



*7 2/2015

MŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



ISSN 2296-8012

0-6 >

9 772299 801002



Szanowni Czytelnicy,

Przed nami magiczny okres Świąt Bożego Narodzenia. To wspaniała okazja by zatrzymać się na chwilę, odetchnąć od codziennego pędu. Czas zadumy, planów i noworocznych postanowień.

W tych wyjątkowych dniach pragniemy Wam życzyć odważnych marzeń i mądrych decyzji. Niech Święta Bożego Narodzenia upłyną w miłej, rodzinnej atmosferze, zaś Nowy Rok przyniesie Wam dużo uśmiechu, siły i wytrwałości w dążeniu do zamierzonych celów.

Mamy nadzieję, że kolejny rok będzie wyjątkowym, spokojnym i satysfakcjonującym czasem, w którym zrealizujecie swoje osobiste plany i stawicie czoła zawodowym wyzwaniom.

Redakcja Młodej Palestry





Drodzy,

w tym przedświątecznym czasie, oddajemy Wam do lektury drugi numer (wznowionej) „Młodej Palestry – Czasopisma Aplikantów Adwokackich”. Nasz periodyk cały czas ewoluuje, podlega nieustannym przeobrażeniom, a dopiero co odbyła się jego premiera w dniu 18 września br. w Warszawie. Był to ważny punkt w czasie Ogólnopolskiego Zjazdu Aplikantów Adwokackich połączonego z konferencją w Sejmie RP „Adwokatura wobec zmian w prawie karnym”. Na marginesie dodam, że główne tezy z tej konferencji znajdziecie w nowym dziale „Afisz”.

Zgodnie z założeniami, „Młoda Palestra” ma bowiem być nie tylko miejscem do publikacji tekstów naukowych, ale także forum wymiany zdań, doświadczeń. Dlatego też dodajemy dwa nowe segmenty: „Gość Młodej Palestry” oraz wspomniany wyżej - „Afisz”. W pierwszym z nich mamy nadzieję publikować teksty autorytetów naukowych, praktyków prawa, którzy zdecydują się podzielić się z nami swoimi spostrzeżeniami czy też wesprzeć nas cennymi radami. Cykl ten rozpoczyna tekst autorstwa Pana Mecenasa Zajdy ze Szczecina, traktujący o relacjach między klientem a adwokatem. Natomiast w przypadku drugiego z novum pozostawiamy sobie, jako redakcji oraz Wam – jako czytelnikom – pewną otwartą furtkę. W tym numerze, przeczytacie akurat krótką relację ze spotkania z Nestorem Polskiej Adwokatury, byłym Prezesem Naczelnej Rady Adwokackiej oraz niezwykle adwokatem, ale już w kolejnych... kto wie. Jeśli macie pomysły, chcecie, by o danym wydarzeniu z Waszej Izby Adwokackiej dowiedzieli się inni Aplikanci – propozycje przesyłajcie śmiało na adres elektroniczny (**mloda.palestra.wa@gmail.com**) bądź via nasz profil na facebooku.

Ponadto, niezwykle cieszy fakt, że rozpoczynamy realizację idei aplikanckiego czasopisma ogólnopolskiego. Już w tym numerze, swoje artykuły zdecydowali się opublikować Aplikanci nie tylko z Izby Adwokackiej w Warszawie, ale także z Krakowa, Częstochowy i Rzeszowa. Zachęcamy zatem pozostałych z Was do nakreślenia „paru zdań”, które przybrane w formę artykułu, podlegają - co prawda - rygorom recenzji, ale jednocześnie mogą stać się początkiem niejednej kariery naukowej bądź otworzą dyskusję na dany temat.

P.S.

„Młoda Palestra” dostępna jest już w elektronicznej bibliotece na stronie **www.issuu.com**.

apl. adw. Magdalena Robaszyńska

Redaktor naczelny

„Młodej Palestry – Czasopisma Aplikantów Adwokackich”.



Co w numerze?

10 Prowokacja i retorsja jako podstawa do odstąpienia od wymierzenia kary

26 Jak wzmacniano prawo do obrony. Szanse, wyzwania i zagrożenia nowelizacji

33 Unijny standard korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej a prawo polskie

C ywilne



K arne

52 O wadze problemu badań przedmażeńskich



N° 7 2/2015

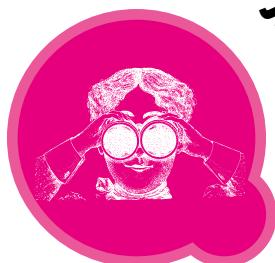
70 Model arbitrażowego rozstrzygnięcia sporów

83 Wpływ przekształcenia w spółkę kapitałową jednoosobowej działalności gospodarczej osoby fizycznej na jej pozycję w procesie cywilnym



Gospodarcze

100 Mała klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania



Administracyjne

112 Aksjologiczne podstawy uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych a równowaga sił partnerów społecznych

126 Dobrobyt społeczeństwa jako cel etyczny w koncepcji użytecznej Johna Stuarta Millla

137 Wstęp do prawa szkockiego



Etyka i inne



150 Gość Młodej Palestry
159 Afisz

IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE

2/2015 (7)

Wydawca:

Izba Adwokacka w Warszawie

Redaktor Naczelny:

Magdalena Robaszyńska

Zastępca Redaktora

Naczelnego:

Piotr Babiarz

Redakcja:

Marcin Chmielnicki

Łukasz Filipek

Adriana Jaroszek

Klaudia Kądrowska

Grzegorz Leśniak

Anna Malinowska

Magdalena Michałek

Magdalena Niegierewicz

Katarzyna Mróz

Jarosław Skowrya

Joanna Tkaczyk

Barbara Trzeciak

Rada naukowa:

Jakub Jacyna

Andrzej Lagut

Agnieszka Masalska

Paweł Rybiński

Andrzej Ważny

Krzysztof Wąsowski

Projekt graficzny i DTP:

Michał Kupidura

Adres Redakcji:

Redakcja „Młodej Palestry-
czasopisma aplikantów
adwokackich”

Al. Ujazdowskie 49,

00-536 Warszawa

Wersją podstawową czasopisma
jest wydanie elektroniczne.

ISSN: 2299-8012

Nakład drukowany: 100 egz.

Karne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



PROWOKACJA I RETORSJA



**JAKO PODSTAWA
DO ODSTĄPIENIA OD
WYMIERZENIA KARY**

Grzegorz Górka
apl. adw., ORA w Krakowie



W artykule przedstawiono prowokację i retorsję jako normatywne podstawy ustawowego odstąpienia od wymierzenia kary na przykładzie występku znieważenia. Autor dokonuje w pierwszej części opracowania przedstawienia krótkiej charakterystyki przedmiotu ochrony przestępstwa znieważenia a następnie ilustruje znamię określające czynność sprawczą. W kolejnej części opracowania przedstawione zostały prowokacja, retorsja oraz funkcja art. 216 § 3 k.k., w szczególności w obecnie obowiązującym porządku prawnym. W końcowej części podkreślono także w ocenie autora główne problemy dotyczące przedmiotowej materii.

Penalizacja występku znieważenia¹ posiada długą tradycję w rodzimym ustawodawstwie karnym. Był on już kryminalizowany w kodeksie karnym (dalej: k.k.) z 1932 (art. 256) oraz 1969 r. (art. 181)². Począwszy od ko-

Notice This



-
- 1 Art. 216 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., - Kodeks karny (Dz. U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.) „Kto znieważa inną osobę w jej obecności albo choćby pod jej nieobecność, lecz publicznie lub w zamiarze, aby zniewaga do osoby tej dotarła, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności”.
 - 2 A. Barczak-Oplustil (w :), M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas,

deku karnego z 1932³ r., używano w znaczeniowo niezmienionej formie znamienia „wyzywającego zachowania⁴”, stanowiącego jedną z normatywnych podstaw ustawowego odstąpienia od wymierzenia kary, zastępując jedynie nazewnictwo przedmiotu czynności wykonawczej. Na przestrzeni kolejnych reminiscencji ustawy karnej przyjmowało ono odpowiednio formy będące desygnatami obecnej nazwy pokrzywdzonego: „obrażonego”, „znieważonego” i wreszcie jak wspomniano w obowiązującym k.k. z 1997 r., „pokrzywdzonego⁵”. Tak samo w przypadku retorsji zastąpiono znamię „obrazy wzajemnej”, „zniewagą wzajemną” Pomimo różnego nazewnictwa ratio legis przepisów chroniących godność ludzką nie ulegało zmianie, dlatego przedmiotowego opracowania będzie irrelevantne.

Analogicznie sytuacja będzie miała miejsce w przypadku decyzji sądu, który w k.k. z 1932 r., mógł sprawcę „od kary uwolnić”. Z kolei w k.k. z 1969⁶ r., oraz w obecnie obowiązującym k.k. z 1997 r., zostało użyte sformułowanie, że „sąd może odstąpić od wymierzenia kary”.



PRZEDMIOT CZYNNOŚCI WYSTĘPKU ZNIEWAŻENIA

Przed przystąpieniem do omawiania głównego wątku niniejszego opracowania zasadnym byłoby skrótowe przedstawienie samego występku znieważenia, oraz genezy wprowadzenia jego penalizacji do ustawy karnej. Wskazać należy w tym miejscu przede wszystkim, że przedmiotem ochrony występku znieważenia jest godność człowieka, która dekodowana jest także z norm konstytucyjnych⁷. Godność to z całą pewnością wartość nie-

Notice This



J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, red. A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna, tom 2, Komentarz do art. 117-277 k.k. Warszawa 2013 r., s. 1002.

3 (Dz.U. 1932 nr 60, poz. 571 z późn. zm.)

4 W art. 216 § 3 k.k. „Jeżeli zniewagę wywołało zachowanie się pokrzywdzonego albo jeżeli pokrzywdzony odpowiedział naruszeniem nietykalności cielesnej lub zniewagą wzajemną, sąd może odstąpić od wymierzenia kary”.

5 Zgodnie z art. 49 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., - Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.) (Dz. U. 1997, nr 89, poz. 555 z późn. zm.) „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo”.

6 (Dz.U. 1969 nr 13, poz. 94 z późn. zm.)

7 Art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. 1997 nr 78, poz. 483.), stanowi, iż: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności

zmiernie doniosła stanowiąca podbudowę innych wartości, również ponadnormatywnych⁸. Także godności człowieka nadaje się rangę suprakonstytucyjną ponieważ wszystkie uregulowania, włączając w to Konstytucję, muszą respektować wymienioną zasadę, gdyż w przeciwnym wypadku utraciłyby przymiot legitymizmu⁹.

Również na temat godności wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny¹⁰ (dalej: TK) konstatuując, że: „w świetle art. 30 Konstytucji wykluczone jest takie zniesienie lub ograniczenie poszczególnych wolności i praw, które prowadziłyby do naruszenia godności człowieka”.

Zaznacza się przy tym, że im silniejszy jest związek prawa lub wolności z istotą godności człowieka, tym pełniej winno być ono chronione przez aparat publiczny¹¹. Zatem ewentualna inferencja z innymi wartościami powinna jak najpełniej oddawać rudymentarne założenia aksjologiczne leżące u podstaw systemu prawa karnego¹². Zasadnym jest zatem twierdzenie, że jest ona sednem całego systemu i stanowi zarówno źródło wszystkich praw i wolności, jak i ich podstawę¹³. Niemniej jednak typizacja zniewagi

Notice This



i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

- 8 M. Safjan, Refleksje wokół konstytucjonalnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych, KPP 2002 r., z. 1, s. 241-243.
- 9 L. Garlicki, Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu., Warszawa 2014 r., s. 91.
- 10 Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128. Zob. także zdanie odrębne sędziego TK Marka Safjana od wymienionego wyroku w którym stwierdza: „Uważam, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka nie może nigdy i w żaden sposób doznawać ograniczeń, a zatem nie jest możliwe stosowanie w tym wypadku mechanizmu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji”.
- 11 W wyroku TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008 nr. 4, poz. 57 zademonstrowano pogląd, że: „Godność człowieka jest powiązana bezpośrednio ze wszystkimi szczegółowymi wolnościami i prawami jednostki, tworząc ich rdzeń, czego konsekwencją jest niemożność takiego ograniczenia tych praw, które mogłoby prowadzić do jednoczesnego naruszenia godności człowieka”.
- 12 M. Błaszczak (w :), M. Królikowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, T. Sroka, A. Walczak- Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, W. Zontek, S. Żółtek, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część ogólna, tom 1, Komentarz art. 1-31, Warszawa 2015 r., s. 17.
- 13 R. Balicki (w :), B. Banaszak, M. Bernaczyk, I. Biśta, K. Działocha, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, P. Kaczmarek, A. Ławniczak, A. Malicka, M. Masternak- Kubiak, B. Mielnik, J. Trzcziński, M. Wiącek, Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP, tom 1, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010 r., s. 336-337.



budzi wątpliwości części środowisk jako nadmiernie wkraczająca w wolność słowa¹⁴. Retoryka taka towarzyszy także ustawodawcy, który podejmował min. próby całkowitego wyrugowania z ustawy karnej przestępstw zniesławienia i zniewagi tj. art. 212 k.k. oraz 216 k.k.¹⁵. Motywowane było to usprawnieniem postępowania cywilnego oraz niewspółmiernością regulacji do celów, którym ma służyć¹⁶ tudzież organizacjom zajmującym się ochroną praw człowieka¹⁷.

W tym miejscu zasadnym jest nadmienienie, iż aprobujące stanowisko dotyczące konieczności dalszej egzystencji obecnie obowiązujących przepisów chroniących część¹⁸ odnoszących się zarówno do zniesławienia¹⁹

Notice This



-
- 14 Jest to powodowane także sytuacją istniejącą w polskim porządku prawnym gdzie mamy do czynienia niejako z dublowaniem się przepisów chroniących część jednostki, gdyż oprócz regulacji prawnokarnych mamy też regulacje cywilnoprawne zaliczające wprost część do katalogu dóbr osobistych człowieka a określonych odpowiednio w art. 23 i 24 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16, poz. 93). Zob. także P. Hofmański, J. Satkano, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Kraków 2002 r., s. 16.
 - 15 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy- Prawo prasowe i niektóre inne ustawy (druk nr 845) [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/A527CF0D45BCC54FC1257491004787EA/\\$file/845.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/A527CF0D45BCC54FC1257491004787EA/$file/845.pdf) (sprawdzono 23.08.2015 r.) Projekt ten ostatecznie został odrzucony głosami strony rządowej, która argumentowała swój stanowisko wskazując, że: „Projektowana depenalizacja zniesławienia i zniewagi mogłaby doprowadzić do eskalacji zachowań niepożądanych z punktu widzenia obowiązującego porządku prawnego. W konsekwencji gwarantowana ustawą zasadniczą ochrona przyrodzonej i niezbywalnej godności każdego człowieka oraz jego dobre imienia mogłaby- na skutek uchylecia art. 212-216 k.k. – okazać się w wielu przypadkach niewystarczająca, nawet przy zakładanej propozycji wzmocnienia ochrony cywilnoprawnej”.
 - 16 W zamiarze projektodawcy miało być dokonanie zmian ochrony zarówno formalno jak i materialnoprawnych poprzez jej uefektywnienie co powodować miało w zamyśle wnioskodawcy całkowitą rezygnację z sankcji karnej jako nadmiernie ingerującej w wolności i prawa.
 - 17 D. Sześciło, *Paragraf 212. Karanie dziennikarzy za zniesławienie w polskie praktyce*, Warszawa 2009 r. s. 5.
 - 18 Często w doktrynie dokonuje się pewnego podziału dzieląc część na zewnętrzną, która chroni przed zniesławieniem oraz wewnętrzną chroniącą przed zniewagą. Zob. W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga*, Warszawa 1984 r., s. 164-165. Jak się wydaje inne stanowisko przyjmuje B. Kunicka-Michalska, która wskazuje, że dobrem chronionym w przypadku znieważenia: „jest godność człowieka, rozumiana przede wszystkim jako wewnętrzny aspekt przynależnej mu czci”. Zob. B. Kunicka- Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2001 r., s. 308.
 - 19 TK wskazał, że brak jest jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że: „ochrona dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego w obecnych warunkach funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości może być uznana za równie skuteczną ochronę czci i dobrego imienia jak kryminalizacja zniesławienia”. Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128; Wyrok TK z dnia 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, Dz. U. 2004 nr 111, poz. 1181.

jak i zniewagi²⁰ expressis verbis wyraził TK. Egzemplifikacją analizy dokonanej przez TK były wnioski, że sama tylko odpowiedzialność cywilna nie jest wystarczająca dla skutecznej ochrony czci i dobrego imienia kosztem wolności wypowiedzi i prasy²¹. TK potwierdził ważną rolę jaką odgrywa w demokratycznym państwie prawnym wolność wyrażania poglądów, zaznaczając jednak, że nie może ona mieć nigdy charakteru absolutnego i podlegać może niezbędnym ograniczeniom, czyniącym zadość wymogom konstytucyjnym. Skonstatował także, że nie przez przypadek ochrona czci i dobrego imienia została wymieniona w art. 233 ust. 1²² Konstytucji. Powodowane to było przekonaniem o integralności zarówno czci tudzież dobrego imienia z godnością człowieka. TK uznał, że dobra, które wyrażają kwintesencję godności włączając w to cześć i dobre imię powinny uzyskać pierwszeństwo w przypadku kolizji z wolnością słowa, prasy oraz wolnością środków społecznego przekazu.

Oczywiście taka konstatacja nie reglamentuje w żaden sposób prawa do krytyki, gdyż takim prawem z całą pewnością nie jest okazywanie pogardy, używając do tego obraźliwych bądź poniżających stwierdzeń, których nie można kwalifikować kategoriami prawdy lub fałszu.

Znieważenie bowiem nie ma na celu krytyki działalności bądź cech jakiegoś podmiotu. Zmierza ona do spowodowania krzywdy w sferze godności osobistej²³.

Notice This



-
- 20 Wyrok TK z 11 października 2006 r., sygn. OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 121; Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. Akt P 12/09, Legalis 339175; Wyrok TK z dnia 12 lutego 2015 r., SK 70/13, Dz.U. 2015, poz. 234.
- 21 Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.
- 22 Ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w art. 30 (godność człowieka), art. 34 i art. 36 (obywatelstwo), art. 38 (ochrona życia), art. 39, art. 40 i art. 41 ust. 4 (humanitarne traktowanie), art. 42 (ponoszenie odpowiedzialności karnej), art. 45 (dostęp do sądu), art. 47 (dobra osobiste), art. 53 (sumienie i religia), art. 63 (petycje) oraz art. 48 i art. 72 (rodzina i dziecko).
- 23 S. Hoc, Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, Opole 2002 r., s. 135-139.



ZNAMIEŃ OKREŚLAJĄCE CZYNNOŚĆ SPRAWCZĄ WYSTĘPKU ZNIEWAŻENIA

Przechodząc do dalszej części zaznaczyć należy, że znamieniem określającym czynność sprawczą występku znieważenia²⁴ są zachowania, których uniwersalną cechą jest wyrażenie pogardy dla innego człowieka. Spełniają to kryterium wyrażenia impertynenckie, pogardliwe, obelżywe lub ośmieszające, których postawienie uzewnętrznia się w formie niezracjonalizowanej²⁵. Zachowania tego można się dopuścić zarówno werbalnie jak i przy pomocy obraźliwego gestu. Decydujące znaczenie ma tutaj jednak konstatacja w jaki sposób to wyrażenie jest używane w danym społeczeństwie oraz czy według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen jest uważane za znieważające²⁶. Implikuje to sytuację w której odczucia osoby znieważonej nie będą relewantne z punktu widzenia przyjęcia odpowiedzialności karnej²⁷. Oparcie odpowiedzialności sprawcy na kryteriach obiektywnych ma szczególne znaczenie w odniesieniu do pokrzywdzonego subiektywnie niezdolnego do zrozumienia popełnionej przez sprawcę zniewagi np. osoby niepoczytalnej lub małoletniego²⁸. To z kolei prowadzi do wniosku, że występki znieważenia ma charakter formalny a jego bytu nie warunkują subiektywne odczucia pokrzywdzonego, które jednak mogą być dla niego asumptem do ścigania sprawcy²⁹. Z tego też powodu do znamion tego przestępstwa nie należy „rezultat” wypowiedzianej zniewagi to jest sytuacja, czy pokrzywdzony poczuł się znieważony a jedynie, jak już nadmieniono może to być znaczące z punktu widzenia

Notice This



-
- 24 Zniewaga, znieważać to ubliżać komuś słowem lub czynem, obrażać kogoś, Słownik współczesnego języka polskiego, tom 5, red. B. Dunaj, Kraków 2004 r., s. 425.
 - 25 M. Surkont, Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym, Gdańsk 1982 r., s. 149, B. Kunicka- Michalska, J. Wojciechowska, Przystępstwa ..., s. 246-247.
 - 26 L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2013 r., s. 291-292, Zob. także I. Zgoliński, Zniesławienie w polskim prawie karnym: zagadnienia teorii i praktyki, Warszawa 2013 r., s. 190, W. Kulesza, Zniesławienie ..., s. 169.
 - 27 Postanowienie SN z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, Legalis 107482.
 - 28 F. Ciepły (w :), A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, K. Wiak, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015 r., s. 1090.
 - 29 M. Budyń-Kulik, (w :), V. Konarska-Wrzošek, W. Kulesza, B. Michalski, M. Mozgawa, S. Pikulski, J. Potulski, W. Radecki, M. Szewczyk, J. Warylewski, J. Wojciechowska, red. L. Gardocki, System prawa karnego. Przystępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym, tom 10, red. J. Warylewski, Warszawa 2012 r., s. 1086-1087.

wniesienia przez ofiarę aktu oskarżenia³⁰. Podkreśla się zatem obiektywny³¹ charakter tego zachowania i rolę ogólnie przyjętych norm obyczajowych relewantnych z punktu widzenia przyjęcia odpowiedzialności.³²

Konkludując należy jasno podkreślić co zresztą w ocenie autora wydaje się oczywiste, że pewne określenia nie mają charakteru polemicznego a stanowią pogardę dla godności innego człowieka. Używanie słów wulgarnych nie jest ani kontrargumentem ani też nie jest wyrazem realizacji celu społecznego, a jest wyłącznie formą poniżenia drugiej osoby i nie może podlegać ochronie jako realizowanie wolności słowa³³.

Prowokacja to obok retorsji³⁴ jedna z podstaw normatywnych dla zastosowania przez sąd instytucji odstąpienia od wymierzenia kary. Przechodząc do meritum i głównego wątku przedmiotowego opracowania należy na wstępie wskazać, że kodeks karny używa określenia prowokacja³⁵

30 W. Kulesza, Zniesławienie ..., s. 167.

31 Wskazuje się także, że przyjęcie charakteru znieważającego może być zależne od specyficznych uwarunkowań sytuacyjnych lub środowiskowych. „W literaturze zwraca się uwagę, że przyjęcie kryteriów obiektywnych jako decydujących o zaistnieniu zniewagi rodzi w praktyce problemy, gdyż niekiedy użyte z zamiarem znieważenia słowo obiektywnie nie jest pejoratywne, lecz dla obu stron ma ono sens obelżywy. Np. termin „rusałka” oznaczać może nimfę wodną, boginkę leśną, ale na niektórych obszarach Polski jest synonimem kobiety lekkiego prowadzenia się, takie którą „cała wieś rusała”. P. Daniluk (w :), T. Gardocka, R. Giętkowski, A. Herzog, S. Hoc, R. Janiszowski-Downarowicz, R. Kokot, V. Konarska-Wrzosek, J. Kosonoga, W. Koziulewicz, B. Kunicka-Michalska, W. Kutzmann, M. Leciak, T. Oczkowski, Ł. Pohl, J. Potulski, T. Przesławski, J. Skorupka, J. Skupiński, J. Sobczak, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, Z. Świda, A. Walczak-Żochowska, J. Warylewski, A. Wilkowska-Płóciennik, W. Zalewski, red. R.A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015 r., s. 1432.

32 Postanowienie SN z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, Legalis 107482.

33 M. Bojarski (w :), L. Gardocki, S. Hoc, W. Koziulewicz, B. Kunicka-Michalska, J. Piórkowska-Flieger, J. Potulski, W. Radecki, R.A. Stefański, A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek, red. L. Gardocki, System prawa karnego. Przepięstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym, tom 8, Warszawa 2013 r., s. 560.

34 Należy wskazać na różnicę pomiędzy tymi przesłankami relewantnymi z punktu widzenia zastosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary. Karalność sprawy zniewagi może być uzależniona od zachowania się pokrzywdzonego i to zarówno od zachowania poprzedzającego czyn przestępny (w razie prowokacji), jak i następującego po nim (w razie retorsji). Zob. także A. Barczak-Oplustil (w :), M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiągalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, red. A. Zoll, Kodeks..., s. 1010-1014.

35 Prowokować to starać się spowodować lub powodować w sposób zamierzony albo przypadkowy czyjąś reakcję, występować z prowokacją, podlegać, wyzywać, drażnić, Słownik współczesnego języka polskiego, tom 4, red. B. Dunaj, Kraków 2004 r., s. 55.

Notice This





w dwóch znaczeniach: „jako nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego (art. 24), oraz jako wyzywające się zachowanie się pokrzywdzonego (art. 216 § 3 i art. 217 § 2). W literaturze wyróżnia się prowokację świadomą i nieświadomą, intencjonalną i obiektywną, przestępną i nieprzestępną, jednostronną i wzajemną”³⁶. Przychylić należy się do stanowiska Sądu Najwyższego³⁷ (dalej: SN), że wymagane jest istnienie współmierności pomiędzy prowokacją a postępowaniem osoby sprowokowanej. Odczucia pokrzywdzonego mogą mieć tu znaczenie, ponieważ poszczególne jednostki reprezentują różny system wartości. Bywa, że inaczej reagują na trywialne słowo czy żart i co dla jednej może być obraźliwe³⁸ i prowokujące dla innej będzie się jawiło jako normalne oraz w pełni dopuszczalne³⁹. Niemniej jednak nie warunkują one bytu przestępstwa, gdyż przyjęcie wyłącznie kryteriów subiektywnych z całą pewnością prowadziłoby do dowolności⁴⁰. Dlatego też w celu jak najpełniejszego realizowania przyjętych w ustawie rozwiązań tj. ewentualnego zastosowania przez sąd dobrodziejstwa wynikającego z art. 216 § 3 k.k., należy przyjąć, iż wpierv według obiektywnie ocenianych kryteriów musi dojść do prowokowania sprawy

Notice This



-
- 36 M. Mozgawa, Odpowiedzialność karna za przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej, Lublin 1991 r., s. 152.
- 37 „Zastosowanie przepisu art. 182 § 2 k.k., pozwalającego odstąpić od wymierzenia kary sprawcy występku określonego w art. 182 § 1 k.k., uzależnione jest od uznania sądu. Przepis art. 182 § 2 może i powinien mieć zastosowanie w zasadzie wówczas, gdy działanie sprawcy w swym zewnętrznym jakościowym kształcie nie różni się w sposób istotny od rodzaju i sposobu zachowania się osoby, której działanie było powodem naruszenia przez sprawcę jej nietykalności cielesnej. Jeżeli natomiast czyn sprawcy ze względu na rodzaj, sposób, zakres i intensywność jego działania przekracza wyraźnie zawartość kryminalną poprzedniego zachowania się wspomnianej osoby, to w takiej sytuacji przepis art. 182 § 2 k.k. nie powinien mieć z reguły zastosowania”. Podkreślić należy, w ocenie sądu odpowiednią na znieważenie „w swym zewnętrznym jakościowym kształcie” „nie było dwukrotnie uderzenie w taki sposób i z taką siłą, iż ten dwukrotnie upadł na chodnik”. Zob. Wyrok SN z dnia 17 czerwca 1971 r., sygn. Rv 612/71, Legalis 15495.
- 38 Może tak być np. w przypadku prowokacji, która nie jest obiektywnie rzecz biorąc obraźliwa ale dla osoby, którą obrażono taką jest. Wymienić tu można np. chorobę nerwową ale tylko w sytuacji gdy prowokujący o takich właściwościach sprawy wiedział.
- 39 Wyrok SN z dnia 12 stycznia 1927 r., sygn. II K 1950/26, Zb. O. 1927, poz. 11, Zob. także P. Hofmański, J. Satko, Przeszłość ..., s. 78.
- 40 M. Mozgawa, Uwagi na temat przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), (w:), Przeszłość przeciwko czci i nietykalności cielesnej red. M. Mozgawa, Warszawa 2013 r., s. 191.

do znieważania⁴¹. „Wyzywające zachowanie”⁴² się postrzegać należy jako tylko i wyłącznie naganne zachowanie się pokrzywdzonego⁴³. Może być to postępowanie aroganckie, zaczepne, impertynenckie, zniesławiające⁴⁴ ale nie musi być sprzeczne z normami prawa karnego⁴⁵. W okresie między-

Notice This



-
- 41 M. Filar, Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym, CZPK 2002 r. nr 2, s. 33.
- 42 Wyzywający to prowokujący kogoś, wyrażający zuchwałość, zaczepny, butny, impertynencki, Słownik współczesnego języka polskiego, tom 5, red. B. Dunaj, Kraków 2004 r., s. 305.
- 43 B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, Przestępstwa ..., s. 325, M. Mozgawa, Prowokacja i retorsja (w:) Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa, red. H. Groszyk, L. Dube-la, Lublin 1986 r., s. 230-231. Kwestią wątpliwą, będącą przedmiotem sporów doktrynalnych wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie czy prowokacja musi być kierowana wprost do sprawcy i czy musi go bezpośrednio dotyczyć. Na tak postawione pytania udzielić należy odpowiedzi negatywnej, gdyż np. wyzywające zachowanie: „może być skierowane do osoby, która towarzyszy sprawcy, ale może także nie dotyczyć nikogo wprost i polegać na hałasowaniu bądź dopuszczaniu się nieobyczajnego wybryku”.
- 44 Wydaje się, że wyzywającym zachowaniem może być również zniesławienie. Częstokroć w omawianej literaturze jak i w potocznym znaczeniu myli się ze sobą te pojęcia nie dostrzegające pewnych differentia specifica ich różnicujących. Również wykładnia art. 212 oraz następującego po nim art. 213 wskazuje na odmienną znaczeniową prawnokarnej regulacji odpowiedzialności karnej za zniesławienie w porównaniu do wyobrażenia funkcjonującego w języku potocznym. A. Barczak-Oplustil (w:), M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkowski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, red. A. Zoll, Kodeks..., s. 938. Przy czym przyjmuje się, że zniesławienie nie musi obejmować znamion znieważenia, gdyż można się go dopuścić także w formie nieobraźliwej, aczkolwiek do wypełnienia jego znamion nie jest wystarczające użycie tylko twierdzeń niepochlebnych ale również naruszających część pokrzywdzonego godząc w jego dobre imię. Poniżenie w oczach opinii publicznej oznacza obrażenie czyjejś godności, upokorzenie, zhańbienie, a więc doprowadzenie do oceny gorszej niż obiektywna, M. Bojarski (w:), 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. Wąsek, L. Wilk, red. M. Filar, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010 r., s. 1015, Zob. także Wyrok SN z dnia 29 listopada 1937 r., 3 K 737/34, Zb. Orz. SN 1938, nr 6, poz. 142. Postępowanie sprawcy może mieć charakter tylko znieważający poprzez dodanie przed sformułowaniem zaimka rzeczownego „ty” np. „ty złodzieju”, „ty lichwiarzu”, Zob. P. Hofmański, J. Satko, Przestępstwa ..., s. 113, Zob. także Wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. V KK 63/11, Legalis 432380 oraz Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 1933 r., sygn. 4 K 184/33, RPiE 1934, z. 1, s. 177. W przedmiotowym orzeczeniu z 1933 roku SN podkreślił, że wyraz: „złodziej” może być bądź obelgą np. przy wymyślaniu bądź też „jeżeli zwrotu tego użyto nie w celu dotknięcia godności osobistej innej osoby, lecz w takich warunkach, że miał on zaświetlić pewne fakty znane osobom prowadzącym rozmowę i nadać tym faktom hańbiące zabarwienie, natenczas przedstawia się jako zniesławienie”.
- 45 W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegało natarczywe pukanie i dzwonienie do drzwi mieszkania. SN uznał, że: „wyzywającym zachowaniem jest nie tylko obraza osobista i naruszenie nietykalności cielesnej, lecz wszelkie działania obrażonego, skierowane do obrażającego choćby pośrednio, lecz w związku przyczynowym z doznaną obrazą i zdolne do wywołania u niego odczucia pokrzywdzenia”, Zob. Wyrok SN z dnia 4 lipca 1933 r., sygn. III K 482/33, Zob. także J. Wojciechowski, Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Rozdział XXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000 r., s. 62.



wojennym akceptowano pogląd, iż wyzywające zachowanie osadza się na działaniu, które może wywołać poczucie pokrzywdzenia przez znieważającego, a obraza znajduje się w związku przyczynowym z odczuciem tego pokrzywdzonego⁴⁶.

Ważnym podkreślenia jest również bliskość czasowa⁴⁷ a także istnienie związku przyczynowo- skutkowego⁴⁸ między zachowaniem prowokacyjnym pokrzywdzonego a zniewagą⁴⁹ oraz, że wyzywające zachowanie musi tę zniewagę poprzedzać⁵⁰.

Wskazuje się, że kwalifikacja „zachowania” pokrzywdzonego jako prowokującego osobę znieważającą nie może się przejawiać np. w uznaniu osoby o odrażającym wyglądzie jako okoliczności relewantnej z punktu widzenia przyjęcia ewentualnego odstąpienia od wymierzenia kary. Nie może być na pewno uznane za „wyzywające” zwrócenie innej osobie uwagi, że ta zajmuje ławkę w parku uniemożliwiając tym samym korzystanie z niej innym. Za takie zachowanie nie może być również uznane zwrócenie uwagi popełnienia wykroczenia w ruch drogowym⁵¹.

Notice This



-
- 46 Wyrok SN z dnia 4 maja 1933 r., sygn. II KK 210/33, RPEIS 1933, nr 4 s. 974; Wyrok SN z dnia 4 lipca 1933 r., III K 482/33, OSN(K) 1933, nr 9, poz. 177.
- 47 Niemniej jednak część doktryny dopuszcza możliwość pewnego przeciągnięcia w czasie samej prowokacji oraz zniewagi, uzasadniając to min. tym, że sam przepis takiego bliskiego związku nie wymaga. P. Daniluk (w :), T. Gardocka, R. Giętkowski, A. Herzog, S. Hoc, R. Janiszowski-Downarowicz, R. Kokot, V. Konarska- Wrzosek, J. Kosonoga, W. Kozielowicz, B. Kunicka-Michalska, W. Kutzmann, M. Leciak, T. Oczkowski, Ł. Pohl, J. Potulski, T. Przesławski, J. Skorupka, J. Skupiński, J. Sobczak, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, Z. Świda, A. Walczak-Żochowska, J. Warylewski, A. Wilkowska-Płóciennik, W. Zalewski, red. R.A. Stefański, Kodeks ..., s. 1443.
- 48 Wykładnię taką należy wywieść ze sformułowań zawartych w treści art. 216 § 3 k.k., gdzie jest mowa o „wywołaniu zniewagi” i „odpowiedzi na zniewagę”.
- 49 J. Wojciechowski, *Przestępstwa ...*, s. 62. Należy również podzielić pogląd SN, że „naganne zachowanie pokrzywdzonego w przeszłości nie może być utożsamiane z pojęciem prowokacji”, Zob. Wyrok SN z dnia 27 czerwca 1973 r., sygn. Rw 557/73, WPP 1973, nr 4, s. 506.
- 50 F. Ciepły (w :), A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, K. Wiak, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Kodeks ..., s. 1093.
- 51 M. Budyń-Kulik, (w :), V. Konarska-Wrzosek, W. Kulesza, B. Michalski, M. Mozgawa, S. Pikulski, J. Potulski, W. Radecki, M. Szewczyk, J. Warylewski, J. Wojciechowska, red. L. Gardocki, *System ...*, s. 1087.

Z kolei retorsja⁵² to reakcja pokrzywdzonego na uczynioną mu zniewagę. Analogicznie jak w przypadku wyzywającego zachowania się pokrzywdzonego, w przypadku retorsji jego działanie może być powodowane subiektywną oceną postępowania sprawcy, które jednak musi poddać się wartościowaniu z punktu widzenia pewnych obiektywnych, zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen, co implikować będzie uznanie go za obiektywnie znieważające⁵³. Takie działanie może polegać na zrewanżowaniu się taką⁵⁴ samą zniewagą lub też objawić się może np. uderzeniem sprawcy albo w inny sposób naruszeniem jego nietykalności cielesnej poprzez np. oplucie⁵⁵ go. W takiej sytuacji reakcja pokrzywdzonego prowadzi do „ukarania⁵⁶” sprawcy poprzez osobiste „wymierzenie sprawiedliwości”, co można uznać za tzw. kompensację spowodowanych sobie nawzajem krzywd, bez konieczności uciekania się do sankcji karnych⁵⁷. Wskazuje się podobnie jak w przypadku prowokacji na bliskość czasową pomiędzy zniewagą lub naruszeniem nietykalności cielesnej, których dopuścił się sprawca⁵⁸. Podobnie jak w przypadku prowokacji traktu-

Notice This



-
- 52 W prawie międzynarodowym: środek odwetowy zastosowany przez jedno państwo, w odpowiedzi na nieprzyjazne akty innego państwa, w prawie karnym: postępowanie będące odpowiedzią pokrzywdzonego na czyn tego samego rodzaju, Zob. Uniwersalny słownik języka polskiego, tom 3, red. S. Dubisz, Warszawa 2003 r., s. 938.
- 53 M. Budyń-Kulik, (w :), V. Konarska-Wrzosek, W. Kulesza, B. Michalski, M. Mozgawa, S. Pikulski, J. Potulski, W. Radecki, M. Szewczyk, J. Warylewski, J. Wojciechowska, red. L. Gardocki, System ..., s. 1088.
- 54 W tym miejscu należy zaznaczyć, że chodzi tu o taki sam czyn a nie ten sam. Dlatego też dla przyjęcia odstąpienia od wymierzenia kary nie jest wymagana taka sama reakcja sprawcy a jedynie jak przyjął SN w przywołanym w tym opracowaniu wyroku z dnia 17 czerwca 1971 r., sygn. R w 612/71, Legalis 15495, nie różniącą się jakościowo od zachowanie sprawcy. Taką reakcją na zniewagę na pewno nie będzie pobicie, rozbój czy zabójstwo.
- 55 Jeszcze w okresie międzywojennym takie zachowanie traktowane było jako ciężka zniewaga i świadczyło o pogardzie sprawcy, Zob. Orzeczenie Pełnego Kompletu Izby Drugiej SN z dnia 26 marca 1925 r., sygn. K 3/25, OSP 1925, poz. 464, Zob. także R.A. Stefański, Zniewaga: pojęcie i kryteria (w :), Przepięstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej red. M. Mozgawa, Warszawa 2013 r., s. 154.
- 56 J. Makarewicz określając istotę retorsji stanął na stanowisku: „Akt zemsty prywatnej zastąpił państwową interwencję. Retorsja o ile chodzi o prowokatora, nie może stanowić okoliczności wykluczającej bezprawność lub karygodność czynu, lecz wywołuje wyłącznie tylko zgaśnięcie państwowego prawa karania skutkiem wymierzenia sobie sprawiedliwości przez pokrzywdzonego samego. Państwowe prawo karanie, które powstało w chwili wyrządzenia zniewagi, zgaśnięcie z chwilą, gdy znieważony zniewagą odpowiedział. Tu tkwi punkt ciężkości retorsji, J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1932 r., s. 337.
- 57 P. Hofmański, J. Satko, Przepięstwa ..., s. 52.
- 58 M. Mozgawa, Prowokacja ..., s. 236. Nie jest to stanowisko jednolite. Odmienna opinie przy-



je się obowiązek wykazania związku przyczynowo- skutkowego między zachowaniem się sprawcy a ripostą pokrzywdzonego⁵⁹. Problem pojawia się w odpowiedzi na pytanie czy zachodzi tu konieczność tożsamości sprawcy oraz działającego w ramach retorsji. Art. 216 § 3 stanowi: „jeżeli znieważony odpowiedział naruszeniem nietykalności cielesnej albo zniewagą wzajemną”. Wynika z tego, że mamy tu do czynienia wyłącznie z dwoma podmiotami. Problem pojawia się np. w sytuacji gdy sprawca znieważa pokrzywdzonego będącego w towarzystwie innej osoby, a ta osoba w konsekwencji narusza nietykalność cielesną sprawcy. Literalnie takie zachowanie nie mogłoby być zakwalifikowane w ramach retorsji, ponieważ to nie ta osoba została znieważona. M. Mozgawa wskazuje, że w takiej sytuacji w pewnych przypadkach możliwe byłoby zakwalifikowanie takiego czynu jako prowokacji, co implikowałoby możliwość zastosowania odstąpienia od wymierzenia kary⁶⁰.

Wydaje się, że słuszny jest przedstawiony już w niniejszym opracowaniu pogląd, że każdorazowo obowiązkiem sądu jest badanie in concreto współmierności wzajemnych prowokacji lub retorsji do czynu sprawcy⁶¹.

Jak wskazuje A. Marek⁶² problemem trudnym do oceny, może być również odróżnienie, czy odpowiedź na znieważenie była bezprawną retorsją, czy też: „realizowała prawo osoby znieważanej do obrony koniecznej przeciwko bezprawnemu zamachowi na jej godność”. W rozwiązaniu tej kwestii kluczowe znaczenie będzie mieć ustalenie, czy zachowanie sprawcy zmierzało do obrony jego dóbr prawnych, czy też powzięte zostało

Notice This



chylają się do poglądu, że nie jest wymagana bezpośrednia bliskość czasowa między zniewagą a retorsją. F. Ciepły (w.), A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Kodeks ..., s. 1093. Przyjąć należy możliwość zastosowania przepisów odnoszących się do retorsji w sytuacji, gdy pokrzywdzony dowiedział się o znieważeniu po zdarzeniu na skutek informacji otrzymanych od innej osoby, a w reakcji na taką sytuację udając się do sprawcy znieważył go lub naruszył jego nietykalność cielesną. Zob. M. Mozgawa, Uwagi..., s. 195.

59 J. Wojciechowski, Przepięstwa ..., s. 63.

60 M. Mozgawa, Odpowiedzialność ..., s. 169.

61 Tamże, s. 123-124.

62 A. Marek, Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo, Warszawa 2008 r., s. 48-50.

celem doprowadzenia do zemsty⁶³ na napastniku. Jako przykład podać można, że np. uderzenie sprawcy zniewagi czynnej w celu odparcia jego ataku będzie się kwalifikowało jako obrona konieczna, tymczasem odpowiedź przy użyciu wulgarnych słów na zniewagę może być uznana za retorsję⁶⁴. W ocenie autora jednym z możliwych do przyjęcia rozwiązań jest usunięcie z ustawy karnej art. 216 § 3 k.k., chociaż autor jest takiemu rozwiązaniu przeciwny. Występek znieważenia w swojej kwalifikowanej formie tj. art. 216 § 2⁶⁵ k.k., jest zagrożony karą pozbawienia wolności do 1 roku. Zatem może znaleźć w opisanym typie czynu zabronionego zastosowanie art. 59 § 1⁶⁶ k.k., który przewiduje możliwość odstąpienia od wymierzenia kary⁶⁷. Jednak sąd w takim przypadku ma obowiązek orzec środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, a dodatkowo warunkiem sine qua non do zastosowania art. 59 k.k. jest udzielenie twierdzącej odpowiedzi, że cele kary zostaną w ten sposób spełnione. Jak można zauważyć, przy takiej konstrukcji tego przepisu była by one mniej korzystna dla osoby, do której zastosowanie będzie mieć art. 216 § 3 k.k. także z powodu, że zastosowanie art. 59 k.k. jest formą skazania⁶⁸. Warunkiem zastosowania art. 59 k.k. jest także a przesłanka w postaci znacznej szkodliwości społecznej czynu. Autor jest sobie w stanie wyobrazić, że dopuszczenia się znieważenia z zamiarem bezpośrednim⁶⁹ w środkach masowego komuni-

Notice This



-
- 63 Niemniej jednak podkreślić należy, że każda kara zawiera element odwetu Państwa na sprawcy, który dopuścił się naruszenia nieakceptowalnych społecznie reguł. Dokonanie przestępstwa implikuje konieczność wymierzenia kary rozumianej jako odpłata (odwet) dla sprawcy. Zob. Postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2009 r., V KK 366/08, Legalis 213603.
- 64 M. Budyń-Kulik, (w :), V. Konarska-Wrzošek, W. Kulesza, B. Michalski, M. Mozgawa, S. Pikulski, J. Potulski, W. Radecki, M. Szewczyk, J. Warylewski, J. Wojciechowska, red. L. Gardocki, System ..., s. 1089.
- 65 „Kto znieważa inną osobę za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.
- 66 W aktualnie obowiązującym kodeksie karnym przewidziano w art. 59 § 1 k.k., unormowanie stanowiące element ustawowego wymiaru kary dające możliwość odstąpienia od wymierzenia kary sądowi orzekającemu jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat po spełnieniu przewidzianych ustawą warunków.
- 67 Zob. także P. Gensikowski, Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym, Warszawa 2011 r., s. 149-164.
- 68 Tamże, s. 160. Zob. także A. Michalska-Warias, Odstąpienie od wymierzenia kary w świetle statystyk sądowych i badań aktowych, Lublin 2013 r., s. 7.
- 69 „Rozpoznanie zamiaru jako dolus eventualis wpływa na obniżenie oceny stopnia społecznej szkodliwości w porównaniu z działaniem z zamiarem bezpośrednim”, Zob. Postanowienie SN



kowania może także taki osiągnąć⁷⁰, poprzez dużą „siłę rażenia” takiego postępowania⁷¹.



