Legal Feminism*, (w:) M.J. Frug, *Postmodern...*, op. cit., s. xxx.

<sup>45</sup> J.E. Penner, *McCoubrey & White's...*, op. cit., s. 203.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> H. Barnett, *Introduction...*, op. cit., s. 8.

kobiecego ciemięnia. Zdaniem Clare Dalton, żadna feministyczna narracja nie powinna sprawiać wrażenia, że mówi głosem wszystkich kobiet<sup>48</sup>.

Generalnie debata: esencjalizm – antyesencjalizm jest jedną z najważniejszych debat, w jaką angażują się feministki i postmoderniści. Esencjalizm konstytuuje poglądy, zgodnie z którymi wszystkie kobiety są podobne do siebie, posiadają jak wspólną „esencję”, czy te pewne esencjonalne cechy, które różni je od mężczyzn. Esencjalizm feministyczny jest charakteryzowany poprzez podstawowe założenia: (1) znaczenie to samo dla pod względem *gender* i do wiadczenia seksizmu są dla wszystkich kobiet podobne; (2) jakiegokolwiek różnice pomiędzy kobietami są mniej znaczące niż te z cech, z którymi wszystkie się identyfikują<sup>49</sup>.

Esencjalizm posiada długie korzenie filozoficzne. Hilaire Barnett<sup>50</sup>, przypomina nam, że zarówno Platon, jak i Arystoteles byli zwolennikami pewnych przekonań dotyczących esencjonalnej natury kobiet. Zdaniem Susan Moller Okin, ich poglądy można wręcz scharakteryzować jako głosy mizoginistyczne<sup>51</sup>. Dodaje, że nawet feministki, takie jak Simone de Beauvoir, padły ofiarą tej krótkowzroczności<sup>52</sup>. Antyesencjalistyczna praca Spelman przekonuje co dowodzi, że esencjalizm przynosi negatywne konsekwencje dla feministów i dla myśli feministycznej<sup>53</sup>.

W wymiarze praktycznym, w USA, Wielkiej Brytanii czy Francji, antyesencjonalna krytyka dotyczy przede wszystkim sytuacji czarnych kobiet<sup>54</sup>, ale także Latynosów czy kobiet pochodzenia karaibskiego. W Polsce natomiast problem ten nie ujawnia się w takiej skali. Można natomiast rozważyć sytuację Romów (Romek – kobiet), czy coraz wyraźniej dostrzeganej mniejszości wietnamskiej. Sytuacja ta wydaje się być rozwojowa, w miarę jak Polska zaczyna być traktowana jako kraj docelowej emigracji dla przybyszów z zagranicy wschodniej, bliżej i dalszej.

Pierwotna antyesencjonalna krytyka polega na zwróceniu uwagi, że feministki przyjmują do wiadczenia białych kobiet należących do klasy średniej jako reprezentatywne dla do wiadczenia wszystkich kobiet. W ten sposób – można by dowodzić – przesłania to różnorodność kobiet; umacnia przywileje białych kobiet klasy średniej. W rezultacie inne kobiety jawią się jako „inne”, odbiegające od normy i ponieważ „wybrakowane”. Powoduje to zniekształcenie postulatów femi-

---

<sup>48</sup> C. Dalton, *Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 34.

<sup>49</sup> D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 335

<sup>50</sup> H. Barnett, *Introduction...*, op. cit., s. 84–89.

<sup>51</sup> S.M. Okin, *Women in Western Political Thought*, Ewing, New Jersey: Princeton University Press 1979; za H. Barnett, *Introduction...*, op. cit., s. 83.

<sup>52</sup> Chodzi zapewne o poglądy wyrażone w: S. de Beauvoir, *Druga płeć (Second Sex)*, Warszawa, 2009.

<sup>53</sup> D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 336.

<sup>54</sup> Przykładowo: P. Giddings, *When and Where I Enter: The Impact of Black Women on Race and Sex in America*, Morrow 1984; D. Rhode, *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law*, Harvard University Press 1989.

nistycznych i dostarcza feminizmowi rysu zamykania się w kręgu swych własnych trosk, a ostatecznie czyni w tępym mózgu ubiegania się o zmiany społeczne. Esencjalizm jawi się jako paradoks istoty feminizmu: jakiegokolwiek próby mówienia o wszystkich kobietach w kategoriach tego, co kobiety mają w ogólnie, podważa doniosłość znaczenia kobiecych różnic<sup>55</sup>. Jak uważa Martha Minow, wspieranie przez feministów uniwersalnych kobiecych norm naraża ich na ryzyko, że zostaną posądzeni o takie działania, które są przez nich demaskowane i potępiane, w sytuacji kiedy dokonują ich mężczyźni<sup>56</sup>. Odwołanie się do kobiecych różnic wynikających z koloru skóry czy pochodzenia etnicznego, może stanowić punkt wyjścia dla formułowania zarzutów wobec esencjonalizmu. Niemniej jednak krytyka może być prowadzona na wielu innych płaszczyznach, choćby na płaszczyźnie religijnej, klasowej, czy – jak pokazuje Patricia Cain – z uwagi na orientację seksualną. Perspektywa przyjmowana przez feminizm lesbijski zakwestionuje teorie feministyczne, które heteroseksualizm rozumieją jako instytucję utrwalającą patriachalną, a nie po prostu jako naturalną formę dominacji seksualnej<sup>57</sup>.

Postmodernizm oddziałuje na teorię feministyczną także w inny sposób. Po pierwsze, kwestionuje racjonalizm, na którym są oparte główne kierunki zachodniej nauki i filozofii. Jak już nadmieniono, postmoderniści zaprzeczają możliwość obiektywnego poznania i utrzymują, że wszelka prawda ma charakter kontyngentny wobec subiektywnych doświadczeń. Ann Scales mówi wręcz o „tyranii obiektywizmu”. Feminisci postmoderniści dowodzą, że obiektywna rzeczywistość jest mitem, a mity patriachalne, którymi przesłanięte jest społeczeństwo, są niczym więcej jak projekcją męskiej psychiki<sup>58</sup>. Postmoderniści powiadają także, że kategorie, którymi posługujemy się w naszych wypowiedziach, takie jak *mężczyzna* czy *kobieta*, nie posiadają żadnego uprzywilejowanego znaczenia. Posiadają natomiast takie znaczenie, jakie zostaje im nadane przez język danej społeczności, przez epistemologiczny autorytet danej społeczności albo przez autorytet „tych, którzy wiedzą” (*authorised knowers*). W taki, czy inny sposób kategorie te są „społecznie konstruowane” i nie posiadają żadnego stałego znaczenia. W kolejnym kroku postmoderniści feministyczni wyprowadzają konkluzję, że kategorie te zostały ustanowione przez mężczyzn, zgodnie z męskim punktem widzenia<sup>59</sup>.

Jeżeli zatem kategorie te są konstruowane przez społeczność (zakładamy, że patriachalną), to musi istnieć także możliwość ich rekonstrukcji, pod warunkami

<sup>55</sup> D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 336.

<sup>56</sup> M. Minow, *Feminist Reason: Getting It and Losing It*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 339–340.

<sup>57</sup> P. Cain, *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 362–363.

<sup>58</sup> A.C. Scales, *The Emergency of Feminist Jurisprudence: An Essay*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 41–42.

<sup>59</sup> S. Ratnapala, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 238.

kiem, a siły społeczne, które stworzyły te kategorie, zostaną w pewien sposób „oblaskawione” albo te zostaną zreformowane. Jednakże najbardziej radykalna postmodernistyczna koncepcja, a mianowicie teoria dekonstrukcji stanowi problem dla feministycznych celów. To prawda, że ujawniając brak rzeczywistości transcendentnej i zaprzeczając możliwość poznania obiektywnego, dostarcza potężnego narzędzia analitycznego dla dekonstrukcji ustanowionych kategorii oraz naukowych twierdzeń uznanych w danym społeczeństwie. Nie jest ona jednak zbyt przydatna dla realizacji feministycznych celów. Zgodnie bowiem z koncepcją dekonstrukcji sama idea kategorii jest nonsensowna. Każda kategoria odzwierciedla beznadziejnie określone, w tym także takie kategorie jak *kobieta* czy *gender*. A ujmując rzecz mniej dosadnie, są to kategorie bardziej złośliwe i kontrowersyjne a mniej pewne niż w myśleniu modernistycznym<sup>60</sup>.

Budowanie teorii wymaga jednak stosowania pojęć abstrakcyjnych i feministyci mają problem, czy pojęcie *kobieta* powinno być poddawane dekonstrukcji czy też utrzymane jako własne pojęcie, organizujące całe feministyczne przedsięwzięcie. Z pewnością feministyci są bardziej skłonni dokonywać dekonstrukcji kategorii męsko zorientowanych. Nie są jednak zgodni, czy w tym miejscu należy budować nowe kategorie. Zdaniem Mary Joe Frug, należy opowiadać się za doniesieniem do perspektyw przeciwstawnych a nawet wzajemnie sprzecznych<sup>61</sup>. Natomiast Patricia Cornell uważa, że kobiety powinny stworzyć swoje własne mity i alegorie, jako przeciwieństwo wobec tych, które służą do ich tłumienia. Powinny one uwzględnić pewne zbiorowe wyobrażenia kobiet. Innymi słowami, kobiety powinny pisać swój własny powieści i tworzyć swój własny „rzeczywistość”, w której zajmą pozycję bardziej wartościową<sup>62</sup>.

O ile w przypadku takiego pojęcia jak *kobieta*, jego dekonstrukcja nie musi być najlepszym rozwiązaniem dla feministycznej jurysprudenckiej, o tyle w przypadku analizy, przykładowo, pojęcia *równość*, może przynieść satysfakcjonujące rezultaty.

Feministyczni badacze w latach 70. XX wieku zgadzali się, że jeden ogólny i abstrakcyjny standard równości powinien być stosowany wobec kobiet. Ten abstrakcyjny standard równości, oparty na koncepcji Arystotelesa, gwarantował, że to, co podobne, powinno być traktowane podobnie, a co niepodobne – różnie. A zatem kobiety usytuowane w sposób podobny do mężczyzn powinny posiadać takie same uprawnienia jak mężczyźni. Ten standard równości załamywał się w obliczu sytuacji, takich jak ciąża, gdzie kobiety nie są podobne do mężczyzn. Odpowiedzi niektórych feministów może być stwierdzenie, że zróżnicowane traktowanie kobiet mogło okazać się sposobem bardziej odpowiednim w osiągnięciu

<sup>60</sup> H. Barnett, *Intoduction...*, op. cit., s. 18.

<sup>61</sup> M.J. Frug, *A Postmodern Feminist Manifesto: An Unfinished Draft*, (1992) Harvard Law Review 1045, s. 1046.

<sup>62</sup> D. Cornell, *The doubly-prized world: myth, allegory and the feminine*, (1990) 75 Cornell Law Review 643–699, s. 699.

niu równo ci. Literatura dotycząca równo ci jest ogromna i zasadniczo koncentruje się na dylemacie: czy stan równo ci winno się opierać na koncepcji identyczności (*sameness*) czy różnicy (*difference*) pomiędzy mężczyznami a kobietami<sup>63</sup>.

W toku dalszej debaty w kwestii: identyczność – różnica wielu badaczy feministycznych stawało się coraz bardziej krytycznych do takiego schematycznego podejścia wobec równo ci. Przykładowo, niektórzy feministki sugerowali, że poststrukturalizm (postmodernizm) może być użyteczny, by przekroczyć granice tej debaty. Lacan, Derrida czy Foucault, zajmowali się bowiem tymi samymi kwestiami różnicy i różnicowania, które stały się plagą feministycznej jurysprudenckiej. Jedną z teoretykówek feminizmu, Marie Ashe stosowała poststrukturalizm do wyjścia z impasu w debacie prowadzonej na dotychczasowych zasadach<sup>64</sup>. Do tych sugestii przyłączyły się i inne feministki. Przykładowo, Joan Scott dowodzi przeciwko stawianiu sprawy w kategoriach opozycji i sugeruje przededefiniowanie pojęcia równo ci<sup>65</sup>. Scott formułuje interesujący pogląd, zgodnie z którym, „...krytyczna feministyczna postawa musi zawsze obejmować dwa posunięcia. Pierwsze polega na systematycznej krytyce kategoriowych różnic, demaskowaniu różnicowych wykluczeń i wyłączeń [a także] hierarchii, jakie one konstruują oraz na odrzuceniu ich „prawd” ostatecznych. Samo odrzucenie nie dokonuje się jednak w imię równo ci, która by implikowała identyczność czy to samo, ale raczej (i to jest drugie posunięcie) w imię równo ci, która opiera się na różnicach – różnicach, które wprowadzają zakłopotanie, zakłócają spokój i czynią dwuznacznym znaczenie jakichkolwiek trwałych binarnych przeciwieństw...”<sup>66</sup>.

Jedną z bardziej oryginalnych teorii równo ci, która wychodzi poza kanony myślenia modernistycznego, została zaprezentowana przez Dianę Majury pod szyldem „równo ci jako strategii” (*equality as strategy*)<sup>67</sup>.

Majury rozpoczyna swój wywód od feministycznej krytyki równo ci. Odnawia, że głównymi brakami tej koncepcji są: brak precyzji, nieograniczona otwartość i nieokreśloność. Zauważa, że zwolennicy różnicowych modeli równo ci, pod wpływem hołdu, jaki prawo składa stało się i jednolitości zakładają, że tylko jeden model równo ci może być przyjmowany. Pogoża za tym jedynym formułą równo ci traktuje jak pułapkę dla debaty na ten temat i wskazuje na kilka przyczyn. (1) Nawet jeżeli mieliśmy samymi feministkami zostanie osiągnięty *consensus* co do

<sup>63</sup> Jedynie tytułem przykładu można wskazać: W.W. Williams, *Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate*; H.H. Kay, *Equality and Difference: The Case of Pregnancy*; L.M. Finley, *Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate*, (wszystkie w: D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit.).

<sup>64</sup> M. Ashe, *Mind's Opportunity: Birthing a Poststructuralist Feminist Jurisprudence*, (1987) 38 *Syracuse Law Review*, s. 1129.

<sup>65</sup> J. Scott, *Deconstructing Equality-Versus-Difference: Or, The Uses of Poststructuralist Theory for Feminism*, (1988) 14 *Feminist Studies*, s. 33.

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>67</sup> D. Majury, *Strategizing in Equality*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 264–275.

formuły równo ci, to naiwno ci polityczn b dzie my lenie, e zostanie on zaakceptowany przez patriarchalny system prawny jako podej cie uprzywilejowane; (2) do wiadczenie uczy, e aden pojedynczy model równo ci nie b dzie działał wył cznie w interesie kobiet: kiedy tylko wypracowana teoria z sukcesem b dzie pomagała kobietom, to decydenci przeformułow j tak, e b dzie ogranicza kobiece mo liwo ci<sup>68</sup>.

Z tych powodów Majury argumentuje przeciwko przyjmowaniu jednej formuły równo ci, wskazuj c na korzy ci płyn ce z elastyczno ci, oferowanej przez nieokre lono równo ci. Zamiast d y do jednej formuły, Majury proponuje, aby femini ci korzystali ze strategii opartej na eliminowaniu form nierówno ci wobec kobiet przez koncentrowanie si na szczególnych i konkretnych przejawach nierówno ci. Podczas gdy strategia ta zrezygnowałaby z równo ci jako z celu, nie zrezygnowałaby z korzy ci wynikaj cych z dyskursu opartego na równo ci. Mogłaby wykorzystywa nieokre lono równo ci do reagowania na kobiece do wiadczenia wynikaj ce z nierówno ci i zatrudnia retoryk równo ci, aby usiłowa zapobiega dominacji i podporz dkowaniu. Pod anie ladem „równo ci jako strategii” mogłoby da feministom mo liwo rozwijania argumentów opartych na równo ci skoncentrowanej na kobiecie, tak aby przeciwstawia si argumentom wypracowanym przez m czyzn, które wykorzystuj równo do m skich interesów kosztem kobiet<sup>69</sup>. Ostatecznie Majury dopuszcza posługiwanie si wieloma modelami równo ci, szacuj c efekty, jakie przy ich pomocy mog zosta osi gni te. Je eli dana formuła równo ci działałaby na niekorzy kobiet, byłaby po prostu odrzucana<sup>70</sup>. Nie sposób oprze si jednak wra eniu, e Majury koncepcjami teoretycznymi posługuje si instrumentalnie, a zało enia postmodernistyczne traktuje jedynie jako ogóln inspiracj .

W przypadku feminizmu postmodernistycznego debata dotycz ca równo ci, jako celu, nie wydaje si ju interesuj ca. Patricia Cain proponuje, aby nowa my l bardziej wspierała proces kobiecego samookre lenia ani eli pasjonowała si teoriami równo ci. Samookre lenie nie oznacza, e nale y koncentrowa si na kategorii *kobieta*. Chodzi raczej o to, aby analizowa sytuacj kobiet w liczbie mnogiej. Zamiast wykorzystywa abstrakcyjne, uniwersalne teorie nale y bada praktyczne problemy kobiet, które ujawniaj si w konkretnych sytuacjach. Za uwzgl dnieniem ró norakich perspektyw w konstruowaniu rzeczywisto ci opowiadaj si tak e Katherine Barlett i Martha Minow<sup>71</sup>. Kategoria *kobieta* jest przez teorie modernistyczne zanadto okre lona. Jest kategori a nadto esencjonaln , w szczególno ci w teoriach feminizmu radykalnych, ale tak e kulturowego<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> D. Majury, *Strategizing in Equality*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., 268.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 269–270.

<sup>70</sup> Ibidem, s. 271–272.

<sup>71</sup> K. Barlett, *Feminist Legal Methods*; M. Minow, *The Supreme Court 1986 Term, Foreword: Justice Gendered*, (oba eseje w: D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 550–570 i 301–319).

<sup>72</sup> P. Cain, *Feminism and the Limits of Equality*, (w:) D.K. Weisberg, *Feminist...*, op. cit., s. 242–243.



Postmodernistyczna jurisprudencja feministyczna jest z pewno ci dla feministów du ym intelektualnym wyzwaniem. Jednak e tak jak ka da inna teoria czy doktryna posiada tak e krytyków. Krytyka ta jest dokonywana zazwyczaj w ten sam sposób, w jaki krytykowany jest postmodernizm, a mianowicie jako niedostarczaj cy adnych podstaw do przekonuj cych, krytycznych bada . Je eli ka da perspektywa jest uprawniona w takim samym stopniu, to adna nie jest uprawniona. Postmodernizm jest cz sto krytykowany jako prowadz cy do politycznej niemocy, odrzucaj c mo liwo poznania prawdy, odrzuca tak e prawdziwo twierdze dotycz cych ciemi enia. Bycie postmodernist nie jest oczywi cie zaprzeczeniem, e pewne rzeczy si zdarzaj , e kobieta mogła by w pracy seksualnie molestowana, ani te , e taka rzecz jest dla niej złem, ale jest zaprzeczeniem, e takie wydarzenia s najlepiej zrozumiałe przez pryzmat wielkiej teorii dotycz cej seksizmu<sup>73</sup>. W konsekwencji idzie tu tak e o zakwestionowanie, ukształtowanego przez feminizm modernistyczny, poj cia *gender*, budowanego na systemie binarnych opozycji. Dla feminizmu modernistycznego *gender* miała by dowodem ukrytej, m skiej rodzajowo ci prawa, ale tak e kobiecego wył czenia. Prezentuje proste, niekiedy zbyt proste, łatwo przemawiaj ce do wyobra ni, kategoryzacje. Dla postmodernistów jest to poj cie podlegaj ce dekonstrukcji, jak ka de inne. Ale mo e si ówczas okaza , e utracona zostanie solidna podstawa, na której była kwestionowana rodzajowa m sko dyskursu, tak e prawniczego. Dlatego te bez wzgl du na to, jak bardzo atrakcyjna dla postmodernistów jest logika dekonstrukcji, poj cia *gender* i *kobieta* s zbyt wa nym narz dzim poj ciowym i nie powinny by zbyt szybko wyeliminowane ze słowniczka jurisprudencji feministycznej.

Z drugiej strony, feminizm postmodernistyczny jest dla dotychczasowej jurisprudencji feministycznej takim samym problemem, jakim dla modernizmu jest postmodernizm. Jak powiada Barnett: „Dla feministycznej jurisprudencji, skutki tez głoszonych przez krytyk postmodernistyczn s gł bokie. Je eli „wielkie teorie” [w rozumieniu: kapitalizm, liberalizm czy marksizm – dopisek autora] nie s ju dłu ej odpowiednie do wyja niania sytuacji kobiet, to poj cia takie jak patriarchy, *gender* czy sfera prywatna/publiczna, trac swoj moc wyja niaj c ... W miejsce wielkich teorii musi by rozwijana taka krytyka, która ujawni rzeczywiste zró nicowanie sytuacji ka dej z kobiet. B dzie to krytyka, która z natury rzeczy odrzuca uniwersalizm i fundamentalizm filozoficznego i politycznego rozumienia oferowanego przez modernizm”<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> J.E. Penner, *McCoubrey & White's...*, op. cit., s. 204.

