

Ius Novum

ISSN 1897-5577

$\frac{4}{2010}$



WARSZAWA 2010

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Bogudar Kordasiewicz, Maria Kruk-Jarosz,
Zbigniew Lasocik (przewodniczący),
Franciszek Longchamps de Bérier,
Andrzej Marek, Jerzy Menkes, Henryk Olszewski,
Grzegorz Rydlewski, Jan Skupiński

REDAKCJA

Ryszard A. Stefański (redaktor naczelny),
Andrzej Szlęzak (zastępca redaktora naczelnego),
Jacek Kosonoga (sekretarz redakcji)

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego
Warszawa 2010

ISSN 1897-5577

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



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



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Prof. dr hab. Wojciech Radecki, oddział PAN we Wrocławiu Przestępstwa kłusownictwa w kodeksach karnych w Polsce, Czechosłowacji, Czechach i Słowacji	7
Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego Uwagi o modelu postępowania przygotowawczego i sądowego	31
Mgr Agata Wądołowska, doktorantka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku Definicja legalna występku o charakterze chuligańskim	75
Dr Janusz Cabaj, adiunkt Uczelni Łazarskiego Feministyczna jurisprudencja: liberalizm <i>versus</i> radykalizm.	94
Dr Radosław Krajewski, adiunkt Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy Oceny prawne topless	110
Dr Jarosław Sozański, adiunkt Uczelni Łazarskiego Aktualny model prezydencji a przewodnictwo Polski w Unii – zarys problemu	117
Mgr Tomasz Lewandowski, doktorant ALK w Warszawie, asystent sędziego w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Poznaniu Prawo użytkowania wieczystego gruntów warszawskich dla byłych właścicieli lub ich spadkobierców.	140

4/2010

Dr Przemysław Ostojcki, asystent sędziego w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Poznaniu	
Moc prawna nieostatecznych decyzji podatkowych	148
Dr Maciej Koszowski, aplikant radcowski, doktorant w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Uniwersytecie Jagiellońskim	
Obrót powszechny, profesjonalny i konsumencki	160

G L O S Y

Dr Jacek Kosonoga,	
Glosa do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia 29 lipca 2009 r., I KZP 11/09	166

R E C E N Z J E

<i>Prawo mediów</i> , (red.) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2008 rec. Jarosław Sozański, adiunkt Uczelni Łazarskiego	173
--	-----

Z ŻYCIA UCZELNI

Mgr Ewelina Milan, WSHiP	
Kalejdoskop wydarzeń	176



CONTENTS

ARTICLES

Professor Wojciech Radecki, Ph.D., Polish Academy of Sciences Branch in Wrocław Crimes of Poaching in Criminal Codes of Poland, Czechoslovakia, the Czech Republic and Slovakia.	7
Professor Jerzy Skorupka, Ph.D., University of Wrocław Comments on the Model of Preparatory and Court Proceeding	31
Agata Wądołowska, M.A., doctoral student of the Department of Law at the University of Białystok Legal Definition of a Hooligan Type of Offence	75
Janusz Cabaj, Ph.D., Assistant Professor of Lazarski University Feminist Jurisprudence: Liberalism <i>versus</i> Radicalism	94
Radosław Krajewski, Ph.D., Assistant Professor of Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz Legal Opinions on Topless	110
Jarosław Sozański, Ph.D., Assistant professor of Lazarski University Present Model of Presidency vs. Polish Presidency of the European Union – An Outline	117
Tomasz Lewandowski, M.A., doctoral student of Kozminski University in Warsaw, judge’s assistant in the Administrative Court in Poznań Former Owners’ and Their Heirs’ Right of Perpetual Usufruct of Warsaw Lands	140

4/2010

**Przemysław Ostojcki, Ph.D., judge's assistant in the Voivodship
Administrative Court in Poznan**
Binding Force of Non-Final (Appealable) Tax Decisions 148

**Maciej Koszowski, Ph.D., trainee solicitor, doctoral student
of the Faculty of the Philosophy of Law and Legal Ethics at the Jagiellonian
University**
Ordinary, Professional and Consumer Trade and Commerce 160

G L O S S E S

Jacek Kosonoga, Ph.D.,
Glosa do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia 29 lipca 2009 r.,
I KZP 11/09 166

R E V I E W S

Prawo mediów, Ed. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak,
2nd edition LexisNexis, Warszawa 2008
Reviewer: Jarosław Sozański, Assistant Professor of Lazarski
University 173

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

Ewelina Milan, M.A., Lazarski University
Kaleidoscope of Events 176

WOJCIECH RADECKI



PRZESTĘPSTWA KŁUSOWNICTWA W KODEKSACH KARNYCH W POLSCE, CZECHOSŁOWACJI, CZECHACH I SŁOWACJI

I. Wprowadzenie

Jedną z praktycznie istotnych kategorii przestępczości jest kłusownictwo najogólniej rozumiane jako bezprawne pozyskiwanie zwierząt łownych i ryb. Celem tego szkicu jest wskazanie na tle porównawczym (z uwzględnieniem aspektów historycznych) jak to przestępstwo może być ujęte w podstawowych aktach prawa karnego materialnego, jakimi są kodeksy karne, jak zmieniało się podejście kodyfikatora do kłusownictwa i jak przestępstwa kłusownictwa mogą bądź powinny być traktowane dziś. Jeśli chodzi o ryby, ograniczam rozważania do ryb w wodach śródlądowych zarówno dlatego, że polska ustawa o rybołówstwie morskim nie przewiduje ani przestępstw, ani wykroczeń, lecz jedynie delikty administracyjne, jak i dlatego, że w oczywistych przyczyn geograficznych w Czechach i Słowacji nie ma odrębnych ustaw o rybołówstwie morskim. Polskie regulacje prawne dotyczące kłusownictwa budzą liczne zastrzeżenia, tak ze względu na umiejscowienia przepisów, jak i ich treść, a skorzystanie z doświadczeń bliskich nam pod względem przyrodniczym, historycznym, kulturowym i językowym państw z za południowej granicy mogłoby przyczynić się do ulepszenia polskiego ustawodawstwa karnego przede wszystkim przez włączenie przepisów o przestępstwach kłusowniczych do kodeksu karnego wraz z niezbędnymi zmianami treściowymi.

II. Okres międzywojenny i pierwszy polski kodeks karny

Kiedy w 1918 r. Polska odzyskała niepodległość i powstała pierwsza Czecho-słowacja, oba te państwa przejęły dotychczasowe regulacje prawne dotyczące zarówno łowiectwa i rybactwa, jak i prawa karnego. Stopniowo były one zastępowane przepisami polskimi i czechosłowackimi, ale w odniesieniu do przestępczości kłusowniczej nie był to proces ani łatwy, ani szybki.

Najwcześniej z zadaniem tym uporała się Polska. W ślad za prawem łowieckim¹ przyjmującym założenie, że prawo polowania jest związane z własnością gruntu (jak to prawo mogło być wykonywane, to już inne zagadnienie), oraz rybackim² opartym na założeniu, że prawo rybołówstwa należy do właściciela wody, został wydany pierwszy nowoczesny polski kodeks karny³. W jego rozdziale XXXIX „Przestępstwa przeciwko mieniu” został zamieszczony art. 270 w brzmieniu:

§ 1. Kto narusza cudze prawo polowania lub rybołówstwa,
podlega karze aresztu do roku albo grzywny.

§ 2. Jeżeli sprawca działa zawodowo,
podlega karze więzienia do lat 2.

Regulacja ta była przedmiotem licznych wypowiedzi zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. Ukształtowała się interpretacja, że są to przestępstwa formalne: sprawca odpowiada już za to, że bezprawnie „polował” lub „łowił”, a nie dopiero za to, że faktycznie coś „upolował” lub „złowił”. Być może najdobitniejszy wyraz znalazła ona w takiej oto tezie SN: „Istotą przestępstwa z art. 270 k.k., aczkolwiek umieszczonego w rzędzie przestępstw przeciwko mieniu, nie jest zabór zwierzyny łownej lub ryb, lecz naruszenie prawa polowania lub rybołówstwa jako takiego, a więc naruszenie prawa wykonywania tych czynności, które składają się na pojęcie polowania lub rybołówstwa”⁴. Takie ujęcie kłusownictwa jako zamachu nie na zasoby zwierzyny łownej bądź ryb w wodach otwartych⁵, lecz na wykonywanie cudzego prawa, wraz z uznaniem kłusownictwa za przestępstwo formalne, było charakterystyczne dla ustawodawstwa karnego owego czasu.

Dodać trzeba, że zarówno prawo łowieckie z 1927 r., jak i ustawa o rybołówstwie z 1932 r. zawierały własne przepisy karne, ale typizujące w zasadzie jedynie wykroczenia. Tylko za czyny zabronione przez art. 78 rozporządzenia łowieckiego z 1927 r., tj. za bezprawne polowanie na żubra, samicę łosia, na bobra lub kozicę, zagrożone aresztem do 6 miesięcy i grzywną, orzekały sądy powiatowe (pokoju), co pozwalało uznać, że są to przestępstwa, aczkolwiek nie było to całkiem jasne, jeśli zważyć, że przed wejściem w życie kodyfikacji z 1932 r. podział na przestępstwa i wykroczenia był mocno zagmatwany.

W międzywojennej Czechosłowacji nie udało się uchwalić kodeksu karnego. Recypowano austriacki k.k. z 1852 r. i węgierskie przepisy karne, które uzupełniano specjalnymi ustawami karnymi; najważniejsza to zapewne ustawa z 1923 r. o ochronie republiki. Próby stworzenia czechosłowackiego kodeksu karnego były

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 3 grudnia 1927 r. o prawie łowieckim (Dz.U. Nr 110, poz. 934).

² Ustawa z 7 marca 1932 r. o rybołówstwie (Dz.U. Nr 35, poz. 357).

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571).

⁴ Wyrok SN z 27 marca 1934 r. – 3 K 205/34, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1934, poz. 447.

⁵ Zabór ryb ze stawu hodowlanego będącego własnością określonej osoby był traktowany jako kradzież z art. 257 k.k. z 1932 r., a nie jako kłusownictwo z art. 270 k.k.; zob. wyrok SN z 3 czerwca 1935 r. – 2 K 524/35, Zb. Orz. IK SN 1936, z. I, poz. 37.

podejmowane i w maju 1921 r. opublikowano wstępny projekt części ogólnej, a po dwóch latach projekt całości, który uzyskał nową wersję w 1936 r. Ostatecznie jednak projekt nawet nie został przedłożony parlamentowi. Reforma prawa karnego miała przeciwników wśród konserwatystów, których zadawała recypowane prawo karne, wskazywali także na koszty reformy oraz na konieczność rozwiązania innych pilniejszych problemów ustawodawczych⁶.

Nie znaczy to, że nie było przepisów karnych łowieckich i rybackich. One znajdowały się w przepisach pochodzących z poprzedniego okresu historycznego, jak choćby w czeskiej ustawie łowieckiej z 1866 r., morawskiej z 1896 r. czy śląskiej z 1903 r., dekrete łowieckim z 1883 r. obowiązującym na ziemiach słowackich oraz w ustawach rybackich z lat 1881–1883⁷. Ze względu na założone ramy szkicu, tymi przepisami nie będę się szerzej zajmował.

III. Protektorat Czech i Moraw

Jest jakimś ponurym paradoksem to, że aktem prawnym zawierającym pierwsze nowoczesne czeskie regulacje łowieckie było pochodzące z okresu Protektoratu Czech i Moraw rozporządzenie rządowe z 31 marca 1941 r. o łowiectwie⁸. Był to czeski akt prawny, podpisany przez prezydenta Hachę, premiera Eliaša i dziewięciu ministrów reprezentujących rzekomo autonomiczny, w rzeczywistości całkowicie zależny od Rzeszy Niemieckiej twór, jakim był Protektorat. Rozporządzenie było obszernym aktem prawnym liczącym 73 paragrafy, spośród których § 60–72 zawierały przepisy karne o wykroczeniach (*přestupky*), występkach (*přečiny*) i zbrodniach (*zločiny*). Kłusownictwo (*pytlactví*) było przedmiotem regulacji § 63. W postaci podstawowej było ono wykroczeniem, które popełniał, kto naruszając cudze prawo polowania zwierzynę łowną tropił, strzelał lub przywłaszczał sobie albo uszkadzał lub niszczył rzecz objętą prawem łowieckim. Groziła mu za to kara ścisłego aresztu od miesiąca do 6 miesięcy (§ 63 ust. 1). W szczególnie ciężkich przypadkach, zwłaszcza gdy czyn został popełniony w nocy, w czasie ochronnym, z użyciem wnyków lub w inny niemyślny sposób albo wspólnie przez kilku uzbrojonych w broń palną sprawców, albo jeżeli została lub miała

⁶ K. Malý a kolektiv autorů, *Dějiny českého a česko-slovenského práva do roku 1945*, Praha 2005, s. 413–416.

⁷ Informacje o tych aktach podaje R. Měkota, *Ochrana přírody v československom práve*, Bratislava 1968, s. 33.

⁸ Vladní nařízení č. 127/1941 Sb. o myslivosti. Czytelnikowi polskiemu już w tym miejscu należy się wyjaśnienie, jak powołuje się czechosłowackie, a następnie czeskie i słowackie akty prawne. Otóż po literze „č” („číslo” = numer) następuje pozycja, pod którą w oficjalnym organie publikacyjnym („*Sbírka zákonů*” w Czechach, „*Zbierka zákonov*” w Słowacji) akt został po raz pierwszy opublikowany (bez względu na ewentualne teksty jednolite), łamana przez rok pierwszej publikacji i zakończona skrótowcem „Sb.” (Czechosłowacja i następnie Czechy) bądź „Zb.” (Słowacja w ramach b. Czechosłowacji) lub „Z.z.” (samodzielna Słowacja).

być wyrządzona znaczna szkoda, czyn stawał się występkiem zagrożonym ścisłym aresztem od 3 miesięcy do lat 5 (§63 ust. 2). Kto dopuszczał się kłusownictwa w postaci podstawowej z nawyknięcia lub zawodowo, odpowiadał za występki zagrożony ścisłym aresztem od 3 miesięcy do lat 5, a jeżeli z nawyknięcia lub zawodowo dopuszczał się kłusownictwa w postaci kwalifikowanej, odpowiadał za zbrodnię zagrożoną więzieniem lub ciężkim więzieniem od 6 miesięcy do lat 5, a w szczególnych okolicznościach – do lat 10 (§63 ust. 3).

W literaturze czeskiej akcentuje się, iż mimo to, że ta regulacja prawna powstała w okresie okupacji, trzeba jej przyznać, że przejawia wysoki poziom profesjonalny i znajomość regulowanej problematyki⁹.

IV. Lata czterdzieste XX wieku i pierwszy czechosłowacki kodeks karny

Po II wojnie światowej zrazu w obu państwach obowiązywały dotychczasowe przepisy. Czeskie rozporządzenie protektoratowe zostało uchylone dopiero ustawą z 18 grudnia 1947 r. o łowiectwie¹⁰. Także ta ustawa zawierała własne przepisy karne nieco zbliżone do protektoratowych. Kłusownictwo w postaci podstawowej było wykroczeniem, stawało się w występkiem lub zbrodnią w postaciach kwalifikowanych.

W tej ustawie pojawiło się pojęcie uczestnictwa w kłusownictwie (*podilnictvi na pylactvi*), które będzie miało znaczenie w kolejnych czeskich i słowackich aktach prawnych. Wówczas w 1947 r. za wykroczenie, ale zagrożone aresztem do 6 miesięcy, odpowiadał według §52, kto ukrywał, przejmował dla siebie albo przehandlowywał¹¹ rzecz pochodzącą z kłusownictwa, albo to, co za taką rzecz zostało pozyskane. W typach kwalifikowanych (§53) uczestnictwo w kłusownictwie było już kwalifikowane jako zbrodnia.

Pierwszy czechosłowacki kodeks karny został uchwalony 12 lipca 1950 r.¹². W dziale VIII „Przestępstwa przeciwko mieniu” został zamieszczony §256 przewidujący odpowiedzialność za kłusownictwo. Jego istotą było umyślne dokonanie zamachu na cudze prawo polowania lub rybołówstwa przez:

- a) polowanie na zwierzynę lub łowienie ryb, albo
 - b) niszczenie lub uszkodzenie zwierzyny lub ryb albo jakiegokolwiek rzeczy, na którą rozciąga się prawo polowania lub rybołówstwa, albo postępowanie z nimi jak z własnymi
- (§256 ust. 1 z sankcją pozbawienia wolności do roku).

⁹ M. Pekarek, *Pravni režim myslivosti*, (w:) J. Cingoš, J. Dudova, I. Jančařova, M. Pekarek, I. Průchova, *Pravo životního prostředí. 2. díl*, Brno 1998, s. 205.

¹⁰ Zakon č. 225/1947 Sb. o myslivosti.

¹¹ Czeski wyraz „zašantroči” tłumacząc dosłownie dla oddania klimatu.

¹² Trestní zákon č. 86/1950 Sb.

Kolejny ust. 2 w § 256 przewidywał cztery typy kwalifikowane kłusownictwa zagrożone pozbawieniem wolności od 3 miesięcy do 3 lat, jeżeli:

- a) czyn został popełniony zawodowo,
- b) przedmiotem czynu były zwierzęta znajdujące się w rezerwacie albo przestępstwo zostało popełnione w czasie ochronnym,
- c) w następstwie czynu powstała znaczna szkoda,
- d) zachodziła okoliczność szczególnie obciążająca.

Za przestępstwo z § 256 ust. 3 zagrożone pozbawieniem wolności od roku do lat 5 odpowiadał, kto bezpośrednio po popełnieniu czynu próbował zastosować przemoc lub groził zastosowaniem przemocy, aby utrzymać się w posiadaniu zdobyczy.

V. Polskie przepisy łowieckie lat pięćdziesiątych XX wieku

Reforma polskiego ustawodawstwa łowieckiego następowała dwukrotnie. Najpierw dekret z 1952 r.¹³ uchylił rozporządzenie z 1927 r. Dekret oderwał prawo polowania od własności gruntów, wprowadził planową gospodarkę łowiecką w obwodach co do zasady nie mniejszych niż 3000 ha oraz uznał Polski Związek Łowiecki (PZŁ) za zrzeszenie osób uprawiających łowiectwo, któremu (bądź zrzeszeniom przez PZŁ wskazanym) wydzierżawiano obwody łowieckie, z jednoczesnym dopuszczeniem wyłączenia obwodów z wydzierżawienia i przekazania ich na ośrodki ochrony zwierzyny. Członkostwo w PZŁ było przesłanką legalnego wykonywania polowania. Dekret zawierał własne przepisy karne, ale jedynym przestępstwem było przewidziane w art. 35 wprowadzanie do obrotu zwierzyny łownej ubitej z naruszeniem przepisów o obrocie tą zwierzyną, a więc przestępstwo niemające wiele wspólnego z kłusownictwem w zwykłym przyjmowanym rozumieniu. To, co odpowiadało pojęciu kłusownictwa, zostało przepisami dekretu zabronione pod groźbą kary, ale nie jako przestępstwa, lecz jako wykroczenia, jak m.in. polowanie bez uprawnień do wykonywania polowania (art. 33 pkt 3), polowanie w czasie ochronnym (art. 33 pkt 4), wchodzenie w posiadanie zwierzyny za pomocą zakazanych metod (art. 33 pkt 5); wszystkie zagrożone karą grzywny do 3000 zł lub aresztu do 3 miesięcy.

Jednakże przepis art. 270 k.k. z 1932 r. nie został uchylony ani wyraźnie, ani dorozumianie, co dało SN podstawę do stwierdzenia, że czyny polegające na naruszeniu cudzego prawa polowania stanowią występki przewidziany w tym przepisie¹⁴. SN dostrzegł, rzecz jasna, zmianę wprowadzoną dekretem z 1952 r. w stosunku do rozporządzenia z 1927 r. polegającą na oderwaniu prawa polowania od własności gruntu. Uzasadniając swoje stanowisko wywodził, że podział

¹³ Dekret z 29 października 1952 r. o prawie łowieckim (Dz.U. Nr 44, poz. 300).

¹⁴ Uchwała całej Izby Karnej SN z 30 grudnia 1957 r. – I KO 45/56, OSN 1958, z. II, poz. 15.

państwa na obwody łowieckie i wydzierzawianie ich poszczególnym kołom łowieckim należącym do PZŁ lub innym zrzeszeniom wskazanym przez PZŁ powoduje konieczność udzielania ochrony prawnej poszczególnym kołom łowieckim przed naruszaniem ich uprawnień łowieckich ze strony innych kół lub osób stojących poza kręgiem PZŁ lub zrzeszeń przez PZŁ wskazanych. W tym sensie członek PZŁ wykonujący prawo polowania w obwodzie łowieckim, w którym nie otrzymał upoważnienia dzierżawcy lub zarządcy obwodu łowieckiego, lub też osoba niebędąca członkiem PZŁ ani członkiem właściwego zrzeszenia wskazanego przez PZŁ, a polująca bez właściwego upoważnienia w jakimkolwiek obwodzie łowieckim – narusza „cudze prawo polowania” przewidziane w art. 270 k.k. z 1932 r.

Tak więc okazało się, że niejako „klasyczna” konstrukcja normatywna kłusownictwa jako „naruszenia cudzego prawa polowania” sprawdza się także przy zasadniczej zmianie prawa łowieckiego i oderwaniu prawa polowania od własności gruntu. Nic nie stało na przeszkodzie, aby przez „cudze prawo polowania” rozumieć także prawo dzierżawców lub zarządców obwodów łowieckich.

Niemniej jednak po siedmiu latach ustawodawca wydał nową ustawę łowiecką¹⁵, w istocie przejmującą podstawowe założenia dekretu z 1952 r. Ustawa znowelizowała art. 270 k.k. z 1932 r., usuwając z niego wzmiankę o naruszeniu cudzego prawa polowania. Efekt był taki, że nadal obowiązujący art. 270 k.k. z 1932 r. uznawał za przestępstwo naruszenie cudzego prawa rybołówstwa, natomiast przestępstwa kłusownictwa łowieckiego zostały wyprowadzone z k.k. i przeniesione do pozakodeksowego prawa karnego, tj. do ustawy łowieckiej z 1959 r., która w art. 55 za przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3 (surowszą niż przewidziana nawet w typie kwalifikowanym z art. 270 §2 k.k. z 1932 r.) uznawała czyny następujące:

- 1) polowanie na przelotne ptactwo łowne na wybrzeżu morskim w pasie 3000 m od brzegu w głąb morza lub 5000 m od brzegu w głąb lądu,
- 2) polowanie przy użyciu innej broni niż myśliwska broń palna,
- 3) polowanie na jelenie, danielle, sarny lub muflony w obwodzie łowieckim, w którym wymieniona zwierzyna nie ma swej ostoi, w odległości mniejszej niż 200 m od granicy sąsiedniego obwodu łowieckiego,
- 4) polowanie w nocy na inną zwierzynę niż: lisy, borsuki oraz słonki w czasie ciągów, na głuszce i cietrzewie w czasie toków, na kaczki i gęsi na zlotach i przelotach,
- 5) polowanie z chartami i ich mieszańcami,
- 6) polowanie w czasie ochronnym,
- 7) polowanie bez uprawnień do wykonywania polowania,

¹⁵ Ustawa z 17 czerwca 1959 r. o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim (Dz.U. Nr 36, poz. 226, późniejszy tekst jednolity Dz.U. z 1973 r. Nr 33, poz. 197 ze zm.).

- 8) wchodzenie w posiadanie zwierzyny za pomocą broni wojkowej, sztucznego światła, granatów, trutek, karmy o właściwościach odurzających, lepów, wnyków, samostrzałów, dołów, ostrokołów, żelaz, sieci, pułapek lub rozkopywania nor i innych podobnych środków,
- 9) wchodzenie przez nieuprawnionego do polowania w posiadanie zwierzyny przy pomocy psów.

Zauważyć trzeba, że wszystkie czyny stanowiące przestępstwa z art. 55 ustawy łowieckiej z 1959 r. były poprzednio wykroczeniami z art. 31–33 dekretu z 1952 r. o prawie łowieckim. Odpowiedź na pytanie, dlaczego te czyny znalazły się w ustawie łowieckiej a nie w k.k. z 1932 r., jest prosta: taka kazuistyka była nie do pogodzenia z modelowo syntetycznym k.k. z 1932 r.

VI. Drugi czechosłowacki kodeks karny oraz przepisy łowieckie i rybackie

Z dniem 1 stycznia 1962 r. wszedł w życie czechosłowacki kodeks karny uchwalony 27 listopada 1961 r.¹⁶ W odróżnieniu od swego poprzednika sprzed jedenastu lat ten kodeks nie typizował przestępstw kłusowniczych. Co więcej, uchwalone już po kodeksie w Czechosłowacji prawo łowieckie¹⁷, przyjmujące zasadniczo odmienne od ustawy z 1947 r. założenie, że łowiectwo jest gałęzią produkcji rolnej i leśnej, akcentujące hodowlane i ochroniarskie cele łowiectwa¹⁸, oraz prawo rybackie¹⁹ nie zawierały żadnych przepisów nie tylko o przestępstwach, lecz nawet o wykroczeniach (przepisy o wykroczeniach pojawiły się w czechosłowackim prawie łowieckim później, ale nie dotyczyły one kłusownictwa). Było to związane z jednej strony z tym, że przyjęto wtedy założenie, że (z nielicznymi wyjątkami, jak np. politycznie motywowana ustawa o obronie pokoju) tylko kodeks karny może być miejscem, gdzie znajdują się przepisy o przestępstwach (praktycznie zlikwidowano tzw. pozakodeksowe prawo karne), z drugiej zaś z nowym, przede wszystkim wychowawczym podejściem do wykroczeń. Uchwalona wtedy ustawa o zadaniach rad narodowych przy zapewnieniu porządku socjalistycznego²⁰ była swoistym aktem kodyfikacyjnym prawa wykroczeń. Za wykroczenie uznawano m.in. niewykonywanie obowiązków wprowadzonych w celu ochrony łowiectwa i rybactwa (§ 7 lit. e/ tej ustawy). Nie oznacza to jednak, że za kłusownictwo nie można było karać w trybie przewidzianym dla przestępstw, bo można było na podstawie przepisów kodeksu karnego o przestępstwach przeciwko mie-

¹⁶ Zakon č. 140/1961 Sb., trestni zakon.

¹⁷ Zakon č. 23/1962 Sb., o myslivosti.

¹⁸ J. Matečný a kolektív, *Právne predpisy o poľovníctve*, Bratislava 1977, s. 47.

¹⁹ Zakon č. 102/1963 Sb., o rybařství; wszedł w miejsce wcześniejszego zakona č. 62/1952 Sb., o rybařství.

²⁰ Zakon č. 60/1961 Sb., o ukolech narodnich vyborů při zajišťování socialistického pořádku.

niu (zagarnięcie mienia społecznego – § 132 albo zniszczenie lub uszkodzenie mienia społecznego – § 136 i 137)²¹. Jeżeli jednak wartość przedmiotu czynu lub wysokość szkody nie przekraczała ówczesnych 500 koron, czyn był przewinieniem (*proviněni*) przewidzianym w § 16 pochodzącej z wczesnych lat sześćdziesiątych ustawy o sądach ludowych²². Wprawdzie ustawa ta nie wskazywała wprost na kłusownictwo, ale takie było stanowisko ówczesnej doktryny czechosłowackiej²³, całkiem zresztą zrozumiałe, jeśli bowiem uznawano kłusownictwo za zamach na mienie, to owa „kwota graniczna” miała zastosowanie także do kłusownictwa.

VII. Drugi polski kodeks karny

Z dniem 1 stycznia 1970 r. wszedł w życie uchwalony 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny²⁴. Nie zawierał on odpowiednika art. 270 k.k. z 1932 r., ale jego przepisy wprowadzające utrzymały w mocy przepisy karne ustawy łowieckiej z 1959 r. Powstała więc taka sytuacja, że kłusownictwo łowieckie było przestępstwem z art. 55 ustawy łowieckiej z 1959 r., kłusownictwo rybackie natomiast nie było uznawane za przestępstwo.

Problem karalności kłusownictwa rybackiego pojawił się w praktyce. Rychło po wejściu w życie k.k. z 1969 r. SN wydał precedensową uchwałę, która głosiła, że odłowienie na wodach niezamkniętych w sposób sprzeczny z ustawą z 1932 r. o rybołówstwie ryb wartości przekraczającej 300 zł i zabranie ich w celu przywłaszczenia stanowi zagarnięcie mienia społecznego, chociażby sprawca był uprawniony do sportowego połowu ryb wędką na tych wodach²⁵. Uzasadniając swoje stanowisko SN wskazał, że po nacjonalizacji wszystkich wód otwartych²⁶ rybołówstwo w nich należy wyłącznie do państwa, ryby zaś znajdujące się w tych wodach stanowią mienie społeczne, a połów ich wymaga specjalnego zezwolenia. Osoba uprawniona do sportowego połowu ryb na wędkę ma prawo do zawłaszczenia ryb złowionych w ramach udzielonego jej zezwolenia. Przekroczenie uprawnień wynikających z takiego zezwolenia, jak również połów ryb bez zezwolenia stanowi zagarnięcie mienia społecznego.

Na tle tej uchwały niezbędne są dwa wyjaśnienia. Po pierwsze, kwota 300 zł wzięła się z obowiązującej od kilku lat ustawy wprowadzającej kategorię czynów karalnych „przełowionych”²⁷, według której jednolite co do charakteru praw-

²¹ J. Matečný a kolektiv, *Pravne predpisy o poľovníctve*, Bratislava 1977, s. 390–391.

²² *Zakon č. 38/1961 Sb.*, o místních lidových soudech.

²³ R. Měkota, *Ochrana přírody v československom prave*, Bratislava 1968, s. 127–128.

²⁴ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

²⁵ Uchwała SN z 8 października 1971 r. – VI KZP 35/71, OSNPG 1971, nr 12, poz. 240.

²⁶ Ustawa z 30 maja 1962 r. Prawo wodne (Dz.U. Nr 34, poz. 158) uznała wszystkie wody płynące za własność państwa.

²⁷ Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. Nr 23, poz. 149).

nego czynu, w tym m.in. zagarnięcie mienia społecznego były przestępstwami lub wykroczeniami w zależności od przekroczenia lub nieprzekroczenia „kwoty granicznej” wyrażającej wartość przedmiotu czynu, wtedy 300 zł, po wejściu w życie kodeksu wykroczeń²⁸ – 500 zł. Po drugie, wprawdzie uchwała dotyczyła wprost wędkowania, ale oczywiste było, że dotyczy ona także bezprawnych połowów sieciowych. W piśmiennictwie pojawił się pogląd, że jeżeli wartość bezprawnie pozyskanych ryb nie przekracza „kwoty granicznej”, to czyn był wykroczeniem, ale nie z ustawy o rybołówstwie z 1932 r., lecz z art. 119 k.w.²⁹ Prowadziło to do pełnego wyeliminowania przepisów o wykroczeniach z ustawy rybackiej z 1932 r. jako narzędzia zwalczania kłusownictwa rybackiego.

Jeśli chodzi o kłusownictwo łowieckie, to także w odniesieniu do niego pojawił się problem relacji między przepisami karnymi ustawy łowieckiej a przepisami o zagarnięciu mienia społecznego. Dyskusję rozpoczęła uchwała SN z 1965 r., według której odstrzał zwierząt łownych na terenie lasu państwowego i przywłaszczenie upolowanych zwierząt w warunkach nieposiadania przez sprawcę żadnego uprawnienia do polowania stanowi przestępstwo zagarnięcia mienia społecznego³⁰. Po trzech latach SN radykalnie zmienił stanowisko przyjmując w uchwale 7 sędziów, że art. 55 pkt 8 ustawy łowieckiej jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów o przestępstwach zagarnięcia mienia społecznego³¹. Ta linia orzecznicza była konsekwentnie podtrzymywana w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r.³². Jednakże za zagarnięcie mienia społecznego SN uznawał zabór w celu przywłaszczenia zwierzyny łownej ubitej przez inną osobę w warunkach określonych w art. 55 ustawy łowieckiej³³ oraz zabór w celu przywłaszczenia padłej zwierzyny łownej, schwytej we wnyki zastawione przez kogo innego³⁴. Efekt był taki, że zwierzyna w stanie wolnym jako własność państwa (art. 2 ustawy łowieckiej) była mieniem społecznym, ale jej kłusownicze pozyskanie nie było kodeksowym przestępstwem zagarnięcia mienia społecznego, lecz specjalnym przestępstwem z art. 55 ustawy łowieckiej. Oznaczało to z jednej strony zaostrzenie odpowiedzialności za kłusownictwo, ponieważ nawet jeśli wartość skłusowanej zwierzyny nie przekraczała „kwoty granicznej” czyn był przestępstwem, z drugiej zaś złagodzenie, jeśli wartość ową „kwotę graniczną” przekraczała, skoro sankcja z art. 55 ustawy łowieckiej (pozbawienie wolności do lat 3) była łagodniejsza od sankcji za zagarnięcie mienia społecznego

²⁸ Ustawa z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz.U. Nr 12, poz. 114), nadal obowiązująca w brzmieniu tekstu jednolitego (Dz.U. z 2010 r. Nr 46, poz. 275).

²⁹ Z. Niedzielski, K. Harwas, *Kłusownictwo rybackie*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1974, nr 4–5, s. 66.

³⁰ Uchwała SN z 17 września 1965 r. – VI KZP 34/65, PiP 1966, z. 7–8, s. 209–210.

³¹ Uchwała składu 7 sędziów SN z 10 maja 1968 r. – VI KZP 2/67, OSNKW 1968, z. 9, poz. 98.

³² Uchwały SN z 21 września 1978 r. – VII KZP 24/78, OSNKW 1978, z. 11, poz. 124, następną z 30 października 1980 r. – VI KZP 26/80, OSNPG 1981, nr 1, poz. 20, wreszcie z 19 listopada 1982 r. – VI KZP 35/82, OSNPG 1983, nr 1, poz. 12.

³³ Uchwała SN z 14 lutego 1969 r. – VI KZP 51/68, OSNPG 1969, nr 4, poz. 58.

³⁴ Uchwała SN z 14 lutego 1969 r. – VI KZP 45/68, OSNPG 1969, nr 4, poz. 59.

z art. 199 § 1 k.k. z 1969 r. (pozbawienie wolności od 6 miesięcy do lat 5), a ponadto nie wchodziły w rachubę typy kwalifikowane zagarnięcia z art. 200 k.k. (popętnienie przestępstwa przez osobę odpowiedzialną za mienie społeczne) i 201 k.k. (znaczna wartość przedmiotu czynu). Co więcej, przy przekroczeniu „kwoty granicznej” ten, kto kradł kłusownikowi był karany surowiej (art. 199 § 1 k.k.) niż sam kłusownik (art. 55 ustawy łowieckiej), aczkolwiek to znowu nie było aż takie proste ze względu na wypadek zagarnięcia mniejszej wagi (art. 199 § 2 k.k. z sankcją pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny), podczas gdy art. 55 ustawy łowieckiej żadnego „wypadku mniejszej wagi” nie przewidywał. Stan prawny był dość zagmatwany, co dało glosatorce ostatniej uchwały podstawę do zakwestionowania całej linii orzecniczej SN i stanowczego opowiedzenia się za stosowaniem zawsze kumulatywnej kwalifikacji prawnej kłusownictwa i zagarnięcia mienia społecznego, jeżeli nastąpiło przywłaszczenie skłusowanej zwierzyny³⁵.

VIII. Czechosłowacka ustawa o występkach

W okresie tzw. normalizacji po „praskiej wiośnie’68” w Czechosłowacji została wydana ustawa z 18 grudnia 1969 r. o występkach³⁶. W § 4 pojawił się występki kłusownictwa (*přečin pytlactví*) ujęty w ten sposób, że karą pozbawienia wolności do roku albo środkiem poprawczym, albo zakazem działalności, albo grzywną do 10 000 koron, albo przypadkiem rzeczy miał być ukarany, kto bez uprawnienia naruszał wykonywanie prawa polowania lub rybołówstwa albo pozyskiwał zwierzęta lub ryby w okresie ochronnym, jeżeli ze względu na wysokość szkody czyn nie wyczerpywał znamion przestępstwa. Komentatorzy tej ustawy wskazywali, że jeżeli wysokość szkody przekraczała 1500 koron, to czyn nie był występkiem kłusownictwa, lecz przestępstwem zagarnięcia lub zniszczenia mienia społecznego (§ 132 lub § 136 czechosłowackiego kodeksu karnego z 1961 r.). Za przestępstwo odpowiadał również sprawca, jeżeli szkoda nie przekraczała 1500 koron, ale był on poprzednio karany za przestępstwa przeciwko mieniu³⁷. Ta konstrukcja normatywna z jednej strony usamodzielniała występki kłusownictwa, ale z drugiej utrzymała go w ramach karalnych czynów przeciwko mieniu.

³⁵ K. Daszkiewicz, *Glosa do uchwały SN z 19 listopada 1982 r. – VI KZP 35/82, Nowe Prawo* 1983, nr 4, s. 113–120.

³⁶ Zakon č. 150/1969 Sb., o přečinech. Czytelnikowi polskiemu należy się wyjaśnienie, że kodyfikator czechosłowacki w kodeksie karnym z 1961 r. odstąpił od tradycyjnego podziału przestępstw na zbrodnie (*zločiny*) i występki (*přečiny*). Kategoria przestępstwa (*restny čin*) była jednolita, bez wewnętrznego różnicowania. Pojęcie występkę (*přečin*) powróciło dopiero w 1969 r., aby zdomowić się już zupełnie w nowych kodeksach karnych czeskim i słowackim.

³⁷ M. Hořák, O. Rolenc, *Zakon o přečinech. Komentář*, Praha 1975, s. 57.

IX. Polska ustawa rybacka z 1985 r.

W połowie lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia weszła w życie polska ustawa rybacka³⁸. Ustawa ta w brzmieniu pierwotnym nie typizowała przestępstw, lecz jedynie wykroczenia, ale zagrożone najsurowszymi możliwymi wtedy sankcjami „wykroczeniowymi”: aresztu do 3 miesięcy, ograniczenia wolności do 3 miesięcy albo grzywny do 5000 zł. W art. 27 ust. 1 ustawodawca wprowadził różnicował:

- kłusownictwo „rybackie” w pkt 1 – poławianie ryb, raków i minogów przez nieuprawnionego do rybactwa,
- kłusownictwo „wędkarskie” w pkt 3 – dokonywanie amatorskiego połowu ryb (wędką lub kuszą) bez dokumentów uprawniających do tego lub bez zezwolenia uprawnionego do rybactwa, jeżeli amatorski połów ryb odbywać się miał w jego wodach,

ale za te czyny ustanowił taką samą sankcję „wykroczeniową”. Co więcej, naruszenie podstawowych przepisów ochronnych ujął w pkt 4 nie jako typ kwalifikowany „zwykłego” kłusownictwa, lecz jako jedną z alternatyw wykroczenia z art. 27 ust. 1.

Na tle ustawy rybackiej powrócił problem relacji między przepisami karnymi tej ustawy a przepisami kodeksowymi o zagarnięciu mienia społecznego. W doktrynie opowiedziano się za stanowiskiem, że jeżeli wartość przywłaszczonych ryb nie przekracza „kwoty granicznej” dzielącej przestępstwa i wykroczenia przeciwko mieniu, to jedyną prawidłową kwalifikacją jest sam art. 27 ust. 1 ustawy rybackiej i nie ma podstaw do stosowania art. 119 k.w. Jeżeli jednak przekracza, to czyn należy kwalifikować jako kodeksowe przestępstwo zagarnięcia mienia społecznego³⁹.

X. Nowelizacje czechosłowackiego kodeksu karnego w Czechach i Słowacji oraz ustawy o wykroczeniach

Proces transformacji ustrojowej zapoczątkowały „okrągły stół” w Polsce wiosną 1989 roku oraz „aksamitna rewolucja” w Czechosłowacji jesienią tegoż roku. Jednym z pierwszych przedsięwzięć legislacyjnych zrealizowanych przez ustawodawcę jeszcze czechosłowackiego było uchylenie ustawy z 1969 r. o występkach⁴⁰, wobec czego uchylony został jedyny specjalny przepis karny dotyczący kłusownictwa.

³⁸ Ustawa z 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. Nr 21, poz. 91), nadal obowiązująca w brzmieniu tekstu jednolitego (Dz.U. z 2009 r. Nr 189, poz. 1471).

³⁹ W. Radecki, *Oceny prawnokarne bezprawnego połowu ryb*, „Problemy Praworządności” 1985, nr 10, s. 37–48.

⁴⁰ Zakon č. 175/1990 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní zákon.

Jednakże w tym samym 1990 r. została przyjęta ustawa o wykroczeniach, jednakowa dla obu części składowych ówczesnej federacyjnej Czechosłowacji⁴¹. W części szczególnej tej ustawy zostały w §35 ujęte znamiona wykroczeń w dziedzinie rolnictwa, łowiectwa i rybactwa (w wersji czeskiej – *Přestupky na useku zemědělství, myslivosti a rybařství*), wśród nich kłusownictwo w ust. 1 lit. f/ w formule następującej:

Wykroczenia dopuszcza się, kto umyślnie bezprawnie dokonuje zamachu na cudze prawo polowania lub wykonywanie prawa rybołówstwa albo umyślnie poluje na zwierzęta lub łowi ryby w okresie ochronnym.

Za to wykroczenie ustawodawca czeski przewidział grzywnę (*pokuta*) do 5000 koron z możliwością orzeczenia obok niej kary zakazu działalności na czas do roku. Identyczne sankcje były przewidziane w wersji słowackiej, ale dodam od razu, że podczas gdy §35 ust. 1 lit. f/ ustawy o wykroczeniach obowiązuje w Czechach do dziś, to w Słowacji właśnie lit. f/ została uchylona w związku z innym ujęciem przestępstw kłusowniczych.

Przepis §35 ust. 1 lit. f/ wskazanej ustawy typizował niejako „klasyczne” kłusownictwo, ale nie jako przestępstwo, lecz jako wykroczenie. Kwalifikacja kłusownictwa jako przestępstwa powróciła po podziale Czechosłowacji do nadal wtedy obowiązującego w Czechach i Słowacji kodeksu karnego z 1961 r., ale nie do rozdziału o przestępstwach przeciwko mieniu, lecz w Czechach do rozdziału III o przestępstwach przeciwko porządkowi w sprawach publicznych, w Słowacji do rozdziału o przestępstwach powszechnie niebezpiecznych. W Czechach był to § 178a – *Pytlactví*, wprowadzony w 1993 r. (nieznacznie w odniesieniu do sankcji zmieniony w 1998 r.), który za kłusownictwo w typie podstawowym (§ 178a ust. 1) uznawał bezprawne polowanie na zwierzynę łowną lub bezprawny połów ryb albo ukrywanie, przejmowanie dla siebie lub innej osoby bądź przechowywanie zwierzyny lub ryb bezprawnie pozyskanych. Czyn ten był zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 2 albo grzywną, albo zakazem wykonywania działalności, albo przepadkiem rzeczy lub innej wartości majątkowej. Kłusownictwo w typie kwalifikowanym (§ 178a ust. 2) przez popełnienie czynu:

- a) w zamiarze uzyskania dla siebie lub innego korzyści majątkowej,
- b) sposobem wymagającym szczególnego potępienia,
- c) sposobem masowo skutecznym albo
- d) w zorganizowanej grupie,

a także, jeżeli sprawca był w ostatnich trzech latach skazany za kłusownictwo z ust. 1, było zagrożone pozbawieniem wolności od 6 miesięcy do lat 5 oraz przepadkiem rzeczy lub innej wartości majątkowej.

Komentatorzy wyjaśniali, że bezprawnie poluje lub poławia ten, dla kogo nie stanowi to czynności zawodowej i nie ma ku temu szczególnego pozwolenia.

⁴¹ W Czechach – zakon č. 200/1990 Sb. o přestupcích, w Słowacji – zakon č. 372/1990 Zb. o priestupkoch.

Połowaniem lub połowem jest jakiegokolwiek działanie zmierzające do ubicia lub schwywania zwierzyny bądź ryb, także w przypadku, gdy sprawca schwytaną zdobycz wypuści⁴².

Nieco później podobne rozwiązanie przyjął ustawodawca słowacki wprowadzając do rozdziału IV o przestępstwach powszechnie niebezpiecznych przepisy związane z ochroną środowiska (§ 181a–181g), a wśród nich § 181d – *Pytliactvo*. Kłusownictwo w typie podstawowym (§ 181d ust. 1) popełniał, kto bezprawnie dokonywał zamachu na wykonywanie prawa polowania lub rybołówstwa przez to, że bez pozwolenia polował na zwierzynę lub łowił ryby albo polował lub poławiał w czasie ochronnym lub w sposób zabroniony, albo kto ukrywał, przechowywał lub przejmował dla siebie lub innej osoby bezprawnie pozyskaną zwierzynę lub ryby. Za taki czyn groziła kara pozbawienia wolności do lat 2 albo zakaz działalności, albo grzywna, albo przepadek rzeczy. Za kłusownictwo w typie kwalifikowanym (§ 181d ust. 2) przez to, że sprawca dopuścił się czynu określonego w ust. 1:

- a) mimo że był w ostatnich dwóch latach za taki czyn skazany albo jeżeli odstąpił od wykonania kary pozbawienia wolności za taki czyn,
- b) w sposób masowo skuteczny albo wymagający szczególnego potępienia,
- c) w zorganizowanej grupie

była przewidziana kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5 albo przepadek rzeczy.

Dla dopełnienia obrazu dodać trzeba, że także w Czechach w 2002 r. wprowadzono do rozdziału IV kodeksu karnego z 1961 r. przepisy związane z ochroną środowiska (§ 181a–181h), ale one nie zawierały znamion kłusownictwa, ponieważ takie przestępstwo zostało wprowadzone wcześniej jako § 178a w rozdziale III.

XI. Nowe polskie prawo łowieckie i nowelizacja ustawy rybackiej

We wczesnych latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia toczyły się w Polsce ostre spory o kształt przyszłego prawa łowieckiego. Padły różne propozycje, w tym jeden z projektów zmierzał do przywrócenia stanu prawnego z 1927 r. i ponownego złączenia prawa polowania z własnością gruntu. Ostatecznie zwyciężyła koncepcja forsowana przez PZŁ i uchwalone w 1995 r., nadal obowiązujące prawo łowieckie⁴³ w istocie przejęło – aczkolwiek z daleko idącymi modyfikacjami – model wypracowany w dekreście z 1952 r. i ulepszony w ustawie z 1959 r. Przestępstwa kłusownicze zostały ujęte w art. 53 w sześciu punktach:

- 1) polowanie na przelotne ptactwo łowne na wybrzeżu morskim w pasie 3000 m od brzegu w głąb morza lub 5000 m w głąb łądu,

⁴² J. Jelinek, Z. Sovak, *Trestni zakon a trestni řad. Poznamkove vydani s judikaturou*, Praha 2002, s. 183.

⁴³ Ustawa z 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (Dz.U. Nr 147, poz. 713, aktualny tekst jednolity Dz.U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 ze zm.).

- 2) polowanie z chartami lub ich mieszańcami,
- 3) polowanie w czasie ochronnym,
- 4) polowanie bez uprawnień do polowania,
- 5) wchodzenie w posiadanie zwierzyny za pomocą broni i amunicji innej niż myśliwska, środków i materiałów wybuchowych, trucizn, karmy o właściwościach odurzających, sztucznego światła, lepów, wnyków, żelaz, dołów, samostrzałów lub rozkopywania nor i innych niedozwolonych środków,
- 6) wchodzenie przez nieuprawnionego do polowania w posiadanie zwierzyny.
Za kłusownictwo została przewidziana kara pozbawienia wolności do lat 5.

Jest to koncepcja oparta na regulacji art. 55 ustawy łowieckiej z 1959 r. z kilkoma zmianami: redukcja typów kłusownictwa z dziewięciu do sześciu, pominięcie w art. 53 pkt 6 owej „pomocy psów”, co oznaczało rozszerzenie karalności, podniesienie górnej granicy kary pozbawienia wolności z 3 do 5 lat.

Ustawodawca wprowadził również drugi przepis typizujący przestępstwa – art. 52 z sankcją grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, który po kolejnych nowelizacjach w sześciu punktach przewiduje odpowiedzialność za czyny związane z kłusownictwem, a to:

- w pkt 1 – gromadzenie, posiadanie, wytwarzanie, przechowywanie lub wprowadzanie do obrotu narzędzi i urządzeń przeznaczonych do kłusownictwa (swoiste przygotowanie lub pomocnictwo do kłusownictwa, karane jako *delictum sui generis*),
- w pkt 2 – wchodzenie w posiadanie bezprawnie pozyskanej tuszy lub trofeów zwierząt łownych,
- w pkt 5 – zezwalanie przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego osobie nieuprawnionej na polowanie lub zezwalanie na przekroczenie zatwierdzonego w planie łowieckim pozyskania zwierzyny,
- w pkt 6 – pozyskiwanie zwierzyny innego gatunku, innej płci lub w większej liczbie niż przewiduje upoważnienie wydane przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego.

Kolejny art. 54 przewidywał fakultatywny przypadek broni, pojazdów, narzędzi i psów, przy użyciu których zostało dokonane przestępstwo z art. 52 i 53, oraz przypadek trofeów, tusz zwierzyny i ich części.

Po roku ustawodawca znowelizował ustawę rybacką⁴⁴ w ten sposób, że w ramach wykroczeń pozostawił dokonywanie amatorskiego połowu ryb (tj. połowu wędka lub kuszą) bez posiadania wymaganych dokumentów lub zezwolenia (art. 27 ust. 1 pkt 1) oraz naruszenie zakazów ochronnych przy amatorskim połowie ryb (art. 27 ust. 1 pkt 2), natomiast za przestępstwa uznał połów ryb przez nieuprawnionego do rybactwa (art. 27a ust. 1 pkt 1) oraz naruszenie zakazów ochronnych przy połowie innym niż amatorski (art. 27a ust. 1 pkt 3).
W konsekwencji:

⁴⁴ Ustawa z 27 września 1996 r. o zmianie ustawy o rybactwie śródlądowym (Dz.U. Nr 128, poz. 602).

- kłusownictwo „wędkarskie” to wykroczenie zagrożone już tylko grzywną do 5000 zł,
- kłusownictwo „rybackie” to przestępstwo zagrożone grzywną, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności do lat 2.

W obu wariantach wchodzi w rachubę środki karne (nawiązka, przepadek, zakaz amatorskiego połowu ryb) orzekane za wykroczenia fakultatywnie, za przestępstwa obligatoryjnie.