PODSUMOWANIE

Dokonujące podsumowania na wstępie należy zaznaczyć, że próby modyfikacji przepisów odnoszących się do prowokacji i retorsji (druk 430)⁷² były także podejmowane, jednak nie przyniosły zamierzonego przez wnioskodawców rezultatu. Wydaje się, że takie zrównanie konstrukcji, jest wartym rozważenia. Znajduje także akceptację części doktryny. Podkreśla się, że konstrukcja art. 216 § 3 oraz 217 § 2 k.k. powinna być jednakowa⁷³ Wartym jest w tym miejscu również podkreślenie tryb ścigania tych występków. To do samych pokrzywdzonych będzie należeć ostateczna decyzja odnośnie ścigania sprawcy. Taka konstrukcja wydaje się w tej sytuacji najodpowiedniejsza ze względu na dochodzenie przez pokrzywdzonych własnego interesu⁷⁴ W obecnie obowiązującym ustawodawstwie karnym, możliwość

Notice This



z dnia 7 listopada 2006 r., sygn. IV KK 55/06, Legalis 124646, Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. V KK 416/07, Legalis 97640.

- 70 „Nie można w żadnym razie przyjąć, że na ocenę społecznej szkodliwości zarzuconego oskarżonemu czynu decydujący wpływ ma zagrożenie ustawowe”, Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. II KK 210/04, Legalis 70498, Zob. także Wyrok SN z dnia 4 października 2002 r., sygn. V KKN 199/01, Legalis 357311; Wyrok SN z dnia 8 marca 2012 r., sygn. SNO 5/12, Legalis 490591, Zob. także R. Zawłocki, Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym, Warszawa 2007 r., s. 198.
- 71 Ustawodawca w obecnie obowiązujący kodeksie karnym przyjął kompleksową teorię mierników społecznej szkodliwości tj. koncepcję mieszaną przedmiotowo- podmiotową w której o „społecznej szkodliwości czynu decydują elementy natury przedmiotowej i podmiotowej”. Zob. Wyrok SN z dnia 8 lipca 2003 r., sygn.. WA 31/03, Legalis 118428.
- 72 Proponowano dokonanie zmiany brzmienia art. 217 § 2 k.k., przez rozszerzenie retorsji pokrzywdzonego o zniewagę sprawcy, Zob. Obywatelski projekt ustawy- Kodeks karny z dnia 22 marca 2006 r., s. 124. (druk nr 430) <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruk/430> (sprawdzone 23.08.2015 r.).
- 73 Zob. M. Mozgawa-Saj, F. Radoniewicz, IV Lubelskie Seminarium Karnistyczne. „Przestępstwa przeciwko czci i netykalności cielesnej, Prokuratura i prawo 5/2013 r., s. 188.
- 74 Art. 60 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.) statuuje, że: „W sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżeniem prywatnego prokurator wszczynają postępowanie albo wstępuje do postępowania już wszczętego, jeżeli wymaga tego interes społeczny”. Zob. także Z. Brodzisz, (w:), D. Gruszecka, I. Hayduk-Hawrylak, W. Jasiński, J. Kosonoga, B. Nita-Światłowska, K. Nowicki, Z. Pachowicz, R. Ponikowski, W. Posnow, J. Skorupka, S. Szołucha, A. Światłowski, D. Świecki, red. J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015 r., s. 219-220.

wykorzystania przepisu art. 216 § 3 k.k. zależy wyłącznie od sądu, który powinien kierować się analizą materiału dowodowego⁷⁵. W ocenie autora jak się wydaje zbyt daleko idącym wydaje się postulat, aby w przypadku prowokacji i retorsji zaprzestać ingerencji prawnokarnej uznając je za uwarunkowanie wyłączające karalność czynu⁷⁶. Przede wszystkim postępowanie prywatnoskargowe osadza się na jego dyspozycyjnym charakterze, a każdą rozprawę poprzedza, zgodnie z art. 489 § 1⁷⁷ k.p.k. posiedzenie pojednawcze, które w razie pojednania, zgodnie z art. 492 § 1⁷⁸ k.p.k. prowadzi do umorzenia postępowania. Wydaje się, że jeżeli postępowanie między stronami dotarło już do etapu wniesienia przez strony wzajemnych aktów oskarżenia lepiej byłoby je rozstrzygnąć pojednaniem lub ugodą. W ocenie autora, łatwiej będzie o takie porozumienie, ponieważ obu stronom a nie tylko jednej będzie grozić sankcja karna.

Konkludując, normy chroniące sferę godności człowieka są bardzo wysoko umiejscowione w hierarchii interesów oraz założeń aksjologicznych leżących u podstaw systemu prawnego. Dlatego przepisy dotyczące znieważenia, znieważenia czy naruszenia nietykalności cielesnej cały czas funkcjonują w ustawodawstwie karnym. Jak już zostało nadmienione przy prowokacji wyzywające zachowanie nie musi być sprzeczne z normami prawa karnego ale musi obejmować pewne przymioty czyniące go obiektywnie prowokującym. Z kolei przy retorsji pokrzywdzony musi aby mogło dojść do wzajemnej kompensacji odpowiedzieć zniewagą lub naruszeniem nietykalności cielesnej. Nieprzerwane stosowanie tych instytucji, począwszy od k.k. z 1932 r., implikuje konieczność dalszego ich bytu w rodzimym ustawodawstwie karnym.

Notice This



-
- 75 M. Mozgawa, Uwagi..., s. 198.
- 76 Tamże, s. 199, Autor wskazał jako przykładową konstrukcję: „Nie podlega karze sprawca czynu określonego w art. 216 § 1 k.k., jeżeli zniewagę wywołało wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego albo pokrzywdzony odpowiedział zniewagą lub naruszeniem nietykalności cielesnej”. Postulat zmiany dotyczy jedynie typu podstawowego z art. 216 § k.k., nie obejmującego typu kwalifikowanego z art. 216 § 2 k.k., penalizującego znieważenie za pomocą środków masowego przekazu.
- 77 „Rozprawę główną poprzedza posiedzenie pojednawcze, które prowadzi sędzia lub referendarz sądowy”.
- 78 „W razie pojednania stron postępowanie umarza się. Postanowienie o umorzeniu postępowania może wydać także referendarz sądowy”.



ABSTRAKT

Kategoria przestępstw przeciwko czci, ma długą tradycję w polskim ustawodawstwie karnym. Mimo pojawiających się prób ich zmiany, bądź wywodzonego przez niektórych z zasady subsydiarności prawa karnego, wyrugowania ich z ustawy karnej i zastąpienia wyłącznie przepisami natury cywilistycznej, funkcjonują one dalej spełniając swoją rolę, chroniąc immanentne dobra przynależne człowiekowi. Celem niniejszego opracowania było przedstawienie, w szczególności na wąskie ramy artykułu, krótkie scharakteryzowanie instytucji prowokacji i retorsji jako normatywnej podstawy ustawowego odstąpienia od wymierzenia kary na przykładzie występkę znieważenia. Za każdym razem, obowiązkiem Sądu jest konieczność zbadania współmierności zachowań sprawców dokonywanych in concreto. Rezultatem dokonanej przez autora inferencji jest konstatacja, że koniecznym wydaje się dalsza egzystencja prowokacji i retorsji w ustawodawstwie karnym, a ewentualnie godnym rozważenia mogą być zmiany poruszone w podsumowaniu przedmiotowego opracowania.



*Jak
wzmacniano*

PRAWO DO OBRONY



SZANSE, WYZWANIA
I ZAGROŻENIA
NOWELIZACJI

Magdalena Krawczyk

apl. adw., ORA w Krakowie, doktorant UJ



Punktem wyjścia dla rozważań powołanej w listopadzie 2009 roku Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości były doświadczenia związane z kilkunastoma latami funkcjonowania Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku. Konsultacje środowiskowe przeprowadzane tak wśród teoretyków, jak i praktyków prawa karnego pozwoliły dekodować liczne wady obowiązującej procedury karnej. Oceniono, iż wobec struktury i natężenia przestępczości, a co za tym idzie, charakteru postępowań prowadzonych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, zmiany okazały się konieczne¹.

Planowana nowelizacja miała na celu zwalczenie głównych słabości polskiego wymiaru sprawiedliwości: przewlekłości postępowań oraz nadmiernej długotrwałości tymczasowego aresztowania. Wśród systemowych wad dostrzeżono również nieprawidłowe rozłożenie ciężaru odpowiedzialności za wynik procesu, fasadowość wielu czynności, czy nie-

Notice This



1 Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny i niektórych innych ustaw – Druk sejmowy nr 870, s. 1.

właściwe realizowanie standardów konstytucyjnych. W tym stanie rzeczy za nieodzowne uznano przemodelowanie procedury karnej w kierunku kontrydiktoryjności, co ma zagwarantować usprawnienie i przyspieszenie postępowania, stwarzając jednocześnie korzystniejsze warunki dla wyjaśnienia prawdy materialnej, przy jednoczesnym egzekwowaniu gwarancji praw uczestników postępowania.



CO Z TĄ KONTRADYKTORYJNOŚCIĄ?

Rezultatem teoretycznych założeń nowelizacji ma być zrównanie stron postępowania i ich większe zaangażowanie w toczony między nim spór. Należy postawić pytanie czy w realiach procesu karnego, gdzie po jednej ze stron zaangażowany jest pierwiastek publiczny, możliwym jest uzyskanie efektywnej kontrydiktoryjności, odznaczającej się tym, że w każdym stadium procesu strony będą dysponowały równorzędnymi narzędziami służącymi ochronie ich interesów², i będą miały możliwość, z pomocą jedynie własnych aktywności, uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Kluczowym z punktu widzenia zrównania pozycji procesowych stron było umożliwienie oskarżonemu skorzystania z pomocy profesjonalisty, to właśnie za przyczyną zmian w zasadach wyznaczania obrońcy dla oskarżonego oraz z uwagi na ewolucję pozycji obrońcy działającego w procesie, dokonana nowelizacja ma doprowadzić do pełnego zrealizowania gwarancji skutecznego prowadzenia obrony³ (art. 6 kpk oraz art. 42 ust. 2 Konstytucji).

Niezachwiana konkurencyjność uprawnień przeciwstawnych sobie stron, która stanowi istotę postępowania kontrydiktoryjnego⁴, wymagała zapewnienia przynajmniej równoważnych instrumentów procesowych, co możliwe było wyłącznie na drodze wzmocnienia prawa do obrony tak formalnej, jak i materialnej. Dla oskarżonego skorzystanie z pomocy pro-

2 Por. M. Wąsek-Wiaderek, The principle of „equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries. A comparative view, Leuven Law Series No. 13, Leuven 2000, s. 17 i nast.

3 Wyr. TK z 17.2.2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, Nr 2, poz. 7; wyr. SN z 9.2.2004 r., V KK 194/03, Prok. i Pr. 2004, Nr 7-8, poz. 11.

4 D. Drajewicz, Kontrydiktoryjność procesu karnego w świetle projektowanych zmian kodyfikacyjnych, Monitor Prawniczy 2012, Nr 18.

Notice This



fesjonalisty jest szansą na pozytywne zakończenie sprawy. Dla samego obrońcy nowa pozycja w procesie jest wyzwaniem. Dla prokuratora, który dotychczas w wielu aspektach posiadał swoisty monopol, aktywna postawa oskarżonego działającego z obrońcą może okazać się zagrożeniem.



OBRONA PRZEDE WSZYSTKIM

W doktrynie i orzecznictwie wyróżnia się tzw. obronę materialną, czyli ogół aktywności podejmowanych w celu obrony przed oskarżeniem (zarzutem), i obronę formalną, rozumianą jako korzystanie z pomocy obrońcy⁵. Komentatorzy podkreślają, iż to ostatnie pojęcie jest swego rodzaju skrótem myślowym, gdyż w istocie nie chodzi tutaj o samą działalność obrońcy (którą należy utożsamiać przecież z działalnością oskarżonego, ergo z obroną materialną), lecz jedynie o sam fakt posiadania obrońcy⁶.

W pierwszej kolejności godzi się odnotować, że nowelizacja z 27 września 2013 roku zmieniła zasady obrony obligatoryjnej. Znowelizowany art. 78 § 1 kpk gwarantuje podejrzanemu możliwość skorzystania z pomocy obrońcy z urzędu, jeżeli w należyty sposób wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla siebie lub rodziny. Przepis art. 79 został rozbudowany i sprecyzowany. Przesłankę nieletniości z § 1 pkt 1 zastąpiono wskazaniem granicy wieku, tj. „nie ukończył 18 lat”. Wskazanie granicy konkretnego wieku obliczanego zgodnie z art. 112 kc ma na celu wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych związanych z pojęciem „nieletniości”. Takie ujęcie przesłanki wieku rodzi jednak zasadniczą niespójność z przepisami prawa materialnego, gdzie przewidziana jest przecież odpowiedzialność karna osoby, która ukończyła 17 lat. Gwarantowana przepisami procedury karnej pomoc podmiotu fachowego uzasadniona jest tutaj brakiem osiągnięcia odpowiedniej dojrzałości dla podjęcia obrony przez osobę, która nie ukończyła lat 18⁷. Tymczasem, w świetle prawa

Notice This



-
- 5 Odmienne: P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 197, 212.
 - 6 T.H. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-467*, Lex 2014, s. 345.
 - 7 R.A. Stefański, *Konstytucyjne prawo do obrony a obrona obligatoryjna w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r.*, [w:] *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty* (praca zbiorowa), Warszawa 2014, s. 20.



materialnego, osiągnięcie tego wieku może świadczyć niejako przeciwko tej samej osobie, uzasadniając jej zdolność do ponoszenia odpowiedzialności karnej.

Treść normatywną dotychczasowego art. 79 § 1 pkt 3 kpk ujęto w dwóch jednostkach redakcyjnych - odpowiednio w § 3 i 4. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona (tempore criminis) oraz zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie sprawy w sposób samodzielny oraz rozsądny (tempore procedendo). Zmiana art. 80 kpk sprawiła, że obrona obligatoryjna w postępowaniu przed sądem okręgowym zachodzi, gdy oskarżonemu zarzucono zbrodnię, obecnie nie występuje zatem przesłanka obrony obligatoryjnej w postępowaniu przed sądem okręgowym w postaci pozbawienia oskarżonego wolności. Wprowadzenie art. 80a kpk wiąże się z umożliwieniem oskarżonemu żądania w postępowaniu sądowym, aby wyznaczono mu obrońcę z urzędu, do udziału w rozprawie głównej (art. 80a § 1 kpk) bądź jedynie do dokonania określonej czynności procesowej w postępowaniu sądowym (art. 80a § 2 kpk).

Obecnie, bez spełnienia jakichkolwiek dodatkowych kryteriów, oskarżony zyskuje dostęp do profesjonalnej obrony w postępowaniu jurysdykcyjnym. Uprawnienie to należy rozważać z dwóch perspektyw: zarówno szansy, jak i zagrożenia. Aktualnie obrońcą w postępowaniu karnym może być bowiem zarówno osoba uprawniona wedle przepisów ustawy o adwokaturze, jak i ustawy o radcach prawnych. W obliczu możliwego lawinowego wzrostu żądań ustanowienia obrońcy z urzędu korzystnym wydawało się być poszerzenie katalogu podmiotów mogących świadczyć fachową pomoc. Jednak w tym kontekście, w pierwszej kolejności wypada podnieść, iż niezbyt fortunnym określeniem projektodawcy było wskazanie, iż „celem projektowanej ustawy jest umożliwienie radcom prawnym występowania w charakterze obrońców w sprawach karnych i karnych skarbowych. W obecnym stanie prawnym obrońcą w postępowaniu karnym lub karnym skarbowym może być jedynie adwokat. Wydaje się, że dla takiego stanu

prawnego aktualnie nie ma już merytorycznego uzasadnienia^{8r}. Umożliwienie bowiem radcom prawnym podejmowania obrony w postępowaniu karnym nie powinno być celem samym w sobie. Powstaje bowiem pytanie o wpływ tej decyzji ustawodawcy na jakość świadczonej obrony. Nie przekonuje argument dotyczący zmiany zakresu szkolenia aplikantów radcowskich oraz zunifikowania egzaminów zawodowych. Oczywistym jest bowiem, iż w roli obrońcy nie będą występowały wyłącznie osoby, które uczestniczyły w zreformowanym szkoleniu. Zasadnicza różnica w świadczeniu obu prawniczych zawodów zaufania publicznego tradycyjnie zasadzała się na odmienności prowadzonych spraw, radcy prawni, posiadający doświadczenie w sprawach z zakresu prawa prywatnego, mogą bowiem nie sprostać doświadczeniu i wiedzy oskarżyciela publicznego. Taka dysproporcja może nieść ze sobą wyłącznie szkodę dla oskarżonego.



CZY ABY NA PEWNO KONTRADYKTORYJNOŚĆ?

Jako że status obrońcy i oskarżyciela w procesie karnym w zasadniczym stopniu uzależniony jest od przyjmowanego w danym systemie prawnym modelu procesu karnego⁹ celem umożliwienia obrońcy kontrydiktoryjnej, tj. również, „walki” z wyposażonym w przywilej przymusu państwowego oskarżycielem publicznym niezbędnym było ułatwienie obrońcy dostępu do akt sprawy. Rewolucja dotyczy przede wszystkim dostępu obrońcy do akt prokuratorskich we wstępnej fazie postępowania przygotowawczego¹⁰, uprawnieniem i obowiązkiem jest obecnie bieżące i nieustępliwe żądanie od prokuratora udostępnienia materiału w jak najszerszym zakresie. Wykorzystanie zdobytej w ten sposób wiedzy ma przysłużyć się obraniu właściwej taktyki obrończej i pozwolić na zebranie odpowiednich

Notice This



-
- 8 Druk sejmowy nr 870, s. 153.
- 9 P. Kardas, Obrońca i oskarżyciel w procesie karnym – granice kontrydiktoryjności a możliwość współpracy, [w:] J. Giezek (red.), Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych. Materiały z III Konferencji Naukowej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Okręgowej Rady Adwokackiej we Wrocławiu w dniu 3 grudnia 2010, Warszawa 2011 s. 29.
- 10 Stan obowiązujący przed nowelizacją był dobitnym przykładem niedomagania podstawowych gwarancji procesowych, nie zmieniło tego nawet dodanie swego czasu § 5a do art. 156 kpk, gdyż akta i tak w większości przypadków nie były udostępniane obrońcy i to nawet w części zawierającej dowody wskazane we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, por. wyr. TK z 3.6.2008 r., K 42/07, OTK-A 2008, Nr 5, poz. 77.



„dowodów prywatnych”, tak, aby wypracować jak najlepszy punkt wyjścia na kolejny etap postępowania sądowego. Całe instrumentarium związane z możliwością poszukiwania, przeprowadzania, gromadzenia i utrwalania dowodów, daje szansę już nie tylko na kontrolę działań prokuratora, ale na przeciwstawienie jego ustaleniom własnej wersji wydarzeń, która będzie weryfikowana i oceniana przez (zasadniczo bierny w postępowaniu dowodowym) sąd.

Również przy tej okazji celowym jest zwrócenie uwagi na drugoplanowe konsekwencje dokonanej zmiany. Można zaryzykować stwierdzenie, że jakoś materiałów wprowadzanych do postępowania wskutek aktywności podejmowanej w celu obrony będzie zależna od statusu majątkowego oskarżonego. Taki wniosek jest szczególnie uzasadniony w przypadku tzw. „opinii prywatnej”¹¹. Ujawniona dysproporcja w jakości dowodów może (a nie powinna) wpływać na wynik postępowania. W literaturze podnosi się, iż może to stanowić ograniczenie prawa do obrony stron o niższym statusie materialnym, które nie mogą sobie pozwolić na sfinansowanie takiego środka dowodowego. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że zmiana modelu postępowania nie wiąże się z pozbawieniem stron możliwości składania wniosków dowodowych o powołanie biegłego z urzędu. Wprowadzenie modelu walki stron o korzystne dla nich rozstrzygnięcie nie oznacza, iż wyłącznym orężem staną się tak zwane dowody prywatne.

Efektywne realizowanie prawa do obrony ma sprawić, że możliwym będzie aby zadania obrońcy i oskarżyciela były komplementarne¹². Współdziałanie tych dwóch podmiotów może sprzyjać nie tylko efektywniejszemu zakończeniu sporu z korzyścią dla oskarżonego, ale także pozytywnie wpłynąć na wizerunek wymiaru sprawiedliwości. W tym kontekście zaobserwować można, że rola obrońcy ulega zmianie: realizując prawo oskarżonego do obrony i stojąc na straży przestrzegania jego praw i gwarancji procesowych, dąży również do spełnienia podstawowych celów postę-

Notice This



-
- 11 J. Zagrodnik, Problematyka prywatnego gromadzenia dowodów w procesie karnym, [w:] *Dowody w procesie karnym. Nowe rozwiązania i niewykorzystane możliwości*, Katowice 2005, s. 67
 - 12 P. Kardas, Etyczne i proceduralne determinanty pełnienia funkcji sędziego, obrońcy i oskarżyciela w kontradiktoryjnym procesie karnym, *Palestra* 2014, Nr 3–4, s. 50–51.

powania, określonych w art. 2 § 1 kpk oraz ustalenia prawdy materialnej, a także przestrzegania zasad „rzetelnego procesu”¹³.



PODSUMOWANIE

W obliczu powyższych uwag dostrzec należy, iż poprzez realizację fundamentalnego prawa oskarżonego, czyli prawa do obrony, które przejawia się m.in. w kontroli działania organów procesowych i czuwaniu nad prawidłowym wykonywaniem przez nie prawa - ujawnia się funkcja publiczna obrońcy. Proces został przemodelowany w ten sposób, aby również w interesie oskarżonego, działającego z pomocą fachowego obrońcy, a nie jak dotychczas - wyłącznie sądu i prokuratora - było zapewnienie aby proces przebiegał rzetelnie, a rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie. Opisanie instrumenty mają na celu przysłużyć się realizacji sprawiedliwości proceduralnej rozumianej jako szansa uzyskania sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Aby standardy prawne rzeczywiście służyły wartościom, którym powinny, niezbędnym jawi się podjęcie wyzwania korzystania ze wszystkich nowych uprawnień, z których znakomita większość stanowi absolutne novum w specyfice pracy obrońcy. W tym stanie rzeczy największym zagrożeniem wydaje się być jedynie procesowa bierność.



ABSTRAKT

Artykuł omawia zmiany w ujęciu prawa do obrony, jakie niesie ze sobą nowelizacja procedury karnej. W tekście przedstawiane są zarówno konstrukcyjne modyfikacje w zakresie obrony formalnej, jak również kontekst dokonanych zmian. Rozważane zostaje pytanie o wpływ decyzji ustawodawcy dotyczącej przedstawicieli ponad 47-tysięcznej grupy radców prawnych na jakość świadczonej obrony. Wskazuje się argumenty przemawiające za brakiem możliwości wprowadzenia kontradiktoryjnego procesu, w pełnym znaczeniu tego słowa. Na koniec, przanalizowane zostały wybrane aspekty związane z koniecznością podejmowania przez obrońcę aktywności mających na celu zaplanowanie i zrealizowanie skutecznej strategii procesowej.

Notice This



13 Ibidem, s. 51.



Izabela Urbaniak-Mastalerz

apl. adw., ORA w Częstochowie, doktorant UwB



Wejście w życie Traktatu z Lizbony¹ wprowadziło możliwość ustanowienia norm minimalnych, dotyczących praw jednostek w postępowaniu karnym². Przynikiem do dyskusji nad możliwym sposobem większego zaangażowania Unii Europejskiej w tym zakresie była chęć pogłębienia wzajemnego zaufania państw członkowskich oraz potrzeba uskutecznienia wzajemnej współpracy w sprawach karnych w organach wymiaru sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wkrótce okazało się także, iż ochrona praw podejrzanych i oskarżonych stanowi podstawową wartość Unii³. Pierwotnie, prawo dostępu do adwokata zostało wskazane w art. 6 ust. 3 lit. C Konwencji o ochronie praw człowieka, a standard ochrony wyznaczały orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁴.

Celem Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w

Notice This



- 1 Dz.U. UE z 30.3.2010 r., C 83/1.
- 2 A. Klamczyńska, T. Ostrowski, Prawo do adwokata w Dyrektywie 2013/48/UE – tło europejskie i implikacje dla polskiego ustawodawcy, Białostockie Studia Prawnicze nr 15, Białystok 2014, s. 145.
- 3 Tamże, s. 146.
- 4 J. Barcik, T. Srogosz, Prawo dostępu do adwokata w Polsce w świetle Dyrektywy 2013/48/UE, Palestra nr 7-8/2015, s. 244 i powołane tam orzecznictwo ETPCz.

sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności⁵ (dalej: dyrektywa) było utworzenie unijnego standardu korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej.

Na pojęcie „pomocy prawnej” składa się prawo dostępu do adwokata oraz efektywna obrona formalna, będąca skutecznym działaniem na korzyść oskarżonego⁶. Zasada ta, od której nie ma wyjątków znajduje także swoje odzwierciedlenie w prawie polskim, art. 86 kodeksu postępowania karnego⁷ (dalej: k.p.k.). Udział obrońcy w postępowaniu, na mocy k.p.k. nie ogranicza w żaden sposób samodzielnego działania oskarżonego w procesie⁸. Z kolei działania obrońcy ulegają zobiektywizowaniu, z racji tego, że to obrońca podejmuje decyzje, z uwzględnieniem woli oskarżonego⁹.

W świetle dyrektywy adwokatem jest każda osoba, która na mocy prawa krajowego posiada odpowiednie kwalifikacje oraz uprawnienia. Uprawnienia te mogą także być uzyskane w drodze uznania przez organ uprawniony do udzielania porad prawnych i pomocy prawnej podejrzany oraz oskarżonym. W państwach demokratycznych wymiar sprawiedliwości ma służyć społeczeństwu, a skuteczna troska o interesy społeczeństwa musi być wyposażona w niezbędne do ochrony instrumenty prawne¹⁰. Prawo obrony i korzystania z obrońcy uregulowane jest także w art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹¹ oraz w art. 6 k.p.k. Korzystanie z porad adwokata oraz ustanowienie obrońcy przez podejrzanych stanowi obronę formalną, która w odróżnieniu od

Notice This

-
- 5 Dz.U.UE L z dnia 6 listopada 2013 r.
 - 6 C. Kulesza, Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawno-porównawczej, Zakamycze 2005, s. 43.
 - 7 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 Nr 89, poz. 555 ze zm.).
 - 8 post. SN z 16 listopada 2011 r., III KZ 74/11, OSNwSK 2011, poz. 2136, wyr. SN z 28 sierpnia 2002 r., II KKN 368/00, Prok. i Pr.-wkl. 2003, nr 1, poz. 12, LexisNexis nr 359729, J. Gurgala, Glosa do wyroku SN z 28 sierpnia 2002 r., II KKN 368/00, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 115-119.
 - 9 P. Kruszyński, Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1991, s. 38-50.
 - 10 P. Hofmański, Ochrona praw człowieka, Białystok 1994, s. 19.
 - 11 Dz.U. 1997 Nr 78, poz.483.



osobistej możliwa jest jeszcze przed przedstawieniem im zarzutów, jako obrona materialna¹². Efektywny udział obrońcy w procesie karnym realizowany jest wedle zasady *primum non nocere*, którą stosuje się w praktyce medycznej¹³. Poprzez istnienie obowiązku działania obrońcy jedynie na korzyść oskarżonego utrwalilo się w doktrynie przekonanie, iż obrońca jest swoistym pomocnikiem procesowym oskarżonego. Dlatego też podczas postępowania karnego obrońca ma za zadanie pomóc oskarżonemu w realizacji jego prawa do obrony¹⁴.

Nowelizacja k.p.k. z 2013 r.¹⁵ z jednej strony rozszerzyła krąg osób, które mogą występować w roli obrońcy podejrzanego lub oskarżonego (nowy art. 82 k.p.k. stanowi, że obrońcą może być adwokat lub radca prawny), z drugiej jednak strony rozszerzyła możliwość domagania się dla oskarżonego, wyznaczenia mu obrońcy w postępowaniu sądowym (nowy art. 80a k.p.k.).

Wstęp do dyrektywy zawiera łącznie 59 ustępów, zawierających motywy jej utworzenia. Zaś przepisy dyrektywy zawierają łącznie 16 artykułów. Celem unijnym, wskazanym w ust. 2 wstępu do dyrektywy, jest rozwój przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Zasada wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń wynikająca z art. 82 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁶ (dalej: TfUE), ma swoje odzwierciedlenie także w ust. 3 wstępu do dyrektywy. Z założenia Unii wynika natomiast wzajemne zaufanie państw członkowskich do swoich systemów sprawiedliwości w sprawach karnych (ust. 4 wstępu do dyrektywy). Możliwość ustanowienia norm minimalnych, które mają zastosowanie w państwach członkowskich w celu współpracy w zakresie uznawania orzeczeń, współ-

Notice This



-
- 12 T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1998 r., s. 292.
 - 13 C. Kulesza, *Efektywna obrona w postępowaniu przygotowawczym a favor procuratori*, *Pr.* 2007 r., Nr 7-8, s. 7.
 - 14 P. Kruszyński [w:] *Wykład prawa karego procesowego*, B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, P. Kruszyński (red.), Wyd. Temida 2, Białystok 2012 r., s. 199.
 - 15 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247).
 - 16 *Dz. Urz.* C 83 z 2010 r., s.47.

pracy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych ma swoje odzwierciedlenie w art. 82 ust. 2 TfUE.

Jak wynika z ust. 1 dyrektywy – jej celem było stworzenie wspólnych dla wszystkich członków Unii Europejskiej, norm minimalnych w zakresie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym. Natomiast zakres stosowania dyrektywy obejmuje:

- podejrzanych lub oskarżonych od chwili poinformowania ich przez właściwe organy, na mocy oficjalnego powiadomienia lub w inny sposób, niezależnie od tego, czy zostali pozbawieni wolności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy, a także

- osoby objęte postępowaniem dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania od chwili ich zatrzymania w państwie członkowskim, które wykonują nakaz, oraz

- osoby inne niż podejrzani lub oskarżeni, które w toku przesłuchania przez Policję lub inny organ ścigania stają się podejrzаныmi lub oskarżonymi. Niezależnie od etapu postępowania karnego zakres stosowania obejmuje podejrzanych lub oskarżonych pozbawionych wolności.

Zważywszy na motywy dyrektywy, jakie wynikają z jej uzasadnienia, należy założyć następującą tezę: proces europeizacji prawa karnego i wprowadzenie dyrektywy w zakresie prawa do adwokata tworzy poszerzony unijny standard korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej. Aby jednak potwierdzić założoną tezę, trzeba dokonać odpowiedzi na pytanie, czy dyrektywa spełnia swoje zamierzone cele. Punktem wyjścia do dokonania oceny będzie sprawozdawcze przedstawienie opisu poszczególnych postanowień dyrektywy.



ZASADY WYKONYWANIA DOSTĘPU DO ADWOKATA ORAZ OGRANICZENIA PRAWA

1. OGRANICZENIE ZAKRESU DYREKTYWY

Jak stanowi art. 2 ust. 4 dyrektywy - możliwe jest ograniczenie zakresu dyrektywy w przypadku drobnych przestępstw. Oznacza to, iż w stosunku do drobnych przestępstw przywołana dyrektywa ma zastosowanie jedynie do postępowania przed sądem właściwym oraz w ściśle określonych przypadkach. Do takich przypadków należą sytuacje, kiedy prawo państwa członkowskiego przewiduje nakładanie kar przez inny organ, aniżeli sąd właściwy w sprawach karnych, jeżeli nałożenie kary może być przedmiotem odwołania lub przekazania do sądu. Do takich przypadków należą popełniane na szeroką skalę wykroczenia drogowe (ust. 16 wstępu do dyrektywy) oraz przypadki spraw o wykroczenie, za które nie grozi kara pozbawienia wolności. Dyrektywa ma jednak zastosowanie do postępowania przed sądem, wynikającego z odwołania, albo przekazania sprawy. W art. 2 ust. 4 przywołanej dyrektywy znajduje się także określenie „bez uszczerbku dla prawa do rzetelnego procesu”, co zapewne ma podkreślić słuszność intencji dyrektywy oraz jej cel. W świetle dyrektywy - przestępstw nie stanowią drobne przestępstwa popełnione w zakładach karnych oraz przestępstwa, popełnione w odniesieniu do służby wojskowej, którymi zajmuje się dowódca, zgodnie z ust. 13 wstępu do dyrektywy.

W zakresie polskich regulacji, w przypadku spraw o wykroczenie, art. 4 k.p.w., dotyczący prawa obwinionego do obrony, wyrokiem z dnia 3 czerwca 2014 r.¹⁷ został uznany przez Trybunał Konstytucyjny za częściowo niezgodny z art. 2 i art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Art. 4 k.p.w. na podstawie powołanego orzeczenia TK, utracił moc w zakresie, w jakim pomija prawo osoby, wobec której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej wniosku o ukaranie, do korzystania z obrońcy na etapie czynności wyjaśniających. Orzeczenie TK z dnia 3 czerwca 2014 r. spowodowało umożliwienie na gruncie k.p.w. stosowa-

¹⁷ Dz.U. z 2014 r. poz. 786.

Notice This



nia prawa do obrony w sprawach o wykroczenie, także na etapie postępowania wyjaśniającego.

2. WYKONYWANIE PRAWA DOSTĘPU DO ADWOKATA

Zasady wykonywania prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym zawarte są w art. 3 dyrektywy. Ust. 1 tegoż artykułu określa sposób wykonywania prawa dostępu do adwokata w ten sposób, aby podejrzani i oskarżeni mieli możliwość skorzystania z ich prawa w odpowiednim terminie. Dyrektywa wskazuje także na taki sposób, aby umożliwić podejrzanemu oraz oskarżonemu rzeczywiste i skuteczne wykonywanie prawa do obrony. W ustępie 2 przywołanego art. 3 istnieje określenie wykonywania prawa dostępu do adwokata w taki sposób, aby realizowane ono było bez zbędnej zwłoki, co z kolei oznacza od najwcześniejszego terminu. Jako termin najwcześniejszy może być uznany termin przed przesłuchaniem podejrzanego albo oskarżonego przez policję lub inny organ ścigania, bądź sądowy. Drugim, wskazanym terminem jest moment prowadzenia przez odpowiedni organ czynności dochodzeniowych. Trzecim terminem jest oznaczona chwila - niezwłocznie po pozbawieniu wolności. Do ostatniego terminu należy zaś moment, zanim podejrzani lub oskarżeni zostali wezwani do stawiennictwa przed właściwym sądem. Zachowana kolejność nie jest przypadkowa. Dyrektywa zakłada, bowiem, aby podejrzani oraz oskarżeni mieli zapewniony dostęp do adwokata, począwszy od najwcześniejszego spośród wymienionych wyżej terminów.

Zważywszy jednak na polskie regulacje, art. 301 k.p.k. umożliwia - na żądanie podejrzanego - przesłuchanie go z udziałem ustanowionego obrońcy, a przepis ten ma także zastosowanie do osoby podejrzananej, o której mowa w art. 325 g k.p.k. Polskie regulacje wydają się o tyle skuteczniejsze, że dyrektywa przewiduje odstępstwa od udziału adwokata w określonych przypadkach.



3. SKUTKI ZASTOSOWANIA PRAWA DO ADWOKATA

Skutki prawa dostępu do adwokata zostały wymienione w art. 3 ust. 3 dyrektywy. Do zamierzonych skutków stosowania prawa dostępu do adwokata należy zapewnienie przez państwa członkowskie, aby podejrzani oraz oskarżeni mieli możliwość spotkania się na osobności i porozumiewania się z reprezentującym ich adwokatem, także przed przesłuchaniem przez policję lub inny organ. Państwa członkowskie zapewniają, aby podejrzani i oskarżeni mieli prawo do obecności adwokata i jego skutecznego udziału w czasie ich przesłuchiwań, z wykorzystaniem procedury protokołowania. Taki udział adwokata jednak nie może być sprzeczny z procedurami prawa krajowego. Art. 3 ust. 4 dyrektywy zakłada udostępnianie informacji ogólnych, ułatwiających podejrzanym lub oskarżonym uzyskanie dostępu do adwokata. Niezależnie od przepisów prawa krajowego, które dotyczą obowiązkowej obecności adwokata, zostają wprowadzone przez państwa członkowie niezbędne rozwiązania, mające na celu zapewnienie podejrzanym lub oskarżonym, pozbawionym wolności możliwość skutecznego skorzystania z prawa dostępu do adwokata, chyba, że zrzekli się oni z tego prawa.

Tymczasem w polskich regulacjach nie ma instytucji zrzeczenia się z prawa dostępu do adwokata. Inną kwestią jest – nieskorzystanie z prawa, które przysługuje, a zrzeczenie się praw. Instytucja zrzeczenia się prawa do adwokata może powodować liczne nadużycia prawa.

4. ODSTĘPSTWA OD PRAWA DO ADWOKATA

W art. 3 ust. 5 dyrektywa opisuje odstępstwo od prawa dostępu do adwokata. Odstępstwa te noszą miano „wyjątkowych okoliczności”. Dyrektywa wskazuje także na konkretny przedział czasowy możliwych odstępstw od zastosowania prawa do adwokata, a mianowicie etap postępowania przygotowawczego państwa członkowskiego. Zastosowanie takiego odstępstwa możliwe jest w przypadku oddalenia geograficznego podejrzanego lub oskarżonego, uniemożliwiającego zapewnienie prawa dostępu do adwokata bez zbędnej zwłoki po pozbawieniu go wolności. Wyjątkowe okoliczności, na etapie postępowania przygotowawczego, mogą stosować

państwa członkowskie jako odstępstwa od stosowania prawa do adwokata (art. 3 ust. 6). Okoliczności te mogą mieć zastosowanie do odstępstwa od prawa do udziału adwokata w zakresie, w jakim jest to uzasadnione, zważywszy na konkretne okoliczności sprawy. Do uzasadnionych okoliczności sprawy należy możliwa sytuacja w przypadku pilnej potrzeby zapobieżenia poważnym, negatywnym konsekwencjom dla życia, wolności lub nietykalności cielesnej jakiejś osoby, albo konieczność podjęcia przez organy ścigania natychmiastowego działania w celu niedopuszczenia do narażenia postępowania karnego na znaczący uszczerbek.

Polskie regulacje nie zawierają możliwych odstępstw od prawa do adwokata, a pozbawienie oskarżonego obrońcy w określonych przypadkach (art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k.) albo brak udziału obrońcy, w czynnościach, kiedy jego udział był obowiązkowy skutkuje bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 § 1 pkt. 10 k.p.k.

5. ZASADA POUFNOŚCI

Zasada poufności wynika z art. 4 dyrektywy. Na jej mocy państwa członkowskie respektują zasadę poufności porozumienia się pomiędzy podejrzanym lub oskarżonym, a ich adwokatem przy korzystaniu z dostępu do adwokata. Porozumienia się adwokata z podejrzanym lub oskarżonym obejmują spotkania, korespondencję, rozmowy telefoniczne, inne formy porozumiewania się dozwolone na mocy prawa krajowego. Zważyć należy, iż element zaufania jest warunkiem koniecznym pomiędzy podejrzanym lub oskarżonym, a obrońcą. Gwarancja zaufania dotyczy także zachowanie w tajemnicy powierzonych adwokatowi informacji. Wiedza powzięta przez adwokata, która dotyczy prawdziwego przebiegu zdarzenia przestępnego nie może wpływać na jakość stosunku obrończego¹⁸.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, że omawiana dyrektywa dopuszcza możliwości ograniczenia zasady poufności kontaktów, co z kolei oznacza, iż zasada ta nie ma charakteru abso-

Notice This



18 C. Kulesza, Prawo do obrony formalnej a zasada prawdy obiektywnej [w:] Zasada prawdy materialnej, Warszawa 2006 r., s. 76.



lutnego¹⁹. Czasowe odstępstwa od stosowania prawa odnoszą się także do spotkań podejrzanego lub oskarżonego z adwokatem.

Podobny wymiar zasady poufności kontaktów z adwokatem realizowany jest na gruncie k.p.k., gdzie w świetle art. 73 § 3 i 4 – prokurator, zważając na dobro postępowania przygotowawczego, w szczególnie uzasadnionych przypadkach może zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą na okres do 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 10 grudnia 2012 r. w sprawie K 25/11 uznał, że art. 73 § 3 k.p.k. jest niezgodny z Konstytucją z powodu braku wskazania przesłanek, uprawniających prokuratora do zastrzeżenia kontroli korespondencji²⁰.

6. ZASADA POINFORMOWANIA OSOBY TRZECIEJ O POZBAWIENIU WOLNOŚCI PODEJRZANEGO LUB OSKARŻONEGO

Art. 5 dyrektywy dotyczy prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności. Zgodnie z ust. 1 państwa członkowskie zapewniają, aby pozbawieni wolności podejrzeni oraz oskarżeni mieli prawo, by na ich życzenie, choćby jedna osoba wskazana przez nich została niezwłocznie powiadomiona o pozbawieniu ich wolności. Osobą taką może być pracodawca lub krewny. Ust. 2 opisuje sytuację, w której podejrzanym lub oskarżonym jest dzieckiem, czyli osobą, niemającą ukończonych osiemnastu lat. W takiej sytuacji państwa członkowskie zapewniają, aby osoba, posiadająca władzę rodzicielską nad nieletnim została jak najszybciej poinformowana o pozbawieniu jej wolności oraz także o powodach pozbawienia wolności, chyba, że byłoby to sprzeczne z celem najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka. W takiej sytuacji powiadomiona zostaje inne odpowiednia osoba dorosła. W ust. 3 art. 5 dyrektywy istnieje zapis, umożliwiający przez państwa członkowskie na zastosowanie czasowych odstępstw od stosowania praw. Odstępstwa te jednak muszą być

Notice This



19 opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w sprawie implementacji dyrektywy 2013/48/UE na stronie:

<http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opiniekomisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/>.

20 Dz.U. z 2012 r. poz. 1426.

uwzględniane, mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy i jedynie z istotnych, wymienionych powodów. Takim powodem jest pilna potrzeba zapobieżenia poważnym negatywnym konsekwencjom dla życia, wolności lub nietykalności cielesnej jakiejś osoby, a także pilna potrzeba zapobieżeniu sytuacji, w której to postępowanie karne mogłoby zostać narażone na znaczący uszczerbek. Ust. 4 dyrektywy stanowi zaś, że w przypadku stosowania przez państwa członkowskie odstępstw od stosowania praw z ust. 2, istnieje zapewnienie, aby organ odpowiadający za ochronę dzieci i dbanie o ich dobro w przypadku pozbawienia dziecka wolności został niezwłocznie o tym poinformowany.

Tymczasem na gruncie art. 245 § 2 w zw. z art. 261 § 1 k.p.k. zawiadomienie osoby najbliższej o zatrzymaniu następuje na żądanie zatrzymanego. Co oznacza, że w odniesieniu do zatrzymanych w wieku od 17 do 18 lat, przepis powinien przewidywać obowiązek zawiadomienia z urzędu przedstawiciela ustawowego zatrzymanego. Obowiązkowe zawiadomienie rodziców o zatrzymaniu nieletniego przewiduje jedynie przepis art. 32g § 5 u.p.n., który ma zastosowanie także w przypadku, gdy postępowanie wobec nieletniego toczy się zgodnie z przepisami k.p.k. (art. 18 § 2 pkt 1 lit. d) u.p.n.), jednak nie w sytuacji, gdy zatrzymany ma ukończone 17 lat, ale jeszcze nie ukończył 18 roku życia²¹.

7. ZASADA PRAWA DO POROZUMIEWANIA SIĘ Z OSOBAMI TRZECIMI ORAZ ORGANAMI KONSULARNYMI

Prawo do porozumiewania się z osobami trzecimi w czasie pozbawienia wolności zawarte jest w art. 6 dyrektywy. Z ust. 1 tego artykułu wynika zapewnienie przez państwa członkowskie, aby pozbawieni wolności podejrzani lub oskarżeni, mieli prawo porozumiewania się, bez zbędnej zwłoki, z co najmniej jedną wyznaczoną przez siebie osobą trzecią. Osobą taką może być choćby krewny. Ust. 2 zawiera zaś kolejną możliwość ogranicze-

Notice This



21 opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w sprawie implementacji dyrektywy 2013/48/UE na stronie:
<http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjnej/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/>, s. 12.



nia lub odroczenia wykonywania prawa z ust. 1 z uwagi na nadrzędny interes lub proporcjonalne wymogi operacyjne.