<sup>74</sup> H. Barnett, *Introduction...*, op. cit., s. 180.

## STRESZCZENIE

Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie poglądów prezentowanych przez nurt jurisprudencki feministyczny, uznawany za jeden z najbardziej radykalnych – feminizm postmodernistyczny. Radykalizm tego nurtu przejawia się głównie w zakwestionowaniu wszelkich „wielkich prawd” głoszonych przez teorie, określone wspólnie jako modernistyczne. Przede wszystkim chodzi o zakwestionowanie doktryn pozytywizmu prawniczego i liberalizmu, ale także każda inna „meta-narracja”, proponująca jedynoprzyczynowe objaśnienie świata, jest przez postmodernistów odrzucona, czy to bezpośrednio czy pośrednio.

Feminizm postmodernistyczny szeroko czerpie z dorobku myślicieli francuskich, takich jak Michel Foucault, Jean-François Lyotard, wykorzystując dekonstruktywizm Jacquesa Derridy. Istotny wkład wnoszą także kobiety: Luce Irigaray, Helene Cixous i Julia Kristeva (zwane niekiedy przez anglosasów *Holy Trinity*). Czy jednak dekonstrukcja podstawowych dla feminizmu pojęć, takich jak „kobieta” czy *gender*, jest w tym przypadku dobrym rozwiązaniem? W jakim zakresie prawnicy w ogólnie mogą zaakceptować ideę dekonstrukcji pojęć (dodajmy – prawnych)? Autor wyraża nadzieję, że lektura tego artykułu przyczyni się, choćby w niewielkim stopniu, do znalezienia odpowiedzi także i na te pytania.

## SUMMARY

The present article is aimed at familiarizing the reader with opinions presented by the current in feminist jurisprudence assumed to be the most radical, i.e. postmodernist feminism. Radicalism of this current manifests itself mainly in questioning all “great truths” propagated by theories jointly called the modernist ones. What it is all about first of all is the questioning of the doctrines of legal positivism and liberalism but also any other “meta-narration” proposing one-cause explanation of the world is rejected by the postmodernists either in a direct or indirect way.

Postmodernist feminism draws on the oeuvre of the French thinkers, such as Michel Foucault and Jean-François Lyotard, making use of Jacques Derrida's deconstructivism. Significant contribution is also made by women: Luce Irigaray, Helen Cixous and Julia Kristeva (sometimes called *Holly Trinity* by the Anglo-Saxons). However, is deconstruction of the basic terms for feminism, such as “woman” or *gender*, a good solution? To what extent can lawyers accept an idea of deconstruction of terms (it must be added – legal ones)? The author hopes that the reading of the article will help, at least to some extent, find answers to these questions.

BARTŁOMIEJ OPALI SKI

KONTRASYGNATA AKTÓW GŁOWY PAŃSTWA  
W POLSKIM KONSTITUCJONALIZMIEKONTRASYGNATA W POLSKIM PRAWIE KONSTITUCYJNYM  
PRZED UCHWALENIEM KONSTITUCJI Z 1997 R.CZ I<sup>1</sup>

## 1. Uwagi wprowadzające

Pojciem kontrasygnaty posługiwano się już w pierwszych aktach prawnych mających charakter ustaw zasadniczych<sup>2</sup>. Wywodzi się ono ze redniowiecznego języka łacińskiego, powstało z połączenia dwóch morfemów: *contra* – przeciwny oraz *signare* – podpisać, oznaczać, pieczętować<sup>3</sup>. W dosłownym tłumaczeniu oznacza drugi podpis, wymagany do ważności aktu obok podpisu osoby głównej<sup>4</sup>.

W piśmiennictwie jako kontrasygnatę rozumie się złożenie drugiego podpisu na akcie głowy państwa<sup>5</sup> przez premiera lub innego członka rządu, powodując go przez niego odpowiedzialności politycznej za współpodpisanie aktu<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Artykuł niniejszy stanowi pierwszą z dwóch części opracowania poświęconego instytucji kontrasygnaty aktów głowy państwa w polskich ustawach zasadniczych. Przeprowadzone w tej części rozważania obejmują lata 1791–1992. Pominięto tu problematykę kontrasygnaty w Konstytucji RP z 1997 r., gdy zostanie ona przedstawiona w drugiej części opracowania, w kolejnym numerze czasopisma.

<sup>2</sup> Tytułem przykładu można wskazać Konstytucję Francji z 1791 r., Akt dodatkowy do Konstytucji Cesarstwa z 1815 r., Konstytucję Francji z 1848 r., z 1875 r., oraz z 1946 r., Konstytucję Württembergii z 1819 r., czy Konstytucję Finlandii z 1919 r. Niektóre ustawodawstwa konstytucyjne posługiwały się subsydiarnie terminem „podpisu” i „współpodpisu”, zob. m.in. Konstytucję Hiszpanii z 1837 r., włoski Statut Alberta z 1848 r., oraz Konstytucję Prus z 1850 r. Szerzej na ten temat zob. A. Rakowska, *Kontrasygnata aktów głowy państwa w wybranych państwach europejskich*, Toruń 2009, s. 11 i n.

<sup>3</sup> Szerzej na temat etymologii pojęcia kontrasygnaty zob. W. Kopalinski, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1989, s. 490.

<sup>4</sup> Por. M. Kruk, *Historyczno-porównawcze aspekty rządowej kontrasygnaty aktów prezydenta*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1994, nr 1, s. 245; J. Barciak (w:) *Leksykon prawniczy*, (red.) U. Kalina-Prasznica, Wrocław 1999, s. 166 i n.

<sup>5</sup> W zależności od przyjętego modelu może to być prezydent lub monarcha.

<sup>6</sup> Por. M. Kruk, *Kontrowersje wokół instytucji kontrasygnaty na tle przepisów Małej Konstytucji*, (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 372; F. Siemieniowski, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa–Poznań 1978, s. 218; A. Gwiżdż, *Zasady i tryb kontrasygnowania aktów prawnych Prezydenta Rzeczypospolitej*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1994, nr 1, s. 227.

Z jednej strony kontrasygnata jest więc czynnością o charakterze technicznym, polegającą na złożeniu stosownego podpisu członka rządu na akcie głosu państwa, co stanowi warunek *sine qua non* jego ważności. Z drugiej strony rodzi ona doniosły ustrojowoprawy skutek, w postaci uwolnienia głosu państwa od odpowiedzialności za dany akt i obarczenia nim podmiotu kontrasygnującego. Te dwa elementy, powszechnie uznawane za cechy konstytutywne kontrasygnaty, przesłужają o jej specyfice, czyniąc ją instytucją oryginalną, niepodobną do innych<sup>7</sup>.

Kontrasygnata może występować jedynie w warunkach dwuczłonkowej władzy wykonawczej. Jest więc instytucją charakterystyczną dla państw o parlamentarno-gabinetowym i półprezydenckim systemie rządów<sup>8</sup>. Stanowi ona konsekwencję przyjmowanej w tych ustrojach, generalnej zasady braku politycznej odpowiedzialności głosu państwa.

Ojczyzną kontrasygnaty jest Anglia. Powstanie tej instytucji ściśle wiąże się z kształtowaniem w tym kraju na przełomie XVII i XVIII wieku, systemem rządów parlamentarnych<sup>9</sup>. Pierwotne znaczenie kontrasygnaty sprowadzało się jednak wyłącznie do stwierdzenia autentyczności podpisu króla. Z czasem jej charakter uległ modyfikacji, począwszy od XVIII wieku minister kontrasygnujący akty królewskie przejmował za nie odpowiedzialność, tym samym uwalniając od niej monarcha<sup>10</sup>.

W Wielkiej Brytanii nigdy nie istniała typowa konstytucja pisana. Znakomita wiążąca rozwiążą ustrojowych jest efektem funkcjonowania prawa zwyczajowego oraz precedensów<sup>11</sup>. Istotne znaczenie odgrywają również tzw. konwenanse konstytucyjne. Są to reguły powszechnie uznanego sposobu postępowania w danej sytuacji posiadające najwyższą moc prawną<sup>12</sup>. Jednym z konwenansów jest zasada, zgodnie z którą „król nie może czynić źle” (*the king can do no wrong*). Wprowadzenie instytucji kontrasygnaty stało się dla niej formalnym oparciem<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Por. B. Dziemidok-Olszewska (w.): *Mała encyklopedia wiedzy politologicznej*, (red.) M. Chmaj, W. Sokół, Toruń 2003, s. 155; A. Preisner (w.): *Encyklopedia prawa*, (red.) U. Kalina-Prasznica, Warszawa 2000, s. 396.

<sup>8</sup> Por. R. Głajcar, *Relacje prezydenta z Radą Ministrów*, (w:) *Prezydent w Polsce po 1989 r. Studium politologiczne*, (red.) R. Głajcar, M. Migalski, Warszawa 2006, s. 142.

<sup>9</sup> Parlament angielski przybrał wówczas postać przypominającą współczesne organy przedstawicielskie – przyjął kształt bikameralny i posiadał porównywalną z monarchą rolę w zakresie stanowienia ustaw. Por. A. Frankiewicz, *Kontrasygnata aktów urzędowych Prezydenta RP*, Kraków 2004, s. 19–20; E. Zwierzchowski, *Zasady ustroju i systemy rządów rozwiniętych państw kapitalistycznych. Współczesne ustroje państwowe*, cz. II, Skrypty Uniwersytetu Śląskiego nr 350, Katowice 1984, s. 89.

<sup>10</sup> Zob. M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 376.

<sup>11</sup> Tym niemniej – obok nich – materi brytyjskiego prawa konstytucyjnego tworzą również akty pisane, między innymi: Wielka Karta Swobód (1215 r.), Petition of Rights (1628 r.), Habeas Corpus Act (1679 r.), Bill of Rights (1689 r.), Akt o Parlamencie (1911 r. i 1949 r.).

<sup>12</sup> Zob. S. Gebethner, *Wielka Brytania*, (w:) *Konstytucje Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Belgii, Szwajcarii*, (red.) A. Burda, M. Rybicki, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970, s. 21 i n.

<sup>13</sup> Por. O.H. Phillips, *Constitutional laws of Great Britain. The British Empire and Commonwealth*, London 1946, s. 156.

Byłoby jednak zbyt dużym uproszczeniem traktowanie kontrasygnaty jako rodzaju tego stwierdzenia odpowiedzialności za akty monarchy. Rzeczywista geneza tej instytucji była związana z przeniesieniem wykonywania prerogatyw z króla – jak wspomniano – pierwotnie nieodpowiedzialnego monarchy w ręce odpowiedzialnych za swoje działania ministrów tworzących kolegialny organ prowadzący sprawy państwa – gabinet<sup>14</sup>.

Instytucja kontrasygnaty stanowi formalny przejaw wzajemnej współpracy, ale również wzajemnej kontroli prezydenta i rządu<sup>15</sup>. Z kolei głównie w ród klas politycznych może być postrzegana raczej jako sposób na uzależnienie prezydenta od rządu, aniżeli na przejście za niego odpowiedzialności<sup>16</sup>. Poza wpływem na współdziałanie między podmiotami władzy wykonawczej, kontrasygnata zapewnia także jednolite podejmowanych przez nie działań<sup>17</sup>. Należy jednak – za L. Garlickim – przyjąć, że rzeczywista rola tej instytucji zależy od aktualnego układu stosunków między rządem a parlamentem. Gabinet posiadający silne zaplecze polityczne w parlamencie niekoniecznie może być skłonny do firmowania decyzji prezydenta. Może to doprowadzić do sytuacji, kiedy wykorzystanie niektórych kompetencji głowy państwa zostanie przejściowo lub kontrolowane przez rząd (np. RFN). Z drugiej strony gabinet słaby (zwłaszcza gabinet prezydencki) ma znacznie mniejszą możliwość przeciwstawiania się woli głowy państwa, nawet gdyby mogło to doprowadzić do konfrontacji z parlamentem<sup>18</sup>.

Kontrasygnata tworzy przeto istotną płaszczyznę współdziałania pomiędzy organami władzy wykonawczej. Nabiera ona szczególnego znaczenia w okresie kohabitacji, kiedy staje się instrumentem wymuszającym współpracę między organami władzy wykonawczej o różnej orientacji politycznej<sup>19</sup>. Ponadto kontrasygnata rozgranicza uprawnienia prezydenta na wykonywane przez niego samodzielnie oraz te, dla których jest niezbędnym współpodpis członka rządu. Grup samodzielnych, dyskrecjonalnych uprawnień głowy państwa zwykło się określać mianem prerogatyw<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Zob. T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2000, s. 594.

<sup>15</sup> Zob. W. Sokolewicz, *Pomiędzy systemem parlamentarno-gabinetowym a systemem prezydencko-parlamentarnym: prezydentura ograniczona, lecz aktywna w Polsce i w Rumunii*, „Przebieg Sejmu” 1996, nr 3, s. 53.

<sup>16</sup> Zob. M. Kruk, *System rządów w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku*, (w:) *Ustrój polityczny Rzeczypospolitej Polskiej w nowej konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku*, (red.) W. Skrzydło, R. Mojak, Lublin 1998, s. 44–46.

<sup>17</sup> Zob. R. Mojak, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) *Polskie prawo konstytucyjne*, (red.) W. Skrzydło, Lublin 2006, s. 312.

<sup>18</sup> Zob. L. Garlicki, *Klasyczne modele ustrojowe, a koncepcja polskiej prezydentury*, (w:) *Instytucja prezydenta we współczesnym świecie. Materiały na konferencję Warszawa – Senat RP 22–23 lutego 1993 r.*, Warszawa 1993, s. 70.

<sup>19</sup> Por. T. Słomka, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej po 1989 roku. Ujęcie porównawcze*, Warszawa 2005, s. 183.

<sup>20</sup> Pojęcie prerogatyw wywodzi się z monarchii brytyjskiej, gdzie określano w ten sposób uprawnienia króla wykorzystywane bez uzgodnienia z parlamentem. Por. B. Dziemiadok-Olszewska, *Instytucja prezydenta w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Lublin 2003, s. 291.

Instytucja kontrasygnaty może być regulowana na różne sposoby. Je-li w konstytucji w sposób enumeratywny wymieniono akty prawne, które jej wymagają, kontrasygnat określa się mianem pozytywnej. *A contrario* w przypadku wyliczenia samodzielnych aktów prezydenta o charakterze dyskrecyjnym, mowa jest o kontrasygnacie negatywnej<sup>21</sup>. Przyjmując inne kryterium podziału, można wyróżnić kontrasygnat materialną, obejmując wszelkie akty prezydenta, również w formie dorozumianej, oraz kontrasygnat formalną, ograniczoną do czynności utrwalonych pismem<sup>22</sup>.

Niezależnie jednak od przyjętej regulacji pierwszorzędnym celem kontrasygnaty jest uwolnienie głowy państwa od odpowiedzialności za podejmowany akt i przeniesienie jej ciężaru na podmiot kontrasygnujący. Ponadto jako warunek *sine qua non* ważności aktu głowy państwa stanowi ona swego rodzaju spoiwo, łączące organy władzy wykonawczej. Wymusza na prezydencie i Radzie Ministrów współpracę, zapewnia jednolitość podejmowanych decyzji oraz harmonizuje i stabilizuje ich działania, kreując rzeczywiste oddziaływanie czynników rządowych na decyzje głowy państwa.

## 2. Kontrasygnata w polskich konstytucjach w XVIII i XIX wieku

### 2.1. Ustawa rządowa z 3 maja 1791 r.

Pierwszą pisaną konstytucją na kontynencie europejskim była polska ustawa rządowa z 3 maja 1791 roku<sup>23</sup>. Stanowiła akt o charakterze nowatorskim, znacznie wyprzedzając rozwój ustrojowy zawarte w ówczesnych ustawodawstwach konstytucyjnych państw europejskich. Na jej podstawie do polskiego systemu ustrojowego wprowadzono instytucję kontrasygnaty<sup>24</sup>. Zaczerpnij to ją z doktryny angielskiej, jednak jej funkcjonowanie na gruncie polskim było podyktowane odmiennymi względami, nie miało to miejsce w Anglii. Punktem wspólnym w tym zakresie było wystąpienie w obu krajach niezadowolone z panu-

<sup>21</sup> Zob. K. Wojtyczek, *Zasada kontrasygnaty w polskim prawie konstytucyjnym*, (w:) *Demokratyczne modele ustrojowe w rozwiązaniach konstytucyjnych*, (red.) S. Gebethner, R. Chruściak, Warszawa 1997, s. 154; A. Rakowska, op. cit., s. 219.

<sup>22</sup> Por. Z. Witkowski, *Prezydent Republiki w systemie ustrojowym współczesnych Włoch*, Toruń 1991, s. 99; S. Car, *O Kontrasygnacie. Referat wygłoszony na posiedzeniu Komisji Konstytucyjnej dnia 27 marca 1933 roku*, „Nowe Państwo” 1933, t. III, z. 1, s. 97.

<sup>23</sup> Zob. S. Tomicki, *Ustawa rządowa z dnia trzeciego maja 1791*, Poznań 1871, s. 187; H. Kołłątaj, *O ustanowieniu i upadku Konstytucji polskiej 3 maja 1791 r.*, Lwów 1899, s. 198 i n.

<sup>24</sup> Niemniej jednak jeszcze przed wprowadzeniem Konstytucji 3 maja 1791 r., w okresie funkcjonowania Rady Nieustajejcej (tj. instytucji utworzonej w 1775 roku, posiadającej pełnię władzy rządowej-administracyjnej z wyjątkiem spraw nauki i szkolnictwa) funkcjonowała zasada, zgodnie z którą na każdym dokumencie monarchy, obok jego podpisu winien był także złożyć podpis pierwszego senatora oraz marszałka stanu rycerskiego. Ponadto, je-li pismo stanowiło odpowiedź na skargę, wymagany był również podpis sekretarza. Znaczenie tych podpisów sprowadzało się jednak wyłącznie do stwierdzenia, że konkretny dokument w istocie pochodzi od króla. Dopiero postanowienia Konstytucji 3 maja nadały jej praktyczne nowe, szersze znaczenie. Zob. A. Rakowska, op. cit., s. 34–35.

jących stosunków politycznych i związane z tym chęć przeprowadzenia stosownych reform. W przeciwieństwie do silnej pozycji brytyjskiego monarchy, w Polsce władza królewska była w owym czasie stosunkowo słaba<sup>25</sup>. Dodatkowo sfera władztwa króla umniejszały *artykuły henrykowskie*, ustanawiające zasadę odpowiedzialności monarchy<sup>26</sup>. O ile w Anglii kontrasygnata miała osłabić pozycję panującego, o tyle w Polsce jej celem było – *a contrario* – wzmocnienie władzy królewskiej.

Recypując instytucję kontrasygnaty, ustrojodawca zaszczerpnął na gruncie polskim ideał parlamentaryzmu. Władzę wykonawczą piastował król i podporządkowana mu Straż Praw<sup>27</sup>, co czyniło zadość jednej z fundamentalnych zasad monarchii konstytucyjnej, wedle której „król nie może działać sam” (*the king can not do alone*). Zgodnie z artykułem VII ustawy rządowej wszelkie akty monarchy miały być podpisywane przez jednego z ministrów zasiadających w Straży Praw, z wyjątkiem prymasa i zastępcę jego pierwszego biskupa<sup>28</sup>. Tym samym wszyscy pozostali ministrowie byli upoważnieni do złożenia współpodpisu na akcie króla<sup>29</sup>, przy czym dla ważności takiego aktu wystarczającym był podpis jednego z nich<sup>30</sup>. Dokonanie kontrasygnaty nie było w żaden sposób uzależnione od merytorycznej właściwości podmiotu kontrasygnującego, wystarczające było więc uzyskanie poparcia któregośkolwiek z ministrów.

Skutkiem kontrasygnaty było uwolnienie monarchy od odpowiedzialności za wydawane akty poprzez przeniesienie jej ciężaru na współpodpisującego ministra. W tym zakresie ustawa rządowa stanowiła, że „osoba króla jest w pełni bezpieczna

<sup>25</sup> Zob. J. Wojakowski, *Straż praw*, Warszawa 1982, s. 21.

<sup>26</sup> Zob. Z. Szczepańska, *Ustawa rządowa z 1791 r., (w:) Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, t. I, (red.) M. Kallas, Warszawa 1990, s. 19 i n.

<sup>27</sup> Do składu Straży Praw wchodziło sześciu członków (prymas, minister policji, minister pieczęci, minister wojny, minister skarbu oraz minister pieczęci do spraw zagranicznych) pod przewodnictwem monarchy, który pełnił funkcję podobną do roli współczesnego premiera. Do kompetencji Straży Praw należało sprawowanie nadzoru nad całą administracją oraz prowadzenie egzekucji praw. Por. M. Adamczyk, S. Pastuszka, *Konstytucje polskie w rozwoju dziejowym 1791–1982*, Warszawa 1985, s. 17; B. Leńdorski, *Dzieło Sejmu Czteroletniego*, Wrocław 1951, s. 317.