Przyjęte przez ustawodawcę założenie, że bezprawni połów amatorski to wykroczenie, a bezprawni połów inny niż amatorski to przestępstwo, zostało jednak złamane w nieprzemyślanej nowelizacji przepisów ochronnych, z których wynika, że połów ryb wędką lub kuszą nieodpowiadającą wymaganiom „technicznym” określonym w przepisach wykonawczych (np. użycie wędki, której wędzisko ma 29 cm, a nie co najmniej 30 cm, jak wymagają przepisy) to jednak przestępstwo (art. 27a ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 pkt 5), a nie wykroczenie, co w literaturze uznano za rozwiązanie jawnie absurdalne⁴⁵.

XII. Obowiązujący trzeci polski kodeks karny

Kodeks karny z 1997 r. zawiera rozdział XXII „Przestępstwa przeciwko środowisku”, ale przestępstw kłusowniczych w nim nie ma. Kodyfikator nie podzielił poglądu niektórych przedstawicieli nauki⁴⁶, że przestępstwa kłusownicze powinny znaleźć się w kodeksie. Zamiast tego w przepisach wprowadzających⁴⁷ utrzymał w mocy bez zmian art. 53 Prawa łowieckiego i z nieznacznymi zmianami w zakresie sankcji art. 52 Prawa łowieckiego i art. 27a ustawy rybackiej.

XIII. Obowiązujące czeskie prawo łowieckie oraz czeskie i słowackie prawo rybackie

Uchwalona 27 listopada 2001 r. ustawa o łowiectwie⁴⁸ zastąpiła obowiązującą przez blisko czterdzieści lat ustawę z 1962 r. Zgodnie z przyjętym przez ustawodawcę czeskiego założeniem, że znamiona przestępstw może zawierać tylko kodeks karny, ustawa ta nie zawiera żadnych przepisów o przestępstwach, lecz jedynie o wykroczeniach i deliktach administracyjnych. Wejście w życie ustawy łowieckiej nie spowodowało żadnych zmian w tekście § 178a obowiązującego wtedy kodeksu karnego z 1961 r.

⁴⁵ M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. II. *Przestępstwa gospodarcze oraz przeciwko środowisku. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 292.

⁴⁶ Zob. np. W. Radecki, *Ochrona środowiska w przeszłości, obecnie i w przyszłym prawie karnym*, „Problemy Praworządności” 1990, nr 1, s. 20.

⁴⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554 ze zm.).

⁴⁸ Zákon č. 449/2001 Sb., o myslivosti.

Zmieniła się natomiast ocena istoty tego przestępstwa. Szczególnie znacząca była uchwała czeskiego SN z 2005 r., w której czytamy, że z brzmienia §178a wynika jasno, że przedmiotem przestępstwa kłusownictwa jest ochrona przyrody reprezentowanej przez dziko żyjące zwierzęta i ryby⁴⁹. Był to istotny krok w kierunku uznania przestępstw kłusowniczych za przestępstwa przeciwko środowisku, co uczyniono najpierw w doktrynie czeskiej⁵⁰, następnie zaś w nowym czeskim kodeksie karnym, o czym dalej.

Po kilku latach czechosłowacka ustawa rybacka z 1963 r. została zastąpiona nowymi regulacjami: najpierw w Słowacji ustawą z 15 lutego 2002 r. o rybactwie⁵¹, następnie w Czechach ustawą z 10 lutego 2004 r. o rybactwie⁵². Także te ustawy nie zawierają przepisów o przestępstwach i nie wprowadziły żadnych zmian do przepisów o kłusownictwie znajdujących się w znowelizowanym i nadal wtedy obowiązującym w obu państwach czechosłowackim kodeksie karnym z 1961 r. Jednakże słowacka ustawa rybacka uchyliła przepis o kłusownictwie znajdujących się w §35 ust. 1 lit. f/ ustawy o wykroczeniach.

XIV. Obowiązujący słowacki kodeks karny

Z dniem 1 stycznia 2006 r. wszedł w życie słowacki kodeks karny uchwalony 25 czerwca 2005 r.⁵³ W części szczególnej zawiera rozdział szósty „Przestępstwa powszechnie niebezpieczne i przeciwko środowisku” złożony z dwóch oddziałów: pierwszy w §284–299 obejmuje przestępstwa powszechnie niebezpieczne, drugi w §300–310 przestępstwa przeciwko środowisku (*trestne činy proti životnemu prostrediu*). Ostatni w oddziale drugim §310 typizuje kłusownictwo (*pytliactvo*) w sposób następujący:

(1) Kto bezprawnie narusza wykonywanie prawa polowania albo prawa rybackiego przez to, że bez pozwolenia poluje na zwierzynę lub łowi ryby albo poluje na zwierzynę lub łowi ryby w czasie ich ochrony lub w sposób zabroniony, albo kto ukrywa, przechowuje bądź dla siebie lub innego przejmuje zwierzynę lub ryby bezprawnie pozyskane lub znalezione, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2.

(2) Karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 3 podlega sprawca, jeżeli popełnia czyn wskazany w ust. 1:

⁴⁹ Uchwała oznaczona sygnaturą 8 Tdo 196/2005; powołuję za V. Stejskalem, *Prosazovani pravni odgovornosti v ochraně biodiverzity*, Praha 2006, s. 186, który ocenia, że w ten sposób nastąpiło wzmocnienie ochrony środowiska, gdyż wcześniej w odniesieniu do kłusownictwa akcentowano ochronę wykonywania prawa łowieckiego i rybackiego.

⁵⁰ M. Damohorsky a kolektiv, *Pravo životního prostředí*, Praha 2007, s. 72.

⁵¹ Zakon č. 139/2002 Z.z. o rybarstve.

⁵² Zakon č. 99/2004 Sb., o rybníkařství, výkonu rybařského práva, rybařské stráž, ochraně mořských rybolovných zdrojů a o změně některých zákonů (zákon o rybařství).

⁵³ Trestný zákon č. 300/2005 Z.z.

- a) sposobem masowo skutecznym albo wymagającym potępienia,
- b) w małym rozmiarze, albo
- c) jako osoba, która ma szczególny obowiązek chronić środowisko.

(3) Karze pozbawienia wolności od roku do lat 5 podlega sprawca, jeżeli popełnia czyn wskazany w ust. 1:

- a) a był już za taki czyn skazany,
- b) w większym rozmiarze, albo
- c) poważniejszym sposobem działania.

(4) Karze pozbawienia wolności od 3 do 8 lat podlega sprawca, jeżeli popełnia czyn wskazany w ust. 1 w znacznym rozmiarze.

(5) Karze pozbawienia wolności od 4 do 10 lat podlega sprawca, jeżeli popełnia czyn wskazany w ust. 1 w wielkim rozmiarze.

W doktrynie słowackiej nie ma wątpliwości, że kłusownictwo w typie podstawowym jest przestępstwem formalnym. Łowem (termin wspólny dla polowania i połowu ryb) jest każde celowe działanie zmierzające do zabicia lub schwytywanie zwierzyny lub ryb. Nie ma znaczenia, czy sprawcy udało się zabić bądź pozyskać zwierzynę lub ryby, nie jest także ważne, czy przywłaszczy sobie zwierzynę lub ryby, czy też pozostawi je na miejscu pozyskania bądź wypuści rybę z powrotem do wody⁵⁴. Znamię szkody i jej rozmiaru pojawia się dopiero w typach kwalifikowanych. Kodyfikator słowacki wprowadził znamiona liczbowe w § 125 kodeksu, zgodnie z którym szkodą małą jest szkoda przekraczająca 266 euro, szkodą większą – co najmniej 10-krotność małej, szkodą znaczną – co najmniej 100-krotność małej, szkodą wielką – co najmniej 500-krotność małej. Te same kryteria liczbowe stosuje się przy ocenie rozmiaru czynu.

Dodać jeszcze trzeba, że znamię kwalifikujące z § 310 ust. 3 lit. c/ – poważniejszy sposób działania (*zvažnejši spôsob konania*) jest kategorią prawną zdefiniowaną w dziesięciu punktach zamieszczonych w § 138 części ogólnej kodeksu. W odniesieniu do kłusownictwa wchodzi w rachubę popełnianie czynu przez dłuższy czas (lit. b), w sposób okrutny lub dręczący (lit. c), z naruszeniem ważnego obowiązku wynikającego z zawodu, stanowiska lub funkcji (lit. h), w zorganizowanej grupie (lit. i).

XV. Obowiązujący czeski kodeks karny

Chronologicznie ostatnim z badanych państw, w którym doszło do zmiany dotychczasowego kodeksu karnego, była Republika Czeska. Nowy kodeks karny został uchwalony 8 stycznia 2009 r.⁵⁵ i po blisko rocznej *vacatio legis* wszedł

⁵⁴ P. Sepeši, *Trestna zodpovednost*, (w:) S. Košičiarova a kolektiv, *Pravo životneho prostredia*, Bratislava 2009, s. 283. Podobnie O. Samaš, H. Stiffel, P. Toman, *Trestny zakon. Stručny komentar*, Bratislava 2006, s. 640.

⁵⁵ Zakon č. 40/2009 Sb., trestni zakonik.

w życie 1 stycznia 2010 r. Kodeks zawiera samodzielny rozdział VIII „Przestępstwa przeciwko środowisku” (*trestne činy proti životnimu prostředí*) złożony z § 293–308, między którymi znajduje się § 304 zawierający znamiona przestępstwa kłusownictwa (*pytlactvi*) ujęte w sposób następujący:

(1) Kto bezprawnie upoluje zwierzynę albo złowi ryby o wartości przekraczającej nieznaczną albo ukrywa, przejmując dla siebie lub innej osoby albo przechowuje bezprawnie upolowaną zwierzynę albo złowione ryby o wartości większej niż nieznaczną, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, zakazu działalności albo przepadku rzeczy lub innej wartości majątkowej.

(2) Karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5, grzywny albo przepadku rzeczy lub innej wartości majątkowej podlega sprawca:

- a) jeżeli popełni czyn wskazany w ust. 1 jako członek zorganizowanej grupy,
- b) jeżeli uzyska przez taki czyn dla siebie lub innej osoby większa korzyść,
- c) jeżeli popełnia taki czyn jako osoba obciążona szczególnym obowiązkiem ochrony środowiska,
- d) jeżeli popełnia taki czyn w sposób wymagający szczególnego potępienia, w sposób masowo skuteczny lub w czasie ochronnym, albo
- e) jeżeli był za taki czyn w ostatnich trzech latach skazany lub ukarany.

Nowy kodeks wprowadza niezwykle istotną zmianę w porównaniu z § 178a znowelizowanego kodeksu z 1961 r. Nie chodzi tylko o przeniesienie występku kłusownictwa do rozdziału o przestępstwach przeciwko środowisku, ale przede wszystkim o to, że przestępstwo z § 304 nowego kodeksu zostało ujęte jako materialne, a nie jako formalne. Można to dostrzec porównując brzmienie § 178a poprzedniego kodeksu *kdo neopravně lovi zvěř nebo ryby* z § 304 obowiązującego kodeksu *kdo neopravně ulovi zvěř nebo ryby v hodnotě nikoli nepatrné*. Kodyfikator czeski wprowadził nowe znamię dolnej granicy karalności za przestępstwo – szkodę (wartość) większą niż nieznaczną⁵⁶. Według § 138 ust. 1 kodeksu szkodą (wartością) przekraczającą nieznaczną jest sięgająca co najmniej 5000 koron czeskich.

Stawianie pułapek lub przynęt będzie bezkarnym przygotowaniem. Czekanie na zdobyczy może być traktowane jako usiłowanie, ale pod warunkiem wykazania znamienia „bezpośredniości”, co w praktyce może okazać się trudne⁵⁷. Praktycznie przeto polowanie na zwierzynę lub połów ryb, które nie doprowadziło do pozyskania albo wprawdzie doprowadziło, ale wartość pozyskanej zwierzyny lub ryb nie sięgnie 5000 koron, będzie wykroczeniem z § 35 ust. 1 lit. f/ czeskiej ustawy o wykroczeniach z 1990 r. W ten sposób ustawodawca czeski rozwiązał problem, który pojawiał się orzecznictwie, a polegał na rozróżnieniu przestępstwa i wykroczenia. Komentatorzy obowiązującego kodeksu przypomnieli wyrok czeskiego

⁵⁶ F. Novotny a kolektiv, *Trestni zakonik 2010. Komentář, judikatura, důvodova zprava*, Praha 2010, s. 642.

⁵⁷ O. Novotny, R. Vakoun, P. Šamal a kolektiv, *Trestni pravo hmotne. Zvláštní část*, Praha 2010, s. 383.

SN z 1999 r., w którym można było przeczytać, że kryterium oceny, czy chodzi o wykroczenie czy przestępstwo, nie jest ani zakres wyrządzonej szkody, ani trwanie bezprawnego zamachu, ani szczególnie sposób dokonania zamachu na wykonywanie prawa rybołówstwa, lecz tylko ogólne rozróżnienie polegające na ocenie stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu⁵⁸. Podstawę do takiego wniosku dawało brzmienie § 3 ust. 2 kodeksu z 1961 r.: „Czyn, którego stopień społecznego niebezpieczeństwa jest nieznaczny, nie jest przestępstwem, nawet jeżeli wyczerpuje znamiona przestępstwa”. Koncepcja obowiązującego kodeksu jest nieco inna, w zasadzie przyjmuje on formalną definicję przestępstwa, ale wprowadzenie znamienia skutku do przestępstw kłusowniczych usuwa poprzednie wątpliwości.

XVI. Obowiązująca słowacka ustawa łowiecka

Najnowszym aktem prawnym mającym znaczenie dla interpretacji przestępstw kłusowniczych jest uchwalona 16 czerwca 2009 r. słowacka ustawa łowiecka⁵⁹, która weszła w życie zasadniczo 1 września 2009 r. (trzy przepisy później), uchylając czechosłowacką ustawę łowiecką z 1962 r. Nowa ustawa nie zawiera przepisów o przestępstwach i nie wprowadziła żadnych zmian do obowiązującego od kilku lat § 310 słowackiego kodeksu karnego, aczkolwiek, co oczywiste, materialne przepisy dotyczące łowiectwa mają istotne znaczenie dla interpretacji przepisu karnego.

XVII. Nowelizacja polskiej ustawy rybackiej

Zkońcem października 2010 r. weszła w życie nowelizacja polskiej ustawy rybackiej⁶⁰. Zmieniła ona także przepisy karne, które obecnie znajdują się w art. 27, 27a i 27b (wykroczenia) i art. 27c (przestępstwa). Znamiona przestępstw zostały ujęte w art. 27c ust. 1 w siedmiu punktach. Kłusownictwa w rozumieniu przyjmowanym w tym szkicu dotyczy pkt 2. Przewidziane w nim przestępstwo popełnia, kto nie będąc uprawnionym do rybactwa albo osobą połowiącą na jego rzecz, poławia ryby rybackimi narzędziami lub urządzeniami połowowymi. Tak jak poprzednio przestępstwo to zagrożone jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, z obowiązkowym orzeczeniem nawiązki (lub obowiązku naprawienia szkody) i przepadku. Nowością jest obowiązek orzekania środka karnego podania orzeczenia do publicznej wiadomości na koszt skazanego.

⁵⁸ Orzeczenie oznaczone sygnaturą 4 Tz 184/99; za F. Novotny a kolektiv, *Trestni zakonik 2010*, op. cit., s. 644.

⁵⁹ Zakon č. 274/2009 Z.z. o poľovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

⁶⁰ Ustawa z 24 września 2010 r. o zmianie ustawy o rybactwie śródlądowym (Dz.U. Nr 200, poz. 1322).

XVIII. Wnioski

Prześledzenie ewolucji przepisów o przestępstwach kłusowniczych w Polsce, Czechosłowacji, Czechach i Słowacji prowadzi do spostrzeżenia, że punktem wyjścia była karalność za zamach na cudze prawo polowania bądź rybołówstwa. Tak było w polskim k.k. z 1932 r., czeskim rozporządzeniu protektoratowym, czechosłowackiej ustawie z 1947 r. oraz czechosłowackim kodeksie karnym z 1950 r. Później zaczyna się to zmieniać, kłusownictwo zostaje uznane za przestępstwo przeciwko mieniu (własności socjalistycznej), co powoduje, że w Polsce przestępstwo kłusownictwa łowieckiego staje się przestępstwem pozakodeksowym w ustawie z 1959 r. i jest uznawane za przestępstwo przeciwko mieniu społecznemu, ale specjalne względem kodeksowych przestępstw zagarnięcia, a przestępstwo kłusownictwa rybackiego zostaje uznane w orzecznictwie po prostu za przestępstwo zagarnięcia mienia społecznego, w Czechosłowacji zaś przepisów o kłusownictwie w ogóle nie ma w kodeksie karnym z 1961 r., skoro wystarczają przepisy o zagarnięciu lub zniszczeniu mienia społecznego. Na krótko kłusownictwo pojawia się w specjalnej czechosłowackiej ustawie o występkach z 1969 r., ale znowu jest traktowane jako typ szczególny przestępstwa przeciwko własności socjalistycznej.

Po rozpoczęciu procesu transformacji ustrojowej w badanych państwach sytuacja przedstawia się odmiennie. W Polsce prawo łowieckie z 1995 r. przejmuje rozwiązania ustawy z 1959 r., a nowelizacja ustawy rybackiej przeprowadzona w 1996 r. wprowadza przestępstwo kłusownictwa rybackiego, nadal ujęte jako przestępstwo pozakodeksowe. W Czechach i Słowacji sytuacja jest inna. Najpierw w Czechach do nadal obowiązującego kodeksu z 1961 r. zostaje wprowadzony w 1993 r. przepis typizujący kłusownictwo, ale do rozdziału o przestępstwach przeciwko porządkowi w sprawach publicznych. Następnie w Słowacji w tym samym kodeksie pojawia się przepis o przestępstwie kłusownictwa, ale już zaliczony do przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, które zostają uzupełnione kilkoma zespołami znamion przestępstw przeciwko środowisku, w tym m.in. kłusownictwa. Ewolucję kończą obowiązujące kodeksy karne słowacki z 2005 r. i czeski z 2009 r., w których przestępstwa kłusownictwa zostają umieszczone wśród przestępstw przeciwko środowisku.

W Polsce do takiej oceny prawnej kłusownictwa nie doszło, a powinno dojść. Wynika to z regulacji fundamentalnej ustawy ochronnej – Prawo ochrony środowiska⁶¹, która w dziale I „Przepisy ogólne” tytułu II „Ochrona zasobów środowiska” zawiera art. 81 będący normą kierunkową dotyczącą zasobów środowiska. Jego ust. 1 wskazuje, że ochrona zasobów środowiska realizowana jest na podstawie ustawy oraz przepisów szczególnych, po czym ust. 4 pkt 3 precyzuje, że szczegółowe zasady ochrony dziko występujących zwierząt określają przepisy

⁶¹ Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 62, poz. 627; aktualny tekst jednolity Dz.U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.).

m.in. prawa łowieckiego i ustawy rybackiej. Jeśli do tego dodać, że art. 1 prawa łowieckiego uznaje łowiectwo za element ochrony środowiska przyrodniczego, to wniosek normatywny jest dość prosty: przestępstwa kłusownictwa przedstawiające zamachy na zasoby środowiska (zwierzynę i ryby) są przestępstwami przeciwko środowisku, wobec czego miejscem ich typizacji powinien być rozdział XXII polskiego k.k. z 1997 r. Takie propozycje były przedstawiane w czasie prac nad projektem obowiązującego k.k., ale z niewiadomych powodów nie zostały uwzględnione.

Czy jest o co kruszyć kopie? Z przyczyn formalnych oczywiście nie, moc prawna art. 52–54 Prawa łowieckiego i art. 27c ustawy rybackiej jest dokładnie taka sama jak art. 181–188 k.k. Ale poza względami formalnymi wchodzi w rachubę także chyba niedoceniane względy merytoryczne. Włączenie przepisów o przestępstwach do podstawowego źródła prawa karnego materialnego, jakim jest kodeks karny, podnosi ich rangę w świadomości społecznej i może (nie musi) przyczynić się do wzrostu prewencyjnego oddziaływania samego zagrożenia karnego. Gdyby przestępstwa kłusownicze były jakimś „marginielem” przestępczości, to może rzeczywiście nie miałyby większego sensu postulaty włączenia znamion tych przestępstw do k.k. Tak jednak nie jest, kłusownictwo zarówno łowieckie, jak i rybackie to przestępstwa popełniane nagminnie, o czym wszyscy zajmujący się łowiectwem i rybactwem dobrze wiedzą, co wprawdzie nie znajduje pełnego odzwierciedlenia w statystykach, ale w odniesieniu do tej kategorii przestępczości „ciemna liczba” jest ogromna.

Do tego dochodzi jeszcze jeden niebagatelny czynnik, jakim jest znajomość odnośnych przepisów oraz subtelności ich wykładni przez sędziów i prokuratorów, a z tym, ujmując rzecz delikatnie, nie jest najlepiej. Na to można odpowiedzieć, że w polskiej literaturze prawniczej są komentarze tak do prawa łowieckiego⁶² i ustawy rybackiej⁶³, jak i do pozakodeksowych przepisów karnych obejmujące przepisy karne m.in. prawa łowieckiego i ustawy rybackiej⁶⁴. Owszem, są, ale nie da się ich porównać z często wznawianymi wielkimi komentarzami do kodeksu karnego, nie mówiąc już o tym, że w podręcznikach części szczególnej prawa karnego próżno szukać pogłębionych rozważań o przestępstwach kłusowniczych, podręczniki ograniczają się bowiem w zasadzie do przestępstw kodeksowych, niekiedy tylko wybranych.

Są przeto bardzo poważne argumenty przemawiające za tym, aby i w Polsce pójść za wzorem słowackim i czeskim włączając znamiona przestępstw kłusow-

⁶² T. Müller, Z. Zwolak, *Prawo łowieckie z komentarzem oraz przepisami wykonawczymi i związkowymi*, Warszawa 1998; M.J. Skocka, J. Szczepański, *Prawo łowieckie. Komentarz*, Warszawa 1998; W. Radecki, *Prawo łowieckie. Komentarz*, ostatnie wydanie, Warszawa 2010.

⁶³ W. Radecki, *Ustawa o rybactwie śródlądowym. Komentarz*, Warszawa 2005.

⁶⁴ M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. II. *Przestępstwa gospodarcze oraz przeciwko środowisku*, Warszawa 2003; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007.

nicznych do części szczególnej kodeksu karnego. Ale jeżeli tak, to należałoby bardzo starannie przemyśleć, jak to zrobić, ponieważ przejście do kodeksu przepisów o kłusownictwie łowieckim w takim kształcie, jaki uzyskały one w art. 52 i 53 prawa łowieckiego, jest z przyczyn oczywistych nie do pomyślenia, gdyż taka kazuistyka jest nie do pogodzenia z koncepcją kodeksową. Tak samo jest z kłusownictwem rybackim, gdyż zamieszczone w art. 27c ust. 1 liczne odesłania do materialnych przepisów rybackich nie mogłyby mieć miejsca w kodeksie karnym.

Czy w ogóle przestępstwa kłusownicze dadzą się ująć w sposób syntetyczny, odpowiadający cechom regulacji kodeksowych? Odpowiedź na tak postawione pytanie powinna być twierdząca, skoro przekonują o tym rozwiązania przyjęte w kodeksach karnych słowackim i czeskim. Mimo zewnętrznego podobieństwa są one różne, co można wykazać analizą szczegółową. Cechą wspólną obu kodeksów jest rozróżnienie dwóch postaci kłusownictwa:

- 1) bezprawnego pozyskiwania (czeski i słowacki wyraz *lov* odnosi się tak do zwierzyny, jak i ryb),
- 2) ukrywanie, przechowywanie, przejmowanie bezprawnie pozyskanych zwierząt i ryb.

Podstawowa różnica tkwi w tym, że w kodeksie słowackim kłusownictwo w pierwszej podstawowej postaci jest przestępstwem formalnym (*kto neopravnene lovi zver alebo ryby*), w kodeksie czeskim jest to przestępstwo materialne (*kdo neopravně ulovi zvěř nebo ryby*). Nad kłusownictwem w typie podstawowym (§ 310 ust. 1 kodeksu słowackiego i § 304 ust. 1 kodeksu czeskiego) nadbudowane są typy kwalifikowane (§ 310 ust. 2–5 kodeksu słowackiego, § 304 ust. 2 kodeksu czeskiego), ale i tu są różnice, skoro łów w okresie ochronnym bądź sposobem zakazany jest w Słowacji alternatywą kłusownictwa w typie podstawowym, w Czechach tworzy już typ kwalifikowany. Bardzo sensowne wydają się typy kwalifikowane przez popełnienie czynu przez osobę obciążoną obowiązkiem ochrony środowiska (§ 310 ust. 2 lit. a/ kodeksu słowackiego, § 304 ust. 2 lit. c/ kodeksu czeskiego), a także przez powrót do przestępstwa (§ 310 ust. 3 lit. a/ kodeksu słowackiego, § 304 ust. 2 lit. e/ kodeksu czeskiego).

Warto zauważyć, że ustawodawcy słowacki i czeski nie przesadzają z kryminalizacją kłusownictwa. Bardzo wyraźnie widać to zwłaszcza w Czechach, gdzie podstawowym instrumentem penalnym służącym zwalczaniu czynów kłusowniczych są przepisy o wykroczeniach, prawo karne wkracza dopiero w sytuacjach poważniejszych.

Jeżeli spojrzymy na przepisy polskie przez pryzmat rozwiązań naszych południowych sąsiadów, zobaczymy wyraźnie mankamenty regulacji polskich. Przede wszystkim oba rodzaje kłusownictwa są traktowane niejednolicie. Górna granica sankcji za kłusownictwo łowieckie wynosi 5 lat pozbawienia wolności, za rybackie – 2 lata, ale z drugiej strony za kłusownictwo rybackie ustawodawca przewiduje obligatoryjną nawiązkę i przepadek, podczas gdy za kłusownictwo łowieckie

nawiązka w ogóle nie jest przewidziana, a przypadek jest fakultatywny. Podział na kłusownictwo wędkarskie i rybackie, pozornie klarowny, w pewnych sytuacjach jednak się łamie. Rozróżnienie w art. 53 Prawa łowieckiego bezprawnego polowania (pkt 1–4) i bezprawnego wchodzenia w posiadanie zwierzyny (pkt 5 i 6) nie wydaje się szczególnie udane, a i wykaz czynów zabronionych przez art. 52 Prawa łowieckiego aż się prosi o „przewietrzenie”.

Myślę, że nadszedł czas, aby poważnie przemyśleć kształt przepisów o kłusownictwie, zwłaszcza pod kątem zamieszczenia ich w kodeksie karnym. Regulacje art. 52 i 53 Prawa łowieckiego należałoby uprościć i to, co się da, przenieść do wykroczeń. To, co wymaga ścigania w trybie właściwym dla przestępstw, powinno być ujęte inaczej. Nie ma powodu, aby każdy najdrobniejszy nawet przypadek kłusownictwa łowieckiego był od razu zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 5. Rozwiązania czeskie i słowackie, które zaczynają się od 2 lat pozbawienia wolności i dopiero w wypadkach kwalifikowanych przewidują sankcje surowsze, są zdecydowanie lepsze.

W szkicu o charakterze teoretycznym wypada poprzestać na nakreśleniu kierunków przyszłej regulacji prawnej, bez podawania szczegółowych rozwiązań. Myślę, że kłusownictwo łowieckie i rybackie należałoby połączyć w jednym przepisie kodeksowym, tak jak to było w polskim k.k. z 1932 r. i jest w obowiązujących kodeksach karnych czeskim i słowackim. Miejscem tego przepisu powinien być rozdział XXII polskiego k.k. „Przestępstwa przeciwko środowisku”. Nie mam jednak wątpliwości, że bezprawny amatorski połów ryb (wędką lub kuszą) powinien pozostać w ramach odpowiedzialności za wykroczenia.

W odniesieniu do przestępstw punktem wyjścia powinno być rozstrzygnięcie, czy pójść raczej drogą „słowacką” i utrzymać kłusownictwo jako przestępstwo formalne czy raczej drogą „czeską” i przekształcić je w przestępstwo materialne. Ze względu na pewną tradycję wywodzącą się z k.k. z 1932 r. i utrzymaną w ustawach łowieckich z lat 1959 i 1995 oraz w znowelizowanej ustawie rybackiej byłym za pierwszym rozwiązaniem, tj. za ujęciem kłusownictwa w postaci podstawowej jako przestępstwa formalnego polegającego na bezprawnym polowaniu lub bezprawnym połowie ryb, niezależnie od tego, czy sprawca rzeczywiście cokolwiek upolował lub złowił. Takie przestępstwo powinno być zagrożone karą typową dla kodeksowych przestępstw „przyrodniczych” – grzywną, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności do lat 2. Dopiero nad postacią podstawową należałoby przewidzieć typy kwalifikowane, w szczególności przez użycie sposobów budzących sprzeciw ze względów moralnych (chodzi przede wszystkim o wykarstwo, ale nie tylko), przez większą wartość pozyskanych zwierząt lub ryb (do dyskusji pozostaje pytanie, jak tę wartość doprecyzować), przez naruszenie regulacji ochronnych (czasu ochronne, a w odniesieniu do ryb także wymiary ochronne), przez uprzednią karalność, przez popełnienie przestępstwa w grupie lub przez osobę obciążoną obowiązkiem ochrony środowiska. Dopiero w typach kwalifikowanych uzasadniona byłaby sankcja pozbawienia wolności do lat 5.

Zarówno w odniesieniu do typu podstawowego, jak i typów kwalifikowanych byłbym za obligatoryjnym przypadkiem narzędzi i przedmiotów oraz za obligatoryjną nawiązką orzekaną na cele związane z ochroną środowiska.

Szczegóły wymagają dopracowania, ale kierunek przyszłej legislacji powinien być mniej więcej taki.

STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu jest analiza przepisów karnych przewidujących odpowiedzialność za przestępstwa kłusownictwa łowieckiego i rybackiego w Polsce i Czechosłowacji, a następnie w Czechach i Słowacji ze szczególnym uwzględnieniem regulacji zamieszczonych w kodeksach karnych tych państw. Mając na uwadze to, że zarówno słowacki kodeks karny z 2005 r., jak i czeski kodeks karny z 2009 r. zawierają znamiona przestępstw kłusowniczych w rozdziałach obejmujących przestępstwa przeciwko środowisku, autor proponuje, aby i w Polsce do rozdziału XXII „Przestępstwa przeciwko środowisku” kodeksu karnego z 1997 r. wprowadzić zespół znamion przestępstw kłusownictwa łowieckiego i rybackiego, z odpowiednim wykorzystaniem osiągnięć ustawodawstwa czeskiego i słowackiego w odniesieniu do zróżnicowania kłusownictwa w typie podstawowym i w typach kwalifikowanych.

SUMMARY

The subject matter of the article is an analysis of the provisions of penal code regarding criminal responsibility for game and fish poaching in Poland and Czechoslovakia, and then the Czech Republic and Slovakia, with special attention paid to regulations included in these countries' criminal codes. Taking into account the fact that both the Slovak criminal code of 2005 and the Czech criminal code of 2009 contain poaching crimes in the chapters referring to crimes against the environment, the author suggests that game and fish poaching should also be included in Chapter XXII "Crimes against the Environment" of the Polish criminal code of 1997 with the use of adequate achievements of the Czech and Slovak legislation in the field of differentiating basic and aggravated types of poaching.

JERZY SKORUPKA

UWAGI O MODELU POSTĘPOWANIA
PRZYGOTOWAWCZEGO I SĄDOWEGO¹**I. Zagadnienia wstępne**

Liczne zmiany kodeksu postępowania karnego, częstokroć wypaczające jego² podstawowe założenia aksjologiczne, a nawet cofające proces karny do koncepcji leżących u podstaw kodeksu postępowania karnego z 1969 r. sprawiły, że dotychczasowy model postępowania przygotowawczego i sądowego wyczerpał już bowiem swoje możliwości i prowadzi do nieuzasadnionego przedłużania postępowania oraz do wzajemnego obciążania się sędziów i prokuratorów „odpowiedzialnością” za wynik procesu. W przyjętym założeniu proces karny może zmierzać do:

- pełnej kontrydiktoryjności postępowania sądowego z jednoczesnym zminimalizowaniem przygotowawczej fazy procesu albo
- uczynieniu z postępowania sądowego w większym jeszcze stopniu niż obecnie etapu, na którym następuje bardziej lub mniej kontrydiktoryjna weryfikacja materiału dowodowego przedstawionego przez oskarżyciela.

Jednym z podstawowych założeń koncepcyjnych modelu postępowania przygotowawczego i sądowego powinno być też radykalne przyspieszenie i usprawnienie postępowania karnego. Zadanie to powinno być osiągnięte bez narażenia gwarancji procesowych uczestników postępowania.

Uwagi odnośnie do przyszłego modelu postępowania przygotowawczego i sądowego muszą być jednak poprzedzone kilkoma dość oczywistymi założeniami. Mianowicie:

1. Dla radykalnego przyspieszenia i usprawnienia postępowania karnego ma znaczenie nie tylko zmiana ustawowego modelu postępowania karnego, ale także zmiany prawa karnego materialnego w zakresie:

¹ Jest to przygotowany do druku referat wygłoszony na konferencji „Model postępowania przygotowawczego i sądowego” zorganizowanej w dniu 30 marca 2010 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości.

² Zwłaszcza po zmianie wprowadzonej ustawą z 10.01.2003 r.

- a) depenalizacji tych typów czynów zabronionych, które stanowią przedmiot dużej (znaczej) liczby postępowań karnych. Jeżeli bowiem typ czynu zabronionego z art. 178a k.k. zostanie zdepenalizowany i będzie ścigany jako wykroczenie, to liczba postępowań karnych prowadzonych rocznie zmniejszy się o około 150 000;
 - b) przyjęcia w większej ilości niż obecnie typów czynów zabronionych o wnioskowym i prywatnoskargowym trybie ścigania;
 - c) podwyższenie wartości mienia, stanowiącej kryterium rozróżnienia wykroczenia od występku w typach czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu (wartości progowej).
2. Ponadto usprawnienie i przyspieszenie postępowania przygotowawczego i sądowego może być osiągnięte dzięki:
- a) zmianom zasad działania i finansowania sądów, prokuratury, a zwłaszcza policji oraz przekształceniom organizacyjnym i kompetencyjnym tych organów. Jeżeli ze zwalczaniem przestępczości z użyciem przemocy, w tym przestępczości zorganizowanej i mafijnej, a także terrorystycznej, policja sobie radzi, w zasadzie, dość dobrze, to znacznego usprawnienia działalności policji wymagać musi przede wszystkim zwalczanie drobnej i średniej przestępczości o charakterze kryminalnym, a zwłaszcza przestępczości gospodarczej. Stanowczo należy powiedzieć, że bez radykalnej reformy zasad finansowania i funkcjonowania Policji nie powiedzie się reforma postępowania przygotowawczego, a w następstwie tego reforma całego postępowania karnego. Przemyślenia wymagają też zasady ustrojowe prokuratury. Ponadto, jeżeli konstytucyjnym i konwencyjnym prawem podmiotowym przysługującym stronie postępowania karnego jest rozpoznanie jej sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, to na państwie, a więc na wszystkich jego władzach (organach) spoczywa obowiązek nie tylko takiego ukształtowania postępowania sądowego (procedur sądowych), aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie³, ale także obowiązek zorganizowania warunków należytego sprawowania władzy jurysdykcyjnej. Tego obowiązku nie można odnosić tylko do organów władzy sądowniczej (wymiaru sprawiedliwości). Państwo ma jednak obowiązek takiego zorganizowania warunków sprawowania władzy jurysdykcyjnej, aby nie dochodziło do przewlekłości postępowania⁴;
 - b) zmianom zachowań funkcjonariuszy wymienionych organów⁵. Nawyki i przyzwyczajenia funkcjonariuszy organów postępowania karnego

³ Zob. Z. Świda, *Właściwość sądu i prawo do rozstrzygnięcia sprawy w „rozsądnym terminie”*, PiPr. 2005, nr 10/45.

⁴ Zob. post. SN z dnia 8.3.2005 r., III SPP 34/05, OSNP 2005/20/327 oraz z dnia 3.6.2005 r., III SPP 109/05, OSNP 2006/1–2/33.

⁵ Zob. S. Waltoś, *Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdy*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 296.

(sędziów, prokuratorów, policjantów) mogą storpedować najlepsze rozwiązania modelowe, czego przykładem może być usunięcie z kodeksu postępowania karnego postępowania zapiskowego;

- c) rozeznaniu zjawiska przestępczości, jego rozmiarów, dynamiki i struktury. Publikowane dane statystyczne wskazują bowiem, że od 2003 r. zmniejsza się przestępczość w Polsce. Gdy w 2003 r. stwierdzono ogółem 1 466 643 przestępstw, to w 2007 r. już tylko 1 153 993 przestępstwa. Wskaźnik przestępstw ogółem na 100 tys. ludności zmniejszył się z 3839,9 w 2003 r. do 3025 w 2007 r. W 2007 r. współczynnik przestępczości był o ponad 20% niższy niż w 2003 r. Maleje też wpływ spraw karnych do prokuratury. Jeżeli w 2004 r. odnotowano wpływ 1 697 000 spraw, to w kolejnych latach wpływ wynosił: 2005 r. – 1 663 000, 2006 r. – 1 557, 2007 r. – 1 290 000, 2008 r. – 1 125 000.

W 2007 r. w strukturze przestępstw największy odsetek stwierdzonych przestępstw stanowiły przestępstwa przeciwko mieniu – 53,9% oraz przestępstwa z art. 178a k.k. – 13%.

Spada także liczba przestępstw z użyciem broni, noża lub innego niebezpiecznego przedmiotu. Gdy w 2003 r. stwierdzono (w liczbach bezwzględnych) 9543 takich przestępstw, to w 2007 r. 5460 przestępstw. Od 2003 r. liczba przestępstw drogowych, w tym z art. 178a k.k. utrzymuje się na zbliżonym poziomie. W 2003 r. stwierdzono 168 827 przestępstw drogowych i 150 901 przestępstw z art. 178a k.k., zaś w 2007 r. odpowiednio: 168 359 i 150 382. W 2007 r. stwierdzono o ponad 63 000 mniej przestępstw związanych z narkotykami, tj. o ponad 10% niż w 2006 r. Spada, choć niewiele, liczba przestępstw o charakterze gospodarczym. W 2003 r. stwierdzono 147 658 wymienionych przestępstw, zaś w 2007 r. – 143 108.

Od 2005 r. zmniejsza się liczba podejrzanych. W kolejnych latach wynosiła ona odpowiednio: w 2005 r. – 594 088, w 2006 r. – 587 959 i w 2007 r. – 540 604.

Dla koncepcji postępowania przygotowawczego i sądowego zasadniczą kwestią musi być także wzgląd na skuteczność zwalczania przestępczości, zwłaszcza jej najgroźniejszych przejawów. Postępowanie karne musi zapewniać osiągnięcie sprawiedliwości karnomaterialnej. Model postępowania przygotowawczego i sądowego zapewniający szybkie i sprawne zakończenie postępowania, ale nie zapewniający pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw, będzie dysfunkcyjny. Opracowując koncepcję postępowania karnego, należy mieć zatem na uwadze również to, aby dawała ona możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców przestępstw w konkretnych postępowaniach. Innymi słowy, aby koncepcja postępowania karnego sprawdziła się w praktyce.

Celem procesu karnego musi być nie tylko osiągnięcie sprawiedliwości karnomaterialnej, ale także sprawiedliwości proceduralnej. Dla osiągnięcia tego stanu niezbędne jest ułożenie procesu karnego w taki sposób, aby realizował

konstytucyjny i konwencyjny standard rzetelnego postępowania. W tym względzie ważną kwestią jest zapewnienie praworządnego prowadzenia postępowania karnego na etapie przedsądowym. Dotyczy to zwłaszcza zdobywania i utrwalania informacji (danych) w sposób przewidziany w ustawie (zgodny z ustawą), eliminowania z procesu karnego informacji (danych, dowodów) uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą, ingerencji organów postępowania w toku czynności dowodowych w konstytucyjne i konwencyjne wolności i prawa, stosowania środków przymusu procesowego.

Zmiana modelu postępowania przygotowawczego i sądowego w kierunku radykalnego przyspieszenia i usprawnienia postępowania karnego, bez ograniczenia gwarancji procesowych uczestników postępowania jest zadaniem skomplikowanym. Wykorzystywanie przez strony postępowania procesowych środków ochrony ich uprawnień sprzyja wszak przedłużeniu postępowania karnego (np. zaznajomienie się oskarżonego z aktami postępowania, zapewnienie oskarżonemu i jego obrońcy czasu na przygotowanie obrony, zaskarżanie rozstrzygnięć procesowych). Jest to jednak koszt, który zasadnie należy ponieść. Instrumenty gwarancyjne zapewniają bowiem realizację innych celów procesu karnego niż jego szybkość, a zwłaszcza poszanowanie praw i wolności jednostki, a tym samym wydanie orzeczenia sprawiedliwego materialnie i procesowo.

Zmiana koncepcji postępowania przygotowawczego i sądowego w kierunku ich radykalnego usprawnienia i przyspieszenia wymaga uprzedniego zbadania przyczyn (źródeł) przewlekłości postępowań karnych, czy szerzej patrząc na problem, przyczyn wadliwie prowadzonego postępowania. Chodzi więc o zbadanie, czy podstawy wadliwie prowadzonego postępowania karnego wynikają z błędnych założeń konstrukcyjnych procesu karnego czy z wadliwego funkcjonowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, co jest skutkiem ich wadliwej (błędnej) organizacji.

Zatem założenie, że zmiana modelu postępowania przygotowawczego i sądowego przyczyni się do nagłej poprawy sprawności i szybkości procesu karnego, jest wielce ryzykowne. Zwrócić należy wszak uwagę, że uproszczenia postępowania przygotowawczego wprowadzone nowelą k.p.k. z 10.01.2003 r. nie przyczyniły się do skrócenia średniego czasu trwania tego etapu procesu. Przeciwnie, postępowanie przygotowawcze uległo nawet wydłużeniu⁶. Nie oznacza to, oczywiście, że wprowadzone zmiany były niecelowe czy chybione. Przeciwnie. Sytuacja ta wskazuje zaś, że sanacyjne działanie ustawodawcy nie zawsze przynosi oczekiwany (pożądany) efekt.

Warto też przedstawić wady obowiązującego modelu postępowania przygotowawczego i sądowego wskazywane w piśmiennictwie karnoprosesowym. Mianowicie:

⁶ Por. S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007, s. 241.

1. Potwierdzenie dziedzictwa modelu procedury karnej powstałej w latach 1949/50 i w 1955 r.⁷. Obowiązujący model przyznaje bowiem prokuraturze szerokie uprawnienia w zakresie prowadzenia lub wstępowania do spraw pozakarnych. Jednak zadaniem prokuratury nie powinno być sanowanie niedomagań pomocy prawnej z urzędu albo wyręczanie poradni prawnych czy Rzecznika Praw Obywatelskich.
2. Anachroniczny podział postępowania przygotowawczego ma śledztwo i dochodzenie⁸.
3. Niewydolność istniejącego modelu postępowania przygotowawczego powodująca przedłużanie całego postępowania karnego, a przez to uniemożliwiająca zakończenie sprawy w rozsądnym terminie i naruszenie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji⁹. Dygresyjnie należy zauważyć, że w Europie w 2006 r. współczynnik prokuratorów na 100 tys. mieszkańców wynosił w Polsce 15,6. Wyższy współczynnik odnotowano na Węgrzech – 17,3, w Bułgarii – 20,3, w Rosji – 20,6, na Ukrainie – 21, na Łotwie – 23,9, na Litwie – 25,1. W pozostałych krajach europejskich współczynnik ten był niższy niż w Polsce i wynosił przykładowo: w Czechach – 11,7, w Szwecji – 9,7, w Słowenii – 9,0, w Niemczech – 6,2, w Grecji – 4,7, w Hiszpanii – 4,5, we Włoszech – 3,8, w Austrii – 2,6, w Irlandii – 2,4¹⁰. Sprawia to, że polscy prokuratorzy są bez porównania mniej obciążeni niż ich koledzy w pozostałych dużych państwach unijnych. Na jednego prokuratora przypada w naszym kraju rocznie niespełna 300 spraw, podczas gdy we Francji 3200, a więc aż dziesięciokrotnie więcej, w Austrii 2750, a zatem dziewięciokrotnie więcej, we Włoszech około 1400, a więc czterokrotnie więcej. Świadczy to o bardziej niż umiarkowanym obciążeniu pracą statystycznego polskiego prokuratora¹¹.
4. Prymat postępowania przygotowawczego wobec rozprawy głównej, ponieważ wszystkie czynności w postępowaniu przygotowawczym są protokołowane i mogą być następnie – i z reguły są – odtwarzane w sądzie oraz mogą stanowić podstawę faktyczną orzeczenia¹².
5. Wykonywanie zdecydowanej większości czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym i utrwalanie ich w protokołach, ujawnianych następnie na rozprawie i kształtujących dowodową podstawę orzekania. Tymczasem dla jakości wymiaru sprawiedliwości istotne znaczenie ma, czy sądy opierają swoje orzecz-

⁷ Zob. S. Waltoś, *Reforma procesu karnego w 2003 r. jako sposób na przyspieszenie postępowania karnego*, (w:) S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, op. cit., s. 28.

⁸ Zob. R.A. Stefański, *Przyszły model postępowania przygotowawczego*, „Ius Novum” 2009, nr 1, s. 28.

⁹ Ibidem, s. 33.

¹⁰ Cytowane dane statystyczne pochodzą z *Atlasu przestępczości w Polsce 4*, (red.) A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2009.

¹¹ Zob. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, R. Kulma, M. Marczewski, *Wymiar sprawiedliwości w Europie. Polska na tle wybranych krajów*, Warszawa 2006.

¹² Zob. P. Kruszyński, M. Warchoł, *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (cz. 1)*, „Palestra” 2008, nr 3–4.

- nia na dowodach pierwotnych przeprowadzanych bezpośrednio przed sądem, czy na dowodach przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym¹³.
6. Uzależnienie rozstrzygnięć sądowych od wyników postępowania przygotowawczego i w konsekwencji wzrost znaczenia dowodów uzyskanych na tym etapie jako przesadzających o odpowiedzialności oskarżonego¹⁴.
 7. Objęcie celem postępowania przygotowawczego wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy, a także zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej¹⁵.
 8. Ponawianie przez sąd wszystkich czynności dowodowych postępowania przygotowawczego, co wpływa na długość całego postępowania, gdyż ukształtowanie postępowania sądowego wymaga ponownego przeprowadzenia dowodów, które zostały już przeprowadzone w poprzedzającym je stadium procesu¹⁶.
 9. Brak w pełni kontradiktoryjnej rozprawy głównej, skoro przewodniczący musi dążyć do wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, przejmując w ten sposób funkcje oskarżycielskie. Oskarżyciel na rozprawie może być bierny, a mimo to podnieść w apelacji zarzut niewyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy¹⁷.
 10. Odstępowanie na rozprawie głównej od bezpośredniego przeprowadzania dowodów i szerokie ujawnianie oraz wprowadzanie jako dowodów protokołów policyjnych, zrównanych w ich znaczeniu dowodowym z protokołami prokuratorskimi i sądowymi¹⁸.
 11. Możliwość ujawniania i wprowadzania do postępowania karnego jako dowodów informacji uzyskanych w toku czynności operacyjnych¹⁹.
 12. Brak kontradiktoryjnych posiedzeń sądowych²⁰.
 13. Odnotać należy także krytyczną ocenę koncepcji konsensualizmu procesowego²¹.

¹³ Zob. J. Tylman, *Uwagi o modelu postępowania przygotowawczego*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 93.

¹⁴ Zob. J. Skorupka, *Znaczenie porozumień procesowych dla modelu postępowania przygotowawczego*, (w:) *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, (red.) C. Kulesza, Warszawa 2009, s. 26.

¹⁵ Zob. R.A. Stefański, *Przyszły model...*, s. 26.

¹⁶ Zob. P. Kruszyński, M. Warchoń, *Pozycja sędziego śledczego...*; R.A. Stefański, *Przyszły model...*, s. 28; idem, *Krytycznie o obecnym modelu postępowania przygotowawczego*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 165.

¹⁷ Zob. R.A. Stefański, *Krytycznie...*, s. 165.

¹⁸ Zob. J. Tylman, *Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 125.

¹⁹ Zob. J. Tylman, *Zasada bezpośredniości...*, s. 132; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 357.

²⁰ Zob. przykładowo A. Murzynowski, *Refleksje na temat przestrzegania zasady prawdy materialnej a zachowania sprawności postępowania karnego*, (w:) *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. XI, s. 112.

²¹ Zob. R. Kmiecik, *O dwu koncepcjach dalszego rozwoju procedury karnej (uwagi w związku z tzw. konsensualizmem procesowym)*, (w:) *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, Gdańsk 2003.

Podkreśla się również, że wynikający z zasady kontrydiktoryjności podział trzech funkcji procesowych, tj. oskarżania, obrony, wyrokowania, nie ma w polskim procesie karnym bezwzględniego charakteru. Orzekający w sprawach karnych sąd nie może więc ograniczać się do jej rozpoznania na podstawie dowodów przeprowadzonych przez strony, ale w razie konieczności ma obowiązek – zgodnie z zasadą prawdy materialnej – przeprowadzić dowody z urzędu²².

Natomiast odnośnie do organizacji działania organów postępowania karnego wskazuje się na następujące problemy, mające charakter głównie ustrojowy lub techniczny. Mianowicie:

- 1. Korespondencja procesowa.** Palącym problemem polskiego wymiaru sprawiedliwości jest nieskuteczność korespondencji procesowej. Nieprzestrzeganie przepisów o doręczeniach oraz ich nieskuteczność wyraźnie opóźniają przebieg każdego postępowania karnego. Organy postępowania zmagają się także z problemami dotyczącymi konieczności ustalenia aktualnego adresu uczestników postępowania.
- 2. Konwojowanie osób pozbawionych wolności.** Jak wskazuje się w literaturze, konwojowanie stało się specyficznym polskim problemem²³. Nierzadko dochodzi do sytuacji, że postępowanie jest opóźniane lub blokowane przez konieczności konwojowania oskarżonych do prokuratury czy sądu.
- 3. Utrwalanie przebiegu rozpraw i posiedzeń.** Sposób protokołowania rozpraw (posiedzeń) jest jednym z najważniejszych czynników wpływających na przedłużenie postępowania. System, w którym przewodniczący składu orzekającego dyktuje protokolantowi treść protokołu znacznie przedłuża tok postępowania, a dodatkowo może prowadzić do zniekształcenia treści oświadczeń procesowych i rozbieżności pomiędzy faktycznym przebiegiem postępowania a jego utrwaleniem w protokole.
- 4. Komunikacja pomiędzy organami procesowymi a innymi organami państwa.** Dla skutecznego funkcjonowania sądów i prokuratur jest konieczna dobra współpraca z innymi organami państwa. W szczególności dotyczy to innych sądów oraz prokuratur, Policji oraz jednostek penitencjarnych, w których przebywają uczestnicy procesu. Sprawny przepływ informacji między powyższymi organami pozwoli zaoszczędzić czas i środki niezbędne dla zorganizowania rozprawy sądowej.
- 5. Komunikacja pomiędzy organami procesowymi a instytucjami publicznymi i jednostkami organizacyjnymi.** Dla sprawnego prowadzenia postępowania ważne jest szybkie (nieraz niezwłoczne) uzyskiwanie informacji od instytucji samorządu terytorialnego, banków, zakładów ubezpieczeń, przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. Nierzadko organy postępowania (zwłaszcza organy

²² Zob. przykładowo A. Murzynowski, *Refleksje na temat przestrzegania zasady prawdy materialnej...*, s. 113; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2009, s. 207.