Art. 7 dyrektywy zawiera natomiast uregulowanie dotyczące prawa do porozumiewania się z organami konsularnymi. Dlatego też ust. 1 tegoż art. zawiera zapewnienie przez państwa członkowskie, aby podejrzani lub oskarżeni nie są ich obywatelami, a zostali także pozbawieni wolności mieli prawo, aby ich organy konsularne państwa, którego to są obywatelami bez zbędnej zwłoki zostały powiadomione o pozbawieniu ich wolności. Prawo to zawiera także możliwość porozumiewania się z tymi organami, jeżeli podejrzani lub oskarżeni sobie tego życzą. Ust. 2 przywołanego art. 7 zawiera także prawo do odwiedzin ze strony swoich organów konsularnych, prawo do rozmowy i korespondencji oraz uprawnienie do tego, aby organy konsularne zajęły się organizacją ich zastępstwa procesowego, jeżeli organy te wyrażają na to zgodę, a podejrzani lub oskarżeni mają takie życzenie. W ust. 3 zawarta jest informacja, iż wykonywanie wymienionych powyżej praw może podlegać procedurom krajowym, jeżeli takie przepisy i postępowanie umożliwi pełną realizację celów dla tych praw przewidzianych.

Prawo do pomocy konsularnej istnieje na mocy art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963 r.²². Uprawnienie to jednak dotyczy przyznania prawa do pomocy konsularnej państwom, dyrektywa zaś wskazuje na obywateli państw²³.

8. WARUNKI OGÓLNE STOSOWANIA CZASOWYCH ODSTĘPSTW W PRAWIE DOSTĘPU DO ADWOKATA

Ogólne warunki stosowania czasowych odstępstw w prawie dostępu do adwokata zawarte są w art. 8 dyrektywy. Ust. 1 tegoż artykułu opisuje warunki stosowania odstępstw czasowych. Wymóg ten dotyczy proporcjonalności i niemożności wykraczania poza to, co jest konieczne. Ponadto warunki te muszą być ściśle ograniczone w czasie, nie mogą się opierać

22 Dz. U 1982, nr 13, poz. 98 z zał.

23 A. Gajda, Umocnienie praw jednostki w postępowaniu karnym a dyrektywa w sprawie dostępu do adwokata, *Kwartalnik KES* nr 1 (13)/2013, s.15.

Notice This



wyłącznie na rodzaju lub wadze zarzuczonego przestępstwa oraz nie mogą naruszać ogólnej rzetelności postępowania. Na czasowe odstępstwa można zezwolić jedynie w drodze należyście uzasadnionej decyzji, podjętej w trybie indywidualnym przez organ sądowy lub podlegający kontroli sądowej, wykorzystując procedurę protokołowania, zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego. Na czasowe odstępstwa, na mocy art. 5 ust. 3 można zezwolić jedynie w trybie indywidualnym organu sądowego, albo innego właściwego organu, jeżeli takową decyzję można skontrolować sądownie.

W prawie polskim, na mocy k.p.k. nie ma możliwości odstępstwa od udziału obrońcy w przypadku obrony obowiązkowej. Przesłanki obowiązkowego udziału obrońcy w postępowaniu karnym zawarte są w art. 79 k.p.k. Przepis ten wymienia sytuacje, kiedy zarówno oskarżony w trakcie postępowania karnego, jak i podejrzany w postępowaniu przygotowawczym muszą mieć obrońcę. Obowiązkowość udziału obrońcy w postępowaniu karnym ma miejsce wówczas, kiedy oskarżony jest nieletni, głuchy, niemy, niewidomy lub, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, co do jego poczytalności. Głuchota oskarżonego nie musi mieć charakteru całkowitego. Za niemego uważa się osobę, dotkniętą postaciami afazji, powodującą niemożność czytania, mimo że czynności wzroku nie budzą zastrzeżeń. Przez niewidomego rozumie się osobę, której wzrok nie ma zdolności osobistego odczytania dokumentów, gromadzonych w toku postępowania²⁴. Prawo polskie, w nowym art. 80 k.p.k. zawiera przesłanki obrony obowiązkowej w postępowaniu przed sądem okręgowym, jako sądem pierwszej instancji, jeśli zarzucono mu zbrodnie.

9. MOŻLIWOŚĆ ZRZECZENIA SIĘ PRAWA DOSTĘPU DO ADWOKATA

Zrzeczenie się prawa do adwokata opisane jest w art. 9 dyrektywy. Ust. 1 tego artykułu podkreśla brak uszczerbku dla prawa krajowego, które nakłada wymóg obowiązkowej obecności, albo pomocy prawnej adwokata. Państwa członkowskie zapewniają, aby zrzeczenie się prawa dostępu do

24 J. Satko, A. Seremet, Przesłanki obowiązkowej obrony głuchego, niemego lub niewidomego – art. 70 § 1 pkt 1 k.p.k., Pal. 1995, nr 9-10, s. 38-40.





adwokata udzielone zostało podejrzanemu lub oskarżonemu ustnie lub pisemnie - na jednakowych zasadach w odniesieniu do każdego oraz na podstawie jasnych i wystarczających informacji w prostym i zrozumiałym dla niego języku. Jak wynika z dyrektywy - ważne jest także poinformowanie potencjalnego podejrzanego lub oskarżonego na temat możliwych konsekwencji zrzeczenia się prawa. Konieczne jest również spełnienie warunku, aby zrzeczenie się prawa do adwokata było dokonywane w sposób dobrowolny i jednoznaczny. W ust. 2 zawarte jest zapewnienie, aby dokonywane zrzeczenie się praw, zarówno ustne, jak i pisemne nastąpiło przy pomocy odnotowywania, wykorzystując procedurę protokołowania, zgodnie z prawem państwa członkowskiego. Z kolei ust. 3 zawiera zapewnienie przez państwa członkowskie, aby umożliwić podejrzanym lub oskarżonym odwołanie zrzeczenia się prawa dostępu do adwokata na każdym etapie postępowania karnego. Zapewnienie dyrektywy dotyczy także konieczności poinformowania ich o takiej możliwości. Odwołanie zrzeczenia się staje się wówczas skuteczne z chwilą dokonania.

Regulacji w zakresie umożliwienia podejrzanym lub oskarżonym zrzeczenia się prawa dostępu do adwokata nie ma w polskim prawie.

10. STOSOWANIE PRAWA DOSTĘPU DO ADWOKATA W TOKU PROCEDURY ENA

Art. 10 dyrektywy reguluje prawo dostępu do adwokata w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania. Uprawnienie osoby, podlegającej nakazowi do ustanowienia adwokata w państwie członkowskim, który wydaje nakaz pozostaje bez uszczerbku dla terminów z decyzji ramowej 2002/584/WSiSW oraz dla obowiązku organu sądowego, który wykonuje nakaz decyzji o wydaniu osoby. W takiej sytuacji powinny zostać uwzględnione terminy i warunki określone w przywołanej decyzji ramowej.

Zważyć należy, że aktualnie obowiązujące przepisy prawa realizują prawo dostępu do adwokata w toku procedury ENA.

11. POMOC PRAWNA Z URZĘDU I ŚRODKI NAPRAWCZE

Pomoc prawna z urzędu uregulowana jest w art. 11 dyrektywy. W tym przepisie wskazuje się na brak uszczerbku dla prawa krajowego, który dotyczy pomocy prawnej z urzędu i stosowany jest na mocy Karty oraz EKPCz. Dyrektywa przewiduje także w art. 12 środki naprawcze. Podejrzani oraz oskarżeni w postępowaniu karnym oraz także osoby podlegające nakazowi w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, mają zapewniony skuteczny środek naprawczy w razie naruszenia ich praw przewidzianych w dyrektywie. Nadto także w tym przepisie, państwa członkowskie zapewniają, aby w postępowaniu karnym przy ocenie wyjaśnień, jakie składają podejrzani lub oskarżeni oraz przy ocenie dowodów, jakie zostały uzyskane z naruszeniem ich prawa dostępu do adwokata, było należycie przestrzegane prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do obrony.

Regulacja środków naprawczych ma zastosowanie jedynie do omawianej dyrektywy, bowiem tylko w razie naruszenia praw, wynikających z dyrektywy, podejrzani lub oskarżeni mają zapewniony skuteczny środek naprawczy.

12. SZCZEGÓLNE TRAKTOWANIE I NIEOBNIŻANIE POZIOMU OCHRONY

Zgodnie z art. 13 dyrektywy - podejrzani oraz oskarżeni są osobami wymagającymi szczególnego traktowania, dlatego też powinno się uwzględnić ich odrębne potrzeby.

Stosowanie dyrektywy na tle prawa krajowego dotyczy nieobniżania poziomu ochrony prawa dostępu do adwokata z art. 14 dyrektywy. Przepis ten zawiera informację, iż żaden z przepisów dyrektywy nie może być rozumiany jako ograniczający, albo umniejszający prawa i gwarancji procesowych, zapewnionych na mocy prawa krajowego, Karty, EKPCz lub innych przepisów prawa międzynarodowego zapewniającego wyższy poziom ochrony.

Mimo zapisu dyrektywy, iż żaden z jej przepisów nie może być rozumiany jako ograniczający lub umniejszający gwarancje procesowe, wydaje się, że



stosowanie polskich regulacji wydaje się być korzystniejsze od propozycji, wynikających z dyrektywy. A to głównie, z uwagi na opisane wcześniej możliwości zrzeczenia się praw i odstępstwa od prawa, które wynikają z dyrektywy.



WNIOSKI KOŃCOWE

Trudno się zgodzić ze stanowiskami, występującymi w literaturze²⁵, że omawiana dyrektywa może zyskać kluczowe znaczenie wśród instrumentarium unijnym procesu karnego. Cel dyrektywy, jaki wynika z treści jej przepisów (ust. 1) nie został osiągnięty, bowiem unijny standard korzystania z podejrzanego i oskarżonego nie wiąże wszystkich członków Unii Europejskiej²⁶. Dania, Zjednoczone Królestwo oraz Irlandia nie są związane dyrektywą w zakresie prawa dostępu do adwokata.

Pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej istnieją różnice systemu prawnego i jego interpretacji, co powoduje, iż ujednoczenie systemu w zakresie dostępu do adwokata nie będzie do końca możliwe. W różny sposób państwa rozumieją znaczenie „dostępu do adwokata”, a także określenie momentu jego obowiązywania.

Pozytywnym rozwiązaniem w dyrektywie wydaje się możliwość stosowania środków naprawczych na mocy prawa krajowego w przypadku naruszenia praw podejrzanych lub oskarżonych przewidzianych w dyrektywie.

Zważyć jednak należy, że dyrektywa w wielu miejscach wskazuje na brak uszczerbku dla krajowych przepisów dotyczących pomocy prawnej z urzędu, stosowanych zgodnie z Kartą oraz EKPCz. Mimo jednak tych zapisów, istnieją wątpliwości, co do ewentualnego uszczerbku dla krajowych przepisów. W świetle polskich regulacji nie ma instytucji zrzeczenia się prawa

25 A. Klamczyńska, T. Ostrowski, Prawo do adwokata w Dyrektywie 2013/48/UE – tło europejskie i implikacje dla polskiego ustawodawcy, Białostockie Studia Prawnicze nr 15, Białystok 2014, s. 160; a także: J. Barcik, T. Srogosz, Prawo dostępu do adwokata w Polsce w świetle Dyrektywy 2013/48/UE, Pal. nr 7-8/2015, s. 249.

26 T. Ostropolski, Judicial cooperation in criminal matters – 3 years with the Treaty of Lisbon, Europejski Przegląd Sądowy 2012, nr 11, s. 29.

Notice This



dostępu do adwokata, a tym samym także prawa do obrony. Wydaje się także, że umożliwienie odwołania przez podejrzanych lub oskarżonych wcześniejszego zrzeczenia się praw będzie bardziej kłopotliwe, aniżeli po prostu skorzystanie z prawa w stosownym dla nich momencie. Korzystniejsza możliwość dla podejrzanych i oskarżonych jest wówczas, gdy, nawet niewykonywane uprawnienie, wciąż im przysługuje, bez konieczności dodatkowej procedury odwołania. Oznacza to z kolei, iż instytucja zrzeczenia się prawa dostępu do adwokata przez podejrzanych i oskarżonych nie powoduje umocnienia ich praw, a wręcz pozbawienie ich możliwości skutecznej obrony.

Dyrektywa wskazuje na „skuteczność” wykonywanego prawa do adwokata. Jednak regulacje dyrektywy, w obecnym ich brzmieniu, nie wskazują na wykonywanie dostępu do adwokata, bez uszczerbku dla prawa krajowego.

Nowelizacja k.p.k. z 2013 r.²⁷, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., w art. 80a k.p.k. rozszerzyła możliwość dostępu do adwokata w postępowaniu sądowym, na wniosek oskarżonego, który nie ma obrońcy z wyboru, bez konieczności wykazania przez niego uzasadnionej konkretnymi okolicznościami sytuacji materialnej.

Ponadto, znowelizowany art. 78 k.p.k. dotyczy podejrzanego, który ma prawo domagać się wyznaczenia mu obrońcy z urzędu. Do wyznaczenia obrońcy z urzędu niezbędne jest spełnienie dwóch warunków. Pierwszym z warunków jest brak posiadania obrońcy z wyboru, drugim zaś jest wykazanie okoliczności, iż oskarżony nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i swojej rodziny. Art. 78 k.p.k. jest zatem źródłem uprawnień oskarżonego do żądania wyznaczenia mu obrońcy z urzędu²⁸. Jednak także na mocy par. 182 ust. 1 reg. prok. jeśli podejrzany nie jest w stanie ponieść kosztów obrony, co wynika z okoliczności danej sprawy, wówczas prokurator powinien pouczyć go o prawie wystąpienia z żądaniem wyznaczenia mu obrońcy z urzędu.

Notice This

27 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2013, poz. 1247).

28 Wyr. SN z 2 sierpnia 2011 r., IV KK 195/11, OSNwSK 2011, poz. 1401.



Skoro, zatem standard efektywnej obrony z urzędu i wypracowany przez orzecznictwo SN spełnia wymogi europejskie, to należy zastanowić się nad sensem tworzenia dalszych powieleń tego, co już istnieje. Tym bardziej, kiedy przy tworzeniu nowych unijnych regulacji stwarzają się także dodatkowe ograniczenia. Wszakże jeszcze przed istnieniem dyrektywy standardy obrony z urzędu w Polsce oparte były na zasadzie niezależności procesowej adwokatów oraz stosunkowej powszechności²⁹.

Mimo wzniosłego celu, dyrektywa wydaje się hołdować ogólnikowości, a jej standardy minimalne powielają zapisy z art. 6 ust. 3 konwencji europejskiej i art. 14 ust. 3 MPPOiP. Zastosowanie w dyrektywie możliwości odstępstw od prawa dostępu do adwokata powoduje, iż przepisy dyrektywy na tych podstawach mogą nie być stosowane i respektowane. Dyrektywa, wbrew wstępnym założeniom - nie poszerzyła standardu korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej, a powieliła te, które już istnieją.

Umożliwienie zrzeczenia się prawa dostępu do adwokata może spowodować, wbrew zapisom dyrektywy, obniżenie poziomu ochrony i ograniczenie prawa krajowego, co w konsekwencji może stanowić uszczerbek dla prawa krajowego. Prawo do udziału adwokata regulowane jest w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu, które stanowi niezbędny i konieczny element standardu rzetelnego procesu. Polskie regulacje nie zawierają możliwych odstępstw od ich stosowania, jakie wynikają z treści omawianej dyrektywy. Przyjęty z założenia unijny standard korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej nie spełnia celów, jakie zakłada. Słusznie, zatem Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, rekomenduje wstrzymanie się z implementacją dyrektywy.

Na uwadze trzeba mieć także fakt, że z dniem 1 lipca obowiązuje nie tylko nowela k.p.k. z 2013 r., ale także i obszerna nowela k.k. i k.p.k. z 2015 r.³⁰.

29 C. Kulesza, Europejski standard efektywnej obrony z urzędu w orzecznictwie SN, PiP 2007, nr 8, s. 68.

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

Notice This



Konieczność wprowadzenia kolejnych nowelizacji k.p.k., w celu implementacji dyrektywy powinna budzić, zatem słuszne obawy³¹.

Z jednej strony należy stwierdzić, że sama idea ustanowienia wspólnych norm minimalnych dotyczących prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym na mocy dyrektywy była słuszna. Z drugiej jednak strony, wymaga także wskazać, że możliwości odstąpienia od tego prawa powodują, iż niemal w każdej sytuacji można się powołać choćby na pilną potrzebę zapobieżenia poważnym, negatywnym konsekwencjom dla życia, wolności i nietykalności, aby w ten sposób odstąpić od prawa do udziału adwokata i naruszyć tym samym konstytucyjnie zagwarantowane prawo do obrony.

Notice This

31 Odmiennie: J. Barcik, T. Srogosz, Prawo dostępu do adwokata w Polsce w świetle Dyrektywy 2013/48/UE, Pal. nr 7-8/2015, s. 254; autorzy uważają, że należy postulować przeprowadzenie procesu implementacji, a te zmiany wywrą pozytywny wpływ na przebieg procedury karnej.

Cywilne





Olga Kwiecińska-Bątruk

apl. adv., ORA w Rzeszowie



„[...] I przyrzekam, że uczynię wszystko, aby nasze małżeństwo, było zgodne, szczęśliwe i trwałe...” – tylko czy „czynienie wszystkiego” obejmuje również zrozumienie i tolerancję dla problemu chorób, schorzeń psychicznych, wad genetycznych, braku możliwości posiadania potomstwa...

Należy przypuszczać, że każda z osób wstępujących w związek małżeński wypowiada te słowa z pełnym przekonaniem i wiarą w realizację przyrzeczenia, jakie składa. Rzeczywistość wskazuje jednak na fakt, że nie wszyscy młodzi małżonkowie rzetelnie się z danej obietnicy wywiązują.

Analizując dane statystyczne¹ z lat 2000-2010 obserwuje się, że procentowy odsetek małżeństw rozwiązanych przez rozwód w stosunku do małżeństw zawartych, wynosi około 30 % (z zastrzeżeniem, że wskaźnik najwyższy odnotowano na przełomie lat 2002-2006 - około 36 %, najniższy

1 Dane przytoczone za: Materiał na konferencję prasową w dniu 28.01.2011 roku. Podstawowe informacje o rozwoju demograficznym Polski w latach 2000-2010. Notatka informacyjna., Główny Urząd Statystyczny. Departament Badań Demograficznych, www.stat.gov.pl [dostęp: 20.06.2015 r., godz. 10.04].



Notice This



w przedziale od lat 90-tych do 2000 roku włącznie – około 20%). Obserwacja rosnącego wskaźnika rozwodów w Polsce wywołuje potrzebę dyskusji i rozważań na temat podstaw takiego stanu rzeczy.

Przyczyny wnoszenia pozwów rozwodowych, na co wskazują badania statystyczne – są niezwykle różne – poczynając od niewierności małżonków, przejść można do niezgodności ich charakterów, a zakończyć na nieświadomości związanej z szeroko ujmowanym stanem zdrowotnym – fizycznym bądź psychicznym drugiego z małżonków, z którym wnoszący pozew o rozwód, mówiąc kolokwialnie „nie poradził sobie”. Dwa pierwsze z przytoczonych powyżej powodów rozpadu małżeństw, należą do tak indywidualnej sfery życia każdego człowieka, że rozważania nad możliwością ich zniwelowania, jako przyczyn rosnącej ilości rozwodów w Polsce, uznać należy za niedorzeczność. Ostatni z powodów tj. stan nieświadomości związanej ze stanem zdrowia współmałżonka, wywołuje natomiast refleksję dotyczącą kwestii możliwości jego redukcji, poprzez wprowadzenie do przepisów prawa rodzinnego, obowiązku przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich.

Wspomniane badania – uprzednio częściej nazywane „przedślubnymi” – nie są w doktrynie prawa *novum*. Regulacje takie w latach siedemdziesiątych funkcjonowały w niektórych europejskich systemach prawnych, np. w Rumunii².



BADANIA PRZEDMAŻEŃSKIE NA GRUNCIE POLSKIEGO SYSTEMU PRAWNEGO

W Polsce załączki takich przepisów znaleźć można w Prawie małżeńskim z 1945 roku³. Na podstawie tego aktu prawnego jednym z wymagań niezbędnych do zawarcia małżeństwa, było dostarczenie przez nupturienta urzędnikowi stanu cywilnego świadectwa lekarskiego o braku przeszkód do wstąpienia w związki małżeńskie. Świadectwo takie miało stwierdzać, że żadne z przyszłych małżonków nie cierpi na niedorozwój umysłowy, chorobę psychiczną – w każdym stadium jej zaawansowania – jak również, że nie można żadnemu

2 Zob. Kodeks rodzinny Rumunii z 29 grudnia 1953 roku z póź. zm., art. 10.

3 Zob. Prawo małżeńskie, dekret z dnia 25 września 1945 roku, Dz. U. z dnia 7 listopada 1945r., art. 10 §1 pkt 3) w zw. z art. 7 pkt 6).

Notice This



z nupturientów przypisać „otwartej gruźlicy lub choroby wenerycznej w stanie zaraźliwym”. W późniejszych regulacjach prawnych dotyczących prawa małżeńskiego, ustawodawca odstąpił od wprowadzania do przepisów prawa obowiązku wykonywania powyżej wymienionych badań⁴.

Obowiązujący kodeks rodzinny i opiekuńczy, odnosi się do konieczności przeprowadzenia badań warunkujących możliwość zawarcia związku małżeńskiego, pośrednio jedynie w art. 12 §1 k.r.o.⁵, który stanowi, że „nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym”. Zdanie drugie tego przepisu daje jednakże takim osobom możliwość wstąpienia w związek małżeński w sytuacji, kiedy sąd na podstawie analizy stanu ich zdrowia- w szczególności na podstawie badań lekarskich i opinii biegłego⁶ - stwierdzi, że zezwala na zawarcie przez daną osobę związku małżeńskiego.

Regulacja ta, jest w tak dużym stopniu zawężona, że obecnie za niewłaściwy uznać należy pogląd, że konieczność wykonywania przedmałżeńskich badań lekarskich jest w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym w najmniejszym choćby stopniu usystematyzowana.

Brak obowiązujących przepisów dotyczących lekarskich badań przedmałżeńskich, w świetle ilości orzekanych w ostatnich latach rozwodów, a także deklarowanych ich przyczyn, budzi potrzebę przeanalizowania zasadności wprowadzenia do przepisów prawa rodzinnego, obowiązku przeprowadzania takich badań.



LEKARSKIE BADANIA PRZEDMAŁŻEŃSKIE A SPOŁECZEŃSTWO

Instytucja lekarskich badań przedmałżeńskich budzi wiele kontrowersji. Niepodważalne są jej zalety, wśród których najistotniejszymi jawią się - szeroko pojęta dbałość o dobro nowopowstającej rodziny, przyczynienie się

4 Por. Kodeks rodzinny z dnia 27 czerwca 1950r., Dz. U. Nr 34, poz. 308.

5 Zob. Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 r., Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm., art. 12.

6 Szerzej: Piasecki K., notatka do art. 12 k.r.o. [w:] Ciepła H., Czech B., Domińczyk T.z, Kalus S., Piasecki K. (red.), Sychowicz M., Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, wyd. LexisNexis, Warszawa 2011.





do rozszerzenia wiadomości o osobie jednego z nupturientów względem drugiego, co w założeniach ideologicznych tych badań ma przyczynić się do trwałości przyszłego małżeństwa. Zastanawiając się nad negatywnymi skutkami tychże, niepodważalnym i bezdyskusyjnym, jest naruszenie przez nie podstawowych swobód konstytucyjnych, praw związanych z autonomią jednostki i ochroną jej dóbr osobistych.

Pobieżnie rozpoczynając rozważania na ten temat, w pełni uzasadnioną wydaje się potrzeba uzupełnienia obowiązującej regulacji prawnej o przepisy związane z koniecznością przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich.

Trudno odmówić słuszności pogładowi, iż przeprowadzenie badań lekarskich, na skutek których jeden z nupturientów dowie się o dolegliwościach zdrowotnych swojego przyszłego małżonka, pozwoli mu w przyszłości na rzeczywistą pomoc współmałżonkowi w walce z chorobami. Przykładowo nupturient powinien być uprawniony do zdobycia informacji o bezpłodności przyszłego małżonka, szczególnie w przypadku, gdy uprzednio zostałaaby ona przez nupturienta zatajona. Cele bowiem, dla których ludzie wstępują w związki małżeńskie są elementem ich pełnej swobody decyzyjnej, a w związku z tym wspomniana bezpłodność mimo, że dla niektórych pozostawać będzie całkowicie bez znaczenia, dla innych może niwelować główne cele założenia rodziny.

Ponadto bezsprzecznym wydaje się, że prawo jednego z nupturientów do wiadomości, czy osoba, z którą planuje on założyć rodzinę nie jest zarażona np. wirusem HIV, AIDS, nie jest obciążona wadami genetycznymi, które mogą mieć wpływ na zdrowie i życie ich przyszłego potomstwa, jak również czy pomiędzy przyszłymi małżonkami nie wystąpi konflikt serologiczny. Informacje takie mają znaczenie o tyle istotne, że nie spełniają jedynie funkcji informacyjnej o drugiej osobie, ale są również elementem profilaktyki, gdyż świadomość występowania takich schorzeń ma zasadniczy wpływ na życie i zdrowie obojga przyszłych małżonków, a także ich dzieci.

Zasadność przeprowadzenia takich badań krzyżuje się jednak z prawem każdego człowieka do zachowania szeroko ujmowanej prywatności i nieudzielania osobom postronnym informacji o sobie.

Z powyższego względu, pomimo ideologicznej zasadności i słuszności wprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich, należy wziąć po uwagę szereg problemów i trudności, jakie wprowadzenie tychże może wywołać nie tylko w sferze prawa, odczuć społecznych, ale również autonomii jednostki.

Wątpliwości w sferze konstrukcji potencjalnego obowiązku przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich, pojawiają się już w momencie prób kreowania ich zakresu. Jednym z zasadniczych pytań, na jakie należałoby odpowiedzieć jest: czy wprowadzając takie badania do systemu prawnego należy przeprowadzeniu ich nadać reżim obowiązku, czy pozostawić swobodnej woli nupturientów. Oczywistym jest, że badanie takie wykonać powinni oboje przyszli małżonkowie. Spornym natomiast - kwestia wydania wyników takich badań - czy należy je przedstawić tylko temu z nupturientów, którego badania dotyczą, czy również jego przyszłemu małżonkowi. Niejednorodne są również zapatrywania na konsekwencje przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich - na tle jednych poglądów powinny one być elementem warunkującym możliwość zawarcia małżeństwa przez nupturientów, na tle poglądów odmiennych funkcją przeprowadzenia badań jest jedynie udzielenie informacji, zatem badania nie powinny mieć wpływu na możliwość wstąpienia w związek małżeński.



KONCEPCJE FUNKCJONOWANIA MAŁŻEŃSKICH BADAŃ PRZEDŚLUBNYCH

Na tle powyższych rozważań, w doktrynie odnaleźć można 4 główne koncepcje łączące odpowiedzi na powyższe zagadnienia⁷. Są nimi : 1. koncepcja badań obowiązkowych dla obojga nupturientów, z wynikami przekazanymi do wiadomości obojga i uzależnieniem od nich możliwości zawarcia związku małżeńskiego; 2. koncepcja badań obowiązkowych dla obojga nupturientów, z wynikami przekazanymi indywidualnie tylko do wiadomości nupturienta, którego badania dotyczą, bez uzależnienia od nich możliwości zawarcia związku małżeńskiego; 3. koncepcja badań obowiązkowych dla obojga nupturientów, z wynikami przekazanymi do wiadomości obojga, ale bez wpływu na możliwość zawarcia związku małżeńskiego; 4. brak obowiązku wykonywania badań, a zatem jakichkolwiek dalszych skut-

Notice This



7 Szerzej: Safjan M., W sprawie lekarskich badań przedślubnych, PiP 1974, nr 11.



ków, związanych z brakiem ich przeprowadzenia, w kontekście możliwości zawarcia związku małżeńskiego. Ostatnia z wymienionych jest formą regulacji instytucji lekarskich badań przedmażeńskich, obowiązującą na tle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

W toku analizy możliwości wprowadzenia do systemu prawa polskiego lekarskich badań przedmażeńskich, wysuwa się jeszcze jedna koncepcja konstrukcji, w jakiej mogą być one wprowadzone - koncepcja badań dobrowolnych dla obojga nupturientów, z wynikami podanymi do wiadomości obojga, natomiast bez wpływu na możliwość zawarcia związku małżeńskiego. Oczywistym elementem takiej koncepcji jest jej fakultatywność odnosząca się do poddania się przez nupturientów badaniom. W przypadku jednak, gdy wyrażaliby oni zgodę na badania, byłaby ona równoznaczna ze zgodą na udostępnienie wyników badań dla przyszłego współmałżonka. Działania takie, nie miałyby jednak przełożenia na konsekwencje dotyczące możliwości zawarcia związku małżeńskiego przez te osoby. Decyzja o poddaniu się badaniom i wyciągnięciu właściwych dla siebie wniosków płynących z ich wyników, pozostawałaby jedynie w gestii nupturientów.

Rozwiązanie takie w pewnym zakresie wydaje się być swego rodzaju konsensusem łączącym ideologiczne cele przeprowadzania lekarskich badań przedmażeńskich - mianowicie - informacja o stanie zdrowia przyszłych małżonków zostanie im nawzajem udzielona, wszelkie zagrożenia i problemy wynikające z ewentualnych schorzeń któregoś z nupturientów również nie będą stanowić dla drugiego z nich tajemnicy, a z innej strony - poprzez dobrowolność poddania się badaniom, odrzucony zostanie zarzut ingerencji prawa w indywidualną sferę życia jednostek, ich wolność i autonomię. Koncepcja powyższa, nie jest jednak „złotym środkiem” do wprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich do przepisów prawa małżeńskiego. Pozbawiona jest ona, bowiem szczegółowych rozwiązań dotyczących sposobu zarówno jej wprowadzenia do systemu, jak i przeprowadzania samych badań.

Za główną jej zaletę postrzegać można fakultatywność poddania się badaniom. Socjologiczna analiza zachowania społeczeństwa Polski, pozwala na stwierdzenie, że ludzie z dużą dozą dystansu podchodzą do służby zdrowia - nieufnie poddając się badaniom profilaktycznym. Wydaje się, nie by-

łoby nadużyciem stwierdzenie, że w naszym społeczeństwie - w znacznym zakresie - badania lekarskie wykonywane są dopiero wtedy, kiedy jest to już absolutna konieczność. Potwierdzeniem tego poglądu, są badania wykonane w 2011 roku przez TNS OBOP. Wyniki tychże wskazują, że około 76% Polaków uważa, że cieszy się doskonałym zdrowiem. Dodatkowo aż 58% dorosłych Polaków nie poddaje się profilaktycznym badaniom⁸ - elementem zachęcającym nie są nawet indywidualne, korespondencyjne zaproszenia na badania wysyłane na ich adresy domowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, dobrowolność przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich nie jest w realiach polskiego społeczeństwa rozwiązaniem najodpowiedniejszym. Domniemywać można, że skoro w ludziach nie funkcjonuje zakorzeniona potrzeba dbałości o zdrowie - o świadomość zdrowotną zarówno jednostkową jak i społeczną, to wprowadzenie badań przedmażeńskich w omawianej formie, skutkować będzie wprowadzeniem do systemu prawa „martwego przepisu”. Pozostawienie nupturientom dowolności w decyzji dotyczącej przeprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich - w świetle wyników przywołanych powyżej - pozwala na przypuszczenie, że zdecydowana większość przyszłych małżonków będzie z możliwości wykonania tych badań rezygnować. Wprowadzenie, do przepisów prawa małżeńskiego koncepcji badań w formie „dobrowolności”, nie różniłoby się zasadniczo od obecnej sytuacji. W świetle obowiązujących przepisów nic nie blokuje nupturientom możliwości przeprowadzenia takich badań, mogą je oni wykonać w dowolnym momencie, bądź też z przeprowadzania ich zrezygnować, wyniki tych badań mogą swobodnie sobie nawzajem udostępniać, bez wpływu na możliwość zawarcia później związku małżeńskiego. Bezzasadnym byłoby zatem, wprowadzenie regulacji, która de facto nie wносиłaby większych zmian i nie usprawniała obowiązującego systemu prawa, a jedynie generowała zbędny chaos legislacyjny.

Wymienione powyżej wątpliwości związane z konstrukcją potencjalnie wprowadzanych do systemu prawa rodzinnego przepisów dotyczących przeprowadzania lekarskich badań przedmażeńskich, nie są jedynymi problematycznymi zagadnieniami, z jakimi zmierzyć musiałby się ustawo-

Notice This



8 Krysiak L., Zadowolenie na wyrost. Zdrowie Polaków, Gazeta Lekarska. Pismo Izb Lekarskich, Nr 2011-02, www.gazetalekarska.pl [dostęp: 17.06.2015 r, godz. 21.30].



dawca. Abstrahując od samego zakresu osób podlegających badaniom, kwestii udostępnienia ich wyników i wpływu na możliwość zawarcia małżeństwa, ilość kontrowersji dotyczących tzw. „organizacyjnych” aspektów ich wprowadzenia zdaje się ciągle rosnąć.

Zastanawiając się nad samą instytucją lekarskich badań przedmałżeńskich, nie sposób nie zadać choćby pytania o prozaiczną kwestię faktycznej formy przeprowadzenia badań i zakresu schorzeń, jaki miałyby one obejmować. Oczywiście wydaje się, że powinny one uwzględniać zarówno choroby psychiczne, niedorozwój umysłowy – uzupełniając dyspozycję art. 12 k.r.o. – jak również choroby cywilizacyjne i inne schorzenia zagrażające życiu i zdrowiu nupturienta, jego przyszłego małżonka lub dzieci, które wspólnie będą wychowywać. Badania przeprowadzone w kierunku diagnostyki wszystkich powyższych dziedzin, dałyby bezsprzecznie pełną wiadomość o stanie zdrowia danego człowieka. Jednakże zarówno okres czasu potrzebny na ich wykonanie, jak również koszty z tym związane byłyby niewspółmiernie duże w stosunku do rzeczywistych możliwości ich przeprowadzenia. Należy zatem poszukiwać innego sposobu na określenie ilości i zakresu badań przedmałżeńskich, jakim winni być poddawani nupturientci – zakładając dążenie ustawodawcy do wprowadzenia lekarskich badań przedmałżeńskich do systemu prawa rodzinnego.

Zasadną wydaje się koncepcja wprowadzenia swoistego katalogu badań, jakim mogliby się poddawać przyszli małżonkowie. Spośród jego elementów, samodzielnie mogliby oni wybierać ilość badań, których wyniki będą dla nich mieć szczególnie ważne znaczenie. Katalog ten powinien być powszechnie udostępniany i stale aktualizowany. Dzięki takiemu zabiegowi – nupturientci mieliby świadomość badań jakie mogą wykonać, a sami decydując się na poszczególne, musieliby liczyć się z konsekwencjami, że ilość badań jakie wybrali do przeprowadzenia będzie bezpośrednio rzutować na czas oczekiwania na ich wyniki, a tym samym wydłuży się okres, po upływie którego, będą oni mogli zawrzeć związek małżeński.

Pod zastanowienie podać należałoby – w jakiej formie wymieniony katalog powinien być wydawany. Analizując zblizony problem – dotyczący jedynie wykazu chorób psychicznych stanowiących zagrożenie dla małżeństwa lub

zdrowia przyszłego potomstwa - Marek Safjan, w swoim artykule⁹ zasugerował, że właściwymi do tego aktami prawnymi (ze względu na operatywność wydawania) byłyby zarządzenia lub rozporządzenia Ministra Zdrowia. Autor jednocześnie wyraził wątpliwość czy akt tak niskiej rangi, nie byłby nieodpowiedni w relacji do skutków, jakie miałyby wywoływać¹⁰.

W sytuacji obecnie analizowanej - gdyby lekarskie badania przedmażeńskie nie były obowiązkowe - nupturienti poddawaliby się im dobrowolnie, a ich wyniki spełniałyby funkcję jedynie informacyjną - wydaje się, że rozporządzenie zawierające wykaz badań, jakim mogliby poddać się nupturienti - wedle swego uznania - byłoby rozwiązaniem właściwym.



FORMA I ZAKRES PRZEPROWADZANIA BADAŃ PRZEDMAŻEŃSKICH

Dalsze rozważania dotyczące lekarskich badań przedmażeńskich warto skoncentrować na faktycznym aspekcie ich przeprowadzenia.

Mając świadomość funkcjonowania polskiej służby zdrowia i możliwości skorzystania z pomocy specjalistów, wątpliwym wydaje się, aby zakładając istnienie opisanego powyżej katalogu „schorzeń zagrażających życiu lub zdrowiu”, nupturienti mieli możliwość udania się do specjalistów różnych dziedzin w celu uzyskania skierowań na badania ich dotyczące. Koniecznym wobec tego byłoby udzielenie lekarzom ogólnej kompetencji do wystawiania skierowań na „lekarskie badania przedmażeńskie”, obejmujących możliwość przeprowadzenia badań z różnych dziedzin medycyny, jak również ewentualnych interpretacji otrzymanych wyników. Wprowadzenie takich uprawnień niesłoby za sobą konsekwencje w postaci przymusu zmian przepisów dotyczących wykonywania zawodów lekarza, jak również konieczność reorganizacji poszczególnych zakładów opieki medycznej, które w swoim grafiku funkcjonowania uwzględniać musiałyby szybko i kompleksową opiekę nad nupturientami zgłaszającymi na badania przedmażeńskie. Przeprowadzenie badań i czas oczekiwania na ich wy-

Notice This



9 Szerzej: Safjan M., op.cit.

10 W omawianej w artykule koncepcji, wyniki przeprowadzonych badań warunkować miałyby możliwość zawarcia małżeństwa.



niki wydaje się, że musiałyby mieć charakter przyspieszony, gdyż w innym przypadku - duże opóźnienie (z powodu braku wyników badań) terminu ,w jakim dana para pragnęłaby zawrzeć związek małżeński, mogłoby skutecznie zniechęcać przyszłych małżonków do instytucji lekarskich badań przedmałżeńskich.

Wprowadzenie do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego badań przedmałżeńskich, nie kolidowałoby natomiast z instytucją „tajemnicy lekarskiej”. Ustawa¹¹ przewiduje w swojej treści zwolnienie lekarza z zachowania tajemnicy w enumeratywnie przedstawionych przypadkach, wśród których odnaleźć można sytuacje, gdy pacjent wyrazi na to zgodę (art. 40 pkt 4), gdy wynika to z ustawy (art. 40 pkt 1) jak również, kiedy „zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób” (art.40 pkt 3). Taka regulacja pozostawałaby w zgodzie zarówno z koncepcją badań przedmałżeńskich, którym ustawodawca nadałby reżim obowiązku - wówczas wyniki mogłyby być przedstawione obojgu nupturientom na podstawie pkt. 1 art. 40 ustawy, jak również wtedy, gdy badania byłyby dobrowolne - oczywistym byłoby wówczas wyrażenie wymaganej w pkt 4 art. 40 ustawy, zgody na udostępnienie wyników poprzez niezachowanie tajemnicy lekarskiej.

Analizując zasadność wprowadzenia do prawa małżeńskiego instytucji lekarskich badań przedmałżeńskich, nie sposób nie zadać sobie pytania, jak należałoby uregulować prawne konsekwencje sytuacji, w której para nupturientów na skutek przeprowadzonych badań dowiedziała się o jakimś schorzeniu jednego z nich, które stałoby się podstawą do ich rozstania. Wówczas o swoich stanach zdrowia, bardzo dokładnie wiedziałby osoby dla siebie całkowicie obce. Czy w takiej sytuacji, jeżeli badania nie byłyby wynikiem dobrowolnej decyzji, a obowiązku wynikającego z ustawy, należałoby te osoby w jakiś sposób zobowiązać do zachowania tych wiadomości w tajemnicy? W przypadku, gdy para rozstałaby się w dobrych relacjach, prawdopodobieństwo ujawienia wyników przeprowadzonych badań wobec osób trzecich jest zdecydowanie mniejsze, niż gdyby para ta pozostawałaby w negatywnych stosunkach, niemniej zagrożenie ujawnienia danych objętych ochroną nadal istniałoby.

11 Zob. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 grudnia 1996 roku, Dz. U. 1997, Nr 28, poz. 152 z późn. zm., art. 40.

Notice This



Nikt nie ma obowiązku ujawniania informacji związanych ze swoim stanem zdrowia osobom postronnym i nikt nie może bez zgody osoby, której dotyczą komukolwiek danych tych udostępnić¹². Prawa te zagwarantowane są zarówno w Konstytucji¹³, jak i w ustawach¹⁴. Potwierdzenie słuszności ich obowiązywania i przestrzegania, odnaleźć można także w orzeczeniach sądów¹⁵. Instytucja lekarskich badań przedmażeńskich, nie może postawać w sprzeczności z tymi nadrzędnymi zasadami. Niezwykle trudne, byłoby jednakże zapobieżenie sytuacjom takim, jak przedstawiona powyżej.



WPROWADZENIE BADAŃ PRZEDMAŻEŃSKICH A OCHRONA DÓBR OSOBISTYCH

Celem przeprowadzenia badań przedmażeńskich - ideologicznie - jest zwiększenie wiedzy nupturientów o sobie nawzajem, aby ich małżeństwo w późniejszym okresie było szczęśliwe i trwałe. W przypadku, gdy na skutek poznania wyników badań, osoby te od razu stwierdzają, że nie akceptują takiego stanu rzeczy i żądają rozstania, poniekąd cel przeprowadzenia badań zostałby realizowany, a postulat ich wprowadzenia do obowiązującego prawa słuszny.

Dogłębnie zastanawiając się nad tym zagadnieniem, dojść można do wniosku, że nie zawsze exitus acta probat i konsekwencje, jakie zrodzić może udostępnienie osobom trzecim wyników badań dotyczących zdrowia poszczególnych osób, są na tyle poważne, że niewłaściwym jest postrzeganie instytucji badań przedmażeńskich, jedynie w kategoriach dobrodziejstwa dla ludzi. Zagrożenie naruszenia podstawowych praw jednostki w społeczeństwie, wśród których znajduje się konstytucyjna gwarancja ochrony życia prywatnego i dobrego imienia każdego człowieka, w przypadku

Notice This



-
- 12 Wyjątek od tej zasady stanowią ustawy, które odpowiednim organom i instytucjom nadają uprawnienia do posiadania i przetwarzania takich informacji.
 - 13 Zob. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm., art. 47, art. 51.
 - 14 Zob. np. Ustawa o ochronie danych osobowych z 29 sierpnia 1997 roku, Dz. U. 1997, Nr 133, poz. 883 z późn. zm., art. 27.
 - 15 Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego z 2005 roku, VI ACa 455/2005, SIP LexPolonica nr 410565.



ujawnienia wobec osób trzecich wyników badań przedmażeńskich, jest nazbyt duże.

Wprowadzenie tych badań do systemu prawa małżeńskiego, bez uregulowania konsekwencji ujawnienia pochodzących z nich danych wobec osób trzecich, wywoływałoby groźbę licznych naruszeń prawa i nadużyć w tym zakresie. Niewątpliwie, niezwykle szybko ludzie zorientowaliby się, że fikcyjne dążenie do zawarcia małżeństwa z jakąś osobą, jest skutecznym i legalnym sposobem zdobycia o niej – do tej pory ściśle chronionych prawnie – informacji. Wiadomości te, przez osoby dążące do ich uzyskania mogłyby być wykorzystane w rozmaity sposób, chociażby w celu skompromitowania poddającego się badaniom. Sytuacja taka – w demokratycznym państwie, chroniącym prawa człowieka jest niedopuszczalna. Obecnie w treści przepisów ustaw, które w wyjątkowych okolicznościach zezwalają poszczególnym osobom lub organom na udzielenie informacji o stanie zdrowia danego człowieka znajdują się zastrzeżenia, iż informacje te udostępniane są tylko w ograniczonym i niezbędnym zakresie¹⁶ – trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, że ustawodawca wprowadziłby regulację zawierającą w sobie tak widoczną możliwość obejścia obowiązującego dotychczas prawa.