<sup>28</sup> Wynikało to zapewne z przyjętej wówczas zasady politycznej odpowiedzialności ministrów przed Sejmem za podpisywane przez nich akty. Z uwagi na pełnione funkcje ani prymas, ani też biskup nie mogliby ponieść takiej odpowiedzialności, a zatem złożeniem przez nich współpodpisu na akcie monarchy byłoby prawnie bezskuteczne. Por. A. Rakowska, op. cit., s. 35.

<sup>29</sup> Do składu Straży Praw wchodził także Marszałek Sejmu, ale „bez prawa wdawania się w rezolucje”. Tak więc jemu również nie przysługiwało uprawnienie do kontrasygnowania aktów królewskich. Zob. L. Finkel, *O Konstytucji 3 Maja w setną rocznicę jej nadania*, Lwów 1891, s. 93.

<sup>30</sup> Straż Praw była organem kolegialnym niepodobnym jednak do gabinetu brytyjskiego, który decyzywnością był w stanie przeciwstawić się woli króla. Dla ważności aktu polskiego monarchy wystarczającym był bowiem podpis jednego z ministrów, nawet w przypadku sprzeciwu wszystkich pozostałych. Na tej podstawie zasiadających w Straży Praw i ministrów można określić w zasadzie jako indywidualnych doradców króla. Czysto hipotetycznie można również rozważyć kierunek ewolucji praktyki konstytucyjnej, pozwalającej na wykształcenie pomiędzy ministrami poczucia solidarności i uzyskanie przez jednego z nich autorytetu zbliżonego do pozycji brytyjskiego szefa rządu, co w efekcie mogłoby doprowadzić do osłabienia pozycji króla. Wydaje się jednak, że Konstytucja 3 maja 1791 r. obowiązywała zbyt krótko (zaledwie do 1792 roku, kiedy została obalona przez konfederację targowicką), aby móc w tym zakresie ocenić ewentualne kierunki jej ewolucji. Zob. S. Grodziski, *Polska w czasach przełomu (1764–1815)*, Kraków 1999, s. 129.

od wszystkiego: nic sam przez się nie czyni, za nic w odpowiedzi narodowi by nie może<sup>31</sup>. Z tytułu dokonanej kontrasygnaty na ministrach spoczywała odpowiedzialność dwojakiego rodzaju. Z jednej strony była to odpowiedzialność polityczna, egzekwowana przez Sejm większością 2/3 głosów połączonych Izob<sup>32</sup>. Obok niej istniała odpowiedzialność konstytucyjna za naruszenie przepisów prawa, która mogła być realizowana w formie karnej lub cywilnej. Egzekwowanie tej kategorii odpowiedzialności również należało do kompetencji Sejmu, który zwykł większością głosów mógł postawić ministra w stan oskarżenia przed Sejmem<sup>33</sup>. Uproszczenie procedury odpowiedzialności konstytucyjnej poprzez zastosowanie zwykłej większości głosów miało na celu zdyscyplinowanie ministrów, aby decyzje przez nich podejmowane były zgodne z literą prawa<sup>34</sup>.

Warunkiem uwolnienia monarchy od odpowiedzialności było złożenie na akcie królewskim stosownego podpisu przez co najmniej jednego spośród ministrów zasiadających w Straży Praw. Jako że kontrasygnata nie była obowiązkiem, a uprawnieniem, ustawa rzekomo przewidywała odpowiedni tryb postępowania na wypadek, gdyby wszyscy ministrowie odmówili podpisania aktu monarchy. Król winien wówczas odstąpić od decyzji. W sytuacji odmiennej spory między monarchą a ministrami podlegały ostatecznemu rozstrzygnięciu przez Sejm. W praktyce wszelkie decyzje króla były uprzednio uzgadniane z jego najbliższymi współpracownikami zasiadającymi w Straży Praw, co *de facto* czyniło powyższe regulacje literą prawa<sup>35</sup>.

## 2.2. Konstytucja Księstwa Warszawskiego z 22 lipca 1807 r., oraz ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego z 27 listopada 1815 r.

Institucja kontrasygnaty została przeto wprowadzona do polskiego systemu ustrojowego poprzez Konstytucję 3 maja 1791 r. Do roku 1997, kiedy uchwalono obowiązującą Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej, kontrasygnata funkcjonowała – w nieco odmiennych formach i kształcie – w większości kolejnych polskich regulacji ustrojowych. Kompleksowa analiza podjętej problematyki winna zatem uwzględnić konstrukcję tej instytucji w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim. Jeden z tych aktów nie stanowił jednak wyrazu samodzielnej polskiej myśli

<sup>31</sup> Szerzej na ten temat, zob. W. Wilga, *Powstanie i ewolucja instytucji kontrasygnaty*, „Przebieg Sejmowy” 1996, nr 4, s. 40.

<sup>32</sup> Zob. E. Roztorowski, *Ostatni król Rzeczypospolitej. Geneza i upadek Konstytucji 3 Maja*, Warszawa 1966, s. 215.

<sup>33</sup> Zob. A. Deryng, *Akty rządowe głowy państwa. Rozwiązania ustrojowe*, Archiwum Towarzystwa Naukowego we Lwowie, Lwów 1934, s. 53–56.

<sup>34</sup> W piśmiennictwie podkreślano, że z tytułu kontrasygnowanych aktów ministrowie odpowiadali przed Sejmem „osobami majątkiem swoim”. Zob. A. Liwiński, *Konstytucja Trzeciego Maja*, Warszawa 1916, s. 32.

<sup>35</sup> Zob. B. Leńdorski, *Początki monarchii konstytucyjnej*, (w:) *Historia państwa i prawa Polski*, t. II, (red.) J. Bardach, Warszawa 1971, s. 536.



ustrojowej, przez co nie wywarły one wpływu na dalszą ewolucję kontrasygnaty w prawie polskim. Z tego względu uzasadnione wydaje się ograniczenie analizy jedynie do wybranych istotnych kwestii<sup>36</sup>.

W dniu 22 lipca 1807 r. w Dreźnie Napoleon Bonaparte podpisał i okrojał Konstytucję Królestwa Warszawskiego. Nie przewidywała ona wprost instytucji kontrasygnaty, stanowiła w art. 6, że „Rząd jest w osobie króla. On sprawuje w całej swojej zupełności urzędowania władzy wykonawczej”. Tym niemniej w art. 11 ustanowiono zasadę odpowiedzialności ministrów. Doprecyzowano ją w dekreście z 20 kwietnia 1808 r., zgodnie z którym każdy akt monarchy dla swej ważności wymagał kontrasygnaty właściwego ministra. Dokonując kontrasygnaty, ministrowie przejmowali odpowiedzialność „za akty na nich podpisane, a przeciwne Konstytucji lub krajowi szkodliwe”. Należy jednak podkreślić, że w braku odpowiedzialności władzy wykonawczej przed Sejmem decyzja o zainicjowaniu odpowiedzialności ministrów należała do monarchy. Konkludując, wymóg kontrasygnaty, który w czasach obecnych jest uważany za przepis o charakterze czysto ustrojowym, wprawdzie funkcjonował w Królestwie Warszawskim, jednak jego podstawą nie był przepis ustawy zasadniczej, a akt odpowiadający współczesnej ustawie<sup>37</sup>.

Jedynym aktem konstytucyjnym w XIX-wiecznej Polsce ustanawiającym wprost instytucję kontrasygnaty była ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 roku. Jak wynikało z poszczególnych jej przepisów, kontrasygnatę były objęte wszelkie nakazy i postanowienia królewskie, oraz postanowienia namiestnika zarządzającego sprawami królestwa pod nieobecność monarchy<sup>38</sup>. Ministrowie dokonujący współpodpisu aktu monarchy ponosili dwójakiego rodzaju odpowiedzialność. Z jednej strony byli odpowiedzialni politycznie przed królem, który ich powoływał i odwoływał (art. 41), z drugiej strony ponosili odpowiedzialność prawną przed sejmem (art. 82). Trzeba jednak zaznaczyć, że w przeciwieństwie do regulacji z okresu Królestwa Warszawskiego o egzekwowaniu odpowiedzialności prawnej ministra za kontrasygnowany akt decydował Senat, a nie monarcha<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Por. A. Rakowska, op. cit., s. 30.

<sup>37</sup> Zob. Le nodorski, *Polska w dobie zaborów*, (w:) J. Bardach, B. Le nodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2001, s. 350; A. Frankiewicz, op. cit., s. 271.

<sup>38</sup> Art. 47 Konstytucji Królestwa Polskiego stanowił: „Wszelkie rozkazy i postanowienia królewskie powinny być zaświadczane podpisem ministra naczelnika wydziału, który będzie odpowiedzialnym za wszystko, co by te rozkazy lub postanowienia obejmowały przeciwko konstytucji i prawom”. Uzupelnienie tej materii stanowił art. 64, zgodnie z którym „W nieprzytomności króla namiestnik i Rada Stanu zarządzają w jego imieniu sprawami publicznymi Królestwa”. Ponadto istotne były przepisy art. 35 i 36, z których wynikało, że „rząd jest w osobie króla. Król sprawuje władzę wykonawczą w całej swojej rozciągłości. Wszelka władza wykonawcza (...) od niego tylko pochodzi i (...) osoba króla jest wiążąca i nietykalna” Szerzej na ten temat zob. Z. Stankiewicz, *Królestwo Polskie 1815–1863*, (w:) *Historia państwa i prawa Polski*, t. III, (red.) J. Bardach, Warszawa 1981, s. 300 i n.

<sup>39</sup> Można więc mówić o pewnym uniezależnieniu odpowiedzialności prawnej ministrów od króla. Podstawą w tym zakresie stanowił art. 116, zgodnie z którym „Senat stanowiłby dzieło oddania pod sąd senatorów, ministrów naczelników wydziałów rządowych, radców stanu i referendarzy, wykraczających w urzędzie bądź na odesłanie królewskie lub namiestnika, bądź na zaskarżenie izby poselskiej”.

### 3. Kontrasygnata w polskich konstytucjach okresu międzywojennego

#### 3.1. Dekret z 22 listopada 1918 r., oraz uchwała z 20 lutego 1919 r. o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa

Po zakończeniu I wojny światowej aktem tymczasowo regulującym urząd państwa niepodległej Polski był dekret z 22 listopada 1918 r. o najwyższej władzy reprezentacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej<sup>40</sup>. W art. 1 postanowiono, że Józef Piłsudski jako Tymczasowy Naczelnik Państwa sprawować miał władzę zwierzchnią do czasu zwołania Sejmu Ustawodawczego. Z art. 4 wynikało natomiast, że wydawane przez niego akty rządowe podlegają kontrasygnacie Prezesa Rady Ministrów<sup>41</sup>.

W porównaniu do współczesnej konstrukcji instytucji kontrasygnaty rozwiązania ustrojowe przyjęte w dekrecie z 1918 r. były zasadniczo odmienne. Wynikało to zarówno z ich tymczasowego charakteru, jak i z braku organu ustawodawczego mogącego egzekwować polityczną odpowiedzialność członków rządu. Wykluczone było zatem ponoszenie odpowiedzialności przez premiera z tytułu kontrasygnowanych aktów. Ponadto zgodnie z art. 2 dekretu ministrowie byli mianowani i ponosili odpowiedzialność przed Tymczasowym Naczelnikiem Państwa. W tym stanie rzeczy funkcja kontrasygnaty sprowadzała się do przyjęcia przez premiera do wykonania woli Naczelnika Państwa wyrażonej w wydanym przez niego akcie<sup>42</sup>.

W nieco odmienny sposób uregulowano instytucję kontrasygnaty w uchwale z 20 lutego 1919 r. o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa. Stosownie do art. II pkt 5 kontrasygnacie podlegały akty państwowe Naczelnika Państwa. Odmienne jednak niż w dekrecie z 1918 r., współpodpisu mógł dokonać jedynie odnośny minister, tj. właściwy ze względu na przedmiot danego aktu<sup>43</sup>.

W tym celu tradycyjnym celem kontrasygnaty jest uwolnienie głowy państwa od odpowiedzialności politycznej przed legislaturą. Z art. II pkt 4 uchwały wynikało jednak, że zarówno rząd, jak i Naczelnik Państwa ponosili odpowiedzialność przed Sejmem. Tym samym przyjęta konstrukcja kontrasygnaty odbiegała od tradycyjnego jej rozumienia. Jako że oba segmenty władzy wykonawczej pozostawały w równym stopniu odpowiedzialne politycznie przed Sejmem, znaczenie kontrasygnaty sprowadzało się wówczas przede wszystkim do zapewnienia współpracy i współdziałania między nimi<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Dz.P.P.P. z 1918 r., Nr 17, poz. 41.

<sup>41</sup> Zob. M. Kruk, *Historyczno-porównawcze...*, op. cit., s. 252.

<sup>42</sup> Zob. A. Deryng, *Akty rządowe...*, op. cit., s. 59.

<sup>43</sup> Zob. A. Rakowska, op. cit., s. 58.

<sup>44</sup> Ponadto w piśmiennictwie wskazuje się, że taki układ sprzyjał wzmocnieniu pozycji Naczelnika Państwa względem rządu. Przy podejmowaniu decyzji Naczelnik mógł bowiem kształtować i odpowiednio modyfikować ich treść, powołując się przy tym na spoczywającą na nim odpowiedzialność za wydawane akty. Por. S. Krukowski, *Mala Konstytucja z 1919*, (w:) *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, (red.) M. Kallas, Warszawa 1990, s. 13.

Zarówno dekret z 1918 r., jak i uchwała z 1919 r. stanowiły pierwsze regulacje ustrojowe po odzyskaniu przez Polskę niepodległości. Z założenia nie były to jednak akty o charakterze ostatecznym. Niemal równoległe z ich wprowadzeniem rozpoczęto prace nad konstytucją, która w sposób kompleksowy, definitywnie nadałaby kształt ustrojowi niepodległego państwa polskiego.

### 3.2. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 17 marca 1921 r.

Podjęte wówczas prace zostały zwiezione w dniu 17 marca 1921 r., kiedy uchwalono nową Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej<sup>45</sup>. Jednym z zagadnień, które regulowała konstytucja, była instytucja kontrasygnaty. Art. 44 ust. 4 stanowił bowiem, że „każdy akt rządowy Prezydenta Rzeczypospolitej wymaga dla swej ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów i właściwego ministra, którzy przez podpisanie aktu biorą za odpowiedzialność”.

Po raz pierwszy w dziejach polskiego prawa konstytucyjnego przewidziano w tym wymóg kontrasygnaty podwójnej. Nie podlegały jej jednak wszystkie akty głowy państwa, a jedynie „akty rządowe”<sup>46</sup>. W braku konstytucyjnej definicji tego terminu jego interpretacja okazała się sporna, wywołując liczne dyskusje<sup>47</sup>. Ostatecznie przyjęto szeroki interpretacyjny pojęcie aktów rządowych ustalając, że należą przez nie rozumie wszelkie akty wydawane przez prezydenta na

<sup>45</sup> W piśmiennictwie podkreśla się, że w braku rodzimych tradycji ustrojowych, twórcy Konstytucji marcowej pozostawali pod silnym wpływem doktryny francuskiej, czystokrwiniście do funkcjonujących tam regulacji. Za przykład może służyć – podobnie jak w III Republice Francuskiej – ograniczenie kompetencji prezydenta jedynie do pozycji nominalnego zwierzchnika. Zob. A. Frankiewicz, op. cit., s. 49; M. Pietrzak, *Rządy parlamentarne w Polsce w latach 1919–1926*, Warszawa 1969, s. 72.

<sup>46</sup> Warto wskazać na precyzyjne regulacje w tym zakresie, jak był dekret Rady Regencyjnej o tymczasowej organizacji władz naczelnych w Królestwie Polskim z dnia 3 stycznia 1918 r. Dekret ów dzielił akty Rady Regencyjnej na dekryty i reskrypty. Dekryty, niemające charakteru ustaw, normowały dane kwestie w sposób ogólny, zaś reskrypty stosowane były we wszelkich tych zarządzeniach Rady Regencyjnej, niemających charakteru norm ogólnych. Zob. Dz.Pr.K.P. 1918, nr 1/18, poz. 1.

<sup>47</sup> W doktrynie zdania były podzielone co do tego, czy akty głowy państwa wymagające kontrasygnaty muszą mieć formę pisemną, czy wymagają jej także o wiadczenia ustne, np. przemówienia. Zwolennikami kontrasygnowania jedynie pisemnych aktów prezydenta byli m.in. W.L. Jaworski i A. Deryng. Zob. W.L. Jaworski, *Ankieta o konstytucji z 17 marca 1921 r.*, Kraków 1924, s. 288; A. Deryng, *Akty rządowe...*, op. cit., s. 58. Przeciwnie uważali J. Rogowicz i W. Komarnicki. Zob. J. Rogowicz, *Istota władzy głowy państwa*, Warszawa 1932, s. 170; W. Komarnicki, *Ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1934, s. 54; tenże, *Polskie prawo polityczne (geneza i system)*, Warszawa 2008, s. 258–286. Ostatni z autorów wyraża opinię: „kontrasygnatura ministerialna, wymagana przy aktach rządowych prezydenta, jest tylko zewnętrznym znakiem przyjęcia odpowiedzialności ministerialnej za dany akt rządowy prezydenta, niemniej jednak odpowiedzialność ta rozciąga się i na to, co prezydent Rzeczypospolitej mówi w charakterze najwyższego urzędnika państwa”. Ponadto w doktrynie zastanawiano się także nad precyzyjnym określeniem znaczenia pojęcia „aktu rządowego”. W miarę dziedziczenia pojawiła się jeszcze jedna dyskusyjna kwestia. Jak wynikało z art. 51 konstytucji, prezydent nie odpowiadał parlamentarnie ani cywilnie za czynności urzędowe. W związku z tym zastanawiano się nad wzajemnym stosunkiem tych dwóch pojęć względem siebie. Niemal powszechnie przyjęto, że akty rządowe stanowią szczególną kategorię czynności urzędowych, w formie pisemnej, mającej prawną doniosłość i charakter formalny oraz solenny. Por. A. Rakowska, op. cit., s. 63.

pięć, wywołując skutki prawne i mające na celu wykonywanie jego kompetencji<sup>48</sup>.

Zgodnie z istniejącym wymogiem kontrasygnaty podwójnej każdy akt rządowy prezydenta winien być opatrzony współpodpisem zarówno premiera, jak i właściwego ministra<sup>49</sup>. Z takimi regulacjami należałoby wiązać konkretne skutki prawne. Skoro jednym z podmiotów dokonujących kontrasygnaty był Prezes Rady Ministrów, to w konsekwencji odpowiedzialność polityczną za akty rządowe prezydenta mogła przybrać formę solidarnej odpowiedzialności rządu jako ciała kolegialnego<sup>50</sup>. Niemniej jednak podpis ministra również miał swoje znaczenie. Przede wszystkim, obok podpisu premiera stanowił on warunek *sine qua non* dla danego aktu. Ponadto miał zagwarantować, że nic nie wkracza w zakres działania danego ministra, nie zostanie wdrożone bez jego wiedzy i zgody. W ówczesnej doktrynie prawa konstytucyjnego przyjmowano także, że podpis ministra mógł wywołać skutek w postaci jego indywidualnej odpowiedzialności za kontrasygnowany akt. Mogło się tak stać, gdyby wada danego aktu miała się wyliczyć w zakresie działania kontrasygnującego go ministra<sup>51</sup>.

Na podstawie przepisów Konstytucji marcowej kontrasygnacie podlegały przeto wszelkie prawnie doniosłe działania prezydenta w formie pisemnej, wydawane

---

<sup>48</sup> Zob. Z. Witkowski, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej 1921–1935*, Warszawa–Poznań–Toruń 1987, s. 26.

<sup>49</sup> Teoretycznie wydaje się dopuszczalne dokonanie kontrasygnaty wyłącznie przez Prezesa Rady Ministrów w sytuacji, gdyby jednocześnie nie piastował on stanowiska ministerialnego i był ministrem właściwym w rozumieniu art. 44 ust. 4 Konstytucji marcowej. Praktyka konstytucyjna potwierdziła jednak, że akty rządowe prezydenta winny być opatrywane co najmniej dwoma współpodpisami – premiera i właściwego członka rządu. Tytułem przykładu, w dniu 17 czerwca 1934 r. prezydent Ignacy Mościcki wydał rozporządzenie w sprawie osób zagrożących bezpieczeństwu, spokojowi i porządkowi publicznemu. Wprawdzie kontrasygnował je Prezes Rady Ministrów – L. Kozłowski, piastujący jednocześnie stanowisko ministra spraw wewnętrznych, ale obok niego podpisy złożyli również: J. Beck – minister spraw zagranicznych, J. Piłsudski – minister spraw wojskowych, C. Michałkowski – minister sprawiedliwości, B. Nakoniecznikoff-Klukowski – minister rolnictwa i reform rolnych, M. Butkiewicz – minister komunikacji, J. Paciorek – minister opieki społecznej, W. Zawadzki – minister skarbu, W. J. Drzejewicz – minister wyznań religijnych i oświecenia publicznego, H. Floyar-Rajchman – minister przemysłu i handlu oraz E. Kaliński – minister poczty i telegrafów. Szerzej na temat przedmiotowego rozporządzenia zob. A. Łuczak, J.R. Szaflik, *Druga Rzeczpospolita. Wybór dokumentów*, Warszawa 1998, s. 354 i n. Por. Z. Witkowski, *Prezydent RP w projekcie Konstytucji RP*, (w:) *Ocena projektu Konstytucji RP Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. Materiały z sympozjum*, (red.) J. Krukowski, Lublin 1996, s. 27.