²³ Zob. S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 221.

postępowania przygotowawczego) spotykają się z kwestionowaniem ich legitymacji do uzyskania żądanych danych albo informacje te przekazywane są ze znaczną zwłoką.

6. Zarządzanie aktami postępowania. Opóźnienia w toku postępowania są niezadko skutkiem przekazywania akt postępowania (w szczególności w celu rozpoznania środka odwoławczego) między organami procesowymi. Drugą kwestią związaną z zarządzaniem dokumentacją procesową jest racjonalizacja zawartości akt sądowych. Obecnie często zawierają one w większości dokumenty, które nie mają istotnego znaczenia dla toczącego się postępowania²⁴.

Należy zauważyć, że w opracowaniu pt. *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić* pod red. S. Waltosia i J. Czapskiej, Warszawa 2005, wskazano kilkanaście czynników (ścieżek) wpływających na sprawność i szybkość postępowania karnego, a mianowicie: wstępne filtrowanie spraw celem ochrony procesu przed obciążeniem sprawami, w których nie ma realnych perspektyw wykrycia przestępstwa lub jego sprawcy; przyspieszanie biegu procesu za pomocą terminów czynności procesowych; system doręczania pism procesowych; wyznaczanie i przeprowadzanie rozprawy bez nieuzasadnionej zwłoki oraz zalecenie dążenia do rozstrzygnięcia sprawy na pierwszej rozprawie głównej; eliminowanie z procesu wątków utrudniających rozpoznanie sprawy; ograniczanie dopuszczalności odroczenia oraz limitowanie czasu przerwy w rozprawie; odformalizowanie wielu czynności procesowych po to, aby zaoszczędzić czas organów procesowych; wprowadzenie do procesu mniej czasochłonnych substytutów niektórych sformalizowanych czynności procesowych; zapobieganie wędrowaniu spraw przed wydaniem rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w danej instancji; powstrzymywanie procesu przed cofaniem się; dyscyplinowanie uczestników procesu; porozumienia procesowe, czyli konsensualizm postępowania; funkcjonowanie zredukowanych trybów szczególnych; skarga na przewlekłość postępowania.

Dla koncepcji postępowania przygotowawczego i sądowego istotne znaczenie ma także okoliczność, że na zakres gwarancji uczestników postępowania najczęściej nie wpływają zmiany usprawniające sposób funkcjonowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, w przeciwieństwie do zmian o charakterze modelowym. Stąd w pierwszej kolejności należy eliminować wady natury organizacyjnej organów postępowania karnego. Ponadto wady organizacyjne w działalności organów postępowania karnego najczęściej są czynnikiem wywołującym negatywne oceny funkcjonowania sądów i prokuratur oraz podważanie ich autorytetu jako organów państwa (np. nieprowadzenie rozprawy z powodu braku konwoju dla oskarżonego, niedoręczenia wezwania przez pocztę albo brak zwrotnego potwierdzenia wezwania). Obserwacja praktyki funkcjonowania wymiaru

²⁴ Na problem ten zwracają uwagę sami sędziowie. Por. S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 241.

sprawiedliwości, a także wypowiedzi przedstawicieli doktryny procesu karnego wskazują też, że to niedociągnięcia organizacyjne są najbardziej palącymi problemami polskiego wymiaru sprawiedliwości²⁵.

Wyrazić należy więc stanowisko, że zwiększenie szybkości i sprawności postępowania przygotowawczego i sądowego zapewniłyby następujące rozwiązania o charakterze organizacyjnym dotyczące:

- **korespondencji procesowej.** Celowe wydaje się w pierwszej kolejności stworzenie sprawnie funkcjonującej bazy adresowej, do której sądy miałyby zapewniony dostęp (na wzór np. rozwiązania funkcjonującego w Niemczech²⁶). Konieczne wydaje się także rozważenie opracowania skutecznego systemu doręczania korespondencji sądowej. Dobrym rozwiązaniem wydaje się stworzenie sądowej służby doręczeń, gdyż osoby doręczające korespondencję będą znały kodeksowe zasady doręczania pism oraz uczynią to szybko i skutecznie. Taka propozycja była już zgłaszana w piśmiennictwie oraz przez samych sędziów²⁷;
- **konwojowania osób pozbawionych wolności.** W tym względzie zgłaszane są propozycje utworzenia specjalnej formacji policji sądowej zajmującej się wykonaniem tych zadań²⁸. Jest to zresztą problem od dawna podnoszony w piśmiennictwie jako bolączka polskiego procesu karnego²⁹;
- **utrwalania przebiegu rozpraw i posiedzeń.** Konieczne jest odejście od dotychczasowego sposobu dokumentowania rozprawy (posiedzenia). Postulować należy nagrywanie przebiegu rozprawy i korzystanie z pomocy programów przekształcających dźwięk w zapis słowny;
- **komunikacji pomiędzy organami procesowymi oraz innymi organami władzy.** W pierwszej kolejności należałoby zapewnić skuteczny przepływ informacji o przenoszeniu osoby pozbawionej wolności pomiędzy zakładami karnymi czy aresztami śledczymi. Po drugie, szczególnie istotna jest współpraca organów procesowych w sytuacji, gdy ta sama osoba występuje w kilku (kilkunastu) postępowaniach na terenie kraju. Konieczne jest dysponowanie przez jeden z organów (np. przez zakład karny, w którym dana osoba przebywa) kompletną wiedzą na temat wszelkich terminów czynności procesowych przeprowadzanych z tą osobą. Pozwoli to na skuteczne planowanie terminów czynności procesowych dla wszystkich zainteresowanych organów. Konieczne

²⁵ Por. m.in. D. Wysocki, *Przewlekłość procesu karnego*, Kraków 2001; S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?*, Warszawa 2005; S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*

²⁶ Por. S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 247.

²⁷ Por. D. Wysocki, *Przewlekłość procesu...*, s. 190–193; S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 240.

²⁸ Por. S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 221; S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak...*, s. 54.

²⁹ Por. dyskusję w trakcie konferencji naukowej nt. Szybkość postępowania karnego, S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak...*, s. 151, 158.

jest także zapewnienie skutecznej współpracy z Policją w zakresie stosowania środków przymusu w stosunku do osób uchylających się od stawiennictwa w toku postępowania. Można rozważyć powołanie w ramach Policji struktur zajmujących się pomocą sądom;

- **komunikacji pomiędzy organami procesowymi a instytucjami publicznymi i jednostkami organizacyjnymi.** W tym względzie, sprawność postępowania powinno zapewnić rygorystyczne stosowanie art. 287 §1 kpk dającego możliwość nałożenia kary pieniężnej do 10 000 zł na przedstawiciela lub kierownika instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej obowiązanej udzielić pomocy organowi prowadzącemu postępowanie karne, która bezpodstawnie nie udziela pomocy w wyznaczonym terminie;
- **zarządzania aktami postępowania.** Celowe wydaje się wprowadzenie systemu, który umożliwi prowadzenie postępowania pomimo przekazania akt innemu organowi. Rozwiązanie tego problemu stanowi digitalizacja akt³⁰. Natomiast odnośnie do zawartości akt sądowych należy wprowadzić mechanizmy selekcjonowania dokumentów włączanych do akt postępowania przygotowawczego przez prokuratora prowadzącego lub nadzorującego sprawę.

II. Ograniczenie legalizmu ścigania

Zasadnicze uwagi dotyczące koncepcji postępowania przygotowawczego i sądowego rozpocząć należy od kwestii ograniczenie legalizmu ścigania.

Przypomnieć należy, że zasada legalizmu wyraża dyrektywę nakazującą uruchomienie postępowania karnego w razie popełnienia czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo i braku przeszkód do ścigania karnego. Nie można jednak tracić z pola widzenia problemów trapiących obecnie proces karny, a mianowicie etatowego rozrostu prokuratury i innych organów ścigania karnego oraz wzrostu nakładów finansowych na działanie tych organów, co uzasadniane jest m.in. koniecznością zapewnienia sił i środków niezbędnych do zwalczania przestępczości, tworzenia nowych organów (służb) uprawnionych do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a także długotrwałości i przewlekłości postępowań karnych odsuwających w czasie rozstrzygnięcie sprawy, a przez to podnoszące koszty wymiaru sprawiedliwości, czy w końcu niski stopień zaufania do publicznego wymiaru sprawiedliwości, niezadowolenia obywateli z obowiązujących procedur.

Ze współcześnie pojmowanej zasady legalizmu nie wynika też konieczność każdorazowego ukarania sprawcy (wymierzenia mu kary). Wystarczające może

³⁰ Na tę kwestię zwracają zresztą uwagę sami sędziowie. Por. S. Waltoś, J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło...*, s. 241–242.

być wszak zastosowanie jedynie środka karnego, a nawet środka o charakterze penalnym, byleby sprawca czynu zabronionego pociągnięty został do odpowiedzialności poprzez nałożenie na niego adekwatnych do popełnionego czynu konsekwencji prawnych³¹.

Stąd zasada legalizmu w skrajnej postaci wydaje się nie do utrzymania.

Poszukiwać należy więc nowych środków procesowej reakcji na popełnione przestępstwo. Jedną z możliwości powinno być rozwijanie restytucyjnego nurtu podejścia do procesu karnego, który w Polsce dobrze przyjął się, a także poszerzenie katalogu środków oportunistycznej reakcji karnoprawnej. W piśmiennictwie wskazuje się, że oportunizm ścigania racjonalizuje ściganie karne, a nadto daje możliwość uniknięcia publicznego napiętnowania oskarżonego, którego źródłem jest jawne postępowanie sądowe, możliwość zapewnienia współpracy ze sprawcą w związku z zaoferowaniem mu jakiegoś pozytywnego programu, daje ekonomiczne i systemowe oszczędności, co pozwala na zarezerwowanie środków na kosztowne postępowania sądowe w poważnych sprawach³².

Co więcej, oportunistyczne zaniechania ścigania karnego rekomenduje także Rada Europy³³, wyrażając stanowisko, że państwa członkowskie mogą ograniczyć postępowanie sądowe, uniknąć postępowań karnych w sprawach, gdy nie są one konieczne z punktu widzenia interesu publicznego, zapewnić szybszą i bardziej odpowiednią reakcję na przestępstwo, co leży także w interesie ofiary.

W państwach Europy kontynentalnej, w której obowiązuje zasada legalizmu ścigania, zasygnalizowane wyżej problemy wymiaru sprawiedliwości rozwiązywane są m.in. poprzez wprowadzanie do procedur karnych oportunistycznych środków prawnych, dających organom procesowym uprawnienie do oceny celowości ścigania ze względu na interes publiczny i odstąpienie od ścigania z przyczyn pozaprawnych, na podstawie swobodnego uznania. W niektórych państwach (np. w Niemczech) wykształciły się też pozaustawowe praktyki oportunistycznego kończenia postępowania karnego.

Zasada legalizmu ścigania upowszechniła się w państwach pozostających w zasięgu oddziaływania kultury jurydycznej Niemiec. Dotyczy to Austrii, Włoch, krajów Europy Środkowo-Wschodniej, w tym Polski, a także Grecji i Hiszpanii. Proces ograniczania zasady legalizmu w tych państwach jest jednak wyraźny, choć z różnym natężeniem. W Niemczech, które uznawane są wręcz za symbol obowiązywania zasady legalizmu, w szerokim zakresie stosuje się oportunistyczne instrumenty reakcji na przestępstwo, także na podstawie wykształconej praktyki.

³¹ Zob. A. Murzynowski, *Refleksje na temat kształtu procedury karnej w XXI wieku*, Prok. i Pr. 2001, nr 7–8.

³² Zob. M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 127.

³³ Council of Europe (1987), *The Simplification of Criminal Justice*, Recommendation nr R(87)18, Strasbourg, s. 21.

Zasadę oportunistycznego ścigania wyrażającą uprawnienie organów ścigania do swobodnego decydowania o wszczęciu postępowania i wniesieniu oskarżenia do sądu wypracowano we Francji, zaś inne państwa włączyły ją do swoich porządków prawnych na zasadzie recepcji z prawa francuskiego. Obecnie oportunistyczny ściganie obowiązuje we Francji, Belgii, Holandii, Danii, Norwegii, Luksemburgu, Islandii, Izraelu, na Cyprze oraz w krajach anglosaskich³⁴.

Zostało już powiedziane, że w niemieckim postępowaniu karnym występują liczne odstępstwa od zasady legalizmu ścigania. Wyjątki na rzecz oportunistycznego uregulowane zostały w §§ 153–154e StPO. Obejmują one procesowo zróżnicowane sytuacje, które łączy prawo organu procesowego do rezygnacji ze ścigania lub postępowania sądowego z powodów typowo oportunistycznych. Doprowadziło to do sytuacji, że w Niemczech oportunistyczny ściganie faktycznie stał się regułą, a zasada legalizmu ścigania stanowi od niej wyjątek, choć *de iure* jest na odwrót³⁵.

Co więcej, w piśmiennictwie niemieckim wypowiedane są poglądy o dalszym rozszerzeniu uprawnień organów ścigania w kierunku oportunistycznego rozstrzygnięcia w sprawach wszystkich przestępstw mniejszej wagi, co pozwoli uniknąć zbędnych rozpraw sądowych, przyczyni się do skrócenia i uproszczenia postępowania oraz obniżenia kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości³⁶.

Należy też wskazać, że przepis § 153a StPO daje możliwość zaniechania ścigania ze względu na małą wagę czynu, której kryterium jest nieznaczna wina sprawcy, chyba że wydanie orzeczenia leży w interesie publicznym. Gdy wina sprawcy jest nieznaczna, a interes publiczny nie uzasadnia ścigania, prokurator za zgodą sądu, może odstąpić od ścigania i nałożyć na sprawcę obowiązki wymienione w ust. 1 tego przepisu. Zgoda sądu nie jest wymagana, jeśli kara nie przekroczyłaby wymiaru kary minimalnej, a szkoda wynika z popełnionego występku nie jest znaczna. Odstąpienie od ścigania ma charakter warunkowy i uzależnione jest od wywiązania się przez sprawcę od nałożonych na niego przez prokuratora obowiązków. Zasady i termin spełnienia tych obowiązków określa prokurator.

Z kolei przepis § 154 StPO uprawnia do tzw. umorzenia absorpcyjnego postępowania karnego. Warto zaznaczyć, że ust. 2 wymienionego przepisu stanowi podstawę do umorzenia postępowania również w razie braku możliwości zakończenia sprawy (wydania orzeczenia) w rozsądnym terminie. Natomiast § 154a StPO stanowi podstawę umorzenia postępowania, jeżeli poszczególne, dające się oddzielić fragmenty czynu lub niektóre z czynów objęte tzw. kumulatywną kwalifikacją prawną, nie mają większego znaczenia dla wymiaru kary lub środka karnego, których wymiaru należy się spodziewać.

³⁴ Zob. M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania...*, s. 129.

³⁵ Ibidem, s. 88.

³⁶ Zob. A. Ignor, H. Matt, *Integration und Offenheit im Strafprozess-Vorschläge zu einer Reform des Strafverfahrens*, StV 2002/2/107; C. Kulesza, K.T. Boratyńska, *Usprawnienia postępowania karnego w Niemczech i Polsce*, Prok. i Pr. 2004, nr 4/7.

W końcu przepis § 154b StPO pozwala na odstąpienie od ścigania, jeżeli podejrzany z powodu popełnienia przestępstwa ma być wydany innemu państwu.

Natomiast we francuskim postępowaniu karnym prokurator na podstawie art. 40-1 CIC (*Code instruction criminelle*) posiada uprawnienie do zastosowania procedur alternatywnych w stosunku do ścigania, gdy z informacji o przestępstwie wynika, że zostało ono popełnione przez osobę, której tożsamość i miejsce zamieszkania są znane. Środki alternatywne określone zostały w art. 41-1 CIC i zalicza się do nich:

- wezwanie sprawcy do wykonania określonych przewidzianych przez prawo obowiązków,
- skierowanie sprawcy do organów sanitarnych, socjalnych lub zawodowych w celu odbycia przez niego, na własny koszt, w celu odbycia próby,
- wezwanie sprawcy do uregulowania jego sytuacji prawnej,
- wezwanie do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem,
- skierowanie sprawy, za zgodą stron do postępowania mediacyjnego.

Stosowanie środków alternatywnych wobec wszczęcia postępowania karnego wymaga uprzedniego stwierdzenia faktu popełnienia przestępstwa. Niedopuszczalne jest stosowanie tych środków w wypadku wystąpienia faktycznej lub prawnej przeszkody w pociągnięciu sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Wymienione środki alternatywne prokurator stosuje, jeżeli w jego ocenie mogą zapewnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, położyć kres naruszeniom spowodowanym przez przestępstwo lub spowodować zapłatę kwoty pieniężnej. Należy podkreślić, że w razie odstąpienia od ścigania prokurator ma obowiązek zastosowania procedur alternatywnych, gdyż popełnione przestępstwo nie może pozostać bez reakcji państwa.

W razie niewykonania przez sprawcę przestępstwa obowiązków nałożonych przez prokuratora może on wszcząć śledztwo albo zaproponować zawarcie porozumienia (*composition penale*). Wymienione porozumienie (*composition penale*) stosowane jest w razie popełnienia występku zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 5. W ramach porozumienia prokurator może zastosować dodatkowo następujące środki penalne:

- grzywna, której wysokość nie może przekraczać ustawowej granicy przewidzianej za dany czyn. Wysokość grzywny musi uwzględniać wagę czynu oraz możliwości finansowe sprawcy. Zapłata grzywny może być rozłożona na raty według sposobu określonego przez prokuratora na okres nieprzekraczający 1 roku,
- przepadek przedmiotu, który służył lub był przeznaczony do popełnienia przestępstwa albo pochodzi z przestępstwa,
- nakaz pozostawienia unieruchomionego samochodu przez okres nieprzekraczający 6 miesięcy,
- nakaz złożenia w sądzie prawa jazdy na okres nieprzekraczający 6 miesięcy,
- nakaz złożenia w sądzie pozwolenia łowieckiego na okres nieprzekraczający 6 miesięcy,

- nakaz nieodpłatnej pracy na rzecz społeczeństwa w wymiarze nieprzekraczającym 60 godzin, w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy,
- nakaz odbycia okresu próby w instytucji sanitarnej (medycznej), społecznej lub zawodowej przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące, w terminie nieprzekraczającym 18 miesięcy,
- zakaz wystawiania czeków przez okres nieprzekraczający 6 miesięcy, z wyjątkiem czeków realizowanych na rzecz funduszu emerytalnego, którego sprawca jest członkiem,
- zakaz pojawiania się przez okres nieprzekraczający 6 miesięcy w miejscu przestępstwa oznaczonym granicami przez prokuratora, z wyłączeniem miejsca, w którym sprawca zamieszkuje,
- zakaz spotykania się oraz wchodzenia w jakiegokolwiek relacje z pokrzywdzonym przez okres nieprzekraczający 6 miesięcy,
- zakaz spotykania się oraz podejmowania współsprawców lub współników wskazanych przez prokuratora oraz wchodzenia z nimi w jakiegokolwiek relacje przez okres nieprzekraczający 6 miesięcy,
- zakaz opuszczania terytorium państwa połączony z nakazem złożenia paszportu na okres nieprzekraczający 6 miesięcy,
- wykonania na własny koszt okresu próby obywatelskiej.

Decyzja prokuratora wymaga zatwierdzenia przez prezesa sądu lub upoważnionego sędziego. Wykonanie przez sprawcę obowiązków nałożonych przez prokuratora w ramach zawartego porozumienia prowadzi zaś do umorzenia postępowania karnego. Jeżeli sprawca nie naprawił szkody wyrządzonej przestępstwem, pokrzywdzony posiada uprawnienie do wystąpienia w postępowaniu cywilnym o wydanie przeciwko sprawcy zakazu zapłaty.

Ponadto stosownie do art. 41-1 ust. 5 CIC, prokurator może za zgodą stron skierować sprawę do mediacji, jeśli uzna, że może to zapewnić naprawienie szkody wyrządzonej ofierze, położyć kres naruszeniu wywołanemu przestępstwem i spowodować umorzenie postępowania.

Odnotać należy również występującą w holenderskim postępowaniu karnym instytucję „transakcji” (*transaction*) – porozumienia – na podstawie którego podejrzany zobowiązuje się do wpłacenia na rzecz Skarbu Państwa określonej przez prokuratora kwoty pieniężnej w zamian za umorzenie prowadzonego przeciwko niemu postępowania. Łącznie z kwotą pieniężną (pokutnym) na podejrzanego mogą być też nałożone inne obowiązki. Instytucja „transakcji” jest dopuszczona w sprawach o występki zagrożone karą nieprzekraczającą 6 lat pozbawienia wolności. Cechą tego unormowania jest całkowite wyeliminowanie sądu, który nie uczestniczy w *transaction*, nie ma wpływu na treść zawartego porozumienia, nie sprawuje kontroli prawidłowości zastosowania tego środka, gdyż podejrzanemu nie przysługuje środek odwoławczy (skoro podejrzany zaakceptował porozumienie i wypełnił jego warunki, to zaskarżenie decyzji prokuratora jest zbędne). Prokurator może też umorzyć postępowanie z jednoczesnym

udzieleniem nagany (*parketstandje*) oraz warunkowo umorzyć postępowanie (*voorwaarelijk*) z obowiązkiem naprawienia szkody³⁷.

Podkreślić należy, że współcześnie legalizm i oportunizm ścigania nie występują w tzw. czystej postaci. W poszczególnych systemach prawnych wymienione zasady konkurują ze sobą. Znaczenie i waga pragmatycznych względów decyduje, że w systemach o legalistycznej proveniencji śmiało i w szerokim zakresie wprowadzane są instytucje oportunistyczne, ograniczające zasadę legalizmu.

W obowiązującej procedurze karnej, poza rezygnacją ze ścigania sprawcy przestępstwa ustanowionego następnie świadkiem koronnym, oportunistyczne odstąpienie od ścigania umożliwia tzw. umorzenie absorpcyjne. Z uwagi na wąski zakres przedmiotowy tej instytucji jej ustawowa regulacja jest poddawana krytyce³⁸. Mając jednak na względzie z jednej strony wskazane wyżej problemy wymiaru sprawiedliwości, dostrzeżone także przez Komisję Kodyfikacyjną, a z drugiej strony europejską tendencję do ograniczania zasady legalizmu, należy rozważyć wprowadzenie – w szerszym niż dotychczas zakresie – nowych środków oportunistycznej reakcji na przestępstwo. Od razu należy też powiedzieć, że wiązałoby się to z poszerzeniem zakresu dyskrejonalnej władzy prokuratora w postępowaniu przygotowawczym i przyznanie mu *quasi* sądowych uprawnień procesowych.

Nowe środki oportunistycznej reakcji mogą być wzorowane na przedstawionych wcześniej niemieckich, francuskich i holenderskich instytucjach oportunistycznych. Mogłyby one polegać na:

1. Zaniechaniu ścigania i nałożeniu na sprawcę określonych obowiązków, na wzór uregulowań określonych w § 153a StPO oraz art. 40-1 CIC;
2. Zaniechaniu ścigania i skierowaniu sprawy do mediacji, na wzór art. 41-1 ust. 5 CIC;
3. Zaniechaniu ścigania i nałożeniu na sprawcę obowiązku wpłacenia określonej kwoty pieniężnej na wzór holenderskiej „transakcji”.

Wydaje się, że wszystkie trzy sposoby oportunistycznej reakcji na przestępstwo, pomimo obcego rodowodu, mogłyby zostać wprowadzone do polskiego procesu karnego. Każdy z tych środków znajdowałby też zastosowanie do różnych rodzajów przestępstw. Zaniechanie ścigania i nałożenie na sprawcę określonych obowiązków powinno być wykorzystywane w razie popełnienia przestępstw w ruchu drogowym, przeciwko rodzinie, obyczajności, przestępstw popełnionych pod wpływem alkoholu bądź środków odurzających czy psychotropowych. Zaniechanie ścigania i skierowanie sprawy do mediacji mogłoby znaleźć zastosowanie w razie popełnienia przestępstw przeciwko mieniu i przestępstw gospodarczych. Zaniechanie ścigania i nałożenie na sprawcę obowiązku wpłacenia określonej kwoty pieniężnej mogłoby znaleźć zastosowanie w razie popełnienia tzw. prze-

³⁷ Zob. J.F. Nijboer, *Prokuratura w Holandii*, Prok. i Pr. 1997, nr 11.

³⁸ Zob. A.T. Olszewski, *Umorzenie absorpcyjne*, Prok. i Pr. 2008, nr 1/39 i cytowana tam literatura.

stępstw bez ofiar (np. przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, przeciwko dokumentom).

Jako szczególnie atrakcyjne wydaje się uprawnienie do tzw. warunkowego zaniechania ścigania, gdzie prokurator mógłby zaniechać wszczęcia postępowania przygotowawczego i skierować sprawę do mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym, zakreślając termin do zawarcia porozumienia, dania zadośćuczynienia bądź wyrównania szkody. W wypadku wypełnienia warunków mediacji odmowa wszczęcia postępowania nabierałaby charakteru bezwarunkowego.

Uprawnienie prokuratora do umorzenia absorpcyjnego postępowania przygotowawczego powinno obejmować szerszy zakres spraw niż dotychczas. Rozszerzenie zakresu przedmiotowego tej instytucji należy uczynić także poprzez wprowadzenie możliwości zaniechania ścigania co do części karalnego zachowania sprawcy (czynu zabronionego) w wypadku, gdy kwalifikacja prawna czynu ma charakter kumulatywny³⁹. Dotyczyłoby to sytuacji, w których kumulatywna kwalifikacja prawna czynu zawiera np. przepis art. 270 k.k., który nie wpływa jednak na wymiar kary grożącej sprawcy za popełniony czyn.

Za wprowadzeniem dalszych instytucji o oportunistycznym charakterze przemawiają racje pragmatyczne. Chodzi o zaoszczędzenie sił i środków przeznaczonych na ściganie przestępstw. Proponowane rozwiązania umożliwiłyby skoncentrowanie wysiłku organów procesowych na ściganiu najpoważniejszych przestępstw, a przez to przyczyniły się do usprawnienia i przyspieszenia postępowań przygotowawczych.

Rozważając możliwość ograniczenia zasady legalizmu, należy mieć na względzie zasadę równego traktowania sprawców przestępstw jako uznaną wartość społeczeństwa demokratycznego oraz państwa prawa, a także zasadę, że nie można bezkarnie popełniać przestępstwa, lekceważąc obowiązek przestrzegania prawa i poszanowania tych dóbr i wartości, które prawo ma chronić. Dla skutecznego zwalczania przestępczości ważne jest bowiem konsekwentne reagowanie na wszelkie jej przejawy. Ewentualne środki oportunistycznej reakcji prokuratora musiałyby być zatem tak skonstruowane, aby popełnionego czynu zabronionego nie pozostawić bez konsekwencji prawnych.

Ważną kwestią jest uregulowanie środków kontroli decyzji prokuratora o zaniechaniu ścigania. Powinny one bowiem tworzyć gwarancje prawa pokrzywdzonego do sądu, stosownie do art. 45 Konstytucji RP. Decyzje prokuratora o zaniechaniu ścigania (odmowie wszczęcia postępowania karnego) podlegałyby zatem kontroli sądu, aby zapobiec nadużywaniu tej instytucji.

W wypadku zaniechania ścigania karnego przez prokuratora pokrzywdzonemu przysługiwałoby uprawnienie do skierowania sprawy do sądu celem zbadania zasadności odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego i ewentualnego

³⁹ Na wzór unormowań niemieckich. Por. S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak...*, s. 112.

otwarcia drogi do subsydiarnego oskarżenia (prawo do sądu). Zważyć bowiem należy, że „prawo do sądu”, uregulowane w zasadniczej części w przepisie art. 45 ustawy zasadniczej i uzupełnione uregulowaniami zawartymi w przepisach art. 77 ust. 2, zakazuje zamykania komukolwiek drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw lub wolności, a w art. 78 Konstytucji RP przewiduje prawo do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji (z wyjątkami określonymi w ustawie). Prawo do sądu jest uważane za zasadę prawa konstytucyjnego. W tym znaczeniu jest ono traktowane jako dyrektywa, która zakazuje ustawodawcy tworzenia norm prawnych sprzecznych z nakazem zapewnienia jednostce należytej ochrony sądowej oraz nakazuje tworzenie takich norm prawnych, które ją urzeczywistniają. Natomiast w procesie stosowania prawa omawiana zasada pełni rolę dyrektywy interpretacyjnej nakazującej wykładnię obowiązującego prawa w zgodzie z omawianą zasadą konstytucyjną. Z obu perspektyw szczególnie istotne jest wynikające z Konstytucji RP istnienie domniemania drogi sądowej.

Zakresem podmiotowym prawo do sądu obejmuje *verba legis* każdego (osoby fizyczne) – obywateli i cudzoziemców – oraz inne podmioty występujące w obrocie prawnym⁴⁰. Zakresem przedmiotowym, prawo do sądu obejmuje zaś m.in. rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów karnych. Podkreślić jednak należy, że TK wyraża konsekwentnie stanowisko, że z przepisu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika woła prawodawcy, aby objąć jego zakresem jak największy zakres spraw. Zabroniona jest więc jego zawężająca wykładnia⁴¹.

Istotną kwestią jest także rozszerzenie zakresu stosowania konsensualnych sposobów zakończenia postępowania karnego. W tej kwestii niezmiernie ważne wydaje się zaprezentowanie wybranych danych statystycznych dotyczących sposobów zakończenia postępowań karnych oraz rodzajów i wymiaru kar wymierzanych za określone rodzaje przestępstw. Mianowicie:

1. Sposoby zakończenia postępowań przygotowawczych (bez odmów wszczęcia) w poszczególnych latach przedstawiały się następująco. W 2006 r. na ogółem 1 375 000 zakończonych spraw, aktem oskarżenia zakończono 429 000, tj. 31,2%, warunkowym umorzeniem postępowania – 10 000, tj. 0,7%, umorzono z powodu niewykrycia sprawcy – 520 000, tj. 37,8%, umorzono z innych powodów – 292 000, tj. 21,2%.

W 2007 r. na ogółem 1 112 000 zakończonych spraw, aktem oskarżenia zakończono 359 000, tj. 32,3%, warunkowym umorzeniem postępowania – 9000, tj. 0,8%, umorzono z powodu niewykrycia sprawcy – 301 000, tj. 27,1%, umorzono z innych powodów – 285 000, tj. 25,6%.

W 2008 r. na ogółem 944 000 zakończonych spraw aktem oskarżenia zakończono 370 000, tj. 39,2%, warunkowym umorzeniem postępowania – 11 000,

⁴⁰ Zob. orzeczenie TK z dnia 25.02.1992 r., K. 4/91, OTK 1992/1/2.

⁴¹ Por. np. wyrok TK z dnia 16.03.1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999/3/36; wyrok TK z dnia 9.06.1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998/4/50.

4/2010

tj. 1,2%, umorzono z powodu niewykrycia sprawcy – 167 000, tj. 17,7%, umorzono z innych powodów – 278 000, tj. 29,4%.

2. W 2008 r. na ogółem 944 527 spraw zakończonych w prokuraturach akt oskarżenia skierowano w 369 813 sprawach, tj. w 39,15% spraw, w tym na podstawie art. 335 § 1 kpk – w 200 551 sprawach, tj. w 54% spraw zakończonych aktem oskarżenia. Procentowy odsetek skazań w latach 2003, 2004, 2005 i 2006 w wymienionych kategoriach wynosił odpowiednio:

- poniżej 6 m-cy: 8,4%, 8,5%, 10% i 12,2%,
- od 6 m-cy do 1 roku: 19,5%, 19,8%, 21,9% i 24%,
- 1 roku: 16,9%, 16,9%, 17,0% i 16,5%,
- od 1 roku do 2 lat: 33,4%, 33,2%, 31,8% i 29%,
- od 2 do 3 lat: 6,5%, 6,9%, 6,3% i 6,0%,
- od 3 do 5 lat: 12,7%, 12,3%, 10,7% i 10,2%,
- od 5 do 10 lat: 2,0%, 1,8%, 1,7% i 1,6%,
- od 10 do 15 lat: 0,6%, 0,6%, 0,6% i 0,5%.

Wymienione dane pokazują, że w 2006 r. 81,5% skazań dotyczyło wymierzenia kary od 3 m-cy do 2 lat pozbawienia wolności.

3. W 2007 r. średni wymiar kary pozbawienia wolności osób prawomocnie skazanych wynosił ogółem 10,6 miesiący, zaś kary orzekanej bez zawieszenia 15,8 miesiący, a kary orzekanej z zawieszeniem 9,8 miesiący. W przykładowych rodzajach przestępstw wymienione wskaźniki były następujące. Przestępstwa przeciwko dokumentom odpowiednio: 8,4; 8,3 i 8,4 miesiąca. Przestępstwa przeciwko mieniu odpowiednio: 12,3; 17,5 i 11,2 miesiąca. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu odpowiednio: 9,7; 10,9 i 9,7 miesiąca. Przestępstwo z art. 178a § 1 k.k. odpowiednio: 8,3; 7,3 i 8,3 miesiąca. Przestępstwo z art. 178a § 2 k.k. odpowiednio: 6,0; 5,2 i 6,0 miesiąca.

4. W latach 2005, 2006 i 2007 stwierdzono następujące wielkości skazań w trybie art. 335 i 387 k.p.k.:

- w 2005 r.: 174 777 i 48 603,
- w 2006 r.: 186 229 i 39 217,
- w 2007 r.: 154 031 i 47 438⁴².

Zaprezentowane dane statystyczne wskazują, że skazanie bez przeprowadzenia rozprawy staje się dominującym sposobem zakończenia postępowania skargą publiczną. W 2008 r. w 54% spraw, w których skierowano akt oskarżenia, zakończyło się wydaniem wyroku skazującego na posiedzeniu. Ponadto w blisko 82% skazań zostaje wymierzona kara od 3 miesięcy do 2 lat pozbawienia wolności. Wymieniony wskaźnik procentowy ukazuje możliwości objęcia konsensualnymi sposobami zakończenia postępowania karnego bądź oportunistycznym zaniechaniem ścigania karnego, aż 82% spraw. Koreluje to z zasadą 80/20 Vilfreda Pareto,

⁴² Cytowane dane statystyczne pochodzą z *Atlasu przestępczości w Polsce 4* oraz stron internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości.

że 20% badanych obiektów związanych jest z 80% pewnych zasobów. Przenosząc to na grunt postępowania karnego, należałoby powiedzieć, że 80% sił i środków (energii) przeznaczonych jest (powinno być) na załatwienie 20% spraw albo inaczej, że 80% spraw karnych wymaga jedynie 20% energii organów postępowania karnego. Zasada Pareto pozwala zatem wybrać priorytety.

Jak pokazują badania empiryczne, zakończenie postępowania w „trybie” konsensualnym nie prowadzi też do przesadnego łagodzenia kar wymierzanych oskarżonemu, w porównaniu do kar orzekanych w trybie zwyczajnym⁴³.

W Niemczech, oprócz sposobów oportunistycznego zaniechania ścigania z uwagi na brak interesu publicznego (niecelowość ścigania), występują też liczne środki konsensualnego rozstrzygania spraw karnych. W niemieckim postępowaniu karnym występuje możliwość zawarcia przez prokuratora z podejrzanym bądź z jego obrońcą porozumienia na podstawie art. 153a StPO i – za zgodą sądu – warunkowego umorzenia postępowania w sprawie o występki, jeżeli ciężar winy oskarżonego temu się nie sprzeciwia, a interes publiczny nie przemawia za ściganiem. Umarzając postępowanie, prokurator zobowiązuje podejrzanego do pokrycia szkody spowodowanej czynem, uiszczenia określonej kwoty pieniężnej na rzecz organizacji społecznej lub Skarbu Państwa, wykonania pracy na rzecz społeczności lokalnej. W praktyce prokuratorskiej, na podstawie art. 153a StPO, są zawierane dwa rodzaje porozumień. Pierwszy, polegający na przedstawieniu obronie propozycji zawarcia układu już w bardzo wczesnym stadium postępowania *in personam* z zastrzeżeniem, że w późniejszej fazie zawarcie porozumienia będzie wykluczone. Drugi, polegający za złożeniu przez prokuratora propozycji zawarcia układu, gdy zebrane dowody są zbyt słabe. Instytucje konsensualnego zakończenia sprawy są przewidziane także w procedurach wielu państw europejskich⁴⁴.

Mając na uwadze powyższe uwagi, jest zasadne:

- rozszerzenie możliwości stosowania trybów konsensualnych na wszystkie kategorie przestępstw (a przynajmniej na wszystkie występki);
- ujednoczenie zakresu zastosowania obu rodzajów porozumień procesowych (art. 335 i 387 k.p.k.);
- wprowadzenie do art. 335 k.p.k. wymogu braku sprzeciwu pokrzywdzonego prawidłowo pouczonego o terminie posiedzenia, co ujednoczyłoby niezasadne odmienności w redakcji przepisów art. 335 i 387 k.p.k. i przyczyniłoby się do zapewnienia gwarancji procesowych pokrzywdzonego. W odniesieniu do tego postulatu zauważyć można, że może on przyczynić się do przedłużenia

⁴³ Por. M. Jankowski, A. Ważny (*Instytucja dobrowolnego poddania się karze (art. 387 k.p.k.) oraz skazania bez rozprawy (art. 335 k.p.k.) w świetle praktyki. Rezultaty badań ogólnopolskich*, (w:) *Prawo w działaniu. Sprawy karne*, t. 3, (red.) A. Siemaszko, Warszawa 2008, s. 129), którzy odnotowali, że nie był stosowany w żadnej z badanych przez nich spraw przepis art. 343 § 5 k.p.k. oraz nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁴⁴ Zob. M. Zbrojewska, *Sposoby konsensualnego rozstrzygania spraw karnych w wybranych krajach Europy*, „Palestra” 2002, nr 3–4.

postępowania w sprawach, w których pokrzywdzony wniesie taki sprzeciw. Dotychczas jednak w badaniach empirycznych na tle art. 387 k.p.k. nie odnotowano, aby sprzeciw pokrzywdzonego był istotnym czynnikiem ograniczającym zastosowanie instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej⁴⁵. Natomiast zaletą takiego rozwiązania jest to, że nie ogranicza ono uprawnień uczestników postępowania. Stosowanie uproszczonej procedury jest uzależnione od zgody oskarżonego, a wprowadzenie możliwości sprzeciwienia się temu trybowi przez pokrzywdzonego gwarantowałoby także i temu uczestnikowi procesu gwarancję, że rozstrzygnięcie uwzględni jego interesy;

- w razie pozytywnego zakończenia mediacji i wypełnienia przez podejrzanego związanych z nią warunków należy przyznać prokuratorowi uprawnienie do bezwarunkowego umorzenia postępowania karnego. Umorzenie prowadzonego przeciwko sprawcy przestępstwa postępowania karnego będzie stanowiło dla niego zachętę do wyrażenia zgody na mediację i wypełnienia przyjętych w ramach mediacji obowiązków, a z drugiej strony, korzyść z zawartego z pokrzywdzonym porozumienia;
- uznanie oskarżonego za winnego przestępstwa zagrożonego łagodniejszą karą, jeżeli niemożliwym będzie dowiedzenie mu przestępstwa faktycznie popełnionego⁴⁶.

Podsumowując omawiany wątek, należy powiedzieć, że rozwijanie konsensualnych elementów w procesie karnym jest nieuniknione ze względu na przeciążenie prokuratury i sądów liczbą prowadzonych postępowań, a jednocześnie powszechnie akceptowane zwiększenie autonomii i aktywności uczestników postępowania karnego⁴⁷.

Konsensualne sposoby zakończenia postępowania karnego wraz ze środkami oportunistycznego zaniechania ścigania powinny przyczynić się też do znacznego usprawnienia i przyspieszenia postępowań karnych.

III. Pełna kontradiktoryjność postępowania sądowego z jednoczesnym zminimalizowaniem przygotawczej fazy procesu

Wydaje się, że skonstruowanie modelu procesu karnego, w którym nie występuje bądź występuje w zmarginalizowanej postaci postępowanie przygotowawcze, zaś pełne postępowanie dowodowe odbywa się na kontradiktoryjnej rozprawie głównej, w chwili obecnej jest niemożliwe. Pomijając kwestie kontynentalnej tradycji, zasad i wzorców postępowania karnego, wyrazić należy opinię,

⁴⁵ Por. M. Jankowski, A. Ważny, *ibidem*.

⁴⁶ Zob. A. Murzynowski, *Refleksje na temat kształtu procedury karnej...*, s. 45.

⁴⁷ Zob. przykładowo A. Murzynowski, *Mediacja w toku postępowania przygotowawczego*, (w:) *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, (red.) S. Stachowiak, Poznań 2002, s. 252; idem, *Refleksje na temat przestrzegania zasady prawdy materialnej...*, s. 111.

że do tak radykalnej zmiany modelu postępowania karnego nie są przygotowane organy postępowania karnego.

Zasadne jest jednak rozwijanie modelu procesu karnego w kierunku ukształtowania postępowania sądowego, w sposób zapewniający możliwie najpełniejszą kontrydiktoryjność rozprawy głównej.

Ewentualna zmiana modelu postępowania sądowego w sposób zapewniający pełną kontrydiktoryjną weryfikację materiału dowodowego przedstawionego przez oskarżyciela wymaga odniesienia się do następujących kwestii.

IV. Wprowadzenie sędziego śledczego lub sędziego do spraw postępowania przygotowawczego

Wtej kwestii wprowadzenia sędziego śledczego i powierzenie mu przeprowadzania w postępowaniu przygotowawczym dowodów, które nie musiałyby być powtarzane przed sądem, przede wszystkim należy zważyć, że postulaty ponownego wprowadzenia do procesu karnego sędziego śledczego przedstawiane były w powojennym piśmiennictwie⁴⁸.

Polski porządek konstytucyjny przesądza zaś, że w postępowaniu przygotowawczym tymczasowe aresztowanie może nastąpić wyłącznie na podstawie orzeczenia sądu. Ponadto zażalenie na zatrzymanie przysługuje także do sądu. Zatem, skoro Konstytucja RP wyraźnie posługuje się pojęciem „sąd”, brak podstaw, aby pod wymienionym pojęciem rozumieć sędziego, czy sędziego śledczego. Konstytucja RP wymusza więc konieczność funkcjonowania w postępowaniu przygotowawczym sądu, a nie sędziego⁴⁹.

Należy mieć też na względzie, że w Europie kontynentalnej występuje tendencja do eliminowania z procesu karnego sędziego śledczego. Podnosi się, że sędzia śledczy z reguły nie posiada rzetelnego wykształcenia kryminalistycznego, nie ma za sobą praktyki w zdobywaniu dowodów, jest pozbawiony kontaktu z techniczną, technologiczną i logistyczną infrastrukturą policji. Zważyć też należy, że tzw. dużą nowelą do austriackiego kodeksu postępowania karnego (StPO) z 26.02.2004 r., która weszła w życie z dniem 1.01.2008 r., zrezygnowano tam z instytucji klasycznego sędziego śledczego, znosząc śledztwo sądowe i przekazując uprawnienia sędziego prokuratorowi. Ponadto ze śledztwa sądowego zrezygnowano ostatnio w Szwajcarii. Nowy Kodeks postępowania karnego (StPO) z 5.10.2007 r., obo-

⁴⁸ Zob. S. Śliwiński, *Zasadnicze problemy nowej kodyfikacji prawa karnego procesowego*, NP. 1957/3/5; S. Kaftal, *Wstępny społeczny projekt zmian k.p.k.*, Kraków 1981; idem, *Model postępowania przygotowawczego de lege ferenda w procesie polskim*, St. Praw. 1989, nr 1, s. 51–74; S. Waltoś, *Model polskiego procesu karnego de lege ferenda*, PiPr 1981, z. 3; C. Kulesza, *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawno porównawczym*, Białystok 1991, s. 192–194; P. Kruszyński, M. Warchoń, *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (cz. 2)*, „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 46–48.

⁴⁹ Zob. S. Waltoś, *Kilka słów o polskim modelu postępowania...*, s. 295

wiązujący od 1.01.2010 r., przewiduje dochodzenie policyjne i śledztwo prokuratorskie (§ 155 ust. 1 oraz § 298 ust. 1 StPO). We Włoszech z klasycznej instytucji sędziego śledczego zrezygnowano od 24.10.1989 r. (data wejścia w życie nowego kodeksu postępowania karnego). Postępowanie przygotowawcze jest prowadzone przez policję nadzorowaną przez prokuratora.

Natomiast instytucja sędziego śledczego występuje we Francji, w Hiszpanii, Portugalii, Chorwacji (w tym kraju jest planowane zniesienie wymienionej instytucji od stycznia 2012 r.). Podkreślić jednak należy, że rozważane jest zniesienie tej instytucji we Francji⁵⁰.

W Europie kontynentalnej zaś dostrzec można proces wprowadzania do postępowania karnego instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego. Tytułem przykładu można podać, że sędzia do spraw postępowania przygotowawczego występuje w niemieckim i włoskim procesie karnym, a ostatnio został wprowadzony do procesu austriackiego.

W niemieckim postępowaniu karnym czynności sędziego do spraw postępowania przygotowawczego (*Ermittlungsrichter*) ograniczają się do dwóch podstawowych kwestii:

- zarządzania stosowania środków przymusu, w tym czynności dowodowych ingerujących w wolności obywatelskie (zatrzymanie rzeczy, zatrzymanie przesyłki pocztowej, przeszukanie, zastosowanie środków technicznych, np. urządzeń utrwalających obraz i dźwięk);
- przeprowadzenia czynności dowodowych (przesłuchanie podejrzanego i świadka), zwłaszcza gdy nie będzie można ich powtórzyć na rozprawie⁵¹. Tylko dowody przeprowadzone przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego mogą stanowić podstawę faktyczną ustaleń sądu wyrokującego w sprawie, z uwagi na udział stron i ich reprezentantów w toku czynności dowodowych wykonywanych przez sędziego.

Podobnie pozycja sędziego do spraw postępowania przygotowawczego została ukształtowana w austriackim postępowaniu karnym.

We Włoszech sędzia do spraw postępowania przygotowawczego pełni funkcję kontrolną i gwarancyjną w postępowaniu przygotowawczym, ale tylko w odniesieniu do pojedynczych czynności objętych wnioskiem prokuratora, podejrzanego lub pokrzywdzonego. Sędzia do spraw postępowania przygotowawczego nie prowadzi tego etapu postępowania. Zadania kontrolne w stosunku do postępowania przygotowawczego polegają m.in. na:

- zapewnieniu przestrzegania praw i podstawowych wolności (stosowanie i uchylenie środków zapobiegawczych oraz zabezpieczenia majątkowego, stosowanie środków zabezpieczających, zatwierdzanie zatrzymania osoby, umieszczanie w zakładzie leczenia psychiatrycznego);

⁵⁰ Zob. R.A. Stefański, *Przyszły model...*, s. 32.

⁵¹ Zob. P. Girdwoyń, *Zarys niemieckiego procesu karnego*, Białystok 2006, s. 60–63 i 125.

- kontrolowaniu terminów prowadzenia postępowania przygotowawczego;
- nadzorowaniu prawidłowości i rzetelności działania prokuratora (sędzia do spraw postępowania przygotowawczego postanawia o przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy, kontroli rozmów telefonicznych);
- kontroli wyników przeprowadzonego postępowania przygotowawczego i podejmowanie decyzji co do dalszego jego toku.

Zauważyć więc należy, że w systemach państw Europy Zachodniej sąd pełni w postępowaniu przedjurydykcyjnym funkcję przygotowawczą polegającą na przeprowadzeniu dowodów na potrzeby rozprawy głównej oraz funkcję gwarancyjną polegającą na zapewnieniu przestrzegania praw obywatelskich⁵².

Mając więc na uwadze podnoszone w piśmiennictwie wady instytucji sędziego śledczego, w zasadzie powszechną w systemie europejskiego kontynentalnego procesu karnego tendencję do rezygnacji z udziału w postępowaniu karnym sędziego śledczego, a także uregulowania art. 175 i 177 Konstytucji RP, stosownie do których zadaniem sądów jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości oraz orzekanie, a nie ściganie przestępstw przynależne innym organom państwa, należy wyrazić krytyczne stanowisko odnośnie do wprowadzenia instytucji sędziego śledczego⁵³.

W obowiązującym modelu postępowania przygotowawczego sąd spełnia funkcje organu:

- decyzyjnego – podejmującego określone decyzje procesowe dotyczące ograniczenia praw i wolności osobistych i majątkowych (o: tymczasowym aresztowaniu, obserwacji psychiatrycznej, podsłuchu, udzieleniu listu żelaznego, itd.);
- kontrolnego – rozpoznającego zażalenia na decyzje prokuratora (art. 465 § 2 k.p.k.) i innych organów postępowania przygotowawczego (art. 246 k.p.k.);
- dokonującego czynności dowodowych (art. 316 § 3 k.p.k. oraz 185a i 185b k.p.k.).

Ukształtowanie postępowania przygotowawczego w sposób zapewniający przeprowadzenie dowodów bez konieczności ich powtórzenia przed sądem, a jednocześnie zapewniający stosowanie środków przymusu i „wrażliwych” środków dowodowych przez czynnik sądowy jest zatem możliwe bez zmiany obowiązującego modelu, przez rozszerzenie zakresu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego, w którym sąd (jednoosobowo) wydaje w postępowaniu przygotowawczym określone decyzje procesowe, rozpatruje zażalenia na decyzje i inne czynności prokuratora bądź innego organu ścigania oraz przeprowadza na tym etapie procesu czynności dowodowe.

Alternatywę dla tego rozwiązania stanowi wprowadzenie do procesu karnego instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego. Instytucję

⁵² Zob. C. Kulesza, *Sędzia śledczy na tle zmian europejskich modeli postępowania przygotowawczego*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 128–129.