Rozważając potrzebę wprowadzenia do polskiego systemu prawa rodzinnego instytucji lekarskich badań przedmażeńskich, jako elementu mogącego zapobiec rosnącej ilości rozwodów, na skutek m. in. nieświadomości dotyczącej stanu zdrowia współmałżonka, należy zastanowić się nad niezwykle ważną kwestią krzyżowania się dóbr osobistych nupturientów, którzy potencjalnie poddawani byłiby wymienionym badaniom. Niezwykle trudnym, o ile w ogóle dopuszczalnym, jest przyznanie lauru pierwszeństwa tym dobrom osobistym przyszłych małżonków, które w przypadku przeprowadzanych badań przedmażeńskich miałyby mieć większe znaczenie. Każde prawo człowieka, służące ochronie jego dóbr ma charakter całkowicie wyjątkowy. W doktrynie często podejmowane są dyskusje dotyczące sytuacji ścierania się dóbr osobistych różnych osób¹⁷ w przy-

16 Szerzej Mednis A., Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz., Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1999.

17 Por. Jędrejek G., Cywilnoprawna odpowiedzialność za stosowanie mobbingu, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2010.

Notice This



padkach, kiedy interesy ich są sprzeczne. W omawianej problematyce dotyczącej przyszłych małżonków – ścieranie się dóbr ma wymiar nie tylko pomiędzy jednostkami (indywidualnie), ale również pomiędzy dobrami indywidualnymi, a wspólnymi. Pewnego rodzaju konflikt dóbr chronionych pojawiać się może na skutek rozbieżnego zwektorowania dążeń ideologicznych danych osób. Niemożliwa jest jednoznaczna ocena czy ważniejsze są dobra osoby, która w zgodzie z obowiązującym prawem nie chce, aby informacje jej dotyczące były udostępniane osobie „obcej”¹⁸, czy ważniejsze są dążenia osoby, która zmierza do uzyskania jak najpełniejszych informacji o przyszłym współmałżonku, nie tylko w celu stworzenia trwałego związku, ale również kierując się tym, aby w przypadku ewentualnych chorób, w sposób najbardziej odpowiedni i pełny móc udzielić małżonkowi pomocy i opieki.

Wybór dóbr, które w powyższym konflikcie – generalnie – powinny zasługiwać na zwiększoną ochronę, jest dodatkowo skomplikowany, ze względu na fakt, że w obronie zarówno indywidualnych dóbr osobistych¹⁹, jak i praw jednostki do planowania rodziny i potomstwa, odnaleźć można w doktrynie i orzecznictwie²⁰ różnorodne stanowiska.

W świetle powyższych rozważań, instytucja lekarskich badań przedmażeńskich jawi się, jako regulacja bardzo głęboko ingerująca w sferę dóbr osobistych nupturientów, oraz wymagająca znacznych zmian w obowiązującym prawie – nie tylko rodzinnym, ale również innych gałęziach prawa cywilnego i karnego. Warto, wobec tych faktów, zadać zasadnicze pytanie – czy ustawodawca ma (nawet pomimo słuszných pobudek) prawo do tak dużych ingerencji w prywatne życie ludzi, w ich autonomię i tak osobiste decyzje jak chęć – z dowolnych przyczyn – zawarcia małżeństwa.

W kodeksie rodzinnym i opiekuńczym cel, w jakim małżeństwo jest zawierane pozostawiony został swobodnej decyzji stron. Żadne zasadnicze intencje, w jakich nowopowstająca rodzina ma być zakładana nie są nup-

Notice This



-
- 18 Na skutek braku prawnej instytucji zaręczyn, do momentu zawarcia małżeństwa nupturienti z punktu widzenia prawa pozostają dla siebie całkowicie obcymi osobami.
 - 19 Szerzej Dmowski S., Rudnicki S., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna., Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2001.
 - 20 Zob. Wyrok SN z dnia 13 października 2005 roku, IV CK 161/05, SIP LexPolonica nr 409344; Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997, K 26/96, SIP LexPolonica nr 320490.



turientom narzucone. Inaczej sytuacja ta uregulowana jest w prawie kanonicznym. W przepisach Kodeksu Prawa Kanonicznego małżeństwo podniesione jest do rangi sakramentu ze względu na doniosły cel, w jakim jest ono zawierane – „do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa”²¹. Nawet wobec takiego uregulowania instytucji małżeństwa – w przepisach prawa kanonicznego nie można odnaleźć regulacji narzucającej w jakikolwiek sposób przyszłym małżonkom konieczność wykonania badań przedmażeńskich, których wyniki mogłyby wpływać na zdolność do zawarcia małżeństwa. Jedyne, do czego nupturienti są zobligowani to złożenie oświadczenia o ogólnym stanie zdrowia i świadomości „przeszkód zrywających”, które wymienione są w przepisach rozdziału II. i III., księgi IV. Kodeksu Prawa Kanonicznego.

Powracając do rozważań nad ewentualną potrzebą wprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w kontekście wyników analizy porównawczej z prawem kanonicznym, należy zastanowić się, czy w świetle braku definicji małżeństwa w prawie rodzinnym, ustawodawca ma jakikolwiek prawo – w obecnym systemie chroniącym autonomię jednostki – do rozpatrywania możliwości wprowadzenia badań obowiązkowych dla nupturientów, bądź badań, których wyniki wpływałyby na zdolność do zawarcia małżeństwa. Instytucja taka, byłaby – pomimo liberalnych celów, dla jakich małżeństwo świeckie jest zawierane – bardziej restrykcyjna w przepisach dotyczących zawierania związku małżeńskiego w świetle przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, niż małżeństwa wyznaniowego – opartego na gruncie Kodeksu Prawa Kanonicznego.



PODSUMOWANIE

Podsumowując, ideologiczna potrzeba wprowadzenia lekarskich badań przedmażeńskich do przepisów prawa małżeńskiego, podyktowana jest jak najbardziej słusznymi pobudkami, natomiast sfera rzeczywistych możliwości jej inkorporacji do systemu prawa związana jest z niezwykle dużymi trudnościami i kontrowersjami. Wątpliwości budzą nie tylko prawne

21 Zob. Kodeks Prawa Kanonicznego. PRIMAS POLONIAE. Num. 48/84/P DECRETUM, KAN. 1055.

Notice This



aspekty możliwości wprowadzenia tej instytucji, jej skorelowanie z innymi gałęziami prawa, ale i stosunek społeczny do tego typu badań.

Narzucenie przyszłym małżonkom obowiązku przeprowadzenia badań, w obliczu generalnego stosunku ludności Polski do dbałości o profilaktykę zdrowia, prawdopodobnie skutkowałoby zmniejszeniem ilości zawieranych małżeństw. Badania przedmałżeńskie mogłyby wówczas być przez ludzi traktowane, jako utrudnienie i chcąc go uniknąć - rezygnowaliby oni z zawierania związków małżeńskich. Przeczyłoby to celowi, dla którego instytucja lekarskich badań przedmałżeńskich byłaby wprowadzona, gdyż ilość zawieranych małżeństw nie rosłaby, ludzie pozostawaliby w niesformalizowanych związkach, rodziłoby się więcej nieślubnych dzieci, a w przypadku jakichkolwiek problemów np. zdrowotnych, brak związania związkiem małżeńskim ułatwiałby ludziom szybkie rozstanie. W sytuacji, kiedy badania przedmałżeńskie miałyby charakter dobrowolny, można domniemywać - z powodów wskazanych powyżej, że przyszli małżonkowie również rezygnowaliby z ich przeprowadzenia - z przyczyn chęci szybszego zawarcia małżeństwa, zmniejszenia kosztów związanych z przeprowadzeniem badań itp.

Rozwiązania, jakie ustawodawca powinien wprowadzać do obowiązującego systemu prawnego, aby regulacja ta funkcjonowała sprawnie i cieszyła się społeczną aprobatą, powinny odpowiadać i być wyrazem rozpowszechnionych społecznie oczekiwań i poglądów. Wprowadzane do przepisów prawa instytucje, winny nawet wyprzedzać potrzeby społeczeństwa, których w danym momencie nie jest ono świadome. Nie mogą jednakże służąc jednemu dobru, pozbawiać ludzi kilku innych. Zasadnym zatem jawi się - w przypadku instytucji lekarskich badań przedmałżeńskich - dążenie do jak największego rozwoju kultury prawnej i zdrowotnej ludzi, do zwiększenia ich świadomości, choćby przez prowadzenie kampanii skłaniających do przeprowadzania badań profilaktycznych, dzięki którym maksymalnie zwiększona będzie ilość ludzi świadomych swojego stanu zdrowia, a zatem i podejmujących stosowne leczenie. Świadomość ta, należy zakładać przerodzi się w brak konieczności stosowania przez państwo środków przymusu, w postaci wprowadzania do regulacji prawnych obowiązku przeprowadzania takich badań np. w charakterze badań przedmałżeńskich. Wówczas państwo skupić będzie mogło swoją uwagę na takim dostosowaniu przepisów dotyczących samego trybu przeprowadzania ta-



kich badań, który umożliwiłby ludziom łatwiejszy, bezpieczniejszy i tańszy dostęp do lekarskich badań - w tym również badań przedmałżeńskich.

Kwintesencją zasadności istnienia lekarskich badań przedmałżeńskich nie powinien być, zatem reżim prawny, a potrzeba społeczna, gdyż tylko wówczas cele i rola tych badań zostaną w pełni spełnione.



ABSTRAKT

Artykuł ma celu rozważenie problematyki związanej z zasadnością istnienia w polskim systemie prawnym instytucji badań przedmałżeńskich. Przeprowadzona analiza skłania do refleksji nad sensem wprowadzania tego rodzaju badań, ich rodzajem i zakresem w jakim winny być one wymagane.

Ocena istnienia tychże badań, konsekwencje ich obowiązywania i ewentualne przyczyny eliminacji z poszczególnych systemów prawa - przeprowadzona została rysem historycznym kilku wybranych systemów prawnych, w których na przełomie dziejów były one prawnie wymagane.

Publikacja zawiera również odautorską ocenę zasadności istnienia tychże badań w realiach polskiego systemu prawnego, społecznego i gospodarczego.

Gospodarcze





Model
**ARBITRAŻOWEGO
ROZSTRZYGANIA
SPORÓW**



Ewelina Trojniak
apl. adw., ORA w Rzeszowie



Arbitraż w Polsce staje się przedmiotem coraz większego zainteresowania. Świadczy o tym przede wszystkim wzrastające znaczenie polskich stałych sądów arbitrażowych oraz arbitraży ad hoc w procesie rozstrzygnięcia sporów gospodarczych (handlowych), jak również coraz częściej pojawiające się na rynku wydawniczym publikacje z zakresu prawa arbitrażowego, w formie artykułów oraz monografii, nie zapominając o ukazującym się od kilku lat kwartalniku poświęconym w całości problematyce arbitrażu, obok mediacji.

Arbitraż handlowy jest sposobem wiążącego rozstrzygnięcia przez sąd prywatny (sąd arbitrażowy) istniejącego bądź przyszłego sporu prawnego, powstałego w związku z łączącym strony tego sporu określonym stosunkiem prawnym, zasadniczo o charakterze gospodarczym (handlowym), który to sposób czerpie swoje umocowanie z woli stron wspomnianego sporu, z jednoczesnym wyłączeniem kognicji sądu państwowego (powszechnego)¹.

Notice This



1 A. Szumański Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego tom 8 Kraków 2010, s. 6.



Kluczowym elementem arbitrażu jest wola stron dotycząca rozstrzygnięcia ich sporu przez sąd arbitrażowy, w miejsce sądu powszechnego, wyrażona w „umowie o arbitraż” lub nazywana „zapisem na sąd polubowny”. W świetle Ustawy Modelowej UNCITRAL z 1985 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym (zwanej dalej ModelU), stanowiącej wzorzec krajowego prawa arbitrażowego dla wielu państw świata „umowa o arbitraż jest umową, przez którą strony postanawiają oddać pod rozstrzygnięcie arbitrażu wszystkie lub niektóre ze sporów, jakie powstały lub mogłyby powstać pomiędzy nimi w związku z określonym stosunkiem prawnym, umownym i pozaumownym” (art. 7 ust. 1 zdanie pierwsze ModelU).

Wyróżnia się podział arbitrażu na: Arbitraż instytucjonalny (stałe sądy polubowne) – do istotnych elementów należy: regulamin sądu, lista arbitrów, taryfa opłat, Arbitraż ad hoc – powołany do rozpatrzenia konkretnego sporu, zamiast wewnętrznego regulaminu powszechnie wykorzystuje się zasady UNCITRAL, oraz Arbitraż administrowany – sąd ad hoc korzysta z obsługi administracyjno-technicznej stałego sądu arbitrażowego.



ZAPIS NA SĄD POLUBOWNY

Polski ustawodawca umowę o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (umowę o arbitraż) nazywa tradycyjnie „zapisem na sąd polubowny”. Poprawne sporządzenie zapisu jest niezbędne dla uruchomienia procedury arbitrażowej, treść zapisu w znacznym stopniu współkształtuje jej przebieg, a skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego często znajduje oparcie w zarzutach dotyczących ważności lub prawidłowości zapisu². Dopuszczalne jest zarówno zawarcie umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego (umowa taka jest nazywana kompromisem), jak i sporu, który dopiero może powstać w przyszłości. W tym przypadku zapis na sąd polubowny przybiera postać klauzuli zawartej w umowie materialnoprawnej albo w odrębnej umowie z nią związanej czy też klauzuli przewidującej, że spory mogące wyniknąć w związku z tą umową będą rozstrzygane przez sąd polubowny tzw. klauzula arbitrażowa. W praktyce częściej od kompromisów zawierane są

2 M. Janowski, Zapis na krajowy sąd polubowny de lege lata i w świetle projektowanych zmian, [w:] J. Skoczylas (red.), Prace laureatów konkursu im. Profesora Jerzego Jakubowskiego. Edycja druga, Warszawa 2005, s. 31 i n.

Notice This



klauzule arbitrażowe. Dokonywanie zapisu na sąd polubowny już po zaistnieniu sporu zdarza się sporadycznie, gdyż wówczas jednej ze stron sporu (pозwanemu) zależy na ogół na odwleczeniu jego rozstrzygnięcia³. Zgodnie z art. 331 KC zdolność arbitrażowa cechuje nie tylko osoby fizyczne, ale również osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Mogą one dokonać zapisu na sąd polubowny przez swoje organy - w zakresie ich umocowania i w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie (umowie spółki itd.) (art. 38 KC). W arbitrażu międzynarodowym zdolność do zawarcia umowy arbitrażowej należy oceniać według prawa krajowego mającego zastosowanie do podmiotów zawierających taką umowę⁴, tzn. co do zasady, w przypadku osób fizycznych - ich prawa ojczystego, a w odniesieniu do osób prawnych - prawa państwa, w którym osoby te mają siedzibę.

Omawiając kwestię zdadności arbitrażowej (ang. arbitrability, franc. arbitralité, niem. Schiedsfähigkeit), tzn. dopuszczalności dokonania zapisu na sąd polubowny w ujęciu przedmiotowym należy odnieść się do art. 1157 KPC, który określa jakie spory mogą zostać poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (przedmiotowy zakres dopuszczalności arbitrażu). Na mocy art. 1157 KPC zdadnością arbitrażową zostały objęte wyłączone wcześniej spod rozstrzygania w drodze arbitrażu spory z zakresu prawa pracy, a także spory o prawa niemajątkowe, o ile mogą być przedmiotem ugody sądowej. Kodeks natomiast nadal wyklucza poddawanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spraw o alimenty. W uchwale z dnia 7.5.2009 r. (sygn. akt III CZP 13/09, OSNC 2010, Nr 1, poz. 9⁵), SN rozstrzygnął zgłaszane w doktrynie wątpliwości i opowiedział się za koncepcją ścisłego powiązania zdadności arbitrażowej ze zdadnością ugodową. Przyjął tym samym, że pod rozstrzygnięcie sądu polubownego mogą być poddawane tylko takie spory, które mogłyby być przedmiotem ugody sądowej.

Notice This



3 R. Balicki, Sądownictwo polubowne w Polsce, Acta UWrPPIA 2003, Nr 54, s. 39.

4 Art. V ust. 1 lit. a Konwencji nowojorskiej oraz art. VI ust. 2 Konwencji genewskiej.

5 Uchwała SN z dnia 7.5.2009 r. III CZP 13/09, OSNC 2010, Nr 1, poz. 9.



POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM POLUBOWNYM

Zgonie z art. 1161 § 3 KPC Strony mogą określić liczbę arbitrów pośrednio - przez wskazanie stałego sądu polubownego lub regulaminu arbitrażu ad hoc. Jeżeli strony nie określą liczby arbitrów w żaden sposób, zastosowanie znajdzie reguła kodeksowa z art. 1169 § 2 KPC i sąd będzie orzekać w składzie trzech arbitrów. Rozwiązanie to odpowiada regulacji zawartej w art. 10 ust. 2 prawa modelowego UNCITRAL. Niektóre systemy prawa obcego nie przewidują możliwości powoływania sądów polubownych składających się z parzystej liczby arbitrów (tak np. art. 1453 KPC franc. i art. 1681 ust. 1 KPC belg.). W świetle przepisów KPC jest to dopuszczalne, choć należy zgodzić się z poglądem, że wiąże się z podwyższonym ryzykiem wystąpienia sytuacji patowej, tzn. takiej, w której arbitrzy nie będą w stanie wydać wyroku ze względu na brak większości głosów⁶. Naruszenie zasady równości stron przy powołaniu sądu polubownego może polegać przede wszystkim na przyznaniu jednej stronie uprawnienia do wyznaczenia większości albo nawet wszystkich arbitrów, gdyż klauzula taka byłaby sprzeczna z dobrymi obyczajami i w rezultacie nieważna⁷. W świetle reguł kodeksowych, jeżeli wyrok wydaje sąd arbitrażowy w składzie dwóch arbitrów, konieczne jest osiągnięcie ich jednomyślności, w przeciwnym razie zapis na sąd polubowny traci moc. Gdy arbitrów jest trzech, decyzja może zapaść albo jednomyślnie, albo większością dwóch głosów. Arbitrem przegłosowanym może być zarówno arbiter boczny, jak i arbiter przewodniczący. Jeżeli arbitrów jest czterech albo pięciu, zapis utraci moc jeżeli co najmniej trzech z nich nie uzgodni swojego stanowiska⁸.



WYROK SĄDU POLUBOWNEGO

Wymagania dotyczące zarówno formy, jak i treści wyroku sądu polubownego odpowiadają międzynarodowym standardom w tym zakresie, które odzwierciedla art. 31 prawa modelowego UNCITRAL. Wyrok arbitrażowy musi zawierać: datę i miejsce wydania, oznaczenie stron i arbitrów, wskazanie zapisu na sąd polubowny, na podstawie którego wyrok zostaje wydany, rozstrzygnięcie wraz z motywami rozstrzygnięcia oraz podpisy ar-

6 E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Beck Online Komentarze 2015.

7 orz. SN z 2.3.1948 r., C I 1260/47, PIP 1949, Nr 6-7, s. 139.

8 E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, op. cit.

Notice This



bitrów albo ewentualnie wskazanie przyczyn braku niektórych podpisów. Artykuł 1197 KPC wymienia minimalne wymagania co do treści wyroku sądu polubownego. Wyrok może zawierać ponadto pewne dodatkowe elementy, np. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.



SKARGA O UCHYLENIE WYROKU

Jedynym środkiem zaskarżenia ostatecznego wyroku sądu polubownego wydanego w Polsce jest skarga o uchylenie tego wyroku uregulowana w Tytule VII Części piątej KPC w art. 1205-1211. Przepisy te, z wyjątkiem art. 1211 KPC, mają charakter bezwzględnie wiążący. Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego jest środkiem kontroli orzeczeń arbitrażowych przez sądy powszechne. Zdaniem części doktryny, skarga łączy w sobie cechy nadzwyczajnego środka odwoławczego oraz samodzielnego powództwa o ukształtowanie stosunku prawnego⁹. Zgodnie z tym stanowiskiem, skarga ma na celu zmianę sytuacji prawnej stron uregulowanej wyrokiem sądu polubownego - przez jego uchylenie. Wyrok sądu powszechnego uwzględniający skargę dlatego ma charakter konstytutywny¹⁰.

W art. 1206 KPC zostały zawarte przesłanki skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego wyliczone w sposób wyczerpujący. Zgodnie z nim strona może w drodze skargi żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli:

- 1) brak było zapisu na sąd polubowny, zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny albo utracił moc według prawa dla niego właściwego;
- 2) strona nie była należycie zawiadomiona o wyznaczeniu arbitra,

Notice This



9 S. Dalka, Kontrola sądu państwowego nad sądami polubownymi działającymi w PRL, [w:] E. Łętowska (red.), *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci profesora Jerzego Jodłowskiego*, Wrocław 1989, s. 297; oraz A. Monkiewicz, *Problematyka skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego*, R. Pr. 2001, Nr 6, s. 53 i n.; a także K. Weitz, *Postępowanie ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego a przepisy o postępowaniach odrębnych*, Pal. 2008, Nr 5-6, s. 508

10 W. Głodowski, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego jako pismo procesowe*, ADR 2008, Nr 4, s. 51-62 oraz A. Krawczyk, *Problematyka skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego w świetle prawa międzynarodowego i prawa krajowego*, [w:] J. Olszewski (red.), *Arbitraż i mediacja jako instrumenty wspierania przedsiębiorczości* (Rzeszów 22-23.IX.2006), *Ius et Administratio* 2006, Numer specjalny, s. 107-114



o postępowaniu przed sądem polubownym lub w inny sposób była pozbawiona możliwości obrony swoich praw przed sądem polubownym;

- 3) wyrok sądu polubownego dotyczy sporu nieobjętego zapisem na sąd polubowny lub wykracza poza zakres takiego zapisu, jeżeli jednak rozstrzygnięcie w sprawach objętych zapisem na sąd polubowny daje się oddzielić od rozstrzygnięcia w sprawach nieobjętych tym zapisem lub wykraczających poza jego zakres, wyrok może być uchylony jedynie w zakresie spraw nieobjętych zapisem lub wykraczających poza jego zakres; przekroczenie zakresu zapisu na sąd polubowny nie może stanowić podstawy uchylecia wyroku, jeżeli strona, która brała udział w postępowaniu, nie zgłaszała zarzutów co do rozpoznania roszczeń wykraczających poza zakres zapisu;
- 4) nie zachowano wymagań co do składu sądu polubownego lub podstawowych zasad postępowania przed tym sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony;
- 5) wyrok uzyskano za pomocą przestępstwa albo podstawą wydania wyroku był dokument podrobiony lub przerobiony;
- 6) w tej samej sprawie między tymi samymi stronami zapadł prawomocny wyrok sądu.

Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego może zostać wniesiona w terminie trzymiesięcznym. Dodatkowo w art. 1206 KPC § 2 zawarto enumeratywne wyliczenie dotyczące uchylenia wyroku sądu polubownego wtedy, gdy sąd stwierdził, że według ustawy spór nie może być rozstrzygnięty przez sąd polubowny lub wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego). W związku z powyższym wyczerpującym wyliczeniem przesłanek skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, niedopuszczalne jest żądanie uchylenia wyroku z jakichkolwiek innych przyczyn. Uchylenie wyroku sądu polubownego nie może również nastąpić z urzędu¹¹.

11 E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Beck Online Komenta-



Konsekwencją poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego jest ograniczenie wpływu sądów powszechnych na to, jak spór zostanie rozstrzygnięty. Rozpoznając skargę, sądy nie badają w zasadzie wyroków arbitrażowych co do meritum. Kontrolują je tylko w ograniczonym zakresie - wyłącznie co do przesłanek określonych w art. 1206 KPC. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „przyjmując zapis na sąd polubowny, strony samoograniczają swoje konstytucyjne prawo do sądu”¹².

Wyrok sądu polubownego oraz ugoda przed nim zawarta uzyskują moc prawną na równi z wyrokiem sądu państwowego lub ugodą zawartą przed sądem dopiero po ich uznaniu albo po stwierdzeniu przez ten sąd ich wykonalności. Ustawodawca wprowadza w odniesieniu do nich dodatkowy tryb postępowania, który nie występuje w przypadku orzeczeń sądów państwowych. W doktrynie przyjmuje się najczęściej, że z chwilą uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego można mówić o jego prawomocności w znaczeniu materialnym¹³. Moc prawna na równi z wyrokiem sądu powszechnego, oznacza związanie wyrokiem strony i sąd, który je wydał, jak również inne sądy i organy państwowe, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także innych osoby (art. 365 § 1 KPC). Wyrok taki korzysta z powagi rzeczy osądzonej w granicach przewidzianych w art. 366 KPC.



INSTYTUCJE ARBITRAŻOWE W POLSCE I NA ŚWIECIE

Arbitraż obecnie znajduje szerokie zastosowanie nie tylko w sporach na gruncie regulacji ogólnokrajowych, ale także międzynarodowych. Kryterium, jakim powinno się posługiwać w sporze międzynarodowym, to pojawienie się elementu obcego w stosunku do danego kraju, w którym przykładowo, ma miejsce wydanie orzeczenia oraz zastosowane prawo procesowe. Nieprzypadkowo ważnym determinantem w odróżnieniu arbitrażu krajowego i międzynarodowego, jest zasięg terytorialny, z którym wiąże się problem stosowania prawa właściwego. Niezbędnym jest za-

Notice This



rze 2015.

12 wyr. SN z 11.5.2007 r., I CSK 82/07, OSNC 2008, Nr 6, poz. 64.

13 S. Dalka, Znaczenie sądów polubownych dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych, PE 2002, Nr 19, s. 22; oraz Ł. Błaszczak, Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, Pr. Sp. 2005, Nr 2, s. 29.



stosowanie tutaj powszechnie panującej teorii materialnej i procesowej¹⁴. Teoria materialna bierze pod uwagę charakter stosunku prawnego, z którego spór powstał, albo prawo materialne, jakie stosuje się przy rozstrzygnięciu sporu. Chodzi tutaj przede wszystkim o spory powstałe ze stosunku prawnego wykraczającego podmiotowo poza obszar danego państwa (np. zagranicznego przedsiębiorcy) albo o zastosowanie zagranicznego (obcego) prawa materialnego dla rozstrzygnięcia sporu. Natomiast teoria procesowa uznaje za rozstrzygający fakt rozstrzygnięcia sporu przez organ o cechach organu zagranicznego. Takie cechy posiada np. organ, w którego skład wchodzi obywatele obcego państwa, albo organ, którego siedziba znajduje się poza granicami danego państwa.

Polubowne rozstrzyganie sporów rozwinęło się przede wszystkim poprzez zwiększenie i tak już zakrojonych na szeroką skalę stosunków narodowych w handlu, czy też gospodarce publicznej, wskutek czego znacznie wzrosła popularność tej instytucji. Doprowadziło to do rozwoju regulacji prawnej, dotyczącej arbitrażu, przejawiającej się w licznych konwencjach międzynarodowych oraz w nowelizacjach regulaminów sądów. W prawie krajowym kolejnym przełomem okazał się być proces dostosowywania przepisów wewnętrznych do międzynarodowych, zajmujących się przede wszystkim problematyką postępowania arbitrażowego. Zastosowanie ma tutaj szczególnie ustawa modelowa UNCITRAL, która poprzez swoje wytyczne, ma znaczny wpływ na przepisy o arbitrażu w państwie polskim¹⁵.

Z sądem arbitrażowym wiąże się instytucja, występująca w Polsce oraz pozostałych państwach i przejawiająca się zaistnieniem sądów polubownych, które mają charakter stały¹⁶. W Polsce takimi sądami są m.in. Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan, Sąd Polubowny przy Izbie Handlowo-Przemysłowej w Krakowie, Sąd Arbitrażowy przy Regionalnej Izbie Gospodarczej w Katowicach. Flagowe Instytucje arbitrażowe w Europie to: ICC (Paryż), LCIA (Londyn), VIAC (Wiedeń), DIS (Kolonja), SCC (Sztokholm), NAI (Rotterdam), CAM (Milan), CEPANI (Bruksela). Inne wybrane instytucje arbitrażowe na

14 Dane za stronę: <http://rig.katowice.pl/sad-arbitrazowy/arbitraz/arbitraz-krajowy-i-miedzynarodowy>.

15 Ibidem.

16 Dane za stronę: <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/>.

Notice This



świecie to m.in. Singapore International Arbitration Centre, Dubai International Arbitration Centre, Hong Kong International Arbitration Centre, American Arbitration Association

Należy zaznaczyć, że zasadniczo postępowanie przed sądem arbitrażowym w państwie polskim nie różni się od postępowań w innych krajach. Większość z nich, w tym Polska, przestrzega Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 roku. Obecnie konwencję przyjęło około 150 państw, w których wyroki wydane przez polskie sądy arbitrażowe, są wykonalne.



ZALETY I WADY ARBITRAŻU

Krajowy arbitraż handlowy zdaniem części doktryny może być „konkurencyjny” w stosunku do sądu powszechnego¹⁷, o tyle należy stwierdzić, że zdaniem przeważającej części doktryny, międzynarodowy arbitraż handlowy jest „bezkonkurencyjny” w rozpatrywaniu sporów o charakterze międzynarodowym. Jest to wynikiem tego, że tylko arbitraż handlowy, w przeciwieństwie do sądu powszechnego danego państwa, może zagwarantować stworzenie neutralnego forum do rozstrzygnięcia sporu handlowego, a także powołanie neutralnego trybunału arbitrażowego, czyli zespołu orzekającego w sprawie¹⁸.

W literaturze zarówno zagranicznej, jak i krajowej z zakresu arbitrażu handlowego podkreśla się liczne zalety arbitrażu¹⁹. Należy do nich zaliczyć:

- 1) szybki i odformalizowany charakter rozpoznania sprawy w drodze arbitrażu handlowego i wydania ostatecznego wyroku wiążącego strony, na który wpływa m.in. jednoinstancyjność arbitrażu handlowego;
- 2) poufny charakter postępowania arbitrażowego, wskutek cze-

Notice This



-
- 17 A. Szumański Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego tom 8 Kraków 2010, s. 26.
 - 18 A. Redfern, M. Hunter, N. Blackby, C. Partasides, Law nad Practice s. 26-27
 - 19 Ibidem, s. 25-28, a także K. Lionet, A. Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, s. 76-81, oraz Ł. Błaszczak, M. Ludwik Sądownictwo polubowne, Nb 8-14, s. 14-20



go prowadzenie sporu i niekorzystny dla strony wyrok nie naraża jej na utratę swej reputacji w środowisku gospodarczym;

- 3) możliwość wpływu stron sporu na wybór arbitrów a więc osób rozstrzygających spór, oraz na ustalenie ich liczby, a także na wybór zasad i sposobu prowadzenia postępowania arbitrażowego;
- 4) możliwość wydania ostatecznego i wiążącego strony wyroku rozstrzygającego spór pomiędzy stronami, który ma moc równą prawomocnemu wyrokowi sądu powszechnego (państwowego), wskutek czego uznanie albo wykonanie wyroku sądu arbitrażowego korzysta z przymusu państwowego, tak jak prawomocny wyrok sądu powszechnego.

Natomiast niewątpliwą wadą arbitrażu handlowego jest fakt, iż sąd arbitrażowy rozpoznaje sprawę i wydaje wyrok tylko w granicach zapisu na sąd polubowny (umowy o arbitraż). W związku z tym z zakresu kognicji sądu arbitrażowego są wyłączone te części danego sporu, które nie są wyraźnie objęte wspomnianym zapisem zarówno od strony przedmiotowej²⁰ (np. o pewne elementy ciągu umów, które w przeciwieństwie do innych elementów tego samego ciągu nie zawierają klauzuli arbitrażowej) jak i od strony podmiotowej²¹ (np. umowa o arbitraż została zawarta tylko pomiędzy jedną ze spółek (np. spółką zależną) a jej kontrahentem, zaś umowa była faktycznie zawierana i wykonywana przez spółkę dominującą bądź inną spółkę z grupy) mimo że funkcjonalnie części te są nieodłącznie związane z tym samym sporem.

Kolejną zauważalną wadą arbitrażu jest fakt, że sędziowie sądów powszechnych posiadają znacznie szerszy zakres uprawnień niż arbitrzy, którzy nie mogą stosować środków przymusu w stosunku do stron sporu czy do świadków. Różny może też być zakres upoważnienia arbitrów do stosowania środków zapobiegawczych.

Zwraca się również uwagę na okoliczność, że arbitraż handlowy niekoniecznie musi stanowić tańszy sposób rozstrzygnięcia sporów niż

20 J. G. Frick, *Arbitration and complex international contracts*, s. 229-241

21 A. Szumański, *Wpływ uczestnictwa spółki kapitałowej*, s. 44-58.

Notice This



sądownictwo powszechne, a wręcz przeciwnie, w niektórych przypadkach może być sposobem droższym. Jest to uzależnione w znacznym stopniu od wartości przedmiotu sporu, od sposobu określenia przez stały sąd arbitrażowy albo arbitraż ad hoc wysokości pobieranych opłat arbitrażowych, a także ustalania wydatków i określania honorariów arbitrów²².



TENDENCJE ROZWOJU ARBITRAŻU

Dla określenia ustawowych warunków funkcjonowania krajowego arbitrażu gospodarczego istotną cenzurą był 2005 rok i wejście w życie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, obejmujących art. 1154-1217. W dużej mierze spełniły one oczekiwania praktyków, przyczyniając się do ujednoczenia terminologii i standardów stosowanych w arbitrażu międzynarodowym i krajowym²³. Podstawowe znaczenie dla ukształtowania się praktyki arbitrażowej miało uregulowanie formy zapisu na sąd polubowny, potwierdzenie kompetencji sądu arbitrażowego do badania swojej właściwości czy uregulowanie relacji między sądem powszechnym a sądem polubownym.

Obecnie według dr. Jana Broła funkcjonują w Polsce 53 sądy arbitrażowe²⁴. Jednakże jedynie około 20 z nich działalność jest zauważalna. Według opublikowanego przez ICC Biuletynu Nr 1/2008 na przeszło 200 państw członków ONZ i 160 korzystających z usług ICC, Polska jest na 14. miejscu pod względem ilości stron, które korzystają z arbitrażu. Plasujemy się w ICC na 15. miejscu pod względem liczby arbitrów narodowości polskiej. Jesteśmy na 11. miejscu jako kraj miejsca arbitrażu (ex aequo ze Szwecją). Warszawa jest na 11. miejscu jako najczęściej wybierane miejsce arbitrażu, ex aequo z Monachium, Hongkongiem, Miami i Sao Paulo w Brazylii. Prawo polskie jest na 8. miejscu jako najczęściej wybierane prawo arbitrażu ICC. Język polski staje się bardzo popularnym językiem arbitrażu. Jest wymieniany na 9. miejscu jako język arbitrażu w 2007 r., a w 2006 r. był na miejscu 4. po angielskim, francuskim, hiszpańskim, a przed rosyjskim, niemieckim,

Notice This



-
- 22 A. Szumański Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego tom 8 Kraków 2010, s. 28.
 - 23 M. Furtek, C. Wiśniewski Polski arbitraż z widokami na przyszłość Rzeczpospolita- Prawo, 06.08.2014.
 - 24 J. Broł, Bariery na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Sądownictwo polubowne (arbitrażowe) – Prawo w działaniu Nr 6, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2008.



włoskim, portugalskim, arabskim, tureckim i chińskim. Z perspektywy ICC Polska jest krajem najważniejszym w Europie Centralnej i Wschodniej. W każdej z powyższych kategorii wyprzedzamy wszystkich naszych sąsiadów ze wschodu i południa. Odgrywamy coraz większą rolę w ICC, coraz lepiej kojarzone są nazwiska polskich arbitrów oraz coraz wyżej cennie jest polskie prawo arbitrażowe²⁵.

Coraz częściej w literaturze zauważa się zjawisko „kultury” arbitrażu międzynarodowego. Środowisko arbitrażowe tworzy nie tylko regulaminy, reguły i praktyki postępowania, ale także swoistą kulturę prowadzenia postępowania i orzekania. Tak wyodrębnione kulturowo środowisko rozstrzygania sporów wpływa także na odmiennosc (w stosunku do sądów powszechnych) merytorycznego rezultatu arbitrażu²⁶. Nie wydaje się aby kształtującą się samodzielnie „kulturę” arbitrażową należało postrzegać jako zagrożenie, gdyż arbitraż jest formą emanacji społeczeństwa otwartego²⁷.

Fundamentalne przesłanki wzrostu zainteresowania arbitrażem międzynarodowym to przede wszystkim globalizacja powiązań ekonomicznych i idąca z tym „delokalizacja” obrotu gospodarczego, dla którego naturalną rzeczą jest wybór mechanizmu rozstrzygania ewentualnych sporów, który nie jest związany z systemem sądowym jednej tylko z umawiających się stron. W związku z tym wybór drogi arbitrażowej rozstrzygania sporów nie wiąże się dla stron z rezygnacją z „naturalnego” prawa do sądu²⁸.

Za główną przyczynę rozwoju arbitrażu Oxford Study on CivilJustice Systems in Europe, uznało:

- Poszukiwanie rozwiązań przystających do zmieniającej się rzeczywistości obrotu handlowego.

25 P. Nowaczyk Perspektywy rozwoju sądownictwa polubownego w Polsce, Kwartalnik ADR • Nr 1(5)/2009, s. 146.

26 I. Karton The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law, Oxford 2013.

27 M. Jamka, e-Przeгляд Arbitrażowy, 2014 Nr 1-2, s. 19.

28 M. Furtek, C. Wiśniewski Polski arbitraż z widokami na przyszłość Rzeczpospolita- Prawo, 06.08.2014.

Notice This



- Dążenie do efektywnego dysponowania czasem i środkami (szybkość).
- Próba „ominięcia” wad postępowania przed sądami powszechnymi (poufność).
- Z przeprowadzonych badań wynika, że Ponad 63% przedsiębiorców europejskich wybiera arbitraż²⁹.

Zauważalny jest wzrost zainteresowania arbitrażem w głównej mierze przez przewagę i atrakcyjność dla przedsiębiorców zarówno na płaszczyźnie praktycznej, jak i wartości, które za sobą niesie. W sferze pragmatycznej podkreśla się jego zalety takie jak: szybkość postępowania, niższe koszty, poufność elastyczność reguł, możliwość korzystania z eksperckiej wiedzy arbitrów. Nie sposób jednak nie zauważyć, że nie zawsze wszystkie te założenia udaje się urzeczywistnić w zadowalającym stopniu. W wielu przypadkach niższe koszty czy szybkość nie odnoszą się do postępowań arbitrażowych.



ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie roli jaką spełnia głównie polski arbitraż na arenie krajowej i międzynarodowej. Niezaprzeczalnie rośnie zainteresowanie sądownictwem polubownym. Jedną z przyczyn tego zjawiska jest jego sprawność, fachowość, poufność, a niekiedy też tempo rozpoznawanych spraw. Dodatkowo rozwój gospodarczy Polski w ostatnich 20 latach, a w konsekwencji wielość i złożoność sporów powstałych na tle stosunków gospodarczych, z których rozstrzygnięciem sądy powszechne nie zawsze mogły sobie poradzić również wpłynął na rozwój arbitrażu. Kolejnym punktem zwrotnym jest coraz bardziej przyjazne otoczenie prawne i poprawiające się rozumienie istoty i zalet sądownictwa polubownego.

Notice This



29 Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law. A Business Survey. Final Results. Oxford, 1 Października 2008, str. 45.



Wpływ
**PRZEKSZTAŁCENIA
W SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ
JEDNOOSOBOWEJ
DZIAŁALNOŚCI
GOSPODARCZEJ
OSOBY FIZYCZNEJ
NA JEJ POZYCJĘ
W PROCESIE CYWILNYM**



Ivo Kucharczuk

apl. adw., ORA w Warszawie



Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych z 25 marca 2011 r.¹ wprowadziła możliwość przekształcenia działalności gospodarczej osoby fizycznej w spółkę kapitałową. Jako że wcześniej przekształcenie jednoosobowe formy prowadzenia działalności gospodarczej przy zachowaniu jej ciągłości nie było możliwe, wprowadzone zmiany uzupełniły istniejącą w tym zakresie lukę². Specyfika wprowadzonych konstrukcji stanowi jednak źródło istotnych wątpliwości przy ocenie wpływu przekształcenia na pozycję w procesie cywilnym osoby fizycznej, której działalność została przekształcona.

Wpływ przekształcenia w spółkę kapitałową działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną na pozycję tej ostatniej w procesie cywilnym wymaga analizy na dwóch odrębnych płaszczyznach. Po

-
- 1 Ustawa z dnia 25 marca 2011 r. o ograniczeniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. 2011 nr 106, poz. 622).
 - 2 Tak uzasadnienie projektu ustawy o ograniczeniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, druk sejmowy VI kadencji nr 3656, s. 39; M. Zięba, J. Wróbel, Możliwość kontynuowania działalności gospodarczej zmarłego przedsiębiorcy przez jego spadkobierców w świetle nowelizacji KC oraz k.s.h. – cz. II, MoP 2012, nr 24, s. 1299; M. Zdyb, M. Sieradzka, Przekształcenie przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną w spółkę kapitałową – aspekty praktyczne, MoP 2012, nr 11, s. 565.

Notice This



pierwsze należy rozważyć w jak w wyniku przekształcenia działalności osoby fizycznej kształtuje się zakres przysługujących jej środków procesowej obrony. Po drugie konieczne jest określenie czy przekształcenie działalności może prowadzić - z mocy prawa albo za zgodą stron postępowania - do zmian podmiotowych w postępowaniu cywilnym, w tym w szczególności czy osoba fizyczna traci w jego następstwie status strony postępowania. Szczegółowa analiza obu zarysowanych zagadnień musi być jednak poprzedzona przez uwagi natury ogólnej dotyczące wprowadzonej do kodeksu spółek handlowych procedury przekształcenia.

W obecnym stanie prawnym dopuszczalność przekształcenia wynika z art. przepisu art. 551 § 1 k.s.h., zaś procedurę i skutki tej transformacji określają przepisy art. 584¹- art. 584¹³k.s.h. Zgodnie z art. 584¹§ 1 k.s.h. działalność gospodarcza osoby fizycznej (przedsiębiorcy przekształcanego) staje się spółką kapitałową (przekształconą) z momentem wpisu spółki do Krajowego Rejestru Przedsiębiorców (dniem przekształcenia). Przepis art. 584²§ 1 k.s.h. stanowi, że z tą chwilą spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością gospodarczą osoby fizycznej³. Znaczenie powołanej regulacji w doktrynie i orzecznictwie tłumaczone jest za pomocą konstrukcji sukcesji uniwersalnej⁴.

W doktrynie podkreśla się bowiem, że następstwo prawne wynikające z art. 584² § 1 k.s.h. należy rozumieć jako wstąpienie nowo utworzonej spółki we wszystkie prawa i obowiązki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Z zestawienia art. 584¹k.s.h. oraz art. 584²k.s.h. wynika zaś, że transformacja obejmuje wszelkie tak określonych prawa i obowiązki. Swoboda przedsiębiorcy ogranicza się tym samym jedynie do podjęcia decyzji o przekształceniu i formie powstającej spółki kapitałowej, gdyż nie jest władny kształtować swoimi oświadczeniami jej skutków, które następują ex lege, nie może także wybrać, które z jego zasobów zaangażowanych do prowadzonej działalności przejdą na spółkę⁵.

Notice This



-
- 3 Chodzi tu prawa i obowiązki zarówno o charakterze prywatnoprawnym, jak i publicznoprawnym.
 - 4 Podobnie uzasadnienie projektu ustawy o ograniczeniu barier ..., s. 39; M. Zięba, J. Wróbel, *Możliwość kontynuowania...*, s. 1300; M. Zdyb, M. Sieradzka, *Przekształcenie przedsiębiorcy...*, s. 568 i 570.
 - 5 Por. wyrok SA w Łodzi z dnia 30 września 2014 r., I ACa 829/14, *Legalis* nr 1091754.



Skutkiem przekształcenie jest zatem poddanie pod reżim k.s.h. całej prowadzonej dotychczas jednoosobowo przez osobę fizyczną działalności gospodarczej oraz należącego do niej i wykorzystywanego w tym celu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 k.c.⁶

Zasada kontynuacji działalności gospodarczej w aspekcie cywilnoprawnym oznacza, że treść stosunków prawnych spółki przekształcanej, łączących ją z osobami trzecimi, nie ulega zmianie, a jedynie ich stroną staje się z mocy art. 584² § 1 k.s.h. spółka kapitałowa, w miejsce osoby fizycznej⁷. Wskazana zasada dotyczy nie tylko stosunków zobowiązaniowych o wynikających z umowy, ale także z czynów bezprawnych oraz bezpodstawnego wzbogacenia.

Tym samym na mocy art. 584¹ § 1 k.s.h. przekształcenie powoduje takie skutki jak klasycznie rozumiana sukcesja generalna z tym jednak zastrzeżeniem, że nie wiąże się ona z utratą podmiotowości prawnej przez osobę fizyczną, która zmienia w ten sposób formę prawną prowadzonej działalności gospodarczej, zaś sukcesja spółki ma jedynie częściowy charakter, gdyż dotyczy tylko tych praw i obowiązków osoby fizycznej, które są związane z działalnością gospodarczą.