<sup>50</sup> Podpis premiera pochłaniał więc odpowiedzialność indywidualną każdego z ministrów, angażując jednocześnie nie solidarną odpowiedzialność całego gabinetu przed Sejmem. Zob. W. Wilga, *Powstanie i ewolucja...*, op. cit., s. 46–47, W. Komarnicki, *Uwagi prawnicze o projekcie nowej Konstytucji polskiej*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1935, t. VII, s. 19; A. Frankiewicz, op. cit., s. 50; Por. Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego z dnia 18 marca 1926 r., 1. rej. 1903/25, OSP 1926, poz. 536. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że rozporządzenie Prezydenta RP z 30 grudnia 1924 r. o dostosowaniu uposażenia członków zarządu i pracowników związków prawnopublicznych do uposażenia funkcjonariuszy państwowych nie może być stosowane w sprawach z zakresu działania ministra pracy i opieki społecznej, z uwagi na brak podpisu wskazanego ministra na tym rozporządzeniu. W pozostałym zakresie rozporządzenie było ważne.

<sup>51</sup> Zob. W. Komarnicki, *Ustrój państwowy...*, op. cit., s. 29. Słuszne wydaje się spostrzeżenie A. Rakowskiej, iż w takiej sytuacji Sejm posiadał swobodę oceny, czy skorzysta z solidarnej odpowiedzialności rządu, czy raczej z indywidualnej odpowiedzialności wobec konkretnego ministra. Zob. A. Rakowska, op. cit., s. 73.

w celu wykonywania przysługujących mu kompetencji. Szerokie zastosowanie tej instytucji spowodowało, że polityczna samodzielność głowy państwa *de facto* w ogóle nie istniała. Ustrojodawca w pełni uzależnił stanowisko prezydenta od drugiego z organów dualistycznej egzekutywy, a w konsekwencji od wiążącego cię sejmowej, której emanacją stanowił rząd. W tym stanie rzeczy prezydent nie dysponował możliwości znaczącego oddziaływania na życie polityczne państwa.

### 3.3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 23 kwietnia 1935 r.

Zupełnie odmienne tendencje znalazły wyraz w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 23 kwietnia 1935 roku. Przyjęte wówczas regulacje zapewniały silną, stabilną i jednolitą pozycję władzy wykonawczej. Znacznemu wzmocnieniu uległa pozycja głowy państwa. Zamysłem ustrojodawcy było wprowadzenie jednolitej i niepodzielnej władzy prezydenta jako podmiotu stojącego na czele państwa. W konsekwencji również instytucja kontrasygnaty występowała w bardzo okrojonej formie, za jej pierwotne znaczenie uległo istotnej deprecjacji.

Zgodnie z art. 14 Konstytucji kwietniowej „akty urzędowe Prezydenta Rzeczypospolitej wymagają do swej ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów i właściwego ministra”. Wbrew krytycznym poglądom wyrażanym w doktrynie, utrzymano więc kontrasygnatę podwójną<sup>52</sup>. Wprowadzono jednak – w przeciwieństwie do regulacji zawartych w Konstytucji marcowej – bardzo szeroki zakres prerogatyw głowy państwa, tj. uprawnień samodzielnych, wykonywanych przez prezydenta w sposób dyskrecjonalny, bez konieczności współpodpisu Prezesa Rady Ministrów<sup>53</sup>. Za W. Komarnickim, prerogatywy te można ująć w czterech odrębnych kategoriach: 1) akty, przez które prezydent wykonywał kontrolę nad naczelnymi organami państwa (tj. rozwiązanie parlamentu przed upływem kadencji oraz oddawanie członków rządu pod sąd Trybunału Stanu); 2) akty kreowania naczelnych organów państwowych (tj. wskazywanie jednego z kandydatów na Prezydenta Rzeczypospolitej i zarządzanie głosowaniem powszechnego; mianowanie i odwoływanie Prezesa Rady Ministrów, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego i Prezesa Najwyższej Izby Kontroli; mianowanie i zwalnianie Naczelnego Wodza i Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych; powoływanie sędziów Trybunału Stanu; powoływanie senatorów piastujących mandat z wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej oraz mianowanie i zwalnianie szefa i urzędników Kancelarii Cywilnej); 3) akty łaski; 4) uprawnienie do wyznaczania na czas wojny swego następcy,

<sup>52</sup> Tak więc dla ważności aktów urzędowych głowy państwa niezbędne było złożenie podpisów przez wszystkie konstytucyjnie zobowiązane do tego podmioty. Jakikolwiek brak w tym zakresie powodował, że dany akt – *per analogiam* jak w Konstytucji marcowej – nie wywoływał skutków prawnych.

<sup>53</sup> Pomysł wyodrębnienia aktów głowy państwa zwolnionych z obowiązku kontrasygnaty pojawił się już w początkowej fazie prac nad ustrojem odrodzonej Rzeczypospolitej. Por. S. Car, *Istota i zakres władzy prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (tezy na Zjazd Prawników Polskich w Wilnie)*, „Palestra” 1924, s. 206; A. Gdulewicz, A. Gwiżdż, Z. Witkowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej z 1935 r.*, (w:) *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, (red.) M. Kallas, Warszawa 1990, s. 180.

które wynikało z pozycji prezydenta jako zwierzchnika władzy wykonawczej oraz zwierzchnika Sił Zbrojnych<sup>54</sup>.

Celem przy tej regulacji było zapewnienie prezydentowi wiodącej pozycji wśród pozostałych organów państwa oraz możliwości aktywnego wpływania na ich decyzje<sup>55</sup>. W doktrynie niemal powszechnie uważano, że przyznanie prezydentowi tak licznych uprawnień samodzielnych nie jest rozwiązaniem słusznym<sup>56</sup>. Niekiedy wskazywano nawet, że jakiegokolwiek prerogatywy głowy państwa były wówczas zbędne. Z uwagi bowiem na fakt, iż to prezydent powoływał ministrów, nie powinien również mieć trudności w uzyskaniu stosownych podpisów pod swoimi decyzjami<sup>57</sup>. Niemniej jednak szeroki zakres uprawnień osobistych głowy państwa harmonizował z przyjętą na gruncie Konstytucji kwietniowej koncepcją silnej prezydentury<sup>58</sup>.

Należy podkreślić, że ówczesna pozycja prezydenta nie była kreowana wyłącznie w oparciu o prerogatywy. Bez wątpienia czynnikiem stymulującym były także powierzone mu nowe kompetencje, bezpośrednio ustanowienie jego odpowiedzialności oraz zniesienie zasady podziału władzy i zasady suwerenności narodu<sup>59</sup>. Również osobowość piastuna urzędu Prezydenta – Ignacego Mościckiego, jego autorytet i osobiste przymioty warunkowały praktyczne wykorzystanie przyznanych mu wówczas rozlicznych uprawnień<sup>60</sup>.

W art. 14 Konstytucji wyznaczono, że kontrasygnacie podlegały „akty urzędowe” prezydenta. Zrezygnowano więc z funkcjonującego w poprzedniej regulacji ustrojowej pojęcia „aktów rządowych”, zapewne ze względu na jego niejednoznaczność i związane z tym problemy interpretacyjne. Wydaje się, że zmiana ta była również podyktowana odmiennym w stosunku do wcześniejszych regulacji

<sup>54</sup> Zob. W. Komarnicki, *Ustrój państwowy Polski współczesnej*, Wilno 1937, s. 219 i n. Szerzej na temat prerogatyw Prezydenta w Konstytucji kwietniowej zob. A. Rakowska, op. cit., s. 86–91.

<sup>55</sup> Por. A. Frankiewicz, op. cit., s. 52 i n.

<sup>56</sup> Por. S. Starzyński, *Analiza Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 23 kwietnia 1935 r.*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1935, s. 64.

<sup>57</sup> Zob. A. Peretiakowicz, *Nowa Konstytucja polska*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1935, s. 58.

<sup>58</sup> Silna pozycja prezydenta w Konstytucji kwietniowej upodabniała polski system rządów do systemu prezydenckiego, jednakże instytucja kontrasygnaty uniemożliwiła całkowite utożsamienie go z tym modelem. W piśmiennictwie wyrażono dosyć dyskusyjny pogląd, jakoby prezydentowi w Konstytucji kwietniowej umożliwiono sprawowanie władzy suwerennej. Pogląd ten uzasadniano pozycją prezydenta, jako osoby numer jeden w państwie, stojącej na jego czele, przy jednoczesnym pełnym uwolnieniu go od odpowiedzialności. Zob. D. Górecki, *Pozycja ustrojowa Prezydenta Rzeczypospolitej i rządu w ustawie konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 roku*, Łódź 1995, s. 22.

<sup>59</sup> Art. 2 Konstytucji kwietniowej stanowił: „1. Na czele państwa stoi Prezydent. 2. Na Nim spoczywa odpowiedzialność wobec Boga i historii za losy Państwa. 3. Jego obowiązkiem naczelnym jest troska o dobro Państwa, gotowość obronną i stanowisko wśród narodów świata. 4. W jego osobie skupia się jednolita i niepodzielna władza państwowa”. Ponadto w art. 3 ust. 1 wskazano, że pozostałe organy państwa pozostają pod zwierzchnictwem prezydenta. Taka regulacja spotkała się ze zdecydowanymi krytykami doktryny, bowiem w skrajnym przypadku mogła ona doprowadzić do wykształcenia rządów autorytarnych. Zob. Z. Witkowski, *Prezydent RP...*, op. cit., s. 189.

<sup>60</sup> Zob. A. Deryng, *Równowaga władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej a nowa konstytucja polska*, Lublin 1937, s. 3; A. Rakowska, op. cit., s. 96.

charakterem prezydentury. Prezydent nie był już organem stojącym jedynie na czele władzy wykonawczej, w związku z tym odstąpił od nomenklatury nasuwającej tego typu skojarzenia<sup>61</sup>.

#### 4. Kontrasygnata w polskich konstytucjach w okresie od 1944 r. do przywrócenia urzędu Prezydenta w 1989 r.

Dalsza ewolucja instytucji kontrasygnaty w Polsce przypadła na lata powojenne. Istotnym dokumentem, który stanowił podstawę ustroju Polski w tamtym okresie był manifest ogłoszony 22 lipca 1944 r. przez Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego<sup>62</sup>. Stwierdzono w nim, że „podstawowe założenia Konstytucji z dnia 17 marca 1921 r. obowiązują nadal do zwołania Sejmu Ustawodawczego”, którego jedną z głównych funkcji miało być uchwalenie nowej konstytucji<sup>63</sup>. Choć Manifest PKWN nie określał, które przepisy Konstytucji marcowej będą obowiązywać w systemie politycznym, powszechnie uznano, że jednym z podstawowych założeń tego aktu była instytucja kontrasygnaty, która w istotny sposób wpływała na kształt i formę władzy wykonawczej<sup>64</sup>. Na tej podstawie przyjęto, że każdy akt rządowy przewodniczącego KRN (prezydenta KRN)<sup>65</sup> powinien być opatrzony kontrasygnatami właściwych ministrów<sup>66</sup>.

Dopiero w ustawie konstytucyjnej z 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej<sup>67</sup>, określonej powszechnie mianem Małej Konstytucji wskazano, które przepisy Konstytucji marcowej pozostają w mocy<sup>68</sup>. Przyjęto wówczas, że obowiązują między innymi art. 44 ust. 4

<sup>61</sup> Zob. D. Górecki, op. cit., s. 58.

<sup>62</sup> Zob. Manifest Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego, załącznik do Dz.U. z 1944 r., Nr 1.

<sup>63</sup> Takie sformułowanie miało dwojakie znaczenie. Z jednej strony podkreślało nieobowiązywanie Konstytucji marcowej i odrzucenie Konstytucji kwietniowej, jako podstawy prawnej rzędu „Londyńskiego”, z drugiej strony zadeklarowano formalne przyjęcie modelu rządów parlamentarnych. Por. A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, Warszawa 1982, s. 358. Warto w tym miejscu dodać, że poza wspomnianym Manifestem pozycje głowy państwa regulowały jeszcze trzy inne akty prawne: 1) ustawa z dnia 31 grudnia 1944 r. o powołaniu Rządu Tymczasowego Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1944 r., Nr 19, poz. 99; 2) ustawa z dnia 11 września 1944 r. o organizacji i zakresie działania rad narodowych, Dz.U. z 1944 r., Nr 5, poz. 22; oraz 3) ustawa z dnia 11 września 1944 r. o kompetencji przewodniczącego Krajowej Rady Narodowej, Dz.U. z 1955 r., Nr 5, poz. 23. Jeden z tych aktów nie regulował jednak problematyki kontrasygnaty.

<sup>64</sup> Jedyń w art. 3a ustawy z dnia 11 września 1944 r. o kompetencjach przewodniczącego Krajowej Rady Narodowej (Dz.U. z 1944 r., Nr 5, poz. 23) przewidziano wymóg współpodpisywania ustaw.

<sup>65</sup> Na podstawie art. 2 wspomnianej ustawy z 11 września 1944 r. przewodniczącemu KRN powierzono sprawowanie zastępstwa Prezydenta RP. Z kolei na mocy art. 1 ustawy z dnia 31 grudnia 1944 r. o zmianie ustawy z dnia 11 września 1944 roku o kompetencji przewodniczącego KRN (Dz.U. z 1944 r., Nr 19, poz. 97) przewodniczącemu KRN nadano tytuł prezydenta KRN. Obie te funkcje (najpierw przewodniczącego, później prezydenta KRN) sprawował Bolesław Bierut.

<sup>66</sup> Zob. K. Grzybowski, *Ustrój Polski współczesnej 1944–1948*, Kraków 1948, s. 41.

<sup>67</sup> Dz.U. z 1947 r., Nr 18, poz. 71.

<sup>68</sup> Szerzej na temat Małych Konstytucji w polskim prawie konstytucyjnym zob. S. Rogowski, *Małe konstytucje (1919–1947–1992)*, „Przeegląd Sejmowy” 1999, nr 2, s. 11–48.

Konstytucji marcowej, statuuje zasady kontrasygnaty aktów głowy państwa. Wydaje się jednak, że w powojennej praktyce ustrojowej przepis ten był interpretowany odmiennie, nie miało to miejsce w czasie obowiązywania Konstytucji z 1921 roku<sup>69</sup>. Można się domyślić, że instytucja kontrasygnaty utraciła w powojennej Polsce tradycyjne przypisywane jej znaczenie. Wiąże się to z kształtowanym wówczas ustrojem demokracji ludowej, w którym nie było miejsca dla prezydenta politycznie nieodpowiedzialnego za swoje działania<sup>70</sup>. Istotą kontrasygnaty po 1944 r. było więc przede wszystkim zagwarantowanie współdziałania prezydenta i rządu. Współpodpis premiera lub właściwego ministra stanowił potwierdzenie wyrażonej w danym akcie woli prezydenta, co świadczyło o zgodności i jednorodności polityki władzy wykonawczej<sup>71</sup>.

Przewidziana w Małej Konstytucji regulacja dotycząca instytucji kontrasygnaty istniała w polskim porządku konstytucyjnym do czasu wejścia w życie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r.<sup>72</sup>. Z tym datą nastąpiło wyłączenie urzędu Prezydenta z systemu naczelnych organów władzy. Jego kompetencje zostały przejęte przez Radę Państwa – naczelny kolegialny organ władzy państwowej, łączący w sobie kompetencje legislatywy, egzekutywy i judykatury<sup>73</sup>. Rada Państwa w całej swojej działalności podlegała Sejmowi, ponosząc przed nim odpowiedzialność polityczną za swoje działania<sup>74</sup>. Należy przypomnieć, że zasadniczym celem kontrasygnaty jest uwolnienie głowy państwa włącznie od odpowiedzialności politycznej przed Sejmem. W tym stanie rzeczy dalsze funkcjonowanie instytucji kontrasygnaty stało się bezprzedmiotowe.

<sup>69</sup> Przede wszystkim nie uznawano podziału na „akty rządowe” i „akty urzędowe”. W doktrynie zaczęto używać tych pojęć zamiennie, traktując je jako synonimy. Wbrew przepisom Konstytucji uznawano, że dla ważności danego aktu wystarczającym jest podpis właściwego ministra. Podpis Prezesa Rady Ministrów uznawano za fakultatywny, co miało wpływ na osłabienie pozycji premiera. Zob. K. Grzybowski, op. cit., s. 165; S. Rozmaryn, *Polskie prawo państwowe*, Warszawa 1951, s. 428. Por. A. Rakowska, op. cit., s. 99–101.

<sup>70</sup> Trzeba podkreślić, że niemal we wszystkich ustawodawstwach konstytucyjnych państw socjalistycznych zrezygnowano z instytucji kontrasygnaty. Wpisując do polskiego porządku prawnego ustrojodawca chciał – jak się wydaje – formalnie podkreślić demokratyczny charakter postanowień Konstytucji marcowej.

<sup>71</sup> Zob. S. Rozmaryn, op. cit., s. 423; R. Mojak, *Uwagi nad modelem urzędu Prezydenta w polskim prawie konstytucyjnym w latach 1944–1952*, (w:) *Państwo. Ustrój. Konstytucja. Studia poświęcone Profesorowi Doktorowi Habilitowanemu Wiesławowi Skrzydle*, Lublin 1991, s. 215–218; T. Szymczak, *Ewolucja instytucji prezydenta w socjalistycznym prawie państwowym*, Łódź 1976, s. 54.

<sup>72</sup> Dz.U. z 1952 r., Nr 33, poz. 232 ze zm.

<sup>73</sup> Szerzej na temat Rady Państwa zob. M. Rybicki, *Ewolucja pozycji prawnoustrojowej Rady Państwa*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 9; M. Kruk, *Zagadnienia jednolitości władzy i podziału kompetencji*, „Studia Konstytucyjne”, t. II, (red.) W. Sokolewicz, Warszawa 1989, s. 37 i n.

<sup>74</sup> Warto podkreślić, że radykalnej zmianie uległa również koncepcja podziału władzy. W miejsce dotychczasowego podziału na władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą wprowadzono podział na władzę państwową (Sejm, Rada Państwa i rady narodowe) oraz administrację państwową (rządy i ministerstwa).



## 5. Kontrasygnata w okresie polskiej transformacji ustrojowej

W 1989 r., po niespełna czterdziestu latach przerwy, instytucja kontrasygnaty została ponownie wprowadzona do polskiego systemu ustrojowego. Jej restytucji dokonano na podstawie ustaleń zapadłych przy „okrągłym stole”, zapoczątkowanych w okresie tzw. transformacji ustrojowej. Dla właściwego ukazania ewolucji kontrasygnaty w tym okresie niezbędne jest wyodrębnienie dwóch etapów transformacji. Pierwszy etap obejmował okres obowiązywania Konstytucji PRL z 1952 r., znowej ustawy z 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (tzw. nowela kwietniowa)<sup>75</sup>. Drugi etap stanowił okres obowiązywania ustawy konstytucyjnej z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzami ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym<sup>76</sup>.

Wraz z uchwaleniem noweli z 7 kwietnia 1989 r. ustrojodawca reaktywował instytucję prezydenta zniesioną w 1952 r.<sup>77</sup>. Po wicoń jej odrębny rozdział Konstytucji – rozdział 3a – zatytułowany „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>78</sup>. Logicznym następstwem przywrócenia jednoosobowego urzędu głowy państwa – Prezydenta RP było wprowadzenie instytucji kontrasygnaty jego aktów.

Kontrasygnata nie miała charakteru absolutnego, podlegały jej wyłącznie akty głowy państwa „o istotnym znaczeniu”. Ustrojodawca nie sprecyzował jednak tego pojęcia, posługując się w tym zakresie trybem odesłania do ustawy<sup>79</sup>. Art. 32f ust. 2 znowej Konstytucji PRL stanowił, że: „na podstawie ustaw i w celu ich wykonania Prezydent wydaje rozporządzenia i zarządzenia. Ustawa określa akty prawne Prezydenta o istotnym znaczeniu, wymagające kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów”. Pomimo stosownej podstawy konstytucyjnej, ustawa taka nigdy nie została uchwalona. Należy to uzasadnić faktem, że piastunem urzędu Prezydenta był wówczas nalecy do obozu komunistycznego Wojciech Jaruzelski, podczas gdy urząd premiera sprawował przedstawiciel Solidarności – Tadeusz Mazowiecki<sup>80</sup>. W tym stanie rzeczy kontrasygnata stałaby się „mechanizmem

<sup>75</sup> Dz.U. z 1989 r., Nr 19, poz. 101.