⁵³ Zob. krytyczne uwagi dotyczące koncepcji sędziego śledczego w T. Grzegorzczak, *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, (w:) *Węzłowe problemy prosu karnego*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 105–114.

sędziego do spraw postępowania przygotowawczego należy ocenić pozytywnie⁵⁴. Za jej wprowadzeniem przemawiają następujące względy:

1. Znaczne poszerzenie zakresu zadań w stosunku do aktualnych zadań sądu w postępowaniu przygotowawczym.
2. Podkreślenie sądowej kontroli postępowania przygotowawczego.
3. Zapewnienie rzetelnej i krytycznej kontroli postępowania przygotowawczego.
4. Pełnienie przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego funkcji gwaranta praworządnego postępowania przygotowawczego.
5. Krytyczna ocena sądu jako organu stosującego tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym i wydającego decyzje w przedmiocie czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Mając jednak na uwadze uregulowanie konstytucyjne, zadania sędziego do spraw postępowania przygotowawczego powierzone musiałyby być sądowi. Czynności sądu byłyby zaś wykonywane jednoosobowo właśnie przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego.

Wyrazić należy też stanowczy pogląd, że obowiązku zapewnienia praworządnego przebiegu postępowania przygotowawczego nie można nałożyć (w obecnych realiach) na prokuratora. Pomimo wyraźnej tendencji wzmocnienia w Polsce i w większości państw europejskich pozycji prokuratora, występują jednak powody, aby na rolę prokuratora w polskim postępowaniu karnym spojrzeć przez pryzmat zasad funkcjonowania prokuratury. Otóż prokuratura w Polsce działa według następujących zasad:

- 1) jednolitości, wyrażającej się w tym, że wszystkie jednostki organizacyjne prokuratury tworzą jedną organizacyjną całość;
- 2) centralizmu, gdyż wszystkie jednostki organizacyjne prokuratury są podporządkowane jednemu organowi centralnemu – Prokuratorowi Generalnemu;
- 3) jednoosobowego kierownictwa, gdyż poszczególnymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury i całą prokuraturą kieruje jedna osoba;
- 4) hierarchicznego podporządkowania, gdyż prokurator niższego rzędu jest podporządkowany prokuratorowi wyższego rzędu;
- 5) substytucji, polegającej na możliwości zlecenia podległym prokuratorom przez prokuratora przełożonego wykonania czynności należących do jego zakresu działania, z wyjątkiem przypadków zastrzeżenia pewnych czynności do jego wyłącznej kompetencji przez ustawę oraz wyłączenia przez ustawę właściwości w tym zakresie prokuratora podwładnego;
- 6) dewolucji, polegającej na możliwości przejęcia i prowadzenia przez prokuratora wyższego rzędu każdej czynności, która w świetle obowiązującego prawa należy do kompetencji prokuratora niższego rzędu;

⁵⁴ Zob. jednak krytyczne uwagi dotyczące koncepcji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego w ibidem.

- 7) indyferencji oznaczającej niezależność skutku czynności w postaci jej ważności od zmian podmiotowych w trakcie jej dokonywania (niezależnie od osoby prokuratora, czynność traktowana jest jako dokonywana przez prokuraturę stanowiącą jedność);
- 8) niezależności, gdyż prokuratura ani organizacyjnie, ani w trakcie działania nie jest podporządkowana innym organom państwowym. Co prawda, prokurator przy wykonywaniu czynności określonych w ustawach jest niezależny, ale z zastrzeżeniem wyjątków, stosownie do których prokurator jest obowiązany wykonywać zarządzenia, wytyczne i polecenia przełożonego prokuratora.

Na działalność prokuratora w postępowaniu przygotowawczym duży wpływ mają zasady jednoosobowego kierownictwa, hierarchicznego podporządkowania, substytucji i dewolucji, które osłabiają samodzielność i podmiotowość prokuratora, czyniąc go podatnym na wpływy, co z kolei osłabia jego obiektywizm i bezstronność. Natomiast w postępowaniu sądowym wpływ i to negatywny ma zasada indyferencji, która sprawia, że – z reguły – prokurator nie czuje odpowiedzialności za własne działania, a także wydatnie osłabia aktywność prokuratora jako oskarżyciela.

Zasady działania prokuratury sprawiają, że wysoce wątpliwym i wielce ryzykownym jest powierzenie prokuratorowi w postępowaniu przygotowawczym roli gwaranta praworządności tego etapu postępowania karnego. Stąd konieczność poszerzenia i wzmocnienia roli sądu w postępowaniu przygotowawczym dla ochrony wolności i praw obywatelskich.

Oceniając zakres czynności powierzonych sędziemu do spraw postępowania przygotowawczego, należy oponować przeciwko powierzeniu temu organowi prowadzenia postępowania przygotowawczego, czy nawet czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym. W wypadku gdy sędzia do spraw postępowania przygotowawczego będzie aktywnie zaangażowany w prowadzenie śledztwa poprzez konieczność dowodzenia winy lub niewinności podejrzanego, rodzi to niebezpieczeństwo przerodzenia się tego organu w kolejny organ ścigania. W razie powierzenia sędziemu do spraw postępowania przygotowawczego uprawnień (obowiązku) przeprowadzania czynności dowodowych będzie on tracił niezbędny dystans do sprawy. Grozi to wystąpieniem mechanizmu utożsamiania się z prokuratorem, a w następstwie tego utraty niezbędnego obiektywizmu i bezstronności przy podejmowaniu decyzji. Mechanizm ten występuje obecnie w toku postępowania przygotowawczego, gdzie prokuratorzy, identyfikując się z działaniami funkcjonariuszy policji (kooperując z nimi), nie są w stanie sprawować rzetelnego i krytycznego nadzoru nad policyjnym postępowaniem przygotowawczym.

Określając zadania sędziemu do spraw postępowania przygotowawczego, należy więc wyraźnie oddzielić funkcję rozstrzygania od funkcji ścigania, pozostawiając tę drugą wyłącznie prokuratorowi, policji i innym organom państwa. Zagadnieniem problematycznym jest jednak instytucja przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa, a zwłaszcza organu uprawnionego do podjęcia takiej

decyzji. Chodzi o to, czy uprawnienie do dokonania wymienionej czynności powinien posiadać organ prowadzący śledztwo, czy też wyłącznie prokurator albo też sędzia do spraw postępowania przygotowawczego. Wydaje się, że wymienioną instytucję należy utrzymać, choćby z racji zapewnienia realizacji prawa do obrony. Uprawnienie do przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa, a następnie do przesłuchania w charakterze podejrzanego powinno przysługiwać zaś wyłącznie prokuratorowi, nawet jeżeli śledztwo wszczął i prowadzi inny organ ścigania. Waga, znaczenie i konsekwencje tej czynności są tak duże, że uzasadnia to przyznanie uprawnienia do jej dokonania jedynie prokuratorowi.

W wypadku wprowadzenia instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego organ ten nie powinien działać z urzędu, lecz wyłącznie na wniosek stron (prokuratora, podejrzanego i pokrzywdzonego). Posiadałby zaś uprawnienia do dokonywania następujących czynności:

- a) stosowanie i przedłużanie środków zapobiegawczych,
- b) stosowanie zabezpieczenia majątkowego,
- c) stosowanie kar porządkowych,
- d) wydawanie listu żelaznego,
- e) wyrażanie zgody na zatrzymanie rzeczy, przeszukanie, podsłuch telefoniczny, obserwację psychiatryczną oraz na dokonanie innych czynności ingerujących w konstytucyjne wolności i prawa,
- f) zwalnianie od obowiązku zachowania tajemnicy służbowej i zawodowej, lekarskiej i dziennikarskiej,
- g) przesłuchanie podejrzanego lub świadka, jeżeli byłoby to niezbędne dla sądu (występuje obawa, że nie będzie mógł być przesłuchany na rozprawie),
- h) eliminowanie z procesu informacji (środków dowodowych) uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą,
- i) rozpoznawanie środków odwoławczych od decyzji organów postępowania przygotowawczego,
- j) zatwierdzanie decyzji prokuratora o zaniechaniu ścigania oraz o umorzeniu śledztwa.

V. Inicjatywa dowodowa sądu oraz odpowiedzialność sądu i prokuratora za wynik procesu karnego

Bardzo ważną, jeśli nie priorytetową, dla rozważanych modelowych zmian postępowania przygotowawczego i sądowego jest kwestia inicjatywy dowodowej sądu oraz kwestia ponoszenia przez sąd i prokuratora w większym stopniu odpowiedzialności za wynik procesu. Zagadnienie to wiąże się z obowiązywaniem w procesie karnym zasady prawdy materialnej i nałożeniem na sąd obowiązku dążenia do dokonania ustaleń faktycznych zgodnych z prawdą (z rzeczywistością).

Teoretycznie rzecz ujmując, proces karny może oscylować między dwoma skrajnymi modelowymi ujęciami. Z jednej strony może to być proces całkowicie inkwizycyjny. Z drugiej zaś – całkowicie kontradiktoryjny. Różnice między tymi systemami procesu karnego dotyczą odmiennych zasad konstrukcyjnych postępowania przygotowawczego i sądowego, a zwłaszcza modelu postępowania przygotowawczego i wpływu utrwalonych na tym etapie dowodów na wynik procesu. Oba skrajne ujęcia należy jednak odrzucić.

Proces całkowicie inkwizycyjny jest sprzeczny ze współczesną filozofią sprawowania wymiaru sprawiedliwości, nie zapewnia realizacji standardu rzetelnego procedowania. Proces czysto kontradiktoryjny niewątpliwie sprzyjałby szybkości postępowania. W praktyce mógłby jednak prowadzić do uzależnienia orzeczenia sądu od możliwości i materialnych zasobów uczestników procesu, nie gwarantując wydania sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Nawet zresztą proces angielski czy kanadyjski nie mają charakteru czysto kontradiktoryjnego⁵⁵. Na marginesie zaznaczyć można, że całkowicie kontradiktoryjnego charakteru nie mają także procedury cywilne większości krajów europejskich⁵⁶. Oczywiście wydaje się więc stwierdzenie, że „w żadnym z aktualnie obowiązujących systemów procesowych nie ma pełnej kontradiktoryjności procesu ze względu na występowanie wielu korektur na jej niekorzyść, podyktowanych obowiązaniem równoległe innych zasad procesowych⁵⁷.

Przyjęciu koncepcji pełnej autonomii stron zarówno w kwestii dysponowania przedmiotem procesu (sporu), jak i ich prawami stoi też na przeszkodzie zasada prawdy materialnej. Nieograniczona dyspozycyjność stron mogłaby ograniczać, a niekiedy wręcz uniemożliwiać dotarcie do prawdy. Przyznanie sądowi uprawnienia do inicjatywy dowodowej na rozprawie głównej stanowi jedną z gwarancji orzekania zgodnego z prawdą. Można zatem mówić co najwyżej o kontradiktoryjności ograniczonej⁵⁸.

Konstruując model postępowania przygotowawczego i sądowego, należy zatem „balansować” pomiędzy jego skrajnymi ujęciami, przechylając punkt ciężkości zdecydowanie w kierunku kontradiktoryjnego, a nie inkwizycyjnego procedowania.

Zauważyć także należy, że przepisy art. 2 §2 k.p.k. i art. 366 §1 k.p.k. interpretuje się jako nakładające na sąd obowiązek dojścia do prawdy. Można spierać się, czy taka interpretacja wymienionych przepisów jest właściwa, ale nie

⁵⁵ Por. M. Delmas-Marty, J.R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge 2002, s. 25–26 oraz W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 346–349.

⁵⁶ Zob. P. Ryłski, *Działanie sądu z urzędu a podstawa faktyczna wyroku cywilnego*, Warszawa 2009, zwłaszcza s. 118–149.

⁵⁷ Zob. S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 262.

⁵⁸ Zob. B.T. Bieńkowska, *Dyspozycyjność stron w procesie karnym na tle zasady kontradiktoryjności*, PS 1994, nr 6, s. 36; też, *Miejsce kontradiktoryjności w systemie zasad polskiego procesu karnego*, (w:) *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 37.

rozwiąże to kluczowego problemu dotyczącego zakresu dopuszczalnej ingerencji sądu w postępowanie dowodowe prowadzone na rozprawie.

Obserwując praktykę postępowania karnego, dostrzec można wyraźną (niekiedy bijącą w oczy) pasywność oskarżyciela publicznego i związaną z tym dominującą rolę sądu w prowadzeniu postępowania dowodowego na rozprawie. Mimo obowiązywania w k.p.k. wielu przepisów wzmacniających kontradiktoryjny charakter rozprawy głównej, sposób jej prowadzenia wskazuje na niemal powszechne aktywne przesłuchiwanie przez sąd oskarżonych, świadków i biegłych, wyjaśnianie rozbieżności między materiałem zebrany i utrwalonym w postępowaniu przygotowawczym a dowodami przeprowadzonymi na rozprawie, wykazywanie inicjatywy dowodowej i przeprowadzanie przez sąd dowodów z urzędu.

Powodem takiego sposobu procedowania przez sąd jest nie tylko wymóg dokonania ustaleń faktycznych zgodnych z rzeczywistością, ale także brak – zwłaszcza przed sądem rejonowym – aktywności oskarżyciela publicznego. Praktyka sądowa wskazuje na niemal powszechną praktykę przychodzenia na rozprawę przed sądem rejonowym zupełnie nieprzygotowanych prokuratorów. Brak przygotowania do rozprawy oskarżyciela, a co za tym idzie – jego aktywności na rozprawie sprawia, że sąd przejmuje na siebie obowiązek przeprowadzenia dowodów, nierzadko wykazując wręcz inicjatywę ścigania. Wyrazem takiej praktyki jest sięganie przez sąd po dowody, o których przeprowadzenie powinien wnioskować oskarżyciel. W efekcie dochodzi do sytuacji, że sąd jest zmuszony prowadzić własne dochodzenie w sprawie, poświęcając siły, środki i czas na przeprowadzenie czynności, których nie powinien wykonywać, gdyby oskarżyciel należycie wypełniał swoją funkcję. Angażowanie sądu w postępowanie dowodowe wpływa też na bezstronność i obiektywizm orzekania, gdyż sąd traci niezbędny dystans do oskarżonego i sprawy. Taki sposób prowadzenia postępowania dowodowego na rozprawie różni się więc z konwencyjnym standardem rzetelnego procesu karnego z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji. Sytuacja wymaga zatem pilnej zmiany.

Zważyć również należy, że jedną z zasad działania prokuratury jest zasada indyferencji oznaczająca, że niezależnie od osoby prokuratora czynność jest traktowana jako dokonywana przez prokuraturę stanowiącą jedność. Zasada indyferencji wywiera więc zdecydowanie negatywny wpływ na przebieg sądowego postępowania dowodowego, gdyż sprawia, że – z reguły – prokurator nie czuje odpowiedzialności za własne działania, a także wydatnie osłabia aktywność prokuratora jako oskarżyciela.

W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że walkę stron ogranicza zasada prawdy materialnej, która w ręku organów procesowych (sądu i prokuratora) stanowi wygodny i nadużywany argument za rozwijaniem własnej aktywności dowodowej kosztem (a niekiedy wręcz z pomijaniem) aktywności stron procesowych⁵⁹.

⁵⁹ Por. A. Kaftal, *Model rozprawy głównej w prawie polskim de lege lata i de lege ferenda*, St. Iur. 1985, T. 13, s. 21–22.

Rozważając tę kwestię, należy mieć na uwadze, że zasada prawdy materialnej jest silnie zakorzeniona na kontynencie europejskim. Niemniej, również w państwach systemu *common law* dostrzega się zalety sformalizowanego i nakierowanego na prawdę materialną systemu kontynentalnego⁶⁰. W piśmiennictwie kontynentalny model postępowania karnego, w którym dominującą rolę odgrywa zasada prawdy materialnej, jest często przeciwstawiany modelowi postępowania przyjętemu w państwach *common law*, gdzie sędzia występuje jako bierny obserwator sporu toczonego przez strony procesu (arbiter). Jednak nawet w piśmiennictwie anglosaskim wskazuje się, że przeciwieństwo koncepcji (modeli) procesu kontynentalnego i *common law* nie powinno być wyolbrzymiane⁶¹. Także i z tego względu należy ostrożnie podchodzić do przekonania, że odstąpienie od prawdy materialnej stanowi uniwersalną receptę na przewlekłość postępowania.

Działanie sądu z urzędu w postępowaniu dowodowym jest też dopuszczalne, choć w różnym zakresie, m.in. w Wielkiej Brytanii, Francji, Belgii, Włoszech, Słowenii, Holandii czy Wielkiej Brytanii⁶².

Prowadzenie rozprawy głównej wedle zasady kontradiktoryjności stanowi powszechnie uznawaną wartość i nie powinno podlegać dyskusji. Prowadzenie rozprawy w formie sporu równouprawnionych stron przed niezawisłym i bezstronnym sądem, kierującego się zasadą *audiatur et altera pars*, najlepiej zabezpiecza poszanowanie praw osób (oskarżonego i pokrzywdzonego), których interesów dotyczy prowadzone postępowanie karne. Kontradiktoryjna powinna być więc nie tylko rozprawa główna, ale także te posiedzenia sądu, których przedmiotem są wolności i prawa obywatelskie.

Zostało już wcześniej powiedziane, że w polskich realiach nadmierna aktywność sądu jest jedynie pośrednio skutkiem obowiązywania zasady prawdy materialnej. Należy więc zmierzać do aktywizacji oskarżyciela publicznego w postępowaniu sądowym i zapewnienia mu warunków do skutecznego wykonywania jego funkcji. Realizacja tych celów i obowiązków powinna zmarginalizować problem nadmiernego zaangażowania sądu w toczące się postępowanie dowodowe. Aktywność sądu powinna być zatem ukierunkowana na pobudzenie inicjatywny stron procesowych. Kluczowe wręcz znaczenie ma zaktywizowanie prokuratora w roli oskarżyciela publicznego.

Zasada prawdy materialnej nie może być też rozumiana jako prowadząca do przełamania podstawowego dla współczesnego procesu karnego podziału ról procesowych. Nie oznacza to jednak bierności sądu w toku przewodu sądowego. Dopuścić należy ingerencję sądu w prowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe pod pewnymi jednak warunkami. Rola sądu w postępowaniu dowodowym powinna być zdecydowanie subsydiarna. Wymaga to przyjęcia, że:

⁶⁰ Zob. M. Delmas-Marty, J.R. Spencer, *European Criminal Procedures*, s. 33–36.

⁶¹ Por. ibidem, s. 25–26.

⁶² Zob. ibidem; R. Vogler, B. Huber, *Criminal Procedure in Europe*, Berlin 2008.

1. Sąd kieruje postępowaniem dowodowym, ale go nie prowadzi.
2. Sąd nie może zastępować stron w fazie postępowania dowodowego. To strony, a zwłaszcza oskarżyciel publiczny, posiadają inicjatywę dowodową. Stąd, sąd mógłby w toku postępowania dowodowego zadawać pytania oskarżonym, świadkom i biegłym, ale wyłącznie po wyczerpaniu inicjatywy stron, co powinno stanowić niekwestionowaną dyrektywę.
3. W razie niewyjaśnienia przez oskarżyciela określonych kwestii mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd uprzedzałby o tym oskarżyciela, pozostawiając oskarżycielowi wybranie sposobu reakcji na zgłoszone uwagi.
4. Sąd powinien w szczególny sposób dbać o bezstronność obiektywną i zewnętrzną. Rozstrzygając spór, powinien czynić to w sposób, który będzie jasno wskazywał na dążenie do osiągnięcia celów procesu, a nie opowiadanie się po którejkolwiek ze stron. Stąd, nie można akceptować sytuacji, w której sąd przejąłby na siebie ciężar dowodzenia i zastąpił oskarżyciela. Zasadniczo, w związku z zasadą *favor defensionis*, a także obowiązującą w toku procesu zasadą domniemania niewinności, sąd powinien podejmować działania korzystne dla oskarżonego, choć i w tym zakresie nie można nałożyć na sąd obowiązków przynależnych obrońcy.

5. Ciężar dowodu i dowodzenia obciąża oskarżyciela. Jeżeli zatem oskarżyciel nie udowodni faktu przestępstwa zarzuconego oskarżonemu, to w realizacji tego obowiązku nie będzie mógł go wyręczyć inny organ postępowania, a zwłaszcza sąd. Mając na uwadze powyższe uwagi, opowiedzieć się należy za utrzymaniem w polskiej procedurze karnej zasady prawdy materialnej, rozumianej w sposób wyżej przedstawiony. Zasada prawdy materialnej powinna wyrażać dyrektywę przeciwdziałania pasywnemu zachowaniu oskarżyciela, ale także pasywnemu zachowaniu sądu – w razie braku aktywności oskarżyciela.

Aktywna rola oskarżyciela publicznego w procesie może w zasadzie pozbawić istotnego praktycznego znaczenia kwestię aktywności sądu⁶³. Problem jest jednak złożony. Wydaje się, że najistotniejszą tego stanu rzeczy przyczyną jest obowiązywanie zasady indyferencji w działaniu prokuratury, co sprawia, że z reguły oskarżycielem przed sądem jest prokurator, który nie prowadził lub nie nadzorował postępowania przygotowawczego.

Postulować należy więc rozwiązania, które pozwolą wprowadzić zasadę, że oskarżycielem przed sądem jest prokurator prowadzący lub nadzorujący postępowanie przygotowawcze. Jako osoba najlepiej zorientowana w sprawie gwarantuje on sprawne i szybkie prowadzenie postępowania sądowego. Takie rozwiązanie wiąże się jednak z wyeliminowaniem zasady indyferencji w funkcjonowaniu prokuratury.

Czynnikiem zdecydowanie zwiększającym odpowiedzialność prokuratora za wynik procesu, a jednocześnie zapewniającym prowadzenia postępowania przy-

⁶³ Por. S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak...*, s. 53.

gotowawczego oraz całego postępowania karnego w sposób zgodny z przepisami prawa byłoby wprowadzenie na etapie postępowania przygotowawczego trybu eliminowania dowodów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Podstawę prawną dla takiej regulacji stanowi przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, stosownie do którego każdy ma publiczne podmiotowe prawo żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Zatem ustawa procesowa powinna określać tryb eliminowania z procesu karnego dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą. Chodzi tu nie tylko o dowody uzyskane wbrew obowiązującym zakazom ich uzyskania, ale także o dowody uzyskane w wyniku przeprowadzenia czynności procesowej (dowodowej) wbrew jej ustawowym przesłankom, a zatem także w sposób sprzeczny z ustawą.

Dodać należy, że ustalenie prawdy materialnej w procesie karnym nie może być dokonywane przy użyciu wszelkich metod i środków działania. Dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych musi przebiegać w warunkach poszanowania ogólnoprawnych zasad praworządności, demokratyzmu, humanitaryzmu i przestrzegania standardów praw człowieka. Wymienione zasady i standardy stanowią więc granicę, której nie wolno przekroczyć (naruszyć) przy dokonywaniu w procesie karnym ustaleń faktycznych.

Ustalenie prawdy w procesie karnym nie jest też celem samym w sobie, ale ma stanowić podstawę do orzeczenia o odpowiedzialności karnej i następstwach prawnych poniesionych przez sprawcę przestępstwa. Zasada prawdy materialnej stanowi zatem jedynie środek do wydania orzeczenia materialnie i procesowo sprawiedliwego.

Lojalnie należy jednak powiedzieć, że w literaturze przedmiotu wypowiedziane są liczne głosy przeciwko eliminowaniu z procesu karnego dowodów, które zostały uzyskane z naruszeniem prawa, ale które stanowią wiarygodne źródło informacji. Według tych poglądów, przeciwko wykluczeniu z procesu karnego takich dowodów przemawia właśnie dyrektywa dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych⁶⁴.

Wyrazić należy też stanowisko, że z procedury karnej powinna zostać usunięta instytucja zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego (art. 345 k.p.k.). Sąd, przekazując prokuratorowi sprawę w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego, wykazuje niedopuszczalną inicjatywę ścigania, co stanowi wystarczający element do jej zdyskredytowania. Można rozważać, czy sąd – na proponowanym obowiązkowym posiedzeniu przygotowawczym do rozprawy – mógłby posiadać uprawnienie do uprzedzenia oskarżyciela, że wniesiona do sądu sprawa zawiera istotne braki i pozostawienie oskarżycielowi decyzji, czy zamierza pomimo to popierać skargę, czy też chce ją cofnąć i ewentualnie wnieść później.

⁶⁴ Zob. A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 43; R. Kmiecik (w:) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, (red.) R. Kmiecik, Zakamycze 2005, s. 255; Z. Sobolewski, *Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997, s. 161.

Pożądana byłaby modyfikacja przepisu art. 397 k.p.k. w kierunku przyznania sądowi uprawnienia do zwrócenia oskarżycielowi ogólnej uwagi na braki w przedstawionym przez niego materiale dowodowym (poprzez wskazanie nieudowodnionych okoliczności, ale nie dowodów, które oskarżyciel powinien przeprowadzić). Sąd nie może bowiem wykazywać inicjatywy ścigania i wskazywać oskarżycielowi, jakie dowody powinien uzupełniająco przeprowadzić i przedstawić sądowi na rozprawie. Oskarżyciel decydowałby, czy przyjmuje uwagi sądu i wnioskuje o przerwę bądź o odroczenie rozprawy dla zdobycia określonych dowodów. W piśmiennictwie jest także wypowiediany pogląd o uchynieniu wymienionego przepisu⁶⁵.

Rozważyć należy też wprowadzenie wzorowanego na procedurze uregulowanej w rozdziale 55 k.p.k., postępowania o odszkodowanie za niesłuszne oskarżenie. Odszkodowanie przysługiwałoby osobom, którym w sposób oczywiście nieuzasadniony przedstawiono zarzut popełnienia przestępstwa lub przeciwko którym wniesiono skargę do sądu. Wymienione postępowanie stanowiłoby gwarancję ochrony przed zbyt pochopnymi oskarżeniami (bez należytej podstawy dowodowej) i pozwalałoby na uzyskanie odszkodowania za niezasadne oskarżenie, zwłaszcza w postępowaniach prowadzonych w sprawach gospodarczych, gdzie często, w następstwie przedstawienia bezpodstawnego zarzutu popełnienia przestępstwa dochodzi do popadnięcia podejrzanych w ruinę gospodarczą, ogłaszania przez nich upadłości czy likwidacji przedsiębiorstw. Postępowanie to przyczyniłoby się także do wzmocnienia odpowiedzialności prokuratorów za formułowane oskarżenia⁶⁶.

Kontradyktoryjność rozprawy głównej zapewniłaby też instytucja obligatoryjnej obrony w postępowaniu sądowym. Jeżeli bowiem państwo ustanawia normy postępowania, których naruszenie zabezpiecza reakcją karną, a ponadto w razie wytoczenia oskarżenia publicznego stawia do dyspozycji oskarżyciela siły i środki państwa, to dla zmniejszenia rażącej dysproporcji pozycji oskarżyciela i oskarżonego państwo powinno zapewnić mu obligatoryjną obronę.

VI. Ujawnianie na rozprawie głównej dowodów przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym

Kolejną bardzo ważną kwestią jest system ujawniania na rozprawie głównej dowodów przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym. Ocena wymienionego zagadnienia wymaga odniesienia się wpieryw do kwestii funkcji, celów i zakresu postępowania przygotowawczego. Wymaga bowiem rozstrzygnię-

⁶⁵ Por. R.A. Stefański, *Rzetelne postępowanie przed sądem I instancji*, (w:) J. Skorupka, W. Jasiński, *Rzeczelný proces karný. Materiały konferencji naukowej*. Trzebieszowice 17–19 września 2009, Warszawa 2010, w druku.

⁶⁶ Zob. Ł. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 489.

cia, czy informacje utrwalone w postępowaniu przygotowawczym powinny stanowić dowód podlegający ujawnieniu na rozprawie głównej, a w razie odpowiedzi twierdzącej rozstrzygnięcia wymaga zakres i sposób ujawniania na rozprawie dowodów z postępowania przygotowawczego.

W Europie zaobserwować można tendencję do odchodzenia od modelu inkwizycyjnego w kierunku modelu skargowego, zapewniającego m.in. niezawisłość orzekania i większą ochronę praw oskarżonego, a także, jak się wydaje, większą sprawność i szybkość postępowania. Na odchodzenie od modelu inkwizycyjnego, dającego możliwość oparcia rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej na dowodach uzyskanych przez prokuratora, wskazuje się np. w literaturze włoskiej⁶⁷.

W literaturze zachodnioeuropejskiej zwraca się jednak uwagę, że do podstawowych przemian modeli postępowania przygotowawczego w krajach europejskich zaliczyć należy tendencje do:

- uznawania postępowania przygotowawczego za „jądro i najważniejszy etap procesu karnego”;
- zmiany w równowadze sił na korzyść prokuratury, gdzie wzrostowi jej kompetencji do stosowania środków przymusu towarzyszy troska o zapewnienie gwarancji praw jednostki;
- wypierania sądu przez prokuraturę w pełnieniu funkcji gwarancyjnej;
- dominacji policji na etapie dochodzenia;
- konfliktu pomiędzy efektywnością procesu a gwarancjami praworządności i za-
stępowania konfrontacyjnych form postępowania formami konsensualnymi,
- instrumentalizacji procesu karnego⁶⁸.

Odnosnie do celów postępowania przygotowawczego, warto wskazać, że w większości państw europejskich postępowanie przygotowawcze (przedsądowe) prowadzone jest na potrzeby prokuratora (oskarżyciela)⁶⁹.

W Niemczech postępowanie przygotowawcze jest prowadzone na potrzeby prokuratora, a jego celem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wnieść oskarżenie do sądu, czy też postępowanie umorzyć. Podobnie w Austrii, gdzie prokurator jest podstawowym organem postępowania przygotowawczego, osobiście prowadzącym śledztwo na własne potrzeby i odpowiadającym za jego praworządny przebieg. We Włoszech postępowanie przygotowawcze jest prowadzone przez policję nadzorowaną przez prokuratora. Jednak dowody zebrane w toku postępowania przygotowawczego nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycz-

⁶⁷ Zob. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2006, s. 911.

⁶⁸ Zob. C. Kulesza, *Sędzia śledczy a współczesny proces karny (na tle prawnoporównawczym)*, PiPr 2008, nr 8.

⁶⁹ Zob. G. Pfeiffer, *Strafprozessordnung. Kommentar*, München 2005, s. 475; L.B. Orfield, *Criminal Procedure from Arrest to Appeal*, The Lawbook Exchange Ltd. 2005, s. 59; J. Pradel, *Manuel procedure penale*, Paris 2004, s. 574–577; B. Pesquie, *Il processo penale in Belgio*, (w:) *Procedura penali d'Europa*, (red.) M. Delmas-Marty, M. Chiavario, Cedam 2001, s. 56; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè 2004, s. 128.

nych, z wyjątkiem czynności niepowtarzalnych oraz oświadczeń składanych przez podejrzanego przed prokuratorem.

We Francji dochodzenie prowadzone przez prokuratora republiki oraz przez policję ma charakter nieformalny i jego celem jest zebranie materiałów dla prokuratora dla rozstrzygnięcia, czy wnieść oskarżenie, czy sprawę umorzyć. Z czynności dochodzenia na ogół nie sporządza się protokołu, zatem informacje uzyskane na tym etapie nie mogą zostać odtworzone na rozprawie. Rolą sądu, a nie prokuratora jest dokonywanie ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wyroku. Podobnie w Belgii, gdzie śledztwo jest prowadzone zasadniczo przez sędziego śledczego z pewnymi koncesjami na rzecz prokuratora, zaś dochodzenie (*information*) przez policję, na potrzeby prokuratora. Dochodzenie jest prowadzone w sprawach o przestępstwa ujawnione na gorącym uczynku ich popełnienia.

Odnośnie do funkcji postępowania przygotowawczego rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy zasadniczą funkcją postępowania przygotowawczego powinno być zebranie i utrwalenie materiału dowodowego wyłącznie na użytek oskarżyciela czy także na użytek przyszłej rozprawy sądowej⁷⁰. Innymi słowy, czy w toku postępowania przygotowawczego należy ustalić jedynie, czy został popełniony czyn karalny, okoliczności popełnienia tego czynu oraz wykryć i ująć jego sprawcę w celu rozstrzygnięcia, czy postępowanie w sprawie umorzyć, czy wnieść oskarżenie. Czy też okoliczności popełnienia przestępstwa oraz dane o osobie sprawcy należy utrwalić w formie protokołów z przeprowadzonych czynności dowodowych oraz ewentualnie w innej formie w celu ujawnienia ich na rozprawie głównej i włączenia do faktycznej podstawy skazania.

Obowiązek zebrania i utrwalenia przez organy postępowania przygotowawczego dowodów na użytek przyszłej rozprawy sądowej implikuje kolejne pytania o zakres postępowania przygotowawczego oraz wpływ dowodów utrwalonych w tym stadium procesu na treść wyroku sądowego. Chodzi o to, czy zakres postępowania przygotowawczego ma być ograniczony tylko do sprawdzenia, czy zachodzą podstawy do wniesienia aktu oskarżenia, a tym samym do najbardziej niezbędnych czynności dowodowych, czy też ma ono polegać na wszechstronnym wyjaśnieniu okoliczności sprawy oraz utrwaleniu wszystkich dowodów? Czy sąd będzie mógł opierać się wprost na ustaleniach z postępowania przygotowawczego i w jakim zakresie, czy też wykorzystywać ustalenia dowodowe z postępowania przygotowawczego wyłącznie pośrednio?

Należy zauważyć, że powyższe kwestie prowadzą w istocie do pytania o znaczenie postępowania przygotowawczego i postępowania głównego dla procesu karnego. Między wymienionymi etapami procesu karnego zachodzi jednak korelacja (współzależność) tego rodzaju, że im mniejsze znaczenie postępowania przygotowawczego, tym większe znaczenie postępowania głównego i odwrotnie, duże znaczenie postępowania przygotowawczego pomniejsza rolę rozprawy głównej.

⁷⁰ Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 467.

Etap postępowania przygotowawczego należy uznać za niezbędny i konieczny w toku procesu karnego. Trudno sobie wyobrazić wniesienie przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia bez uprzedniego wyjaśnienia (zbadania) jego podstaw faktycznych i prawnych. Ponadto na etapie postępowania przygotowawczego dochodzi do konsensualnego zakończenia postępowania karnego i w efekcie pociągnięcia sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej.

W procedurze karnej większości państw europejskich to właśnie prokurator kieruje postępowaniem przygotowawczym i wykonywaniem w toku tego postępowania czynności dowodowych. Jeżeli jest on głównym oskarżycielem w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego, to powinien mieć wpływ na zbieranie i utrwalenie informacji (dowodów) stanowiących podstawę oskarżenia.

Natomiast wybór właściwej koncepcji postępowania przygotowawczego, a następnie wyrażenie jej w ustawowym modelu wymaga jednak uwzględnienia wielu kwestii, które w ogólnych zarysach przedstawiają się następująco. Należy mieć na uwadze, że ograniczenie postępowania przygotowawczego do uzyskania podstawowych informacji o przestępstwie, wystarczających do wniesienia aktu oskarżenia, rodzi niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodów, nieutrwalonych we właściwym czasie. Natomiast obarczenie tego stadium zadaniem wszechstronnego i wyczerpującego wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, połączone z utrwaleniem materiału dowodowego na użytek postępowania głównego, zmusza do tworzenia rozbudowanego aparatu ścigania, opóźnia wniesienie oskarżenia do sądu i może pomniejszać znaczenie rozprawy głównej. Trzeba mieć też na uwadze, że postępowanie przygotowawcze powinno być prowadzone sprawnie, aby jak najszybciej nastąpiło wniesienie skargi do właściwego sądu. Z drugiej strony nadmierny pośpiech może utrudniać realizację podstawowego celu procesu karnego (w tym także stadium przygotowawczego), jakim jest dokonywanie prawdziwych ustaleń faktycznych, co wymaga rzetelnego i sumiennego badania okoliczności sprawy, umożliwiającego podejmowanie trafnych decyzji procesowych.

Kolejną kwestią jest zakres uprawnień organów postępowania przygotowawczego do wszczęcia tego postępowania, wykonywania w jego toku czynności dowodowych i procesowych oraz nadzorowania przebiegu postępowania i pracy innych organów.

Problem stanowi także sposób i tryb sprawowania kontroli odwoławczej od decyzji procesowych podejmowanych w postępowaniu przygotowawczym oraz przestrzegania wolności i praw obywatelskich. Znaczenie ma też sądowa kontrola legalności i celowości (zasadności) dowodów uzyskanych w postępowaniu przygotowawczym, wyrażająca się w ocenie, czy ujawniony na rozprawie dowód został utrwalony w postępowaniu przygotowawczym w sposób zgodny z prawem⁷¹.

⁷¹ Zob. J. Tylman, *Cele i zadania postępowania przygotowawczego w procesie karnym*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, (red.) K. Zgryzek, P. Hofmański, Katowice 2003, s. 418.

Wyrazić należy zatem stanowisko, że funkcją postępowania przygotowawczego powinno być przygotowanie dla oskarżyciela materiału dowodowego służącego do wniesienia oskarżenia i popierania go przed sądem albo zaniechania ścigania. Postępowanie dowodowe prowadzone na etapie przygotowawczym procesu karnego powinno być więc ograniczone tylko do realizacji wymienionego celu, a zatem do wyjaśnienia podstawy do wniesienia oskarżenia. Zasadnicze postępowanie dowodowe prowadzone powinno być na rozprawie głównej w kontrydiktoryjny sposób.

Zasadniczym celem postępowania przygotowawczego powinno być więc ustalenie możliwości i konieczności skierowania do sądu oskarżenia przeciwko określonej osobie o konkretny czyn zabroniony, a w dalszej kolejności zebranie informacji w celu przeprowadzenia dowodów przed sądem. Celem postępowania przygotowawczego powinno być więc przygotowanie prokuratora do wniesienia oskarżenia, a następnie przeprowadzenia na rozprawie w warunkach kontrydiktoryjności dowodów oskarżenia. W postępowaniu przygotowawczym miałyby więc miejsce zabezpieczenie materiału stanowiącego podstawę do złożenia wniosku o przeprowadzenie dowodu na rozprawie głównej. Materiał zabezpieczony w postępowaniu przygotowawczym, zasadniczo niemający waloru dowodu, nie podlegałby odczytaniu na rozprawie oraz nie stanowiłby podstawy do dokonania przez sąd ustaleń faktycznych. Wyjątek od wymienionej zasady stanowiłyby dowody przeprowadzone w postępowaniu przygotowawczym przez sąd (sędziego do spraw postępowania przygotowawczego), a także dowody, których nie można powtórzyć na rozprawie, a których nieprzeprowadzenie niezwłocznie po ujawnieniu przestępstwa nieuchronnie prowadziło do ich utraty (np. nieprzeprowadzenie oględzin miejsca, rzeczy, osoby, niezabezpieczenie śladów i dowodów na miejscu przestępstwa, nieprzeprowadzenie sekcji zwłok). Wymienione dowody powinny zostać więc zabezpieczone dla sądu już na etapie postępowania przygotowawczego.

Podsumowując ten wątek, należy powiedzieć, że celami postępowania przygotowawczego powinno być:

1. Ustalenie, czy zostało popełnione przestępstwo.
2. Wykrycie sprawcy.
3. Zebranie danych o oskarżonym.
4. Wyjaśnienie okoliczności sprawy w celu ustalenia istnienia podstaw do wniesienia oskarżenia albo zaniechania ścigania.
5. Utrwalenie dla sądu dowodów, których nie będzie można przeprowadzić na rozprawie.

Podstawową formą postępowania przygotowawczego powinno być dochodzenie zapiskowe, które taką funkcję spełnia w procesie karnym wszystkich państw zachodniej Europy. Przypomnijmy, że dochodzenie zapiskowe wywodzi się z francuskiego kodeksu z 1808 r. Było przyjęte w polskim k.p.k. z 1928 r. i obowiązywało do 1949 r., gdy zostało zastąpione przez sowiecki model postępowania

przygotowawczego, wymagający protokolowania wszystkich czynności dowodowych dokonywanych przez policję z możliwością ich pełnego wykorzystania na rozprawie głównej. Dochodzenie zapiskowe krótko obowiązywało też w k.p.k. z 1997 r. (art. 319), skąd po krytyce głównie środowiska sędziowskiego, zostało usunięte.

Ewentualne przywrócenie w postępowaniu przygotowawczym dochodzenia zapiskowego z pewnością spotka się z oporem środowiska prokuratorskiego i sędziowskiego. Prokuratorzy będą oponować, gdyż zapiskowe postępowanie przygotowawcze wymusza ich aktywność na rozprawie głównej, a zatem przysparza im pracy. Krytyka środowiska sędziowskiego powodowana będzie przyzwyczajeniami i wygodą w poznaniu okoliczności sprawy za pomocą protokołów z postępowania przygotowawczego. Należy jednak powiedzieć, że opór przed wprowadzeniem dochodzenia zapiskowego ma niewiele wspólnego ze współczesnymi, demokratycznymi procedurami karnymi⁷².

Prowadzący dochodzenie zapiskowe funkcjonariusz policji bądź innego organu nie będzie uprawniony do samodzielnego utrwalania materiału dowodowego, gdyż postępowanie zapiskowe stanowi jedynie etap zbierania (gromadzenia) informacji o przestępstwie na jego własny użytek, a także na użytek prokuratora wnoszącego akt oskarżenia.

Informacje zbierane w dochodzeniu zapiskowym nie podlegałyby protokolowaniu (nie stanowiłyby dowodu w ścisłym tego słowa znaczeniu). Zgromadzony w dochodzeniu zapiskowym materiał nie podlegałby odczytaniu na rozprawie. Dowody przeprowadzane byłyby dopiero na rozprawie.

W dochodzeniu zapiskowym dopuścić należy przeprowadzanie dowodów, w sytuacji gdy nie będzie można ich przeprowadzić na rozprawie (ogłędziny miejsca zdarzenia, rzeczy, osoby, zabezpieczenie śladów i dowodów na miejscu zdarzenia), a także – na wniosek prokuratora – przesłuchanie świadka lub podejrzanego przez sąd (sędziego do spraw postępowania przygotowawczego).

Formą postępowania przygotowawczego, w której czynności dowodowe podlegałyby zaprotokołowaniu z możliwością ich odtworzenia (ujawnienia) na rozprawie głównej, byłoby wyłącznie śledztwo. Rozważenia wymaga, czy dopuszczalne byłoby ujawnienie na rozprawie głównej jedynie tych dowodów ze śledztwa, w uzyskaniu których brał udział obrońca podejrzanego, czy też w szerszym zakresie.

Wobec tego, że postępowanie przygotowawcze prowadzone byłoby w formie postępowania zapiskowego albo śledztwa, należy zrezygnować z dochodzenia jako obowiązującej formy postępowania przygotowawczego.

Mając na względzie przedstawione wcześniej dane statystyczne, dochodzenie zapiskowe powinno być prowadzone w 80% spraw karnych, zaś śledztwo jedynie

⁷² Por. J. Tylman, *Problemy usprawniania postępowania karnego*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 58.

w pozostałych 20% spraw. Ponadto dochodzenie zapiskowe powinno stanowić forum dla zawierania porozumień procesowych mających znaczenie dla konsensualnych sposobów zakończenia postępowania.

Z uwagi na prowadzenie postępowania przygotowawczego wyłącznie na potrzeby prokuratora jest zasadne wprowadzenie do procesu karnego obligatoryjnego posiedzenia przygotowawczego do rozprawy głównej. W toku takiego posiedzenia m.in. strony (oskarżyciel i oskarżony) miałyby obowiązek przedstawienia wszystkich dowodów przeprowadzanych przez nich na rozprawie. Strony mogłyby też uzgodnić zrezygnowanie z przeprowadzania na rozprawie części wnioskowanych dowodów i uznanie ich za ujawnione⁷³.

Natomiast wszystkie dowody dopuszczone na rozprawę główną sąd obowiązany byłby sprowadzić na pierwszą rozprawę, a w razie braku takiej możliwości na kolejny termin wyznaczony na następny dzień i kolejno następujące po sobie dni robocze. Niedopuszczalną byłaby sytuacja, że sąd nie sprowadziłby na wyznaczony termin rozprawy dowodu wnioskowanego przez oskarżyciela i oskarżonego (przez dalsze strony). Natomiast obowiązek stawienia lub przedłożenia zawioskowanego dowodu spoczywałby na stronie (oskarżycielu lub oskarżonym). Zatem każda ze stron składająca wniosek o przeprowadzenie przez sąd dowodu na rozprawie głównej miałaby obowiązek zapewnienia stawiennictwa lub przedłożenia dowodu (osobowego lub rzeczowego). W przeciwnym wypadku nieprzeprowadzenie dowodu obciążałoby wnioskodawcę, a nie sąd.

VII. Zgodność proponowanego modelu postępowania przygotowawczego i sądowego ze standardem rzetelnego procesu karnego

Zakładany model postępowania przygotowawczego i sądowego musi być zgodny ze standardem rzetelnego procesu wynikającym z art. 45 Konstytucji RP i art. 6 EKPCz (w szczególności z prawem oskarżonego do kontradiktoryjnego weryfikowania dowodów oskarżenia).

Tytułem wprowadzenia należy więc powiedzieć, że Konstytucja RP wymaga skonstruowania postępowania karnego w sposób zapewniający realizację prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (art. 45 ust. 1). Według Trybunału Konstytucyjnego, prawo do sprawiedliwej procedury sądowej jest elementem prawa do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 oraz w art. 77 ust. 2 Konstytucji⁷⁴. Trybunał Konstytucyjny akcentuje, że prawo do rzetelnego procesu karnego składa się z różnych elementów obejmujących w szczególności prawo do obrony, zasadę

⁷³ Por. K. Zgryzek, *Obligatoryjne posiedzenie przygotowawcze przed rozprawą w polskim procesie karnym*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, (red.) P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 505; S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak...*, s. 54.

⁷⁴ Zob. wyrok TK z 30.05.2007 r., SK 68/06, OTK ZU 2007/53/6/A.

równości broni, prawo dostępu do sądów, a także prawo do dostępności do adwokata. Prawo do rzetelnego procesu sądowego wymaga, aby każdy uczestnik postępowania karnego mógł przedstawić we właściwy sposób swoją sprawę sądowi. Z prawa do rzetelnego procesu sądowego wywieść można więc prawo jednostki do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnika. Ochrona tajemnicy komunikowania się prawnika i klienta w związku z postępowaniem sądowym kształtowana jest prawem do rzetelnego procesu sądowego⁷⁵.

Do podstawowych elementów rzetelnego procesu karnego należy prawo do wysłuchania⁷⁶. Rozpoznawanie spraw musi odbywać się w taki sposób, aby uczestnicy postępowania mieli możliwość wzięcia w nim udziału⁷⁷. Sprawiedliwość proceduralna powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosownie do przedmiotu prowadzonego postępowania. W każdym wypadku ustawodawca powinien jednak zapewnić jednostce prawo wysłuchania. Jednostka musi uzyskać prawo do przedstawienia swoich racji oraz zgłaszania wniosków dowodowych. Istotny element sprawiedliwej procedury sądowej stanowi prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych. Ustawodawca może ograniczyć udział stron w określonych czynnościach procesowych, ograniczenia takie powinny jednak zawsze posiadać odpowiednie uzasadnienie⁷⁸.

W polskim piśmiennictwie pojęcie rzetelnego procesu określone w art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji, ujmowane jest wąsko⁷⁹ albo szeroko⁸⁰. W pierwszym wypadku, zakres wymienionego pojęcia ogranicza się do ust. 1 art. 6 konwencji, zaś w drugim rzeczzone pojęcie obejmuje cały art. 6.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przyjęto szerokie rozumienie pojęcia „rzetelny proces”. W przełomowych dla tej kwestii wyrokach: z 17.01.1970 r. w sprawie 2689/65 Delcourt przeciwko Belgii § 25; z 21.02.1975 r. w sprawie 4451/70 Golder przeciwko Wielkiej Brytanii § 28; z 6.12.1988 r. w sprawie 10590/83 Barbera, Mesegue i Jabardo przeciwko Hiszpanii §§ 68 i 89 stwierdzono, że art. 6 wyraża uprawnienia niezapisane w tekście samego przepisu. Zawężająca wykładnia art. 6 ust. 1 byłaby niezgodna z celem i zadaniem tego przepisu. Nawet, jeśli żadne z poszczególnych praw zawartych w art. 6 nie zostało naruszone, może dojść do pogwałcenia prawa do rzetelnego procesu sądowego biorąc pod uwagę całość postępowania w danej sprawie.

⁷⁵ Zob. wyrok TK z 2.07.2007 r., K 41/05, OTK ZU 2007/72/7/A.

⁷⁶ Zob. wyrok TK z 12.03.2002 r., P 9/01, OTK ZU 2002/2/A.

⁷⁷ Zob. wyrok TK z 17.09.2002 r., SK 35/01, OTK ZU 2002/5/A.

⁷⁸ Zob. wyrok TK z 19.09.2007 r., SK 4/06, OTK ZU 2007/98/8/A oraz wyrok TK z 3.07.2007 r., SK 1/06, OTK ZU 2007/73/7/A.

⁷⁹ Zob. M. Cieślak, *Podstawowe prawa i wolności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w okresie 1988–1992*, Warszawa 1995, s. 56; P. Hofmański, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*, Białystok 1993, s. 270; tenże, *Europejska Konwencja a prawo karne*, Toruń 1995, s. 238 i n.

⁸⁰ Zob. L. Kubicki, *Prawo karne europejskie. Narodziny pojęcia*, PiPr 1971, nr 12/931; P. Wędrychowski, *Prawo do „uczciwej rozprawy” w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, PS 1991, nr 5–6/62.

Zakresem przedmiotowym, prawo do rzetelnego procesu sądowego obejmuje „rozstrzygnięcie o zasadności oskarżenia w sprawie karnej”, przy czym, pojęcia „oskarżenie” i „sprawa karna” rozumiane są przez ETPC w autonomiczny sposób. Pojęcie „oskarżenie” rozumiane jest jako „oficjalne poinformowanie danej osoby przez właściwy organ o zarzucie popełnienia przestępstwa”. Zawiadomienie o zarzucie nie musi polegać jedynie na przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa, ale może być wyrażone w inny sposób (np. podczas zatrzymania lub przeszukania)⁸¹. Natomiast przez pojęcie „sprawa karna” ETPC rozumie, co oczywiste, sądowe postępowanie karne oraz postępowanie przygotowawcze⁸². Postępowanie karne stanowi wszak zamknięty i celowy proces, zatem jest konieczne, aby gwarancje wynikające z art. 6 EKPC miały zastosowanie do wszystkich stadiów postępowania karnego, począwszy od postępowania przygotowawczego do fazy wyrokowania⁸³.

Zakresem podmiotowym, prawo do rzetelnego procesu sądowego obejmuje w zasadzie oskarżonego, choć widoczna jest tendencja do obejmowania zakresem tego pojęcia także pokrzywdzonego⁸⁴.