Spostrzeżenie to ma kluczowe znaczenie dla obu analizowanych w niniejszym opracowaniu płaszczyzn.

Brzmienie art. 584¹ § 1 zd. 2 oraz 2 k.s.h. wskazuje, że na skutek przekształcenia osoba fizyczna traci status przedsiębiorcy, jako że sąd rejestrowy zawiadamia o wpisie spółki przekształcanej właściwy organ ewidencyjny, który z urzędu wykreśla przedsiębiorcę przekształcanego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Zgodnie z art. 584² § 3 k.s.h. z dniem przekształcenia nabywa ona status wspólnika powstającej spółki kapitałowej i jako taki przestaje ponosić odpowiedzialność za

Notice This



6 M. Zięba, J. Wróbel, *Możliwość kontynuowania...*, s. 1300.

7 Por. T. Szczurowski, *Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową*, *Monitor Prawa Handlowego* 2012, nr 2, s. s. 46; M. Zdyb, M. Sieradzka, *Przekształcenie przedsiębiorcy...*, s. 568; T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, (w:) *tychże (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. IV*, Warszawa 2011, s. 306; M. Zięba, J. Wróbel, *Możliwość kontynuowania...*, s. 1300-1301.

powstałe po tej dacie zobowiązania wynikające z przekształconej działalności gospodarczej. Obejmowane przez osobę fizyczną udziały w kapitale zakładowym spółki pokrywane są całym należącym do niej przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 551 k.c. Należy jednak zaznaczyć, że o ile wniesienie przedsiębiorstwa aportem do spółki stanowi formę jego zbycia w rozumieniu art. 554 k.c., to tego typu wypadek nie zachodzi w procesie transformacji na mocy art. 584¹k.s.h.⁸. Z przyjętego w art. 584²k.s.h. mechanizmu sukcesji uniwersalnej wynika, że w zobowiązania związane z przekształconą działalnością gospodarczą przechodzą na spółkę, która w ich zakresie staje się dłużnikiem.

Z kolei osoba fizyczna ponosi z nią solidarną odpowiedzialność za zobowiązania powstałe przed dniem przekształcenia nie jako strona stanowiących ich źródło stosunków prawnych, ale na podstawie art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h. jako osoba trzecia za dług cudzy⁹.

Należy podkreślić, że wskazane rozwiązanie opiera się na odróżnieniu stosunku zobowiązaniowego i stosunku odpowiedzialności. Konsekwencją tego jest odróżnienie sytuacji dłużników solidarnych, zobowiązanych do spełnienia świadczenia, od takich, którzy ponoszą jedynie odpowiedzialność za spełnienie świadczenia. W związku z powyższym należy przyjąć, że wierzyciel nie może dochodzić od osoby fizycznej, której działalność przekształcono spełnienia świadczenia pierwotnego, a jedynie może żądać odszkodowania za szkody wyrządzone brakiem spełnienia tego świadczenia przez spółkę jako dłużnika.

Notice This



8 M. Zięba, J. Wróbel, *Możliwość kontynuowania...*, s. 1303.

9 Tak wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 maja 2015 r., I ACa 428/15, niepubl. Szerzej na temat konstrukcji odpowiedzialności za dług cudzy w prawie polski por. H. Mądrzak, *Przymusowe zaspokojenie wierzyciela z tytułu długu jednego z małżonków*, Warszawa 1977, s. 52; oraz publikacje powołane w przypisie nr 26.



ZARZUTY MATERIALNOPRAWNE PRZYSŁUGUJĄCE OSOBIE FIZYCZNEJ, KTÓREJ DZIAŁALNOŚĆ PRZEKSZTAŁCONO W SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ

W świetle powyższego wymaga rozważenia zagadnienie zakresu i treści dopuszczalnych zarzutów, którymi osoba fizyczna może się bronić w ewentualnym procesie cywilnym. Zgodnie z art. 375 § 1 k.c. może ona konstruować wszystkie te zarzuty, które przysługują jej osobiście względem wierzyciela, jak również posługiwać się tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania, są dla niej wspólne ze spółką przekształconą. Druga z wymienionych kategorii obejmuje wszystkie te zarzuty, które wynikają z tych stosunków, w oparciu o które wierzyciel sformułował roszczenie materialnoprawne.

Ze względu jednak na przyjętą w art. 5842§ 1 k.s.h. konstrukcję sukcesji uniwersalnej wątpliwości budzi to, czy osoba fizyczna może czynić użytek z tych zarzutów, które dla wywołania skutku wymagają złożenia oświadczenia woli o charakterze materialnoprawnym.

Do kategorii zarzutów wymagających oświadczenia woli należą w szczególności potrącenie, wybór uprawnień z tytułu rękoi oraz ich wykonanie, a także facultas alternativa oraz zarzut przedawnienia.

W tym zakresie możliwe są trzy sytuacje. Po pierwsze, jeżeli jeszcze przed dniem przekształcenia osoba fizyczna złożyła stosowne oświadczenie woli i jeszcze przed tą datą dotarło ono do adresata, to może ona podnosić wynikające z niego zarzuty w pełnym zakresie. Po drugie możliwa jest także sytuacja, w której osoba fizyczna złożyła oświadczenie materialnoprawne jeszcze przed tym dniem, natomiast adresat otrzymał je po zarejestrowaniu spółki przekształconej w KRS. Stosownie do art. 62 k.c. takie oświadczenie woli jest skuteczne¹⁰, chyba że spółka przekształcona zdołała je

10 Użyte w przepisie sformułowania mogą sugerować, że regulacja zawarta w omawianym artykule dotyczy wyłącznie przypadków, gdy nadawcą oświadczenia woli jest osoba fizyczna, która następnie traci zdolność prawną albo zdolność do czynności prawnych. Przez wzgląd na ratio legis przepisu należy przyjąć, że dotyczy on wszelkich przypadków sukcesji przysługujących osobie fizycznej praw i obowiązków na rzecz innych podmiotów, w tym kierunku J. Grykiel, M. Lemkowski, Czynności prawne. Komentarz do art. 56-81 KC, Warszawa 2010, kom. do art. 62, Nb. 4.

Notice This



odwołać na zasadach określonych w art. 61 k.c. Po trzecie możliwa jest sytuacja, w której osoba fizyczna nie złożyła koniecznego oświadczenia materialnoprawnego przed dniem przekształcenia i z jego nadejściem stanowiące ich podstawę zarzuty przeszły na spółkę. Jako że skutek sukcesji uniwersalnej następuje z dniem wpisu spółki kapitałowej do Krajowego Rejestru Sądowego, na datę którego osoba fizyczna zasadniczo nie ma wpływu. Dlatego też w chwili złożenia oświadczenia woli w celu wykonania zarzutu, może nie mieć świadomości, że jest ono bezskuteczne wobec przejścia uprawnienia na inny podmiot prawa.

Jak już wcześniej wskazano osoba fizyczna nie odpowiada a zobowiązania jako strona stosunków prawnych, ale na mocy art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h., które czynią ją odpowiedzialną za dług cudzy. W tym zakresie osoba fizyczna ponosi zatem przez okres trzech lat szczególną odpowiedzialność gwarancyjną, która jest oderwana od długu. W orzecznictwie przyjmuje się, że w podobny sposób została ukształtowana solidarna odpowiedzialność współników spółki osobowej ze spółką. Stosownie jednak do art. 35 § 2 k.s.h. współnicy spółek osobowych mogą podnosić zarzuty przysługujące spółce wobec wierzyciela, zaś jeżeli wymaga to złożenia oświadczenia woli przez spółkę celem uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, potrącenia lub w innych podobnych przypadkach, to współnik może odmówić zaspokojenia wierzyciela, dopóki spółka nie złoży takiego oświadczenia. W tej sytuacji wierzyciel może wyznaczyć spółce dwutygodniowy termin do złożenia oświadczenia woli, po którego bezskutecznym upływie współnik może wobec wierzyciela wykonać służące spółce uprawnienie.

Regulacja art. 35 § 2 k.s.h. znajduje zastosowanie zarówno w razie transformacji w spółkę osobową działalności gospodarczej prowadzonej w ramach spółki cywilnej, jak również w razie przekształcenia w drodze wniesienia do spółki osobowej przedsiębiorstwa przez osobę fizyczną. Co jednak znamienne ustawodawca nie przyjął analogicznego rozwiązania w ramach regulacji przekształcenia działalności jednoosobowej w spółkę kapitałową. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że w tej sytuacji osoba fizyczna nie może korzystać z tych zarzutów spółki przekształconej, które dla wywołania skutku prawnego wymagają złożenia oświadczenia woli¹¹. Ustawodawca nie zdecydował się bowiem powielić przyjętego w art. 35 § 2 k.s.h. rozwiąza-

11 Por. wyrok SA w Łodzi z dnia 30 września 2014 r., I ACa 829/14, Legalis nr 1091754.





nia w zakresie konstrukcji przyjętych wart. 584¹- art. 584¹³k.s.h. Ocena, że było to celowe działanie, prowadzi do wniosku, że tym zakresie nie zachodzi uzasadniająca analogię luka ustawowa², a jedynie luka aksjologiczna, która może co najwyżej stanowić źródło postulatów de lege ferenda³.

Należy jednak odnotować, że na tle zbliżonej konstrukcyjnie do omawianej sytuacji odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w jednym z wyroków Sąd Najwyższy wskazał, że na podstawie stosowanego w drodze analogii art. 35 k.s.h. mogą oni przedstawić wierzycielowi zarzuty, które przysługują wobec niego spółce¹⁴.

Zawarta w powołanym orzeczeniu wykładania została jednak oparta na założeniu gwarancyjnej koncepcji odpowiedzialności członków zarządu, obecnie zaś przeważa pogląd o jej odszkodowawczym charakterze, który wyklucza odpowiednie stosowanie art. 35 k.s.h.¹⁵. Natomiast zawarta w powołanym orzeczeniu argumentacja pozostaje aktualna na tle odpowiedzialności osoby fizycznej ustanowionej w art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h.

Za gwarancyjnym charakterem analizowanej odpowiedzialności przemawia w szczególności to, że dotyczy ona zobowiązań spółki bez czynienia osoby fizycznej współdłużnikiem, zaś czas trwania tej odpowiedzialności ograniczony został terminem zawitym. Okoliczności te wskazują, że celem powołanych regulacji była przede wszystkim ochrona wierzycieli osoby fizycznej, które mogą doznać uszczerbku w związku z przekształceniem formy prowadzenia jej działalności. Transformacja i związana z nią częściowa sukcesja generalna obejmuje bowiem jedynie te składniki majątku osoby fizycznej, które związane są z prowadzoną działalnością gospodarczą,

Notice This



-
- 12 Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 237; Z. Radwański, M. Zieliński, (w:) M. Safjan (red.), *SPP, Prawo cywilne - część ogólna*, t. 1, Warszawa 2012, s. 491.
 - 13 Por. Z. Radwański, M. Zieliński, (w:) M. Safjan (red.), *SPP*, t. 1, 2012, s. 491; Z. Radwański, *Problemy metodologiczne dogmatyki prawa cywilnego*, (w:) *Zagadnienia metodologiczne prawnoznawstwa*, Ossolineum 1982, s. 104 i 105; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 237 i n.
 - 14 Zob. wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2007 r., V CSK 55/07, OSNC-ZD 2008/A, poz. 24.
 - 15 Tak uchwała SN (7) z dnia 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009 nr 2, poz. 20, w zakresie art. 35 k.s.h. potwierdzona postanowieniem SN z dnia 9 listopada 2008 r. III CZP 21/08, Biul. SN 2008 nr 11.

podczas gdy jej dotychczasowa osobista odpowiedzialność za zobowiązania obejmowała także jej pozostały majątek. Wskazana okoliczność powoduje, że w braku rozwiązań przyjętych w art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h. transformacja skutkowałaby wyłączeniem części majątku osoby fizycznej spod egzekucji. Należy odnotować, że przyjęta w art. 527 – art. 534 k.c. konstrukcja skargi paulińskiej nie zapewnia ochrony w tego typu sytuacjach. Nie jest bowiem możliwe kwestionowanie czynności prawnej, która skutkuje zmianą osoby dłużnika bez zgody wierzyciela. Jednocześnie objęcie przekształcenie obowiązkiem postępowania konwokacyjnego znacząco ograniczyłoby jego ekonomiczną opłacalność, a w konsekwencji praktyczny zakres zastosowania.

Wobec powyższego należy przyjąć, że charakter i kształt odpowiedzialności osoby fizycznej na ustanowionej w art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h. uzasadniają analogiczne zastosowanie art. 35 § 2 k.s.h. w celu umożliwienia jej czynienia użytku z tych zarzutów spółki, które dla wywołania skutków prawnych wymagają złożenia materialnoprawnego oświadczenia woli.

Rozwiązanie to jest jednak ryzykowne, jako że brak w tym zakresie jednolitej linii orzeczniczej, zaś nieliczne orzeczenia w tej materii opowiadają się za przeciwnym rozwiązaniem. W tej sytuacji należy wskazać, że osoba fizyczna ponosi odpowiedzialność za dług, który jest w całości długiem osoby trzeciej – spółki. Dlatego też na podstawie art. 376 § 1 k.c. w drodze regresu może się ona domagać zwrotu spełnionego świadczenia w pełnym zakresie, co wypełnia przesłankę przypozwania spółki w trybie art. 84 § 1 k.p.c. Jeżeli powstała na skutek transformacji spółka nie jest już wówczas pod kontrolą osoby fizycznej, której działalność została przekształcona, silny bodziec dla wzięcia udziału w sprawie i złożenia odpowiednich oświadczeń materialnoprawnych stanowi regulacja art. 85 k.p.c. Zgodnie z powołanym przepisem jeżeli spółka nie przystąpiła do postępowania przeciwko osobie fizycznej, z chwilą w której to było możliwe, to w razie ewentualnego procesu regresowego nie może podnieść zarzutu, że sprawa przeciwko osobie fizycznej została błędnie rozstrzygnięta.



WPLYW PRZEKSZTAŁCENIA DZIAŁALNOŚCI OSOBY FIZYCZNEJ W SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ NA PODMIOTOWĄ STRUKTURĘ POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Jak już wcześniej wskazano konieczne jest także rozważenie czy transformacja działalności gospodarczej w spółkę kapitałową może prowadzić - z mocy prawa albo za zgodą stron postępowania - do zmian podmiotowych w postępowaniu cywilnym, w tym w szczególności czy osoba fizyczna traci w jego następstwie status jego strony. W tym zakresie możliwe są trzy sytuacje procesowe. Po pierwsze sytuacja, w której przekształcenie działalności nastąpiło przed wytoczeniem powództwa albo po jego wytoczeniu, jednak przed doręczeniem pozwu. Po drugie przekształcenie może nastąpić już po doręczeniu powództwa, a zatem w toku sprawy. Ostatnia, trzecia możliwość dotyczy sytuacji, w której do przekształcenia doszło po prawomocnym zakończeniu postępowania. W każdy z opisanych przypadków przekształcenie może dotyczyć zarówno strony powodowej, jak i pozwanej. Szczegółowa analiza wszystkich trzech przypadków musi być jednak poprzedzona uwagami natury ogólnej.

Zarysowane wyżej trzy sytuacje dotyczą zagadnienia przekształceń podmiotowych w postępowaniu cywilnym. W ramach tej grupy należy wyróżnić przekształcenia, które dają się zakwalifikować jako przypadki następstwa procesowego. Zgodnie z przeważającym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, przyjmuje się, że następstwo procesowe jest wstąpieniem nowej osoby do procesu cywilnego na miejsce dotychczasowej strony¹⁶, zaś wstąpienie nowego podmiotu jako nowego, kolejnego uczestnika postępowania po jednej ze stron nie stanowi w tym ujęciu następstwa procesowego. Odróżnienie jest istotne z tej przyczyny, że podmiot wstępujący w miejsce dotychczasowej strony do procesu wstępuje także w jej sytuację procesową, co oznacza jego związanie czynnościami procesowymi tej strony¹⁷.

Następstwo procesowe może być po pierwsze związane z następstwem prawnym, a zatem być rezultatem zmian podmiotowych zachodzących w zakresie stosunków materialnoprawnych objętych przedmiotem postępowania¹⁸. Po

16 W. Broniewicz, *Następstwo procesowe w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 20;

17 Tamże, s. 53.

18 Np. przypadki uregulowane w art. 174 § 1 pkt 1, art. 180 § 1 pkt 1 i 2 oraz art. 192 pkt 3

Notice This



drugie zarówno k.p.c., jak i w ustawy odrębne ustanawiają szczególne przypadki następstwa procesowego, które nie jest związane z przekształceniami podmiotowymi w zakresie stosunków materialnoprawnych¹⁹. W przypadku przekształcenia w spółkę kapitałową działalności gospodarczej osoby fizycznej brak jednak przepisu szczególnego, który przewidywałby następstwo procesowe spółki przekształcanej w miejsce osoby fizycznej. Nie ma takiego charakteru omówiony już wcześniej art. 584² § 2 k.s.h., jako że dotyczy on wyłącznie następstwa materialnoprawnego. Stąd też następstwo procesowe w przypadku przekształcenia działalności może mieć swoją podstawę w tych przepisach k.p.c., które regulują przypadki następstwa procesowego związanego ze zmianami podmiotowymi zachodzącymi w stosunkach materialnoprawnych objętych przedmiotem postępowania.

W powyższym zakresie można wyróżnić następstwo procesowe z mocy prawa oraz następstwo uwarunkowane zgodą stron postępowania. Następstwo procesowe następuje ex lege w przypadku utraty zdolności sądowej przez stronę. Zostało ono uregulowane niejako pośrednio, w ramach przepisów dotyczących zawieszenia postępowania, co znacząco utrudnia ich analizę dogmatyczną. Nietrudno też zauważyć, że elementy konstrukcyjne tego typu następstwa tworzone były w literaturze przede wszystkim w odniesieniu do osób fizycznych (por. art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c., art. 180 § 1 pkt 1 k.p.c.). Następstwo prawne w znaczeniu materialnoprawnym następuje ex lege w związku ze śmiercią osoby fizycznej i wywołuje także określone skutki procesowe w postaci możliwości kontynuacji odpowiedniego postępowania rozpoznawczego z udziałem spadkobierców zmarłego (art. 180 § 1 pkt 1 k.p.c.). Odpowiadają mu elementy konstrukcyjnym następstwa procesowego w razie utraty zdolności sądowej przez daną osobę prawną (art. 174 § 1 pkt 1 i art. 180 § 1 pkt 2 k.p.c.). Stosownie do art. 180 § 1 pkt 2 k.p.c. utrata zdolności sądowej powoduje konieczność ustalenia ogólnego następcy prawnego.

Tak skonstruowany związek następstwa materialnoprawnego i procesowego niejako automatycznie przenosi się również w sferę następstwa

Notice This



k.p.c. Por. W. Brodniewicz, *Następstwo...*, s. 40–41; A. Cudna-Wagner, *Następstwo procesowe w przypadku podziału spółki przez wydzielenie*, PPH 2008, nr 10, s. 33.

19 Np. art. 194 § 2 oraz w art. 196 § 2 k.p.c. oraz art. 144 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 233) i art. 117 § 4 k.r.o. Por. A. Cudna-Wagner, *Następstwo...*, s. 33.



pojawiającego się w obrocie handlowym. Oznacza to, że także i w tym obszarze dostrzega się potrzebę akcentowania tradycyjnych elementów następstwa pod tytułem ogólnym w postaci wystąpienia jego skutków ex lege w związku z utratą podmiotowości prawnej przez poprzednika prawnego podmiotu wstępującego w jego prawa i obowiązki. W tym niejako tradycyjnym ujęciu przyjmuje się, że następstwo prawne po określonym podmiocie prawa nie skutkuje per se następstwem procesowym successora, jeżeli nie istnieje wyraźny przepis procesowy, który je przewiduje. Podkreśla się w ten sposób autonomiczny charakter następstwa procesowego wobec sukcesji materialno-prawnej. Stanowisko, zgodnie z którym następstwo procesowe ogólne lub szczególne, następujące z mocy prawa (bez zgody strony przeciwnej), możliwe jest wyłącznie w wypadku śmierci strony lub utraty przez stronę nie będącą osobą fizyczną zdolności sądowej dotychczas dominowało w orzecznictwie Sądu Najwyższego²⁰.

Po drugie należy wyróżnić przypadki następstwa prawnego, które wymagają dla swej skuteczności zgody stron postępowania zgodnie z art. 192 pkt 3 k.p.c. Przepis ten stanowi, że z chwilą doręczenia pozwu zbycie w toku sprawy rzeczy lub prawa objętych sporem nie ma wpływu na dalszy bieg sprawy, jednak nabywca może wejść na miejsce zbywcy za zezwoleniem strony przeciwnej²¹. Powołana regulacja dotyczy następstwa procesowego wynikającego z przejścia praw lub obowiązków dotychczasowej strony procesu, która zachowuje byt prawny, na inny podmiot. Optyka omówionego wcześniej tradycyjnego ujęcia wymuszała szerokie rozumienie pojęcia „zbycia” na gruncie powołanego przepisu jako każdego przejścia praw i obowiązków, bez względu na to, czy przejście praw i obowiązków następuje w drodze czynności dokonanej przez stronę, czy też w skutek innych zdarzeń lub z mocy ustawy²².

20 Tak m.in. wyrok SN z dnia 19 października 2005 r., V CK 708/04, LEX nr 187102; wyrok z dnia 10 stycznia 2003 r., I PK 87/2002, OSNP 2004/13, poz. 223, postanowienie SN z dnia 18 lutego 2009 r. I CZ 7/09, niepubl.

21 Orzecznictwie przyjmuje się Na tle art. 192 pkt 3 k.p.c., że warunkiem następstwa jest wyrażenie zgody nie tylko przez stronę przeciwną procesowi, ale także i zbywcę, który musi potwierdzić wstąpienie w jego miejsce nabywcy rzeczy albo prawa, por. wyrok SN z dnia 19 października 2005 r., V CK 708/04, LEX nr 187102. W braku zgody stron zbywca zachowuje legitymację procesową, natomiast powaga rzeczy osądzonej wyroku zapadłego przy jego udziale zbywcy obejmuje również nabywcę.

22 W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część szczegółowa*, Warszawa 1959, s. 26; Z. Resich i W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1969, s. 343; A. Cudna-Wagner, *Następstwo ...*, PPH 2008, nr 10, s. 34.

Notice This



Rozwój obrotu gospodarczego prowadzi jednak do coraz to bardziej złożonych przekształceń form prowadzenia działalności gospodarczej. Wskazana tendencja doprowadziła do powstania dwóch postaci materialnego następstwa prawnego, odpowiednio pełnego i częściowego. Tożsamość konstrukcji prawnej w obu tych postaci następstwa pozwala niewątpliwie łączyć z nimi zbliżone skutki prawne, w tym także ogólnego następstwa procesowego. Z systematycznego punktu widzenia sytuacja, w której różnicowałyby się procesowe skutki całkowitego i częściowego następstwa prawnego, będącego rezultatem podziału przez wydzielenie budzić musi uzasadnione wątpliwości dogmatyczne. Trudno bowiem przyjmować, że przekształcenie strony postępowania, które skutkuje *ex lege* częściową sukcesją uniwersalną należących do niej praw i obowiązków należały ujmować w kategoriach jedynie „zbycia rzeczy lub prawa w toku sprawy” w rozumieniu art. 192 pkt 3 k.p.c.

Jak już wcześniej wskazano transformacja działalności gospodarczej osoby fizycznej w spółkę kapitałową kwalifikowana jest w orzecznictwie i doktrynie jako częściowe następstwo pod tytułem ogólnym. Pod tym względem wskazany przypadek zmiany formy działalności gospodarczej istotnie przypomina analizowany już w orzecznictwie na gruncie omawianych regulacji procesowych podział spółki przez wydzielenie. Zgodnie z art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h. ten sposób podziału polega na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej na istniejącą spółkę lub na spółkę nowo zawiązaną. W tym układzie spółka dzielona zachowuje swój byt prawny, a jedynie część jej majątku zostaje przeniesiona na inny podmiot, który jest w tym zakresie jej następcą materialnoprawnym pod tytułem ogólnym. W nowszym orzecznictwie wyrażono pogląd, że podział przez wydzielenie wywołuje *ex lege* skutek następstwa procesowego w zakresie nabywanych praw i obowiązków²³. Należy jednak zaznaczyć, że w jego tle przyjęto także założenie, że w następstwie podziału przez wydzielenie spółka dzielona nie odpowiada za dotychczasowe zobowiązania, jeżeli zostały one przypisane spółce przejmującej²⁴. Pod tym względem podział przez wydziele-

Notice This



23 Tak postanowienie SN z dnia 25 kwietnia 2012 r., II CSK 356/11; wyrok SN z dnia 24 października 2012 r., III CSK 18/1227, Legalis 735967 oraz z dnia 27 marca 2014 r., III CSK 181/13, Legalis 994588.

24 Tak wyrok SN z dnia 27 marca 2014 r., III CSK 181/13. W tym ujęciu podstawy takiej odpowiedzialności nie stanowi art. 529 § 2 k.s.h., które odpowiednie stosowanie na mocy art. 546 § 1 k.s.h. nie może prowadzić do tak daleko idącej modyfikacji.



nie różni się w swych skutkach od transformacji działalności gospodarczej osoby fizycznej. Jak już wcześniej wskazano na podstawie art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h. ponosi ona solidarną odpowiedzialność z powstającą spółką kapitałową jeszcze przez trzy lata od daty przekształcenia.

Zbliżony do powstającego w skutek transformacji jednoosobowej działalności gospodarczej układ podmiotowy stanowił przedmiot rozpoznania przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 23.06.2004 r.²⁵, którym wykluczono wstąpienie spółki jawnej powstałej zgodnie z art. 26§ 4 k.s.h. w miejsce wspólników spółki cywilnej na innej podstawie niż art. 192 pkt 3 k.p.c. W uzasadnieniu wskazano, że w wypadkach, w których przejście praw lub obowiązków dotyczących przedmiotu procesu nie jest rezultatem czynności materialno prawnej stron, wejście nowych podmiotów do toczącego się postępowania może odbyć się automatycznie, lecz nie dotyczy to sytuacji, w której taka zmiana jest zależna chociażby pośrednio od woli strony. Nie bez znaczenia było przy tym to, że takie przekształcenie nie skutkowało ustaniem odpowiedzialności były wspólników spółki cywilnej za zobowiązania związane z jej prowadzeniem, a jedynie zmianą podstawy prawnej tej odpowiedzialności na wynikającą już nie ze statusu strony danego stosunku prawnego, ale z mocy ustawy, która wiąże ją z byciem wspólnikiem spółki jawnej²⁶.

W związku z powyższym wskazać należy, że przekształcenie następuje w związku ze złożeniem oświadczenia woli przez osobę fizyczną, zaś jej odpowiedzialność za zobowiązanie związane z prowadzoną działalnością gospodarczą utrzymuje się także po dacie przekształcenia. Jak już wcześniej wskazano znajduje ona oparcie w szczególnej podstawie prawnej i przybiera postać odpowiedzialności za dług cudzy. Jednocześnie w ramach stosunków prawa materialnego osoba fizyczna zostaje zastąpiona jako ich stroną przez spółkę kapitałową. Z nielicznych dotyczących tej materii orzeczeń wynika, że jeżeli przekształcenie nastąpiło po wytoczeniu powództwa, ale przed doręczeniem pozwu osobie fizycznej przez wzgląd na art. 584¹³k.s.h.

25 Tak postanowienie SN z dnia 23 czerwca 2004 r., V CZ 53/2004, LEX nr 150015.

26 Por. szerzej na temat tej konstrukcji prawnej A. Klein, (w:) E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*. Zbiór studiów, Ossolineum 1983, s. 104; tenże, *Istota solidarności biernej*, (w:) *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa-Poznań 1979, s. 217; tenże, *Elementy stosunku prawnego prawa rzeczowego*, Wrocław 1976, s. 153-157; S. Grzybowski, (w:) *System pr. cyw.*, t. III, cz. 2, s. 863.

Notice This



nie traci ona legitymacji bierniej, a jedynie zmienia się podstawa prawna jej odpowiedzialności, którą sąd stosuje z urzędu na zasadzie facta probantur iura novit curia²⁷. Należy przyjąć, że także wystąpienie skutku przekształcenia po doręczeniu pozwu, a zatem w toku postępowania nie prowadzi do następstwa procesowego z mocy prawa po osobie fizycznej.

Powstająca na skutek transformacji spółka kapitałowa może wówczas przystąpić do postępowania po jej stronie jako interwenient uboczny na podstawie art. 76 k.p.c., zaś osoba fizyczna może skorzystać z instytucji przypozwania na podstawie art. 84 k.p.c. bez względu na to czy występuje w procesie powód albo pozwany.

W omawianym wypadku należy nadto dopuścić wstąpienie spółki na miejsce stron postępowania zarówno na podstawie art. 83 k.p.c., jak i - przy odpowiedniej wykładni - art. 192 pkt 3 k.p.c.

W zakresie trzeciego, wskazanego na wstępie przypadku, przekształcenia działalności po prawomocnym zakończeniu postępowania przeciwko osobie fizycznej w orzecznictwie przyjęto, że do prowadzenia egzekucji wobec spółki nie jest wystarczające wykazanie organowi egzekucyjnemu odpowiednim dokumentem, że po stronie wierzyciela albo dłużnika nastąpiło przekształcenie²⁸.

W takim wypadku w celu prowadzenia egzekucji na rzecz albo przeciwko powstałej spółce kapitałowej konieczne jest wystąpienie o nadanie klauzuli wykonalności w trybie art. 788 § 1 k.p.c.²⁹.

Jako uzasadnienie przedstawionego poglądu wskazano, że jakkolwiek przekształcenie skutkuje następstwem pod tytułem ogólnym, to ma jedynie częściowy charakter oraz nie jest związane z utratą podmiotowości prawnej przez osobę fizyczną, której odpowiedzialność za zobowiązanie

27 Tak wyrok SA w Łodzi z dnia 30 września 2014 r., I ACa 829/14, Legalis Nr 1091754; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 maja 2015 r., I ACa 428/15, niepubl.

28 Tak uchwała SN z dnia 26 lutego 2015 r., III CZP 106/14, MoP 2015, nr 6, s. 284.

29 Tamże.





zostaje utrzymana. Dotyczy ono bowiem jedynie tych uprawnień i obowiązków, które wchodzą w zakres objętej przekształceniem działalności gospodarczej. Konieczne jest zatem każdorazowe badanie wskazanej okoliczności, które następuje w ramach sformalizowanego postępowania klauzulowego, jako że prowadzący egzekucję organ nie jest uprawniony do prowadzenia takiej weryfikacji we własnym zakresie.

Odnosząc się do wskazanych poglądów orzecznictwa, wskazać należy, że trafnie przyjęto w nich, że ratio legis rozwiązania przyjętego w art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹³k.s.h. była ochrona interesów wierzycieli, co także powinno stanowić podstawowe założenie przy ocenie procesowych skutków przekształcenia działalności.

W tym zakresie pewne wątpliwości budzi skutek przekształcenia po stronie pozwanej po wytoczeniu powództwa, ale przed jego doręczeniem stronie przeciwnej, jak również przekształcenie w toku procesu. Jak już bowiem wskazano odpowiedzialność osoby fizycznej za zobowiązania wynikające z przekształceniowej działalności ma charakter solidarny. Stosownie do art. 373 k.c. przerwanie albo zawieszenie biegu przedawnienia względem jednej z osób ponoszących odpowiedzialność solidarną nie ma skutku wobec pozostałych osób współodpowiedzialnych, co należy odnosić także do terminów zawitych.

Wobec powyższego pojawia się ryzyko, że w razie przekształcenia w toku procesu skutki przerwania biegu terminów prawa materialnego nie będą uznane za skuteczne względem nowo powstałej spółki kapitałowej, jako że nie wstępuje ona ex lege w sytuację procesową osoby fizycznej.

Nawet jeżeli zatem wierzyciel na podstawie art. 788 k.p.c. uzyska przeciwko spółce kapitałowej klauzulę wykonalności będzie ona miała możliwość wytoczenia powództwa egzekucyjnego w ramach, którego będzie mogła skutecznie podnieść zarzut przedawnienia albo powołać się na nieistnienie egzekwowanego zobowiązania ze względu na upływ terminu zawitego. By uniknąć wskazanego ryzyka konieczne byłoby przyjęcie, że czynności wierzyciela, które przerywają bieg obu terminów są skuteczne także względem powstałej po ich podjęciu spółki kapitałowej.



PODSUMOWANIE

Powyższa, z konieczności ograniczona do najistotniejszych zagadnień analiza stanowi jedynie przyczynek do dalszych rozważań nad wpływem transformacji działalności gospodarczej osoby fizycznej na jej pozycję w procesie cywilnym. Omówiona nowelizacja k.s.h. była odpowiedzią ustawodawcy na istniejącą w obrocie potrzebę umożliwienia przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę kapitałową przy zachowaniu jej ciągłości. W celu realizacji tej potrzeby przyjęto jednak konstrukcje, które nie poddają się łatwo kwalifikacji w oparciu o dotychczas wypracowane instrumentarium doktrynalne. Rozwiązanie pojawiających się w związku z tym problemów praktycznych wymusza niewątpliwie konieczność jej krytycznej weryfikacji. W tym celu należy dopuścić stosowanie w szerszym zakresie niż to przyjęte stosowanie wykładni celowościowej opartej na celu regulacji przekształcenia działalności osoby fizycznej, który stanowiło ułatwienie jej prowadzenia działalności gospodarczej i poszerzenie zakresu swobody w zakresie wyboru jej formy przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów jej wierzycieli.



ABSTRAKT:

W artykule poddano analizie wpływ przekształcenia na podstawie procedury unormowanej w art. 5841- art. 58413k.s.h. w spółkę kapitałową działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną na pozycję tej ostatniej w procesie cywilnym. W pierwszej części omówione zostały ogólne zagadnienia dotyczące wstąpienia powstającej na skutek przekształcenia spółki kapitałowej w prawa i obowiązki osoby fizycznej z jej działalnością gospodarczą. Następnie uwagi te posłużyły do rozważenia w części drugiej zagadnienia zakresu i treści dopuszczalnych zarzutów, którymi osoba fizyczna może się bronić w ewentualnym procesie cywilnym. W części trzeciej sformułowana została odpowiedź na pytanie czy transformacja działalności gospodarczej w spółkę kapitałową może prowadzić - z mocy prawa albo za zgodą stron postępowania - do zmian podmiotowych w postępowaniu cywilnym, w tym w szczególności czy osoba fizyczna traci w jego następstwie status jego strony.

A dministracyjne





Mała
**KLAUZULA
PRZECIWKO
UNIKANIU**
OPODATKOWANIA

• • •

Patrycja Wosiek
apl. adw., ORA w Warszawie



Od stycznia 2016 roku¹ tzw. mała klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania trafi do polskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych². Klauzula ma na celu zapobieganie nadużyciom w zakresie uzyskiwania zwolnienia z podatku u źródła dywidend wypłacanych przez polskie spółki zależne do ich europejskich spółek dominujących.



OGÓLNE ZASADY ZWOLNIENIA DYWIDEND

Podatek od dywidend wynosi w Polsce 19% uzyskanego przychodu i jest pobierany przez płatnika, czyli spółkę wypłacającą dywidendę lub inny dochód z udziału w zyskach osób prawnych. Zasada ta odnosi się tylko do podmiotów wypłacających dywidendę, które są polskimi rezydentami.

Notice This



-
- 1 Obecnie (tj. 18 października 2015 r.) ustawa wprowadzającą klauzulę została przekazana do podpisu prezydenta. O ile nie zostanie ona skierowana do Trybunału Konstytucyjnego ani prezydent nie skorzysta z prawa weta, ustawa powinna wejść w życie 1 stycznia 2016 r.
 - 2 Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2014 poz. 851 j. t., z późn. zm.), dalej: „ustawa o CIT”.



W przypadku wypłacania dywidendy do spółki mającej siedzibę w innym państwie stosuje się stawki podatku u źródła określone w odpowiednich umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania pod warunkiem posiadania certyfikatu rezydencji tej spółki.

Na mocy przepisów ustawy o CIT implementujących Dyrektywę Rady 2011/96/UE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich³, zwalnia się z podatku dochodowego przychody z tytułu dywidend lub inne przychody z udziału w zyskach osób prawnych, z wyjątkiem dochodów uzyskiwanych przez komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej⁴, po łącznym spełnieniu następujących warunków:

- 1) wypłacającym dywidendę oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka mająca siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) uzyskującym dochody (przychody) z dywidend oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych, jest spółka podlegająca w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej⁵ lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁶, opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia;
- 3) spółka uzyskująca te dochody posiada bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej;
- 4) spółka uzyskująca te dochody nie korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na źródło ich osiągnięcia.

3 Dyrektywa Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz. U. UE. L. z 29 grudnia 2011 r. Nr 345, poz. 8), dalej: „Dyrektywa”.

4 Co do zasady, spółka komandytowo-akcyjna uważana jest na potrzeby ustawy o CIT jak osoba prawna.

5 Dalej: „UE”.

6 Dalej: „EOG”.

Notice This



Powyższe zwolnienie z podatku od dywidend ma zastosowanie w przypadku, gdy spółka uzyskująca te dochody (przychody) posiada określony wyżej procent udziałów (akcji) w spółce wypłacającej te należności nieprzerwanie przez okres dwóch lat. Okres ten może upływać po dniu uzyskania tych dochodów (przychodów). Jednak w przypadku niedotrzymania tego warunku, spółka uzyskująca takie dochody (przychody) będzie zobowiązana do zapłaty podatku według stawki 19%, wraz z odsetkami za zwłokę. Podatek ten będzie płatny do 20 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym spółka utraciła prawo do zwolnienia. Odsetki nalicza się od następnego dnia po dniu, w którym po raz pierwszy spółka skorzystała ze zwolnienia.

Zwolnienie to stosuje się również do:

- 1) spółdzielni europejskich;
- 2) dochodów (przychodów), wypłacanych spółkom podlegającym w Konfederacji Szwajcarskiej opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania, przy czym bezpośredni udział procentowy w kapitale spółki wypłacającej w takim przypadku ustala się w wysokości nie mniejszej niż 25%;
- 3) dochodów wypłacanych (przypisanych) na rzecz położonego na terytorium państwa członkowskiego UE lub innego państwa należącego do EOG albo w Konfederacji Szwajcarskiej zagranicznego zakładu spółki wypłacającej jeżeli spółka ta spełnia wyżej opisane warunki zwolnienia.

Przepisy ustawy o CIT przewidują możliwość stosowania powyższego zwolnienia jeżeli posiadanie udziałów (akcji) w spółce wypłacającej wynika z tytułu własności oraz w odniesieniu do dochodów uzyskanych z udziałów (akcji) posiadanych na podstawie tytułu innego niż własność, pod warunkiem że te dochody (przychody) korzystałyby ze zwolnienia, gdyby posiadanie tych udziałów (akcji) nie zostało przeniesione.



Opisane wyżej zwolnienie stosuje się odpowiednio również do spółek z innych państw członkowskich, których formy prawne wymieniono w załączniku nr 4 do ustawy o CIT.

Dodatkowo, powyższe zwolnienie stosuje się tylko wtedy, gdy istnieją podstawy prawne do wymiany informacji między polskimi organami podatkowymi a administracją kraju, w którym opodatkowana jest spółka wypłacająca zyski lub otrzymująca je.

W celu zastosowania zwolnienia z podatku od dywidend spółka dokonująca wypłaty, jako płatnik, powinna posiadać w dniu dokonania takiej wypłaty certyfikat rezydencji spółki otrzymującej dywidendę oraz pisemne oświadczenie tej spółki, że w stosunku do wypłacanych należności spełnione zostały warunki, o których mowa w art. 22 ust. 4 pkt 4 ustawy o CIT (tj. wyżej opisane warunki zwolnienia).



UNIJNA KLAUZULA PRZECIWKO UNIKANIU OPODATKOWANIA

27 stycznia 2015 r. Rada Unii Europejskiej uchwaliła nowelizację⁷ Dyrektywy wprowadzając do niej klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania. Klauzula ta ma na celu przeciwdziałanie uzgodnieniom, których celem jest uzyskanie korzyści podatkowej na podstawie sztucznych konstrukcji.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 1 ust. 2 ww. dyrektywy: „Państwa członkowskie nie przyznają korzyści wynikających z niniejszej dyrektywy jednostkowemu uzgodnieniu ani seryjnym uzgodnieniom, w przypadku których głównym celem lub jednym z głównych celów wprowadzenia było uzyskanie korzyści podatkowej naruszającej przedmiot lub cel niniejszej dyrektywy, w związku z czym – zważywszy na wszystkie stosowne fakty i okoliczności – takie jednostkowe lub seryjne uzgodnienie nie jest rzeczywiste. Jednostkowe uzgodnienie może obejmować więcej niż jeden etap lub część.” Za takie jednostkowe lub seryjne uzgodnienie uznaje się struk-

7 Dyrektywę Rady (UE) 2015/121 z dnia 27 stycznia 2015 r. zmieniającą dyrektywę Rady 2011/96/UE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz. U. UE L z dnia 28 stycznia 2015 r. Nr 21, poz.1), dalej: „ustawa nowelizująca”.

Notice This



tury, które nie są wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych odzwierciedlających rzeczywistość gospodarczą.

C ww. dyrektywy jest zwolnienie dywidend i innych zysków podzielonych wypłacanych przez spółki zależne ich spółkom dominującym z podatku potrącanego u źródła dochodu oraz wyeliminowanie podwójnego opodatkowania takiego dochodu na poziomie spółki dominującej. W uzasadnieniu do dyrektywy nowelizującej wskazano również, iż klauzula ma na celu zapobieganie nadużywaniu przepisów Dyrektywy poprzez podwójne nieopodatkowanie dochodów dywidendowych, co uznaje się za niezgodne z celem tej dyrektywy. Dodatkowo podkreśla się, iż wprowadzenie klauzuli ma na celu zapewnienie większej spójności stosowania Dyrektywy w poszczególnych państwach członkowskich.

Na podstawie powyższej klauzuli, w przypadku ustalenia, iż wypłacana dywidenda związana jest z nierzeczywistym uzgodnieniem, nie będzie możliwe zastosowanie zwolnienia dywidendy z podatku u źródła.

Państwa członkowskie UE mają obowiązek wprowadzić w życie przepisy niezbędne do implementacji nowelizacji do końca 2015 roku.

Jednocześnie, nowelizacja dyrektywy nie stanowi przeszkody dla państw członkowskich w ustanawianiu surowszych przepisów niezbędnych do zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania, oszustwom podatkowym lub nadużyciom.



WDROŻENIE KLAUZULI DO POLSKIEJ USTAWY O CIT

Z inicjatywy Ministra Finansów 27 kwietnia 2015 r. powstał rządowy projekt nowelizacji ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw⁸, zawierający między innymi projekt klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w zakresie wypłaty dywidend. Klauzula ta ma być implementacją wyżej wspomnianej dyrektywy nowelizującej. W dniu 11

8 Projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw. Projekt z dnia 17 kwietnia 2015 r. Numer z wykazu UC167.





września 2015 r. Sejm uchwalił ww. ustawę, natomiast 9 października 2015 r. przyjęto poprawki zaproponowane przez Senat. Obecnie⁹ ustawa oczekuje na podpis prezydenta, na co prezydent ma 21 dni od przedstawienia ustawy do podpisu. O ile nie skorzysta on z prawa weta ani nie skieruje ustawy do Trybunału Konstytucyjnego, tzw. mała klauzula anty-abuzywna wejdzie w życie od 1 stycznia 2016 r.

Prace nad wprowadzenie tej klauzuli toczyły się niezależnie od planowanej od jakiegoś czasu generalnej klauzuli obejścia prawa podatkowego, która miałaby być wprowadzona do Ordynacji podatkowej. Klauzula zawarta w ustawie z 9 października 2015 r. miałaby być w przyszłości swego rodzaju klauzulą szczególną w stosunku do generalnej klauzuli obejścia prawa (o ile ta zostanie wcielona do przepisów podatkowych). Klauzula z ustawy o CIT miałaby mieć zastosowanie jedynie do wypłat dywidendowych. Stąd też bywa określana mianem małej klauzuli o unikaniu opodatkowania / anty-abuzywnej.

W ramach implementacji dyrektywy nowelizującej, na podstawie ustawy z 9 października 2015 r., planowane jest wprowadzenie do polskiej ustawy o CIT dodatkowego art. 22c, zgodnie z którym:

„1. Przepisów art. 20 ust. 3 oraz art. 22 ust. 4 nie stosuje się, jeżeli:

1) osiągnięcie dochodów (przychodów) z dywidend oraz innych przychodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych następuje w związku z zawarciem umowy lub dokonaniem innej czynności prawnej, lub wielu powiązanych czynności prawnych, których głównym lub jednym z głównych celów było uzyskanie zwolnienia od podatku dochodowego na podstawie art. 20 ust. 3 lub art. 22 ust. 4, a uzyskanie tego zwolnienia nie skutkuje wyłącznie wyeliminowaniem podwójnego opodatkowania tych dochodów (przychodów), oraz

2) czynności, o których mowa w pkt 1, nie mają rzeczywistego charakteru.