<sup>76</sup> Dz.U. z 1992 r., Nr 84, poz. 426.

<sup>77</sup> W doktrynie podkreśla się, że obok przywrócenia Senatu i modyfikacji systemu wyborczego jest to zasadnicza reforma dokonana na podstawie tego aktu. Zob. W. Sokolewicz, *Kwietniowa zmiana Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 6, s. 3.

<sup>78</sup> Należy zauważyć, że sama systematyka Konstytucji wyznaczała pozycję prezydenta w systemie organów państwa. Rozdział poświęcony instytucji Prezydenta został zamieszczony przed rozdziałem czwartym zatytułowanym „Trybunał Konstytucyjny, Trybunał Stanu, Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich”, ale po rozdziale trzecim: „Sejm i Senat Rzeczypospolitej Polskiej”. Zob. R. Mojak, *Instytucja Prezydenta w okresie przekształceń ustrojowych*, Lublin 1995, s. 94.

<sup>79</sup> Art. 32f ust. 2 znowej Konstytucji PRL stanowił, że: „na podstawie ustaw i w celu ich wykonania Prezydent wydaje rozporządzenia i zarządzenia. Ustawa określa akty prawne Prezydenta o istotnym znaczeniu, wymagające kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów”.

<sup>80</sup> Warto nadmienić, że Tadeusz Mazowiecki był pierwszym w Europie premierem rządu, który w państwie realnego socjalizmu pochodził spoza obozu komunistycznego.

przenoszenia odpowiedzialności z komunistycznego prezydenta na solidarnościowego premiera”<sup>81</sup>. Krytycznie należy jednak ocenić brak uchwalenia stosowej ustawy po 9 grudnia 1990 r., kiedy urząd Prezydenta objął Lech Wałęsa<sup>82</sup>. Niemniej jednak wykształciła się w owym czasie praktyka, zgodnie z którą wszelkie działania głowy państwa podejmowane przez osobę, nosiły znamiona prerogatywy. W konsekwencji ani prezydent – zgodnie z dyrektywą nieodpowiedzialności politycznej głowy państwa w systemie parlamentarnym – ani też członkowie gabinetu (w tym także premier) nie ponosili odpowiedzialności politycznej za wydawane w ten sposób akty<sup>83</sup>.

Nieco bardziej precyzyjna regulacja instytucji kontrasygnaty została przewidziana w ustawie konstytucyjnej z 17 października 1992 r., powszechnie określonej mianem Małej Konstytucji (dalej MK)<sup>84</sup>. Niektóre istotne kwestie nie zostały jednak należycie uregulowane.

Jak wynikało z art. 46 MK, akty prawne prezydenta wymagały dla swojej ważności kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów albo właściwego ministra<sup>85</sup>. W art. 47 MK wymieniono natomiast akty głowy państwa wolne od kontrasygnaty, a więc stanowiące wyjątki od ogólnej zasady z art. 46 MK. Ta wbrew pozorom jasna regulacja w praktyce wzbudzała pewne kontrowersje. Z jednej strony gramatyczna wykładnia art. 46 MK wskazywała, iż wykluczona jest tzw. kontrasygnata podwójna. Z drugiej strony próbowano dowodzić, że w sprawach bardziej doniosłych dopuszczalne było kontrasygnowanie aktu prezydenta zarówno przez premiera, jak i właściwego ministra (czy nawet kilku ministrów)<sup>86</sup>. Należy jednak

<sup>81</sup> Zob. R. Mojak, *Instytucja Prezydenta w okresie przekształceń ustrojowych*, Lublin 1995, s. 119–120.

<sup>82</sup> Por. P. Sarnecki, *Prezydent jako organ czuwający nad przestrzeganiem Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 16.

<sup>83</sup> Zob. H. Suchocka, *Zasada podziału i równowagi władz*, (w:) *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, (red.) W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 146; A. Frankiewicz, op. cit., s. 57; W. Sokolewicz, *Kwietniowa zmiana...*, op. cit., s. 19; T. Szymczak, *Nowela kwietniowa po dziesięciu latach*, (w:) *W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, (red.) M. Kudej, Katowice 1999, s. 115.

<sup>84</sup> Również pozycja prezydenta w pewnym stopniu uległa wówczas wzmocnieniu. Bez wątpienia sprzyjał temu okres prezydentury L. Wałęsy i zdecydowany model sprawowania urzędu oparty na jego silnej osobowości. Wydaje się, że właśnie nie na tej podstawie członkowie przedstawiciele doktryny klasyfikowała funkcjonujący wówczas polski model ustrojowy jako system parlamentarno-prezydencki. Zob. S. Gebethner, *Modele rządów a ich regulacja konstytucyjna*, (w:) *Demokratyczne modele ustrojowe w rozwiązaniach konstytucyjnych*, (red.) S. Gebethner, R. Chruściak, Warszawa 1997, s. 96; P. Winczorek, *Wartości naczelne „Małej konstytucji” z 1992 r.*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1, s. 5; R. Mojak, *Stanowisko konstytucyjne Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w Małej Konstytucji z 1992 roku*, „Przebieg Sejmy” 1993, nr 2, s. 109.

<sup>85</sup> W doktrynie wyrażono różną pogląd na temat interpretacji pojęcia aktu prawnego prezydenta. Kwestia ta została nawet poddana pod osąd Trybunału Konstytucyjnego (zob. uchwała TK z dnia 5 września 1995 r., W 1/95, OTK 1995, cz. I, poz. 43; uchwała TK z dnia 13 grudnia 1995 r., W 6/95, OTK 1995, cz. I, poz. 47), co jednak nadal nie wyjaśniło precyzyjnie tego zagadnienia. Na tej podstawie sformułowano w doktrynie uwagę *de lege fundamentalis feranda*, aby pojęcie „aktów prawnych” zastąpić bardziej precyzyjnym i wielokrotnie już analizowanym w polskiej literaturze określeniem „aktów urzędowych”. Mając na względzie do wiadomości z lat 1992–1997, ustrojodawca zrealizował ten postulat w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.

<sup>86</sup> Zob. P. Sarnecki, *Kontrasygnata aktów prawnych Prezydenta RP*, „Przebieg Sejmy” 1996, nr 2, s. 36; Z. Jarosz, *Prawne i praktyczne problemy kontrasygnaty*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1994, z. 1, s. 239.

stwierdzi, że bez względu na przyjętą interpretację, dokonanie kontrasygnaty jednocześnie przez kilku członków rządu, w tym przez premiera, nie spowodowałoby jakichkolwiek negatywnych skutków dla danego aktu<sup>87</sup>.

Wyjątkiem jest w tradycyjnym ujęciu instytucja kontrasygnaty ustosunkowana do samostanowienia z uwolnieniem głowy państwa od odpowiedzialności za współpodpisywane akty i przeniesieniem jej na podmiot kontrasygnujący. W Małej Konstytucji nie sformułowano jednak konkretnego przepisu ustanawiającego odpowiedzialność ministrów z tytułu kontrasygnaty<sup>88</sup>. Przewidziano natomiast odpowiedzialność polityczną przed Sejmem za samodzielnie wykonywane przez nich funkcje z zakresu władzy wykonawczej (art. 67 MK). Dopuszczalne wydaje się wprowadzenie z tej regulacji, na zasadzie analogii, odpowiedzialności ministrów za kontrasygnowane przez nich akty urzędowe prezydenta<sup>89</sup>.

W świetle przeprowadzonych rozważań dalece niezrozumiała wydaje się praktyka, zgodnie z którą pomimo konstytucyjnego wymogu, akty głowy państwa nie były jednak kontrasygnowane. Krytycznie należy ocenić brak jakiegokolwiek reakcji na poczynania prezydenta ze strony organów państwowych, a w szczególności premiera oraz ministrów<sup>90</sup>. Na tej podstawie uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że w zakresie w jakim kontrasygnata miała kreować płaszczyznę współpracy organów władzy wykonawczej, jej rola uległa głębokiej deprecjacji<sup>91</sup>.

## 6. Podsumowanie

Kontrasygnata aktów głowy państwa jest instytucją ustrojową trwale zapisaną w dziejach polskiego konstytucjonalizmu. W toku uchwalania kolejnych regulacji ustrojowych przechodziła stopniową ewolucję. Niezmienny pozostał jednak jej charakter jako instrumentu przenoszącego odpowiedzialności za kontrasygnowany akt z głowy państwa na współpodpisującego członka rządu.

<sup>87</sup> W szczególności nie można mówić o jego nieważności. Por. A. Rakowska, op. cit., s. 182.

<sup>88</sup> Już w toku prac Komisji Nadzwyczajnej powołanej w dniu 2 kwietnia 1992 r. w celu rozpatrzenia projektu ustawy konstytucyjnej o wzajemnych stosunkach między władzami ustawodawczą i wykonawczą RP, niewiele uwagi poświęcono kwestii odpowiedzialności za kontrasygnowane akty prawne prezydenta. Wydaje się, że Komisja uznała tę kwestię za zbyt oczywistą, aby regulować ją wprost w konstytucji. Kontrasygnata była „pojęciem zastanym”, jej znaczenie było powszechnie znane, utrwalone w doktrynie do tego stopnia, że zbędne było wprowadzanie w tym zakresie konkretnych regulacji. Zob. P. Sarnecki, *Kontrasygnata aktów prawnych...*, op. cit., s. 27.

<sup>89</sup> Zob. R. Mojak, *Instytucja prezydenta...*, op. cit., s. 82.

<sup>90</sup> W doktrynie próbowano wykazać, że bierna postawa podmiotów odpowiedzialnych za dokonanie kontrasygnaty w istocie oznaczała milcząco zgodę, kontrasygnat dorozumianą. Nie sposób jednak zgodzić się z tym poglądem, bowiem ustrojodawca nie przewidział takiego trybu kontrasygnaty. Takie stanowisko można potraktować jedynie, jako próbę skomentowania ówczesnej praktyki kontrasygnowania aktów prawnych głowy państwa, dalece odbiegającą od litery konstytucji. Por. P. Czarny, *Prezydent Rzeczypospolitej*, (w:) *Prawo konstytucyjne*, (red.) P. Tuleja, Warszawa 1997, s. 219.

<sup>91</sup> Zob. A. Rakowska, op. cit., s. 200–201.

W pierwotnym kształcie nadanym ustawą z 3 maja 1791 r. celem kontrybucyjnym było stworzenie warunków niezbędnych do realizacji podstawowych założeń systemu parlamentarnego. Kontrybucyjność wzmacniała pozycję monarchy, poprzez uwolnienie go od odpowiedzialności za wydawane akty i przeniesienie jej ciężaru na współpodpisującego ministra. Na tle ówczesnych europejskich rozwiązań ustrojowych zarówno przyjęta konstrukcja kontrybucyjności, jak i pozostałe instytucje i zasady ustrojowe zawarte w ustawie z 1791 r. miały postać nowatorski i nowatorski charakter. Pomimo ich uchwalenie Konstytucji 3 maja stało się jedną z przyczyn upadku Rzeczypospolitej, akt ten stanowił jeszcze przez wiele lat ikoną postępu i nowoczesnej myśli konstytucyjnej<sup>92</sup>.

Trudno jednoznacznie ocenić instytucję kontrybucyjności ustanowioną *implicitie* w Konstytucji Księstwa Warszawskiego oraz *explicitie* w Konstytucji Królestwa Polskiego, bowiem akty te nie stanowiły samodzielnego wyrazu polskiej myśli ustrojowej. Rzeczypospolita znajdowała się wówczas pod wpływem zaborców, jej niezależność i możliwość samodzielnego podejmowania decyzji była w znacznej mierze ograniczona. Wydaje się więc, że akty te nie wywarły wpływu na dalszy rozwój polskiego konstytucjonalizmu, a co za tym idzie na kształt i ewolucję instytucji kontrybucyjności aktów państwa.

W okresie międzywojennym kontrybucyjność nie miała charakteru jednolitego, ustrojodawca kształtował ją na różne sposoby, podejmując próby jej dostosowania do ewoluującego porządku ustrojowego. W owym czasie instytucja kontrybucyjności była przedmiotem znacznego zainteresowania w doktrynie prawa konstytucyjnego, czego dowodem są liczne przeprowadzone wówczas analizy wielu jej aspektów<sup>93</sup>. Z tym wiążąc przykre należy stwierdzić, że bogaty dorobek naukowy tamtych lat nie został wykorzystany w powojennej myśli konstytucyjnej.

Podejmując próbę oceny funkcjonowania kontrybucyjności w okresie intensywnej transformacji ustrojowej, na wstępie trzeba uwzględnić, iż wzmocnieniu uległa wówczas pozycja prezydenta. Czynnikiem stymulującym w tym zakresie nie były jednak przepisy ustrojowe, a raczej funkcjonująca niejako obok tych przepisów praktyka ówczesnej prezydentury Lecha Wałęsy<sup>94</sup>. Miało to swoje znaczenie dla egzystencji instytucji kontrybucyjności. Krytycznie należy ocenić fakt, że w początkowych latach transformacji ustrojowej akty państwa, pomimo istnienia stosownego wymogu, nie były kontrybucyjnowane. O ile w okresie obowiązywania

<sup>92</sup> Zob. J. Trzciski, *Wpływ Konstytucji 3 maja na późniejsze konstytucje polskie*, (w:) *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – Prawo – Praktyka. Prace ofiarowane Prof. Wojciechowi Sokolowiczowi*, (red.) M. Kruk, J. Trzciski, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002, s. 202.

<sup>93</sup> Z konieczności ograniczamy się do wskazania wybranych pozycji: S. Car, *Kontrybucyjność*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1923, nr 10–13; tenże, *O Kontrybucyjności. Referat wygłoszony na posiedzeniu Komisji Konstytucyjnej dnia 27 marca 1933 roku*, „Nowe Państwo” 1933, t. III, z. 1; tenże, *Nowa Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1935; A. Deryng, *Akty rządowe głowy państwa. Rozwiązania ustrojowe*, Archiwum Towarzystwa Naukowego we Lwowie, Lwów 1934; S. Starzyński, *Analiza Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 23 kwietnia 1935 r.*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1936.

<sup>94</sup> Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 256.

Konstytucji PRL znowelizowanej przepisami ustawy konstytucyjnej z 7 kwietnia 1989 r., było to efektem istniejącej luki konstytucyjnej, o tyle w czasie obowiązywania Małej Konstytucji z 1992 r. wynikało to z biernej postawy, czy wręcz niechciwej Rady Ministrów do wykorzystywania przysługujących jej kompetencji. Trudno oprzeć się wrażeniu, że ministrowie chcieli w ten sposób uniknąć konfrontacji z prowadzonym nader ekspansywną polityką prezydentem Lechem Wałęsą<sup>95</sup>. Choć założeniem ustrojodawcy było ukształtowanie kontrasygnaty, jako instytucji odpowiadającej standardom systemu parlamentarnego, to jednak w początkowym okresie obowiązywania ustawy konstytucyjnej z 1992 r. wyraźnie od nich odbiegała.

## STRESZCZENIE

Artykuł stanowi pierwsze opracowanie poświęcone instytucji kontrasygnaty aktów głowy państwa w konstytucjach polskich. Do jego przygotowania wykorzystano metodę analityczno-prawną oraz metodę prawnohistoryczną, stosując również w niezbędnym zakresie ujęcie porównawcze. Na wstępie przedstawiono etymologię pojęcia kontrasygnaty, wyjaśniono genezę tej instytucji oraz przypisywane jej współczesne znaczenia i funkcje. Następnie dokonano rekonstrukcji instytucji kontrasygnaty w kolejnych polskich regulacjach ustrojowych. Wyjaśniono, że w ustawie z dnia 3 maja 1791 r. zasadniczym celem tej instytucji było wzmocnienie relatywnie słabej wówczas pozycji monarchy. Skonstatowano, że regulacje prawne przewidziane w Konstytucji Królestwa Warszawskiego oraz Królestwa Polskiego nie wywarły wpływu na rozwój i ewolucję instytucji kontrasygnaty. Ustalono, że w okresie powojennym, na skutek kształtowanego ustroju demokracji ludowej instytucja kontrasygnaty utraciła swe tradycyjne znaczenie. Krytycznie oceniono praktykę ustrojową w początkowym okresie intensywnej transformacji, kiedy pomimo istnienia stosownego wymogu, akty głowy państwa nie były kontrasygnowane. Taki stan rzeczy spowodował, że instytucja kontrasygnaty odbiegała wówczas od standardów parlamentarnego systemu rządów.

---

<sup>95</sup> Niektóre działania podejmowane wówczas przez Lecha Wałęsę określono w publicystyce prasowej mianem falandyzacji prawa. Zjawisko to polegało na specyficznym interpretowaniu przepisów prawnych, w ten sposób, aby można było dostosowywać je do bieżących potrzeb politycznych. Nazwa ta pochodzi od nazwiska ministra Lecha Falandysza, który w owym czasie był odpowiedzialny za wykładnię i stosowanie przepisów prawa w Kancelarii Prezydenta. Szerzej na ten temat zob. P. Wikliński, J. Ziarno, *Lech Falandysz. Adwokat prezydenta*, Warszawa 1995, passim. Zob. krytyczną wypowiedź C. Mika na temat falandyzacji prawa, *Prawo do złudzeń*, „Wprost” 2003, nr 10, s. 34.

**SUMMARY**

The article is the first part of work devoted to the institution of countersignature on the Acts issued by the head of state in the Polish Constitutions. The article was developed with the use of the legal-analytical and legal-historical method as well as a comparative approach in some necessary areas. The introduction presents the etymology of the concept of countersignature, explains its origin and the contemporary importance and function attributed to it. Next, the institution of countersignature in the successive Polish legal regulations is reconstructed. It is explained that the main aim of countersignature in the Government Act of 3 May 1791 was to strengthen the relatively weak position of the Monarch at the time. It is noted that legal regulations in the Constitution of the Duchy of Warsaw and the Kingdom of Poland did not influence the development and evolution of countersignature. It has been established that in the post-war period, because of the introduction of the social democratic political system, countersignature lost its traditional importance. The author criticizes the political system practice in the initial period of intensive transformation when, despite the existence of an adequate legal obligation, the Acts issued by the head of state were not countersigned. This state of things led to a situation in which countersignature was far from a parliamentary system of governing standards.



MARCIN ANDRZEJ WAGNER  
*Glosa do uchwały Sądu Najwyższego  
z 25 czerwca 2009 r.  
III CZP 39/09*

**T**eza głosowanej uchwały brzmi:  
*W razie niewykonania zobowiązania wierzyciel, który odstąpił od umowy może dochodzić naprawienia szkody na zasadach ogólnych, a należne mu odszkodowanie nie jest ograniczone do wartości zadatku lub jego podwójnej wysokości.*

Uchwały Sądu Najwyższego są rozstrzygnięciami o szczególnym znaczeniu. Jest więc ważne i potrzebne zarówno dla praktyki, jak i rozwoju nauki prawa, by zawierały wyjaśnienie sensu przepisu i pełną argumentację przy tego stanowiska. Ich rola polega na wskazywaniu właściwego rozumienia przepisów prawa i tym samym pozwala uniknąć rozbieżności w orzecznictwie sądów wtedy, gdy określony przepis był zawarty w nim wyrażenie może być rozmaicie interpretowane. Pogląd Sądu Najwyższego, sformułowany w uchwale z 25 czerwca 2009 r., uważam za trafny. Stanowi on zarazem przejaw ewolucji sposobu rozumienia pojęcia zadatku.

W tym samym poglądzie panującym dotychczas w orzecznictwie Sądu Najwyższego zadatek był surogatem odszkodowania. W konsekwencji przy zadatku nie można było ani domagać się odszkodowania uzupełniającego, ani zrezygnować z uprawnień do zadatku i poprzestać na odszkodowaniu na zasadach ogólnych<sup>1</sup>. Pogląd ten miał swoje uzasadnienie w treści normatywnej art. 74 kodeksu zobowiązań<sup>2</sup> (k.z.) („...zadatek... zastępuje odszkodowanie”). Został on tym zaakceptowany przez wiążącą doktrynę<sup>3</sup> na gruncie kodeksu cywilnego<sup>4</sup>. Niemniej były rów-

<sup>1</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1950 r., C 480/50 OSN 1952, nr 1 poz. 10 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 1979, III CRN 308/78 niepublikowany.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 598).

<sup>3</sup> F. Błahuta, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 939; Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Ossolineum 1981, s. 461–462; J. Rąjski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2000, s. 172; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 211; W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, (red.) K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, art. 394 Nb 6.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93).