Pojęcie „prawo do rzetelnego procesu sądowego” kształtowane jest przez elementy definicyjne dotyczące sfery organizacji sądownictwa (sąd ustanowiony ustawą, sąd niezawisły i sąd bezstronny) oraz przez elementy definicyjne dotyczące zasad postępowania (jawność postępowania, rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie, domniemanie niewinności, prawo do informacji, prawo do obrony materialnej i formalnej, prawo do wysłuchania oraz do obecności przy przesłuchaniu świadków oskarżenia i obrony, prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza.

W orzecznictwie ETPC, który koncepcję prawa do rzetelnego procesu sądowego ujmując szeroko stwierdza się, że z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji wynika prawo dostępu do sądu⁸⁵. Z ogólnego brzmienia art. 6 Europejskiej konwencji ETPC wyinterpretowuje też prawo do równego traktowania (koncepcja równości broni), która wyraża się w tym, że każdej ze stron należy zapewnić rozsądną sposobność przedstawienia jej sprawy włączając w to jej dowodowy na warunkach, które nie stawiają jej w położeniu substancjalnie niekorzystnym wobec przeciwnika⁸⁶. Warunkiem realizacji koncepcji równości broni jest prawo oskarżonego do obecności na rozprawie⁸⁷. Państwo ma zatem obowiązek zagwa-

⁸¹ Zob. wyroki ETPC z 27.02.1980 r. w sprawie 6903/75 Deweer przeciwko Belgii, § 46; z 15.07.1982 r. w sprawie 8130/78 Eckle przeciwko Niemcom, § 73; z 10.12.1982 r. w sprawie 8304/78 Corigliano przeciwko Włochom, § 34; z 24.11.1993 r. w sprawie 13927/88 Imbrioscia przeciwko Szwajcarii.

⁸² Wyr. ETPC z 24.11.1993 r. w sprawie 13927/88 Imbrioscia przeciwko Szwajcarii, § 36.

⁸³ Zob. wyrok ETPC z 5.07.2001 r. w sprawie 41087/98 Philips przeciwko Wielkiej Brytanii, § 39.

⁸⁴ Zob. C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC*, (w:) *Rzetelny proces karny*, (red.) P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 102 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

⁸⁵ Zob. § 35 wyroku z 21.02.1975 r. w sprawie 4451/70 Golder przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁸⁶ Zob. § 33 wyroku z 27.10.1993 r. w sprawie 14448/88 Dombo Beher przeciwko Holandii.

⁸⁷ Zob. § 27 wyroku z 12.02.1985 r. w sprawie 9024/80 Colozza przeciwko Włochom.

rantowania skutecznej realizacji tego prawa⁸⁸, a jeżeli jest pozbawiony wolności, to sprowadzić go na rozprawę⁸⁹.

Z koncepcją równości broni łączy się kontradiktoryjność postępowania karnego, która według ETPC polega na tym, że oskarżyciel oraz oskarżony i jego obrońca muszą mieć możliwość uzyskania informacji na temat materiału dowodowego oraz skomentowania go, a także odniesienia się do wypowiedzi poczynionych przez drugą stronę⁹⁰. Warunkiem realizacji prawa do kontradiktoryjnego procesu karnego jest prawo do wysłuchania przez sąd⁹¹. Dodać należy, że w doktrynie postępowania karnego wyrażono pogląd, że z wymienionego uprawnienia wynika, że podstawą faktyczną orzeczenia mogą być tylko te okoliczności, co do których strony mogły wypowiedzieć się przed sądem⁹².

Z koncepcją równości broni łączy się także prawo dostępu do materiału dowodowego. Rzetelny proces wymaga bowiem, aby oskarżyciel ujawnił obronie wszystkie istotne dowody przemawiające za i przeciw oskarżonemu⁹³. Ponadto każdy dowód musi być przeprowadzony w obecności oskarżonego podczas publicznej rozprawy, celem umożliwienia przedstawienia argumentów przeciwnych⁹⁴. Postępowanie dowodowe (zbieranie, utrwalanie i przeprowadzanie dowodów) mają być rzetelne⁹⁵. Z prawa do rzetelnego procesu sądowego wynika także prawo oskarżonego do milczenia⁹⁶.

Wyrazić należy więc stanowisko, że proponowane zmiany modelu postępowania przygotowawczego i sądowego spełniają minimalny standard konwencyjny z art. 6 EKPC. Mianowicie:

1. Przyznają oskarżonemu uprawnienia w szerszym zakresie niż określony w art. 6 EKPC.
2. Pojęcie „sprawa karna” obejmuje także postępowanie przygotowawcze.
3. Prawo do domagania się rzetelnego postępowania przysługuje oskarżonemu oraz pokrzywdzonemu.
4. Zapewnia kontradiktoryjność postępowania sądowego.
5. Wprowadzając obligatoryjne posiedzenie przygotowawcze przed rozprawą, na którym oskarżyciel i oskarżony ujawniają sądowi wnioski dotyczące dowodów przeprowadzanych na rozprawie, a także zapewniając kontradiktoryjność roz-

⁸⁸ Zob. § 56 wyroku z 24.03.2005 r. w sprawie 9808/02 Stoichkov przeciwko Bułgarii.

⁸⁹ Zob. § 29 wyroku z 9.04.1984 r. w sprawie 8966/80 Goddi przeciwko Włochom.

⁹⁰ Zob. §§ 66–67 wyroku z 28.08.1991 r. w sprawie 11170/84 Brandstetter przeciwko Austrii.

⁹¹ Zob. § 27 wyroku z 12.02.1985 r. w sprawie 9024/80 Colozza przeciwko Włochom oraz § 78 wyroku z 6.12.1988 r. w sprawie 10590/83 Barbera, Mesegue i Jabardo przeciwko Hiszpanii.

⁹² Zob. P. Hofmański, *Europejska Konwencja a prawo karne*, s. 239–240.

⁹³ Zob. § 27 wyroku z 12.02.1985 r. w sprawie 9024/80 Colozza przeciwko Włochom oraz § 78 wyroku z 6.12.1988 r. w sprawie 10590/83 Barbera, Mesegue i Jabardo przeciwko Hiszpanii.

⁹⁴ Zob. § 41 wyroku z 20.11.1989 r. w sprawie 11454/85 Kostovski przeciwko Holandii.

⁹⁵ Zob. § 26 wyroku z 26.04.1991 r. w sprawie 12398/86 Asch przeciwko Austrii; § 34 wyroku z 16.12.1992 r. w sprawie 13071/87 Edwards przeciwko Wielkiej Brytanii; § 37 wyroku z 23.04.1998 r. w sprawie 22885/93 Bernard przeciwko Francji.

⁹⁶ Zob. § 44 wyroku z 25.02.1993 r. w sprawie 10828/84 Funke przeciwko Francji.

prawy głównej, gwarantuje równość broni pomiędzy oskarżycielem i oskarżonym.

6. Przeprowadzenie dowodów na rozprawie zapewnia każdej stronie realizację uprawnienia do wypowiedzenia się w kwestii każdego dowodu.
7. Ujawnienie przez oskarżyciela na posiedzeniu przygotowawczym przed rozprawą wnioskowanych dowodów, zapewnia realizację uprawnienia oskarżonego dostępu do materiału dowodowego.
8. Kontradiktoryjność rozprawy zapewnia przeprowadzenie dowodu w obecności oskarżonego.
9. Rzetelne postępowanie dowodowe na etapie przygotowawczym zapewnia tryb eliminowania z procesu karnego dowodów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, a także możliwość zasądzenia odszkodowania za niesłuszne oskarżenie.

VIII. Konkluzja

Podsumowując przedstawione uwagi, należy sugerować ewolucyjne zmiany modelu postępowania przygotowawczego i sądowego. Proces karny powinien rozwijać się w kierunku zapewnienia pełnej kontradiktoryjności postępowania sądowego i praworządnego postępowania przygotowawczego. Realizacji wymienionych celów powinno sprzyjać:

1. Zaktywizowanie oskarżyciela publicznego poprzez m.in. odejście od zasady indyferencji.
2. Nałożenie ciężaru dowodu na podmiot, który zgłasza dowód.
3. Zobowiązanie podmiotu, który zgłasza dowód do zapewnienia jego stawienia lub przedłożenia.
4. Zapewnienie obowiązkowej obrony w postępowaniu sądowym.
5. Eliminowanie z procesu karnego dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą.
6. Odszkodowanie za niesłuszne oskarżenie.
7. Wprowadzenie instytucji sędziego do spraw postępowania przygotowawczego.

Natomiast sprawny i szybki przebieg procesu karnego zapewni:

1. Określenie funkcji postępowania przygotowawczego, a mianowicie zebranie informacji na użytek prokuratora i oskarżyciela.
2. Określenie celów postępowania przygotowawczego, a mianowicie ustalenie czy sprawę umorzyć, czy wnieść oskarżenie.
3. Wprowadzenie postępowania zapiskowego i rezygnacja z dotychczasowego dochodzenia.
4. Dokumentowanie informacji w postępowaniu zapiskowym za pomocą notatek i zapisków.

5. Wzmocnienie mechanizmów selekcyjnych poprzez rozszerzenie katalogu środków oportunistycznej reakcji prokuratora na popełnione przestępstwo.
6. Rozszerzenie konsensualnych sposobów zakończenia postępowania przygotowawczego i sądowego.
7. Obligatoryjne posiedzenie przygotowawcze przed rozprawą główną, na którym strony przedstawiają dowody do przeprowadzenia na rozprawie oraz uzgadniają, z których dowodów mogą zrezygnować i uznać je za ujawnione na rozprawie.
8. Rozkład ciężaru dowodu, poprzez nałożenie na oskarżyciela, ale już nie na sąd, obowiązku dowiedzenia faktu popełnienia przestępstwa przez oskarżonego. Jeżeli zatem oskarżyciel nie udowodni faktu przestępstwa zarzuconego oskarżonemu, to w realizacji tego obowiązku nie będzie mógł go wyręczyć inny organ postępowania, a zwłaszcza sąd.
9. Nałożenie obowiązku sprowadzenia lub przedłożenia dowodu przez podmiot, który zgłasza wniosek dowodowy.
10. Zmiany w planowaniu rozprawy poprzez nałożenie na sąd obowiązku sprowadzenia na pierwszy termin wszystkich zawnioskowanych dowodów, a jeżeli jest to niemożliwe, na kolejne terminy przypadające dzień po dniu.
11. Odstąpienie od dotychczasowego sposobu protokołowania przebiegu rozprawy na rzecz nagrywania rozprawy i sporządzenia protokołu na podstawie zapisu dźwiękowego.
12. Zmiany dotyczące systemu doręczeń oraz sprowadzania na rozprawę oskarżonego pozbawionego wolności.

STRESZCZENIE

Celem opracowania jest zarysowanie koncepcji przyszłego postępowania przygotowawczego i sądowego, realizującej wymogi sprawiedliwości materialnej i procesowej, w tym rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki. W obowiązujących modelach postępowania przygotowawczego i sądowego podstawowymi wadami jest spełnianie przez prokuratora trzech funkcji: ścigania, rozstrzygania i obrony oraz względnie inkwizycyjny charakter rozprawy głównej. Dotychczasowe liczne zmiany przepisów kształtujących oba etapy procesu karnego sprawiły też, że wyczerpały się możliwości ich konstruktywnej ewolucji. Oba postępowania wzajemnie się determinują, co uzasadnia rozwiązanie odnoszące się do obu etapów postępowania.

Istotą przedstawionej koncepcji jest ograniczenia przygotowawczego etapu procesu z jednoczesnym poszerzeniem zakresu oportunistycznej reakcji prokuratora na zaistniałe przestępstwo, a także poszerzenia zakresu kontrydiktoryjności postępowania sądowego poprzez zaktywizowanie (wymuszenie aktywności) oskarżyciela publicznego oraz ograniczenie ciężaru dowodzenia przez sąd (inicjatywy dowodowej sądu). W postępowaniu przygotowawczym decyzje procesowe skutkujące wkrocze-

niem w sferę praw i wolności obywatelskich byłyby zastrzeżone dla sędziego do spraw postępowania przygotowawczego, będącego też organem odwoławczym od decyzji prokuratora. Dowody stanowiące podstawę ustaleń faktycznych powinny być przeprowadzane wyłącznie przed sądem, a jedynie w wypadkach niecierpiących zwłoki (ryzyko utraty dowodu) w postępowaniu przygotowawczym.

SUMMARY

The aim of the present work is to outline an idea of the future preparatory and court proceeding fulfilling the requirements of material and court procedure-related justice, including case examination without unnecessary delay. The major drawbacks of the presently existing models of preparatory and court proceedings are the three functions played by public prosecutors: prosecution, adjudication and protection, and a relatively inquisitorial character of the main trial. The numerous changes in the regulations regarding the two stages of a criminal proceeding also resulted in a situation in which there are no more opportunities for constructive evolution. Both types of a proceeding determine each other, which justifies the solutions relating to both stages of a proceeding.

The essence of the idea is a limitation of the preparatory stage of a proceeding with a simultaneous expansion of the scope of a prosecutor's opportunistic response to a committed crime as well as expansion of the scope of contradictoriness of a court proceeding by means of making a public prosecutor active and limiting the court's responsibility to prove. In case the decisions made in a preparatory proceeding result in violation of human rights and freedoms, they would be reserved for a judge responsible for preparatory proceedings and having the authority to deal with appeals against the prosecutor's decisions. The process of proving that is the basis for establishing the real facts should be conducted solely before a court, except for urgent situations when there is a risk of losing evidence; then it might be done at the preparatory proceeding stage.

AGATA WĄDOŁOWSKA



DEFINICJA LEGALNA WYSTĘPKU O CHARAKTERZE CHULIGAŃSKIM (ART. 115 § 21 K.K.)

1. Wprowadzenie

Pod hasłami walki z narastającym zjawiskiem „chuligaństwa” i konieczności przywrócenia spójności uregulowań prawa karnego materialnego oraz prawa wykroczeń, ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹ przywróciła pojęcie występku o charakterze chuligańskim (art. 115 § 21 k.k.) oraz wprowadziła surowe zaostżenia w zakresie orzekania kar i środków karnych wobec sprawców takich występów (art. 57a k.k., art. 58 § 4 k.k., art. 59 § 2 k.k., art. 69 § 4 k.k.), a także postępowanie przyspieszone (rozdział 54a k.p.k.). Chuligański charakter czynu występujący w ustawodawstwie PRL-u był słusznie krytykowany za nieostrość kryteriów definicyjnych oraz mechaniczne podnoszenie granic sankcji, bez uzasadnionych potrzeb z zakresu polityki kryminalnej. W związku z tym sięgnięcie do negatywnie ocenianych rozwiązań historycznych spotkało się ze sprzeciwem przedstawicieli doktryny, który był zgłaszany zarówno przed uchwaleniem nowelizacji², jak i po jej uchwaleniu³.

¹ Dz.U. Nr 226, poz. 1648. Ustawa weszła w życie z dniem 12.03.2007 r.

² Zob. m.in.: *Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 19 grudnia 2005 r. o projekcie zmiany prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 2, s. 95 i n.; W. Wróbel, *Tryb przyspieszony i występki chuligańskie w projekcie ustawodawczym*, *Opinia w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy 485)*, „Prokurator” 2006, nr 3, s. 12 i n.; E. Darmorost-Sierocińska, *Zwalczanie przestępczości o charakterze chuligańskim – powrót do przeszłości drogą ku przyszłości*, „Gazeta Sądowa” 2006, nr 2, s. 13 i n.; A. Sakowicz, *Powrót demonów przeszłości*, „Rzeczpospolita” z 2.02.2006 r.

³ Zob. m.in.: J. Skupiński, *Chuligański charakter czynu – niefortunny powrót*, (w:) J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński, *Reforma prawa karnego: propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor B. Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 245 i n.; A. Marek, *Powrót chuligańskiego charakteru czynu w prawie karnym*, (w:) *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, (red.) K. Krajewski, Oficyna Wolters Kluwer Business 2007, s. 97 i n.

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 115 §21 k.k. występkiem o charakterze chuligańskim jest „występek polegający na umyślnym zamachu na zdrowie, na wolność, na cześć lub nietykalność cielesną, na bezpieczeństwo powszechne, na działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, na porządek publiczny albo na umyślnym niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy, jeżeli sprawca działa publicznie i bez powodu, albo z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego”. Definicja opiera się na podmiotowo-przedmiotowej koncepcji chuligańskiego charakteru czynu, która ostatecznie przeważała nad wysuwanyymi poprzednio koncepcjami: podmiotową⁴ i przedmiotową⁵. Koncepcja ta kładzie nacisk na obie grupy przesłanek chuligańskiego charakteru czynu – zarówno na nastawienie sprawcy (działanie bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, dające wyraz lekceważeniu porządku prawnego), jak i na wymowę czynu (publiczny i agresywny charakter czynu, znaczne naruszenie porządku prawnego). Zawarta w art. 115 §21 k.k. definicja występkę o charakterze chuligańskim ma charakter wyczerpujący i „zamknięty”, w związku z czym nie może być uzupełniana żadnymi dalszymi elementami.

O chuligańskim charakterze występkę decyduje łączne wystąpienie przesłanek wskazanych w ustawie, tj.: umyślność zachowania realizującego znamiona występkę, zamach na choćby jedno z dóbr wymienionych w przepisie, działanie publiczne, brak powodu lub oczywiście błahość powodu, a także okazanie przez sprawcę rażącego lekceważenia porządku prawnego. Każda z tych przesłanek ma charakter warunku koniecznego, w związku z czym brak chociażby jednej z nich nie pozwala na przypisanie czynowi chuligańskiego charakteru⁶. Chuligański charakter dwóch czynów nie przesądza o ich podobieństwie, gdyż musi być ponadto spełnione choćby jedno z kryteriów podobieństwa przestępstw, wskazanych w art. 115 §3 k.k. Chodzi o ich tożsamość rodzajową albo zastosowanie przez sprawcę przemocy lub groźby jej użycia. Ze względu na charakter czynów

⁴ Zgodnie z koncepcją podmiotową istota chuligańskiego charakteru czynu tkwi w elemencie strony podmiotowej, w postaci celu do którego sprawca zmierza za pomocą przestępstwa. Natomiast celem działania sprawcy jest wykazanie nieposzanowania dla zasad współżycia społecznego. Do zwolenników tej koncepcji należeli: J. Sawicki (*Chuligański charakter przestępstwa*, „Nowe Prawo” 1958, nr 9, s. 6–18), S. Paweła (*Kilka uwag w sprawie chuligaństwa*, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8, s. 129–132), Z. Kubec (*Zagadnienie chuligaństwa a przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, „Problemy Kryminalistyki” 1956, nr 4, s. 51–53), J. Bafia (*O zastrzeżeniu i przyspieszeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo*, Warszawa 1959, s. 13–14), M. Szerer (*Zagadnienie chuligaństwa w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 7, s. 99–103).

⁵ Zgodnie z koncepcją przedmiotową istota chuligańskiego charakteru czynu tkwi w elemencie obiektywnym, tj. w postrzegalnych cechach sposobu zachowania sprawcy, takich jak: publiczność działania, jego brutalność czy bezwzględność. Do zwolenników tej koncepcji należeli: K. Kretowicz (*Niektóre uwagi na temat chuligaństwa*, „Palestra” 1957, nr 3, s. 27–43), Z. Papierkowski (*Ustawa antychuligańska*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959, nr 1, s. 57–51), S. Rybczyński (*Ustawa antychuligańska*, „Palestra” 1958, nr 10, s. 15–20).

⁶ Zob. wydany na gruncie art. 120 §14 k.k. z 1969 r. wyrok SN z 7.05.1974 r., Rw 236/74, OSNKW 1974, z. 9, poz. 176.

określonych w art. 115 §21 k.k. nie wchodzi tu w grę trzecia przesłanka podobieństwa przestępstw, w postaci celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁷.

Ustawowe określenie występku o charakterze chuligańskim, zawarte w art. 115 §21 k.k., jest bardzo zbliżone do definicji legalnej tego pojęcia, zawartej w art. 120 §14 kodeksu karnego z 1969 r., ale nie stanowi kopii tego przepisu. Ustawodawca zrezygnował przede wszystkim ze wskazania kryterium oceny powodu podjętego przez sprawcę działania lub braku takiego powodu, pomijając sformułowanie „w rozumieniu powszechnym”. Ponadto charakterystykę postawy sprawcy, która manifestuje się w rażącym lekceważeniu, zrelacjonowano do całego porządku prawnego, a nie tylko do jego podstawowych zasad. Nieco inaczej określono i uporządkowano również katalog dóbr, w które występek taki miałby godzić. Jak słusznie zauważa J. Majewski, mimo powyższych odmienności przy wykładni przepisu art. 115 §21 k.k. można w określonym zakresie korzystać z dorobku interpretacyjnego doktryny i orzecznictwa wypracowanego na gruncie art. 120 §14 kodeksu karnego z 1969 r., przy czym należy jednak pamiętać, iż na skutek przemian ustrojowych i politycznych na przełomie lat 80. i 90. XX wieku zasadniczej zmianie uległ kontekst aksjologiczny⁸.

2. Występek polegający na umyślnym zamachu na określone dobro prawne

Zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 115 §21 k.k. chuligański charakter mają jedynie występkę, tj. czyny zabronione zagrożone grzywną powyżej 30 stawek dziennych, karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc (art. 7 §3 k.k.), które zostały popełnione w warunkach określonych w tym przepisie. Nie oznacza to jednak, że zbrodnia nie może zostać popełniona w sposób określony w art. 115 §21 k.k. Zdaniem M. Mozgawy, przy zbrodni popełnionej w okolicznościach wskazanych w tym przepisie, sąd ma obowiązek potraktować te okoliczności – charakteryzujące w szczególności pobudki i sposób działania sprawcy – jako obciążające⁹. Natomiast przewidziane w art. 57a §1 k.k. obligatoryjne obostrzenie kary w takiej sytuacji ze względu na dolną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianą dla zbrodni byłoby reakcją nadmiernie surową.

Charakter chuligański może mieć tylko występek popełniony umyślnie, tj. polegający na umyślnym zamachu, skierowanym przeciwko dobru prawnie chro-

⁷ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 330.

⁸ Zob. J. Majewski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I. *Komentarz do art. 1–116 kk*, (red.) G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1248–1249.

⁹ Zob. M. Mozgawa (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.) M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Warszawa 2007, s. 250. Zob. również wyrok SN z 15.09.1971 r., II KR 164/71, OSNKW 1972, nr 5, poz. 85.

nionemu wskazanemu w art. 115 §21 k.k. Z użytego w komentowanym przepisie określenia „zamach” wynika, że czyn o charakterze chuligańskim z zasady ma charakter agresywny, gwałtowny, choć nie jest to cechą niezbędną i można sobie wyobrazić formy chuligańskiego zamachu bez użycia siły fizycznej przez sprawcę¹⁰. Pojawia się jednak pytanie: czy umyślność w przypadku występkę o charakterze chuligańskim oznaczać ma jedynie zamiar bezpośredni, czy też w rachubę wchodzi również zamiar ewentualny? Zdaniem T. Bojarskiego z dalszych sformułowań tego przepisu należy wnioskować, że chodzi o zamiar bezpośredni¹¹, a zdaniem A. Marka użycie w komentowanym przepisie określenia „umyślnie” oznacza, że w grę wchodzi obie formy umyślności określone w art. 9 § 1 k.k., tj. zamiar bezpośredni albo ewentualny¹². Natomiast J. Giezek stoi na stanowisku, że chociaż trudno całkowicie wykluczyć zamiar ewentualny, to będzie on przy występkę o charakterze chuligańskim stanowił rzadkość. Jego zdaniem brak jest natomiast przeszkód, aby występkę takim okazał się czyn zabroniony o kombinowanej stronie podmiotowej, stanowiącej połączenie umyślności z nieumyślnością. Umyślny ma być bowiem sam zamach, a nie wynikające z niego następstwa. Przykład może tu stanowić udział w bójce czy pobiciu, którego nieumyślnym następstwem jest śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu. Z tego przykładu wynika, że występek umyślnie-nieumyślny może spełnić wymogi określone w art. 115 §21 k.k. tylko wtedy, gdy komponenta objęta umyślnością przedstawia się jako zamach na któreś z dóbr wymienionych w tym przepisie¹³. O. Górniok stwierdza, iż „ze względu na wymóg umyślności nie wchodzi w grę uznanie za popełnione w sposób chuligański (z konsekwencjami prawnymi) występkę z winy mieszanej, gdyż taka kwalifikacja byłaby akademickim przykładem analogii na niekorzyść sprawcy. Skoro bowiem ustawa wymaga umyślności, nie może się to w drodze jakiegokolwiek wykładni przekształcić w nieumyślność (także w odniesieniu do fragmentu czynu)”¹⁴.

W treści art. 115 §21 k.k. ustawodawca wymienił występkę, które mogą mieć charakter chuligański. Ich wskazania dokonano przy użyciu dwóch różnych technik: oznaczenia dobra prawnego będącego przedmiotem zamachu i oznaczenia

¹⁰ Np. wpuszczenie gazu łzawiącego do gmachu publicznego, podpalenie, uszkodzenie rzeczy w sposób uniemożliwiający jej funkcjonowanie – Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 328.

¹¹ Zob. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 205. Podobnie: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 539–540.

¹² Możliwa jest sytuacja, w której sprawca dopuszczając się zamachu kieruje się chęcią wyzycia się i nie chce, lecz godzi się na naruszenie dobra wskazanego w art. 115§21 k.k. Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 328. Podobnie: R. Zawłocki (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 32–116*, t. II, Warszawa 2010, s. 995.

¹³ Zob. J. Giezek (w:) J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 777–778. Podobnie: J. Majewski (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szweczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 1249.

¹⁴ Zob. M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 540.

czynności sprawczej, przy czym w obu wypadkach podkreślony został wymóg umyślności. Do katalogu dóbr, przeciwko którym może zostać skierowany zamach sprawcy, należą: zdrowie, wolność, cześć lub nietykalność cielesna, bezpieczeństwo powszechne, działalność (prawidłowa, niezakłócona) instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego oraz porządek publiczny. Analiza definicji legalnej występkę o charakterze chuligańskim nie rozstrzyga, czy wyliczone w niej dobra prawne mają być dobrami głównymi czy obocznymi. Zdaniem niektórych autorów, występek polegający na umyślnym zamachu na jedno z dóbr wymienionych w art. 115 §21 k.k. może mieć charakter chuligański nawet wówczas, gdy dobro to stanowi jedynie oboczny przedmiot zamachu¹⁵. Natomiast zdaniem innych autorów wymienione dobra, w które godzić ma sprawca występkę o charakterze chuligańskim, muszą stanowić główny przedmiot ochrony określony danym typem przestępnym¹⁶. Jak słusznie zauważa T. Bojarski, tak określony katalog czynów, do których może odnosić się charakter chuligański, nie zawsze w praktyce może okazać się precyzyjny. W związku z tym proponuje przyjęć, że określenia te wskazują na tytuły rozdziałów części szczególnej kodeksu karnego z 1997 r., w których to grupach muszą mieścić się czyny, którym chce się przypisać taki właśnie charakter¹⁷.

W związku z tym, aprobując to ostatnie stwierdzenie, chodzi tu o występkę zawarte w następujących rozdziałach kodeksu karnego:

- a) „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” (rozdział XIX), a wśród nich m.in.: art. 156 §1 (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 157 §1 i 2 (inne uszkodzenie ciała), art. 158 §1 i 2 (bójka i pobicie), art. 159 (niebezpieczne przedmioty),
- b) „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu” (rozdział XX), a wśród nich m.in.: art. 163 §1 (spowodowanie niebezpiecznych zdarzeń), art. 164 §1 (bezpośrednie niebezpieczeństwo), art. 167 (niebezpieczne urządzenia lub substancje), art. 172 (przeszkadzanie w ratowaniu),
- c) „Przestępstwa przeciwko wolności” (rozdział XXIII), a wśród nich m.in.: art. 189 (pozbawienie wolności), art. 190 §1 (groźba karalna), art. 191 §1 (zmuszenie), art. 193 (mir domowy),
- d) „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej” (rozdział XXVII), a wśród nich m.in.: art. 212 §1 i 2 (zniesławienie), art. 216 §1 i 2 (zniewaga), art. 217 §1 (naruszenie nietykalności),
- e) „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego” (rozdział XXIX), a wśród nich m.in.: art. 222 §1 (naruszenie

¹⁵ Zob. J. Majewski (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 1249; A. Szczekala, *Chuligański charakter czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, s. 81; M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 539. Podobnie pod rządami art. 120 §14 kk z 1969 r. – Zob. np. I. Andrejew (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 251.

¹⁶ Zob. W. Zalewski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 315.

¹⁷ Zob. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szewczyk, (red.) *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 205.

nietykalności funkcjonariusza), art. 223 (czynna napaść), art. 225 § 1 i 2 (zakłócenie kontroli ekologicznej), art. 226 (znieważenie funkcjonariusza),
f) „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” (rozdział XXXII), a wśród nich m.in: art. 254 § 1 (zbiegowisko publiczne), art. 255 (nawoływanie i pochwalanie przestępstwa), art. 256 (propagowanie faszyzmu i totalitaryzmu), art. 257 (znieważenie grupy lub osoby), art. 261 (znieważenie pomnika), art. 262 (znieważenie zwłok, prochów lub grobu).

Ponadto zamach może obejmować również cudzą rzecz i polegać na jej niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku, co stanowi realizację znamion przestępstwa stypizowanego w art. 288 k.k. (uszkodzenie rzeczy), w rozdziale XXXV – „Przestępstwa przeciwko mieniu”¹⁸.

3. Działanie „publicznie”

W doktrynie i judykaturze pojęcie „publicznie” rodziło wiele rozbieżności, których powstaniu sprzyjał brak ustawowego wyjaśnienia tego pojęcia¹⁹. Pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. – zwłaszcza w orzecznictwie Sądu Najwyższego – zarysowały się dwa ujęcia działania „publicznie”.

Pierwsze wiązało to pojęcie z publicznym charakterem miejsca popełnienia czynu. Rozwój orzecznictwa przyjmującego jako podstawowe kryterium miejsca, zmierzał w kierunku egzemplifikacji sytuacji i miejsc, które czynią (lub względnie nie czynią) zadość wymogowi „publiczności” działania sprawcy występku o charakterze chuligańskim. Ogólnie rzecz biorąc rozstrzygnięcia te miały charakter zaprzeczający, tj. wykluczający pewne miejsca²⁰ bądź potwierdzający, tj. przyjmujący publiczny charakter danego miejsca²¹.

Drugie ujęcie działania „publicznie” kładło nacisk na obecność w miejscu czynu osób postronnych²². Obie koncepcje prezentowane były bądź w postaci

¹⁸ Należy odnotować, iż ustawodawca dokonując wyliczenia atakowanych przez sprawcę dóbr zachował w zasadzie kolejność, w jakiej pojawiają się one w tytułach rozdziałów części szczególnej kodeksu karnego z 1997 r., z wyjątkiem bezpieczeństwa powszechnego. W kodeksie karnym z 1997 r. bezpieczeństwo powszechne występuje jako rodzajowy przedmiot ochrony następny po życiu i zdrowiu, ale przed wolnością, podczas gdy w definicji pojawia się po wolności oraz czci i nietykalności cielesnej.

¹⁹ Zob. W. Kubala, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 20 IX 1973 r., VI KZP 26/73*, OSPiKA 1974, z. 5, poz. 100, s. 221 oraz tego autora: *Glosa do wyroku z dnia 26 III 1973 r., Rw 279/73*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 160.

²⁰ Np. popełnienie czynu w celi zakładu karnego nie może być uznane za działanie „publicznie” – wyrok SN z 30.04.1970 r., V KRN 53/70, OSNPG 1970, z. 9–10, poz. 124 oraz wyrok SN z 15.06.1970 r., Rw 439/70, BSN 1970, nr 7–8, poz. 112. Podobnie jeśli chodzi o czyn popełniony w pomieszczeniu aresztu Komendy Garnizonu – Wyrok SN z 12.06.1973, Rw 518/73 (nie publ).

²¹ Np. przestępstwo o charakterze chuligańskim może być popełnione również na zamkniętym terenie wojskowym i tylko w obecności żołnierzy – wyrok SN z 12.02.1969 r., Rw 54/69, OSPiKA 1971, z. 5, poz. 93. Podobnie przyjęto w wyroku SN z 3.08.1972 r., Rw 743/72, BSN 1972, nr 10, poz. 95.

²² Np. „Działaniem publicznym w rozumieniu art. 120 § 14 k.k. jest jedynie działanie «przed publicznością», a więc w działanie przebiegające w miejscu ogólnie dostępnym i dostrzegalnym dla większej liczby

„czyste”, bądź też zmodyfikowanej przez dodatkowe warunki (zastrzeżenia), np. różne rozumienie możliwości dostrzeżenia działania przez osoby postronne, warunek „większej liczby osób”, dostępność miejsca dla osób postronnych, sposób działania itp.

Za pierwszym ujęciem działania „publicznie” opowiedziała się zdecydowanie M. Bogomińska uznając, że nic nie stoi na przeszkodzie do przyjęcia, że w art. 120 § 14 kodeksu karnego z 1969 r. „publiczność” oznacza działanie w „miejscu publicznym”²³. Drugie ujęcie zyskało przewagę w doktrynie, której przedstawiciele warunek dostępności działania dla nieokreślonej liczby osób traktowali prawie jak warunek *sine qua non* „publiczności” działania. Należy jednak zaznaczyć, że istniała duża rozbieżność w pojmowaniu warunku „dostępności”²⁴. Charakterystyczna w tym przedmiocie była wypowiedź T. Bojarskiego, który stwierdził, że: „(...) trudno mówić o «publiczności» czynu, jeżeli nikt nic nie widział ani niczego nie słyszał”²⁵.

K. Mioduski uznawał, iż „Działanie jest podjęte publicznie, jeżeli ze względu na miejsce działania lub inne okoliczności i sposób działania może być ono spostrzegane przez niedającą się z góry ściśle określić liczbę bliżej niezidentyfikowanych osób”²⁶. Zwrot „kompromis” należy tu rozumieć jako próbę pogodzenia poglądu przyjmującego, że warunkiem koniecznym, a zarazem wystarczającym do przyjęcia „publiczności” działania jest możliwość zauważenia przestępnego działania sprawcy, z poglądem według którego niezbędne jest jednak zaobserwowanie czynu przez niedającą się określić liczbę osób indywidualnie nieoznaczonych²⁷. Zbliżone zdanie zostało wyrażone przez I. Andrejewa, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie było konieczne, by w konkretnym wypadku działanie zostało dostrzeżone przez kogokolwiek²⁸. Było to ujęcie kompleksowe w najszerszym tego słowa znaczeniu, a jego kompromisowość polegała na zharmonizowaniu

osób” – wyrok SN z 3.05.1971 r., Rw 441/71, OSNKW 1971, z. 10, poz. 158. Podobnie przyjęto w wyroku SN z 15.06.1970 r., Rw 493/70, BSN 1970, nr 7–8, poz. 112.

²³ Zob. M. Bogomińska, *Glosa do wyroku z 16.11.1972 r., I KR 274/2*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 12, s. 178.

²⁴ Zdaniem W. Świdy, „publicznie” przedsięwzięte działanie, gdy było ono dostępne dla nieokreślonej liczby nieoznaczonych z góry osób (zob. W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 141.), natomiast H. Rajzman nie stawiał warunku, by działanie sprawcy było przez kogokolwiek zauważone (zob. H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego*, „Nowe Prawo” 1972, nr 1, s. 276.). Według I. Andrejewa do przyjęcia publiczności działania wystarczała możliwość zaobserwowania działania przez większą liczbę osób (zob. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970, s. 98.), a według J. Szwachy niezbędna była realna możliwość zauważenia działania przez jakiegokolwiek przypadkowego świadka (zob. J. Szwacha, *Pojęcie działania „publicznie” i działania „w miejscu publicznym”*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 9, s. 13 oraz tego autora: *Glosa do wyroku z dnia 3 V 1971 r., Rw 441/71*, „Nowe Prawo” 1972, nr 11, s. 1732–1735).

²⁵ Zob. T. Bojarski, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 IX 1973 r., V KZP 26/73*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 6, s. 177.

²⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, Warszawa 1971, s. 196.

²⁷ Zob. W. Kubala, *Znamię „publicznie” w ujęciu Kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1976, nr 3, s. 378.

²⁸ Zob. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 251.

(pogodzeniu) wszystkich wchodzących w grę możliwości wykładni określenia „publicznie”²⁹.

Istotny wpływ na kształtowanie się praktyki orzeczniczej pod rządami kodeksu karnego z 1969 r., zwłaszcza w sprawach o występki o charakterze chuligańskim, wywarły dwa orzeczenia: wyrok Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 26.03.1973 r. (Rw 279/73)³⁰ oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20.09.1973 r. (VI KZP 26/73)³¹. W wyroku z dnia 26.03.1973 r. Sąd Najwyższy stwierdził: „Okoliczność, że określony czyn dokonany został w miejscu publicznym, nie stanowi wprawdzie sama przez się wystarczającej podstawy do ustalenia, że sprawca działał publicznie, jednak w przypadku dokonania umyślnego występkę (stanowiącego zamach na dobra określone w art. 120 § 14 k.k.) w miejscu ogólnie dostępnym, i to w takich warunkach, w których możliwość bezpośredniego dostrzeżenia przestępnego zachowania się sprawców jest ze strony osób postronnych w pełni realna, przyjąć należy, że sprawca działał publicznie. Kwestię, czy owa możliwość była realna należy oceniać i rozważać na podstawie konkretnych faktów zaistniałych w określonej sytuacji”. Zdaniem Sądu Najwyższego, z realną możliwością bezpośredniego dostrzeżenia działania sprawcy mamy do czynienia nie wówczas, gdy czyn dostrzeżony został przynajmniej przez jedną osobę postronną, lecz gdy ze względu na sposób działania sprawcy (np. wznoszenie okrzyków) i miejsce działania (ogólnie dostępne) mógł być on dostrzeżony także przez dalsze osoby. Natomiast zgodnie z tą uchwałą z dnia 20.09.1973 r., „Działanie publiczne w rozumieniu art. 120 § 14 k.k. zachodzi wówczas, gdy bądź ze względu na miejsce działania bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób, przy czym sprawca mając świadomość tej możliwości co najmniej na to się godzi”. Z przytoczonych orzeczeń wynikają następujące wnioski:

- do przyjęcia „publiczności” działania nie jest wymagane, aby działanie zrealizowane zostało przed publicznością, wystarcza możliwość zaobserwowania przestępnego zachowania się sprawcy,
- popełnienie czynu w miejscu publicznym nie przesądza o „publiczności” działania³²,
- „publiczność” działania musi być objęta świadomością sprawcy, tj. sprawca musi sobie zdawać sprawę z tego, że jego działanie dojdzie lub może dojść do wiadomości nieokreślonej liczby ludzi, a sprawca chce lub taką możliwość przewiduje i się na nią godzi³³.

²⁹ Zob. W. Kubala, *Znamię „publicznie”...*, op. cit., s. 378.

³⁰ OSNKW 1973, z. 7–8, poz. 101. Zob. również: W. Kubala, *Glosa do wyroku SN z 26 III 1973 r., Rw 279/73, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 165–168.*

³¹ OSNKW 1973, z. 11, poz. 132 – Zob. również glosy do uchwały autorstwa W. Kubali (OSPika 1974, Nr 5, poz. 100, s. 220–222) i T. Bojarskiego („Państwo i Prawo” 1974, nr 6, s. 174–177).

³² Takie stanowisko przyjęto np. w wyroku SN z 16.11.1972 r. I KR 274/72, BSN 1973, z. 2, poz. 27.

³³ Takie stanowisko przyjęto np. w wyrok SN z 19.05.1972 r., Rw 439/72, OSNKW 1972, z. 9, poz. 146 oraz w wyroku SN z 3.06.1982 r., I KR 111/82, OSNPG 1982, z. 11, poz. 145.

Przytoczone orzeczenia ujawniają wcześniej wspomniane rozbieżności w kwestii sposobu rozumienia możliwości zaobserwowania działania sprawcy przez osoby postronne.

Wyrażając pogląd zbieżny ze stanowiskiem Sądu Najwyższego przyjętym w uchwale z dnia 20.09.1973 r., J. Szwacha uznał, iż prawidłowa represja karna za występkę o charakterze chuligańskim wymaga szerokiej wykładni zwrotu „działa publicznie” i dopatrywania się tej „publiczności” w każdym przypadku działania podjętego w miejscu publicznym, niezależnie od obecności w tym miejscu innych osób³⁴. T. Bojarski również zwrócił uwagę na to, że potrzeby w zakresie polityki kryminalnej wymagają karania, jako przestępstw o charakterze chuligańskim, także czynów popełnionych w miejscu publicznym bez obecności świadków. Zaznaczył jednak, że musiałyby o tym rozstrzygać sama ustawa bądź przez umieszczenie w § 14 art. 120 kodeksu karnego z 1969 r. – obok słowa „publicznie” – wyrażenia „lub w miejscu publicznym”, bądź przez wyjaśnienie w oddzielnym punkcie art. 120 k.k., że działanie w miejscu publicznym jest w rozumieniu ustawy zawsze publiczne. W związku z brakiem podobnych rozstrzygnięć w kodeksie karnym z 1969 r., o publiczności działania można było mówić tylko wówczas, gdy czyn podjęty w miejscu publicznym został rzeczywiście zauważony przynajmniej przez jakąś jedną postronną osobę i mógł być ponadto zaobserwowany także przez inne osoby³⁵.

Według J. Majewskiego, w obrębie art. 115 §21 k.k. termin „publicznie” należy wyklądać zgodnie z jego znaczeniem rejestrowanym w słownikach języka polskiego. „Publicznie” działa więc zarówno ten, kto działa „przed publicznością” („na oczach publiczności”, „przy świadkach”), ten kto działa „w miejscu ogólnie dostępnym”, „w miejscu publicznym”, jak i ten, kto działa w sposób jawny, dostrzegalny dla bliżej nieokreślonej liczby nieoznaczonych z góry osób³⁶. Wynika z tego, iż zwrot „działa publicznie” jest dość „pojemny” i obejmuje wszystkie sytuacje, w których bądź ze względu na miejsce działania, bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy, jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób, przy czym publiczny charakter działania musi być objęty świadomością sprawcy³⁷. Jednak zdaniem innych autorów dla stwierdzenia „publiczności” działania sprawcy niezbędne jest to, by sprawca działał w miejscu publicznym, jak i publicznie³⁸. Według T. Bojarskiego,

³⁴ Zob. J. Szwacha, *Chuligański charakter przestępstwa według nowego kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 1, s. 34–35.

³⁵ Zob. T. Bojarski, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 IX 1973 r.*, VI KZP 26/73, „Państwo i Prawo” 1974, nr 6, s. 177.

³⁶ Zob. J. Majewski (w.): G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 1250.

³⁷ Podobne stanowisko przyjęli następujący autorzy: M. Mozgawa (w.): M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz...*, op. cit., s. 25; J. Giezek (w.): J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 780; A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 328.

³⁸ Zob. M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 540; W. Zalewski (w.): M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 315.

„(...) sprawca ma działać publicznie, a więc w obecności innych osób, w szczególności w miejscu publicznym”³⁹.

Analiza poglądów w zakresie istoty „publiczności” działania prowadzi do wniosku, że od każdego z wymienionych kryteriów istnieją wyjątki, które utrudniają, a nawet uniemożliwiają precyzyjne określenie tego pojęcia. Dlatego też krytycznie należy ocenić przydatność elementu działania „publicznie” przy ustalaniu chuligańskiego charakteru zachowania sprawcy.

4. Działanie „bez powodu lub z oczywiście błahego powodu”

Granica między działaniem w rozumieniu powszechnym „bez powodu” lub „z błahego powodu” jest płynna, zależna od kryteriów panujących w środowisku sprawcy i pokrzywdzonego. Ze względu na swój ocenny charakter oba pojęcia powodowały wiele trudności interpretacyjnych na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Jedną z nich dotyczyła wieloznaczności terminu „powód”⁴⁰. Przez działanie „bez powodu” rozumiano działanie niesprowokowane przez pokrzywdzonego ani niemające podłoża w zatargu osobistym z pokrzywdzonym⁴¹ lub takie, gdy nie istniał świadomy⁴², racjonalny motyw działania, gdy działaniu brak było wszelkiej racji⁴³. Natomiast powód uznawano za „oczywiście błahy”, gdy zachodziła rażąca dysproporcja między przyczyną zewnętrzną pobudzającą sprawcę do działania a reakcją na tę przyczynę⁴⁴, gdy w rozumieniu powszechnym zachodziła oczywista nieadekwatność reakcji sprawcy do przyczyny zewnętrznej powodującej działanie⁴⁵, gdy cel w jakim sprawca działał nie usprawiedliwiał w jakimś istotniejszym stopniu drastyczności środków podjętych przez sprawcę dla jego osiągnięcia⁴⁶.

³⁹ Zob. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 205.

⁴⁰ J. Szwacha określał „powód” w trojaki sposób: podmiotowo – jako przyczynę wywołującą niezależnie od świadomego zachowania się człowieka, pewien skutek w postaci jakiejś zmiany w świecie zewnętrznym (ujęcie nieistotne w dalszych rozważaniach), podmiotowo – jako motyw, czyli czynnik intelektualny, który bez inspiracji czynników przedmiotowych spowodował określone zachowanie, przedmiotowo-podmiotowo – jako zjawisko obiektywne, będące przyczyną powstania motywu powodującego określone działania ludzkie. J. Szwach przyjął, iż ustawodawcy chodziło o „powód” w znaczeniu przedmiotowo-podmiotowym, czyli że działanie „bez powodu” to takie, które nie miało w rozumieniu powszechnym uzasadnienia w obiektywnej rzeczywistości, chociaż sprawca działał z jakiegoś powodu (w znaczeniu podmiotowym) – Zob. J. Szwacha, *Chuligański charakter przestępstwa...*, op. cit., s. 36.

⁴¹ Zob. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 252. – W komentarzu dodano jednocześnie, że powodu (w tym przypadku zewnętrznego), jako czynnika występującego w motywacji działania sprawcy, nie należy mieszać z przyczyną, bez której nie byłoby działania.

⁴² Każde bowiem działanie ludzkie ma jakąś przyczynę, choćby nie była ona uświadomiona sobie przez działającego podmiot – Zob. K. Buchała (w:) K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll (red.), *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 356–357.

⁴³ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 240.

⁴⁴ Zob. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 252.

⁴⁵ Zob. J. Szwacha, *Chuligański charakter przestępstwa...*, op. cit., s. 36.

⁴⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 240.

Problematyka działania z „błahego powodu” była często poruszana zarówno w teorii prawa karnego⁴⁷, jak i w orzecznictwie⁴⁸. Interpretacją terminu „działanie z oczywiście błahego powodu” zajął się szerzej M. Bereźnicki, który uznał, że ma ono miejsce wtedy, gdy nie znajduje wytłumaczenia w charakterze czynnika zewnętrznego, który pobudził sprawcę do działania, przy jednoczesnym uwzględnieniu jego struktury charakterologicznej, wartościowanej razem z okolicznościami faktycznymi towarzyszącymi konkretnemu zdarzeniu. Motyw takiego działania sprawcy wyjaśnia głównie charakter jego osobowości, w której z zasady zawiera się potencjalna permanentna pogarda dla zasad współżycia społecznego⁴⁹. Powyższe ujęcie wiązało fakt popełnienia przestępstwa o charakterze chuligańskim z dotychczasowym trybem życia sprawcy, stanowiącym logiczną jego konsekwencję.

Sąd Najwyższy stwierdził: „Kwestia, czy powód działania sprawcy był oczywiście błaży w rozumieniu powszechnym, powinna być rozstrzygana na tle wagi przyczyny zewnętrznej, która pobudziła sprawcę do przestępnego działania, z rodzajem i sposobem tego działania. Jeżeli porównywanie tych faktów wskazuje, że działanie sprawcy przedstawia się jako reakcja odwetowa rażąco niewspółmierna w stosunku do przyczyny zewnętrznej, a więc jeżeli sprawca wykorzystuje zaistniałą przyczynę zewnętrzną jako pretekst swego agresywnego wyładowania się wyrządzając szkodę pokrzywdzonemu, to należy uznać, iż w rozumieniu powszechnym powód działania sprawcy był oczywiście błaży”⁵⁰.

Organ ten zwrócił uwagę na błędność utożsamiania „działania w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu” z brakiem słusznego powodu działania⁵¹. Należy także zaznaczyć, że pojęcie działania „w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu” jest pojęciem szerszym co do zakresu, aniżeli działanie z braku osobistego podłoża. W związku z tym, odpowiadające pozostałym warunkom – określonym w art. 120 § 14 kodeksu karnego z 1969 r. – akty samosądu mogły być uznane za działania o charakterze chuligańskim, mimo iż wynikły na tle osobistych porachunków i nie były pozbawione osobistego podłoża⁵².

⁴⁷ Zob. M. Bereźnicki, *Działanie z błahego powodu jako przesłanka warunkująca chuligański charakter czynu*, „Palestra” 1968, nr 6, s. 50–57; S. Dałkowski, *Pobudka – obywatelstwo w orzecznictwie*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1971, nr 19, s. 6; W. Komorniczak, *Czy istnieją „pobudki chuligańskie”*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 24, s. 7; W. Kubala, *Działanie bez powodu lub z oczywiście błahego powodu*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1977, nr 1, s. 6–19; P. Kruszyński, *Głosa do uchwały z 15 IV 1982 r.*, VI KZP 6/82, „Państwo i Prawo” 1982, nr 12, s. 149–154.

⁴⁸ Zob. np.: wyrok SN z 4.02.1971 r., IV KR 210/70, OSPIKA 1971, z. 12, poz. 241 oraz wyrok SN z 19.02.1972 r., IV KR 114/73, OSNPG 1972, z. 11, poz. 173.

⁴⁹ Zob. M. Bereźnicki, *Działanie z błahego powodu...*, op. cit., s. 50–57.

⁵⁰ Wyrok SN z 25.10.1974 r., Rw 496/74, OSNKW 1975, z. 1, poz. 16.

⁵¹ Wyrok SN z 21.10.1969 r., V KRN 271/69, OSPIKA 1970, z. 5, poz. 106.

⁵² „(...) akty samosądu wynikłe na tle osobistych porachunków – nie wykluczają chuligańskiego charakteru działania oskarżonego.” – wyrok SN z 7.12.1971 r., V KRN 440/71, OSNPG 1972, z. 4, poz. 44.

Dla oceny istnienia i wagi powodu działania nie były decydujące poglądy i przekonania sprawcy występku o charakterze chuligańskim. Nie miał tu w szczególności decydującego znaczenia fakt, że sprawca uważał, iż miał podstawę do tego, aby żywić do pokrzywdzonego poważne pretensje, które były przyczyną zajścia. Czy i w jakim stopniu takie pretensje mogły usprawiedliwić zachowanie się sprawcy, decydowało „powszechne rozumienie”, a nie subiektywna ocena sprawcy. W związku z powyższym, działanie z zemsty czy z chęci odwetu, nie wyłączało możliwości uznania czynu za przestępstwo o charakterze chuligańskim wówczas, gdy było wyraźnie oderwane czasowo od zdarzenia wywołującego uczucie zemsty czy chęć odwetu, albo gdy swoją intensywnością lub zakresem znacznie przekraczało naturalną niejako i dającą się zrozumieć reakcję sprawcy⁵³.