2. Dla celów ust. 1 uznaje się, że umowa lub inna czynność prawna nie ma rzeczywistego charakteru w zakresie, w jakim nie jest dokonywana z uza-

9 To jest na dzień 18 października 2015r.



sadnionych przyczyn ekonomicznych. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy w drodze czynności, o których mowa w ust. 1, przenoszona jest własność udziałów (akcji) spółki wypłacającej dywidendę lub spółka osiąga przychód (dochód), wypłacany następnie w formie dywidendy lub innego przychodu z tytułu udziału w zyskach osób prawnych.”

Jak wynika z powyższego przepisu, mimo spełnienia innych warunków zwolnienia z podatku od dywidend (np. posiadanie przez dwa lata określonego udziału w kapitale spółki wypłacającej), nie będzie możliwe zastosowanie go w przypadku gdy organy podatkowe uznają, iż dywidenda ta związana jest z czynnością prawną (lub większą ilością takich czynności), która nie ma na celu wyłącznie wyeliminowania podwójnego opodatkowania oraz nie ma rzeczywistego charakteru.

Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej (druk sejmowy nr 3697), wyłączenie możliwości stosowania zwolnień z podatku od dywidend ma następować w przypadku dokonania czynności prawnej, która nie ma rzeczywistego charakteru i której głównym celem lub jednym z głównych celów było uniknięcie lub uchylenie się od opodatkowania. Takim uniknięciem lub uchyleniem miało by być uzyskanie ww. zwolnienia, co stanowiłoby korzyść podatkową naruszającą cel i istotę Dyrektywy. Jak wynika z brzmienia małej klauzuli anty-abuzywnej, za czynność prawną, której głównym celem lub jednym z głównych celów było uniknięcie lub uchylenie się od opodatkowania (w formie uzyskania zwolnienia z podatku od dywidend) uznaje się każdą sytuację, gdy „uzyskanie tego zwolnienia nie skutkuje wyłącznie wyeliminowaniem podwójnego opodatkowania tych dochodów (przychodów)” oraz czynność ta nie ma rzeczywistego charakteru.

Natomiast rzeczywisty charakter czynności prawnej oznacza, iż została ona dokonana z uzasadnionych przyczyn ekonomicznych. Przy czym za nierzeczywistą będzie można uznać tylko część czynności prawnej w takim zakresie w jakim jest ona nierzeczywista. Zgodnie z uzasadnieniem do ww. ustawy, użycie zwrotu „w zakresie” ma zoptymalizować stosowanie klauzuli i jednocześnie gwarantować jej proporcjonalność. Ma to pozwolić na eliminowanie tylko konkretnych etapów lub części czynności prawnych bez uszczerbku dla pozostałych etapów/części, które będzie można uznać za rzeczywiste.



Zgodnie z ww. uzasadnieniem, analizy zaistnienia potencjalnego braku rzeczywistości czynności prawnej będzie należało dokonywać z uwzględnieniem wszystkich stosownych faktów i okoliczności. Jednakże w ustawie ani uzasadnieniu nie sprecyzowano co można uznać za stosowny fakt lub okoliczność.

Przepis ustawy z 9 października 2015 r. przywołuje jednak przykład nierzeczywistej czynności: „W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy przenoszona jest własność udziałów (akcji) spółki wypłacającej dywidendę lub spółka osiąga przychód (dochód), wypłacany następnie w formie dywidendy lub innego przychodu z tytułu udziału w zyskach osób prawnych.” Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że klauzula ta powinna znaleźć zastosowanie w sytuacji, w której treść ekonomiczna podjętej czynności prawnej lub szeregu zdarzeń ogranicza się do przeniesienia własności udziałów (akcji) spółki wypłacającej dywidendy, w celu uzyskania zwolnienia, lub takiego ukształtowania stosunków prawnych, które obliczone jest na wykazanie przychodu (dochodu) na poziomie spółki zależnej, w celu przenieśnięcia go następnie spółce dominującej w formie dywidendy – jak w przypadku przeniesienia przez spółkę dominującą na spółkę zależną określonej wartości niematerialnej i prawnej i następane korzystanie z niej w zamian za uiszczanie opłaty licencyjnej (wówczas dochód z otrzymywanych wartości niematerialnych i prawnych, wygenerowany przez spółkę zależną podlega wypłacie w formie dywidendy na rzecz spółki dominującej).

Dodatkowo, warto zaznaczyć, iż do celów stosowania przedmiotowej klauzuli, pojęcie czynności prawnej należy rozumieć jako obejmujące zarówno czynności prawne, jak i oświadczenia woli rozpatrywane osobno, jak i łącznie. Przyjęcie takiej interpretacji ma pozwolić na właściwe stosowanie klauzuli w przypadku skomplikowanych konstrukcji hybrydowych, których istotą jest uchylenie się od opodatkowania.

Z uzasadnienia ustawy wynika również, że wprowadzenie klauzuli ma na celu wyeliminowanie fikcyjnych uzgodnień, które nie mają rzeczywistego charakteru i służą głównie uzyskaniu korzyści podatkowej, nieuzasadnionej z punktu widzenia istoty Dyrektywy. Natomiast uzyskanie takiej korzyści podatkowej ma miejsce, gdy zamiast wyeliminowania podwójnego opodatkowania, zastosowanie preferencji podatkowej prowadzi wbrew

intencji Dyrektywy do nieopodatkowania dochodu w ogóle (np. gdy podatnik, dążąc do minimalizacji obciążeń podatkowych, wykorzystuje luki prawne powstające w wyniku istnienia rozbieżności między krajowymi systemami podatkowymi, a podjętych przez niego działań nie można uznać za typową, powszechnie używaną drogę do realizacji danego celu gospodarczego).

Niestety, zamiast ustanowienia w przepisie obiektywnego i jednoznacznego testu czy dana czynność prawna jest nierzeczywista, jedynie w uzasadnieniu do ustawy zawarto kilka wskazówek pomocnych w ustaleniu ewentualnego istnienia fikcyjnego uzgodnienia. Wskazówki te wydają się jednak mało precyzyjne i mają charakter ocenny. Zgodnie z ww. uzasadnieniem o sztuczności konstrukcji prawnej może decydować:

- 1) nadmierna zawłość lub brak treści ekonomicznej konstrukcji prawnej (prowadząca do przekonania, iż nie zastosowałby jej rozsądnie działający podmiot kierujący się w swych wyborach celami gospodarczymi)
- 2) wykorzystywanie struktur pośredniczących,
- 3) występowanie w danej konstrukcji prawnej elementów wzajemnie się kompensujących,
- 4) ukrywanie prawdziwego celu i znaczenia zdarzenia gospodarczego
- 5) nieadekwatność lub zbędność danej konstrukcji prawnej dla realizacji zdarzenia gospodarczego.

Te same przesłanki powinny być stosowane przy ustalaniu przyczyn ekonomicznych uzasadnionych prowadzeniem działalności gospodarczej i odzwierciedlających rzeczywistość gospodarczą, na gruncie stosowania tej klauzuli.



Należy krytycznie odnieść się do brzmienia powyższej regulacji oraz do przesłańek wymienionych w uzasadnieniu projektu ustawy. Trudno bowiem jednoznacznie ustalić na przykład nadmierną zawiłość konstrukcji prawnej. Dla jednej osoby dane czynności prawne mogą być odbierane jako nadmiernie zawiłe, natomiast kogoś innego mogą się wydawać powszechne. Przepisy znowelizowanej ustawy ani też treść uzasadnienia do ustawy nie określają gdzie znajduje się granica dopuszczalnej zawiłości czynności prawnej, czy też ciągu takich czynności.

Innym wyjątkowo subiektywnym kryterium wydaje się ukrywanie prawdziwego celu i znaczenia zdarzenia gospodarczego. Nie jest jasne w jaki sposób organy podatkowe miałyby badać który cel zdarzenia gospodarczego jest prawdziwy, a który nie. Nie posłużono się też żadnym przykładem wskazującym na sytuację, gdzie taki prawdziwy cel gospodarczy został ukryty.

Podsumowując, opisana powyżej mała klauzula anti-abuzywna jest dość nieprecyzyjna i trudna w interpretacji. Niestety taki stan rzeczy zachwiał pewnością podatników co do treści obowiązującego prawa. Wprowadzenie omawianego przepisu w takim kształcie może w przyszłości stwarzać pole do nadużyć interpretacyjnych. Zastosowanie zwolnienia z podatku od dywidend wypłacanych po 31 grudnia 2015 r. będzie stwarzało ryzyko zakwestionowania przez organy podatkowe na podstawie tak niejasnych przesłańek jak nierzeczywistość czynności prawnej związanej z tą wypłatą. Dopiero praktyka pokaże co tak naprawdę będzie uznawane za nierzeczywistą czynność prawną kwestionowaną przez organy podatkowe.



ABSTRAKT

Sejm uchwalił nowelizację ustawy o CIT wprowadzającą klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania. Przepis ma na celu zapobieganie nadużyciom w zakresie uzyskiwania zwolnienia dywidend z podatku u źródła. Organy podatkowe będą mogły zakwestionować zwolnienie gdy podatnik dokona czynności prawnej, lub wielu powiązanych czynności prawnych, których głównym lub jednym z głównych celów jest uzyskanie zwolnienia od po-

datku dochodowego a uzyskanie tego zwolnienia nie skutkuje wyłącznie wyeliminowaniem podwójnego opodatkowania tych dochodów (przychodów) i jednocześnie czynności te nie mają rzeczywistego charakteru. Powyższy przepis jest nieprecyzyjny i stwarza pole do nadużyć interpretacyjnych. Jeśli nowelizacja zostanie podpisana przez prezydenta, ww. regulacja wejdzie w życie od 1 stycznia 2016 r.

Etyka i inne





Aksjologiczne
PODSTAWY
UPRZYWILEJOWANEJ POZYCJI

ZWIĄZKÓW ZAWODOWYCH

A RÓWNOWAGA SIŁ
PARTNERÓW
SPOŁECZNYCH



Łucja Korboń

apl. adw., ORA w Krakowie



Aksjologiczny wymiar unormowań zbiorowego prawa pracy nie stanowi często przedmiot monograficznych polemik w nauce prawa pracy. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest oczywistość asocjacji, w szczególności jej nieuchronność. Mimo to, można zauważyć umiarkowane zainteresowanie doktryny problematyką równowagi sił partnerów społecznych oraz relacji zachodzących między związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców. Brakuje więc oczywistego uzasadnienia dla przemilczenia aksjologicznych podstaw uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych. Tego rodzaju tło otwiera bowiem analizę wskazującą w szczególności na wielość towarzyszących mu problemów.

Zbiorowe prawo pracy musi reprezentować ogólne zasady prawa, ale z drugiej strony ma ono swoje zasady i swoistą aksjologię, która jest podstawą tychże zasad. Odnoszenie się do aksjologicznych podstaw uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych w społecznej gospodarce rynkowej pojawia się dopiero wówczas, gdy próbujemy, bardzo często nie bez większych trudności uzasadnić aksjologicznie trudne pojęcie, jakim jest równowaga. Należyte bowiem uzasadnienie pozycji związków zawodowych oraz organizacji pracodawców wymaga ścisłej obserwacji



obu partnerów społecznych oraz ich wzajemnych relacji. Z aksjologicznego punktu widzenia można powiedzieć, że równowaga między partnerami społecznymi to zasada, która nie ma znaczenia prawnego, jednakże jej źródło możemy odnaleźć wśród ogólnych podstawowych praw człowieka¹.

Istotą równowagi sił partnerów społecznych jest osiągnięcie stanu porozumienia w danej sprawie. Dialog społecznych jest narzędziem do rozwiązywania problemów pomiędzy partnerami społecznymi. Moim zdaniem, pojęcie to również nie ma konotacji prawnej, jednak zostało ono wprowadzone do niego „z zewnątrz”. Ma ono jednak tak ogromne znaczenie dla zbiorowych stosunków pracy, że postrzegane jest jako zasada prawna. Taka też sytuacja ma miejsce w odniesieniu do pozycji związków zawodowych i posiadaczy „kapitału”² czyli pracodawców, oraz ich wzajemnych relacji w systemie prawnym.

Relacje pomiędzy związkami zawodowymi a posiadaczami kapitału uważalne są nie tylko w gospodarce państwowej, ale przede wszystkim prywatnej. Regulacji dotyczących podmiotów zatrudniających oraz pracowników w sferze zbiorowych stosunków pracy należy poszukiwać w postanowieniach aktach prawa międzynarodowego, Konstytucji RP oraz ustawach zwykłych.

Ideałem stosowania zbiorowego prawa pracy jest taka sytuacja kiedy dwa elementy tj. związki zawodowe oraz organizacje pracodawców współdziałają, a jednocześnie występuje między nimi naturalny konflikt interesów³. W sytuacji kiedy jeden z elementów ma przewagę dochodzi to jaskrawego wyzysku drugiej strony. Należy jednak stwierdzić, iż w realiach życia gospodarczego dochodzi do nadużywania pozycji przez każdą ze stron de facto równo silnych. Ten punkt widzenia spleta się jednak z następnym, na-

Notice This



- 1 Por. M. N-owak, Trzy generacje praw człowieka, ich znaczenie w świetle przesłanek ideowych i historycznych oraz w świetle ich genezy, w: Prawa człowieka, geneza, koncepcje ochrona, B. Banaszak (red.), Wrocław 1993, s. 106; Por. H. Gross Espiell, The Evolving Concept of Human Rights: Western, Socialist and Third World Approaches, w: B. G. Chamcharan (red.), Human Rights. Thirty Years after the Universal Declaration, Kluwer Boston 1979, s. 41 – 67; B. Orend, Human Rights. Concept and Context, Broadview Press 2002, s. 191 – 213; A. Sarat, R. Kearns, Human Rights. Concept, Contexts, Contingencies, University of Michigan 2001.
- 2 Zob. P. Samuelson, W. Nordhause, Ekonomia, t. 1, Warszawa 2004, s. 68
- 3 T. Liszcz, Praca i kapitał w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Studia Iuridica Lublinensia Nr 22/2014, s. 256.

kazującym postrzegać związki zawodowe jako „przeciwwagę” dla posiadaczy kapitału. W zdecydowanej mniejszości pozostaje pogląd o zasadności uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych. Powstaje zatem pytanie, czy uprzywilejowana pozycja związków zawodowych i równowaga między partnerami społecznymi jest jednym zjawiskiem i co je łączy. Wydaje się, iż „naturalnymi łącznikami” pomiędzy tymi dwoma aspektami są funkcja działalności związków zawodowych oraz ich cel, zasada prowadzenia dialogu społecznego pomiędzy partnerami społecznymi oraz kategoria słusznego interesu drugiej strony. Daje się zauważyć nieuchronną wielopiętrowość i wieloaspektowość tych problemów.

Niezbędna jest więc tutaj analiza tych instytucji prawnych, które z jednej strony implikują równowagę pomiędzy związkami zawodowymi, aby wreszcie uzasadnić uprzywilejowaną pozycję związków zawodowych w zbiorowych stosunkach pracy. Autorka jednocześnie dokonuje ich wielowymiarowego przeglądu.



KONSTITUCYJNA AKSJOLOGIA POZYCJI ZWIĄZKÓW ZAWODOWYCH

Współcześnie wolność zrzeszania się jest gwarantowana przez systemy prawne wszystkich państw demokratycznych oraz przez prawo międzynarodowe. Wolność zrzeszania się w związkach zawodowych została uregulowana w art. 22 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Gospodarczych⁴, w którym zostało zagwarantowane każdemu prawo do swobodnego stowarzyszania się z innymi, włącznie z prawem do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych w celu ochrony swych interesów. W art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁵ zdecydowanie rozszerzono prawo do wolności zrzeszania się, bowiem nałożono na państwa – strony obowiązek zagwarantowania w odpowiednich przepisach ustawowych prawo każdemu do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych celu popierania

Notice This



- 4 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., (Dz. U. 1977 Nr 38, poz. 167).
- 5 Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., (Dz. U. 1977 Nr 38 poz. 169).



i ochrony swych interesów gospodarczych i społecznych, ale jedynie pod warunkiem przestrzegania przepisów statutowych danej organizacji. Prawo zrzeszania się w związkach zawodowych regulują ponadto, Jak słusznie zauważa K. Baran wolność zrzeszania w związkach zawodowych została potraktowana przez prawodawcę jako jeden z wymiarów wolności zgromadzeń⁶. Konwencje MOP nr 87⁷ i 98 oraz Europejska Karta Społeczna⁸. Zgodnie z art. 2 Konwencji MOP 87, pracownicy i pracodawcy, bez jakiegokolwiek rozróżnienia, mają prawo, bez uzyskania uprzedniego zezwolenia, tworzyć organizacje według swego uznania, jak też przystępować do tych organizacji, z jednym zastrzeżeniem, stosowania się do ich statutów.

Przechodząc na grunt rozważań konstytucyjnych, w pierwszej kolejności pragnę podkreślić, iż niekwestionowany wpływ na rozwój problematyki wolności i praw jednostki w polskiej Konstytucji RP z 1997 roku miało prawo międzynarodowe dotyczące praw człowieka⁹. Twórcy Konstytucji uczynili z praw człowieka nadrzędną i główną wartością, bowiem odwołanie możemy zauważyć już w preambule Konstytucji¹⁰. Z punktu widzenia interesującego nas tematu istotne znaczenie ma przede wszystkim rozdział II Konstytucji RP z 1997 r. zatytułowany „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Rozdział II zawiera niezbyt rozbudowaną część regulującą wolności i prawa obywatelskie. Waga tych regulacji jest ogromna, wynika ona z rangi wolności i praw politycznych, jaką odgrywają w realizacji najważniejszej zasady konstytucyjnej, stanowiącej fundament ustroju politycznego państwa, jaką jest suwerenność państwa¹¹. W miejscu będzie

Notice This



-
- 6 K. W. Baran, Zbiorowe Prawo Pracy. Komentarz, Oficyna, Warszawa 2010.
 - 7 Konwencja MOP 87 z dnia 9 lipca 1948 r. dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych, (Dz. U. z 1958 r. Nr 29, poz. 125)
 - 8 Sporządzona w Turynie jako akt Rady Europy dn. 18 października 1961 r., obowiązuje od 1965 r., ratyfikowana przez Polskę dn. 10 czerwca 1997 r. Kontrola wykonywania przez państwa członkowskie postanowień Karty dokonywana jest przez Komitet Niezależnych Ekspertów. Zalecenia Komitetu formułowane na podstawie sprawozdań, jak również będące wynikiem procedury fakultatywnej – skargi zbiorowej, która nie jest wiążąca dla państw; A Michalska, Europejska Karta Społeczna, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 4/1978, s. 77 i nast.; K. Walczak., Zbiorowe prawo pracy. Aspekty prawa międzynarodowego, europejskiego i polskiego, Warszawa 2004, s. 20
 - 9 Zob. B. Przybyszewska – Szter, Wolności i prawa osobiste w: Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, M. Chmaj (red.), Warszawa 2008, s. 97.
 - 10 Zob. Preambuła do Konstytucji RP.
 - 11 J. Juchniewicz, M. Kazimierzczuk, Wolności i prawa polityczne w: Wolności i prawa człowieka

uprawniona konstatacja, iż ustrojodawca najpierw zaprojektował podstawowe prawa człowieka a dopiero później sformułował zasady ustrojowe¹². Prawa polityczne są narzędziem gwarantującym jednostce możliwość aktywnego udziału w rządzeniu państwem i kształtowaniu jego polityką¹³. Doktryna wyróżnia podział praw politycznych na prawa polityczne sensu stricte oraz prawa polityczne sensu largo¹⁴. Pierwsza grupa praw zapewnia jednostce możliwość współudziału w zinstytucjonalizowanych formach wpływu na kształtowanie woli i polityki państwa (takie jak: prawa wyborcze, prawo do udziału w referendum). Z kolei druga kategoria obejmuje prawa polityczne sensu stricte oraz tzw. wolności o charakterze politycznym, do których zaliczane są wolności zgromadzeń i zrzeszania się. Umieszczenie art. 12 Konstytucji RP pomiędzy art. 11 ustanawiającym zasadę pluralizmu politycznego a art. 13, który precyzuje kryteria ograniczające wolność zrzeszania się również ma swoje znaczenie. Realizacją przepisów art. 12 od strony formalnej jest art. 58 ust. 1 oraz art. 59 ust. 1. Przepisy te stwarzają konstytucyjną ochronę prawom podmiotowym jednostek do zrzeszania się w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców. Art. 58 ust. 1 i 59 ust. 1 są uzupełnieniem zasady ustrojowej wyrażonej w art. 12 Konstytucji RP¹⁵. Analiza art. 58 i 59 Konstytucji także skłania do stwierdzenia, że swoboda działania określona w art. 59 ust. 2 i 3 – należy dodać tak ściśle określona w przepisie konstytucyjnym potwierdza odrębność swobody działania związków zawodowych oraz organizacji pracodawców, która to swoboda została wyeksponowana przez ustawodawcę, jako rozszerzenie zasady wolności zrzeszania się określonej w art. 12 Konstytucji¹⁶.

Notice This



w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, M. Chmaj (red.), Warszawa 2008, s. 114.; Por. P. Sarnecki, Wolność zrzeszania się, Warszawa 1998 r., s. 26.

- 12 Por. A. Pułło, Idee konstytucjonalizmu i państwa konstytucyjnego, Gdańskie Studia Prawnicze, 2010, tom XXIV, .
- 13 B. Banaszak, Ogólne wiadomości o prawach człowieka w: Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, B. Banaszak, A. Preisner (red.), Warszawa 2002, s. 28; Por. M. Steele, The Social Imaginary as a Problematic for Human Rights w: Theoretical Perspectives on Human Rights and Literature, E. Swanson Goldberg, A. Schultheis Moore (red.), Nowy Jork 2012, s. 87 – 103; C. Bisaz, The concept of group rights, in International Law: groups as contested right-holders, subjects and legal persons, Zurich 2012, s. 7 – 33.
- 14 Tak m. in. J. Juchniewicz, M. Kazimierczuk, op. cit., s. 114.
- 15 W. Sokolewicz, „Rzeczpospolita” artykuł 12, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, L. Garlicki (red.), Warszawa 1999, s. 2.
- 16 Por. W orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 IX 2006 r., K 45/05, Trybunał podkreślił, iż zarówno pracownicy jak i pracodawcy są równouprawnionymi partnerami: „W ocenie



Należy bowiem zadać pytanie czy uprawnienia przyznane związkom zawodowym w krajowym systemie prawa pracy wyznaczony w art. 59 ust. 2 Konstytucji RP stanowiący, iż związki zawodowe mają prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, oraz do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień oraz w ust. 3 art. 59 stanowiącym, że związkom zawodowym przysługuje prawo do organizowania strajków pracowniczych i innych form protestu w granicach określonych w ustawie mają charakter szczególny. Moim zdaniem odpowiedzi na to pytanie należy poszukiwać w art. 1 i 24 Konstytucji RP. Art. 1 Konstytucji wyznacza ogólny kierunek prawotwórczej działalności państwa, z kolei art. 24 wyznacza nam przedmiot ochrony narzędzia ludzkiej egzystencji tj. pracę. Jeżeli zatem ustawodawca założył, iż państwo jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli to równocześnie przyjął, iż ochrona pracy (pracowników) poprzez jego aktywną ochronę jest jedną z najwyższych wartości. Nie oznacza to jednak, że pracodawcy pełnią rolę podrzędną do związków zawodowych. W mojej ocenie błędnym byłoby również twierdzenie o marginalizacji aktywnej roli pracodawców oraz tym, że ochrona pracy przez państwo stanowi niejako przyzwolenie na nadużywanie pozycji przez związki zawodowe. Należy bowiem stwierdzić, iż respektowanie i ochrona przez państwo pracy jako jednego z najwyższych dóbr stanowi trzon społecznej gospodarki rynkowej. Innymi słowy, pozycja związków zawodowych wyznaczona jest poprzez ochronę elementarnego prawa jakim jest możliwość ochrony miliony pracujących ludzi. Pozostaje jednakże jeszcze jeden problem, dlaczego ustrojodawca zdecydował się na szczegółowe wymienienie uprawnień związków zawodowych. W mojej ocenie nie można zadowolnić się odpowiedzią, że wynika to z uwarunkowań historycznych. Należy bowiem zauważyć, iż zbiorowe prawo pracy ma odrębną aksjologię od innych gałęzi prawa. Relatywnie rzadziej pojawiają się głosy ochrony pracodawcy przez wysiłkiem związków zawodowych¹⁷. Trzeba tutaj odzielić związki zawodowe i związki pracodawców jako organizacje w zna-

Notice This



Trybunału Konstytucyjnego prawodawca, kształtując relacje między związkami zawodowymi a pracodawcami, musi uwzględnić słuszne interesy obu stron, w szczególności konieczność pogodzenia obrony praw pracowników z zapewnieniem efektywnego funkcjonowania układów pracy. Jak wspomniano wyżej, regulacje ustawowe nie mogą jednak prowadzić do naruszenia konstytucyjnego minimum uprawnień związków zawodowych określających istotę wolności związkowych chronionych przez art. 59 Konstytucji ani prowadzić do naruszenia równowagi uprawnień w relacjach między pracownikami a pracodawcami i ich organizacjami”

17 O ogromną rolę odgrywają tutaj pozaustawowe zbiory norm.

czeniu ogólnym na rzecz ochrony praw i wartości stojących za konkretnymi pojęciami prawnymi.



NIWELOWANIE DYSPROPORCJI SIŁ?

Obecnie zdają się przeważać publiczne debaty dotyczące wspomnianego dialogu społecznego, ujmowanego jako filar stosunków pomiędzy związkami zawodowymi a organizacjami społecznymi. Dialog społeczny to nic innego jak współdziałanie dwóch stron w celu osiągnięcia porozumienia. Nie chodzi tu bynajmniej o banalne odniesienie do rozmów przy stole ale o problem znacznie głębszy. Powstaje zatem pytanie, dlaczego ustrojodawca zdecydował się na ochronę tej regulacji. Stosownie do art. 20 Konstytucji Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Funkcja dialogu społecznego jest klarowna, ma ona na celu zminimalizowanie ryzyka wewnętrznych napięć pomiędzy pracownikami a posiadaczami kapitału.

Stosownie do art. 4 ustawy o związkach zawodowych¹⁸, związki zawodowe reprezentują pracowników i inne kategorie ludzi pracy, a także bronią ich godności, praw oraz interesów materialnych i moralnych, zarówno zbiorowych, jak i indywidualnych. W zbiorowych stosunkach pracy związki zawodowe zostały wyposażone w ogrom kompetencji i uprawnień, nie oznacza to jednakże, że dominująca pozycja pracodawcy zostaje zachwiana. Tzw. monopol związków zawodowych nie może być determinowany pozycją pracodawców oraz ryzykiem na jaki są narażeni. Mam tu na myśli w głównej mierze zmianą stosunków ekonomicznych czy też zachwianie w popycie i podaży pracy. Uszczegóławiając, należy się zastanowić nad celem regulacji i wspierania zasady dialogu społecznego, którą ustrojodawca określa jako trzon społecznej gospodarki rynkowej, czyli prawidłowych stosunków gospodarczych.

Językowe rozumienie dialogu uprawnia do konstatacji, że pomiędzy związkami zawodowymi a pracodawcami zachodzi oczywista dystynkcja.

18 Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, (Dz.U. 1991 nr 55 poz. 234).



Widzimy tu obraz dwoisty, który jest przedmiotem kompleksu. Pojęcie dialog zakłada istnienia pewnego etapu rozmów czy negocjacji służących osiągnięciu jakiegoś porozumienia. Stosownie do art. 241²⁴ k.p.¹⁹ prawo wystąpienia z inicjatywą wystąpienia zawarcia układu zbiorowego pracy przysługuje zarówno pracodawcy jak i każdej organizacji związkowej. Należy podkreślić, iż sposób przeprowadzania rozmów jak i negocjacji zależy wyłącznie od stron zawierających układ. Taki sam schemat można zaobserwować w przypadku art. 30 ust. 4 ustawy o związkach zawodowych gdzie w sprawach wymagających zawarcia porozumienia lub uzgodnienia stanowiska z organizacjami związkowymi, organizacje te przedstawiają wspólnie uzgodnione stanowisko. Przykłady wymienione wyżej dają uzasadnione przekonanie, iż idea dialogu społecznego ma przede wszystkim służyć ochronie dobra wspólnego i to za równo pracowników jak i pracodawców. W mojej ocenie przykłady wskazane wyżej służą realizacji dobra wspólnego pracowników tj. ochrony lub podniesienia standardów pracy i płacy a z drugiej strony interesu ekonomicznego pracodawcy. Pozycja związków zawodowych postrzegana jako monopolistyczna i uprzywilejowana ztraca sens regulacji i wspierania dialogu społecznego.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wskazany już wyżej pojęcie „dobra wspólnego” chroniący interes publicznoprawny. Można wskazać cały szereg norm w przepisach regulujących zbiorowe stosunki pracy, które w pierwszym rzędzie chronią interesy „wspólne” mające „publicznoprawne” uzasadnienie, jakim jest właśnie ochrona zarówno związków zawodowych jak i pracodawców. Oczywistym jest fakt, że na poziomie ustawowym pierwszeństwo należy dać zasadzie równości, co nie oznacza jednak, iż praktyczny wymiar tych praw znajdzie swoje odbicie w praktyce. W mojej ocenie zasada równości, ma przede wszystkim zapewnić ochronę podmiotom zbiorowych stosunków pracy tj. związkom zawodowym jak i organizacjom pracodawców. Zasada równości odgrywa zasadniczą rolę, głównie w zbiorowych stosunkach pracy, gdyż jej głównym celem jest zagwarantowanie równowagi pomiędzy partnerami społecznymi a szerzej mówiąc pomiędzy działaniami partnerów społecznych. Odwołując się wcześniej do wspomnianego monopolu związków zawodowych, należy rozumieć sytuację, w której słuszny interes zatrudnionych stanie się w istocie dominującym z uwagi na wartość pracy i interesów ekonomicznych pracowni-

19 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, (Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141).

Notice This



ków²⁰. W zbiorowych stosunkach pracy dla zachowania równowagi pomiędzy partnerami społecznymi ma nie tyle znaczenie zasada równości, ale przede wszystkim niczym nie skrepowane działania obu stron zbiorowych stosunków pracy. Zatem, na każdym etapie powinna istnieć procedura dozwolonego prawem „wpływu” na działania drugiej strony, które powinny się przejawiać w zasadzie dialogu.

Występująca dysproporcja sił pomiędzy związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców jest uzasadniona tylko brakiem aktywności po każdej ze stron przejawiająca się w ochronie swoich interesów. Trudno bowiem wyobrazić sobie taką sytuację, w której to pracodawcy skłonni są do stopniowego poprawiania sytuacji pracowników, aby cel ochrony tychże praw przez związki zawodowe stał się marginalny. Inwestycja w pracowników traci na znaczeniu na rzecz ochrony swojego interesu przez pracodawcę. W moim przekonaniu kategoria słusznego interesu jest przedkładana ponad interes drugiej strony, co w konsekwencji nie prowadzi do podejmowania racjonalnych decyzji. Zbiorowe stosunki pracy od zawsze cechowała walka o „słusność”. Z socjologicznego i historycznego punktu widzenia miało to związek z przemianami jakie miały miejsce w XIX i XX wieku. Można wyraźnie zauważyć, że przemiany te nacechowane były brakiem komunikacji pomiędzy rodzącymi się związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców. Brak było bowiem określonych reguł zachowania i zasad zbiorowych stosunków pracy. Zasada równości również nie miała większego znaczenia a dialog społeczny nie miał racji bytu.

Powstaje zatem pytanie o obecne stosunki pomiędzy związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców. Zasadą jest, iż niwelowanie dysproporcji sił pomiędzy związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców ma opierać się na dialogu społecznym uwzględniającym słuszne interesy obydwu stron. Szerokie uprawnienia związków zawodowych nie mogą stać się argumentem i nie mogą być utożsamiane z pozycją ekonomiczną pracodawcy oraz jego odpowiedzialnością w sferze gospodarczej. W sferze zbiorowych stosunków pracy nie mamy do czynienia z ekwiwalentnością praw i obowiązków podmiotów tychże stosunków. Związki zawodowe - jako reprezentanci interesów pracowniczych nie mogą ponosić konse-

Notice This

20 Pracownik w rozumieniu ogółu osób świadczących pracę także a podstawie umów cywilnoprawnych.



kwencji za działania pracodawcy jako przedsiębiorcy. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy jest to, iż związki zawodowe jedynie reprezentują pracowników w zakresie ochrony ich praw, ściślej ujmując pracownicy nie mogą być współodpowiedzialnymi za ujemne następstwa pracodawcy - przedsiębiorcy.



„ŚMIERĆ PARTNERÓW SPOŁECZNYCH”

Śmierć, o której mowa w tytule zaprezentowanego podrozdziału jest przedmiotem ogólnoeuropejskiej dyskusji²¹. Wszystko za sprawą wszechogarniającego kryzysu gospodarczego, który zdaje się na dobre zmieniać układ sił między posiadaczami kapitału a pracą, co z kolei stało się zaczątkiem kryzysu ruchu robotniczego oraz przekreśleniem wieloletniego wspierania wspomnianego już dialogu społecznego²². Ogólna teoria na temat kryzysu ruchu robotniczego mogąca mieć ogromne znaczenie to wszechobecne marginalizowanie związków zawodowych²³, z pytaniem o przyczyny, jednakże bez stawiania odpowiedzi. Uzasadnienia takiego stanu rzeczy poszukuje się w dostępie pracowników do związków zawodowych w miejscu pracy, w tzw. koniunkturalnym uzwiązkowieniu związanym głównie ze stopą bezrobocia, niskim zainteresowaniem młodych pracowników rzadko wsparciem ze strony związków zawodowych.

Wydaje się, że Europa nigdy jeszcze nie była tak blisko zmiany kierunku z Europy socjalnej wspierającej partnerów społecznych oraz dialog społeczny do Europy bez związków zawodowych i organizacji pracodawców. Wystarczy bowiem chwilowa utrata władzy przez związki zawodowe aby rozpoczął się proces dezintegracji socjalnej.

Ideałem byłoby aby europejski rynek pracy był tak zharmonizowany, aby mógł przynosić korzyści zarówno posiadaczom kapitału jak i pracownikom. Po drugie, słabnąca ochrona dialogu społecznego a tym samym marginalizacja związków zawodowych powoduje, że niepotrzebnym wy-

21 K. D. Ewing, *The Death of Social Europe w: Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, A. Świątkowski (red.), Kraków 2015.

22 Ibidem.

23 <http://www.voxeu.org/article/trade-unions-europe>, dostęp: 17 XI 2015 r.

Notice This



daje się wspieranie w głównej mierze pracowników. Powodem takiego stanu rzeczy jest nie tylko konflikt między podstawowymi prawami człowieka (pracownika) a prawami państwa, ale ogromna decentralizacja związków zawodowych na krajowym i europejskim rynku pracy²⁴.

Należy stwierdzić, iż regulacje międzynarodowe nie pozwalają przyjąć, iż instytucje międzynarodowe postrzegają związki zawodowe oraz organizacje pracodawców, jako partnerów społecznych. W dalszym ciągu dominuje ugruntowane przekonanie o słabszej pozycji związków zawodowych względem pracodawców, co w konsekwencji prowadzi do zwiększania ochrony związków zawodowych. Ta ogromna dysproporcja działa w końcu negatywnie na odczucia pracodawców i organizacje pracodawców

Główna teza tego artykułu sprowadza się do twierdzenia istnienia „ograniczonego charakteru praw społecznych”. Z tak przedstawionej hipotezy badawczej wywodzę, iż marginalizacja partnerów społecznych tj. praktyczne zmniejszenie znaczenia dialogu społecznego, negowanie praw związkowych jako podstawowych praw człowieka, brak regulacji wolności podejmowania akcji zbiorowych przez pracodawców a także negacja aspektu negatywnego prawa do wolności zrzeszania się pracodawców narusza równowagę między partnerami społecznymi. Na gruncie decyzji instytucji międzynarodowych, domniemam istnienie ograniczonego aspektu prawa do wolności zrzeszania się pracodawców, przejawiającego się w zanegowaniu prawa pracodawców do aktywnej obrony swoich interesów, poprzez możliwość odmowy prowadzenia rokowań zbiorowych oraz odmowy przystąpienia do układu zbiorowego pracy w sytuacji zagrożenia ich istotnych interesów. Niekonsekwencja instytucji międzynarodowych utrwała uprzywilejowaną pozycję związków zawodowych, dając tym prymat ich zwiększonej ochrony²⁵. Przedstawione wyżej wnioski nie dają jednak odpowiedzi na pytanie o przyczynę „śmierci partnerów społecznych”. Model socjalny współczesnej Europy powinien prezentować wartości, jakie zostały nakreślone już w roku 1957 przez Europejską Wspólnotę Gospodarczą a później przez Traktat z Maastricht a obecnie przez Traktat

Notice This

24 Za: K. D. Ewing, *The Death of Social*, op. cit. s., Por. J Lopez Lopez, 'Solidarity and the Resocialisation of Risk', in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, s. 357.

25 T. Novitz, *Negative Freedom of Association*, *Industrial Law Journal*, Vol. 26, Nr 1, s. 79.



o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w art. 151, określając go jako wspólnym celem Wspólnoty.

Polityka integracji a także kilkudziesięcioletnie wspieranie dialogu społecznego nie zdołały powstrzymać powolnego kryzysu partnerów społecznych, a co za tym idzie upadku ich znaczenia. Mając na uwadze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej należy stwierdzić, iż obecnie mamy do czynienia z procesem dezintegracji umacniania się pozycji i roli partnerów społecznych. Należy wskazać, iż Trybunał nie tylko podkreślił, ale co najważniejsze zanegował istnienie konfliktu pomiędzy posiadaczami kapitału a pracownikami, poprzez przyznanie wyższości prawom Wspólnoty²⁶.

Warto jeszcze wskazać na zmienną intensywność instytucji międzynarodowych względem działań zbiorowych podejmowanych przez partnerów społecznych. Praktycznie nie budzi dyskusji prawo pracowników do strajku, jednakże pewien niepokój może wywoływać limitacja możliwości skorzystania z środka ochrony interesów pracowniczych, jakim niewątpliwie jest strajk. Ograniczenie to należy rozumieć w ten sposób, że do czasu podjęcia strajku należy korzystać z innych mniej „restrykcyjnych środków”, przy czym nie wskazuje się tychże środków²⁷. Podstawowym argumentem przeciwko uznaniu takiego stanowiska to przede wszystkim uznanie prawa do strajku jako prawa fundamentalnego człowieka, a nie postrzeganie go jako zagrożenie dla innych fundamentalnych praw człowieka.

Należy zatem stwierdzić, iż odczytywanie praw człowieka (praw związkowych) bez oparcia w wartościach, które stanowią fundament europejskiego modelu socjalnego, ale także wielopłaszczyznowa ochrona praw człowieka i praw Wspólnoty oznacza w praktyce ograniczenia dla wykonywania podstawowych praw związkowych.

26 CASE OF YOUNG, JAMES AND WEBSTER v. THE UNITED KINGDOM, 13 lipca 1981, pkt. 51, CASE OF GUSTAFSSON v. SWEDEN, 25 kwietnia 1996 r., Sprawa C-438/05: International Transport Workers' Federation v Viking Line ABP, Ou Viking Line Eesti, 2007 r., ECR 2007, s. 1-10779; Sprawa C-341/05: Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byg. i inni, wyrok z 18.12.2007 r., ECR 2007, s. 1-000.

27 Zob. Sprawa C-438/05: International Transport Workers' Federation v Viking Line ABP, Ou Viking Line Eesti, 2007 r., ECR 2007, s. 1-10779; Sprawa C-341/05: Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byg. i inni, wyrok z 18.12.2007 r., ECR 2007, s. 1-000.

Notice This





PODSUMOWANIE

Pozostawienie takiego stanu rzeczy nie wypełni kolejna zmiana przepisów czy idealnej współpracy pomiędzy związkami zawodowymi czy organizacjami pracodawców. Niestosownym także byłoby podjęcie działań ograniczających pozycję związków zawodowych czy organizacji pracodawców. Status obu partnerów społecznych wyznacza nam przede wszystkim Konstytucja RP. Pomimo słabnącego wpływu związków zawodowych na sytuację zatrudnionych w Polsce, sytuacja pozycja związków zawodowych nie może zostać ograniczona lub szerzej ujmując do współodpowiedzialności pracowników za działania przedsiębiorcy w danym zakładzie pracy. Idea zasady równości, ale także współpracy pomiędzy związkami zawodowymi a organizacjami pracodawców zakłada współpracę a nie współodpowiedzialność. Monopolistyczna pozycja związków zawodowych nie może zostać ograniczona z uwagi na rolę jaką mają odgrywać związki zawodowe. Osłabienie ich pozycji oznaczałoby tylko i wyłącznie osłabienie pozycji zatrudnionych przede wszystkim na podstawie umów cywilnoprawnych, a także obniżenie wartości pracy. Odnosząc się do aktualnych tendencji na europejskim rynku pracy należy zauważyć, iż aktywność związków zawodowych ograniczona jest jedynie do wybranych grup zawodowych. Co więcej, w moim przekonaniu rolę związków zawodowych nie powinny przejmować tzw. rady pracowników, ponieważ pracownicy tworzący taką radę pozostają uzależnieni ekonomicznie od pracodawcy. Problemem rzeczywistym z jakim mamy obecnie do czynienia dotyczy pracodawców, którzy niejednokrotnie obniżając standardy pracy, winę za aktywność związków zawodowych przerzucają na ryzyko gospodarcze jaki są obciążeni. Znacznie poważniejszym należy uznać wspomnianą niekonsekwencję instytucji międzynarodowych, które skomplikowane relacje pomiędzy podstawowymi prawami człowieka a swobodami Wspólnoty nie rozwiązują, a wręcz potencjalnie wzmocniają. Przedstawione problemy na poziomie krajowym, ale także europejskim nie tylko prowadzą do destabilizacji relacji i pozycji partnerów społecznych, ale co najważniejsze do tezy, iż wolności związkowe nie są prawami człowieka. Co za tym idzie, przyjęcie takiego stanowiska zamyka dyskusję o pozycję związków zawodowych względem organizacji pracodawców, oraz o konflikt już nie tylko pomiędzy prawami państwa a prawami człowieka. Należy zauważyć bowiem dwutorowy konflikt pomiędzy prawami państwa, prawami Unii Europejskiej a prawami człowieka. Dostrzec można również, iż wątpliwości i obawy związane ze



stanowiskami instytucji międzynarodowych nie są uzasadnione. Ja słusznie stwierdza K. D. Ewing „Jesteśmy świadkami deregulacji i niszczenia negocjacji zbiorowych (elementów podstawowych wolności zrzeszania się partnerów społecznych, dopisek własny Ł. Kobroń) w interesie konkurencyjności i zaciskania pasa”. Niszczenie praw związków zawodowych i organizacji pracodawców jest efektem nie tylko kryzysu gospodarczego, ale przede wszystkim praktycznym wymiarem kryzysu praw związkowych.

Zniwelowanie dysproporcji stanowisk instytucji wspólnotowych może stać się naturalnym procesem odrodzenia pozycji partnerów społecznych na poziomie Wspólnotowym i krajowym. Miejmy jednak nadzieję, że proces „odwracania” nie zajmie kilka dekad.



ABSTRAKT

Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie czy istnieje aksjologiczne i prawne uzasadnienie uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych. Autorka wskazuje na te aspekty prawne, które nie prowadzą do naruszenia zasady równouprawnienia partnerów społecznych w zbiorowym prawie pracy. Jednocześnie autorka stawia tezę o potrzebie istnienia uprzywilejowanej pozycji związków zawodowych oraz istnienia „ograniczonego charakteru praw społecznych”. Z tak przedstawionej hipotezy badawczej autorka wywodzi, iż marginalizacja partnerów społecznych tj. praktyczne zmniejszenie znaczenia dialogu społecznego, negowanie praw związkowych jako podstawowych praw człowieka, brak regulacji wolności podejmowania akcji zbiorowych przez pracodawców a także negacja aspektu negatywnego prawa do wolności zrzeszania się pracodawców narusza równowagę między partnerami społecznymi a co za tym idzie staje się bezpośrednią przyczyną „śmierci partnerów społecznych”.