2/2011

nie wyrażane odmienne zapłaty. Zdaniem Czesławy Ławskiej<sup>5</sup>, o ile pogląd przyjmujący, że zadatek należy traktować jako surogat odszkodowania, był uzasadniony na gruncie art. 74 k.z., o tyle inna treść normatywna art. 394 k.c. pozbawia go tego uzasadnienia.

W głosowanym orzeczeniu podstawą rozstrzygnięcia stanowił następujący stan faktyczny. Oboje strony zawarły umowę, w której pozwany zobowiązał się do wybudowania, a następnie przeniesienia na rzecz powoda własnego domu jednorodzinnego. Strony nadto ustaliły, że należy wykonać umowę bez zabezpieczenia zadatkiem. Pozwany nie wywiązał się ze swojego obowiązku, a powód nie odstąpił od umowy i wystąpił przeciwko pozwanemu z powództwem odszkodowawczym.

Zdaniem sądu okręgowego, orzekającego w I instancji, skoro strony ustanowiły zadatek, to roszczenie odszkodowawcze powoda ogranicza się tylko dokania zwrotu zadatku w podwójnej wysokości, a ponieważ pozwany zwrócił powodowi zadatek w tej wysokości, należało oddalić powództwo. Powód, nie godząc się z takim rozstrzygnięciem, wniósł apelację. Sąd apelacyjny, rozpoznając apelację, dostrzegł poważne wątpliwości prawne i przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne następującej treści: Czy w przypadku gdy wierzyciel nie skorzystał z możliwości odstąpienia od umowy na podstawie art. 394 § 1 k.c., a do niewykonania umowy doszło ze względu na okoliczności, za które wycenę odpowiedzialność ponosi dłużnik, wysokość świadczenia odszkodowawczego, jakiego wierzyciel może się domagać, jest ograniczona do wartości przedmiotu zadatku lub jego podwójnej wysokości.

Sąd Najwyższy, udzielając odpowiedzi na przedstawione zagadnienie prawne, doszedł do wniosku, że art. 394 § 1 k.c. nie może być rozumiany jako przepis szczególny w stosunku do art. 471 i nast. k.c., wobec czego ustanowiony w umowie zadatek nie wyklucza roszczenia o naprawienie szkody na zasadach ogólnych. Innymi słowy, wierzyciel, który w takiej sytuacji nie odstąpił od umowy, może dochodzić naprawienia szkody na zasadach ogólnych, a należne mu z tego tytułu odszkodowanie nie jest ograniczone do wartości zadatku lub jego podwójnej wysokości. Człowiekiem przeciw przedstawionemu stanowisku Sądu Najwyższego w głosowanym orzeczeniu opowiedział się Piotr Machnikowski<sup>6</sup>. Stwierdza on mianowicie, że po to, by wierzyciel mógł domagać się naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania, musi przedtem zrezygnować z wykonania zobowiązania nie tylko w myśl art. 477 § 2 k.c., art. 491 k.c., 492 k.c., ale także z art. 394 k.c. Odstąpienie od umowy stanowi rezygnację z wykonania zobowiązania, zatem wierzyciel musi skorzystać z przysługującej mu prawa do odstąpienia

<sup>5</sup> Cz. Ławska (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 1996, s. 152.

<sup>6</sup> P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) E. Gniewek, Warszawa 2010, art. 394, Nb 10.



pienia od umowy. Z kolei Adam Olejniczak<sup>7</sup> stwierdza, że wierzyciel nie musi korzystać z prawa do odstąpienia od umowy. Zdaniem autora glosy, wykładnia gramatyczna art. 394 k.c. prowadzi do wniosku, że wierzyciel, jeżeli chce skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy, musi wpierw odstąpić od umowy. Wynika to bezpośrednio z treści art. 394 k.c. („...druga strona może odstąpić od umowy, jeżeli otrzymała już zaopiniowany zaliczek”). Zastosowana przez ustawodawcę koniunkcja polegająca na użyciu słowa „i” wskazuje jednoznacznie na to, że uprawnieniu wierzyciela odpowiada obowiązek dłużnika. Zdaniem Andrzeja Malinowskiego<sup>8</sup>, koniunkcja reprezentowana przez słowo „i” oraz równoznaczne mu słowa, takie jak „oraz”, „a także”, „także”, jest jednoznaczna i nie powoduje wątpliwości interpretacyjnych. Z wykładni gramatycznej, przeprowadzonej zgodnie z regułą interpretacyjną, według której do tekstu przepisu niczego nie wolno dodawać ani niczego odejmować (słów, znaków interpunkcyjnych itp.), wynika, że zaliczek stanowi w przypadku niewykonania umowy przez dłużnika uprawnienie wierzyciela polegające na odstąpieniu od umowy, uprawnieniu temu odpowiada obowiązek dłużnika do zwrotu zaliczki lub jego podwójnej wysokości na rzecz wierzyciela. W przypadku zaliczki relacje między wierzycielem a dłużnikiem są odzwierciedleniem koncepcji korelatywności<sup>9</sup>. Argumentem przemawiającym za taką interpretacją przepisów o zaliczce jest fakt, że w stosunku zobowiązaniowym rozróżnia się pojęcia *wierzytelność* i *roszczenie*.

Oczywiście, można twierdzić zupełnie odmiennie; z uprawnienia wierzyciela do odstąpienia od umowy lub jego podwójnej wysokości wcale nie wynika jego obowiązek zwrotu wcześniejszego odstąpienia od umowy. Pogląd ten można uzasadnić dwójako. Po pierwsze, to w art. 394 § 1 k.c. nie mamy do czynienia z uprawnieniem wierzyciela do odstąpienia od umowy i obowiązkiem dłużnika polegającym na zwrocie zaliczki, a jedynie z uprawnieniem wierzyciela („...druga strona może odstąpić od umowy ...”). Gdyby przyjąć ten punkt, należałoby ocenić zaliczek jako tzw. uprawnienie kształtujące<sup>10</sup>. Byłoby to rozwinięcie odwołujące się do koncepcji redukcjonistycznej, według której pojęcie zaliczki jako uprawnienia i odpowiadającego mu obowiązku zostałyby zredukowane tylko do uprawnienia. Tego rodzaju wykładnia byłaby jednak niezgodna z regułą interpretacyjną, według której do tekstu przepisu niczego nie wolno dodawać ani niczego odejmować (słów, znaków interpunkcyjnych itp.), prowadziłyby bowiem do pominięcia spójnika „i” oraz części przepisu występującej po nim. Po drugie, kto chce

<sup>7</sup> A. Olejniczak (w.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, (red.) E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 927.

<sup>8</sup> A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane zagadnienia logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 66.

<sup>9</sup> Aby scharakteryzować relacje zachodzące między uprawnieniem a obowiązkiem, w systemie prawa funkcjonuje koncepcja korelatywności uprawnień i obowiązków oraz koncepcja redukcjonistyczna (zmierzająca do zredukowania pojęcia uprawnień do pojęcia obowiązków lub odwrotnie).

<sup>10</sup> Zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 51.

2/2011

wnioskowa z normy o normie, popełnia tzw. sofizmat naturalistyczny (*naturalistic fallacy*), gdy z tego, że coś jest, nie wynika nigdy, że coś ma być. Możliwość na mówienie tylko o wynikaniu zadań a nie norm<sup>11</sup>. Ale argument ten należy odrzucić, gdy art. 394 k.c. jest przepisem o budowie: „jeżeli (p i q), to r” – w art. 394 k.c. czytamy: („...w razie niewykonania umowy przez jedną ze stron druga strona może od umowy odstąpić i otrzymany zadek zachować ...”), a zatem nie mamy do czynienia z wynikaniem norm, ale z jedną normą o strukturze: „jeżeli (p i q), to r”. Ponadto wykładnia językowa art. 394 § 1 k.c. prowadzi do jednoznacznych rezultatów i nie trzeba korzystać z pozajęzykowych reguł wykładni (systemowej, funkcjonalnej, celowości), aby dojść do wniosku, że w przypadku gdy wierzyciel od umowy odstąpił, to należy mu się zadek (*clara non sunt interpretanda*).

W przedmiotowej sprawie wierzyciel nie odstąpił od umowy, nie powinien więc skorzystać z uprawnienia do dania zadatku. Powstaje zatem pytanie, czy przysługuje mu odszkodowanie na zasadach ogólnych. Odnosząc się do tej kwestii, należy zauważyć, że przepis art. 394 k.c. nie reguluje sytuacji, w której wierzyciel nie korzysta z uprawnienia do odstąpienia od umowy. Na gruncie teorii zbiegu norm można wyobrazić sobie następujące dwa rozważania. Po pierwsze, norma szczególna art. 394 § 1 k.c. wyklucza zastosowanie normy ogólnej z art. 471 k.c. i wyłącza możliwość dochodzenia roszczeń na podstawie art. 471 i n. k.c. przez wierzyciela, który nie chce od umowy odstąpić<sup>12</sup>. Po drugie, norma ogólna z art. 471 k.c. znajduje zastosowanie, mimo istnienia normy szczególnej, jak jest art. 394 § 1 k.c. Wykluczenie zastosowania normy ogólnej następuje albo wskutek wyrażonego w tym względzie brzmienia normy szczególnej, albo też z tej przyczyny, że sankcja normy szczególnej nie da się pogodzić z sankcją (skutkiem) normy ogólnej<sup>13</sup>. Gdy chodzi o regulację zawartą w art. 394 § 1 k.c., w żadnym z tych przypadków nie ma miejsca. Dlatego też Sąd Najwyższy słusznie przyjął, że norma z art. 471 k.c. znajduje zastosowanie mimo istnienia normy szczególnej z art. 394 § 1 k.c., gdy art. 394 § 1 k.c. nie wspomina o przyczynie niewykonania umowy, a zatem sankcja z art. 394 § 1 k.c. jest zupełnie niezależna, która wynika z art. 471 k.c.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do głoszonej uchwały odwołał się do wykładni funkcjonalnej, trafnie wywodząc, że jeżeli uznać, że w razie zastrzeżenia zadatku nie ma możliwości dania odszkodowania na zasadach ogólnych, to w istocie zastrzeżenie zadatku pozbawiałoby uprawnionego w tym względzie uprawnienia, jakie ma każdy wierzyciel w razie niewykonania umowy. Sąd Najwyższy uwypuklił w uzasadnieniu, że funkcją zadatku jest stymulowanie stron do wykonania zawartej umowy. Natomiast odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wyko-

<sup>11</sup> Por. Z. Ziemia, *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983, s. 222 i n.

<sup>12</sup> Tak też A. Olejniczak, op. cit., s. 927 oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo.

<sup>13</sup> Por. A. Ohanowicz, *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 51 i n.

nanie umowy stanowi rodzaj rekompensaty za szkody, jakie strona poniosła, w przypadku gdy umowa została niewykonana lub nienależnie wykonana.

Niezależnie od przytoczonych poglądów nie można na stracić z pola widzenia stanu faktycznego rozstrzyganej sprawy, w którym trudno byłoby o odmienną koncepcję od przyjętej przez Sąd Najwyższy.

## **STRESZCZENIE**

Zadatek jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym. Jego funkcją jest stymulowanie stron do wykonania zawartej umowy. W przypadku gdy wierzyciel nie skorzystał ze swojego uprawnienia do odstąpienia od umowy, może żądać zwrotu zadatku albo wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym. Pogląd ten ma uzasadnienie w przepisach kodeksu cywilnego.

## **SUMMARY**

Advance payment is an additional contractual reservation. Its function is to stimulate parties to perform a concluded contract. In case creditors do not use their right to withdraw from the contract, they may demand a refund of the advance payment or claim compensation. The opinion finds grounds in the provisions of the civil code.



MIKOŁAJ MAŁECKI

*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku**z 8 czerwca 2010 r.,**II AKa 48/10<sup>1</sup>*

**R**ejestracja za pomocą rodków audiowizualnych zgwałcenia, dokonywanego przez innych sprawców, nie jest ujta w znamionach strony przedmiotowej przestępstwa z art. 197 § 3 k.k. Jednakże jest zachowanie takie stanowi istotny, immanentny element czynu, jest niejako jego dopełnieniem oraz zostało podjęte w wyniku przyjętego między sprawcami podziału ról – to osoba je realizująca jest współsprawcą zgwałcenia zbiorowego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku zawiera dyskusyjne rozstrzygnięcie dotyczące przypisania jednemu z oskarżonych odpowiedzialności za współsprawstwo (art. 18 § 1 k.k.). Sąd ten uznał – wład za siedem I instancji – że osoba, która za pomocą telefonu komórkowego rejestruje przebieg zgwałcenia dokonywanego przez inną osobę, jest współsprawcą zgwałcenia zbiorowego (art. 197 § 3 k.k.<sup>2</sup>). Na pierwszy rzut oka poglądem ten może wydawać się kontrowersyjny w świetle formalnoobiektywnej koncepcji współsprawstwa, a w koncepcji materialnoobiektywnej byłby do zaakceptowania pod pewnymi warunkami.

Na potrzeby poniższych analiz warto uwypuklić następujące elementy rozpatrywanego zdarzenia, w kolejności chronologicznej: (1) Jacek J. zrywa się z pokrzywdzonej biustonosz; (2) Pokrzywdzona udaje się do łazienki; (3) Osoby przebywające w pokoju pod nieobecność pokrzywdzonej postanawiają, że doprowadzą do obcowania płciowego; (4) Pokrzywdzona wychodzi z łazienki, a Jacek J. zastawia swoją osobę przy wyjściu z mieszkania, aby kobieta go nie opuściła; (5) Pokrzywdzona nie próbuje opuścić mieszkania i wraca do pokoju; (6) Sprawcy – oprócz Jacka J. – biją pokrzywdzoną rękami po głowie, kopią w twarz, przewracają na podłogę, po czym wykorzystując przewagę fizyczną, trzymają ją za ramiona

<sup>1</sup> Zob. „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej” 2010, nr 2.

<sup>2</sup> Wyrok zapadł w stanie prawnym sprzed nowelizacji k.k. w 2009 r. Zob. *Ustawa z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. Nr 206, poz. 1589. Aktualnie zgwałcenie zbiorowe jest opisane w art. 197 § 3 pkt 1 k.k.

i nogi, rozbieraj kobiety do naga; (7) Sprawcy – oprócz Jacka J. – wkładają do pochwy pokrzywdzonej różne przedmioty; (8) Jacek J. filmuje całe zdarzenie za pomocą telefonu komórkowego, wykonuje m.in. zbliżenie organów płciowych kobiety w chwili, gdy sprawcy wkładają do jej pochwy marchewki i drewniany trzonek do szufelki.

W trakcie procesu Jacek J. wyjaśnił, że film miał być odtwarzany innym osobom i w ten sposób stanowi przedmiot „zabawy”, „rozrywki”. Pokrzywdzona zeznała, że film miał być puszczonej w Internecie.

Dla uporządkowania dalszych analiz warto już na wstępie pokrótce przypomnieć główne kierunki interpretacyjne art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. w zakresie znamienia „wspólnego” wykonania czynu zabronionego. W zależności od przyjętej koncepcji różnie ukształtują się granice odpowiedzialności za współsprawstwo, różnie też trzeba będzie owo odpowiedzialność uzasadniać.

Kontekst historyczny pozwala na wyróżnienie teorii subiektywnych, obiektywnych i mieszanych współsprawstwa<sup>3</sup>.

Ujęcia subiektywne – aktualnie nie do zaakceptowania w czystej postaci<sup>4</sup> – zwracają uwagę na odróżnienie działania *cum animo auctoris* i *cum animo socii*. Współsprawca jest przede wszystkim osobą traktującą czyn jako swój własny, działającą dla siebie, a nie wyłącznie dla kogoś innego.

Ujęcia obiektywne odwołują się do wymogu realizacji przez sprawcę przedmiotowych znamion czynu zabronionego. „Wykonanie” czynu polega na realizacji znamion danego typu przestępstwa. Współsprawca jest więc osoba, która współwykonuje czyn zabroniony, to znaczy realizuje choćby częściowo jego znamiona (teorie formalnoobiektywne)<sup>5</sup>.

W ramach ujęć obiektywnych wyróżniają się koncepcje materialnoobiektywne, która akceptuje stanowisko formalistyczne, jednak rozszerza pojęcie współsprawstwa również na przypadki, gdy dana osoba wprawdzie nie realizuje choćby jednego znamienia czynu zabronionego, ale jej wkład w popełnienie przestępstwa jawi się jako „istotny” (jest przyczyną dokonania przestępstwa)<sup>6</sup>.

Ujęcia mieszane łączą w sobie elementy formalistyczne oraz subiektywne. W pierwszej kolejności należałoby badać, czy zostało zrealizowane znamiona czasownikowe typu czynu zabronionego, a jeśli tak, mamy do czynienia ze współsprawstwem. Natomiast w przypadku braku spełnienia kryteriów formalnoobiektywnych należałoby poświadczyć odwołanie się do przesłanek subiektywnych<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Zob. szerzej A. W. sek., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 100 i n.

<sup>4</sup> Zob. szerzej A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 47.

<sup>5</sup> Można w związku z tym mówić o restrykcyjnym (wskim) rozumieniu sprawstwa na gruncie art. 18 § 1 k.k. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 480 i n.

<sup>6</sup> Na przesłankę istotności wkładu w realizację wspólnego czynu zwrócił uwagę A. W. sek., op. cit., s. 117.

<sup>7</sup> Zob. szerzej A. Liszewska, op. cit., s. 46.

Argumentacja s d u apelacyjnego zmierzała do wykazania, e czyn Jacka J. stanowił immanentny, istotny składnik badanego zdarzenia oraz był wynikiem podj tego wcze niej porozumienia i podziału ról mi dzy oskar onymi.

W ocenie s d u wskazywały na to nast puj ce okoliczno ci: (1) Oskar ony uto samiał si ze wszystkimi działaniami, podejmowanymi przez pozostałych sprawców w czasie gwałcenia kobiety, i przyjmował je za swoje; (2) Kr cenie filmu w znacz cy sposób determinowało post powanie pozostałych współsprawców tak, aby film był „ciekawszy”; (3) Filmowanie stanowiło integralny element zdarzenia, dopełniaj cy całe zaj cie, o czym wiadczy sposób filmowania, zwłaszcza wyra ne zbli enia organów płciowych w czasie, gdy do pochwy były wkładane przedmioty, oraz wypowiedane słowa i komentarze, odnosz ce si do sposobu gwałcenia, np. „rozszerzaj nogi”.

S d Apelacyjny uznał, e współsprawstwo oskar onego w dokonaniu zarzucanego mu czynu mie ci si w formule „współsprawstwa mieszanego” i z tego powodu nale y poci gn go do odpowiedzialno ci za gwałt zbiorowy.

Czy s d miał do dyspozycji jakie sensowne alternatywy? Wydaje si , e co najmniej trzy: (1) akceptacja tezy o formalnoobiektywnym charakterze przestanki współuczestniczenia w wykonaniu czynu zabronionego; (2) poszukiwanie podstaw do poci gni cia odpowiedzialno ci Jacka J. za pomocnictwo; (3) stwierdzenie realizacji znamion przest pstwa *sui generis*, innego ni zgwałcenie.

Je li chodzi o pierwsz koncepcj , to nie ma w tpliwo ci, e Jacek J. ani nie doprowadzał pokrzywdzonej do obcowania płciowego w aden ze sposobów wymienionych w art. 197 § 1 k.k., ani nie wykonywał własnor cznie na jej ciele adnej czynno ci seksualnej. Zachowanie polegaj ce na zerwaniu sił z pokrzywdzonej biustonosza – co słusznie zauwa ył s d apelacyjny – nie mo e zosta uznane za stosowanie przemocy w kontek cie wypełnienia jednego ze znamion art. 197 § 1 k.k., a to co najmniej z dwóch powodów: po pierwsze, nie ustalono, e zachowanie to miało doprowadzi pokrzywdzon do obcowania płciowego; po drugie, było to zachowanie podj te przed powzi cciem porozumienia dotycz cego dokonania zgwałcenia, a zatem nie mo e zosta „zaliczone” na konto Jacka J. jako realizacja jednego ze znamion przedmiotowych czynu zabronionego realizowanego „wspólnie i w porozumieniu” z inn osob . W tym zakresie oskar ony nie uczestniczył w realizacji znamion zarzucanego mu przest pstwa.

Mo na jednak zastanowi si , czy w ramach art. 197 k.k. da si odnale jakie znami czynu zabronionego, które odpowiadało (albo przynajmniej teoretycznie mogłoby odpowiada ) zachowaniu polegaj cemu na nagrywaniu zgwałcenia za pomoc telefonu komórkowego. Je eli tak, to oskar ony mógłby zosta poci gni ty do odpowiedzialno ci za współsprawstwo w my l kryteriów formalistycznych jako osoba realizuj ca przynajmniej jedno ze znamion czynu zabronionego.