W przypadku tego elementu definicji występku o charakterze chuligańskim w orzecznictwie Sądu Najwyższego zaznaczyła się tendencja do wykładni rozszerzającej. Organ ten twierdził: „Fakt, że zajście zostało sprowokowane przez pokrzywdzonego i że reakcja na tę prowokację nie była w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu – nie wyłącza możliwości uznania przestępstwa za mające charakter chuligański, jeżeli postępowanie oskarżonego nie ograniczyło się do zamachu na osobę, która zajście sprowokowała, lecz przerodziło się w udział w niebezpiecznej bójce, w toku której oskarżony występował agresywnie przeciwko innym osobom, nawet tym, które starają się nieść pomoc ofiarom bójki lub uspokoić oskarżonego”⁵⁴. Ponadto zbyt daleko posunięta obiektywizacja tego elementu definicji w orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszczała możliwość przypisania takiego charakteru czynom popełnionym przez sprawcę o psychopatycznych cechach osobowości, ograniczających w stopniu mniejszym niż znaczny jego poczytalność⁵⁵, czy nawet działającego w warunkach art. 25 §2 k.k.⁵⁶.

Jak już zaznaczyłam, definicja występku o charakterze chuligańskim zawarta w treści art. 115 §21 kodeksu karnego z 1997 r. nie stanowi kopii definicji z art. 120 §14 kodeksu karnego z 1969 r., co w szczególności dotyczy rezygnacji przez ustawodawcę ze wskazania kryterium oceny powodu podjętego działania lub braku takiego powodu, tj. sformułowania „w rozumieniu powszechnym”. W rozumieniu powszechnym – zależnym od kręgu kulturowego – pewne powody traktowane są jako nieistotne lub nawet nieistniejące, w szczególności gdy są niezrozumiałe. W kontekście kodeksu karnego z 1969 r. zwrot „w rozumieniu powszechnym” oznaczał poglądy oraz skalę ocen moralnych i prawnych, jakie wówczas przeważały.

⁵³ Takie stanowisko przyjęto w postanowieniu SN – Izba Wojskowa z 15.09.1969 r., Rw 1202/69, OSNKW 1969, z. 12, poz. 161.

⁵⁴ Wyrok SN z 22.01.1971 r., IV KR 235/70, OSNKW 1971, z. 6, poz. 88.

⁵⁵ Zob. wyrok SN z 3.11.1970 r., V KRN 408/70, OSNPG 1971, z. 4, poz. 56 oraz wyrok SN z 16.06.1970 r., V KRN 148/70, OSNKW 1970, z. 11, poz. 143.

⁵⁶ Zob. wyrok SN z 4.11.1977 r., VI KR 273/77, OSNKW 1978, z. 2–3, poz. 21.

W obecnym stanie prawnym zrezygnowano z „powszechności” jako kryterium oceny powodu, w związku z czym powstaje pytanie: czy brak wyraźnej ustawowej wskazówki, wskazującej na potrzebę tego rodzaju obiektywizacji oznacza, że ocena czy powód występował oraz czy był istotny lub błahy, może być dokonana z subiektywnego punktu widzenia sprawcy? W powyższej kwestii J. Giezek wyraził pogląd, iż ewentualna subiektywizacja powodu utrudni, a nawet uniemożliwi ocenę jego doniosłości, gdyż każdy człowiek decydujący się na podjęcie jakiegokolwiek aktywności powód swego działania ocenia jako dostatecznie ważki⁵⁷. Natomiast zdaniem E. Darmorost-Sierocińskiej, skoro sprawcy nie będzie można udowodnić, w bardzo uproszczonym postępowaniu dowodowym jakiegoś racjonalnego uzasadnienia dla jego działania, to należy przyjąć, że jest to działanie bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, nawet jeżeli opinia publiczna uznałaby inaczej⁵⁸.

W związku z powyższymi uwagami wydaje się, iż interpretacja analizowanego elementu definicji była łatwiejsza w starym stanie prawnym z uwagi na to, że ustawodawca obiektywizował powód zachowania sprawcy poprzez nawiązanie do jego powszechnego rozumienia.

5. Okazanie rażącego lekceważenia porządku prawnego

Zgodnie z art. 115 §21 k.k. warunkiem *sine qua non* przypisania występkuowi charakteru chulięańskiego jest ustalenie w konkretnym przypadku, że przez popełniony czyn sprawca okazał rażące lekceważenie porządku prawnego. Rażące to tyle, co jaskrawe, rzucające się w oczy, robiące duże ujemne wrażenie⁵⁹. W odróżnieniu od definicji zawartej w kodeksie karnym z 1969 r., charakterystykę postawy sprawcy – manifestującą się w rażącym lekceważeniu – w kodeksie karnym z 1997 r. zrelacjonowano do całego porządku prawnego, a nie do „podstawowych zasad porządku prawnego”.

W teorii prawa karnego pojawiły się dwa ujęcia „okazania rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego” – subiektywne oraz obiektywne. Przedstawiciele kierunku subiektywnego⁶⁰ byli jednomyślni, że elementem pozwalającym wyróżnić rażące lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego i określić je jako chulięańskie jest pobudka działania sprawcy, tj. pogarda dla

⁵⁷ Zob. J. Giezek (w:) J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 781.

⁵⁸ Zob. E. Darmorost-Sierocińska, *Zwalczanie przestępczości o charakterze chulięańskim...*, op. cit., s. 16.

⁵⁹ Zob. wyrok SN z 18.10.1972 r., Rwn 1030/72, OSNKW 1973, z. 1, poz. 17.

⁶⁰ Do zwolenników koncepcji subiektywnej należeli m.in.: J. Sawicki (*Chulięaństwo. Studia*, Warszawa 1956, s. 35), J. Szwacha, (*Chulięański charakter przestępczości...*, op. cit., s. 36–38), S. Walczak (*Literatura i duch nowego ustawodawstwa karnego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 1, s. 6–7), M. Mąciór (*Glosa do wyroku z dnia 20 VI 1979 r.*, V KRN 131/79, „Państwo i Prawo” 1980, nr 10, s. 146).

społeczeństwa oraz obowiązujących w nim norm współżycia. W zwrocie „rażące lekceważenie” chodzi o „wskazanie na intencjonalne nastawienie sprawcy, które odpowiada pojęciu «lekceważyć» rozumianemu potocznie w sensie «okazywać pogardę», dawać wyraz swojej postawie wobec porządku prawnego, której treścią jest nie tylko dezaprobata, lecz chęć okazania tej dezaprobaty”⁶¹. Przy ocenie, czy sprawca kierował się wyłącznie pogardą dla społeczeństwa, należy uwzględnić nie tylko jednorazowe zachowanie się, lecz także osobiste właściwości sprawcy. Przede wszystkim należy brać pod uwagę jego zachowanie w życiu codziennym, wykonywanie obowiązków zawodowych, postawę społeczną itp. Takie ujęcie – zdaniem jego zwolenników – pozwalało na wyeliminowanie orzekania chuli-gańskiego charakteru przestępstwa w wypadkach, gdy drobny występki stanowił wyjątek na tle dotychczasowego trybu życia i społecznej postawy sprawcy oraz został dokonany w szczególnym układzie sytuacyjnym. Według zwolenników tego ujęcia, tylko taka interpretacja zgodna była z kierunkiem prawa karnego, w którym wyrażony nacisk powinno się kłaść nie tylko na czyn, lecz i na osobę sprawcy.

Drugie ujęcie to obiektywna (przedmiotowa) interpretacja elementu „okazania rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego”. Jej zwolennicy⁶² wychodzili z założenia, że do prawidłowego posługiwania się tym kryterium należy je zobiektywizować. Ponadto prawidłowe jest odrzucenie kryterium pobudki działania sprawcy. Przy ocenie, czy zaistniał fakt okazania rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego, powinna być brana pod uwagę wyłącznie obiektywna wymowa działania, jego wydźwięk w środowisku, które zetknęło się z czynem⁶³. Nie chodzi o to, czy sprawca pragnie okazać swoim zachowaniem rażąco lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego i działa wyłącznie w tym celu, lecz o to, czy w rozumieniu powszechnym czyn sprawcy przedstawia się jako przejaw rażącego lekceważenia wspomnianych zasad. W ujęciu przedmiotowym wyrazem rażącego lekceważenia takich zasad było zatem: „działanie nieobyczajne, drastyczne, oceniane najczęściej przez otoczenie jako wyraz rozwyrzenia lub brutalności”⁶⁴.

Sąd Najwyższy stwierdził: „Ocena, czy sprawca swoim przestępnym zachowaniem okazał rażąco lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego, nie jest uzależniona od jego postawy przed popełnieniem przestępstwa, lecz uwarunkowana określonymi w art. 120 § 14 k.k. okolicznościami charakteryzującymi jego działanie w chwili popełnienia przezeń występkę”⁶⁵. Sąd Najwyższy uznał też, iż

⁶¹ Zob. K. Buchała, *Wykład prawa karnego. Nauka o karze (skrypt)*, Kraków 1972.

⁶² Do zwolenników koncepcji obiektywnej należeli m.in.: S. Prusak (*Kryteria chuli-gańskiego charakteru przestępstwa*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970, nr 4.), T. Hanausek, (*Chuli-gaństwo jako potencjalny czynnik kryminogenny*, „Problemy Kryminalistyki” 1969, nr 77, s. 33–42.), Z. Kocel-Krekora, *Glosa do wyroku z dnia 17 V 1979 r.*, *Rw 146/79*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 3, s. 175–177.).

⁶³ Takie ujęcie przyjął SN w wyroku z 3.05.1971 r., *Rw 441/71*, OSNKW 1971, z. 10, poz. 158 oraz w wyroku z 29.06.1971 r., *V KRN 181/71* (nie publ.).

⁶⁴ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 197–198.

⁶⁵ Wyrok SN z 17.05.1979 r., *Rw 146/79*, OSNKW 1979, z. 9, poz. 93.

wypadki, w których sprawca działał wyłącznie w celu „wyżycia się” oraz w celu rażącego lekceważenia dla podstawowych zasad porządku prawnego, są zupełnie wyjątkowe, a udowodnienie sprawy, że właśnie w takim celu działał, jest zadaniem niemal niemożliwym do wykonania. Dlatego też – zgodnie z brzmieniem art. 120 §14 k.k. – należy przyjąć, że o charakterze chuligańskim przestępstwa decydują nie subiektywne przeżycia, pragnienia i cele sprawy, lecz obiektywny wydźwięk jego zachowania się, a w szczególności dokonanie umyślnego zamachu na określone w tym przepisie dobra, i to publicznie oraz bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, gdyż właśnie takie działanie sprawcy (najczęściej pijanego) jest w rozumieniu powszechnym przejawem lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego⁶⁶.

W wymienionych orzeczeniach Sąd Najwyższy przedstawił przedmiotową interpretację omawianego elementu czynu o charakterze chuligańskim, który w konkretnym przypadku zależy od przebiegu zajścia i sposobu działania sprawcy, a nie od jego postawy życiowej przed popełnieniem przestępstwa. Stwierdzenie zatem faktu okazania rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego było niezależne od właściwości związanych z osobą sprawcy i jej nastawieniem psychicznym. Taka konkluzja nie oznaczała bynajmniej rezygnacji ze zwracania uwagi na sprawcę czynu. Charakterystyka osoby sprawcy powinna być rozważana w związku z wymiarem kary. Należy stwierdzić, że w praktyce prawidłowe jest oddzielenie obiektywnych przesłanek faktu okazania rażącego lekceważenia od przesłanek subiektywnych, wyrażających się w ocenie osoby sprawcy czynu. Pierwsze z nich mają wpływ na uznanie, czy powyższy element czynu chuligańskiego zaistniał, natomiast drugie powinny być uwzględnione przy wymiarze kary.

Na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. pojęcie to wywoływało również wiele kontrowersji w związku z rozumieniem określenia „podstawowe zasady porządku prawnego”. Słowo „porządek” oznacza przede wszystkim systematyczny, regularny układ czegoś i sugeruje pewną poprawność, zgodność z ustalonymi wcześniej regułami, zasadami. Istnienie porządku przesądza o hierarchii pewnych reguł bądź zasad, a ściślej – o kolejności ich stosowania. Słowo „porządek” sugeruje również pewną stabilność w ramach określonych zespołów sytuacyjnych lub w określonej dziedzinie życia w społeczeństwie. Stabilność ta będzie zagwarantowana przede wszystkim właściwym stosowaniem pewnych reguł, do których odnosi się nazwa porządek. Skoro chodzi o porządek prawny, w interesującym nas przypadku regułami odniesienia będzie prawo. Natomiast przy analizie słowa „prawny” pojawia się kwestia: czy w ustawie operuje się nazwą „prawny” w znaczeniu „prawnokarny”, tj. czy pojęcie porządku prawnego zostaje zawężone do zbioru reguł i zasad, które są zawarte w normach prawa karnego, czy chodzić będzie o „prawność” w znaczeniu bardziej ogólnym, a więc o porządek

⁶⁶ Uzasadnienie do wyroku SN z 20.06.1979 r., V KRN 131/79, OSNKW 1979, z. 10, poz. 105.

nie tylko prawnokarny, ale i cywilnoprawny, administracyjnoprawny itp.? Na to pytanie brakuje wyraźnej odpowiedzi. Warunek prawności porządku, o którego naruszenie chodzi, pozwalał jedynie na odcięcie się w ramach tych rozważań od sytuacji, którymi przepisy stanowiące przez władzę państwową nie interesują się. Wykładnia językowa pozwalała więc na wyjście poza kodeksowy krąg przestępstw, których popełnienie stanowiło rażący, choć nie jedyny, wypadek naruszenia porządku prawnego⁶⁷.

Określenie „podstawowe zasady” sugerowało, jakoby istniały jeszcze inne zasady, które nie posiadały priorytetowego (wiodącego) charakteru. Przy takim założeniu, z semantycznej wykładni przepisu art. 120 § 14 k.k. wynikałoby, że podstawowe zasady to niepopelnianie przestępstw publicznie oraz bez powodu lub z oczywiście błahego powodu (w rozumieniu powszechnym), co w teorii i praktyce, jaki i w obowiązującym ustawodawstwie, nie znajdowało uzasadnienia⁶⁸. Wydaje się raczej, iż chodziło tu o naruszenie elementarnych zasad społecznych i moralnych, leżących u podstaw każdego porządku społeczno-prawnego. Rażące naruszenie tych zasad zachodziło, gdy czyn był w stanie wzbudzić powszechne oburzenie z powodu odstawania tego zachowania od innych przestępnych zachowań (od prostego naruszenia norm prawnych), gdy był drastyczny, nieobyczajny, wskazywał na rozwydrzenie obyczajowe, naruszał uczucia litości i ludzkości, budził lęk, poczucie zagrożenia u osób, które to zachowanie obserwowały lub powzięły o nim wiadomość⁶⁹. Przejaw rażącego lekceważenia porządku prawnego stanowiło więc działanie drastycznie nieobyczajne, a także działanie oceniane jako wyraz rozwydrzenia, brutalności czy nawet bestialstwa, gdyż takie działania szczególnie łatwo wywołują oburzenie, zgorszenie, a nawet lęk u osób, które bezpośrednio zetknęły się z zajściem lub powzięły o nim wiadomość.

Zdaniem J. Majewskiego – na gruncie art. 115 § 21 k.k. – o okazaniu przez sprawcę rażącego lekceważenia porządku prawnego można mówić tylko wówczas, gdy popełnienie występku publicznie i bez powodu lub z oczywiście błahego powodu stanowi wyraz względnie trwałego, negatywnego nastawienia sprawcy do tego porządku. Stąd na ogół nie będzie podstaw do zakwalifikowania jako chuligańskiego, występku popełnionego wprawdzie publicznie i bez powodu, ale przez sprawcę, który nie wykazywał dotąd swą postawą negatywnego stosunku do obowiązującego porządku prawnego⁷⁰. Natomiast według A. Marka, trudno jest uznać powyższy pogląd za trafny, gdyż okazanie rażącego lekceważenia porządku prawnego może być jednorazowym zachowaniem o charakterze agresywnym.

⁶⁷ Zob. J. Strycharz, *Ujęcie porządku prawnego w kodeksie karnym*, „Nowe Prawo” 1970, nr 5, s. 852–853.

⁶⁸ Zob. J. Nowiński, *Chuligański charakter czyny ze stanowiska polityki kryminalnej*, Wrocław 1989, s. 35.

⁶⁹ Zob. K. Buchała (w:) K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, op. cit., s. 358.

⁷⁰ Zob. J. Majewski (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, op. cit., s. 1251.

W istocie rzeczy chodzi o wyrażone przez sprawcę jego agresywnym czynem rażące lekceważenie porządku prawnego i obiektywnie naganną ocenę tego czynu, wywołującego reakcje repulsywne w społeczeństwie. W związku z tym poprawne jest jedynie subiektywno-obiektywna wykładnia tej przesłanki⁷¹.

Powyższe uwagi wskazują na nieostrość omawianej przesłanki ze względu na kontrowersje występujące zarówno na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., jak i kodeksu karnego z 1997 r. Należy zaznaczyć, iż do tej problematyki odnieśli się autorzy rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – kodeks karny wykonawczy, ustawy – kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw⁷² przedstawionego w listopadzie 2008 r., który zakładał m.in. rezygnację z instytucji występku o charakterze chuligańskim⁷³. W uzasadnieniu projektu wskazano, że rezygnacja z instytucji występku o charakterze chuligańskim wynika z wątpliwości interpretacyjnych związanych z jego definicją legalną, zawartą w art. 115 § 21 k.k. Zwracając uwagę na spór w zakresie interpretacji zwrotu „okazanie rażącego lekceważenia porządku prawnego” wskazano, że takie ujęcie obowiązującej definicji nie daje jasnej odpowiedzi na pytanie, czy przytoczona okoliczność ma być obiektywną cechą działania sprawcy, wyróżniającą się zdatnością do wywołania u postronnych obserwatorów – w rozumieniu powszechnym – przekonania o rażącym lekceważeniu porządku prawnego czy też ma ona stanowić pobudkę działania sprawcy, rozumianą jako chęć okazania lekceważenia wspomnianych zasad, co wiązałoby się z koniecznością każdorazowego ustalania nastawienia sprawcy. W uzasadnieniu projektu słusznie podkreślono, iż „Przepis ten (...) winien być skonstruowany, tak aby wykluczyć możliwość rozbieżnych jego interpretacji, zwłaszcza że chodzi tutaj o kwestię o istotnym znaczeniu, skutkującą zaostrzeniem odpowiedzialności karnej sprawcy występku tego rodzaju”⁷⁴. Projekt nowelizacji został uchwalony przez Sejm w dniu 25.09.2009 r. i przekazany do Senatu. Niestety, Senat nie podzielił argumentów przedstawionych w uzasadnieniu do projektu ustawy i w uchwale z dnia 22.10.2009 r.⁷⁵ wprowadził poprawki mające na celu przywrócenie do przepisów ustaw karnych instytucji chuligańskiego charakteru czynu.

⁷¹ Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 329. Podobnie M. Mozgawa (w:) M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz...*, op. cit., s. 252–253.

⁷² Druk sejmowy nr 1394, Warszawa, 21 listopada 2008 r.

⁷³ W zakresie przepisów dotyczących chuligańskiego charakteru występku, zawartych w kodeksie karnym, projekt nowelizacji przewidywał: uchYLENIE art. 57a k.k. (art. 1 pkt 12 projektu), art. 58 § 4 k.k. (art. 1 pkt 13c projektu), art. 69 § 4 k.k. (art. 1 pkt 16 projektu) i art. 115 § 21 k.k. (art. 1 pkt 22b projektu) oraz zmiany w treści art. 49a i art. 59 k.k. Projekt nowelizacji zakładał również eliminację chuligańskiego charakteru czynu z przepisów zawartych w kodeksie postępowania karnego.

⁷⁴ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – kodeks karny wykonawczy, ustawy – kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 1394, Warszawa, 21 listopada 2008 r., s. 10–11.

⁷⁵ Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22.10.2009 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – kodeks karny wykonawczy, ustawy – kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, www.senat.gov.pl

W uzasadnieniu uchwały z dnia 22.10.2009 r. Senat stwierdził, że „(...) trudności interpretacyjne nie mogą równoważyć kilkudziesięciu lat obowiązywania tych rozwiązań oraz związanego z nimi dorobku praktyki i doktryny, który należałoby po wejściu w życie ustawy, uznać za stracony.” Wydaje mi się jednak, iż takie uzasadnienie nie jest trafne, gdyż dorobek doktryny i praktyki jednoznacznie wskazuje na trudności i rozbieżności interpretacyjne poszczególnych elementów definicji występku o charakterze chuligańskim. Stanowi dowód na to, że przyjęte w definicji kryteria nie spełniają podstawowych wymogów, jakie wynikają z konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności regulacji prowadzących w sposób obligatoryjny do zaostrzenia sankcji karnej.

6. Wnioski

Dokonując podsumowania powyższych rozważań, muszę podkreślić, iż definicja legalna występku o charakterze chuligańskim – ujęta w art. 115 §21 k.k. – może nasuwać w konkretnych sytuacjach wiele wątpliwości, zwłaszcza co do interpretacji zwrotów: „działa publicznie”, „bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu”, czy też „rażące lekceważenie porządku prawnego”. Oparcie definicji legalnej tej instytucji na znamionach ocennych może prowadzić do zróżnicowania podstaw odpowiedzialności karnej sprawców, które będzie cechować się zarówno dowolnością organów sprawiedliwości, gdy idzie o proces subsumpcji konkretnych zachowań pod odpowiednie przepisy prawa oraz oderwaniem od kryteriów obiektywnych. Definicja wywołuje także zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP, która w art. 2 i 42 statuuje wymóg, by na gruncie prawa karnego zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną był sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły, czyniąc zadość zasadzie *nullum crimen sine lege certa*⁷⁶. Z drugiej jednak strony sądzę, iż opracowanie lepszej jasnej i precyzyjnej definicji jest niemożliwe z uwagi na to, iż zjawisko „chuligaństwa” nie nadaje się do prawniczego zdefiniowania.

„Chuligaństwo” to zjawisko społeczne przejawiające się głównie w zamachach (tj. aktach przemocy fizycznej lub werbalnej) na przypadkowe (najczęściej) dla sprawcy osoby lub w atakach na mienie (tj. niszczenie, uszkodzenie lub czynienie niezdatną do użytku cudzej rzeczy) – zarówno prywatne, jak i społeczne. Zjawisko „chuligaństwa” charakteryzuje się więc różnorodnością w zakresie jego przejawów, atakowanych dóbr prawnych oraz okoliczności towarzyszących takim atakom. Jedyną cechą wspólną przejawów „chuligaństwa” jest agresywne zachowanie sprawcy lub sprawców. Takie akty przemocy lub ataki na mienie wynikają z niepohamowanej agresji sprawcy, która w odczuciu społecznym nie znajduje żadnego uzasadnienia i powoduje u obywateli poczucie zagrożenia, obawę o swoje

⁷⁶ Zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego 25.09.1991 r., S 6/91, OTK 1991, poz. 34.

życie, zdrowie lub mienie. Sądzę jednak, iż różnorodność zachowań składających się na zjawisko „chuligaństwa” powoduje niemożność dobrania uniwersalnych, a przy tym jasnych i precyzyjnych kryteriów pozwalających odróżnić – w każdym indywidualnym przypadku – występęk o charakterze chuligańskim od występkę niemającego takiego charakteru.

W związku z powyższym uważam, iż definicja legalna występkę o charakterze chuligańskim oraz związane z nim konsekwencje w zakresie wymiaru kary i środków karnych powinny zostać usunięte z kodeksu karnego. Wydaje mi się, iż kodeks karny w sposób dostateczny pozwala wymierzyć karę w granicach ustawowego zagrożenia, posługując się odpowiednimi zasadami i dyrektywami wymiaru kary i środków karnych, jeżeli czyn sprawcy cechuje się wyższym ładunkiem społecznej szkodliwości. Natomiast regulacje dotyczące instytucji występkę o charakterze chuligańskim w sposób nadmierny krępują sąd w doborze adekwatnych środków reakcji karnej.

Powyższy postulat odnoszę również do instytucji wykroczenia o charakterze chuligańskim, która funkcjonuje w prawie wykroczeń nieprzerwanie od momentu uchwalenia kodeksu wykroczeń w 1971 r.

STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono analizę definicji legalnej występkę o charakterze chuligańskim, zawartej w art. 115 § 21 kodeksu karnego z 1997 r. oraz dokonano jej krytycznej oceny. Celem artykułu było ukazanie rozbieżności interpretacyjnych poszczególnych elementów konstruujących pojęcie występkę o charakterze chuligańskim, występujących w poglądach przedstawicieli doktryny oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, które w praktyce mogą doprowadzić do zróżnicowania podstaw odpowiedzialności karnej sprawców. W wyniku analizy wskazano na niedostatki definicji legalnej występkę o charakterze chuligańskim oraz wysunięto postulat eliminacji instytucji chuligańskiego charakteru czynu z systemu polskiego prawa karnego.

SUMMARY

The article presents an analysis of a definition of a hooligan type of offence included in Article 115 § 21 of the Criminal Code of 1997 and its critical assessment. The article aims to show the interpretational inconsistencies of individual elements constructing the concept of hooligan type of offence in the opinions of the representatives of the doctrine and the decisions made by the Supreme Court which can practically lead to diversifying bases for criminal responsibility of perpetrators. The analysis results in pointing out the deficiencies in the legal definition of a hooligan type of offence and postulating an exclusion of this kind of crime from the system of Polish criminal law.

JANUSZ CABAJ

FEMINISTYCZNA JURYSPRUDENCJA:
LIBERALIZM *VERSUS* RADYKALIZM

Teorie najczęściej dyskutowane przez przedstawicieli jurysprudencji anglojęzycznej, od T. Hobbesa do drugiej połowy XX wieku, są zasadniczo prześlądem intelektualnej tradycji liberalizmu politycznego. Jako wyjątek od tej zasady należy wskazać marksistowski opis prawa. Jego klasowy instrumentalizm postrzega prawo jako bezpośredni wyraz woli klasy dominującej. Jednak w ciągu ostatnich dekad XX wieku, założenia liberalnych teorii prawa musiały stawić czoła nowym wyzwaniom. Do najbardziej znanych należą te, zgłaszane przez ruch *Critical Legal Studies*, przedstawicieli (a tak naprawdę – przedstawicielki) jurysprudencji feministycznej¹, postmodernistycznej teorii prawa, a także zwolenników teorii rasowych.

Podstawowym celem, który zjednoczył te poglądy, zwane krytycznymi teoriami prawa, było zakwestionowanie i w konsekwencji obalenie mitu określoności prawa. Prawo było postrzegane przez krytyków jako niepewne, wieloznaczne, odtwarzające polityczną i ekonomiczną strukturę władzy. Nie było ani neutralne, ani obiektywne. Oczywiście, krytyka była dokonywana z różnej perspektywy, a ta przyjmowana przez jurysprudencję feministyczną zakładała, że państwo i prawo utrwała struktury władzy zdominowane przez mężczyzn.

Jurysprudencja feministyczna – zdaniem Clare Dalton – obejmuje trzy obszary badawcze. W pierwszej kolejności opisuje kobiece podporządkowanie, starając się ustalić jego naturę. Następnie stawia pytania: poprzez jakie mechanizmy i z powodu jakich założeń kobieta zajmuje właśnie taką pozycję? Po trzecie wreszcie, jak to zmienić?²

¹ Przyjmuje się, choć nie powszechnie, że termin *feminist jurisprudence*, po raz pierwszy został użyty przez Ann Scales na konferencji zorganizowanej na *Harvard University* w roku 1978. W swym artykule, *Towards a Feminist Jurisprudence* (1981) 56 *Indiana Law Review* 375, opublikowanym po trzech latach, posługuje się już tym pojęciem. Nie dalej niż dwa lata później, pojęcie to akceptuje także C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence* (1983) 8 *Signs* 635; M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Seewt & Maxwell 2001, s. 1123.

² M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1124 powołuje: C. Dalton wskazując jedynie miejsce publikacji (bez tytułu): (1987) 3 *Berkeley Women's Law Review* 1, s. 2; chodzi zatem zapewne o publikację zatytułowaną *Where We Stand: Observation on the Situation of Feminist Legal Thought*.

Nie jest oczywiście tak, że przedstawiciele feministycznej jurisprudencji mówią jednym głosem. Podstawowa oś rozróżnienia wyznaczona została orientacją polityczną głównych szkół feminizmu prawniczego. Jest to oś rozróżnienia często traktowana jako jedyna. Odwołując się zatem do kryteriów politycznych, oprócz zasygnalizowanych już poglądów liberalnych i radykalnych, wyróżnia się prawny feminizm zróżnicowania (kulturowy), a jako czwarty nurt – feminizm marksistowski i socjalistyczny. Ci zaś, którzy nie trzymają się sztywno kryteriów politycznych, skłonni są raczej identyfikować czwarty nurt z postmodernistyczną feministyczną teorią prawa. Natomiast jeżeli chodzi o tzw. feminizmy „kolorowe”, to zdają się one uzyskiwać swoistą autonomię. Nie mówimy już bowiem jedynie o „czarnym” feminizmie, ale o znacznie szerszym spektrum, łącznie z wersjami latynoskimi, azjatyckimi (też niejednorodnymi), czy innymi.

Dla porządku zatem wspomnijmy, jakie jeszcze kryteria mogą być zastosowane w identyfikacji różnych odmian feminizmu prawniczego. Miejmy na uwadze, że nawet w literaturze anglojęzycznej mają one charakter pomocniczy.

Po pierwsze, zwraca się uwagę na sposób, w jaki analizowane są zagadnienia, w szczególności, czy autor swoje argumenty bardziej wspiera stosowną metodologią czy też raczej retoryką. Można tu zatem wyróżnić dosadny, polemiczny styl pisania Catharine MacKinnon. Stosując z jednej strony retoryczne metafory i elizje, z drugiej – prowadzi szczegółowe analizy omawianych instytucji prawnych. Bardziej klasyczny, analityczny styl prezentuje Ngaire Naffine, która stara się wyraźnie oddzielić analityczne podejście prawnicze od teorii politycznych. Styl opowiadania, niekiedy wręcz osobistego, preferuje Patricia Williams. Jej przekaz jest pełen niedomówień, a w kwestiach politycznych – formułowany pośrednio. Podobny styl prezentuje Luce Irigaray, natomiast Drucilla Cornell powyższe techniki stosuje w zależności od potrzeb³. Wspólną cechą feministycznej metodologii jest natomiast kwestionowanie empiryzmu i szersze otwarcie na tradycję interpretacyjną i hermeneutyczną⁴.

Po drugie, u podłoża wizji feministycznej leży zazwyczaj jakaś teoria, która stanowi punkt wyjścia dla zróżnicowania pod względem płci czy *gender*. W przypadku MacKinnon można odnaleźć strukturalną wizję zróżnicowania, analogiczną do, wspomnianej już, marksistowskiej teorii zróżnicowania klasowego, choć należy przyznać, że w odróżnieniu od niej, nie jest w jakiś szczególny sposób uwikłana historycznie. Charakterystyczne u MacKinnon jest natomiast to, że obsesyjnie koncentruje się na aspektach wyraźnie seksualnych: pornografii, gwałcie, przemocy, molestowaniu. Trudniej jest wskazać taką jednorodną teorię w przypadku chociażby Carol Smart. Jest ona na pewno bardziej eklektyczna

³ E. Jackson, N. Lacey, *Introducing Feminist Legal Theory*, (w:) J.E. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press 2005, s. 788–789.

⁴ J. McCarl Nielsen (ed.), *Feminist Research Methods*, 1990, s. 9; za: M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1134.

niż wizja MacKinnon. Seksualna kobieca bezsilność jest dla Smart także ważna, ale większy nacisk jest już położony na ekonomiczną pozycję kobiet, zwłaszcza w strukturze rodziny. Robin West odwołuje się bardziej do biologii czy anatomii i na tym obszarze szuka źródeł różnicowania, z kolei Drucilla Cornell dowodzi, że duże znaczenie w osiąganiu tożsamości płciowej mają kwestie psychoanalityczne⁵. Za koncepcję o rodowodzie typowo psychologicznym przyjmuje się natomiast feminizm różnicowania Carol Gilligan. Niekoniecznie zatem punktem wyjścia ma być jakaś doktryna monolityczna. Niekiedy będą to odniesienia bardziej luźne czy intuicyjne.

Po trzecie, a na tym obszarze trudno wskazać jakieś precyzyjne granice, w jakim stopniu (i czy w ogóle) dana teoria feministyczna integruje się z innymi prawnymi i społecznymi teoriami. Taką teorią, która domaga się dla siebie największej autonomii, przynajmniej na płaszczyźnie metodologicznej, jest feminizm radykalny. Dlatego właśnie przedstawiciele tego nurtu będą mieli największe kłopoty z zawiązywaniem sojuszy. Wszelkie inne nurty starają się znaleźć swoje miejsce w aktualnym programie nauki i teorii prawa⁶. Wskazuje się ponadto, że narzędzia wypracowana przez teoretyków feminizmu prawniczego mogą być wykorzystywane przez studentów do analizy innych form dyskryminacji, począwszy od dyskryminacji rasowej czy etnicznej, do dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność czy wiek i innych, mniej lub bardziej uświadomionych.

Feminizm radykalny, w odróżnieniu od feminizmu liberalnego, jest zainteresowany różnicami pomiędzy płcią. Liberalny nacisk na równość w opinii radykałów grozi utratą kobiecej tożsamości. Naiwnością jest założenie, że osiąganie stanu równości będzie się dokonywało poprzez symetryczne zbliżanie stanowisk. Miałoby ono doprowadzić do sytuacji, w której podmiotem praw i obowiązków nie będzie już kobieta bądź mężczyzna. Będzie nim natomiast bezpłciowa jednostka, która zostanie obdarzona prawami podmiotowymi, autonomią, atrybutem racjonalności. Ale mężczyzna nie zrezygnuje ze swojej pozycji, a kobieta może równość osiągnąć jedynie wówczas, gdy się do niego upodobni⁷. Jaki to zatem atrybut najlepiej określa pozycję mężczyzny, z którego nie zechce on zrezygnować?

Pojęciem kluczowym jest pojęcie *władza*. Zdaniem radykałów, w obecnym układzie społecznym posiada ją mężczyzna, a nie ma jej kobieta. Co więcej, jest ona tej władzy podporządkowana⁸. Władza ta wynika z męskiej seksualnej potencji i siły. Dlaczego jednak są one w opinii radykałów źródłem siły? Ciąży na tym jednostronny sposób widzenia stosunku seksualnego, który zawiera się w sloganie

⁵ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 789.

⁶ Ibidem, s. 789–790.

⁷ R. Wacks, *Philosophy of Law*, Oxford University Press 2006, s. 101–102.

⁸ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press 2009, s. 237.

przypisywanym MacKinnon i Dworkin⁹ – *There is no such thing as consensual sex*, zawsze jest to manifestacja męskiej siły i kobiecego podporządkowania¹⁰. Jak powiada MacKinnon: „Męskość i kobiecość są stworzone poprzez erotyzację dominacji i podporządkowania”¹¹. Ten wszechobecny seksizm może zostać wykorzeniony jedynie wówczas, kiedy dojdzie do całkowitego obalenia utrwalonych relacji wzajemnych pomiędzy płcią. Podkreślmy jednak, że u radykałów dochodzi do rozróżnienia między *sex* i *gender*, to znaczy pomiędzy kategoriami anatomicznymi czy biologicznymi i ich społecznie skonstruowanym znaczeniem¹². Kiedy zatem mówią *sexism*, to mają zazwyczaj na myśli dyskryminację ze względu na *sex*. Pojęcie *genderism*, które zaczyna być stosowane przez niektórych komentatorów, przez radykałów zasadniczo nie jest używane. Stwierdzenie MacKinnon, że pojęcia *sex* i *gender* stosuje względnie zamiennie (*relatively interchangeably*), choć może wydać się niefortunne, to samo przez się nie burzy tego schematu¹³. Prawdą jest bowiem, że najczęściej, a wynika to z kontekstu, ma na myśli *sex*. Tak czy inaczej, podział na płeć jest – zdaniem radykałów – podziałem fundamentalnym dla istoty życia społecznego. Tak fundamentalnym, jak dla marksistów podział klasowy¹⁴. Z tym dość nieprecyzyjnym podziałem MacKinnon na *sex* i *gender* koresponduje jej wizja rodzaju męskiego. Pojęcie to lokuje na płaszczyźnie politycznej i społecznej, pozbawiając go atrybutów biologicznych. W jej metodologii pojęcie to jest mniej ontologiczne a bardziej epistemologiczne¹⁵.

A zatem mężczyzna ze swojej władzy skorzysta, kiedy uzna to za stosowne. Może użyć jej od razu, może się do niej odwołać w sytuacji ostatecznej. Może też jej nie użyć wcale. Nie oznacza to, że władzy nie posiada, on jej tylko w danym przypadku nie będzie wykonywał.

We współczesnej filozofii prawa tacy liberałowie, jak Hart, Dworkin czy Rawls podkreślają znaczenie praw podmiotowych, równości czy wolności. Robią to na różne sposoby, zgodnie z tym, jak postrzegają pewne priorytety¹⁶. Liberalni feministki, zapatrzeni w te wzorce, w szczególności w odniesieniu do idei równości, mają skłonność do faworyzowania tezy o podobieństwie (*the sameness thesis*). Ich zdaniem, kiedy prawo uznaje dystynkcje oparte na płci, ma to zazwyczaj dla kobiet negatywne skutki – rozróżnienia te najczęściej zostaną użyte jako narzę-

⁹ Dla porządku należy jedynie dodać, że chodzi o Andree Dworkin a nie o Ronalda. Rzecz warta podkreślenia o tyle, że poglądy R. Dworkina, liberała, mogą być w niniejszym artykule powoływane dla zilustrowania koncepcji zgoła przeciwnych.

¹⁰ J.E. Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press 2008, s. 195.

¹¹ C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, (w:) *Critical Legal Studies*, (ed.) A. Hutchinson, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Totowa: New Jersey 1989, s. 56.

¹² E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 781.

¹³ C. MacKinnon, op. cit., s. 72, przypis 1.

¹⁴ J. Penner, op. cit., s. 198.

¹⁵ C. MacKinnon, op. cit., s. 72, p. 3.

¹⁶ R. Wacks, op. cit., s. 361.

dzia dyskryminacji. Tytułem przykładu można wskazać ograniczoną dostępność do niektórych zawodów z uwagi na przeświadczenie o psychicznym czy fizycznym niedostosowaniu kobiet. Takie zróżnicowanie jest często nieuzasadnione a niekiedy wręcz fałszywe. Większą korzyść osiągną zatem kobiety poprzez jego demaskowanie¹⁷. Co więcej, zdaniem liberalnych feministów, ustalenie pozycji społecznej kobiet, jako podobnej do pozycji mężczyzn, nie wyklucza ich różnego traktowania. Często różne traktowanie uwarunkowane jest samym celem równości. Prawo niekiedy powinno traktować kobiety tak samo jak mężczyzn, podczas gdy traktuje je różnie, a niekiedy powinno traktować je różnie, podczas gdy traktuje je tak samo¹⁸.

Liberalni feminiści widzą naturalnie niedoskonałości systemu polityczno-prawnego. W większości przypadków zgadzają się, że system ten jest patriarchalny, ale swą walkę chcą prowadzić w granicach wyznaczonych przez alternatywę: albo domagać się równości dla kobiet wykazując ich podobieństwo do mężczyzn, albo szukać szczególnego traktowania, wykazując ich esencjalne różnice. Drugi człon tej alternatywy zostaje odrzucony, co spotkało się z krytyką feministów radykalnych i to na wielu płaszczyznach¹⁹. Jednakże przez dłuższy czas, szczególnie w latach 60. i 70. XX wieku, liberalizm wydawał się naturalnym orężem w walce o polepszenie sytuacji kobiet. Doktryna ta odniosła wymierne sukcesy w zwalczaniu dyskryminacji rasowej w USA czy w walce o wycofanie wojsk amerykańskich z Wietnamu. Można powiedzieć, że liberalizm „działał”²⁰. Dlaczego zatem został odrzucony (choć nie przez wszystkich) w obliczu nowego wyzwania? Odpowiedzi można najlepiej udzielić poprzez rozważenie tych aspektów, co do których występują zasadnicze różnice pomiędzy feministami radykalnymi i liberalnymi.

I. Kategorie indywidualizm. Sprzeciw wobec kategorię liberalnego indywidualizmu może odwoływać się do różnych argumentów. Przede wszystkim należy zauważyć, że właśnie taki indywidualny charakter mają uprawnienia. Przyjęcie tej optyki przesłania pewne schematy systemowe. Schematy te są charakterystyczne dla kobiecego podporządkowania. Faktyczne wykluczenie czy ograniczenia stosowane wobec kobiet są w takim przypadku interpretowane jako świadoma i autonomiczna decyzja o niewykonywaniu swojego uprawnienia²¹. Inny argument może być taki, że podejście liberalne bagatelizuje zasięg oddziaływania instytucji społecznych i politycznych na preferencje i skłonności indywidualne, w tym te wynikające z płci. Jest tak dlatego, że uprawnienia libe-

¹⁷ S. Ratnapala, op. cit., s. 236.

¹⁸ Ibidem, s. 235.

¹⁹ Zob. przykładowo: W. Williams, *The Equality Crisis: Some Reflections on Culture and Feminism*, (w:) *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, (eds) K. Bartlett and R. Kennedy, Boulder: Westview Press 1991, s. 15–34, 26.

²⁰ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford University Press 2005, s. 275.

²¹ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 794.

ralne, w szczególności wobec władzy publicznej, lepiej są rozumiane, kiedy ich funkcjonowanie wiąże się z przedspołeczną wizją istoty ludzkiej. Kiedy następnie zaczynamy dyskutować o tej istocie ludzkiej i jej uprawnieniach, zakładamy *a priori*, że posiada ona właściwą sobie naturę, natomiast za fakt nieistotny uznajemy, że posiada ona płeć²². Formalnie rzecz biorąc, liberalizm stosowany do kobiet wspiera interwencję państwa w sprawy kobiet, rozumianych jako osoby abstrakcyjne, z abstrakcyjnymi uprawnieniami, bez dokładnego zbadania treści tych pojęć w kategoriach *gender*²³. Ale radykałowie w swych ocenach idą jeszcze dalej. Dla nich liberalna jednostka nie jest „bezpłciowa” – ukryty podmiot prawa jest rodzaju męskiego, tak samo jak dla teorii rasowych jest on koloru białego²⁴.

II. Sfera publiczna/prywatna. Wiele jest kwestii, które różnią feministów radykalnych od liberalnych. Ale jedną z najbardziej fundamentalnych wydaje się podział na sferę publiczną i prywatną. Dla wielu jest to kwintesencja jurisprudencji feministycznej²⁵. Liberalowie już od XIX wieku starali się wytyczyć granice, której nie powinno przekraczać państwo, ingerując w sferę prywatną. Wiek XX przynosi spektakularne debaty, a do kanonów jurisprudencji anglosaskiej przechodzi dyskurs dotyczący wymuszania „prywatnej moralności” przez przepisy prawa karnego. Mowa tu o debacie Hart – Develin, nawiązującej do tzw. *harm principle*, zaproponowanej jeszcze przez J.S. Milla²⁶.

Radykalni feminiści dostrzegają doniosłość kwestii publicznych, ale ich zdaniem większe znaczenie, przynajmniej dla kobiet, mają te problemy, które zaliczane są do sfery prywatnej. W tym miejscu należy zauważyć, że radykałowie zajmują postawę krytyczną wobec ostrego rozróżnienia tych dwóch sfer, dlatego też sama walka o wytyczenie granic pomiędzy nimi nie ma znaczenia podstawowego. Nie zgadzają się, że sfera prywatna rządzona jest przez inną, szczególną wobec sfery publicznej, logikę. Wykazują, że krzywdy, których doznają kobiety w domu, mają istotny wpływ na wykonywanie ich praw publicznych. To właśnie w sferze prywatnej dochodzi do konserwowania patriarchy, czyli takiego układu społecznego, który pierwotnie został stworzony przez mężczyzn i dla mężczyzn, z intencją, czy też dla realizacji skutku praktycznego, jakim jest podporządkowanie kobiet²⁷. Dom często staje się miejscem zniewolenia, ale na samym początku staje się zamkniętym obszarem, który utrudnia czy wręcz uniemożliwia ukaza-

²² E. Jackson, op. cit., s. 795.

²³ C. MacKinnon, op. cit., s. 60.

²⁴ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 836.

²⁵ Por. W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, New York 1990, s. 247–262; S.M. Okin, *Justice, Gender, and the Family*, 1989, rozdz. 6 – *Justice from Sphere to Sphere: Challenging the Public/Domestic Dichotomy*, s. 110–133.

²⁶ J.S. Mill, *On Liberty*, 1859, wydanie polskie: J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Wydawnictwo Naukowe PWN 2006.

²⁷ B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press 2004, s. 160.

nie ekonomicznej wartości wkładu kobiet jakim są prace domowe i wychowanie dzieci. W domu, częściej niż poza nim, może dojść do naruszenia nietykalności osobistej. Kobiety bywają gwałcone poza domem, ale – zdaniem radykałów – dużo częściej w domu. Warunkiem jest jednak dopuszczenie szerszej koncepcji gwałtu. Przez jednych będzie ten czyn nazwany eufemistycznie „niechcianym stosunkiem seksualnym”, inni zakwalifikują to jako „gwałt małżeński”. W świetle liberalnych reguł prawnych może się teraz okazać, że choć kobieta czuje się zgwałcona, to nie ma gwałciiciela. To właśnie piętnują radykałowie. Z pola widzenia straciliśmy krzywdę kobiety, wynikającą z niechcianego stosunku seksualnego, która jest realna nawet wówczas, kiedy nie doszło do użycia takiego rodzaju przemocy, która uzasadnia interwencję prawa²⁸. Lacey dostrzega w dychotomii prywatne – publiczne sytuacje kobiet „prywatnie” pokrzywdzonych w „publicznym” świecie, a z perspektywy władzy wykonawczej, „odpolitycznienie” niekorzyści wynikających z takiej ideologicznej dychotomii²⁹.

Zagadnieniom dotyczącym gwałtu wiele uwagi poświęca MacKinnon i jest to temat warty odrębnego omówienia. W tym miejscu można jedynie zwrócić uwagę, że inny jest punkt widzenia ofiary, zgwałconej kobiety, a inny – punkt widzenia prawa, które zdominowane i zaprogramowane przez mężczyzn przyjmuje ich punkt widzenia. Radykałowie i liberałowie zgodzą się, że gwałt jest złem, ale później pojawiają się już rozbieżności. Rozbieżności te dotyczą oceny (nie tylko karnoprawnej) przepisów penalizujących gwałt. Jest to ocena, która radykalnych feministów prowadzi do wniosku, że gwałt w gruncie rzeczy nie jest zakazany a jedynie regulowany. Jak powiada MacKinnon: „Nawet kobiety, które wiedzą, że zostałyśmy zgwałcone, nie wierzą, że system prawny będzie to widział tak jak my. (...) Bardziej niż chronić przed gwałtem czy też w pewnym znaczeniu – odpłacać, państwo, zdaniem wielu ofiar, utrwała taki stan rzeczy. Zgwałcone kobiety, które decydują się zeznawać, powiadają, że zostały zgwałcone dwa razy – drugi raz w sądzie. Jeżeli państwo jest rodzaju męskiego, to taka opinia jest czymś więcej niż figurą retoryczną³⁰.”

Powyższe argumenty uzasadniają – zdaniem radykałów – wątpliwości dotyczące rozróżnienia tych dwóch sfer na płaszczyźnie analitycznej. Nawet ci liberałowie, którzy postrzegają dom jako fundament sfery prywatnej, nie są w stanie przekonująco bronić swego stanowiska w konfrontacji z zagadnieniami wyżej wspomnianymi. Zagadnienia te bowiem zostały „wzbogacone” o ciemnienie i molestowanie nieletnich, a zatem przestało już dotyczyć jedynie rodzaju żeńskiego, choć na tym obszarze przeważają³¹.

²⁸ R. West, *Jurisprudence and Gender*, (w:) M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1167, artykuł pierwotnie opublikowany w (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 1.

²⁹ N. Lacey, *Unspekable Subjects*, Oxford: Hart Publishing 1998, s. 77.

³⁰ C. MacKinnon, op. cit., s. 66.

³¹ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 795.

Natomiast historycznie takie rozróżnienie na sfery lokowało kobiety poza zasięgiem politycznej interwencji i spowalniało recepcję tych kwestii, które obecnie, przynajmniej werbalnie, znajdują się w programach wielu partii politycznych. Wolność od ingerencji państwa w sferę prywatną stała się przede wszystkim udziałem mężczyzn. Im więcej tej wolności posiadali, tym gorsza stawała się sytuacja kobiet. Trafnie zauważa Bill Jordan, że często „wolność większej liczby osobników wyposażonych we władzę (zwykle mężów wobec żon, ale także rodziców wobec dzieci) jest wolnością korzystania ze swej władzy bez żadnych ograniczeń”³².

Konsekwencją wymuszonych stosunków seksualnych są często niechciane ciąży, a stąd wyłania się problem aborcji. Jest to problem wielopłaszczyznowy a w tym miejscu może być jedynie zasygnalizowany. Sami radykałowie zagadnienie ciąży przedstawiają niekiedy w zbyt czarnych barwach, przyrównując płód do swego rodzaju pasożyta i to podlegającego szczególnej ochronie prawnej. Natomiast stanowisko umiarkowane radykalne idzie w tym kierunku, aby zapewnić kobiecie prawo do aborcji, ukazując to prawo nie jako, przede wszystkim, akt dzieciobójstwa, ale jako akt samoobrony przed „inwazją Obcego”, który narusza integralność kobiety zarówno w sferze fizycznej, jak i psychicznej³³.

Obecnie państwo wkracza znacznie szerzej w obszar sfery prywatnej. Wiele reguł dotyczących opieki społecznej czy prawa stałego pobytu na terytorium danego państwa jest pierwotnie uzależnionych od uznania takich czy innych stosunków rodzinnych. Idzie raczej o to, aby dokonywać stopniowej i subtelnej dekonstrukcji takich przepisów, w świetle skutków jaki rzeczywiście wywierają one na sytuację kobiet. Przykładowo, „reguła jednego roku” (*one year rule*) w brytyjskim prawie emigracyjnym miała zapobiegać zawieraniu „małżeństwa z rozsądku” (*marriages of convenience*) pomiędzy emigrantkami (kobietami) i obywatelami Zjednoczonego Królestwa pod groźbą deportacji, gdyby w tym czasie małżeństwo ustało. W praktyce groźba deportacji i związany z nią wstyd stawały kobiety, na okres jednego roku, w pozycji niemalże niewolnicy. Ich podległość nie była zatem związana z brakiem regulacji prawnych w sferze prywatnej, ale paradoksalnie z ich nadmiarem³⁴.