Dobrobyt
SPOŁECZEŃSTWA

JAKO CEL ETYCZNY
W KONCEPCJI UTYLITARNEJ

**JOHNA
STUARTA MILLA**



Marcin Hotel

doktorant, WPiA UJ



Utylitaryzm, zwany też postawą zdrowego rozsądku, jest prądem filozoficznym, który wywarł wielki wpływ na rozwój społeczny ludzkości. Dokonuje on oceny zachowań ludzkich poprzez pryzmat użyteczności, jaką ze sobą niesą. Użyteczność jest tu rozumiana jako szczęście. Innymi słowy, czyny dobre to takie, które przyczyniają się do szczęścia, a złe to takie, które przyczyniają się do cierpienia. Istotne jest (za co utylitaryści są często krytykowani), że dochodzi tu do oddzielenia motywów od czynów - oceniane są tylko te drugie.

Pprzedmiotem pracy jest utylitaryzm w jego klasycznej postaci. Punktem wyjścia będą rozważania nad poglądami Jeremy Benthama. Następnie omówiona zostanie etyka Johna Stuarta Millla, który w rozwinął poglądy tego pierwszego. Na samym końcu zostanie omówiony cel, z którym wiązała się etyka Millla, a który można określić jako dążenie do dobrobytu społeczeństwa. Na marginesie warto zaznaczyć, że w poglądach Millla odnaleźć można silne związki z ekonomią klasyczną, w szczególności z poglądami Adama Smitha. W koncepcji tego szkockiego ekonomisty można znaleźć wiele cech charakterystycznych dla utylitaryzmu, a w szczególno-



ści pogląd, że ważniejsze od sprawiedliwości jest dążenie do zwiększania dobrobytu państwowego¹.



JEREMY BENTHAM: POMIĘDZY BÓLEM A PRZYJEMNOŚCIĄ

Jeremy Bentham był angielskim prawnikiem, filozofem i ekonomistą. Był jednym z przedstawicieli pozytywizmu prawniczego i liberalizmu. W obszarze zainteresowań ekonomicznych popierał ideę wolnego rynku. Zdaniem Benthama naturą ludzką rządzą dwie determinanty – ból i przyjemności. Zachowanie człowieka jest nakierowane na dążenie do przyjemności (rozumianej jako przyjemność fizyczna, zmysłowa) i do unikania bólu. Ponieważ istniały tylko te dwie wartości, również one w sposób wyraźny znajdowały odzwierciedlenie w ocenach etycznych zachowań zarówno jednostek, jak i zbiorowości, np. rządu. Te z nich, które prowadziły do zwiększania ogólnego poziomu przyjemności w społeczeństwie powinny być postrzegane jako pozytywne, podczas gdy zachowania wywołujące ból powinny być negowane. W tym miejscu wyłania się problem pogodzenia dążenia do ogólnego szczęścia z egoizmem psychologicznym. Trudno bowiem założyć, że człowiek, którym kieruje wyłącznie pragnienie odczucia przyjemności i uniknięcia bólu, będzie podejmował starania w celu zwiększenia ogólnego poziomu szczęścia w społeczeństwie. Bentham ostatecznie wycofał się ze skrajnego poglądu o egoistycznej naturze człowieka, stwierdzając, że ludzie działają również z czystej życzliwości dla drugiego człowieka, co może mieć pozytywne skutki dla całego społeczeństwa.

Jak zostało wspomniane powyżej, ocena człowieka odbywa się przez pryzmat oceny jego działań. Oznacza to, że jego prawdziwy charakter, czy też motywy, którymi się kieruje, nie mają istotnego znaczenia. Istotne są jedynie konsekwencje, jakie dany czyn wywołuje. Innymi słowy, w zależności od tego, ile przyjemności lub użyteczności dany czyn wywołuje, tym będzie on oceniany jako bardziej lub mniej dobry. W przypadku konieczności wyboru pomiędzy kilkoma alternatywnymi zachowaniami powinno się wybrać to zachowanie, które generuje najwięcej przyjemności lub użyteczności. Ponieważ Bentham był prawnikiem, refleksy jego filozofii można

1 J. Chodorowski, Adam Smith (1723-1790). Życie i dzieło autora Badań nad naturą i przyczynami bogactwa narodów, Wrocław 2002, s. 19-20.

Notice This



odnaleźć również w jego wypowiedziach na temat prawa. Wypowiadając się na temat karalności homoseksualizmu stwierdził on, że niechęć jaką ta odmienność wywołuje w społeczeństwie nie przeważa przyjemności, którą czerpią osoby żyjące w takich związkach. Z racji więc tego, że ogólna suma przyjemności (użyteczności) w społeczeństwie jest większa w przypadku braku karalności homoseksualizmu, takie praktyki nie powinny być zabronione.

Przyjemność w rozumieniu Benthama jest subiektywna – przyjemnym jest to co danej osobie sprawia przyjemność, a niekoniecznie to, co jest tak odbierane w społeczeństwie. Podobnie odnosił się on do bólu. Aby ułatwić ocenę danego zachowania przez pryzmat przyjemności lub bólu, które te wywołują, wprowadził kilka kryteriów, które pomagają w znalezieniu prawidłowej oceny. Są to: intensywność (jak silna jest przyjemność lub ból), czas trwania (jak długo przyjemność lub ból będzie trwać), pewność (jakie jest prawdopodobieństwo, że dane działania spowoduje przyjemność lub ból), bliskość (jak szybko dane działanie wywoła przyjemność lub ból), bujność (jakie jest prawdopodobieństwo, że dany czyn doprowadzi do dalszych przyjemności lub bólu), czystość (jakie są związki przyjemności lub bólu z innymi uczuciami) oraz zakres (ile osób dozna przyjemności lub bólu w wyniku podjęcia danego działania). Oczywiście w życiu codziennym, z uwagi na konieczność podejmowania nagłych decyzji, często nie ma możliwości przeprowadzenia szczegółowej analizy poszczególnych alternatyw działania, dlatego konieczne jest poleganie na intuicji i doświadczeniu.

Oceny moralne Benthama były instrumentalne. Nie było dla ich istotne czy działanie jest złe samo w sobie, ale znaczenie miało jedynie to jakie skutki ono wywołuje. Nawet zatem działania, które w oderwaniu od ich skutków mogłyby zostać uznane za złe, takimi nie były jeżeli ostatecznie, nawet wbrew zamierzeniom działającego, wywołały pozytywny efekt. Podejście to stało w opozycji do filozofii Kanta oraz prawa naturalnego. Poglądy w tej materii wywarły jednak również znaczący wpływ na myślenie Benthama o prawie. Mianowicie, zauważył on, że prawo w różnym okresie jego obowiązywania może wywoływać różne skutki (w jednym okresie może przysparzać więcej użyteczności, a w innym mniej). Z tego powodu, proces prawotwórczy powinien być dynamiczny i powinien reagować na zmiany jakie zachodzą w skutkach obowiązywania danego prawa.



Analizując poglądy Benthama, można postawić generalną tezę, iż człowiek w swoim życiu dąży do osiągnięcia przyjemności i minimalizowania cierpienia. Każde zatem działanie, które prowadzi do takiego stanu (bez znaczenia czy nakierowane na własną przyjemność, czy też przyjemność całego społeczeństwa) będzie uważane za działanie etyczne, gdyż będzie ono użyteczne. Przyjemność dająca szczęście u Benthama była rozumiana jako przyjemność czysto fizyczna. Analizując jednak postawy społeczne wielu ludzi, dojrzeć można, że szczęście dają im nie tylko sensualne przyjemności, ale także przeżycia duchowe. Obserwacja ta pochodzi już od Johna Stuarta Milla, który rozwinął koncepcję utilitaryzmu i nadał jej szerszy wymiar.



JOHN STUART MILL: W KIERUNKU JAKOŚCI

John Stuart Mill urodził się w 1806 roku. Był najstarszym synem Jamesa Milla, który wspólnie z Benthamem uchodził za jednego z prekursorów utilitaryzmu. Poświęcił on swoje życie na edukację syna, którego uczył w domu. Była to bardzo staranna i gruntowna edukacja. James Mill doceniał wagę rozwoju duchowego, gdyż sam będąc synem szewca, sukcesy w życiu zawdzięczał własnej pracowitości oraz – właśnie – edukacji. W wieku trzech lat John Stuart rozpoczął naukę greki, a wieku siedmiu lat łaciny. Naukę chemii i logiki podjął zanim ukończył dwanaście lat. W wieku piętnastu lat po raz pierwszy zetknął się z pracami Benthama, co wywarło znaczny wpływ na jego późniejsze życie. Bardzo często używa się porównania, że koncepcję utilitaryzmu J. Mill nie traktował jedynie jako filozofię, ale wręcz jako religię. Jego ojciec miał za swój cel „stworzenie” godnego następcy dla siebie i Benthama².

J.S. Mill w swoich rozważaniach przywiązywał dużą wagę do doświadczenia, które pozwala na ocenę danego zachowania pod kątem dobra i zła. Uzasadniony wydaje się zatem wniosek, aby zaliczyć go do zwolenników empiryzmu, a jego etykę zakwalifikować jako naukę empiryczną³.

2 R. Cohen-Almagor, John Stuart Mill: Utilitarianism, w: *Ethical Communication: Five Moral Stances in Human Dialogue*, (red.) C. G. Christians and J.C. Merrill, Columbia 2009, s. 25.

3 M. Małek, *Liberalizm etyczny Johna Stuarta Milla. Współczesne ujęcia u Johna Graya i Petera Singera*, Wrocław 2010, s. 88.

Notice This



John Stuart Mill uznawany jest za następcę Jeremy Benthama. Sam Mill pozostał pod ogromnym wpływem swojego mistrza, pomimo, że nie zgadzał się z niektórymi jego poglądami. W szczególności sprzeciwiał się ojmowaniu szczęścia jedynie przez pryzmat prostych przyjemności fizycznych. Uważał, że życie jest o wiele bardziej złożone i konieczne jest wprowadzenie pewnej gradacji. Twierdził, że „jeżeli przez szczęście rozumie się ciągły stan bardzo przyjemnego podniecenia, [...] to takie szczęście jest niemożliwe”⁴. Wraz z procesem socjalizacji społecznej, oprócz podstawowych pragnień, pojawiają się te bardziej złożone. Dlatego też o wiele bardziej należy cenić intelektualne przyjemności, np. czytanie wiersza Wordsworth’a od picia piwa. Widać tu wyraźny sprzeciw przeciwko egalitarnostycznej wizji Benthama, w której wszystkie przyjemności miały jednakową wartość. Wręcz przeciwnie, w wizji Milla, różne przyjemności różnią się jakościowo. Najśłynniejszym przykładem było stwierdzenie, że lepiej jest być niezadowolonym Sokratesem niż zadowolonym głupcem. Choć na pierwszy rzut oka życie głupca „przewyższałoby” życie Sokratesa (więcej przyjemności fizycznych), to drugie powinno jawić się nam jako lepsze. Powodem tego jest, że przyjemności przeżywane przez Sokratesa są wyższej wartości, co w ostatecznym rozrachunku użyteczności daje pozytywny wynik. Nie mniej jednak to przyjemność jako stan psychologiczny pozostaje miarą czynów ludzkich. Mill podobnie wskazywał również na intuicje związane z bólem. Jakkolwiek bowiem wyrządzenie krzywdy człowiekowi i zwierzęciu jest złe, tak nie budzi wątpliwości, że krzywda wyrządzana człowiekowi jest cięższa gatunkowo.

Mill częściej niż Bentham zastępował pojęcie przyjemności pojęciem dobra, które było rozumiane w utylitarny sposób jako szczęście. Podtrzymał on zatem stanowisko, że głównym celem ludzkiego życia jest dążenie do szczęścia. W odróżnieniu jednak od Benthama nie identyfikował go jedynie z prostymi przyjemnościami fizycznymi, ale wskazywał na istnienie innych czynników (przyjemności intelektualne), które mogą dać ostatecznie więcej szczęścia.

Ponieważ pragnieniem każdego człowieka jest szczęście, będzie on dążył do jego maksymalizacji. W ten sposób przyczynia się on również do zwiększenia ogólnego poziomu dobra w społeczeństwie. Jeżeli bowiem

4 J. S. Mill, Utylitaryzm. O wolności, Warszawa 1959, s. 19.





każda poszczególna osoba dąży do szczęścia co zwiększa jej ilość dobra jednostkowego, to suma zagregowanego dobra w społeczeństwa również musi być dodatnia, co jest zjawiskiem pozytywnym.

Wspomnieć trzeba również o roli, jaką w etyce Milla odgrywały emocje takie jak poczucie winy czy skrucha. Stanowiły one przejaw uczuć, które dotyczyły innych osób, a więc miały znaczenie społeczne. Pozwalały one na dostosowywanie zachowań ludzkich do potrzeb społecznych, a więc były użyteczne. Zasadne wydaje się tu porównanie do kar zewnętrznych, które wiązały się z określonymi czynami. Poczucie winy, lub strach przed jego odczuwaniem, stanowiły dla Milla znaczący czynnik motywacyjny przy podejmowaniu decyzji.

Mill w wielu swoich pracach zwracał również uwagę, że zachowania ludzkie powinny być oceniane przez pryzmat skutków jakie wywołują. Dokonując wyboru ludzie opierają się na wewnętrznych intuicjach, tzn. sami oceniają to, które z ich działań przyniesie więcej dobra. Odmiennie niż twierdził Immanuel Kant, brak jest obiektywnych kryteriów, które mogłyby pomóc w wyborze właściwego działania.

Ludzie dążą do maksymalizacji swojego poziomu szczęścia. Często jest to związane z koniecznością posiadania dóbr materialnych. Zauważyć trzeba, że nie tylko proste potrzeby jak jedzenie czy picie wymagają środków pieniężnych, ale również te wyższe np. wyższa edukacja. Ponieważ w świecie istnieje niedostatek dóbr, nie wszyscy mogą zaspokoić swoje potrzeby w równym stopniu. Prowadzi to do sytuacji, w której jednostki pozbawione pewnych dóbr będą starały się odebrać te dobra tym, którzy je mają. Prowadzi do wniosku, że człowiek pragnie w rzeczywistości największego możliwego poziomu dobra, ale maksymalnego poziomu dobra, który jest możliwy do utrzymania tzn. bezpieczeństwo od utraty dobra. W tym celu konieczne jest wprowadzenie reguł postępowania, które umożliwią dystrybucję dóbr oraz ich zabezpieczenie w posiadaniu konkretnych jednostek. Istotne są nie tylko normy, które stworzą zasady postępowania z dobrami, ale także normy proceduralne, które zapewnią ich wykonanie oraz sankcje za ich nieprzestrzeganie.

U podstaw norm prawnych leży współczucie dla drugiego człowieka. W tym miejscu rozumowaniu Milla można zarzucić pewną sprzeczność.

Z jednej bowiem strony zajmuje on stanowisko o egoistycznej naturze człowieka, który myśli wyłącznie o własnym dobru, z drugiej natomiast dostrzega istotność stosunków społecznych i konieczność zwrócenia uwagi na drugą osobę. Wydaje się, że do pewnego stopnia można pogodzić obydwie stanowiska. Ludzie bowiem dostrzegają konieczność zwrócenia uwagi na innych, jeżeli ustanowienie odpowiednich reguł postępowania wprowadza porządek społeczny, z którego oni sami mogą skorzystać.



CEL ETYKI MILLA: DOBROBYT SPOŁECZNY

Analizując poglądy Johna Stuarta Mill'a można dojść do wniosku, że miały one na celu poprawę standardu życia społeczeństwa. Aby móc doprowadzić do wzrostu dobrobytu ogółu konieczne było zaangażowanie wszystkich, co nie jest prostym zadaniem. Mill zdawał sobie bowiem sprawę z dużego rozwarstwienia społecznego zarówno pod względem majątkowym, jak również intelektualnym. Nie zmienia to jednak faktu, że każdy człowiek mając na celu poprawę własnego szczęścia gotów jest podjąć wszystkie możliwe działania, aby doprowadzić do jego maksymalizacji.

Zauważyć przy tym należy, że utilitaryzm jest doktryną liberalną, przez co szczególną wagę przywiązuje do takich wartości jak indywidualizm i wolność. Najwyższą wartością dla Mill'a była jednostka i jej dobro, dlatego jej dążenie do szczęścia było tak istotne. Filozof łączył jednak tę jednostkę ze społeczeństwem. Ponieważ człowiek żyje w większej grupie osób, poprzez wchodzenie w interakcje z innymi poznaje cele i wartości zbiorowości, a na ich podstawie buduje swoje szczęście. Wśród obowiązków społecznych ciążących na każdym z nas, za najważniejszy uchodzi dążenie do własnego szczęścia, ponieważ co zostało wskazane powyżej, im więcej szczęścia zyskuje każda jednostka, tym agregowana suma szczęścia w społeczeństwie się powiększa. Tym, co różniło Mill'a od Benthama była jego koncepcja szczęścia, którego Mill nie rozumiał jako czystej fizycznej przyjemności. Twierdził, że jeżeli tylko taka przyjemność byłaby celem człowieka, to nie różniłby się on niczym od zwierzęcia. Im człowiek bardziej rozumny, tym powinien się skupiać na wyższych przyjemnościach, gdyż w ogromny sposób oddziałują one na niego. Im przyjemność wyższa tym więcej szczęścia ona generuje. Ponadto, osoba która raz doznała takiej przyjemności już zawsze będzie dążyć do jej ponownego osiągnięcia. Powodem, dla któ-

Notice This





regu nie wszyscy ludzie dążą do przyjemności wyższych, jest to , że sobie ich po prostu nie uświadamiają. W momencie jednak, gdy zdadzą sobie z nich sprawę „odmawiają nazwy szczęścia wszystkiemu, co tych potrzeb nie zaspokaja”⁵. Na marginesie warto zaznaczyć, że Mill wychodził z założenia, że połączenie przyjemności prostych z wyższymi jest niemożliwe⁶.

Bardzo ważnym zadaniem, przed którym staje państwo jest zapewnianie równości szans, w tym przede wszystkim ochrona wolności. Rozumiana ona była bardzo szeroko i obejmowała m.in. wolność sumienia, wyznania, głoszonych poglądów, swobodę wyboru drogi życiowej, swobodę gustów oraz wolność zrzeszania się. Ingerencja państwa jest potrzebna w sytuacji, gdy wolność jednostki jest zagrożona, a to jest naruszana i doznaje ona krzywdy⁷. Mill stwierdził wprost, „[...] że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jej woli, jest zapobieżenie krzywdzie innym”⁸.

Aby jednostka mogła osiągnąć szczęście i podejmować prawidłowe decyzje w życiu, nieodzownym jest wykształcenie u niej trzeźwej oceny sytuacji. Mill opowiadał się za racjonalizmem, który między innymi objawiał się w tym, że należy z dystansem podchodzić zarówno do sukcesów jak i porażek. Podstawą decyzji odnoszących się do społeczeństwa powinno być doświadczenie oraz wyniki osiągnięte przez naukę. W życiu społecznym górę powinna brać zasada złotego środka, tzn. nie powinno się popadać w skrajności, ale zawsze próbować opanować emocje i podejmować decyzje w oparciu o chłodną kalkulację.

Dla zagwarantowania rozwoju społeczeństwa, konieczne było zagwarantowanie mu rozwoju intelektualnego. Istotną rolę w Mill’owskiej wizji świata pełni więc edukacja, która pozwala na zrozumienie procesów, które zachodzą w społeczeństwie, co z kolei umożliwia zajmowanie się sprawami ogółu. Jednostka powinna zatem dążyć do rozwoju i samorealizacji.

5 J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 19.

6 J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 14-15.

7 R. Cohen-Almagor, John Stuart Mill: Utilitarianism, w: *Ethical Communication: Five Moral Stances in Human Dialogue*, (red.) C. G. Christians and J.C. Merrill, Columbia 2009, s. 30.

8 *Ibidem*, s. 102.

Notice This



Liberalna koncepcja Milla przejawia się także w myśleniu o polityce. Filozof z dezaprobatą wypowiadał się o sile tłumu i przestrzegał przed uleganiem jego wpływowi. W jego przekonaniu tłum był irracjonalny i zagrażał wolności jednostki. Z tych samym powodów odrzucał powszechne prawo wyborcze, które uważał za przejaw tyranii większości. Mogła ona w rezultacie doprowadzić do tego, że głos intelektualistów i ludzi wybitnych nie zostałby dosłyszany przez społeczeństwo, podczas gdy to właśnie od takich ludzi zależał postęp⁹. Istotną rolę odgrywały zatem autorytety, których zdanie powinno być decydujące jeżeli chodzi o ważne kwestie społeczne.

Aby zwiększać dobrobyt społeczny, jednostka powinna pozostać aktywna. W tym celu pożądane jest angażowanie się w życie polityczne. Istotny jest udział w dyskusjach – pomimo że częstokroć nie prowadzą one do zmiany czyichś poglądów, to ułatwiają podjęcie decyzji poprzez przyczynianie się do lepszego zrozumienia problemu. Aktywna postawa jest istotna także dla samej jednostki. Pozwala ona na zwiększenie własnej użyteczności, co tym samym przekłada się na większy poziom szczęścia. Ponadto dana osoba może stać się autorytetem, co tym samym umożliwi tworzenie dobrych wzorców i będzie mogło stanowić motywację dla pozostałej części społeczeństwa do przybierania właściwych postaw. W rezultacie zwiększy się poziom szczęścia poszczególnych osób, a więc również zagregowana użyteczność ogółu.

Jakkolwiek środki materialne ułatwiały osiągnięcie przyjemności duchowych, nie były ich gwarantem. Mill wskazywał na bogatych właścicieli ziemskich, który zamiast zajmować się unowocześnianiem swoich gospodarstw, trwonili swój majątek na rzeczy błahe i byli w przeważającej mierze leniwi. Wskazywał, że takie zachowanie jest złe z perspektywy społeczeństwa, bo właściciele bogacąc się na biedniejszych nie dają społeczeństwu niczego w zamian. W celu zmiany tej sytuacji, proponował odebranie leniwym właścicielom ich majątku i przekazanie go pracowitym, biednym osobom, które w ten sposób mogłyby sobie stworzyć miejsca pracy. Tym samym byłiby w stanie oni uzyskać niezbędne środki do zabezpieczenia swoich podstawowych potrzeb, co z kolei umożliwiłoby im zwrócenie się w stronę przyjemności wyższych. Takie zabiegi zwiększyłyby ogólną sumę szczęścia, co daje podstawę do rozwoju społecznego i jego dobrobytu.

 Notice This

9 Ibidem, s. 168-169.



Aby wykorzystać w pełni możliwości drzemiące w osobach niemających wystarczających środków na edukację, Mill postulował wprowadzenie powszechnego obowiązku szkolnego, który umożliwiłby wykorzystanie w pełni potencjału drzemiącego w mniej zamożnej warstwie społeczeństwa. Ponadto edukacja ogółu społeczeństwa sprzyjałaby uświadamianiu sobie potrzeb duchownych i płynącego z ich zaspokajania szczęścia, co również wiązałoby się z dużą użytecznością.

Szczęście dla Milla miało wymiar intelektualny, które można było osiągnąć poprzez rozwój duchowy. Pożyteczność zachowań dających szczęście była rozumiana jako dążenie do większej użyteczności dla całego społeczeństwa. Z tego powodu koncepcja utilitaryzmu Milla zawiera w sobie wiele cech altruistycznych. Osoba etyczna była osobą, która dążyła do zwiększenia szczęścia „[...] nie tylko całej ludzkości, lecz w miarę możliwości, wszystkim istotom czującym”¹⁰. Warto tu zauważyć, że ten pogląd zapoczątkował dyskusję nad statusem moralnym zwierząt i pozostałych organizmów żywych.



OCENA KONCEPCJI MILLA POD WZGLĘDEM PRZYDATNOŚCI

Głównym zarzutem pod adresem tez głoszonych przez Milla, było stwierdzenie, że wyciąga on nieuprawnione wnioski dotyczącego tego, że nie ma logicznego związku pomiędzy tym, co jest pożądane, a co powinno być pożądane¹¹. Argument ten przypomina słynną gilotynę Hume'a, zgodnie z którą nie ma przejścia od zdań opisowych do zdań powinnościowych (no „ought” from „is”). W obronie Milla podnosi się jednak, że nie chodziło mu o to, że cokolwiek jest pożądane, to powinno być pożądane, ale stara się on dowieść, że coś jest warte pożądania.¹²

10 Ibidem, s. 17.

11 M. Ossowska, Główne modele „systemów” etycznych, w: O człowieku, moralności i nauce. Miscellanea, Warszawa 1983, s. 464-465.

12 D.P. Dryer, Mill's Utilitarianism, w: Collected Works of John Stuart Mill, vol. X: Essays on Ethics. Religion and Society, Toronto-London 1969, s. 1xxix-1xxx.

Notice This



Etyka Milla charakteryzuje się dążeniem do samorozwoju, co stanowi wartość samą w sobie, gdyż jest on podstawą rozwoju całego społeczeństwa. Dzięki samorozwojowi ludzie są w stanie odkrywać wyższe potrzeby i osiągać więcej szczęścia poprzez ich zaspokajanie. Dzięki temu zwiększa się ogólna ilość dobra w społeczeństwie. Warto zauważyć, że fundamentalne założenia etyki Milla są na tyle otwarte, że z łatwością mogą się dostosować do zmieniających się realiów, co czyni tę koncepcję bardzo praktyczną. Dla samego twórcy było to szczególnie ważne, gdyż stawiał on sobie za cel stworzenie etyki, która sprawdzałaby się w życiu codziennym i była użyteczna. Za cel poboczny obrał natomiast odpieranie drobiazgowych argumentów logicznych i metodologicznych¹³.

Stwierdzić można, że Mill tworząc swoją koncepcję osiągnął założony na początku cel. Ustalił on jasne kryterium, którym ma kierować się człowiek podejmując swoje działania zmierzające do pomnażania dobrobytu społeczeństwa. Wydaje się, że prawidłowość tej koncepcji może być potwierdzona empirycznie. W krajach charakteryzujących się najwyższym współczynnikiem szczęścia w społeczeństwie (Dania, Norwegia, Szwajcaria), panuje w zasadzie dobrobyt¹⁴. Pozwala on na zabezpieczenie podstawowych potrzeb i umożliwia skupienie się na potrzebach wyższych. Zgodnie bowiem z tzw. „piramidą potrzeb” Masłowa, stworzoną przez niego w 1954 roku w książce „Motywacja i osobowość”, człowiek skupia się na potrzebach wyższych, takich jak samorealizacja dopiero wówczas, gdy jest on w stanie zaspokoić potrzeby niższego rzędu, np. potrzeby fizjologiczne. Prowadzi to zatem do wniosku, że o ile możliwe jest osiągnięcie dobrobytu w społeczeństwie, możliwe jest także zaspokajanie wyższych potrzeb i tym samym pomnażanie szczęścia. Tym samym koncepcja Milla pozostaje w dzisiejszych czasach aktualna i pozwala na przysporzenie społeczeństwu więcej dobra.

Przy ocenie koncepcji etycznej Milla warto odwołać się do Petera Singera, który twierdzi, że „etyka nie jest jakimś wyidealizowanym systemem, który jest świetny w teorii, ale nie w praktyce. Bliższa prawdzie jest odwrotność

Notice This

13 M. Małek, *Liberalizm etyczny J.S. Milla: współczesne nawiązania i kontynuacje* (analiza poglądów Johna Graya i Petera Singera), Katowice 2007, s. 88.

14 <http://pulsmedycyny.pl/3317398,34637,najszczęśliwsze-panstwa-swiata-ranking> [dzień wejścia 01.04.2015 r.].



tego twierdzenia: ocena etyczna, która nie sprawdza się w praktyce, musi również zawierać jakiś błąd teoretyczny, gdyż jej najistotniejszą rolą jest być przewodnikiem w praktyce”¹⁵.

Mill uważał siebie za racjonalistę i taki był również jego system etyczny. Oderwany od metafizyki i skupiony na realnym odniesieniu jakim miał być dobrobyt społeczeństwa. Trzeba jednak zauważyć, że same pojęcia używane przez utylitarystów jak przyjemność, ból, szczęście czy dobrobyt nie są na tyle skonkretyzowane aby z łatwością można było przypisać im desygnaty. Tym niemniej wydaje się, że rozumowanie to można sprowadzić do następującego zdania:

o ile każdy człowiek będzie bardziej szczęśliwy (będzie miał więcej dobrobytu) tak jak on rozumie to szczęście i dobrobyt tym zachowanie, które wywołuje ten stan (bez znaczenia czy jego samego czy też osób trzecich) będzie uznane za dobre, o ile tylko sytuacja drugiej osoby nie będzie pogarszana o tyle, aby ta strata przewyższyła korzyść osoby która powiększa swój dobrobyt.

Przebija się tu również wyraźnie myśl liberalna. Warto choćby wspomnieć, że dążenie do szczęścia było jednym z praw człowieka wymienionych w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych z 1776 roku. Oceniając etykę Milla z pewnością trzeba stwierdzić, że jest ona pragmatyczna i pomimo uwzględnienia społeczeństwa eksponuje wolność jednostki. Wydaje się również, że zbliżone myślenie legło u podstaw rozwoju nowożytnej Ameryki, która pozostaje do dnia dzisiejszego największym mocarstwem świata, a jej obywatele szczerzą się tym, że są szczęśliwi. Można zatem postawić tezę i ją udowodnić jako wniosek, że etyka Milla osiągnęła swój cel w rozwoju społecznym ludzkości.

15 P. Singer, Etyka praktyczna, Warszawa 2003, s. 18.

Notice This





Wstęp



DO PRAWA SZKOCKIEGO

Iwona Mazurkiewicz

apl. adw., ORA w Warszawie; doktorant, WPiA UW



Kiedy w 1603 roku, po śmierci Marii Stuart, król Szkocji James VI został królem Anglii i Wielkiej Brytanii Jamesem I, wyłoniła się znacząca potrzeba ujednoczenia systemów prawnych. Jednak do „doskonałego zjednoczenia” było jeszcze daleko. Znaczenie „Unii koron” było zarazem bardziej i zdecydowanie mniej znaczące. Mniej, ponieważ pomimo formalnego zjednoczenia do momentu Unii Parlamentów w 1707 roku, nadal pozostawały dwa odrębne królestwa i dwie korony. Bardziej znaczące, ponieważ konsekwencje „Unii koron” dla Anglii i Szkocji stanowiły podwalinę późniejszego zjednoczenia i utworzenia „Wielkiej Brytanii”.

W Wielkiej Brytanii są trzy główne systemy prawne. Pierwszy z nich występuje w Anglii i Walii, drugi w Irlandii Północnej. Trzeci system, który jest przedmiotem niniejszego artykułu, dotyczy Szkocji.

Pomimo tego, iż powyższe systemy prawne mają tego samego ustawodawcę, którym jest Parlament Westminster, każdy z nich od dawna ma swoje własne przepisy prawne regulujące kwestie znaczące, jak choćby struktury sądownictwa, a także inne, które dotyczą spraw stricte administracyjno-



prawnych, do których można zaliczyć wymogi, jakie dany system stawia przyszłym prawnikom, którzy chcą zostać profesjonalnymi doradcami.

Ponadto, Szkocja posiada swój własny parlament, który ma swoją siedzibę w Edynburgu, podczas gdy Irlandia Północna posiada Zgromadzenie Irlandii Północnej (podobnie Walia, która posiada podobny organ ustawodawczy)¹.



TROCHĘ HISTORII

Obecnie istniejący, niezależny szkocki system prawny, istnieje dzięki trzem wydarzeniom. Z jednej strony mamy dwa niezmiernie istotne wydarzenia w historii Szkocji, „Union of Crowns” z 1603 roku i „Union of the Parliaments” z 1707 roku, które pozbawiły Szkocji suwerenności i niezależności, na rzecz Wielkiej Brytanii. Pomimo zachowania pewnych uprawnień w tworzeniu i stanowieniu prawa, była jednak nadal częścią unii Wielkiej Brytanii.

Trzecim wydarzeniem jest rok 1998 i uchwalenie ustawy o Szkocji, na mocy, której utworzono parlament szkocki z siedzibą w Edynburgu i przekazano mu uprawnienia². W ten sposób (po przeprowadzeniu referendum) przywrócono Szkocji oddzielny parlament, który utraciła ona z chwilą zawarcia unii z Anglią i Walią w 1707 r³.

Notice This



-
- 1 Zgromadzenie Irlandii Północnej (Irish: Tionól Thuaisceart Éireann), cele jest przekazane prawodawcy z Irlandii Północnej. Posiada uprawnienia do uchwalania ustaw w wielu dziedzinach, które nie zostały wyraźnie zastrzeżone do Parlamentu Zjednoczonego Królestwa, i do powoływania Wykonawcy Irlandia Północna. To siedzi na budynki Parlamentu w Stormont w Belfastie; Zgromadzenie Narodowe Walii (Welsh: Cynulliad Cenedlaethol Cymru) jest zdecentralizowanym montaż z mocy, aby prawodawstwo w Walii. Jest powszechnie znany również, jako Zgromadzenie walijskiego. Zgromadzenie składa się z 60 członków, którzy są znane, jako członków Zgromadzenia lub AMS (Aelod y Cynulliad).
 - 2 Scotland Act 1998
 - 3 Warto wspomnieć w tym miejscu o Szkockie referendum niepodległościowe z 18 września 2014, decydujące w kwestii odłączenia się Szkocji od Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Jego wynik przesądził o pozostaniu Szkocji w Wielkiej Brytanii. Za odłączeniem się było 44,70% głosujących, za pozostaniem 55,30%, frekwencja wyniosła 84,59, a uprawnionych do głosowania było 4,3 milionów mieszkańców Szkocji w wieku od 16 lat.

Pomimo zawarcia unii, systemy prawne obu krajów różniły się znacząco. Szkocja, przejęła przede wszystkim zasady prawa rzymskiego, duży wpływ na ówczesny dorobek prawny Szkocji miała również doktryna francuska i holenderska. W XIII wieku elementy prawa rzymskiego pojawiały się w Szkocji głównie za pośrednictwem działalności sądów kościelnych, stosujących prawo kanoniczne. Był to zatem wpływ pośredni, lecz – jak się podkreśla – realny. Z czasem oddziaływanie to było coraz silniejsze. W XIV wieku prawo rzymskie stało się popularnym elementem erudycji prawniczej. Nadużyciem było by jednak twierdzenie, iż prawo szkockie opiera się tylko i wyłącznie na prawie rzymskim: Szkoci implementowali dorobek Rzymian tylko wtedy, gdy istniały luki w ich dotychczasowym prawie zarówno cywilnym jak i zwyczajowym). Ponadto, do ówczesnych źródeł prawa szkockiego zaliczyć trzeba pisma wybitnych uczonych prawnych, takich jak Stairs, Erskine i Bell, Hume, i Alison⁴.



SZKOCJA CZĘŚCIĄ ZJEDNOCZONEGO KRÓLESTWA

Szkocja pozostaje częścią Zjednoczonego Królestwa, parlament Zjednoczonego Królestwa jest jednak nadal władny stanowić prawo w niektórych dziedzinach. Ustawodawstwo pierwotne może być przyjmowane przez szkocki parlament w dziedzinach przekazanych mu na mocy ustawy o Szkocji z 1998 r⁵. Dziedziny te obejmują zdrowie, oświatę, władze lokalne, działalność w zakresie opieki społecznej, gospodarkę mieszkaniową, zagospodarowanie przestrzenne, turystykę i rozwój gospodarczy, niektóre aspekty transportu, obszar sprawiedliwości, wolności i bezpieczeństwa, w tym większość aspektów prawa prywatnego i karnego, policję i straż pożarną, wiele zagadnień z obszaru ochrony środowiska, rolnictwo i rybołówstwo, sport i sztukę, jak również wykonywanie zobowiązań międzynarodowych w obszarach, w których nastąpiło przekazanie kompetencji.

Na mocy ustawy o Szkocji z 2012 r. rozszerzono uprawnienia uzyskane na zasadzie dewolucji w dziedzinach dotyczących pewnych kwestii po-

Notice This



4 Por. P. Stein, *Roman Law...*, s. 28. Można spotkać jednak przekonanie odmienne, że prawo rzymskie w średniowieczu oddziaływało w Szkocji jeszcze słabiej niż w Anglii. Por. M.G. Fisher, *Scotland and the Roman Law*, „*Tulane Law Review*” 1947, Vol. 22, s. 17

5 Por: ustawa o Szkocji z 2012 r.



datkowych. Ministrowie szkoccy w ramach uprawnień przekazanych im przez ustawy parlamentu Zjednoczonego Królestwa lub ustawy parlamentu Szkocji mogą również wydawać rozporządzenia szkockie⁶. Jednakże uprawnienia do zawierania traktatów międzynarodowych w imieniu Zjednoczonego Królestwa nadal należą do Korony, tj. monarchy działającego na mocy prerogatyw królewskich zgodnie z zaleceniem rządu Zjednoczonego Królestwa. Parlament Zjednoczonego Królestwa nie odgrywa co prawda formalnej roli w zawieraniu traktatów, jednakże w przypadku, gdy traktat wymaga wprowadzenia zmian do ustawodawstwa Zjednoczonego Królestwa lub przyznania środków publicznych, parlament głośuje nad tą kwestią w trybie zwykłym. Wszystkie traktaty UE, aby można było je implementować w Zjednoczonym Królestwie, podlegają kontroli parlamentarnej. Po wejściu w życie brytyjskiej ustawy o reformie konstytucyjnej i sprawowaniu rządów z 2010 r. ratyfikacja traktatu będzie możliwa dopiero po: uprzednim przedłożeniu kopii traktatu parlamentowi przez ministra Korony, opublikowaniu traktatu oraz upływie okresu 21 dni sesyjnych, przy założeniu, że w tym czasie żadna z izb parlamentu nie opowie się przeciwko ratyfikacji traktatu⁷.



JURYSDYKCJA SZKOCJI

Szeroko rozpowszechniony jest pogląd, w myśl którego anglosaska kultura prawna kształtowała się w całkowitej izolacji od dominujących w kontynentalnej części Europy wpływów jurysprudencki rzymskiej, w związku, z czym odmienność systemu szkockiego nie dziwi. Nie zaskakuje też ogromny wpływ Anglii i jej systemu prawnego na system szkocki. Zarówno więc uwarunkowania historyczne, jak i wspólnota geopolityczna przyczyniła się do obecnego kształtu jurysdykcji Szkocji.

Szkocki system prawny należy do grupy jurysdykcji mieszanych⁸. Istnieją rozmaite algorytmy, wedle których dokonuje się charakterystyki da-

6 Scottish Statutory Instruments

7 Constitutional Reform and Governance Act 2010

8 Jurysdykcja mieszana- mixed jurisdiction. Klasyczna definicja jurysdykcji mieszanych powstała blisko sto lat temu, której autorem był FP Walton: „Mieszane systemy prawne są to systemy prawne, w których tradycja Rzymsko-Germańska zostaje się w pewnym stopniu nasycona przez prawo kultury anglo-amerykańskiej. F.P. WALTON, The Scope and Interpretation of the

Notice This



nego systemu prawnego, decydując tym samym, czy posiada on cechy wymagane dla systemów prawnych o charakterze mieszanym. Ponadto, co sprawia, iż zagadnienie prawodawstw mieszanych jest jeszcze bardziej ciekawe, istnieje wiele typów jurysdykcji o charakterze mieszanym. Istnieją różne znaczenia kategorii „mieszanych jurysdykcji”, do których zaliczyć można systemy łączące prawo cywilne w polaczeniu z prawem szariatu, prawo cywilne w polaczeniu z prawem szariatu, prawo hybrydowe⁹. Szkocki system mieszany łączy natomiast prawo cywilne z systemem prawa precedensowego common law.

Ponadto, kryterium strukturalne np., opisuje „system mieszany”, jako sumę prawa prywatnego i publicznego gdzie prawo „prywatne” przyporządkowane jest systemowi kontynentalnemu, a prawo „publiczne” – systemowi common law. Wyodrębnienie wynika również z przyczyn językowych, kulturowych, zastanego prawa i zwyczaju grupy społecznie dominującej, – przy czym racje zachowania tego podziału są donioślejsze niż korzyści z narzucenia jednolitego porządku prawnego.

Określenie “mixedness”, które często używane jest w celu określenia systemu prawnego Szkocji, zostało wyjaśnione, jako mix wspólnego prawa i prawa cywilnego. I to jest właśnie cecha, która skłoniła prawników do zbadania powiązań pomiędzy różnymi systemami mieszanymi¹⁰. W ostatnich latach, najbardziej energiczne seria badań poświęcona jest prawno-porównawczej analizie systemu Szkocji z systemem prawnym Republiki Południowej Afryki.

Zarówno Walton Jones jak Evans – odnoszą się w swoich definicjach się do mieszanych systemów prawnych, które wynikają z dwóch lub więcej

Notice This

Civil Code, Wilson & Lafleur Ltée, Montreal (1907), reprinted by Butterworths, Toronto (1980), with an introduction by M. TANCELIN, 1.

- 9 Pakistan, Nigeria, Malezja, Gambia, Brunei, Bangladesz; prawo hybrydowe- Indie, Do grupy państw które w swym prawodawstwie łączy prawo cywilne z prawem common law zaliczamy m.in.: Botswana, Cameroon, Cypr (oparty na angielskim prawie zwyczajowym (Cypr był kolonią brytyjską 1878/60), z domieszkami prawa francuskiego i greckiego cywilnego i publicznego, włoskiego prawa cywilnego, prawa umów, indyjskiego prawa kanonicznego greckokatolicki, muzułmańskiego prawa religijnego i Osmańskiego prawa cywilnego.) Guyana, Jersey, Republika Południowej Afryki, Sri Lanka.
- 10 Reid and Carey Miller (2005), One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution 2005



tradycji prawnych. Mieszane systemy występują zazwyczaj w systemach politycznych, państw lub jednostek politycznych, które w związku ze swoją strukturą, również geopolityczną, przyjęły jurysdykcje mieszane, łącząc tym samym system *common law* z systemem prawa cywilnego¹¹.

Przyczyn jurysdykcji mieszanej w Szkocji można dopatrywać się w wielu czynnikach. Z pewnością na taki stan rzeczy wpłynęły bliskie więzi kulturowe i polityczne "na różnych etapach jej historii" z państwami obu jurysdykcji- prawa zwyczajowego i stanowionego, a nie odgórne wprowadzenia wspólnego systemu prawa cywilnego przez mocarstwa kolonialnego, jak w Luizjanie lub Południowej Afryce¹². Należy również pamiętać, że system szkocki nie był, systemem "mieszanym od samego początku"¹³. Szkoccy prawnicy konstruowali połączenie systemu prawa stanowionego z systemem *common law* przy pomocy rozwiązań zaczerpniętych z różnych źródeł. Do tej pory równowaga pomiędzy elementami prawa stanowionego, a zwyczajowego w nauce nowożytnego prawa szkockiego jest przedmiotem wielu kontrowersji.

Systemami prawnymi, które przyciągają najwięcej uwagi, zwłaszcza w procesie integracji europejskiej, są te najprostsze, posiadające ograniczoną liczbę składników¹⁴. Dla osób poszukujących nowego *ius commune*, jedną z przeszkód jest to, że składniki należy zmieszać, muszą się one zjednoczyć lub ze pochodzą one z dwóch różnych kultur prawnych - *common law* i prawa cywilnego - pomijając fakt, że pomiędzy systemami, które należą do tzw. tradycji prawa cywilnego niekiedy także istnieją znaczące różnice.

Notice This



-
- 11 Smits, JM (2002) *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (Maastricht, Metro). Also see Smits, JM (1998) 'A European Private Law as a Mixed Legal System', 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 328, and Smits, JM (ed) (2001) *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law* (Groningen, Intersentia).
 - 12 Reid, E (2001) 'Comparative Law: Perspective from a Mixed Jurisdiction', in *HLS Cahier Nr.2 Methodology and its application* (Groningen, Facilitair Bedrijf), 49. 53 Sellar, WDH (2004) 'Scots law – mixed from the very beginning
 - 13 Sellar, WDH (2004) 'Scots law – mixed from the very beginning? A tale of two receptions' (4) *Edinburgh Law Review*, 3. Also see Zimmermann, R (2004) 'Double Cross': Comparing Scots and South African Law' in Zimmermann, R, Visser, D and Reid, K (eds) *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press).
 - 14 W procesie integracji europejskiej temat systemów mieszanych jest poruszany niezwykle często. Badane są przede wszystkim wpływy prawa europejskiego na poszczególne ustawodawstwa krajów członkowskich.

Podobny wniosek został wyciągnięty przez Robin Evans-Jones w badaniu poświęconemu szkockiemu prawu prywatnemu¹⁵. Evans-Jones podkreśla jednak, że tradycja prawa cywilnego w Szkocji jest zdominowana przez angielskie prawo zwyczajowe. Ponadto, Szkocka edukacja prawna ma tendencję do ograniczania studium prawa cywilnego, prawa rzymskiego i ignorowania rozwoju nowoczesnych cywilnych systemów prawnych. Prawo szkockie, pomimo istotnego wpływu doktryny i ustawodawstwa na jego rozwój, kształtowało się – szczególnie od momentu powstania Court of Session – głównie, jako prawo precedensowe, czyli szkockie common law, postrzegane, jako całość regulacji prawnych nie pochodzących z ustawodawczej działalności parlamentu¹⁶. Mimo istotnego znaczenia precedensu w prawie szkockim był on traktowany nieco inaczej niż w angielskim common law; prawo szkockie miało charakter zdecydowanie dedukcyjny i była mu obca angielska metoda rozumowania from case to case.