S dz , e istnieje taka mo liwo i nale ałoby j rozwa y . Chodzi mianowicie o znami „szczególnego okrucie stwa” z kwalifikowanego typu zgwałcenia (art. 197 § 4 k.k.)

W literaturze spotyka się pięć kierunków interpretacyjnych tego znamienia<sup>8</sup>: (1) rozstrzygać, czy jest skala skutków zgwałcenia w sferze fizycznej i psychicznej ofiary; (2) liczyć się dysproporcja pomiędzy oporem stawianym przez ofiarę a siłami ukierunkowanymi na jego przełamanie, zastosowanymi przez sprawcę; (3) decydować, czy jest szczególnie zabarwiony zamiar sprawcy, który obejmuje nie tylko obcowanie płciowe, ale też elementy dodatkowe w postaci chociażby poniżenia ofiary, zadania jej bólu itp.; (4) należałoby oceniać sposoby zachowania się sprawcy (szczegółne okrucieństwo związane ze sposobem i rodzajem działania); (5) ma znaczenie osoba ofiary – zgwałcenie dziecka, starca, kobiety w zaawansowanej ciąży jest czynem szczególnie okrutnym.

Analizowane zachowanie Jacka J. miało być *in abstracto* w ramach szczególnego okrucieństwa rozumianego w sposób opisany w punktach 1, 3 oraz 4, odpowiednio pod warunkiem, że: (ad. 1) w psychice pokrzywdzonej pojawiły się dotkliwe skutki wiadomości o tym, że zdarzenie zostało zarejestrowane; (ad. 3) decydującym impulsem do dokonania czynu była chociażby jego nagrania; (ad. 4) w czasie czynu miało miejsce np. dobitne podkreślenie przez sprawców faktu, że jeden z nich nagrywa całe zajęcia telefonem komórkowym bądź dostosowywanie się „aktorów” do „wskazówek” operatora kamery itp.

Czy w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały takie okoliczności? Jak już powiedziano, nagrywanie filmu w pewien sposób determinowało zachowania współsprawców, a swoiste „trofeum” w postaci nagrania miało być udostępniane innym osobom (niewykluczone, że poprzez sieć internetową), oraz stanowi przedmiot zabawy i rozrywki – jak wyjątkowy okaz. Sąd, że dla wzmocnienia tezy na temat szczególnego okrucieństwa opisywanego czynu, należałoby dodatkowo wykazać, że z perspektywy celu działania sprawców nagrywanie filmu miało być sposobem na szczególne upokorzenie ofiary, ewentualnie w rezultacie (objętych wiadomością sprawców) *de facto* doprowadziło do głębokiej rany w psychice pokrzywdzonej. Nie jest wykluczone, że pod tymi warunkami dałoby się obronić też o odpowiedzialności oskarżonego i pozostałych osób uczestniczących w zgwałceniu za podwójnie kwalifikowane zgwałcenie zbiorowe ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 3 w zw. z art. 197 § 4 w zw. z art. 11 § 2 k.k.)

Drugą opcją to poszukiwanie uzasadnienia dla odpowiedzialności karnej Jacka J. w obrębie art. 18 § 3 k.k. (pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego). Zgodnie z powszechnie akceptowanym kierunkiem wykładni znamion tej niesprawczej formy współdziałania, pomocnik musi faktycznie ułatwić innej osobie popełnienie czynu zabronionego (wytworzyć stan obiektywnie ułatwiający reali-

---

<sup>8</sup> Zob. szerzej M. Bielski (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Wiśniewski, M. D. brownska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, T. II, *Komentarz do art. 117-277 k.k.*, (red.) A. Zoll, Warszawa 2008, s. 606–607.

zacji (znamię innego przestępstwa)<sup>9</sup>. W tej perspektywie należałoby przeanalizować dwa czyny Jacka J.

Nagrywanie telefonem komórkowym przebiegu zgwałcenia generalnie rzecz biorąc nie ułatwia dokonania tego czynu. Trudno uznać, że doprowadzenie do obcowania płciowego jest łatwiejsze w sytuacji, gdy ktoś filmuje całą zajadnię, niż bez udziału tego ostatniego czynnika. *In concreto*, nie przeprowadzono żadnego dowodu w kierunku wykazania, że zgwałcenie pokrzywdzonej nie zostałoby dokonane, gdyby miało inny przebieg, gdyby wyeliminowano z jego przebiegu zachowanie oskarżonego. Nie można jednak stracić z oczu faktu, że Jacek J. odgrywał dość znaczącą rolę w całym zajadnię. Zgwałcenie nie przybrało formy klasycznego i pełnego stosunku seksualnego, lecz polegało na umieszczeniu w pochwie kobiety różnych przedmiotów, co wskazuje na o „mieszajcy i głównie „rozrywkowy” dla sprawców charakter całego zajadnia. Może to skłaniać do intuicyjnego opowiedzenia się za współsprawstwem zgwałcenia po stronie Jacka J. (przy spełnieniu omówionych wcześniej kryteriów), a nie jedynie pomocnictwem.

Niezależnie jednak od oceny powyższego czynu, na uwagę zasługuje jeszcze jedno zachowanie oskarżonego. Pozostaje ono niejako na drugim planie omawianej sprawy, przez co – w mojej opinii – nie została dostrzeżona jego waga.

Cofnijmy się do momentu, w którym pokrzywdzona opuszcza towarzystwo i udaje się do łazienki. W tym czasie osoby znajdujące się w mieszkaniu – czynie z Jackiem J. porozumiewają się co do dokonania zgwałcenia na nieobecnej w pokoju kobiecie. Wszyscy zatem mają zamiar zatrzymania kobiety w mieszkaniu i zrealizowania treści porozumienia.

Pokrzywdzona opuszcza łazienkę. Co robi Jacek J.? Jak ustalono, ustawia się w taki sposób, że zastawia kobiecie wyjście z mieszkania, aby go nie opuściła.

Mówiąc językiem ustawy: sprawca ma zamiar, aby inne osoby dokonały zgwałcenia zbiorowego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, blokuje kobiecie wyjście z mieszkania. A zatem: dokonane pomocnictwo do zgwałcenia zbiorowego? Okazuje się, że nie. Jacek J. co prawda ułatwiał zaplanowany czyn, ale ostatecznie nie ułatwił jego popełnienia. Wątpliwie jest bowiem to, że kobieta – jak wynika z materiału dowodowego – nie próbowała opuścić lokalu, lecz sama wróciła do pokoju. Zachowanie oskarżonego nie doprowadziło do powstania skutku w postaci stanu obiektywnie ułatwiającego innym osobom dokonanie zamierzonego czynu zabronionego.

Czy zachowanie to było bezkarne? Też nie! Wszak Jacek J. w zamiarze, aby zostało dokonane przez inne osoby zgwałcenie pokrzywdzonej, swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzał do ułatwienia im dokonania tego czynu zabronionego, które to ułatwienie nie nastąpiło. Można powiedzieć, że Jacek J. zrobił już wszystko, co jako

---

<sup>9</sup> Zob. P. Kardas (w.): G. Bogdan, Z. Wiśniewski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, T. 1, Komentarz do art. 1-116 k.k.*, (red.) A. Zoll, Zakamycze 2004, s. 374.



pomocnik mógł zrobić – asekuracyjnie zablokował wyjście z domu na wypadek, gdyby kobieta próbowała uciec. Ułatwiłby dokonanie zgwałcenia, gdyby kobieta faktycznie chciała uciec, a on by ją zatrzymał. Ponieważ jednak nie miał okazji, aby to zrobić, pochód jego przestępstwa zakończył się na etapie usiłowania pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego.

Konstrukcja krzywdzenia w formach stadialnych i zjawiskowych przestępstwa jest akceptowana w orzecznictwie<sup>10</sup> oraz – z pewnymi kontrowersjami – w literaturze<sup>11</sup>, stąd należało przyjąć, że Jacek J. wymienionym zachowaniem – niezależnie od oceny jego pozostałych czynów – popełnił przestępstwo z art. 13 § 1 w zw. z art. 18 § 3 w zw. z art. 197 § 3 k.k. (ewentualnie w zw. z art. 197 § 4 w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zależności od rozstrzygnięcia omówionych wcześniej w tym względzie odnośnie do znamienia „szczególnego okrucieństwa”).

Niejako równoległe do rozważań na temat współsprawstwa zgwałcenia zbiorowego można zastanowić się, czy zachowanie Jacka J. zrealizowało znamiona jakiegoś innego, samodzielnego czynu zabronionego?

Skąd apelacyjny milczy w tej sprawie. Tymczasem nasuwa się przypuszczenie, że w grę mógłby wejść art. 191 § 1 k.k. Pokrzywdzona została zmuszona do znoszenia tego, że jest nagrywana telefonem komórkowym i to w trakcie popełnienia przestępstwa na jej szkodę, przy czym znamię przemocy wobec pokrzywdzonej zostało zrealizowane przez pozostałych współsprawców (kwalifikacja: art. 191 § 1 w zw. z art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. z odwołaniem się do formalnoobiektywnych przesłanek współsprawstwa).

Powszechnie rozważanie nie budziłoby wątpliwości, gdyby nie nowelizacja kodeksu karnego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.<sup>12</sup>, która weszła w życie dnia 8 czerwca 2010 r. (czyli po popełnieniu omawianego czynu). Ustawodawca wprowadził do kodeksu karnego art. 191a k.k., który penalizuje utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej poprzez uwyświelenie w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp wobec tej osoby, oraz rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody.

Wydaje się jasne, że w aktualnym stanie prawnym zachowanie Jacka J. wyczerpuje znamiona art. 191a § 1 k.k. (utrwalanie wizerunku nagiej osoby w trakcie czynności seksualnej), przy czym przemoc wobec kobiety została zastosowana przez pozostałe osoby uczestniczące w zjawisku (współsprawstwo). Ponieważ jednak w czasie czynu przepis ten nie obowiązywał, trzeba rozważyć dwie możliwości związane z jego prawnym charakterem.

Jeżeli art. 191a § 1 k.k. jest typem kwalifikowanym w stosunku do art. 191 § 1 k.k. (związana zawartość bezprawia z uwagi na okoliczności opisane w pierw-

<sup>10</sup> Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 roku, I KZP 11/03, OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 89.

<sup>11</sup> Zob. P. Kardas, *Kodeks...*, op. cit., s. 383 i cytowanych tam autorów.

<sup>12</sup> Zob. cyt. ustawę z 2009 roku, Dz.U., Nr 206, poz. 1589.

2/2011

szym z tych przepisów), to nie ma przeszkód, aby zachowanie Jacka J. – aktualnie wyczerpujące znamiona typu kwalifikowanego – uznać za dokonanie czynu z art. 191 § 1 k.k.

Jeżeli art. 191a § 1 k.k. objął zakresem penalizacji zachowania wcześniej niekaralne, to czyn Jacka J. w chwili jego popełnienia nie wyczerpywał znamion art. 191 § 1 k.k.

W literaturze można spotkać odmienne opinie na ten temat<sup>13</sup>. Z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika natomiast, że projektodawca postrzegał wprowadzone rozwiązanie jako swoiste *novum* w zakresie kryminalizacji tego rodzaju zachowania<sup>14</sup>.

Sąd, z racji leżącej po stronie M. Filara, który uważa, że wikszość zachowań typizowanych przez art. 191a § 1 k.k. była już objęta kryminalizacją w ramach art. 191 § 1 k.k.<sup>15</sup> Przemawia za tym przede wszystkim rezultat językowej i celowościowej wykładni art. 191 § 1 k.k.

Należałoby więc opowiedzieć się za pierwszą z zaproponowanych opcji. Pokrzywdzona niewątpliwie została zmuszona do znoszenia stanu, którego pragnęła uniknąć. W tym wietle Jacek J. mógłby odpowiadać za współsprawstwo czynu z art. 191 § 1 k.k., natomiast w stosunku do osób realizujących tym samym czynem znamiona zgwałcenia zbiorowego, zachodziłby zbieg przepisów – pomijalny bądź pozorny – rozstrzygnięty poprzez zakwalifikowanie ich czynu z przepisu bardziej szczegółowo opisującego przestępstwo zmuszanie innej osoby do określonego zachowania (w tym wypadku zgwałcenie).

Podsumowując powyższe analizy, staje się jasne, że Sąd Apelacyjny w Białymstoku nie rozważył wszystkich dostępnych możliwości związanych z subsumcją stanu faktycznego pod przepis ustawy. Tymczasem Jacek J. mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za: (1) usiłowanie pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego (to bezadnych w wątpliwości), (2) zgwałcenie grupowe ze szczególnym okrucieństwem, (3) zmuszanie innej osoby do znoszenia określonego stanu (we współsprawstwie).

Zaprezentowane uwagi warto do pewnego stopnia zgeneralizować i przedstawić w formie ogólnych wytycznych, które mogłyby stanowić punkt odniesienia dla rozstrzygnięcia w przyszłości podobnych stanów faktycznych.

<sup>13</sup> Zob. M. Filar (w:) M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. W sek, L. Wiik, *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Warszawa 2010, s. 921; M. Królikowski (w:) M. Fleming, M. Królikowski, B. Michalski, W. Radecki, R.A. Stefański, J. Warylewski, A. W sek, J. Wojciechowska, J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Część szczególna, T. I, Komentarz do art. 117-221*, red. A. W sek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 861; M. Mozgawa (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.) M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 391.

<sup>14</sup> Zob. uzasadnienie *Rządowego 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 VI Kadencji, nr 1394 z dnia 21 listopada 2008 roku.

<sup>15</sup> M. Filar, op. cit., s. 921.

S dz , e na podstawie przeprowadzonych rozwa a mo na sformułowa nast puj ce tezy:

1) Utrwalanie wizerunku nagiej osoby w trakcie czynno ci seksualnej, poprzez u ycie wobec niej przemocy, realizuje znamiona art. 191a § 1 k.k., który wszedł w ycie dnia 8 czerwca 2010 r. Przedtem zachowania te były penalizowane w ramach typu podstawowego z art. 191 § 1 k.k.

2) Rejestrowanie przebiegu zgwałcenia za pomoc rodków audiowizualnych nie stanowi realizacji znamion przedmiotowych przest pstwa zgwałcenia w typie podstawowym, w tej sytuacji nie ma wi c podstaw do przyj cia współsprawstwa zgwałcenia w my l koncepcji formalnoobiektywnej.

3) W my l koncepcji materialnoobiektywnej opisane zachowanie mogłoby prowadzi do odpowiedzialno ci za współsprawstwo zgwałcenia, o ile spełniałoby kryterium „istotno ci” wkładu w dokonanie czynu zabronionego.

W omawianym przypadku istotno wkładu ma miejsce w sytuacji, w której element audiowizualnej rejestracji zdarzenia jest pierwszoplanowym motywem dokonania zgwałcenia. Sprawcy musz w pierwszym rz dzie kierowa si ch ci sfilmowania aktu zgwałcenia b d to dla upokorzenia ofiary w ten wła nie sposób, b d do zdobycia swego rodzaju „trofeum” z dokonanego czynu itp. Ch nagrania przebiegu zgwałcenia musi wi c by jednym z powodów ataku na dobro prawne, chronione w art. 197 § 1 oraz 3 k.k., czyli wolno seksualn człowieka.

„Bierna” rejestracja zdarzenia przez obserwatora stoj cego niejako „z boku” nie stanowi warunku, bez którego zgwałcenie nie mogłoby si odby (w ogóle albo w sposób, w jaki *in concreto* zostało dokonane), a wi c nie jest „istotnym” wkładem w dokonanie tego przest pstwa. Wydaje si , e zachowanie operatora kamery musi cechowa si pewnym zaangażowaniem w wykonywan czynno i znajdowa aprobat po stronie wykonawców bezpo rednich.

4) Rejestrowanie przebiegu zgwałcenia za pomoc rodków audiowizualnych w pewnych okoliczno ciach mo e by uznane za szczególne okrucie stwo, a wi c realizacj znamienia kwalifikuj cego, okre lonego w art. 197 § 4 k.k., i prowadzi do odpowiedzialno ci za zgwałcenie ze szczególnym okrucie stwem po stronie sprawcy pojedynczego, gdy własnor cznie rejestruje on zaj cie, czy wszystkich współsprawców gwałtu działaj cych w porozumieniu z tak osob . W my l koncepcji formalnoobiektywnej, w takiej sytuacji osoba filmuj ca gwałt realizuje jedno ze znamion przedmiotowych czynu zabronionego i mo e zosta uznana za współsprawc szczególnie okrutnego zgwałcenia zbiorowego.

Aby czyn w takim wypadku cechował si szczególnym okrucie stwem, przede wszystkim ofiara musi zdawa sobie spraw z tego, e całe zaj cie jest nagrywane, oraz powinny wyst pi dodatkowe okoliczno ci zwi zane z u yciem przez sprawców wła nie takiego sposobu zintensyfikowania okrucie stwa zgwałcenia, np. zapowiedzi zamieszczenia nagrania w Internecie, podkre lanie faktu rejestracji zdarzenia, dostosowywanie si przez gwałcicieli do „wskazówek” operatora kamery), które wywołuj u ofiary ponadprzeci tnie negatywne prze ycia

2/2011

psychiczne (l k przed publicznym upokorzeniem b d innymi konsekwencjami czynu itp.), wykraczaj ce poza zwyczajne okrucie stwo zwi zane z niemal ka dym zgwałceniem.

W takim wypadku dokonane zgwałcenie ze szczególnym okrucie stwem konsumuje realizacj znamion art. 191a § 1 k.k. (pomijany zbieg przepisów).

Truizmem b dzie stwierdzenie, e oskar ony dopu cił si zachowania wysoce nagannego i bezprawnego. S d Apelacyjny w Białymstoku uznał, e Jacek J. powinien ponie za nie odpowiedzialno na równi ze sprawcami wykonawczymi, opieraj c si na materialnoobiektywnej koncepcji współsprawstwa, która na dzie dzisiejszy broni si przede wszystkim tym, e jest powszechnie aprobowana w orzecznictwie.

Analizowana sprawa ukazuje w jasnym wietle niektóre z praktycznych konsekwencji, do jakich prowadzi konstrukcja materialnoobiektywnych kryteriów współsprawstwa. Nadmierna koncentracja na w tku współsprawstwa zgwałcenia spowodowała, e s dowi umkn ło kilka mo liwo ci zakwalifikowania czynu Jacka J. jako innego przest pstwa. W efekcie przyj tej w omawianym judykacie strategii interpretacyjnej mogło si wydawa , e jedyn alternatyw było uniewinnienie Jacka J. od popełnienia zarzucanego mu czynu zgwałcenia zbiorowego i w efekcie całkowite uwolnienie go od odpowiedzialno ci karnej. Jak starano si wykaza , nie jest to prawda.

Na bł dne rozstrzygni cie analizowanej sprawy w pewnym sensie miał równie wpływ ustawodawca. Nowelizacja wprowadzaj ca do kodeksu karnego nowy typ przest pstwa z art. 191a § 1 k.k. mogła sugerowa , e czyn oskar onego nie był uznawany za karalny w dniu jego popełnienia. Jak powiedziano, pogl d ten nie wydaje si słuszny.

W tpliwo ci mo e budzi stwierdzenie, e osoba nierealizuj ca adnego znamienia czynu zabronionego: niestosuj ca przemocy, gro by bezprawnej ani podst pu oraz niedoprowadzaj ca poprzez to do poddania si przez inn osob czynno ci seksualnej ani fizycznie niewykonuj ca tej czynno ci, a tylko filmuj ca zgwałcenie wykonywane przez inn osob , jest w pełnym tego słowa znaczeniu sprawc zgwałcenia zbiorowego. S to w tpliwo ci nie tylko natury semantycznej (czy osoba ta „sprawiała” gwałt?) i sprawiedliwo ciowej (czy powinna odpowiada na równi z „własnor czynymi” wykonawcami czynu?), ale przede wszystkim dogmatycznej, zwi zanej z analiz wykładnic z tekstu ustawy karnej (czy nie jest to wykładnia rozszerzaj ca na niekorzy oskar onego?).

Koncepcja formalnoobiektywna opiera si na bardziej stabilnym ni jej konkurentki fundamencie, a jest nim ustawowe okre lenie sprawstwa. S dz zatem, e uznanie analizowanego czynu za niekaralny w obr bie przepisów art. 197 k.k. – przy braku w czynie cech szczególnego okrucie stwa – lepiej odpowiadałoby tre ci normy sankcjonuj cej zgwałcenie „wspólnie” z inn osob , w kontek cie przesłanek współsprawstwa w rozumieniu art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. Z tego powodu analizowany wyrok i jego uzasadnienie nie zasługuj na aprobat .