Należy jednak dodać, że krytyka separacji sfery prywatnej od publicznej i towarzyszący jej wizerunek kobiety raczej pasywnej i bezbronnej dotyczy przede wszystkim białych kobiet. Tak to przynajmniej widzą teoretycy *Critical Race Theory*. Wobec czarnych kobiet taka analiza wydaje się nieadekwatna. Przykładowo, afroamerykanki są postrzegane raczej jako kobiety silne i odważnie stawiające czoła życiowym przeciwnościom. Ponadto zazwyczaj gorzej sytuowane niż kobiety białe, pracują długo poza domem – nierzadko w domach białych rodzin. W sposób naturalny marginalizuje to sferę prywatną. Na tle teorii rasowych ina-

³² B. Jordan, *Freedom and the Welfare State*, Law Book Co of Australasia 1976, s. 60.

³³ J.G. Riddall, op. cit., s. 278.

³⁴ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 796.

czej także wygląda sprawa gwałtu, tak istotna dla radykałów. Ciągną się za nią doświadczenia historyczne mające swe korzenie w okresie niewolnictwa. Chodzi przede wszystkim, z jednej strony, o związek pomiędzy oskarżeniem o gwałt, często fałszywym i linczem. Z drugiej zaś, o stereotypy związane z czarnymi kobietami, ich nienasyconej seksualności z „niezdolnością do bycia zgwałconą”, co powodowało, że element braku ich zgody wydawał się bez znaczenia³⁵.

III. Koncepcja interwencji władzy państwowej. Liberalowie starają się zakreślić wyraźnie granicę pomiędzy sferą publiczną a prywatną z tego powodu, że przekroczenie tej granicy przez państwo traktują jako uszczuplenie wolności jednostki. Dla radykałów – brak interwencji w pewnych obszarach prowadzi do umocnienia patriarchy; z perspektywy kobiety – jest to co najmniej umocnienie negatywnego *status quo*. A zatem w niektórych przypadkach dostrzegają oni potrzebę większego interwencjonizmu państwa aniżeli mniejszego. Można powiedzieć, że domagają się niekiedy więcej „męskiego”, patriarchalnego prawa, o którego zmianę zasadniczo walczą. Z tego powodu nikt im jednak zarzutów nie stawia. W takim przypadku cel uświęca środki. Biorąc za przykład fundamentalne w USA prawo do prywatności, można powiedzieć, że z perspektywy radykalnego feministy miałyby ono służyć do zapewnienia niezakłóconego męskiego panowania we własnym domu. Obecnie jest ono bardzo często powoływane jako argument za dopuszczeniem możliwości wyboru usunięcia ciąży przez kobietę³⁶. Koncepcja liberalnego uprawnienia okazała się mieczem obosiecznym. Widać zatem, że radykalni feministki nie mają oporu w traktowaniu prawa instrumentalnie. Wynika to zapewne z tego, że – jak ujawnia Olsen – dla kobiety nie ma większego znaczenia, czy jest więcej czy mniej prawa, regulującego sferę prywatną. Zarówno w przypadku interwencji państwa, jak i jej braku jest to akt polityczny, równoznaczny w skutkach. Dochodzi jedynie do uznania i potwierdzenia *status quo* w kwestii legitymizacji istniejących stosunków władzy³⁷.

IV. Uprawnienie – fundament liberalizmu. Radykalni feministki nie mają nic przeciwko koncepcji uprawnienia w ogólności. Nie chodzi im o to, że jest to pojęcie zbyt zawile, czy też niejednoznaczne i że w związku z tym nie może być dobrym materiałem na fundament. Idzie o to, że wysublimowane rozważania dotyczące abstrakcyjnych uprawnień tracą z pola widzenia fakt, jakim jest zdominowanie kobiety przez mężczyznę. W konsekwencji pojawia się skłonność do analizy koncepcji uprawnienia w oderwaniu od podmiotu tego uprawnienia. I w tym przypadku radykałowie wcale nie kryją, że jest im daleko do obiektywizmu. Uprawnienie jako konstrukt teoretyczny może spełniać pewną pożyteczną

³⁵ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 840–841.

³⁶ J.G. Riddall, op. cit., s. 281.

³⁷ F. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, (1985) University of Michigan Journal of Law Reform 835–864; za M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1131.

rolę, ale jest niezdolne do rozwiązywania jakiegokolwiek znaczącego konfliktu społecznego³⁸. Jeżeli jest wyrażone regułą, stosuje się do niezbyt wielu przypadków. Jeżeli jest wyrażone standardem (zasadą, *policy*), stosuje się do zbyt wielu. Dochodzi wówczas najczęściej do konfliktu uprawnień. Konflikt ten próbuje się rozstrzygnąć, odwołując się do innych standardów, też pozostających ze sobą w konflikcie. Czy taki konflikt może zostać rozstrzygnięty całkowicie obiektywnie?³⁹ Zdaniem Olsen, nie zostały zrealizowane aspiracje prawa do tego, aby zostało ono uznane za zasadnicze i obiektywne. „Prawo nie jest mniej abstrakcyjne czy zasadnicze aniżeli spersonalizowane i skontekstualizowane”⁴⁰.

Ponadto radykalni feministki, postrzegając ciemnienie kobiet w aspekcie kolektywnym (rodzajowym), mają skłonność, aby zakładać, że skupienie uwagi na indywidualnych prawach podmiotowych odwraca uwagę od swego rodzaju męskiej zbiorowej odpowiedzialności (*collective responsibilities*)⁴¹.

Można zasadnie stawiać pytanie: czy możliwe jest zintegrowanie męskiego punktu widzenia, określonego „etyką uprawnień” z podejściem bardziej kobiecym, określonym jako „etyka troski” czy „etyka opieki”? Choć problem ten dotyczy bardziej feministów kulturowych, będzie także ważny dla feministów liberalnych. Idzie w gruncie rzeczy o zacieranie różnic wynikających z płci w celu skonstruowania formalnie równych jednostek. Próby takie są podejmowane, między innymi przez Gilligan, w ramach koncepcji zwanej inkorporacjonizmem. Prawdziwi radykałowie tę koncepcję jednak odrzucają. Zdaniem Scales, akceptacja takiego poglądu ukrywa istotę męskiej supremacji. Traktuje ją jako „przykładowy zbiór irracjonalizmów w skądinąd racjonalnym współistnieniu; (...) starając się uczynić wszystko tak miłe, inkorporacjonizm tłumi sprzeczności. (...) Inkorporacjonizm oznacza oddawanie pola, ponieważ faktycznie nadaje (pozostawia) mężczyznom władzę”. Scales powie inaczej – kapitulacja polega na tym, że „będziemy mówić waszym językiem i [na dodatek] pozwolimy wam to interpretować”⁴².

V. Obiektywizm, racjonalizm, abstrakcja i struktura prawa i prawniczego procesu rozumowania. Jak zostało nadmienione powyżej, radykalni feministki nie ukrywają swojego subiektywizmu. Nie usiłują nawet oddzielić obserwatora od

³⁸ F. Olsen, *The Sex of Law*, (w:) *The Politics of Law: A Progressive Critique*, (ed.) D. Kairys, New York: Pantheon Books 1990, s. 463. W tym przypadku dochodzi do zbliżenia z poglądami teoretyków Critical Legal Studies; por. D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's 'Commentaries'* (1979) 28 Buffalo Law Review 205.

³⁹ F. Olsen, op. cit., s. 464.

⁴⁰ Ibidem, s. 463.

⁴¹ J.G. Riddall, op. cit., s. 276. Riddall w tym miejscu cytuje D. Rhode, *Jurisprudence and Gender* i jako źródło powołuje VI wydanie *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (s. 1044). Wydanie VI obejmuje pięć wznowień w latach 1996–2000. Autor niniejszego artykułu dysponuje VII wydaniem z roku 2001. Niestety, nie ma w nim żadnej publikacji Rhode, choć jest wiele innych. Rhode po raz pierwszy opublikowała swój artykuł w (1988) 55 University of Chicago Law Review 1.

⁴² A.C. Scales, *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, (w:) M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1141; artykuł pierwotnie opublikowany w (1986) 95 Yale Law Journal 1373.

obserwowanego zjawiska. Obserwator jest w rozważane zagadnienie uwikłany i zainteresowany jego rozstrzygnięciem. Radykałowie nie zaakceptują systemu prawnego, który odwołuje się do obiektywizmu jako wartości nadrzędnej. Gdzieś w systemie prawnym musi być coś godnego zaufania; muszą w systemie być widoczne pewne oznaki uczciwości, ale ani zaufanie, ani uczciwość nie zależą od obiektywizmu⁴³. W liberalnych systemach prawnych obiektywizm, obok racjonalizmu czy też abstrakcyjnego sposobu rozumowania, jest istotnym elementem struktury argumentacyjnej wnioskowania prawniczego. Zgodnie z takim założeniem prawo jest konceptualizowane jako wiążący system reguł. Reguły te mają rozstrzygać o pierwszeństwie konkurujących uprawnień. Uprawnienia zaś przysługują co do zasady jednostkom autonomicznym, racjonalnym i zdolnym do dokonywania nieskrępowanych wyborów. Zdaniem radykałów, wizja ta jest zgodna z pewnym wzorem socjalizacji, który kształtował się na przestrzeni dziesięcioleci. A podstawowym, o ile nie jedynym czynnikiem mającym wpływ na ten proces, były doświadczenia i wartości męskiej części społeczeństwa, choć zasadniczo – białej i wykształconej. Na ówczesnym etapie uwzględnianie pozycji i postulatów kobiet byłoby czyś analogicznym do uwzględniania praw zwierząt w obecnym systemie prawnym. Mężczyźni zatem wypracowali i zdefiniowali pojęcia prawne, system rozumowania, a następnie nazwali swoje wytwory neutralnymi i obiektywnymi. Wszelkie próby krytyki zostały oskarżone o dewiację⁴⁴. W ten sposób dochodzi do swego rodzaju izolowania sfery kobiecej, a z tego niektórzy mogą wyprowadzić wniosek, że prawo nie jest racjonalne. Jak dowodzi Olsen: „W naszym [tzn. amerykańskim, niemniej jednak argument wart jest rozważenia – dop. autora] społeczeństwie prawo służy robieniu interesów i innych ważnych rzeczy. Fakt, że prawo w ogólności ma tak niewielki związek z troskami dnia codziennego kobiet, odzwierciedla i podkreśla ich niewielkie znaczenie. A zatem raz jeszcze, prawo tak naprawdę nie jest racjonalne, obiektywne, abstrakcyjne i zasadnicze”⁴⁵.

Wniosek z tego wypływa taki, że radykałowie nie krytykują elementów struktury argumentacyjnej rozumowania prawniczego w ich postaci „idealnej”. Oni krytykują liberalny obiektywizm, liberalny racjonalizm. A zatem „obiektywizm”, który nie jest obiektywny, i „racjonalizm”, który nie jest racjonalny. Kwestią natomiast otwartą pozostanie, kto miałby być ostatecznym arbitrem w ocenie tego, co „prawdziwie” obiektywne – bo przecież nie radykalni feministki. Swoją sprzeciw zgłaszają bowiem choćby *colour feminists*. A w ich zarzutach po adresem radykałów znajdziemy znajome wątki, choćby takie, że feminizm radykalny odzwierciedla poglądy białych i wykształconych kobiet. A zatem dochodzi do obrony interesów wyodrębnionej grupy kobiet kosztem pozostałych, na takiej samej zasadzie, jak obrona uprzywilejowanej pozycji mężczyzn kosztem kobiet w ogólności.

⁴³ Ibidem, s. 1138–1139.

⁴⁴ L.M. Finley, *Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning*, (w:) M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1215–1216.

⁴⁵ F. Olsen, op. cit., s. 461.

VI. Stosunek do pornografii. Jest pochodną koncepcji uprawnienia (do wolności wyboru, wyrażania własnych przekonań) i utylityzmu (cena efektywnego zakazu jest wyższa niż spodziewane korzyści). Idzie o cenzorskie uprawnienia państwa w zakresie kontroli mediów. A zatem stosunek do pornografii nawiązuje do liberalnej koncepcji wolności, ubierając ją w szaty kobiecego (rzadziej męskiego) uprawnienia podmiotowego. MacKinnon i Dworkin zwracają jednak uwagę, że dla kobiet uprawnienie to posiada wartość silnie skorelowaną z ich sytuacją ekonomiczno-społeczną. W praktyce do efektywnego wykonywania tego uprawnienia często będzie niezbędna pomoc państwa. Posiadanie uprawnienia to jedna sprawa, zaś druga, to zabezpieczenie jego wykonywania. Formalnie rzecz biorąc, w takie samo uprawnienie jest wyposażony producent i „aktorka” w filmie pornograficznym. Nietrudno odpowiedzieć na pytanie: komu łatwiej je wykonywać? Przynajmniej na tym obszarze koncepcja liberalnej wolności jest z gruntu fałszywa⁴⁶. Pornografia jest szkodliwa także z innego powodu. W swym graficznym przekazie często zawiera elementy seksualnej przemocy wobec kobiet. Erotyzacja przemocy i uległości w pornografii stwarza wrażenie, że kobiety odnajdują męską siłę jako seksualnie atrakcyjną, gdzie „nie” tak naprawdę oznacza „tak”⁴⁷. Jeżeli taki obraz zostanie utrwalony w odbiorze społecznym (dodajmy męskim), to łatwiej jest później uzasadnić gwałtowność męskiego pożądania, oscylującego na granicy gwałtu albo i przekraczającego tę granicę⁴⁸.

VII. Stosunek do jednej z naczelných wartości liberalizmu – autonomii jednostki. Autonomia prawna jednostki jest konsekwencją oddzielności fizycznej. To właśnie ta oddzielność jest prazródłem wolności. Powoduje, że jednostka domaga się uznania swej niepowtarzalnej tożsamości, a także uznania, że jej wewnętrzne przeżycia powinny być wolne od zakłóceń przez innych, w tym, a może przede wszystkim, przez państwo. To, o co walczy liberalna jednostka: autonomia, wolność, równość, jest z perspektywy radykalnych feministów postrzegane jako wierzchołek separacji od innych, ale zasadniczo separacji fizycznej. Świadomość sprzecznych interesów autonomicznych jednostek stwarza stan nieufności i zagrożenia jedynie na mocy faktu, że ja to ja, a ty to ty. Liberalowie popadają w pewien paradoks. Autonomia daje im wolność, w konsekwencji – separację od innych, która zaczyna być dla nich zagrożeniem, choćby tylko potencjalnym⁴⁹. Dla radykalnych feministów pojęcie separacji jest jeszcze poniekąd neutralne, choć już jest źródłem braku odporności na niebezpieczeństwa. Dopiero stan separacji pociąga za sobą prawdziwie negatywne skutki dla jednostki – stan izolacji, samotności, alienacji. W kategoriach utylitystycznych Benthamu separacja jest bardziej źródłem bólu aniżeli przyjemności.

⁴⁶ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 795.

⁴⁷ J.E. Penner, op. cit., s. 206.

⁴⁸ Ibidem, s. 199.

⁴⁹ R. West, op. cit., s. 1164.

Nietrudno się domyślić, że feminiści radykalni sprawę autonomii postrzegają inaczej. I ten punkt widzenia zbliża ich poglądy do poglądów feministów kulturowych. A zatem jednostka tak naprawdę poszukuje wspólnoty a nie autonomii. Bardziej obawia się izolacji i samotności aniżeli unicestwienia przez inną jednostkę⁵⁰. Dąży do unifikacji z innymi i w tym dążeniu będzie czuła się spełniona i moralnie wzbogacona. Jeżeli nawet przyjmujemy, że jest to punkt widzenia bardziej „kobięcy”, to jest to właśnie ta wartość ich natury, którą mężczyźni powinni docenić a nie deprecjonować.

VIII. Stosunek do natury relacji międzyludzkich. Stosunek ten jest konsekwencją poglądów na autonomię i indywidualizm. Liberałowie, kiedy już zapewnią sobie autonomię, muszą zająć stanowisko, jak takie autonomiczne jednostki będą regulowały kontakty wzajemne. Jak wiadomo, relacje między takimi jednostkami mają z natury rzeczy charakter umowny. A zatem obejmując pojęciem jednostki także kobietę, feminiści radykalni formułują zarzut, że liberalna wizja zakłada, że kobiety są mężczyznami. Feminiści radykalni za punkt wyjścia przyjmują bowiem nieegoistyczne podejście do relacji międzyludzkich. Powiązania społeczne wewnątrz rodziny i społeczności są dla tożsamości człowieka konstytutywne⁵¹. Nie są sprawą prostej umowy konsumenckiej, zawieranej po dokonaniu wyboru: „kupić czy nie kupić”. Na tym obszarze także dochodzi do zbliżenia z feministami kulturowymi. Natomiast twierdzenie, że kobieta na pierwszym miejscu stawia troskę o innych może być już w ustach radykałów nieszczerze. Zaciąży bowiem na nim ich stosunek do aborcji. Tak czy inaczej: feminizm liberalny postrzega stosunki pomiędzy ludźmi jako bardziej kontraktualne, feminizm radykalny – jako bardziej afiliacyjne.

IX. Środki językowe. Radykałowie dowodzą, że w pewnym obszarze można coś adekwatnie porównać i w konsekwencji dążyć do zniwelowania różnic. Na innych obszarach jest to niemożliwe. Różnice pozostaną, a ich istnienie nie może być przyczyną niedogodności dla kobiet. Dla radykalnych feministów żartem są zabiegi, które różnice pod względem płci czy *gender*, starają się zwalczać środkami leczenia objawowego. Za takie uważają między innymi środki językowe – kurtuazyjne używanie zwrotu *he or she*. W literaturze anglojęzycznej zabieg ten występuje coraz częściej, w polskiej – raczej niespotykany. Można się poniekąd zgodzić, że punktem wyjścia powinno być mówienie o podmiotach zróżnicowanych płciowo, a nie o jednostkach. Znany jest żart MacKinnon, kiedy powiada, że ma skłonność mówienia o kobietach i mężczyznach, a nie o osobach. Osób po prostu wokół siebie nie widzi. Ale ma ona świadomość, że taka alchemia nie może być prawdziwie skuteczna bez głębokiej analizy podstaw problemu. W sfe-

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ J.E. Penner, op. cit., s. 197.

rze skutków prawnych (ale nie tylko) co innego oznacza mieć dzieci z perspektywy kobiety, a co innego z perspektywy mężczyzny. Nie bardzo jednak wiadomo, co do końca miałyby to oznaczać z perspektywy osoby.

Nie należy jednak nie doceniać środków językowych. Z pozoru wprowadzenie do języka prawniczego pewnych pojęć, takich jak „randka, na której doszło do gwałtu” (*date rape*), „przemoc domowa” (*domestic violence*) czy „molestowanie seksualne” (*sexual harassment*) może się wydawać jedynie nic nie znaczącym zabiegiem językowym. Ale – jak powiada Naffine – „określenia te skutecznie powołały do życia określone zjawiska dla tej części społeczeństwa, dla której były one zarówno niewidoczne, jak nie do pomyślenia”⁵².

Tak jak radykalna jurisprudencja feministyczna zbudowana została na krytyce liberalizmu, tak sama nie ustrzegła się krytyki. Zasadniczo, za podstawową słabość tej teorii uznaje się jej esencjalizm. Dalsze zarzuty wydają się być jedynie naturalną konsekwencją.

Feminizm radykalny obsesyjnie koncentruje się na sprawach seksu. Ciężeniu kobiet nadaje właśnie taki jednoznaczny wymiar. Utrwała stereotyp kobiety jako ofiary i determinuje wizję stosunków damsko-męskich. Nie dostrzega faktu, że wiele kobiet w swym własnym życiu wcale nie doświadcza takich zachowań. Traci natomiast z pola widzenia inne i niejednorodne aspekty dyskryminacji. W ten sposób radykałowie odcinają się od korzeni ruchu feministycznego, który został zainicjowany i rozwinął się na koncepcji wzbudzania świadomości (*consciousness raising*)⁵³. Kobiety, które jeszcze w pierwszej połowie XX wieku były politycznie i społecznie wzajemnie izolowane, nie miały świadomości powszechności swego własnego położenia. Dopiero możliwość wymiany poglądów i analizy jednostkowych przypadków dyskryminacji mogło doprowadzić do rozpoznania bardziej ogólnych schematów. Mamy tu zatem do czynienia z analizą indukcyjną. Radykałowie stosują inną metodologię. Zakładają *a priori* seksistowski wymiar dyskryminacji i w tym duchu domagają się interpretacji wszelkich męskich zachowań. W gruncie rzeczy sami redukują ten schemat do seksualnego stereotypu, aby następnie z nim walczyć. Na tym właśnie polega esencjalizm radykałów, którego stali się zakładnikiem⁵⁴. Należy jednak pamiętać, że esencjalizm radykałów nie jest jednorodny. Może przybrać formę mniej lub bardziej ortodoksyjną⁵⁵.

Przyjmując taką esencjalną postawę, feminizm radykalny jest najbardziej podatny na zarzut tzw. wielkiej teorii. Stanowi to istotną przeszkodę w tworzeniu strategicznych aliansów, w szczególności z postmodernistami. Dyskryminację kobiet opartą na męskiej dominacji seksualnej postrzega w kategoriach jednej

⁵² N. Naffine, *In Praise of Legal Feminism* (2002) 22 *Legal Studies* 71–101; za: J.E. Penner, op. cit., s. 195.

⁵³ J.E. Penner, op. cit., s. 195–196.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 199.

⁵⁵ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 810.

wielkiej teoretycznej prawdy. Abstrahuje ona od wszelkich niuansów i subtelności i ma stanowić ideę przewodnią w rozumieniu i zwalczaniu kobiecego ciemnienia.⁵⁶ Jeżeli zatem radykałowie tracą szanse na polityczny sojusz z innymi kobietami, to cóż dopiero mówić o sojuszu z mężczyznami, przynajmniej z tymi, którzy są skłonni spojrzeć na sytuację kobiet ich oczyma. Feminizm, jako ruch społeczny, otrzymał już silne wsparcie ze strony wykształconych kobiet, dodajmy – wykształconych na wydziałach prawa. Ich zaangażowanie jest z pewnością bezcenne. Nawet jeżeli przyjmemy, że realizacja wielu postulatów kobiet jest skazana na sukces, choć w bliżej nieokreślonej perspektywie, to z pewnością cel ten może zostać osiągnięty szybciej przy wsparciu mężczyzn. Czy radykalizm feministyczny temu sprzyja? Wydaje się, że nie. Nie można jednak wykluczyć, że dla niektórych będzie stanowił terapię wstrząsową (w pozytywnym znaczeniu tego wyrażenia), z zastrzeżeniem, że zapoznają się z jego założeniami.

STRESZCZENIE

Feministyczna teoria prawa, zwana też jurysprudencją feministyczną, jest jedną z teorii krytycznych – krytycznych wobec liberalnych koncepcji prawnych. W tym znaczeniu nie powinna być utożsamiana z feminizmem jako ruchem społecznym. W polskiej teorii i filozofii prawa zagadnienia te są jednak marginalizowane, choć nie można tego powiedzieć o innych teoriach krytycznych. Celem niniejszego artykułu jest, choćby po części, nadrobienie tych zaległości przede wszystkim poprzez próbę uporządkowania podstawowych pojęć dotyczących tematyki z zakresu jurysprudencji feministycznej. Wydaje się to tym ważniejsze, że feministyczna teoria prawa nie ma jednorodnego charakteru. Można powiedzieć więcej; na pewnych obszarach wykazuje istotne różnicowania. Jedną z najbardziej charakterystycznych postaw prezentują zwolennicy feminizmu radykalnego. Postawy te najlepiej zaprezentować na tle zwolenników koncepcji liberalnych. Taką też perspektywę proponuje autor niniejszego artykułu. Stąd też została zastosowana metoda analizy porównawczej. Natomiast celem bardziej dalekosiężnym jest zainicjowanie debaty z jednej strony wolnej od populizmu, zaś z drugiej – opartej na olbrzymim naukowym dorobku anglojęzycznym, który w znacznej mierze okazuje się przydatny na gruncie rodzimym.

SUMMARY

Feminist legal theory, also called feminist jurisprudence, is one of the theories which are critical of liberal legal ideas. As such it should not be considered equivalent to feminism as a social movement. The issues are of marginal significance in the Polish

⁵⁶ J.E. Penner, op. cit., s. 203.

legal theory and philosophy although this cannot be said of other critical theories. The present article aims to at least partly make up for the inadequacies, first of all through an attempt to organize basic concepts related to feminist jurisprudence. It seems to be even more important due to the fact that feminist legal theory does not have a unique character. Moreover, in many fields it is really diversified. The radical feminism supporters' attitude is one of the most characteristic approaches. The best way to present it is to do that in comparison with the liberal concepts supporters' attitude. This is the perspective proposed by the author of the present article. That is also why a method of comparative analysis was used in the article. Apart from that, there is a long-term aim to initiate a debate free of populism on one hand and on the other hand based on enormous scientific achievements of the English speaking world which prove to be very useful on the native ground.

RADOSŁAW KRAJEWSKI



OCENY PRAWNE TOPLESS

Niektóre zachowania ludzi budzą pewne kontrowersje, w szczególności dotyczy to zarówno seksualności, jak i nagości. Zawsze bowiem dla jednych będą one czymś normalnym, inni zaś mogą traktować je odmiennie, czy wręcz jako niedopuszczalne. Oczywiście, w ocenach takich pierwszorzędne znaczenie mają normy obyczajowe i moralne, ale istotną rolę odgrywa też stosunek do nich prawa jako regulatora postępowania ludzi, nawet wówczas, gdy ustawodawca nie wypowiada się w danej kwestii wprost, a jest ona jedynie interpretowana przez judykaturę i doktrynę. Tak jest właśnie z topless, gdyż żaden przepis prawa nie dotyczy tego zagadnienia wprost, ale sprawa z nim związana niedawno stała się przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, które było szeroko nagłaśniane przez media, jak też stało się przyczynkiem do wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa i praktyków na ten temat.

Topless jest pojęciem definiowanym w różnych słownikach, choć stosunkowo od niedawna i nie we wszystkich. Jednym ze starszych w tym zakresie źródeł jest opracowanie z połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego stulecia, w którym topless jest rozumiany jako damski kostium plażowy ograniczony tylko do szortów albo majteczek kąpielowych¹. W tym bowiem okresie potrzeba swobody seksualnej wyrażała się właśnie w szczególności z rezygnacji ze stanika, uważanego za wymysł równie niedorzeczny jak gorsety naszych prababek, co doprowadziło do zrodzenia się zwyczaju chodzenia na plaży już nie w bikini, którego nazwa została zastrzeżona dla określenia zredukowanego do minimum dwuczęściowego stroju kąpielowego i nawiązywała do efektu uzyskanego po zdetonowaniu bomby atomowej przez Amerykanów na atolu o tej samej nazwie, lecz w samych majtkach, który to strój niebawem dowcipnie ochrzczono mianem monokini, a później topless². Współcześnie topless jest więc określany jako damski kostium plażowy nie zakrywający piersi, czy też innymi słowy jako chodzenie z odkrytymi piersiami, bez górnej części ubrania³. Pojęcie to jest także rozumiane w ten sposób, że jeśli

¹ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1975, s. 983.

² F. Boucher, *Historia mody. Dzieje ubiorów od czasów prehistorycznych do końca XX wieku*, Warszawa 2003, s. 414.

³ A. Markowski (red.), *Nowy słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 1999, s. 1051.

kobieta chodzi topless, to robi to bez stanika, z odsłoniętym biustem, a zatem mianem topless określa się damski strój plażowy złożony z samych majtek⁴. Analogicznie topless jest również definiowany w najnowszych opracowaniach, czego przykładem może być określenie, iż jest to damski kostium kąpielowy bez górnej części ograniczony do majtek lub szortów, a więc niezakrywający piersi, innymi słowy więc topless to tyle samo, co z obnażonym biustem, bez górnej części ubrania⁵. Przykładem takim może być także wyjaśnienie tego pojęcia, zgodnie z którym oznacza ono damski kostium plażowy i kąpielowy bez górnej części osłaniającej piersi, a inaczej topless to tyle samo co nie zasłaniając piersi⁶.

Stosunek do topless jest uwarunkowany względami kulturowymi, ale także klimatycznymi, stąd choćby w krajach afrykańskich niezakrywanie przez kobiety piersi jest traktowane jako coś zupełnie normalnego, zaś na niektórych plażach europejskich, amerykańskich oraz australijskich zachowanie takie jest zwyczajowo dopuszczalne, choć często jedynie w wydzielonych miejscach. Oczywiście, są także kraje, w szczególności islamskie, gdzie zachowania takie są absolutnie zakazane.

Rzadko jednak kwestia ta jest przedmiotem regulacji prawnych zezwalających na taki strój kąpielowy i plażowy, choć zwolenniczki topless podejmują działania zmierzające do ich wprowadzenia, czego egzemplifikacją może być obchodzenie w Stanach Zjednoczonych 23 sierpnia Narodowego Dnia Topless, który jest okazją do zaprotestowania przeciwko temu, że kobiety nie mają prawa do pojawiania się publicznie topless, a wiele z nich chciałoby to robić na plaży czy na basenie. Zdaniem protestujących w 2009 r., na ulicach siedmiu amerykańskich miast kobiet, oczywiście w stroju topless, zakaz taki narusza ich konstytucyjne prawa i jest wyrazem rażącej nierówności płci⁷. Także w Szwecji licząca czterdzieści członkiń organizacja Nagie Piersi walczy głównie o to, aby kobiety mogły pływać topless w publicznych basenach, gdyż – ich zdaniem – zakaz taki stanowi dyskryminację nieliczącą z praktyką kraju, który uchodzi za europejskiego pioniera walki z dyskryminacją na tle płci. Organizacja prowadziła kampanię na rzecz tej inicjatywy w całej Szwecji, przekonując przy tym, że jeśli kobiety muszą pływać w stanikach, również mężczyźni powinni zakrywać torsy na pływalniach. Aktywistki Nagich Piersi zjawiały się na miejskich pływalniach bez staników, ostentacyjnie obnosiły się ze swoją półnagością i niemal zawsze były usuwane przez służby porządkowe. Kiedy jedna z nich została usunięta z aquaparku Farishov w Uppsali, skierowała sprawę do państwowego urzędu do spraw równego traktowania płci, przekonując, że to właśnie piersi częściowo ukryte w biustonoszu przyciągają większą uwagę mężczyzn niż naturalnie odsłonięte. Skargę tę jednak odrzucono, argumentując, że znaczne są różnice w budowie ciała kobiety i mężczyzny i w tym, jak ludzie

4 M. Bańko (red.), *Inny słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2000, s. 835.

5 S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. IV, Warszawa 2006, s. 86.

6 B. Dunaj, *Współczesny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2007, s. 1847.

7 M. Lubiński, *Walczą o prawo do topless*, www.interia.pl

zapatrują się na nagość górnej części ciała mężczyzn i kobiet. Nagie Piersi nadal jednak nachodzą topless baseny, a w styczniu 2008 r. odnotowały pierwszy sukces, gdyż miejska pływalnia w Sundsvall leżącego nad Zatoką Botnicką zaakceptowała takie zachowania i jej ratownicy oraz ochroniarze otrzymali polecenie, aby nie wypraszać z basenu kobiet, które zdecydują się na pływanie bez górnej części kostiumu⁸.

W Polsce zaś kwestia topless zyskała ostatnio na znaczeniu poprzez kasus dwóch szczecinianek, które w ten sposób opalały się korzystając z wiosennego słońca, a patrol policji i straży miejskiej zarzucił im popełnienie wykroczenia nieobyczajnego wybryku z art. 140 kodeksu wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r.⁹. Dziewczyny opalały się topless, kiedy to strażnik miejski i policjant kazali im założyć staniki, czego one posłuchały, ale potem zastanowiły się, dlaczego mają to robić, skoro nikomu poza tymi panami to nie przeszkadza i nie zabrania tego regulamin kąpieliska. Szczecinianki więc znów zdjęły staniki i wówczas dostały mandaty po 150 złotych, których jednak nie przyjęły i sprawa trafiła do sądu grodzkiego, który w listopadzie 2008 r. skazał je na karę grzywny, uznając, że opalanie się bez biustonosza wykracza poza przyjęte w Polsce obyczaje. Od wyroku tego jedna z nich odwołała się i dopiero sąd drugiej instancji w lutym 2009 r. uniewinnił obwinione od zarzutu popełnienia wykroczenia, w uzasadnieniu wyroku podnosząc, że właśnie fakt, że nikt nie reagował, bo dziewczyny upomniał dopiero patrol, jest dowodem na to, że zmiana obyczajowa już w Polsce nastąpiła. Sąd podkreślił, że sprawa ta w ogóle nie powinna trafić na wokandę, gdyż angażowanie się wymiaru sprawiedliwości w rozstrzyganie takich kwestii jak nagie piersi jest zbędne¹⁰.

Wydaje się, że sprawa ta nie powinna mieć miejsca przede wszystkim z innego powodu. Jak bowiem słusznie podkreślają komentatorzy kodeksu wykroczeń w sprawach o wywołanie zgorszenia nie jest wystarczające stwierdzenie funkcjonariuszy, że czyjeś zachowanie wywołało zgorszenie w miejscu publicznym, ale musi być to udowodnione zeznaniami przynajmniej jednego świadka zdarzenia, który je odczuł. Karalne jest bowiem wywołanie zgorszenia u osób postronnych, a nie u funkcjonariuszy, których zadaniem jest eliminowanie takich zdarzeń, a nie gorszenie się nimi¹¹. Tymczasem w sprawie szczecińskiej tak nie było, gdyż policjant i strażnik miejski oparli zarzut wyłącznie na własnym przeświadczeniu o gorszącym zachowaniu dziewczyn, bowiem żadna osoba postronna takiego zgorszenia nie zgłosiła.

Niemniej jednak, jeżeli sprawa ta miała miejsce i dopiero sąd odwoławczy wykazał się w niej rozsądkiem, to pokazuje ona pewien problem wiążący się z ocenami takich zachowań. Ponadto w związku z tym, że wykładnia prawa doko-

⁸ J. Pawlicki, *Legalny topless w szwedzkim basenie*, www.wyborcza.pl

⁹ Dz.U. z 2007 r. Nr 109, poz. 756 z późn. zm.

¹⁰ A. Zadworny, *Topless jest legalny*, www.wyborcza.pl

¹¹ M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 340–341.

nywana przez sądy nie ma przecież mocy wiążącej w innych podobnych sprawach, to nie można wykluczyć, że inny sąd uznałby osobę opalającą się w miejscu publicznym topless za winną popełnienia wykroczenia nieobyczajnego wybryku. Dlatego też zachodzi potrzeba rozstrzygnięcia tego zagadnienia *de lege ferenda*.

Legislacyjnie mogłoby to wyglądać w ten sposób, że dotychczasową treść art. 140 k.w., zgodnie z którym „Kto publicznie dopuszcza się nieobyczajnego wybryku, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo nagany”, należałoby oznaczyć §1 i dodać do niego §2 w brzmieniu: „Nie popełnia wykroczenia ten, kto w miejscu publicznym do tego przeznaczonym, ale poza pływalnią lub innym obiektem o podobnym przeznaczeniu, opala się lub kąpie bez górnej części kostiumu plażowego”. Rozwiązanie takie byłoby wyrazem racjonalizmu prawa karnego, jak też stanowiłoby najlepszą gwarancję dla tych osób, które w ten sposób korzystają z walorów słońca w przekonaniu, że nie jest to zabronione. Jednocześnie sądzić należy, iż taka nowelizacja nie prowadziłaby do jakiejś masowej zmiany zachowań kobiet, które i tak swój strój plażowy dobierają według indywidualnych kryteriów, kierując się przede wszystkim pewną tradycją i własnym poczuciem obyczajności. Innymi słowy, dozwoleń prawa miałyby w tym względzie znaczenie zdecydowanie drugorzędne, ale ważne dla tych kobiet, które zechciałyby z niego skorzystać. Takie brzmienie proponowanego przepisu byłoby rozwiązaniem o tyle kompromisowym, że topless byłby dopuszczalny jedynie na plaży, ale już nie na przykład w pływalni miejskiej, gdyż jakieś ograniczenia w tym zakresie też są konieczne.

Być może regulacja taka czyniłaby zadość społecznym ocenom topless. W sierpniu 2007 r. Centrum Badania Opinii Społecznej zapytało bowiem Polaków o stosunek do opalania się topless i nudyzmu. Z opublikowanego na ich podstawie komunikatu wynika, że większość ankietowanych (63%) akceptuje opalenie się kobiet w stroju topless, przy czym przeważająca grupa (41%) dopuszcza je jedynie na wyznaczonym odcinku plaży, a jedna piąta (22%) na każdej. Ponad jedna trzecia badanych (37%) nie aprobeuje takiego opalania się na żadnej plaży. Na stosunek do opalania się kobiet w kostiumie plażowym niezakrywającym piersi mają wpływ przy tym cechy społeczno-demograficzne badanych, przede wszystkim zaś płeć. Mężczyźni zdecydowanie częściej niż kobiety akceptują takie zachowanie niezależnie od typu plaży, choć i oni najczęściej (47%) są zdania, że kobiety mogą się w ten sposób opalać wyłącznie w wyznaczonych miejscach. Natomiast prawie połowa kobiet w ogóle nie akceptuje opalania się topless. Bezwarunkowa dezaprobatą takiego zachowania wzrasta wraz z wiekiem ankietowanych, bowiem do 44 roku życia zdecydowanie przeważa przyzwolenie na nie, a jest też tym częstsza, im mniejsza miejscowość zamieszkania i im niższe wykształcenie respondentów. Przeciwni takiemu sposobowi opalania się, niezależnie od typu plaży, są także emeryci, renciści oraz osoby bardzo religijne. Natomiast stosunek do opalania się topless w zależności jednocześnie od płci i wieku badanych wskazuje na takie powiązania, że w przypadku mężczyzn kategorię brak akceptacji opalania się

bez górnej części stroju plażowego zaznacza się dopiero u mających od 55 do 64 lat, a bardziej powszechny jest wśród najstarszych, których niemal połowa nie akceptuje takiego zachowania. W populacji kobiet podobna cezura przebiega zaś w młodszym wieku, bowiem od 45 roku życia przeważa dezaprobatą, której poziom wśród najstarszych respondentek sięga trzech czwartych. Jest zatem tak, że Polacy byłiby skłonni zaakceptować opalanie się kobiet w stroju topless, ale tylko w wyznaczonych miejscach. Gdyby to jednak zależało wyłącznie od kobiet, przewaga aprobaty nad dezaprobatą byłaby minimalna¹².

Jest tak, że niektórzy autorzy na podstawie powyższych badań formułują wnioski, że biorąc pod uwagę fakt, iż jedynie co piąta osoba akceptuje opalanie się kobiet topless na każdej plaży, nie można twierdzić, że takie zachowanie nie wyczerpuje znamion wykroczenia z art. 140 k.w., a wręcz nie jest to jakiś nadzwyczajny przypadek tego wykroczenia. Jeden z nich uważa przy tym, że takie zachowanie mogło wywołać uczucie oburzenia u co najmniej interweniujących funkcjonariuszy, gdyż bycie stróżami prawa nie pozbawia ich wolności od być może krępujących widoków. Proponuje jednocześnie wyznaczanie miejsc do opalania się topless, co mogłoby pogodzić interesy chętnych do odsłaniania swoich wdzięków kobiet i osób, które te sprawy traktują odmiennie, muszą bowiem obowiązywać określone standardy obyczajowe oraz prawne, choć oczywiście prawo nie zastąpi moralności ani obyczajności, ale jest jednak istotnym narzędziem ich ochrony. Oczywiście, zapytywać można, dlaczego prawo ma chronić jedną z możliwych do zaakceptowania opcji obyczajowych, ale wydaje się, iż odpowiedź na tak postawione pytanie przynoszą właśnie badania opinii społecznej. Uważa on zatem, że należy być tolerancyjnym nie tylko dla topless, ale także dla tych, którym to nie odpowiada, co można osiągnąć poprzez wyznaczanie odrębnych miejsc dla opalających się w taki właśnie sposób¹³. Nie jest to pogląd odosobniony, gdyż także inny autor, który na kanwie wyroku w sprawie szczecińskiej oraz wyników przedmiotowych badań opinii społecznej w nawiązaniu do powyższych argumentów wypowiedział się w tej kwestii w ten sposób, że są tacy, którzy lubią opalać się nago i korzystają z wyznaczonych do tego miejsc, ale i tacy, którzy nie lubią oglądać cudzych wdzięków – dla nich jest także miejsce w przestrzeni publicznej. Zmuszanie ich do oglądania nagości byłoby tak samo niesprawiedliwe, jak niewyznaczalnie żadnej plaży dla opalających się topless¹⁴.

Póki jednak kwestia dopuszczalności topless nie zostanie wprost rozwiązana w obowiązującym prawie, jeżeli oczywiście w ogóle to nastąpi, to oceny prawne takich zachowań powinny być liberalne, czego wzorem powinno być prawomocne rozstrzygnięcie sprawy szczecinianek opalających się topless. Jeżeli nawet w jakimś szczególnym przypadku ze względu na wyjątkowe okoliczności takiego

¹² M. Feliksiak, *Topless i nudyzm w opinii publicznej. Komunikat z badań*, www.cbos.pl

¹³ M. Derlatka, *Czy opalanie się topless to nieobyczajny wybryk?*, „Jurysta” 2008, nr 10, s. 36.

¹⁴ R. Różycki, *Czy opalanie się topless to nieobyczajny wybryk?*, „In Gremio” 2009, nr 1, s. 31.

zdarzenia zachowanie się danej osoby mogłoby być uznane za niedopuszczalne, to wydaje się, iż nawet wówczas należałoby starać się poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, o których mowa w art. 41 k.w., a więc zwróceniu uwagi, pouczeniu, czy też ostrzeżeniu. Gdyby zaś przebywanie na plażach przez kobiety topless upowszechniło się, to przy braku ustawowej regulacji w tym zakresie rozważać by można dla oceny takich praktyk stosowanie pozaustawowego kontraktynu takich zachowań opartego na zwyczaju jako pewnej utartej społecznie praktyce postępowania.

Topless może też mieć miejsce poza plażą i innym podobnym miejscem, jak choćby w myjni samochodowej, czy też w barze, gdzie kobiety pracują z odsłoniętymi piersiami. Dopuszczalność takich zachowań przede wszystkim powinna mieć oparcie w dobrowolności korzystania z usług takich podmiotów przy wcześniejszej wiedzy potencjalnych klientów o tym, że tak jest. Innymi słowy, proponowanie usług z takimi atrakcjami nie powinno łączyć się dla korzystających z jakimkolwiek zaskoczeniem, z którym wiązać by się mogło uczucie wstydu.

Oczywiście, zdarzyć się też może, że wystąpienie w stroju topless wyczerpie znamiona nieobyczajnego wybryku, co mogłoby mieć miejsce w szczególności w miejscu publicznym nieprzeznaczonym do kąpieli lub opalania się, jak choćby na skwerze miejskim, w parku, fontannie i innych podobnych miejscach. Także w sytuacji, gdyby kobieta przebywała w miejscu publicznym bez górnej części ubrania w innych okolicznościach zupełnie niezwiązanych z korzystaniem z watorów słońca lub wody, w tym będąc pod wpływem alkoholu, to czyn taki byłby wykroczeniem.

W prawnych ocenach topless chodzi więc o zachowanie zdrowego rozsądku zarówno w aktualnym stanie prawnym, jak i co do ewentualnej regulacji tego zagadnienia w przyszłości. Jedynie bowiem w ten sposób podchodzić można do zagadnień społecznych niejednoznacznych, a takimi w szczególności są te, które dotyczą ludzkiej nagości oraz seksualności.

STRESZCZENIE

Celem opracowania jest ukazanie prawnych aspektów opalania się topless jako niestandardowego zachowania się w miejscach publicznych. *De lege lata* można je bowiem traktować jako wykroczenie nieobyczajnego wybryku, ale pod warunkiem, że wywołało ono czyjeś zgorzienie, co nie jest jednoznaczne. *De lege ferenda* postulować zatem należy uchylenie bezprawności takich zachowań poprzez stosowną nowelizację kodeksu wykroczeń, co czyniłoby zadość poglądom części społeczeństwa w tym względzie, pozwoliłoby kobietom, które chcą się opalać w takim stroju, czynić to bez narażenia się na odpowiedzialność prawną, ale nie stanowiłoby też istotnego regulatora postępowania, bowiem takim są przede wszystkim normy pozaprawne, zwłaszcza moralne i obyczajowe.

Przygotowując opracowanie, wykorzystano metodę analizy przepisów prawnych, jak też w niezbędnym zakresie sięgnięto do metody komparatystycznej. Starano się też zbadać zagadnienie z perspektywy socjologicznej, wskazując na poglądy społeczeństwa dotyczące topless.

SUMMARY

The article aims to present some legal aspects of topless sun-tanning as a non-standard type of behavior in public places. *De lege lata* it can be treated as an offence of indecent behavior if it results in somebody's indignation but that is not unambiguous. *De lege ferenda* it would be rational to postulate abolition of illegality of such behavior by means of an amendment to the code of offences. It would satisfy a part of the public opinion and let women who want to sun-tan in such costumes do this without a threat of being penalized. But the amendment should not be a real regulation of behavior because there are non-legal norms as moral standards and social conventions.

Preparation of the article required an analysis of legal provisions as well as the use of a comparative method within the necessary scope. The issue was also examined from the sociological point of view and public opinions on topless were presented.

JAROSŁAW SOZAŃSKI



AKTUALNY MODEL PREZYDENCJI A PRZEWODNICTWO POLSKI W UNII – ZARYS PROBLEMU

1. Wprowadzenie

Nowa Unia Europejska (różna od Unii sprzed 1.12.2009 r.), czyli UE po Traktacie lizbońskim, bazuje na zmienionych traktatach założycielskich – nowym Traktacie o Unii Europejskiej (TUE) oraz Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), które tworzą część *konstytucyjną* jednolitego systemu prawnego, zwanego prawem Unii lub *acquis d'Union*. Traktat z Lizbony, wprowadzając zmiany instytucjonalne, zmodyfikował także prezydencję w Unii, która nadal stanowi skomplikowane zagadnienie prawne i organizacyjne. Pomimo że jej rolę i zakres poddano pewnym ograniczeniom, to pozostaje ona istotna dla państw członkowskich. Dlatego większość państw UE jest niezadowolona z długiego okresu oczekiwania na prezydencję, który wynosi obecnie 13,5 roku. Co do obecnych zasad prezydencji, to powstało tu wiele nieporozumień. Jednym z nich jest opinia, że regulacja w Traktacie Konstytucyjnym i w traktacie lizbońskim są identyczne. Tak nie jest, gdyż – mimo podobieństw – sam fakt, że zamiast (mającej wiele cech państwa federalnego) Unii opartej na Konstytucji dla Europy, powstała Unia skromniejsza i bardziej koordynująca działania państw (a nie narzucająca je), nadaje nowej prezydencji nieco inny wymiar. Ponadto ważna jest praktyka prawna, a tu m.in. ważna rola *prezydencji grupowej* nie została dotąd chyba właściwie wyeksponowana, a nawet wykorzystana. Te dwa aspekty wskazują, że problem jest trudny do wykładni i stosowania. Ponadto powstają tu trzy istotne kwestie: a) czy formalne ograniczenie przewodnictwa do Rady UE wyklucza sterujące oddziaływanie państwa prezydencji na inne instytucje i organy UE; b) czy eksponowanie interesów i celów narodowych przez państwo prezydencji jest właściwe (zgodne z duchem traktatu); c) czy traktatowe cele i zasady *prezydencji grupowej* są właściwie realizowane.

W polskiej doktrynie, wobec dużego zainteresowania problematyką UE i integracji, w ostatnich latach wydano dużo publikacji poświęconych prezydencji

w Unii oraz przewodnictwu Polski w Radzie UE¹, a także zorganizowano wiele konferencji naukowych², nie licząc innych prac studyjnych³. Z. Czachór ujmuje zagadnienie przewodnictwa w UE następująco. Prezydencja poprzez funkcję programowania przygotowuje formalną i merytoryczną architekturę przewodnictwa, na które składają się takie jej elementy, jak: jej misja, agenda, hasła wywoławcze oraz priorytety, w tym te o charakterze horyzontalnym i sektorowym. Aktywność ta polega głównie na:

- wprowadzaniu nowych zagadnień i spraw nie podnoszonych przez wcześniejsze prezydencje;
- kreowaniu kwestii i spraw, które wynikają z kontynuacji programowej poprzednich prezydencji (np. procedura legislacyjna, realizacja długoterminowych programów i strategii UE, negocjacje akcesyjne czy też reforma/rewizja traktatów, która w Unii Europejskiej staje się permanentna);
- przypominaniu o problemach i sprawach, które mimo prób nadal nie zostały rozwiązane/rozstrzygnięte.

Z programem prezydencji powiązana jest ściśle jej agenda, na którą składają się takie elementy, jak: zamiar, projekt, harmonogram i środowisko. Agenda pojawia się w kontekście funkcji operacjonalizacji prezydencji, którą podzielić można na: a) agendę *in spe* (spodziewaną lub oczekiwaną); b) agendę *ex ante* (zaprogramowaną, ale niezrealizowaną); c) agendę *ex post* (podsumowaną, poddaną ewaluacji – ocenioną z punktu widzenia przydatności i skuteczności podejmowanych działań)⁴.

2. Koncepcja przewodnictwa we wspólnotach i w Unii Europejskiej

Prezydencja, nazywana często też „urzędem przewodniczącego”, jest rozumiana jako funkcja lub zadanie wykonywane na rzecz dobra wspólnego. Początkowo prezydencja sprawowana była przez trzy miesiące w porządku alfabetycznym (art. 27 traktatu o EWWiS). Traktat założycielski EWG z 1957 r.

¹ Zob. np. publikacje zwarte: A. Wojtaszek, (red.), op. cit.; K. Szczerski (red.), *Prezydencja w Unii Europejskiej. Analizy i doświadczenia*, Kraków 2009; Z. Czachór, M.J. Tomaszuk (red.), *Przewodnictwo państwa w Radzie Unii Europejskiej – doświadczenia partnerów, propozycje dla Polski*, Poznań 2009; J.M. Fiszer (red.), *Polska w Unii Europejskiej. Aspekty polityczne, międzynarodowe, społeczno-gospodarcze i wojskowe*, Warszawa 2009; *Prezydencja Polski w Unii Europejskiej – 2011*, „Biuletyn Analiz UKiE” 2009, nr 22/listopad.