O ile jednak prawo szkockie, jest odrębnym prawem, system prawny Szkocji jest daleki od bycia oryginalnym systemem prawnym, w tym sensie, że tworząc swoje reguły, czerpał ze spuścizny krajów zachodnich i nie uchronił się od zewnętrznych wpływów. Ponadto, tylko mała część dorobku prawa szkockiego pochodzi bezpośrednio ze Szkocji, natomiast odrębności szkockiego systemu prawnego wypływają z oryginalnego sposobu, w jaki ustawodawca Szkocji przez minione wieki utworzył spójny system prawa z powyższych, własnych i zewnętrznych elementów¹⁷.



CHARAKTERYSTYKA SĄDOWNICTWA SZKOCKIEGO

Główny podział sądów szkockich został oparty na dychotomicznym podziale na sądy cywilne i sądy karne. Prawo karne reguluje relacje między jednostką a państwem. Prawo cywilne reguluje stosunki między ludźmi. Sądami karnymi są: Sąd Rejonowy, Sheriff Court i High Court of Justicia-

Notice This



-
- 15 R. EVANS-JONES, "Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law" (1998), 114 L.Q.R. 228, 228.
 - 16 Por. T.M. Cooper, *Regiam Majestatem and the Adult Lawes*, s. 179. A. Stepkowski, *Kształtowanie się szkockiego systemu prawa prywatnego do końca XVIII wieku*, *Studia iuridica* XL/2002
 - 17 E.A. MARSHALL, *General Principles of Scots Law*, 4 Ed., W. Green & Son, Ltd., Edinburgh (1982), *supra* note 39, 12.



ry¹⁸. Sądami cywilnymi są: Sheriff Court, Court of Session, Izba Lordów¹⁹. Doktryna "precedensu" oznacza, że decyzje sądu wyższej instancji będą wiążące dla sądu niższej instancji. High Court of Justiciary i Izba Lordów nie są związani ich własnymi decyzjami. Decyzja sądu angielskiego nigdy nie jest wiążąca szkockiego sądu. Decyzje Izby Lordów siedzących w angielskim sądzie będzie mieć charakter opiniotwórczy dla sądu szkockiego.

Szkocka koncepcja stosowania prawa, w przeciwieństwie do systemu angielskiego, składa się z kilku dość prostych zasad, których celem jest uzupełnienie prawa w celu uniknięcia trudności. Używa również pojęć ogólnych, nawiązując choćby do sprawiedliwości społecznej. Co ciekawe, w literaturze często występującym poglądem jest to, iż Szkotom bliżej do kontynentalnego prawa cywilnego, niż systemie angielskim²⁰. To swoisty paradoks, gdyż sam system prawnym Szkocji na pierwszy rzut oka wydaje się dużo bardziej skomplikowany niż system angielski.

Najwyższą instancją sądu szkockiego jest Court of Session, powołany przez króla Jakuba V w 1532 roku, prawdopodobnie na wzór francuski.²¹ Składa się z Izby Niższej oraz Izby Wyższej²². Izba Niższa Jest sądem pierwszej instancji, której przewodniczy sędzia zwany „Lord Ordinary”²³. Sprawuje on jurysdykcję we wszystkich sprawach związanych ze Szkocją, o ile nie wykluczają tego przepisy ustawowe, a także rozpoznaje sprawy w pierwszej instancji w zakresie spraw cywilnych, w tym sprawy związane z kontrolą sądową, umowami, naruszeniem prawa. Odwołanie można wnieść do Izby Wyższej. Izba Wyższa Najwyższego Sądu Cywilnego to zasadniczo sąd apelacyjny²⁴. Dzieli się na wydział pierwszy i drugi, o równym zakresie kompetencji, którym przewodniczą odpowiednio prezes i wice-

18 W kolejności rosnącej

19 Jw.

20 E.A. MARSHALL, *General Principles of Scots Law*, 4 Ed., W. Green & Son, Ltd., Edinburgh (1982), supra note 39, 12.

21 H. L. MacQueen, *Studying Scots Law*, Bloomsbury Professional, s. 3-4.

22 Outer House of the Court of Session. Odpowiednio: Outer House, Inner House

23 Istnieje 19 sędziów zwanych „Lords Ordinary

24 Inner House of the Court of Session

Notice This



prezes²⁵. W każdym wydziale jest do czterech sędziów, jednakże kworum tworzy trzech sędziów. Wydziały rozpatrują sprawy z odwołania z Izby Niższej, sądu okręgowego oraz pewnych trybunałów i innych organów. Istnieje możliwość odwołania od orzeczenia tego sądu do Izby Lordów.²⁶ Sądami cywilnymi okręgowymi są „Sheriff courts”. Orzekają one w większości spraw cywilnych w Szkocji, w tym w sprawach rozwodowych. Zasada ogólna mówi o tym, iż sprawę należy wnieść do sądu właściwego ze względu na miejsce zamieszkania pozwanego. Odwołanie można wnieść do „Sheriff Principal” lub, częściej, do Izby Wyższej Najwyższego Sądu Cywilnego²⁷. Podstawowe cechy wyróżniające sądy okręgowe od innych sądów to ich lokalny charakter, szeroki zakres jurysdykcji zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych, a także to, iż przewodniczą im zawodowi sędziowie²⁸. Są to sądy pierwszej instancji, a ich początki sięgają XII wieku. Szkocja dzieli się na sześć okręgów²⁹. Tych sześć okręgów dzieli się z kolei na 49 obszarów sądów okręgowych. W każdym okręgu jest sędzia, określanego jako „Sheriff Principal”. Liczba sędziów sądów okręgowych wynosi 132³⁰.

Izba Lordów nie sprawuje jurysdykcji w pierwszej instancji w sprawach w Szkocji. Ma jurysdykcję odwoławczą w kwestiach faktycznych i prawnych w przypadku orzeczeń ostatecznych Izby Wyższej, z wyjątkiem spraw, w przypadku których odwołanie wykluczają przepisy ustawowe. Jeśli sprawa pochodzi z sądu okręgowego, odwołanie ogranicza się do kwestii prawnych³¹.

„The High Court of Justiciary” jest najwyższym sądem karnym w Szkocji i został ustanowiony w 1672 r.³². Przewodniczącym sądu jest „Lord Justice General”, który pełni również funkcję Przewodniczącego Najwyższe-

Notice This

-
- 25 Lord Justice Clerk; Lord President
- 26 H. L. MacQueen, *Studying Scots Law*, Bloomsbury Professional, s. 7-8
- 27 Inner House of the Court of Session.
- 28 Sheriffs
- 29 Sheriffdoms
- 30 Inner House of the Court of Session
- 31 D. G. Antonio, *Scots Law for Administrative Commercial and Professional Students*, Collins London and Glasgow, 1968, s 14-15
- 32 www.scotcourts.gov.uk



go Sądu Cywilnego. Sprawuje jurysdykcję w całej Szkocji i we wszystkich sprawach, o ile nie wykluczają jej przepisy ustawowe. Pełniąc funkcję sądu pierwszej instancji, Najwyższy Sąd Karny obraduje w poszczególnych okręgach sądowych. Zajmuje się poważnymi przestępstwami, takimi jak zabójstwo, zawinione pozbawienie życia, rozbój z bronią w rękę, handel narkotykami i przestępstwa seksualne z udziałem dzieci. Sprawy rozpatruje sędzia oraz ława przysięgłych złożona z piętnastu osób.

Sąd okręgowy to sąd pierwszej instancji w sprawach karnych. Sądy okręgowe mogą zajmować się orzekaniem w sprawach rozmaitych przestępstw, szeregiem przestępstw, mniej lub bardziej poważnych, które zostały popełnione w obrębie danego okręgu. Ponadto do ich jurysdykcji należą sprawy, które można wnosić także do sądu rejonowego oraz do Najwyższego Sądu Karnego. Sędzia okręgowy może zasiadać samodzielnie lub wraz z sędziami przysięgłymi³³. Odwołania kierowane są do Najwyższego Sądu Karnego, pełniącego funkcję sądu apelacyjnego³⁴.

Najniższej w hierarchii sądownictwa, podobnie jak w polskim systemie prawnym jest sąd rejonowy. W szkockim systemie prawnym to sąd niezawodowy, w którym zasiada sędzia pokoju będący sędzią niezawodowym, wraz z wykwalifikowanym sekretarzem³⁵. Odwołania od wyroków sądu rejonowego, kierowane są do Najwyższego Sądu Karnego pełniącego funkcję sądu apelacyjnego³⁶.



PODSUMOWANIE

Szkocki system jurysdykcji mieszanej, z pewnością należy do jednych z najciekawszych w Europie. Choć rodzajów systemów mieszanych jest wiele i w skali światowej, istnieje kilkadziesiąt państw o takiej strukturze jurysdykcji, Szkocja na ich tle wypada zdecydowanie najlepiej. Dzieje się

33 Samodzielne zasiadanie sędziego to procedura uproszczona, jeśli sędzia zasiada z innymi sędziami przysięgłymi jest to procedura oficjalna

34 H. L. MacQueen, *Studying Scots Law*, Bloomsbury Professional, s. 10-11

35 „ustice of the Peace

36 D. G. Antonio, *Scots Law for Administrative Commercial and Professional Students*, Collins London and Glasgow, 1968, s 11; „High Court of Judiciary”

Notice This



tak z wielu powodów. Po pierwsze jest jedynym krajem w Europie o takiej formule prawnej³⁷. Po drugie historia Szkocji, zarysowana powyżej, pokazuje jak wiele zmian i prób w poszukiwaniu właściwego rozwiązania, podejmował naród Szkocji, by wreszcie móc stwierdzić, że ten, który istnieje obecnie jest jedynym i właściwym. Prawo szkockie przeszło wiele prób: naśladownictwa, inspiracji innymi systemami prawnymi, dobrowolne oddanie suwerenności na rzecz Wielkiej Brytanii i wreszcie decyzja o powstaniu własnego parlamentu.

Punktem wyjścia w poszukiwaniach Szkotów było prawo zwyczajowe, który następnie zostało implikowane przez kraje anglosaskie i romańskie, a w czasach nowożytnych przez prawo angielskie. Szkocki proces mieszania się różnych kultur prawnych przebiegał w różny sposób i z różnym natężeniem na przestrzeni wieków. Najintensywniejsze oddziaływania miały miejsce w wieku XIX. Co więcej, od czasu Traktatu Rzymskiego z 1957 r. Szkocja stała się częścią Unii Europejskiej, w związku z tym dzieli duży zakres praw handlowych z Europą, a także Europejską Konwencją Praw Człowieka.

Notice This

37 Mowa o jurysdykcji mieszanej gdzie dwoma systemami połączonymi ze sobą jest prawo kontynentalne i prawo zwyczajowe common law.

G

ość
Młodej
Palestry



**MŁODA
PALESTRA**
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH





Umiejętność
**BUDOWANIA
RELACJI
Z KLIENTEM**

JAKO GWARANCJA WŁAŚCIWEGO
POSTRZEGANIA PROWADZONYCH
PRZEZ ADWOKATÓW SPRAW



mec. Andrzej Zajda

„Każdy prawdziwy adwokat ma swoje własne maniery, swoją własną indywidualność, które to cechy utraciłoby całkiem swój urok, gdyby je usiłowano przenieść na innego człowieka”

Powołaniem adwokata jest udzielanie pomocy wszystkim osobom, którzy tej fachowej rady oczekują, bez względu na przekonania i uprzedzenia, a także osobom przeciwko którym zespolone są ludzkie siły, a również osobom, które zostały opuszczone przez przyjaciół i porzucone przez wszystkich. Tej zasady należy uczyć i wdrażać ją w procesie szkolenia każdego aplikantowi.

Wytyczne wyrażone w §43 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu określają **stosunek do klientów**. Zasada tam wyrażona to nie tylko honorowy sposób obrony interesów klienta, zachowanie w swojej pracy integralności wewnętrznej, ale także nie odstępianie od zasad moralnych. Każde zlecenie sprawy adwokatowi zawiera w sobie umocowanie do reprezentowania klienta w celu prawidłowej realizacji jego interesów. Pełnomocnictwo nie zawiera żadnych wskazań odnośnie tego, jak realizacja



interesów ma przebiegać, co znaczy, że adwokat ma działać tak, aby oba dobra klientowskie i adwokackie były należycie chronione.

Są moim zdaniem dwa zawody, które bardzo ciasno łączą się z życiem prywatnym. To zawód lekarza i adwokata. Obie profesje łączy zasada „primum non nocere” – przede wszystkim nie szkodzić.

Zaufanie to najważniejszy atut zawodu adwokackiego, podobnie jak i lekarskiego.

Nasze zasady etyki wyraźnie akcentują tę kwestię w §51. Przyjęcie przez adwokata pełnomocnictwa nie oznacza bynajmniej jedynie obowiązku starannego działania. Gdyby tak było, to rola i powinność adwokata osiągnęłaby poziom kauzyperdy.

Fundamentalne znaczenie elementu zaufania w relacji między klientem i adwokatem, obliguje tego ostatniego nieodwołanie do wypowiedzenia pełnomocnictwa czy upoważnienia do obrony w sytuacji, gdy powzięte zostają wiadomości, które wskazują, że **klient przestał ufać adwokato- wi**. Są to z pewnością przypadki, kiedy klient zatajając ten fakt zaczyna zasięgać porad u innego adwokata lub zwraca się do innych kancelarii, aby dokonali na podstawie akt sprawy oceny poczynił adwokackich.

Innym przejawem utraty zaufania klienta będzie sytuacja, gdy zacznie on postępować rażąco sprzecznie względem ustaleń poczynionych wcześniej ze swoim pełnomocnikiem lub obrońcą. Rzeczą adwokata jest natychmiastowe dostosowanie się do nowej sytuacji, a więc zmiana wobec postawy mocodawcy.

Utrata zaufania klienta do adwokata występuje generalnie z dwóch powodów:

- po pierwsze, gdy stopień skomplikowanej sprawy cywilnej, czy karnej powoduje, że klient mimo swojego przekonania nie zna skomplikowanej materii i nie ma minimalnej wiedzy i doświadczenia, aby trafnie ocenić od strony merytorycznej działanie własnego adwokata.

- po drugie częstą przyczyną jest niespełnienie oczekiwań w zakresie tzw. „skuteczności”. Coraz częściej bowiem klienci wierzą w istnienie takich adwokatów, którzy w każdej sprawie znajdą lukę, albo zastosują swoje własne rozwiązania, które nazywają „załatwieniem sprawy”.

Myślę, że to ostatnie oczekiwanie jest nasycone postaciami z filmów i książek, ukazujących życie w sposób uproszczony i pokazujących adwokata, jako człowieka o nieograniczonych możliwościach, a także zasobach finansowych. Pamiętajmy, że elementarną zasadą wykonywania zawodu jest fakt, że klientowi nie wolno składać jakichkolwiek obietnic oraz zapewniać go, co do zdarzeń niepewnych, a do takich prawie zawsze należy proces sądowy. Przy braku zaufania winno nastąpić wypowiedzenie albo pełnomocnictwa albo stosunku obrony, przy prawidłowym rozliczeniu się z dokonanych wpłat, jeżeli nastąpiły one w związku z prowadzeniem sprawy.

Obecnie doskonale wiemy, że podstawowe formy nawiązania i utrzymania kontaktu z klientem są bardzo popularne maile, rozmowy telefoniczne czy wizyty w kancelarii.

Zasady wdrażania umiejętności budowania relacji z klientem spoczywają od samego początku na osobie patrona, który na początku drogi zawodowej aplikanta winien wymagać od niego nie tylko przestrzegania zasad wykonywania zawodu, etyki i godności, ale także wiedzy, co do zastępowania patrona czy innych adwokatów zarówno przed Sądami jak i innymi organami.

Stosunek do klienta musi być taki sam niezależnie od tego czy uczyniony jest on pełnomocnikiem lub obrońcą **z wyboru czy z urzędu**. Doświadczenie nas uczy, że często skargi, jakie wpływają do Rady Adwokackiej dotyczą tych ostatnich spraw, gdzie analiza i czynności podejmowane są marginalnie a czas poświęcony klientowi znikomy. Niezależnie od roli w jakiej zostaliśmy ustanowieni obrona interesów klienta w każdej ze spraw musi następować w sposób odważny, ale przy zachowaniu należnego Sądowni i innym organom szacunku.



Najważniejszym pytaniem, jakie kierujemy do oskarżonego jest pytanie ostatnie, bo oczekuje on od nas realizacji koncepcji obrony lub postępowania w sprawie cywilnej czy administracyjnej, a także uświadomienia mu braków świadomości spełnienia jego oczekiwań.

Jako adwokaci winniśmy dążyć do rozstrzygnięć pozwalających klientowi na zaoszczędzenie kosztów. Sprowadza się to do ugodowego załatwienia sporu, ewentualnie skierowania sprawy do mediacji. Nie starajmy się budować piramidy pism procesowych, odbywać dziesiątki spotkań tylko po to, ażeby kierować się błędnymi własnymi przekonaniem czy kwestiami finansowymi.

Już Lincoln mawiał „przestrzegaj przed pieniactwem i nakłaniaj do kompromisu, jeżeli możesz”.

Delikatną sprawą dla adwokata w sprawach karnych jest **przyjęcie obrony od osoby nieupoważnionej** dla osadzonego kolegi, przy czym często zlecający jest zainteresowany końcowym wynikiem sprawy, a także chce uzyskiwać informacje, co do treści składanych wyjaśnień przez klienta, którego obronę powierzono. Uwaga tutaj na naruszenie zasad praworządności i godności klienta, a także jego prawa do obrony.

Kwestie tę reguluje §45 zasad etyki, który wskazuje, że w postępowaniu karnym obowiązuje zasada, że powierzenie sprawy może dokonać wyłącznie klient działający osobiście ewentualnie w przypadku do osoby zatrzymanej lub tymczasowo zatrzymanej czy też ukrywającej się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości osoba przez niego wskazana osobiście.

W tych ostatnich przypadkach powierzenie sprawy odbywa się na zasadzie przyjęcia upoważnienia do obrony na zasadzie pełnomocnictwa tymczasowego, które następnie podlega zastąpieniu przez pełnomocnictwo właściwe. Na ustanowionym obrońcy ciąży obowiązek niezwłocznego powiadomienia podejrzanego, czy też oskarżonego o udzielonym mu przez osobę trzecią upoważnieniu tymczasowym. Pamiętajmy, że zasadą

jest, ażeby pełnomocnictwo czy upoważnienie do obrony podpisane było przez klienta w obecności adwokata.

W przypadkach szczególnych, a więc wówczas gdy takie pełnomocnictwo czy upoważnienie udzielane jest na odległość, własnoręczność podpisu winna być poświadczona notarialnie lub konsularnie chyba, że z towarzyszących okoliczności wynika, że bez wspomnianego poświadczenia zostało one z całą pewnością udzielone przez klienta.

Zasada wyrażona w §45 używa określenia „**podjęcie się sprawy**”, co jest pojęciem szerszym, niż tylko podpisanie pełnomocnictwa czy upoważnienia do obrony. Jest to bowiem pierwsza faza kontaktu z klientem i adwokat winien uzyskać informacje, co do okoliczności sprawy, a także sytuacji prawnej klienta. Informacje te są objęte informacją adwokacką od samego początku i nie mają ograniczenia w czasie.

Mając zatem na względzie zasady tajemnicy adwokackiej powinniśmy zabiegać o to, ażeby powierzenie sprawy następowało w osobistej relacji z klientem.

Informacje, jakie uzyskamy od naszego klienta będą często wykorzystane podczas prowadzenia postępowania i dlatego tak istotną rzeczą jest eliminowanie osób trzecich starających się o powierzenie nam sprawy. Na uwagę zasługuje tutaj również element, który spotykam w swojej praktyce, a mianowicie kwestia swobody wypowiedzi klienta, który nie chce być kontrolowany przez inne osoby, a w szczególności opłacającego jego obronę, albo też osoby które mogą być przyszłymi podejrzanymi w sprawie.

Jeżeli interesy klientów są sprzeczne, to nie możemy realizować obrony pomimo, że osoby takie godzą się, że mogą być reprezentowane przez tego samego obrońcę lub pełnomocnika. Adwokat nie ma wyboru przy którym kliencie zostaje w przypadku sprzeczności interesów, albowiem musi ustąpić z postępowania wobec wszystkich reprezentowanych w celu nienarażania ich na uszczerbek prawny.



Przywołam tutaj art. 85§2 k.p.k., z którego wynika **procedura w zakresie sprzeczności interesów**, a także termin do ustanowienia innego obrońcy. §46 zasad etyki wskazuje na kwestie sprzeczności interesów wprowadzając ostrą cenzurę pomiędzy własnymi interesami adwokata (dążącego do maksymalizacji dochodów), a jego powinnościami wyższego rzędu. Na adwokacie spoczywa zatem obowiązek upewnienia się już podczas rozmowy wstępnej, czy sprawa z którą zgłasza się nowy klient nie pozostaje w konflikcie z interesami innej osoby, którą reprezentuje. Ocena w tym zakresie adwokata winna być prowadzona bardzo szeroko z analizą przyszłych zdarzeń procesowych i zmian w relacjach pomiędzy interesami klientów. Jeżeli taka analiza prowadzi do hipotetycznej kolizji interesów naszym obowiązkiem jest odmówienie podjęcia się sprawy oraz zaprzestanie jakichkolwiek kontaktów z nowo zgłaszającą się osobą.

Pamiętajmy, że przepis ten należy interpretować bardzo szeroko, bo nie chodzi tylko o osobę, która zgłasza się z potrzebą przyjęcia sprawy, ale także w celu zasięgnięcia porady. Pamiętajmy, że często sugestie występują ze strony klienta i relacja pomiędzy adwokatem a osoba reprezentowaną to najtrudniejszy aspekt naszej codziennej pracy.

Występuje moim zdaniem pięć grup adwokatów w sprawach karnych, których określiłbym jako:

- a) „wysiłki papugi” – to prowadzenie sprawy karnej i mówienie, co chce usłyszeć oskarżony i jego rodzina. Takie wysiłki to np. naginanie linii obrony, co do nie przyznania się sprawcy np. do dokonania włamania w sytuacji, kiedy zabezpieczono linie papilarne. Stan wiedzy adwokata bądź aplikanta adwokackiego i wiedzę oskarżonego winien prowadzić w sytuacji, kiedy narzucona obrona jest niewykonalna do nierealizowania takiej obrony.
- b) „adwokat jako paternalistyczny ojciec chrzestny” – to sytuacja, gdy całość prowadzenia sprawy przejmuje adwokat i ma on samodzielność decyzji, ale w takiej sytuacji, gdy liczy się wyłącznie interes klienta.
- c) „adwokat, jako wynajęty strzelec” – tu decyzje podejmuje

klient, a adwokat jest narzędziem pewnych czynności procesowych w jego ręku.

- d) „adwokat, jako guru” – udzielający wsparcia, pomocy procesowej, rozstrzygający dylematy i oceniający pewne wartości natury moralnej. Taki adwokat to również terapeuta moralny.
- e) „adwokat przyjaciel” – skupiający się na sile przekonywania innych, w szczególności Sądu, dbający o to, aby jego klient czuł się z samym sobą coraz lepiej. Taki adwokat odbierany jest jako osoba bliska, wspierająca osobę oskarżonego czy podejrzanego.

Adwokat niezależnie od formy w jakiej go zaszeregujemy ma obowiązek czuwania nad przebiegiem sprawy i informowania klienta o przebiegu i wynikach postępowania, co wynika z §49 zasad etyki. **Obowiązek informowania o postępowach sprawy** dotyczy tych wszystkich zdarzeń, które mogą mieć dla klienta znaczenie.

Kierując się doświadczeniem zawodowym oraz rozsądkiem powinniśmy odróżniać wiadomości istotne od nieistotnych bez popadania w przesadę, która w pewnych przypadkach może nie licować z godnością lub pozycją zawodu.

W sytuacji, kiedy wniesienie środka odwoławczego lub innego pisma połączone jest z koniecznością uiszczenia opłaty sądowej obowiązek informacyjny adwokata rozciąga się także na tę okoliczność. Precyzyjna wiadomość na ten temat musi być przekazana z takim wyprzedzeniem, ażeby pozwoliło to na terminowe wniesienie opłaty. Uważam, że wysłanie przez adwokata na podane mu przez klienta dane adresowo – kontaktowe informacji związanych ze sprawą zwalnia adwokata z odpowiedzialności za wszelkie skutki opóźnienia z jakim klient, ze swej winy dowiedział się o treści przesłanej mu wiadomości.



Kwestia **honorarium** to kolejny temat niezwykle drażliwy, ale pamiętajmy, że w sprawach finansowych obowiązuje adwokata w stosunku do klienta szczególna skrupulatność (§50 zasad etyki). Ta szczególna skrupulatność to nie tylko ustalenie wysokości honorarium, ale także sposobu rozliczeń.

Naruszenie obowiązku tej skrupulatności może występować w formie celowego opóźnienia zwrotu niewydatkowanych w sprawie kwot, przedstawianie rozliczeń w sposób zagmatwany i nieczytelny, czy wystawienie faktury niezgodnej z uzgodnionymi z klientem warunkami. Odmowa wystawienia faktury lub pokwitowania w zamian za otrzymane od klienta środki, a ostatnio także paragonu fiskalnego, to naruszenie skrupulatności w sposób bardzo poważny i narażający się na odpowiedzialność karno - skarbową.

Adwokat ma prawo do wynagrodzenia za swoją pracę, ale klient ma prawo do wiedzy w zakresie całości wydatków związanych z powierzeniem sprawy już w momencie, gdy podejmuje decyzję o jej zleceniu.

Wynagrodzenie adwokackie określane jest w rozmaity sposób, ale za sprzeczne należy uznać umowę pomiędzy adwokatem a klientem zawartą przed zapadnięciem końcowego orzeczenia w sprawie, z której wynika, że klient zobowiązuje się oddać adwokatowi określony ułamek uzyskanego rezultatu czy to w pieniądzu czy też w innej formie w zależności od orzeczenia końcowego.

Zabroniona jest także zasada prowizyjności, tj. pobieranie środków finansowych od innego adwokata czy też aplikanta od aplikanta za oddanie sprawy czy skierowanie do niego klienta.

Istotnym jest również brak podstaw do zaciągania pożyczek u klienta, co prowadzi do uzależnienia się od jego osoby i rzutuje na wspólne relacje (§52 zasad etyki). Nie możemy zapominać również o sytuacji zakazu przyjmowania spraw w stosunku do osób, które poprzednio wystąpiły jako przeciwnicy procesowi albo w trakcie porady doszło do ujawnienia tajemnicy zawodowej. Chodzi tutaj np. o sprawy kiedy prowadzimy spr-

wę o rozwód a następnie następuje przyjęcie pełnomocnictwa od strony przeciwnej w zakresie np. postępowania o podział majątku.

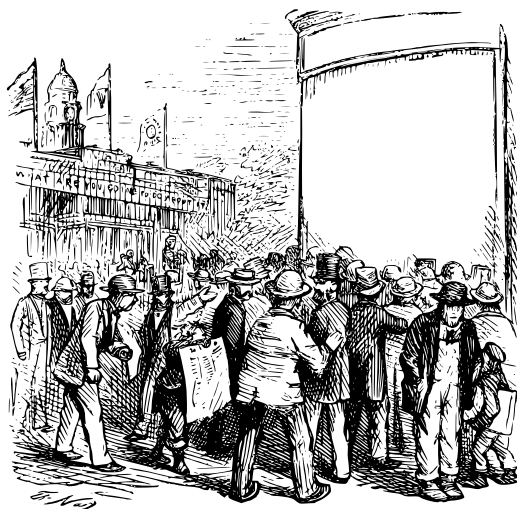
Kolejne istotne kwestie dotyczące wzajemnych relacji pomiędzy adwokatem a klientem, to objęte § 53, §54 i §55 zasad etyki kwestie dotyczące **wydania pism i dokumentów otrzymanych od klienta** w sytuacji, gdy nie zostały poniesione koszty honorarium. Chodzi również o zwrot dokumentów otrzymanych z sądu lub organów ścigania. Dyskusje wywołuje tutaj kwestia przekazania klientowi dokumentów sporządzonych przez obrońcę lub pełnomocnika w celu np. ich oceny przez innego adwokata w zakresie formy i skuteczności takich pism.

Nie zapominajmy o kwestii **zgody klienta w zakresie składanych środków odwoławczych**, o czym traktują przepisy §56 i §57 zasad etyki. Jest to szczególnie relacja adwokata z klientem zaś odstąpienie od środka odwoławczego wymaga zgody klienta przy uzyskaniu oświadczenia pisemnego aby nie dochodziło do ewentualnych późniejszych skarg kierowanych na bezczynność.

Kończąc niniejsze rozważania uważam, że należy też zwrócić uwagę na niemożność rozmowy z klientem strony przeciwnej z pominięciem osoby pełnomocnika czy obrońcy jak też na zakazie przechwytywania klienta. Naganne jest ciche doradzanie w sytuacji, kiedy ustanowiony jest w sprawie pełnomocnik lub obrońca, jak również istotnym jest wstąpienie do sprawy po uzyskaniu zgody pierwszego ustanowionego. Tutaj nie można przywoływać swoich racji i negocjować to, co w sprawie dotychczas zostało zrobione. Odmowa zgody na przystąpienie może nastąpić jedynie z ważnych przyczyn i generalnie nie powinno się stwarzać trudności w ustanowieniu drugiego pełnomocnika czy obrońcy.

Pamiętajmy na koniec, że są adwokaci, którzy sądzą, że zawsze mają rację, niezależnie gdzie wypowiadają się, są też tacy, którzy sądzą, że mają wyłączną rację na sali rozpraw i że każde rozstrzygnięcie uznać należy za trafne, ale są także adwokaci rozsądni i tacy najlepiej budują relacje z klientem.

Afisz



MP

**MŁODA
PALESTRA**
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Spotkanie
JUBILEUSZOWE
Z
MEC. CZESŁAWEM
JAWORSKIM



Publikujemy częściowy zapis spotkania z adw. Czesławem Jaworskim, które odbyło się w ramach inauguracji cyklu „Nestorzy Warszawskiej Palestry” organizowanego przez Komisję Kultury, Sportu i Turystyki ORA Warszawa. Pytania zadawał Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, adw. Paweł Rybiński oraz apl. adw. Dominika Tomaszewska, starosta II roku aplikacji adwokackiej, a w imieniu naszej redakcji apl. adw. Barbara Trzeciak.

Paweł Rybiński: Panie Prezesie, czym jest dla Pana Adwokatura?

Czesław Jaworski: Kiedyś powiedziałem, że Adwokatura jest moją największą miłością. I to podtrzymuje. Jest właściwie wszystkim, zarówno sposobem wykonywania zawodu, jak i sposobem na życie. Muszę jednakże wprowadzić tu pewną poprawkę, że jednak największą moją miłością jest moja rodzina i moja żona. (...)

Dominika Tomaszewska: Panie Mecenasie, dlaczego akurat wybór studiów prawniczych, a następnie aplikacji adwokackiej?

CJ: Bo tak sobie wymarzyłem. Wydawało mi się, że uporządkowanie rzeczywistości powinno - w istotny sposób - należeć do prawników i widzia-



łem tu swoje miejsce. Jeśli chodzi o moje dostanie się na aplikację to było tu troszkę przypadku. W zasadzie chciałem być sędzią, ale z różnych powodów nie mogło się to stać. (...)

DT: Panie Prezesie, jak wyglądało odbywanie aplikacji adwokackiej w tamtych czasach i ilu było aplikantów na roku?

CJ: To wszystko miało inny charakter. W Olsztynie początkowo było nas czterech a potem pięciu. W Warszawie było kilkadziesiąt osób na wszystkich rocznikach. Na moim roku było nas chyba około 11-12 osób. Aplikacja przebiegała na zasadzie bardzo bliskiego codziennego kontaktu pomiędzy patronem a aplikantem, a w Olsztynie nabierało to prawie rodzinnego charakteru. (...)

DT: Czy pamięta Pan Prezes swoją pierwszą sprawę przed sądem i czego dotyczyła ta sprawa?

CJ: Pamiętam bardzo dokładnie. Była to bójka, sprawa w Kętrzynie, przygotowywałem się prawie tydzień, zapisałem parę zeszytów, setki pytań do świadków, których nie zadałem no i w końcu doszło do tego momentu kulminacyjnego, do przemówienia. Wstałem i wszystko uleciało z głowy, pustka zupełna, nie wiem co mam robić, w pewnym momencie sobie przypomniałem, że trzeba się odwołać do tego starego zwyczaju i zacząć od „Wysoki Sądzie”. Jak wyrecytowałem „Wysoki Sądzie” to się odblokowało i poszło. Oczywiście była trema. Sprawa zakończyła się szczęśliwie dla mojego klienta. Mnie się wydaje, że kiedyś stosunek sędziów do aplikantów adwokackich był troszeczkę inny. Było jakby takie ojcowanie czy matkowanie. Był też taki zwyczaj, którego doświadczyłem osobiście, że kiedy zostałem aplikantem adwokackim u Dziekana Stefana Gąsiorowskiego w Olsztynie to przez dwa dni chodził i przedstawiał mnie różnym sędziom. W Warszawie też miałem podobną przyjemność z tym, że uczynili to moi patroni dr Marcei Różyński i dr Mieczysław *Freudenheim*. Prawdopodobnie byłem przedstawiony też sędziemu w Kętrzynie, który wiedział, że jest to moja pierwsza rozprawa w Sądzie.

PR: Panie Prezesie, co Pan wie o grzejnikach kolejowych?

CJ: Broniełem w sprawie gdzie oskarżono wybitnych polskich inżynierów konstruktorów, którzy skonstruowali grzejnik kolejowy. Niewiele wie-

działem o wysokich i niskich napięciach a to odgrywało zasadniczą rolę, w szczególności przy pytaniach, kierowanych do biegłych. (...) Z tego wynika uwaga dla młodszych koleżanek i kolegów, że adwokat powinien być przygotowany na to, że będzie się musiał uczyć tego o czym wcześniej nie miał zielonego pojęcia.

DT: Współorganizował Pan Mecenas Studium Wymowy Sądowej przy WPIA UW od początku lat 70-tych. Na czym polegała ta inicjatywa i jak długo to przedsięwzięcie trwało?

CJ: Pod koniec lat 60-tych, i na początku lat 70-tych, z inicjatywy adw. Witolda Bayera, twórcy Ośrodka Badawczego Adwokatury doszło do spotkania między wybitnymi adwokatami polskimi zajmującymi się wymową sądową a aktorami. Wtedy też powstał pomysł, by włączyć również Uniwersytet Warszawski, a później i inne Uniwersytety w Polsce. Przez kilka lat dla studentów Wydziału Prawa odbywały się specjalne zajęcia prowadzone przez adwokatów, aktorów i wykładowców ze szkół aktorskich. (...) Chodziło nam o to, aby wypowiedane słowa w dobrze przygotowanych przemówieniach nabierały właściwego znaczenia i świadczyły nie tylko o wiedzy, ale również o kulturze ogólnej i osobistej mównicy.

PR: Panie Prezesie, czym dla Pana jest samorząd, co Panu dał samorząd i co nam powinien dać samorząd?

CJ: Jestem przekonany, że zawody zaufania publicznego winny być zbudowane na zasadzie samorządu zawodowego. Do takich zawodów - od bardzo dawna - zalicza się przede wszystkim zawód adwokata. Jak wykazało doświadczenie, Adwokatura może być albo samorządowa albo państwowa, ponieważ taki zawód jak adwokat nie może być zawodem obojętnym dla państwa i społeczeństwa.

W Polsce adwokaci działali w oparciu o samorząd zawodowy, chociaż podejmowane były próby jego ograniczania. Adwokaci zawsze powinni mieć na uwadze zarówno interes osób, które reprezentują jak i dobro wymiaru sprawiedliwości.

Osobiście jestem zawiedziony, że w ostatnich latach kiedy Adwokatura zetknęła się z problemami, tak mało pojawiło się głosów w obronie Adwo-



katury – między innymi – ze środowiska sędziowskiego i świata nauki. Na przykład było zbyt mało głosów wskazujących na negatywne skutki tzw. deregulacji. Można z zadowoleniem przyjąć, że zwiększyła się liczba adwokatów i aplikantów adwokackich z uwagą, że nie powinno to mieć wpływu na właściwe wykonywanie zawodu oraz interes etyczny i materialny wykonujących ten zawód.

Adwokatura i sądownictwo to tak jakby naczynia połączone. Nie ma dobrego sądu bez dobrej adwokatury i nie ma dobrej adwokatury bez dobrego sądu. (...) Bardzo mi zależy na tym, aby przynajmniej w naszym środowisku nie było głosów, które podważają istotę zawodu adwokackiego. Pytanie co daje mi samorząd adwokacki – mnie konkretnemu adwokatowi – jest pytaniem osoby, która nie stanęła jeszcze w groźniej dla siebie sytuacji. Bo wówczas okazuje się, że samorząd jest niezbędny dla obrony jego interesu jak i interesu ogólnego. Jeżeli nie będzie samorządu to nikt nie stanie w obronie pewnych wartości nawet wtedy kiedy atakowany będzie miał całkowitą rację.

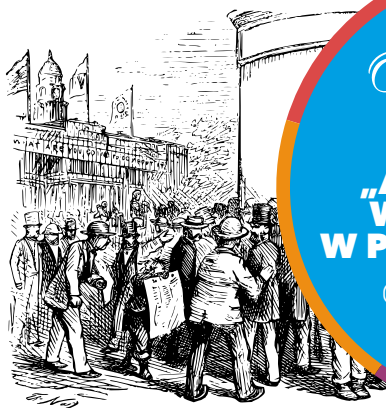
Barbara Trzeciak: Panie Mecenasie, czy uważa Pan, że zmiany na rynku usług prawnych powinny mieć wpływ na pisma branżowe? Jeśli tak, to jaki?

CJ: Oczywiście! Nie wiem, czy zwróciliście Państwo uwagę, że zmienia się także charakter „Palestry”. Wydawało nam się i nadal wydaje, że czasopismo adwokatury powinno patrzeć szerzej, nie ograniczać się wyłącznie do sfery teoretycznej i prawnonaukowej, podawać przykłady z praktyki. Po ukazaniu się pierwszych egzemplarzy „Młodej Palestry” parę lat temu, chcieliśmy kontynuowania „Młodej” na łamach „dużej Palestry”. Sam pomysł reaktywowania tytułu uważam za bardzo dobry.

BT: Czy ma Pan rady dla nowej redakcji?

CJ: Piszcie o problemach, które zauważacie. O szkoleniu. My wiemy tylko, że szkolenie jest inne niż kiedyś, ale nie wiemy jak bardzo inne. Życzę abyście nie zaprzestali wydawania po trzech numerach.

Transkrypcja została przygotowana przez apl. adw. Dominikę Tomaszewską, a na potrzeby Młodej Palestry zredagowana przez apl. adw. Barbarę Trzeciak. Cały zapis spotkania dostępny jest na stronie internetowej ORA Warszawa.



Ogólnopolska
KONFERENCJA
„ADWOKATURA
WOBEĆ ZMIAN
W PRAWIE KARNYM”
GŁÓWNE TEZY



Relację z konferencji „Adwokatura wobec zmian w prawie karnym”, która odbyła się 18 września 2015 w Warszawie, przygotowała Magdalena Michałek - apl. adw. ORA w Warszawie.



PANEL I

Nowa filozofia karania, zmiany w katalogu kar i środków karnych oraz dozorce elektronicznym - wyzwania dla adwokatury i polskiego wymiaru sprawiedliwości

- 1) Zasadniczym celem reformy karnej jest **ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności** (w tym w szczególności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania) na rzecz zwiększenia orzekania kar nieizolacyjnych, tj. grzywny oraz kary ograniczenia wolności;
- 2) W ciągu ostatnich 10 lat **zaobserwowano spadek przestępczości** (z 500 000 tys. do 300 000 tys. przestępstw) przy jednoczesnym wzroście tzw. powrotności do przestępstwa (z 60 000 tys. do 110 000 tys. przestępstw);
- 3) Odnotowano **przeludnienie jednostek penitencjar-**



nych (125-128%) oraz zaległość w wykonywaniu kary pozbawienia wolności. Populację więzienną generowali głównie skazani, którym zarządzono wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania;

- 4) **Wobec 400 000 tys. osób orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania**, w tym dwa razy z rzędu karę pozbawienia wolności warunkowo zawieszono wobec 184 000 tys. z nich, trzy razy z rzędu – 63 000 tys., cztery razy z rzędu – 24 000 tys. (stan na: 18 września 2015 r.). Wobec jednej z osób karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczono 32 razy;
- 5) Całokształt wprowadzonych zmian dotyczy prawie wszystkich rozdziałów części ogólnej ustawy karnej normujących problematykę **kar i innych środków reakcji** na czyn zabroniony oraz przepisów proceduralnych;
- 6) **Rozszerzono możliwą reakcję na dany przejaw zachowania bezprawnego** odchodząc od kary pozbawienia wolności jako głównej reakcji karnej na rzecz kar nieizolacyjnych;
- 7) **Zwiększono rolę kontradictoryjnego wyjaśniania faktów** w postępowaniu sądowym;
- 8) Rozbudowano możliwości **konsensualne**;
- 9) Zmodyfikowano regulacje dotyczące **dozoru elektronicznego**. Do 18 września 2015 r. dozоровано elektronicznie 47 079 tys. skazanych. Od 1 lipca 2015 r. do 18 września 2015 r. wydano 10 wyroków orzekających karę ograniczenia wolności polegającą na obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego. Zaletami systemu dozoru elektronicznego (SDE) są: skuteczność zastosowania (90%), indywidualizacja, wysoka elastyczność, najszerszy poziom kon-

troli społecznej oraz niska kosztowność (334,00 zł miesięcznie, ok. 10,86 zł dobowo);

- 10) **Wzrósł stopień odpowiedzialności adwokatów** za rzetelne prowadzenie obrony;
- 11) Nie uregulowano nowych obowiązków obrońców wynikających z tzw. czynności okołoprocesowych (m.in. z art. 59a kk);
- 12) **Zmieniona procedura karna nie musi okazać się sprawniejszą**, może być bardziej szczegółową, a w konsekwencji dłuższą (art. 2 § 1 pkt 1 kpk - winę trzeba będzie udowodnić);
- 13) Ocena nowych i przebudowanych instytucji wymaga perspektywy długookresowej.



PANEL II

Pozycja oskarżonego w nowym procesie karnym - szanse, wyzwania, zagrożenia

- 1) Kontradyktoryjność ma na celu **mobilizację stron** przy założeniu, że strony te są równe pod względem formalnym;
- 2) **Wyłącznie wątpliwości**, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym rozstrzyga się **na korzyść oskarżonego** (art. 5 § 2 kpk);
- 3) **Zwiększeniu uległa rola prokuratora** w postępowaniu sądowym, co wiąże się z rozłożeniem odpowiedzialności za wynik procesu nie tylko na Sąd, ale również na oskarżyciela publicznego;



- 4) **Zawężono zakres obrony obowiązkowej** (art. 80 kpk), różniono podstawy wyznaczenia obrońcy w postępowaniu przygotowawczym i w postępowaniu sądowym (np. art. 78 kpk) oraz rozszerzono dostęp do pomocy prawnej świadczonej z urzędu (art. 80a kpk, art. 87a kpk);
- 5) W wątpliwość poddaje się zasadność wprowadzenia przepisu art. 80a kpk;
- 6) Zachodzi konieczność dokonania zmian systemowych dotyczących **opłat za czynności adwokackie** oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu;
- 7) Znowelizowane przepisy rozdziału 58 kpk wprowadzają m.in. **dysharmonię terminologiczną**, niemniej za pozytywną ich zmianę uznać należy regulację przewidującą możliwość zwrotu od Skarbu Państwa uzasadnionych wydatków, w tym z tytułu ustanowienia jednego pełnomocnika.



TABLE OF CONTENTS

CRIMINAL LAW

Provocation and retortion as a basis of an absolute discharge. 10

How the right of defense was reinforced. Opportunities, challenges and hazards of the amendment. 26

The EU standard of usage of legal aid by a suspect, an accused and Polish law. 33

CIVIL LAW

The importance of premarital testing. 52

COMMERCIAL LAW

The model of arbitration dispute resolution. 70

The impact of the conversion of sole proprietorship into capital company on its position in the civil proceedings. 83

ADMINISTRATIVE LAW

The small clause against tax evasion 100

LEGAL ETHICS AND OTHERS.

An axiological basis of the privilege of unions and a balance of power of social partners. 112

Well-being of society as an ethical goal in the utilitarian concept of John Stuart Mill. 126

Introduction to Scottish law. 137

THE GUEST OF MŁODA PALESTRA. 150

POSTER. 159





www.facebook.com/mlodapalestra



mloda.palestra.wa@gmail.com

Czytaj także na www.issuu.com/mloda-palestra