## STRESZCZENIE

Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznał, że osoba, która za pomocą telefonu komórkowego rejestruje przebieg zgwałcenia dokonywanego przez inną osobę, jest współsprawcą gwałtu zbiorowego. Celem rozważań przeprowadzonych w glosie jest *in concreto* ukazanie mankamentów analizowanego orzeczenia, w wymiarze ogólnym za krytyczną ocenę koncepcji materialno-objektywnej i mieszanej współsprawstwa, na których oparł się sąd apelacyjny. Nadmierna koncentracja na wadach współsprawstwa zgwałcenia spowodowała, że niedostępnymi zostały inne możliwości oskarżenia do odpowiedzialności karnej. Efektem przeprowadzonych analiz jest: wskazanie czynów zabronionych, w świetle których można było rozpatrywać odpowiedzialność oskarżonego; próba sformułowania ogólnych wytycznych, które mogłyby stanowić punkt odniesienia dla rozstrzygnięcia w przyszłości podobnych stanów faktycznych; niejako na marginesie zwrócenie uwagi na nowy typ przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., którego znamiona wyczerpało zachowanie oskarżonego.

## SUMMARY

The Court of Appeal in Białystok decided that a person who with the use of a cellular telephone records the course of rape being committed by another person is a co-perpetrator of a group rape. The aim of the gloss analysis *in concreto* is to show deficiencies of the analyzed decision and in general to critically assess the substantial-objective and mixed concept of co-perpetration on which the Court of Appeal based its decision. The excessive concentration on the theme of rape co-perpetration caused that other possibilities of prosecuting the accused escaped the Court's attention. The conducted analysis results in (1) a presentation of forbidden acts in the light of which the liability of the accused could have been examined; (2) an attempt to formulate general guidelines that could be a point of reference for decision making in similar states of affairs in the future; (3) marginally in a way, focusing on a new type of crime under Article 191a § 1 of the penal code which has all the features that the accused person's behavior showed.



IWONA STANKOWSKA

*Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*  
Wydawnictwo LexisNexis, seria Komentarze praktyczne,  
Warszawa 2011, s. 248

W jej cie w ycie 2 stycznia 2011 r. ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych<sup>1</sup> bez w tpienia uczyniło aktualnym problem opracowania komentarza do tego aktu prawnego, który ułatwiłby przede wszystkim praktyczną interpretację nowo powołanych konstrukcji normatywnych. Wyzwanie to – przyznać trzeba – do szybko podjęła I. Stankowska w recenzowanej pracy. Widoczny po piech w opracowywaniu uwag do nowej ustawy nie pozostał wprawdzie bez uszczerbku dla ich warstwy merytorycznej, niemniej Autorce mimo wszystko należy się swoisty laur pierwsze stwa z uwagi na stworzenie pierwszego komentarza w tym zakresie. Z drugiej znowu strony nie sposób przyznać opracowaniu charakteru w pełni pionierskiego, wszak wiele rozwi za normatywnych zawartych w nowej ustawie jest zbli onych swym charakterem czy wr cz to samych z poprzednimi regulacjami prawnymi. Te natomiast zostały ju szeroko omówione w literaturze, zarówno w licznych rozprawach monograficznych, jak i komentarzu do wcześniejszej ustawy z 1999 r.<sup>2</sup>

Struktura pracy jest przejrzysta i nie budzi zastrze e . Składa się ona z kilku zasadniczych części: „Wykaz skrótów”; „Przedmowa”; „Komentarz do ustawy”; „Literatura”; „Akty prawne”; „Orzecznictwo”.

We wskazanej „Przedmowie” Autorka przedstawia krótko racje, które skłoniły ustawodawcę do przemodelowania krajowego systemu ochrony informacji niejawnych oraz poszczególne etapy procesu legislacyjnego, który doprowadził do uchwalenia nowej ustawy. I. Stankowska ju w tym miejscu, powielając, niestety,

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 182, poz. 1228.

<sup>2</sup> Zob. T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2007; M. Leciak, Recenzja książki T. Szewca, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz* (Warszawa 2007), „Przeegl d Sejmowy” 2008, nr 1.

niewo argumenty ustawodawcy zawarte w uzasadnieniu do projektu ustawy<sup>3</sup>, wylicza wszelkie – jej zdaniem – walory nowych rozwiązań normatywnych.

Jeżeli chodzi o ocenę samego komentarza do ustawy, to Autorka w sposób do jasny i zrozumiały prezentuje konkretne instrumenty prawne ustanowione celem ochrony informacji niejawnych, zwróciła uwagę m.in. na ich klasyfikowanie, organizację tej ochrony, szkoleniem w zakresie ochrony informacji niejawnych, bezpieczeństwem osobowym, postępowaniem odwoławczym i skargowym, funkcjonowaniem kancelarii tajnych i środkami bezpieczeństwa fizycznego, bezpieczeństwem teleinformatycznym oraz przemysłowym, a także ewidencją i udostępnianiem danych oraz aktów postępowania sprawdzających, kontrolnych aktów postępowania sprawdzających i aktów postępowania bezpieczeństwa przemysłowego.

Z drugiej jednak strony czytelnikowi należy się wyjaśnienie, iż dokonana analiza ma charakter doogólniony. Wnikliwie docieka Autorka należy wielokrotnie uznać za niezadowolającą, wszak stroni ona od innej niż pobieżna tylko oceny nowych rozwiązań prawnych, za wielu problemów normatywnych istniejących już na gruncie ustawy z 1999 r. nawet nie sygnalizuje. Dla przykładu tylko można na powołanie się na powierzchowną interpretację art. 1 ust. 2 ustawy (wskazującego na katalog adresatów ustawy), pojęć zawartych w tzw. słowniczku ustawowym w art. 2 ustawy czy też w zasadzie zupełny brak analizy definicji informacji niejawnych o określonych klauzulach tajności z art. 5 ust. 1–4 ustawy, jako bez wątpienia kluczowych w zakresie przeprowadzonych zmian normatywnych. W odniesieniu do tego ostatniego problemu, Autorka rezygnując z bliżej – koniecznej jak się wydaje w tym przypadku – interpretacji elementów normatywnych współtworzonych wspomnianych definicji prawne, ponownie powieliła w sposób nieprzemysłowy i bezkrytyczny argumenty przedstawione w uzasadnieniu do projektu ustawy. Czyni to z wyraźnym uszczerbkiem dla swej pracy, wszak w istocie zarówno w tym przypadku, jak i w odniesieniu do wielu innych kwestii nie sposób dociec, jakie faktycznie stanowisko I. Stankowska zajmuje. Przykładowo wystarczy tylko podać, iż Autorka z jednej strony trafnie dostrzega nieostre sformułowanie klauzul normatywnych z art. 5 ust. 1–4 ustawy, z drugiej natomiast niezrozumiale w związku z tym twierdzi, iż rozwiązanie te przyczyni się do zmniejszenia liczby informacji, którym nadaje się klauzulę tajności i do uporządkowania oraz uproszczenia systemu klasyfikowania informacji<sup>4</sup>.

Trzeba też nadmienić, iż jakkolwiek ustawa o ochronie informacji niejawnych jest aktem prawa administracyjnego, to jednak wiele związanych z nią problemów ma wyraźne założenie tła konstytucyjne, prawnoprocesowe czy karnoprawne. Autorka tego typu relacji, niestety, nie tylko nie poddaje analizie, ale wręcz w ogóle nie dostrzega, co również można uznać za niedostatek komen-

<sup>3</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz o zmianie niektórych ustaw z dnia 16 lutego 2010 r., Druk Nr 2791.

<sup>4</sup> Zob. I. Stankowska, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 16–17 i 36–37.

tarza. Dla przykładu mowa o ocenie obowiązków rozwiązań normatywnych w zakresie definicji informacji niejawnych w kontekście konstytucyjnych klauzul imitacyjnych (np. art. 31 ust. 3 Konstytucji) czy problemie odpowiedzialności, w tym karnoprawnej, urzędnika za możliwość nadużycia w zakresie klasyfikowania informacji niejawnych<sup>5</sup>. Byłaby Autorka miała szansę odnieść się chociażby ciwo do tego rodzaju relacji normatywnych, gdyby poddała krótkiej nawet analizie zmiany dokonane z mocy ustawy w ponad 100 innych aktach normatywnych (art. 74-180 ustawy). Zmian tych nie przywołano nawet w tekście ustawy, a sposób ich przeprowadzenia budzi powątpiewanie istotne w tym względzie. Okazuje się on jednakże zupełnie niejednorodny i nie zawsze koresponduje z przyjętą w nowej ustawie koncepcją ochrony informacji niejawnych, prowadząc do niekonsekwencji terminologicznej w krajowym porządku prawnym. W niektórych poddanych nowelizacji aktach prawnych ochronie tej podlegają bowiem teraz tylko te informacje niejawne, które zaopatrzone w grzyf tajności (np. art. 179 § 1 i art. 181 § 1 k.p.k., art. 265 § 1 i art. 266 § 2 k.k.), w innych natomiast jest niezależna od nadanej klauzuli (np. art. 30 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych<sup>6</sup>; art. 226 k.p.k.; art. 248 § 1 k.p.c.). Inna jeszcze przyjęta przez ustawodawcę koncepcja nowelizacyjna zakłada z kolei ochronę „tajemnicy prawnie chronionej” (zob. art. 57 ust. 1 ustawy dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej<sup>7</sup>).

Zrezygnowano także, niestety, z analizy przepisów przejściowych i końcowych zawartych w art. 180-191 ustawy. Mając na uwadze implikacje praktyczne wskazanych regulacji normatywnych, interpretacja tego typu wydaje się niezwykle potrzebna.

W pracy nie zamieszczono przepisów wykonawczych do ustawy, co Autorka uzasadnia trwającymi pracami legislacyjnymi w tej mierze w chwili oddawania komentarza do druku.

Co do walorów bibliograficznych opracowania, to czytelnik może tak samo w tym względzie poczuć się nieco zawiedziony. Wykaz literatury, z której skorzystała Autorka, jest jednakże niezwykle ubogi i liczy zaledwie 14 opracowań. Obejmują one przede wszystkim prace z zakresu prawa administracyjnego. Można rzecz jasna – chociażby zasadnie – argumentować, że przecież opracowanie dotyczy nowego aktu normatywnego, jak dotychczas nie komentowanego w literaturze. Niemniej jednak

---

<sup>5</sup> Zauważyć wszak trzeba, że wprowadzenie formalnej ochrony informacji niejawnych skutkuje tym, iż w przypadkach, np. umyślnego nienadania gryfu tajności, urzędnik nie będzie ponosił odpowiedzialności karnej, bowiem po nowelizacji do realizacji znamion przestępstw z art. 265 § 1-3 k.k. i art. 266 § 2 k.k. dojdzie dopiero wtedy, gdy ujawniona informacja posiadała klauzulę tajności. Odpowiedzialność natomiast na podstawie innych regulacji prawnych również wydaje się istotnie ograniczona. Ewentualnie rozważa się natomiast na wypełnienie znamion art. 231 k.k. przy założeniu, iż urzędnik posiada zarazem przymiot funkcjonariusza publicznego (zob. M. Leciak, *Tajemnica państwowa i jej ochrona w prawie karnym materialnym i procesie karnym*, Toruń 2009, s. 89).

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 133, poz. 882 i 883 ze zm.

<sup>7</sup> Dz.U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 ze zm.



wiele problemów normatywnych związanych z przedmiotów ustaw pozostawało aktualnymi już na gruncie ustawy z 1999 r., co do której można znaleźć odnalezienie niezwykle szeroki katalog przydatnych opracowań naukowych<sup>8</sup>.

Jeżeli chodzi o wykaz orzecznictwa zamieszczonego w pracy, to również w tej mierze można odczuć spory niedosyt. Wybór ten raz jeszcze przypadkowo ci. Autorka skorzystała szeroko z poglądów NSA i WSA, co z uwagi na charakter ustawy należy uznać, oczywiście, za w pełni zasadne. Jednak nie dotyczy to zaprezentowanego orzecznictwa TK<sup>9</sup> oraz SN<sup>10</sup>. Aspekt przypadkowo ci odnosi się zresztą także do zamieszczonego w pracy wykazu aktów prawnych.

Dokonując podsumowania powyższych uwag i oceny warstwy merytorycznej pracy, wypada przypomnieć, iż została ona wydana w ramach serii wydawniczej „Komentarze praktyczne”. Zresztą sama Autorka sugeruje wyrażenie, że krąg jej adresatów obejmuje przede wszystkim te osoby, które w codziennej pracy stykają się z przedmiotów problematyki. Bez wątpienia zatem to właśnie praktyka zweryfikuje przydatność recenzowanego komentarza. Wydaje się jednak, że Autorce nie udało się w pełni odnaleźć należytej proporcji pomiędzy pewnymi czasami stopniem – z uwagi na charakter opracowania – koniecznym minimalizmem treściowym a merytoryczną wartością czynionych wywodów i ich praktyczną przydatnością. Wprawdzie recenzowane opracowanie uzupełnia istniejące luki w zakresie braku dzieła komentatorskiego do nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Niemniej jednak zarówno sam komentarz, jak i elementy dodatkowe monografii sprawiają wrażenie opracowanych w po piechu, co skutkuje tym, że dokonana przez I. Stankowską analiza jest nazbyt pobieżna, a sama Autorka – z zauważalnym dystansem do zagadnień interpretacyjnie trudnych – nie stara się nawet zwrócić uwagi czytelnika na konkretne problemy związane z tytułową problematyką, nie mówiąc już o przedstawieniu w tej mierze własnego stanowiska.

*Michał Leciak*

---

<sup>8</sup> Zob. m.in. M. i R. Taradejna, *Tajemnica państwowa i inne tajemnice chroniące interesy państwa i obywateli*, Warszawa 1999; L. Aponowicz, *Ochrona informacji w przepisach prawnych oraz zasady fizycznej ochrony informacji niejawnych*, Tarnobrzeg 2000; B. Fischer, *Przestępstwa komputerowe i ochrona informacji. Aspekty prawnokryminalistyczne*, Kraków 2000; A. Lebiebrowski, W. Kwiatkowski, *Bezpieczeństwo informacji III Rzeczypospolitej*, Kraków 2000; A.M. Dereń, *Prawna ochrona informacji w krajowym ustawodawstwie. Wybrane zagadnienia*, Bydgoszcz 2001; D. Jędrzejda, *Ochrona informacji niejawnych. Nowe rozwiązania*, Warszawa 2005; S. Hoc, *Karnoprawna ochrona informacji*, Opole 2009; M. Leciak, *Tajemnica państwowa i jej ochrona w prawie karnym materialnym i procesie karnym*, Toruń 2009; T. Szewc, *Publicznoprawna ochrona informacji*, Warszawa 2007; M. Polok, *Ochrona tajemnicy państwowej i tajemnicy służbowej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2006.

<sup>9</sup> Zob. m.in. uchwała TK z dnia 13 czerwca 1994 r., W 3/94, OTK 1994, Nr 1, poz. 26; wyrok TK z dnia 15 października 2009 r., K 26/08, OTK 2009, Nr 9, poz. 135; postanowienie TK z dnia 26 listopada 2010 r., K 33/09, OTK 2010, Nr 9, poz. 116.

<sup>10</sup> Zob. m.in. wyrok SN z dnia 8 marca 2007 r., I KZP 30/06, OSNKW 2007, Nr 4, poz. 32; uchwała SN z dnia 26 marca 2009 r., I KZP 35/08, OSNKW 2009, Nr 5, poz. 33.

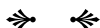


## KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

W dniu 12 maja 2011 r. odbył się wykład dr Nicoleta Dominte z Uniwersytetu „Al.I.Cuza” Iasi w Rumunii na temat: „Prawo własności intelektualnej”.



14 maja 2011 na Wydziale Prawa i Administracji odbyła się międzynarodowa konferencja naukowa „Demokracja przedstawicielska czy bezpodzielna? Kryzys podziału władzy”. Organizatorem konferencji był Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego oraz Instytut Przestrzeni Obywatelskiej i Polityki Społecznej. Konferencja podzielona była na dwie sesje. My I przewodniczącym pierwszej był współczesny model demokracji przedstawicielskiej. W tej części referaty wygłosili: I.S. Tafaro, F. Lempa, F. Fistetti, E. Casolino, X. Krisafi, M. Indellicato, F. Parente, C. Scattone, E. Von Boné. W trakcie II sesji omawiane były zagadnienia szczegółowe związane z tematem konferencji a referaty wygłosili J. Stępień, G. Battista, P. Famà, M. Ceco, J. Latifi, I. Buonocore, P. De Bartolo, M. Cavallo, E. Osmani, V. Perrone, S. Kurska, S. Parente, M. Ferrante, A. Wojciechowski.



12 maja 2011 r. dr Anna Konert, prorektor Wydziału Prawa i Administracji ds. rozwoju naukowego i współpracy międzynarodowej, przedstawiła swoją ekspertyzę na spotkaniu Parlamentarnego Zespołu ds. Zbadania Przyczyn Katastrofy Tu-154M z 10 kwietnia 2010. Spotkanie dotyczyło możliwości wyjątkowa okoliczności katastrofy statku powietrznego Tu-154M nr 101 w dniu 10 kwietnia 2010 r. pod Smoleńskiem przez organa Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie Porozumienia między Ministerstwem Obrony Narodowej Rzeczypospolitej Polskiej a Ministerstwem Obrony Narodowej Federacji Rosyjskiej w sprawie zasad wzajemnego ruchu lotniczego wojskowych statków powietrznych Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej w przestrzeni powietrznej obu państw sporządzonych w Moskwie 14 grudnia 1993 r.



17 maja 2011 odbyło się spotkanie studentów z przedstawicielami Okręgowej Izby Radców Prawnych. Izba reprezentowali dziekan Rady Michał Stępniewski, przewodniczący Komisji ds. Aplikacji – Paweł Jasiński i jego zastępca Albert Stawiszyski. W trakcie spotkania omówiono następujące zagadnienia: egzamin wstępny na aplikację, program aplikacji, szkolenie aplikantów, patronat, egzamin zawodowy.



19 maja 2011 r., na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego odbyła się konferencja nt.: „Prawo wyborcze”. Referaty wygłosili m.in.: sędzia Jerzy Stępie „Wybory do samorządu terytorialnego”, prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz „Kodeks wyborczy – nowe elementy prawa wyborczego do Sejmu i Senatu”, minister Kazimierz Wojciech Czaplicki „Funkcje aparatu wyborczego w świetle przepisów kodeksu wyborczego”, dr Jan Majchrowski „Wybory a partie polityczne”, dr Jacek Zalewski „Kampania wyborcza i finansowanie wyborów”.



Studentka Wydziału Prawa i Administracji, Karolina Borkowska, została laureatką III miejsca ex aequo w II edycji ogólnopolskiego konkursu na najlepszą pracę magisterską o prawach człowieka, organizowanego przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, za pracę z zakresu pedagogiki napisaną na Wydziale Pedagogicznym Uniwersytetu Warszawskiego, pt. „Prawo dziecka do wypowiedzi w sprawach rozpoznawanych przez sąd rodzinny”. Komisja konkursowa doceniła interdyscyplinarny charakter pracy, która jest rzadkim połączeniem wiedzy prawniczej oraz pedagogicznej. Praca wyróżniona bardzo dobrze przygotowana przez badawczą, oparta na samodzielnie przeprowadzonych badaniach. Karolina Borkowska wzięła również udział w Ogólnopolskim Konkursie promującym nowy portal edukacja.prawnicza.pl oraz nadesłała do redakcji portalu materiały w postaci artykułów dotyczących dziedziny prawa. W konkursie dwukrotnie wygrała nagrody miesięczne (w grudniu 2010 i lutym 2011 r.) oraz zakwalifikowała się do finału konkursu, gdzie zdobyła jedną z głównych nagród.



W maju w ramach programu International Legal Skills gościnnie wykład wygłosił James A. Schoff, który ukończył Cornell University Law School, a następnie spędził 9 lat w renomowanej kancelarii prawniczej Thompson, Hine & Flory.

2/2011

Specjalizował się w zakresie przejęć firm. Następnie został wspólnikiem w firmie Diversified Equities, zajmującej się inwestowaniem na rynku nieruchomości.



Rozstrzygnięto konkurs organizowany przez Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego na najlepszy referat dla studentów nt.: „Wady i zalety ordynacji w składowej i proporcjonalnej”. Laureatami konkursu zostali: Łukasz Nosarzewski, Agnieszka Moro, Katarzyna Becz, Natalia Kostrzewa, Paulina Kozłowska, Patrycja Popławska.



Rozpoczęto zapisy na kolejną edycję Studium Prawa Rosyjskiego, organizowanego we współpracy z Akademickim Uniwersytetem Prawnym w Moskwie, działającym przy Instytucie Państwa i Prawa Rosyjskiej Akademii Nauk. Studium zostało stworzone, aby dać studentom możliwość poznania przepisów prawnych obowiązujących w Rosji, których znajomość jest bardzo pożądana przez pracodawców mających kontakt z rosyjskim rynkiem. Wykłady są prowadzone w języku rosyjskim, przez profesorów z Moskwy. Zajęcia są uzupełniane przez lektorat w języku rosyjskiego, obejmujący głównie język prawny i handlowy.