² Np. Konferencja naukowa „Polska prezydencja w Unii Europejskiej w 2011 r.”, Instytut Kościuszki, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa, 9 maja 2008 r. (por. materiały pokonferencyjne).

³ Jak np.: *Polska prezydencja w Radzie Unii Europejskiej: współpraca administracji publicznej z sektorem pozarządowym*, ekspertyza Instytutu Spraw Publicznych na zlecenie Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej Zespół autorów: L. Kolarska-Bobińska, J. Kucharczyk, A. Łada, E. Kaca, A. Sobańska, Warszawa 2009.

⁴ Za Z. Czachór, *Proces kreowania i upowszechniania priorytetów prezydencji na przykładzie Polski*, (w:) *Prezydencja w Radzie Unii Europejskiej*, (red.) A. Wojtaszczyk, Warszawa 2010, s. 79 i n.

(późniejszy TWE) wydłużył ten okres do 6 miesięcy, a traktat o Fuzji z 1965 r. zintegrował prezydencje wszystkich Wspólnot. Przewodnictwo sprawowane było zgodnie z dawnym art. 203 TWE (nie utrzymanym w TFUE). Przepis ten stanowi obecnie art. 16 pkt 9 nowego TUE i brzmi: *9. Prezydencję składów Rady, z wyjątkiem Rady do Spraw Zagranicznych, sprawują na zasadzie równej rotacji przedstawiciele Państw Członkowskich w Radzie, na warunkach określonych zgodnie z artykułem 236 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*⁵.

Prezydencję sprawuje kolejno przez sześć miesięcy każde państwo członkowskie reprezentowane w Radzie, według porządku ustalonego jednogłośnie przez Radę. Porządek prezydencji powinien odzwierciedlać różnorodność państw członkowskich i zapewniać równowagę geograficzną w UE. Przestrzegana jest też zasada, aby każde państwo sprawowało prezydencję na przemian w I i II półroczu⁶.

Kompetencje prezydencji w ciągu pięćdziesięciu lat istnienia organizacji stopniowo rozrastały się, choć są podstawy, by uznać że procesowi poszerzania kompetencji wspólnych instytucji traktat z Lizbony kładzie swoisty kres⁷. Potrzeba koordynacji prac Rady wraz z poszczególnymi rozszerzeniami stawała się coraz bardziej ważnym i skomplikowanym zadaniem. Aktualnie po formalnym ograniczeniu przewodnictwa do Rady UE (czyli po wykluczeniu przewodnictwa w Radzie Europejskiej) podstawowe zadania prezydencji można określić jako: a) administrowanie i koordynowanie prac Rady polegające na przewodniczeniu spotkaniom Rady i jej organów pomocniczych; b) określanie agendy Rady połączone z możliwością promowania określonych inicjatyw; c) prowadzenie negocjacji pomiędzy państwami, obejmujące mediację i poszukiwanie kompromisu; d) reprezentowanie Rady wobec państw trzecich i organizacji międzynarodowych oraz wobec innych instytucji UE.

Powyższe zadania sprowadzają się w praktyce do dwóch najważniejszych funkcji: a) prezydencja rozwiązuje problemy, które pojawią się w agendzie UE, w tym ułatwia kompromisy, łagodzi konflikty i reaguje w sytuacjach kryzysowych; b) prezydencja stara się inicjować nowe debaty oraz nowe obszary współpracy i kierunki działań, które często wchodzi na trwałe do agendy lub do standardu działania Unii.

⁵ Zob. Dz.Urz. UE 2008 C 117/07 i n.

⁶ Wielkie państwa członkowskie, w czasach „12”, walczyły o przewodnictwo w I połowie roku (i uzyskały to), twierdząc że w II połowie z aktywnego czasu „wypada” miesiąc wakacji i dwa tygodnie ferii bożonarodzeniowych. Por. O. Elgström, *European Union Council Presidencies*, Routledge 2003, s. 21 i n. oraz K. Michałowska-Gorywoda, *Podjęmowanie decyzji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 79 i n.

⁷ Szerzej na temat ewolucji prezydencji: K. Smyk, *Prezydencja w Traktacie z Lizbony – główne postanowienia i wnioski dla Polski*, „Biuletyn Analiz UKiE” 2009, nr 22, s. 23 i n. oraz Sprawozdanie z Konferencji naukowej „Prezydencja Polski w Unii Europejskiej”, Uniwersytet Warszawski, 10–11.05.2010 r., a także materiały konferencyjne zob. www.uw.edu.pl (27.06.2010).

3. Geneza zmian traktatowych regulujących prezydencję

Dyskusja na temat modyfikacji systemu sprawowania prezydencji sięga lat 70. Raport L. Tindemansa z 1976 r. zalecał m.in. wprowadzenie zmian zapewniających ciągłość prac Rady przez wydłużenie okresu prezydencji do jednego roku, co miałyby wzmocnić autorytet przewodnictwa, jak też usprawnić dialog między Radą a Parlamentem. Z kolei „Raport trzech mędrców” z 1979 r. proponował m.in. wzmocnienie funkcji kontrolnych prezydencji przez dokładne określenie jej odpowiedzialności za przygotowanie agendy i horyzontalną koordynację działań, proponując jednocześnie powołanie stanowiska stałego przewodniczącego Rady Europejskiej⁸. Dopiero jednak perspektywa rozszerzenia Unii z 15 do 27 państw spowodowała przyspieszenie działań na rzecz reformy systemu przewodnictwa, w tym podejmowanych w ramach Rady UE i Rady Europejskiej.

Ocena funkcjonowania systemu przewodnictwa w Radzie w okresie poprzedzającym rozszerzenie w 2004 r. nie była pozytywna. Raport Trumfa i Pirisa z 1999 r. sugerował, że Rada osiągnęła granice efektywności⁹. Zarządzanie pracą instytucji i przewodniczenie wszystkim składom Rady powodowało, że duże obciążenia dla państwa sprawującego prezydencję utrudniały koordynację działań. Występował też deficyt przywództwa, a prezydentom brakowało czasu na właściwe przygotowanie wszystkich sesji Rady. Przewodnictwo w Radzie było też krytykowane za brak jednolitości i ciągłości w pracach. Podkreślano przy tym niekompatybilność sześciomiesięcznego horyzontu prac Rady z pięcioletnimi kadencjami Parlamentu Europejskiego i Komisji Europejskiej. Dlatego też usprawnienie działania prezydencji stało się jednym z elementów pakietu reform przygotowywanych w kontekście rozszerzenia i zmian traktatowych. Podjęto najpierw próby usprawniania praktycznego i technicznego funkcjonowania prezydencji poprzez modyfikację Regulaminu Rady. Uzgodniono to na posiedzeniu Rady Europejskiej w Sewilli w czerwcu 2002 r.¹⁰ Zmniejszono wtedy liczbę formacji Rady z 16¹¹ do 9 oraz przemianowano Radę do Spraw Ogólnych na Radę do Spraw Ogólnych i Stosunków Zewnętrznych, częściowo realizując postulat wydzielenia z Rady ds. Ogólnych składu zajmującego się stosunkami zewnętrznymi¹². W konkluzjach prezydencji zalecono też wzmocnienie spójności wielu prezydencji przez zobowiązanie sześciu

⁸ Por.: C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. 1, Warszawa 2000, s. 129 i n.; *Report on European Union*, Bulletin of the European Communities, 1976, No Supplement 1, s. 11–35; *Report on the European Institutions*, presented by the Committee of Three to the European Council (October 1979), http://aei.pitt.edu/999/01/Committee_of_Three_Report_1979.pdf.

⁹ Zob.: Operation of the Council within Enlarged Union in Prospect – Trumpf-Piris Report, Sekretariat Generalny Rady, Bruksela 1999.

¹⁰ Szerzej: T. Ciszak, C. Herma, K. Smyk, A. Wójcik, *Postanowienia Rady Europejskiej w Sewilli w sprawie reformy funkcjonowania Rady UE*, „Biuletyn Analiz” 2002, nr 10.

¹¹ Wspomniane 16 składów Rady stanowiło ograniczenie ich liczby z pierwotnych ponad 40 składów (czego dokonano w okresie konferencji w Amsterdamie). Por. J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, wyd. III, Warszawa 2006, s. 189 i n. oraz C. Mik, op. cit.

¹² Por. J. Sozański, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie Lizbońskim*, Warszawa–Poznań 2010, s. 37 i n.

kolejnych przewodnictw do opracowywania trzyletniego programu strategicznego, który miał być przyjęty przez Radę. Na jego podstawie dwa państwa sprawujące prezydencję w danym roku miały wspólnie opracowywać roczny program operacyjny. Weryfikacja tych założeń w 2006 r. doprowadziła do zastąpienia rocznego programowania operacyjnego i trzyletniego programowania strategicznego przez propozycję programu trzech kolejnych 6-miesięcznych prezydencji (*trio*). Drugą płaszczyzną zmian były modyfikacje traktatów uzgadniane na forum konferencji międzyrządowych (IGC) w latach 2003–2004 i 2007 r. W deklaracji z Laeken z grudnia 2001 r., która stanowiła dokument programowy i punkt wyjścia dla rewizji traktatów, wymieniono problem zwiększenia efektywności rotacyjnej prezydencji w systemie podejmowania decyzji¹³. Uwzględnił to Konwent ds. przyszłości Unii (a właściwie ds. opracowania Traktatu Konstytucyjnego).

Modyfikacja modelu i standardów prezydencji stanowiła jeden z tematów dyskusji nt. zwiększenia efektywności działania UE i zapewnienia ciągłości prac Rady. Szybko osiągnięto konsensus co do wprowadzenia „jakiejs” formy przewodnictwa zespołowego opartego na zasadach równej rotacji, ale kwestie szczegółowe długo wywoływały różnice zdań. Dużą popularnością cieszyły się propozycje wprowadzenia systemu zbliżonego do ówczesnej trójki (TROJKA), gdzie państwo poprzedniej, aktualnej i przyszłej prezydencji sprawowały przewodnictwo przez półtora roku¹⁴. Rozważano również opcje prezydencji grupowej złożonej z większej liczby państw, aby skrócić czas „oczekiwania na prezydencję”. Rozważano także ustanowienie stałego przewodniczącego Rady Europejskiej. Francja i Niemcy proponowały, aby z systemu rotacji oprócz RE, wyłączone były składy Rady ds. Zagranicznych, której miał przewodniczyć minister spraw zagranicznych UE oraz Rady ds. Ogólnych, którą miał kierować Sekretarz Generalny Rady. Komisja Europejska postulowała utrzymanie *status quo* w Radzie Europejskiej, Radzie ds. Ogólnych i Komitecie stałych przedstawicieli (COREPER) oraz wybieranie dla pozostałych składów Rady przewodniczącego na rok. Mniejsze państwa członkowskie występowały przeciwko temu oraz żeby poszczególne składy Rady wybierały przewodniczących spośród ministrów w nich zasiadających (duże państwa mogłyby w ten sposób przejąć kontrolę nad Radą, bazując na większym doświadczeniu i przygotowaniu ich ministrów)¹⁵.

Dyskusje w sprawie ustanowienia stałego przewodniczącego Rady Europejskiej oraz ministra spraw zagranicznych UE toczone w Konwencji i na Konferencji Międzyrządowej (IGC) w latach 2003–2004 stały się podstawą uznanej oceny

¹³ Ostateczną wersję 18-miesięcznego programu pracy Rady przygotowanego przez przyszłe prezydencje francuską, czeską, szwedzką przedłożono 30 czerwca 2008 r. (11249/08).

¹⁴ Nb. początkowo TROJKĘ stanowili: były (ostatni), obecny i następny przewodniczący Unii. Po Amsterdamzie ostatniego przewodniczącego zastąpił Wysoki Przedstawiciel ds. WPZiB – Sekretarz Generalny Rady, który zaczął w tym zespole odgrywać wiodącą rolę.

¹⁵ The Union Institutions, Joint Statements between Rt Hon Tony Blair, MP, Prime Minister of the United Kingdom and H.E. Jose Maria Aznar, President of the Government of Spain, http://www.europa.2004.it/UK/EU_Leaders.htm

roli prezydencji. Koncepcja stałego przewodniczenia Rady Europejskiej pojawiła się na forum konwentu za sprawą działających niezależnie od siebie liderów trzech wielkich państw. Przedstawiali ją J.M. Aznar, T. Blair i J.Chirac, stąd nazwano ją później propozycją ABC. Ideę stałego przewodniczącego zawierało wspólne stanowisko francusko-niemieckie z 16.01.2003 r., które próbowało godzić francuskie dążenie umocnienia Rady Europejskiej (i Unii) oraz niemiecki projekt wzmocnienia Komisji Europejskiej (tzw. model *konfederacyjny*). Było ono jednak krytykowane przez mniejsze państwa UE, zwłaszcza przez tzw. *Przyjaciół Metody Wspólnotowej* oraz Komisję, preferujących bardziej egalitarny, dotychczasowy system rotacyjny. Nowy system podważałby bowiem pozycję przewodniczącego Komisji¹⁶. Na tym etapie prac konwentu zaproponowano także ustanowienie funkcji ministra spraw zagranicznych UE, łącząc stanowiska Wysokiego Przedstawiciela ds. WPZiB oraz komisarza ds. stosunków zewnętrznych. Propozycję tę zgłosiła Komisja Europejska w komunikatach z maja i grudnia 2002 r.¹⁷ Miało to pozwolić na włączenie problematyki II filaru w obszar określony nadal jako wspólnotowy (lub zarządzany *metodą wspólnotową*) i wzmocnić Komisję, ale wielu obawiało się, że w perspektywie doprowadzi to do przeciwnego skutku¹⁸.

Ostatecznie w Konwencie i na Konferencji Międzyrządowej opracowano Traktat Konstytucyjny (TK), który jednak nie wszedł w życie (po niepowodzeniach ratyfikacji we Francji i Holandii w maju i czerwcu 2005 r.)¹⁹. Kontynuacja prac nad reformą traktatów założycielskich została podjęta w 2007 r. (z inicjatywy RFN i według opracowanego mandatu) i dała efekt w postaci traktatu z Lizbony (TL) podpisanego 13.12.2007 r. W praktyce TL zachowywał formalnie większość postanowień przyjętych w TK (w jego ostatecznej wersji²⁰) dotyczących nowej koncepcji prezydencji w Unii. Wyjątkowa, istotna zmiana wprowadzona w traktacie z Lizbony w stosunku do TK, ma pośredni związek z systemem przewodnictwa w Radzie i dotyczy zmiany urzędu *Ministra spraw zagranicznych na Wysokiego Przedstawiciela UE do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa*, bez większych zmian jego kompetencji (za wyjątkiem implikacji zamiany Ministerstwa Spraw Zagranicznych na Służbę Działań Zewnętrznych).

¹⁶ Grupa 16 państw członkowskich (m.in. Beneluks, Irlandia, Finlandia, Portugalia, Grecja, Dania, Austria, Czechy i Słowacja) poparła memorandum państw Beneluksu z 4 grudnia 2002 r., w którym państwa te opowiedziały się za konsekwentnym stosowaniem metody wspólnotowej i odrzuceniem metody międzyrządowej. Wzmocnieniu Komisji miała służyć m.in. propozycja przewodniczenia Radzie ds. Ogólnych przez przewodniczącego Komisji Europejskiej. Por. J.-C. Piris, *The Constitution for Europe. A Legal Analysis*, Cambridge 2006, s. 93 i n.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Za K. Smyk, *Prezydencja w Traktacie z Lizbony...*, s. 24 i n.

¹⁹ Szerzej – por. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie Konstytucyjnym*, Warszawa 2005, s. 9 i n.

²⁰ Bo pamiętamy, że wobec polskiego sprzeciwu (*Nicea albo śmierć*) pierwotna wersja TK została poddana przez IGC zmianom, polegającym głównie na zastępowaniu kolejnych elementów redakcji tekstu zbudowanej na kośćcu d’Estaigna, ówczesnymi przepisami TUE i TWE (co można uznać za krok wstecz).

4. Model przewodnictwa w Unii po traktacie z Lizbony

Zasadniczym elementem reformy instytucjonalnej w UE dokonanej na mocy Traktatu z Lizbony są zmiany odnoszące się do trzech instytucji składających się na system przewodnictwa w UE: prezydencji rotacyjnej sprawowanej przez państwa członkowskie, stałego przewodniczącego Rady Europejskiej (*prezydenta*) oraz Wysokiego Przedstawiciela UE ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa, przy czym prezydent jest wybierany na kadencję 2,5 letnią, a Wysoki Przedstawiciel – 5-letnią (co powinno harmonizować z kadencjami Parlamentu i Komisji). Tak powstał nowy hybrydowy model prezydencji, łączący dotychczasowe elementy systemu rotacyjnego ze strukturami instytucjonalnymi o charakterze stałym²¹.

Przy ustalaniu kolejności oraz grup obecnej prezydencji uwzględniona jest różnorodność i równowaga geograficzna w ramach Unii Europejskiej. Nowy porządek *prezydencji grupowej* dla składu 27 krajów zaczął być realizowany w dniu 1 stycznia 2007 r., kiedy przewodnictwo objęły: Niemcy, Portugalia i Słowenia. Kolejne składy *trio* do 2020 r. stanowią: Francja, Czechy, Szwecja (lipiec 2008 – grudzień 2009); Hiszpania, Belgia i Węgry (styczeń 2010 – czerwiec 2011); Polska, Dania, Cypr (lipiec 2011 – grudzień 2012); Irlandia, Litwa i Grecja (styczeń 2013 – czerwiec 2014); Włochy, Łotwa, Luksemburg (lipiec 2014 – grudzień 2015), Holandia, Słowacja i Malta (styczeń 2016 – czerwiec 2017); Wielka Brytania, Estonia, Bułgaria (lipiec 2017 – grudzień 2018); Austria, Rumunia i Finlandia (styczeń 2019 – czerwiec 2020). Taka kompozycja odzwierciedla różnorodność geograficzną, a także i pozycję państw w UE. Państwa *trio* danej prezydencji mają wspólny program działania i udzielają sobie pomocy. Mogą też przyjmować różne ustalenia dotyczące zasad organizacji działalności oraz współpracy. Traktat z Lizbony dopuszcza elastyczność w sposobie podziału obowiązków w ramach *trio*. Zadania prezydencji po wejściu tego traktatu w życie uległy jakościowej modyfikacji, głównie wskutek istotnego umacniania urzędu Wysokiego Przedstawiciela Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa oraz utworzenia urzędu Stałego Przewodniczącego Rady Europejskiej. Oba te urzędy wyposażone zostały w kompetencje, z których część była przypisana prezydencji w poprzednim jej modelu²².

4.1. Rotacyjna Prezydencja Grupowa (TRIO)

Ustalone w traktacie lizbońskim zasady sprawowania prezydencji rotacyjnej nie odbiegają zbytnio od dawnego modelu, a więc nie uwzględniły większości postulatów zgłaszanych w trakcie prac konwentu. Niektóre zmiany dotyczące

²¹ Por. C. Herm, *Konferencja międzyrządowa w sprawie Traktatu z Lizbony*, „Biuletyn Analiz UKiE” 2008, nr 20, s. 39–79.

²² Szerzej – A. Wojtaszczyk (red.), *Prezydencja w Radzie Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 7 i n.

prezydencji stanowią jednak regulacje pozatraktatowe, w tym prawo pochodne, gdzie tryb ewentualnych zmian jest dużo prostszy. Postanowienia traktatu opierają się tu na trzech zasadniczych elementach. *Primo* prezydencję składów Rady UE sprawują przedstawiciele państw członkowskich w Radzie na zasadzie równej rotacji. *Secundo* z systemu rotacji wyłączono Radę ds. Zagranicznych, której przewodniczy Wysoki Przedstawiciel UE ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa (co powinno wzmocnić efektywność Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa UE). *Tertio*, dla poprawy spójności i ciągłości przewodnictwa postanowiono wprowadzić w UE *prezydencję grupową*. Przy czym, ogólna jej koncepcja, warunki równej rotacji i szczegółowe rozwiązania składu tej prezydencji zawarte zostały (w decyzji Rady Europejskiej umieszczonej) początkowo w deklaracji nr 3 do traktatu. Tym samym, ewentualna przyszła zmiana systemu sprawowania prezydencji – inaczej niż obecnie – nie będzie wymagała zmiany traktatów założycielskich. Według art. 203 TWE zmiana systemu sprawowania prezydencji wymaga poprawki do traktatu, a kwestię prezydencji uregulowano w TL, w art. 16 pkt 9 nowego TUE oraz w art. 236 TFUE. Zgodnie z początkowym tekstem deklaracji nr 3, a obecnie deklaracji nr 9 dołączonej do TL, prezydencję w Radzie będzie sprawować grupa trzech państw członkowskich przez okres 18 miesięcy (tzw. TRIO)²³. Poszczególne grupy państw zostały ustalone w decyzji Rady, „przy uwzględnieniu różnorodności i równowagi geograficznej w Unii”. Pierwsza z zasad zakłada, że okres oczekiwania na prezydencję w UE-27

²³ 9. Deklaracja odnosząca się do artykułu 16 ustęp 9 Traktatu o Unii Europejskiej dotycząca decyzji Rady Europejskiej w sprawie sprawowania prezydencji Rady

Konferencja oświadcza, że niezwłocznie po podpisaniu traktatu z Lizbony Rada powinna rozpocząć prace nad decyzją ustalającą procedury wykonania decyzji w sprawie sprawowania prezydencji Rady i udzielić jej politycznej akceptacji w ciągu sześciu miesięcy. Projekt decyzji Rady Europejskiej, który zostanie przyjęty w dniu wejścia w życie wyżej wymienionego traktatu, przedstawiony jest poniżej:

Projekt decyzji Rady Europejskiej w sprawie sprawowania prezydencji Rady

Artykuł 1. 1. Prezydencję Rady, z wyjątkiem Rady do Spraw Zagranicznych, sprawują uprzednio ustalone grupy trzech Państw Członkowskich przez okres 18 miesięcy. Grupy te tworzone są na zasadzie równej rotacji między Państwami Członkowskimi, przy uwzględnieniu ich różnorodności i równowagi geograficznej w ramach Unii.

2. Każdy członek grupy kolejno przewodniczy przez okres sześciu miesięcy wszystkim składom Rady, z wyjątkiem Rady do Spraw Zagranicznych. Pozostali członkowie grupy wspierają kraj przewodniczący we wszystkich jego obowiązkach na podstawie wspólnego programu. Członkowie grupy mogą przyjąć inne ustalenia między sobą.

Artykuł 2. Komitetowi Stałych Przedstawicieli Rządów Państw Członkowskich przewodniczy przedstawiciel Państwa Członkowskiego, które przewodniczy Radzie do Spraw Ogólnych. Przewodniczącym Komitetu Politycznego i Bezpieczeństwa jest przedstawiciel wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa. Przewodniczącym w organach przygotowawczych różnych składów Rady, z wyjątkiem Rady do Spraw Zagranicznych, jest członek grupy, która przewodniczy danemu składowi, chyba że postanowiono inaczej zgodnie z artykułem 4.

Artykuł 3. Rada do Spraw Ogólnych we współpracy z Komisją zapewni spójność i ciągłość prac różnych składów Rady w ramach wieloletniego programowania. Państwa członkowskie sprawujące prezydencję podejmują, przy wsparciu Sekretariatu Generalnego Rady, wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia organizacji i płynnego przebiegu prac Rady.

Artykuł 4. Rada przyjmuje decyzję ustanawiającą środki w celu wykonania niniejszej decyzji.

będzie wynosić 13 i pół roku. Druga – że w grupie powinno znajdować się nie więcej niż jedno duże państwo członkowskie oraz zarówno starzy, jak i nowi członkowie, a także nie powinno być tzw. koalicji geograficznych. Każde państwo wchodzące w skład grupy ma kolejno przewodniczyć wszystkim składom Rady (z wyj. Rady Spraw Zagranicznych). Pozostali członkowie grupy mają wspierać przewodniczącego w realizacji wspólnego programu i innych obowiązków. Państwa sprawujące prezydencję mogą jednak modyfikować te rozwiązania. Komitetowi Stałych Przedstawicieli będzie przewodniczyć przedstawiciel państwa kierującego pracami Rady do Spraw Ogólnych, natomiast przewodniczącym Komitetu Politycznego i Bezpieczeństwa będzie przedstawiciel Wysokiego Przedstawiciela do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa²⁴. W pozostałych organach przygotowawczych Rady (poza Radą ds. Zagranicznych) przewodniczyć ma państwo prezydencji, chyba że w ramach prezydencji grupowej poszczególne państwa dokonają innych uzgodnień. Z traktatu nie wynika jednak kto ma przewodzić blisko 300 grupom roboczym na bieżąco przygotowującym prace Rady (tu istnieją pewne standardy, głównie zwyczajowe). Decyzja, zawarta w deklaracji nr 9 została przyjęta większością kwalifikowaną przy wejściu w życie traktatu z Lizbony. Wcześniej zobowiązano Radę do niezwłocznego (po podpisaniu traktatu) opracowania decyzji ustalającej procedury konieczne dla wykonania decyzji w sprawie sprawowania prezydencji Rady.²⁵

4.2. Rada Europejska i jej przewodniczący

Traktat lizboński wprowadza zmiany statusu i funkcjonowania Rady Europejskiej, przekładające się na ograniczenie kompetencji prezydencji w Unii, ale mające przyczynić się do zwiększenia efektywności i skuteczności działania wspomnianej Rady. Traktat wprowadza funkcję stałego przewodniczącego Rady Europejskiej (prezydenta Rady, zwanego też prezydentem Unii) wybieranego w głosowaniu większością kwalifikowaną na okres 2,5 roku spoza grona ówczesnych członków Rady Europejskiej, z możliwością jednokrotnego odnowienia kadencji. Zadania stałego przewodniczącego określone zostały dosyć ogólnie: przewodniczenie Radzie i kierowanie jej pracami; ich przygotowywanie i zapewnienie ich ciągłości; zabieganie o konsensus w Radzie Europejskiej we współpracy z przewodniczącym Komisji i na podstawie prac Rady do Spraw Ogólnych oraz przedstawianie Parlamentowi Europejskiemu sprawozdania z każdego posiedzenia Rady. Funkcje stałego przewodniczącego zawierają zadania ciężące uprzednio na szefie państwa lub rządu państwa sprawującego prezydencję. W praktyce,

²⁴ J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2009, s. 39 i n.

²⁵ Por. *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*, Joint Study of Center of European Policy Studies, Egmont – The Royal Institute for International Relations, European Policy Centre, Brussels, November 2007, s. 7 i n.

„stałość” tej funkcji sprzyjać powinna procesowi rozszerzania ww. ogólnych standardów oraz wychodzeniu poza obecne ramy funkcji „chairmana”²⁶.

Traktat lizboński stanowi, że przewodniczący Rady Europejskiej zapewnia (na swoim poziomie) reprezentację UE na zewnątrz w sprawach dotyczących wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, jednak bez uszczerbku dla uprawnień Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa. Takie sformułowanie stwarza możliwość interpretacji rozszerzającej zarówno przez przewodniczącego Rady Europejskiej, jak i Wysokiego Przedstawiciela. Pozytywną nową rolę stałego przewodniczącego Rady Europejskiej należy widzieć w szerszym kontekście – istotnego wzmocnienia roli Rady Europejskiej (z pewnym uszczerbkiem dla Rady UE, a więc i prezydencji). A zmiany, jakie TL niesie dla Rady Europejskiej, są istotne. Ponadto traktat z Lizbony ostatecznie rozstrzyga kwestię statusu prawnego Rady Europejskiej, przesądzając o jej charakterze jako instytucji UE, będącej trwałym i ważnym elementem ram instytucjonalnych Unii (wymieniana jest ona tuż po Parlamencie).

4.3. Wysoki Przedstawiciel ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa

Traktat z Lizbony stworzył stanowisko Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa (WP). Decyzja ta wynikała z potrzeby wzmocnienia Unii w sferze WPZiB oraz poprawy spójności działań UE w wymiarze zewnętrznym, a także reformy tej polityki. Wysoki Przedstawiciel połączył stanowiska komisarza do spraw stosunków zewnętrznych (teraz w randze wiceprzewodniczącego Komisji) oraz Wysokiego Przedstawiciela do spraw Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa – Sekretarza Generalnego Rady UE. Wysokiego Przedstawiciela mianuje Rada Europejska na 5 lat, stanowiąc większością kwalifikowaną w porozumieniu z przewodniczącym Komisji. Wspólnie z innymi członkami Komisji Europejskiej, Wysoki Przedstawiciel podlega zatwierdzeniu przez Parlament Europejski. Wysoki Przedstawiciel prowadzi z upoważnienia Rady Europejskiej Wspólną Politykę Zagraniczną i Bezpieczeństwa Unii i przyczynia się do jej rozwoju, zapewniając m.in. implementację decyzji Rady Europejskiej i Rady UE w tym zakresie. Wysoki Przedstawiciel jako wiceprzewodniczący Komisji odpowiada za wykonywanie zadań Komisji w sferze stosunków zewnętrznych oraz za koordynację innych działań zewnętrznych Unii. Będzie też prowadził dialog z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi wyrażając stanowisko Unii na forum międzynarodowym²⁷. Warto wskazać także, że jest on członkiem Rady UE (i przewodniczącym jednego jej składu – rady ds. Zagranicznych), a więc łączy eksponowane funkcje w trzech instytucjach. Ponadto

²⁶ Tak się stało w czerwcu 2010 r., kiedy prezydent przewodniczył Radzie ECOFIN.

²⁷ Por. J. Sozański, op. cit., s. 57 i n.

jest faktycznym kierownikiem Europejskiej Służby Działań Zewnętrznych, która w TK miała status unijnego MSZ.

Formalnie Wysoki Przedstawiciel jest wspomagany przez Europejską Służbę Działań Zewnętrznych, tworzoną właśnie z urzędników odpowiednich departamentów Sekretariatu Generalnego Rady UE oraz Komisji Europejskiej (DG I), jak również z osób oddelegowanych przez służby dyplomatyczne państw członkowskich. W ograniczających modyfikacjach roli prezydencji, obok wyłączenia przewodnictwa Rady Europejskiej, istotne znaczenie ma wyłączenie Rady Spraw Zagranicznych z systemu przewodnictwa rotacyjnego i powierzenie Wysokiemu Przedstawicielowi jej przewodniczenia oraz kierowania pracami ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich (w sferze unijnej). Inny problem stanowi konsekwencja ustanowienia Wysokiego Przedstawiciela, jako urzędu będącego jednocześnie w strukturze Komisji Europejskiej, Rady UE oraz Rady Europejskiej, dla pozycji przewodniczącego Komisji i tym samym dla całej tej Instytucji. Istnieje ryzyko, że nie dość szczegółowe uzgodnienie zasad wykonywania nakładających się kompetencji mogą powodować konflikty i tendencje do pomniejszania roli przewodniczącego Komisji Europejskiej, a nawet funkcji prezydenta Unii²⁸.

4.4. Rada Europejska, Rada UE a zasady przewodnictwa

Istotne zmiany w składzie i funkcjonowaniu Rady Europejskiej wprowadził traktat lizboński. W art. 15 ust. 1 TUE postanowiono, że: *Rada Europejska nadaje Unii impulsy niezbędne do jej rozwoju i określa ogólne kierunki i priorytety polityczne. Rada Europejska nie pełni funkcji prawodawczej*. Przepis ten jest odwzorowaniem dotychczasowej regulacji, a więc zadania Rady Europejskiej pozostają formalnie niezmienione. Zmienia się natomiast skład Rady – został on ograniczony do szefów państw lub rządów państw członkowskich, przewodniczącego Komisji i wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa, a także jej faktyczna rola. Jednakże: *Jeżeli wymaga tego porządek obrad, członkowie Rady Europejskiej mogą podjąć decyzję, aby każdemu z nich towarzyszył minister, a w przypadku przewodniczącego Komisji – członek Komisji*. Niezmieniona została częstotliwość posiedzeń Rady, a zwoływanie jej sesji nadzwyczajnych zyskało regulację traktatową. W traktacie wprowadzono też wybór przewodniczącego większością kwalifikowaną na okres dwóch i pół roku z mandatem jednokrotnie odnawialnym ustalając, że ma on następujące obowiązki: a) *przewodniczy on Radzie Europejskiej i prowadzi jej prace*; b) *zapewnia przygotowanie i ciągłość prac Rady Europejskiej, we współpracy z przewodniczącym Komisji i na podstawie prac Rady do Spraw Ogólnych*; c) *wspomaga osiągnięcie spójności i konsensusu w Radzie Europejskiej*; d) *przedstawia Parlamentowi Europejskiemu*

²⁸ Por. J. Barcik, A. Bentkowska, op. cit., s. 137 i n.

*sprawozdanie z każdego posiedzenia Rady Europejskiej*²⁹. Cytowany przepis zapewnia prezydentowi ponadto reprezentację Unii na zewnątrz w sprawach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, bez uszczerbku dla praw wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa. Przewodniczącą Rady Europejskiej (prezydent) nie może sprawować krajowej funkcji publicznej, prowadzić działalności zarobkowej, ani pozostawać w konflikcie interesów.

W przypadku głosowania każdy członek Rady Europejskiej może otrzymać pełnomocnictwo tylko od jednego z pozostałych członków Rady (art. 235 TFUE). Rada Europejska może stanowić większością kwalifikowaną. Zwykłą większością stanowi w kwestiach proceduralnych oraz w sprawie przyjęcia swojego regulaminu wewnętrznego. Jej przewodniczący oraz przewodniczący Komisji nie biorą udziału w głosowaniach. Wstrzymanie się od głosu przez członków lub reprezentowanych nie stanowi przeszkody w przyjęciu uchwały Rady Europejskiej wymagającej jednomyślności. Przewodniczący Parlamentu Europejskiego może zostać zaproszony przez Radę Europejską „w celu jego wysłuchania” (czyli udzielenia informacji w określonych sprawach). Organizacyjnie Radę Europejską wspomaga Sekretariat Generalny Rady. Obligatoryjnie Rada Europejska przyjmuje większością kwalifikowaną: a) decyzję ustanawiającą wykaz składów Rady innych niż Rady do Spraw Ogólnych i Rady do Spraw Zagranicznych, zgodnie z art. 16 ust. 6 TUE; b) decyzję dotyczącą prezydencji składów Rady, z wyjątkiem Rady do Spraw Zagranicznych, zgodnie z art. 16 ust. 9 TUE³⁰.

Należy oczekiwać, że Sekretariat Generalny Rady UE wyodrębni stały sekretariat Rady Europejskiej. Można przyjąć, że ze względu na potrzebę dokumentowania wyników głosowania wprowadzone zostanie protokołowanie obrad. Innym przejawem instytucjonalizacji tej Rady jest obserwowana od co najmniej pięciu lat tendencja do przerzucania na nią (z Rady UE) wszystkich trudnych i ważnych decyzji. Jednakże ma to określone granice, gdyż traktat wyraźnie stanowi, że Rada Europejska nie bierze udziału w przyjmowaniu aktów prawnych, a ponadto że podstawową formą jej działania (dla uzyskiwania zgodności) pozostaje konsensus³¹.

Pomimo że po wejściu w życie traktatu z Lizbony, prezydencja została ograniczona do przewodnictwa w Radzie UE, nie znaczy to, że została odseparowana od wpływów na działania Rady Europejskiej. Wpływ prezydencji na Radę Europejską może być wielokierunkowy. Ze strony Rady UE i jej struktur (w tym Coreperu, struktur grup roboczych i doradczych, w tym grup Anticiego i Martensa) można wpływać na przygotowania prac Rady. Poprzez struktury komitologiczne oraz KES, KR i komitety sektorowe można także wpływać na opiniowanie poszczególnych inicjatyw. Z kolei ułożenie właściwych relacji z prezydentem Unii,

²⁹ Tekst aktualnej wersji przepisów Traktatów (TUE, TFUE) – zob. Dz.Urz. UE 2008 C 117/07.

³⁰ Zob. tekst traktatu z Lizbony – Dz.Urz. UE C 2007, 303/1.

³¹ J. Barcik, A. Wentkowska, op. cit., s. 69 i n.

Wysokim Przedstawicielem oraz innymi instytucjami, organami i strukturami, można oddziaływać na ich aktywność. Pozytywną rolę odgrywać mogą przedstawiciele państwa prezydencji zatrudnienie lub działający w strukturach unijnych, w tym w Parlamencie Europejskim, Komisji agencjach Unii. Dlatego 'liczebność' i siła tych wpływów jest trudna do przecenienia. Podobnie zresztą jak *image* danego państwa w instytucjach UE i społeczeństwach państw członkowskich.

Jeśli chodzi o sposób ustalania agendy prac Rady UE i priorytety prezydencji, należy wskazać, że Sekretariat Generalny Rady przesyła urzędowi prezydencji (uważa się zań ministra spraw zagranicznych kraju przewodnictwa z jego aparatem wykonawczym) wykaz aktów i decyzji (do uzgodnienia i przyjęcia, podziałem na Listy A i B, czyli niewymagające i wymagające negocjacji) oraz innych problemów do rozstrzygnięcia, przypadających na półrocze rotacji. Do tych problemów zalicza się zwykle kwestie: a) wynikające z obowiązku traktatowych, b) wynikające z innych zadań Unii, c) nierozstrzygnięte przez poprzednią prezydencję (sprawy zaległe), d) inne pilne sprawy. Państwo przewodnictwa ze swej strony ustala własne *priorytety prezydencji* i w formie listu ich propozycję wysyła do ministrów spraw zagranicznych innych państw członkowskich. Po uzyskaniu odpowiedzi (i ew. uwzględnieniu uwag) jest formułowany w *urzędzie* – w uzgodnieniu z Sekretariatem Generalnym Rady – *program prezydencji*, czyli plan pracy na całe półrocze. Zawiera on – obok planowanych zadań – również wszystkie projektowane posiedzenia Rad oraz (w większości) innych struktur włączonych w wykonanie wspomnianych zadań. Praktycznie w pierwszych dniach prezydencji taki program jest już sformułowany.

Forma listu osobistego przez szefa prezydencji Rady UE kierowanego do ministrów spraw zagranicznych jest praktykowana nie tylko w odniesieniu do priorytetów prezydencji, lecz także w wielu innych ważnych lub delikatnych sprawach. Szef prezydencji zwraca się często w podobny sposób do kierowników instytucji i struktur unijnych³². Podobne działania mogą być podejmowane na szczeblu szefa misji dyplomatycznej czy przewodniczących grup roboczych.

W trakcie prezydencji podstawową rolę spełnia MSZ państwa prezydencji, ale szczególną rolę koordynacyjną spełnia też przedstawicielstwo dyplomatyczne tego państwa przy Unii. To ono koordynuje, inicjuje i często prowadzi prace COREPER I i II oraz współdziałających z Radą grup roboczych. W ramach

³² 25.06.2010 r. w Sejmie RP (Komisja ds. Europejskich) przeprowadzono konsultacje z Sekretarzem Generalnym PE. Jest on najwyższym urzędnikiem i zwierzchnikiem administracyjnym Parlamentu Europejskiego (PE) i z tego tytułu kieruje Sekretariatem Generalnym. Klaus Welle, który pełni tę funkcję od 2009 roku zaprezentował rolę Parlamentu Europejskiego w systemie instytucjonalnym Unii Europejskiej po wejściu w życie traktatu z Lizbony oraz omówił wzajemne relacje pomiędzy parlamentami narodowymi a PE. K. Welle odpowiadał także na zapytania poszczególnych ministrów dotyczące praktycznych aspektów współpracy kraju sprawującego prezydencję w Radzie Unii Europejskiej z Parlamentem Europejskim. Wskazał także na potrzebę zaangażowania przedstawicieli kraju sprawującego prezydencję w poszczególne obszary aktywności Parlamentu Europejskiego zwłaszcza na etapie poprzedzającym objęcie przewodnictwa w Radzie UE.

Coreperu to dyplomaci z tej misji winni doprowadzić do uzyskania konsensusu niezbędnego dla przyjęcia w Radzie każdej z decyzji będącej w agendzie. Na posiedzenia Coreperu i sesje Rady delegacje przygotowują Instrukcje według wzoru przygotowanego przez Sekretariat Generalny, przekazywane wcześniej organizatorom. Zakres działań prezydencji wzbogacany jest o funkcje kierownicze w sferze zawierania umów, prowadzenia wielorakich negocjacji (w tym ew. akcesyjnych, z podziałem na obszary i fazy), stosunkami wewnętrznymi i zagranicznym. Większość posiedzeń przygotowujących i finalnych ma charakter jawny. Z ważniejszych tego typu inicjatyw sporządza się komunikaty oraz raporty dla członków i delegacji, które zazwyczaj rozsyła (pod nadzorem prezydencji) Sekretariat Generalny Rady (vide załączniki). Warto przy tym pamiętać, że posiedzenia Rady są w większości poufne, ale muszą być jawne w momencie dyskusji o propozycji aktów i podejmowania decyzji o charakterze prawnym. Tym niemniej sprawozdania z prac Rady (w przeciwieństwie do Parlamentu Europejskiego) nie są publicznie udostępniane. Istotne znaczenie mają grupy robocze i organy pomocnicze.

Stałe przedstawicielstwo odgrywa też istotną rolę w transmisji informacji i inicjatyw z urzędu prezydencji do adresatów w instytucjach Unii i w pozostałych państwach członkowskich, a także w inspirowaniu (zgodnych z priorytetami prezydencji) działań innych (obok Rady) instytucji i organów Unii. Dlatego na czas prezydencji misja dyplomatyczna państwa przewodnictwa przy UE jest zwykle istotnie wzmocniana.

Dla efektywnego prowadzenia konieczne są skomplikowane działania organizacyjne oraz zabiegi socjotechniczne i medialne. Ponadto konieczna jest znajomość protokołu dyplomatycznego, w której to sferze Unia ma spory, doceniany na całym świecie, dorobek.

Po zakończeniu prezydencji sporządzane są dokumenty i analizy, choć w przypadku przewodnictwa Rady UE (w przeciwieństwie do dawnej prezydencji Radzie Europejskiej³³) rzadko przybierają one postać oficjalnego dokumentu unijnego.

Państwo prezydencji i jego urząd przygotowują niezbędne podstawy prawne oraz tworzą zwykle szereg struktur służących realizacji zadań prezydencji i koordynowaniem jej prac. Towarzyszy temu zazwyczaj dodatkowa obsada kadrowa, środki finansowe i inne instrumenty wykonawcze. Ich wielkość i efektywność zależy od charakteru państwa i bywa bardzo zróżnicowana. Jednak znajomość specyfiki funkcjonowania struktur Unii Europejskiej jest zawsze bardzo przydatna. Dlatego rząd tego państwa ucieka się często do ekspertów i firm zewnętrznych dla wspierania działań prezydencji.

Przykładami negatywnymi są – spotykane zwykle wśród nowych państw – błędy negocjacyjne (łącznie z *faux-pas* i nieznajomością standardowych technik, w tym

³³ *Wnioski Prezydencji Rady Europejskiej*, Bruksela 18–19 czerwca 2009, „Studia Europejskie” 2009, nr 3, s. 127 i n.

m.in. brakiem wiedzy w sprawie utrwalania uzgodnień³⁴), brak znajomości funkcjonowania instytucji (np. wypowiedzi ministra SZ, obarczające zagranicznych partnerów brakiem zapisów w konkluzjach Rady Europejskiej w sytuacji, kiedy minister powinien był sam dopilnować umieszczenia ich tam). Istnieje także kwestia wizerunku (*image*) danego państwa, któremu nie służą niewątpliwie akcje utrudniające funkcjonowanie Unii, a zwłaszcza nagłe zmiany przyjętego wspólnie w Unii stanowiska (np. przy projekcie Konstytucji dla Europy lub w kwestii modelu głosowania w Radzie – ‘sławny’ pierwiastek kwadratowy).

5. System przewodnictwa w UE

W wejście w życie traktatu z Lizbony nie rozstrzyga wszystkich kwestii, istotnych z punktu jakości i efektywności zmian wprowadzanych w modelu prezydencji. Niezbędne będą decyzje i rozstrzygnięcia, które umożliwią ich funkcjonowanie oraz dostosowanie do wymogów praktyki, co może powodować pewne trudności³⁵.

Kwestie powyższe rozważała m.in. prezydencja słoweńska w grudniu 2007 r., a następnie prezydencja szwedzka w czerwcu 2009 r. Tematy poruszane przez prezydencję szwedzką, uzasadniają domniemanie, że pozycja i zadania prezydencji mogą w przyszłości ulegać modyfikacjom. Modyfikacje będą zmierzać w kierunku wzmocnienia funkcji prezydencji, wobec powszechnego przekonania o zbyt dużym ich osłabieniu w traktacie lizbońskim. Przykładem nierozstrzygniętej kwestii, która będzie uzgadniana jest przewodniczenie grupom roboczym Rady. Powierzenie Wysokiemu Przedstawicielowi przewodniczenia Radzie ds. Zagranicznych, nie przesądza o przewodniczeniu przez jego reprezentantów (członków tworzonej dopiero Europejskiej Służby Działań Zewnętrznych) grupom roboczym podległym Radzie ds. Zagranicznych. Nie jest też nadal znany zakres tematów, które mają wchodzić w zakres prac tej Rady oraz Rady ds. Ogólnych. Dotychczasowy podział zadań ulegać może zmianom. Kwestia uprawnień prezydencji w sposób pośredni łączy się z zakresem kompetencji Wysokiego Przedstawiciela, szczególnie jeśli chodzi o sformułowanie „koordynacja innych działań zewnętrznych Unii”. Kwestia przewodniczenia grupom roboczym może być więc wykorzystana jako element wzmocnienia pozycji prezydencji. Innym problemem jest kwestia roli premiera lub głowy państwa sprawującego przewodnictwo w UE. Na mocy zmian dokonanych przez traktat z Lizbony jego pozycja szefa prezydencji została osłabiona, przy jednoczesnym zwiększeniu dodatkowych zadań. Premier/głowa państwa będzie ponosił bezpośrednią odpowiedzialność za

³⁴ Klania się tu np. finalizacja polskich negocjacji akcesyjnych na etapie *konfesjonatu*, gdzie przy niepomiaralnych naciskach na poprawę własnych warunków zapomniano o... protokołowaniu.

³⁵ Ibidem. Słabości i skłonność do dryfowania wykazuje jeszcze ciągle system *prezydencji grupowej*.

działania podejmowane przez UE w danym półroczu we wszystkich dziedzinach na poziomie Rady UE (za wyjątkiem polityki zagranicznej i bezpieczeństwa UE), której przewodniczą poszczególni ministrowie rządu. Jednocześnie, nie będzie miał wpływu na decyzje i negocjacje podejmowane przez Radę Europejską, której pracom przewodniczyć będzie stały przewodniczący³⁶.

6. Zasady prezydencji w UE a przewodnictwo Polski

Należy stwierdzić, że traktat z Lizbony wprowadza istotne zmiany modelu przewodnictwa w Unii. W miejsce obecnej rotacyjnej sześciomiesięcznej prezydencji ustanawia prezydencję hybrydową, na którą składać się będzie z jednej strony stały przewodniczący w RE i Wysoki Przedstawiciel ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa w Radzie ds. Zagranicznych. Z drugiej prezydencja rotacyjna w pozostałych formacjach Rady będzie komplikowana prezydencją grupową. Traktat wprowadza też zmianę zakresu kompetencji oraz pozycji prezydencji. Ustanowienie stałego przewodniczącego Rady Europejskiej w oczywisty sposób ogranicza prezydencję do poziomu Rady UE. Natomiast utworzenie stanowiska Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa i powierzenie mu przewodnictwa w Radzie ds. Zagranicznych znacznie ogranicza kompetencje państwa prezydencji w UE. Kompetencje prezydencji zostały więc w sposób wyraźny ograniczone w stosunku do stanu poprzedniego, a tym samym status rotacyjnego przewodnictwa uległa osłabieniu.

Przepisy wykonawcze w sprawie prezydencji wprowadzane w związku z traktatem lizbońskim w dużej mierze przesądzą o skali zaangażowania państw i instytucji w proces przygotowań i przebiegu prezydencji, co ma także duże znaczenie dla Polski. Z racji utworzenia stałego przewodniczącego Rady Europejskiej rola szefa prezydencji w kierowaniu przewodnictwem będzie dużo mniejsza niż przedtem (nie będzie odpowiedzialny za negocjacje na poziomie Rady Europejskiej oraz – wspólnie z ministrem SZ – za kształt konkluzji). Jego zaangażowanie ograniczać się będzie do nadzoru nad przebiegiem prac ministrów przewodniczących Radom sektorowym, których efekty prac przekazywane są m.in. Radzie Europejskiej jako materiał do obrad i wkład do przyjmowanych konkluzji. W związku z powołaniem Wysokiego Przedstawiciela zmniejszyła się rola i wpływ na prezydencję ministra spraw zagranicznych. W tym kontekście przewodniczenie pracom Rady ds. Ogólnych może być monopolizowane przez ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich, kosztem (z wykluczeniem) ministrów ds. europejskich tych państw³⁷. Można zauważyć, że już teraz tak czyni wiele państw dla wzmocnienia swej roli w tej Radzie.

³⁶ Por. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 71 i n.

³⁷ A przedtem rysował się taki podział. Por. ibidem.

Traktat lizboński modyfikuje też organizację pracy prezydencji. Warto zauważyć, że przy większym obecnie wkładzie pracy, jej efekty będą mniej istotne niż przed grudniem 2009 r. Idea prezydencji grupowej nie zrywa całkowicie z sześciomiesięczną prezydencją, a zarazem oznacza identyczny jak w dawnym modelu, długi „okres oczekiwania na prezydencję”. Główne *novum* to możliwość ustalenia w grupie trzech państw sprawujących przewodnictwo alternatywnych rozwiązań co do podziału zadań. Praktyka dopiero pokaże na ile narzędzie to może być efektywnie wykorzystywane przez państwa członkowskie. Nowym wyzwaniem dla państw sprawujących prezydencję będzie też pewna konkurencja z przewodniczącym Rady Europejskiej o ustalanie agendy i koordynację polityki. W ciągu 18 miesięcy państwa sprawujące prezydencję grupową będą miały szansę wprowadzić bardziej spójny program i jednocześnie zwiększyć efektywność zarządzania pracami Rady dzięki doświadczeniu nabytemu w czasie wspierania państwa przewodniczącego (ale będzie to trudne i dotąd nie zaistniało). Pojawią się jednak problemy koordynacyjne w przypadku wspólnego sprawowania prezydencji przez państwa o zróżnicowanych priorytetach politycznych lub odmiennym spojrzeniu na ewolucję poszczególnych polityk unijnych. Wynika z powyższego potrzeba podjęcia przez Polskę bardziej intensywnej współpracy z przewodniczącym Rady Europejskiej. Konsultacje powinny objąć głównie okres przygotowań do prezydencji i dotyczyć głównych kierunków planowanych działań. Wydaje się, że jedną z nieuniknionych konsekwencji Lizbony będą problemy kompetencyjne między poszczególnymi liderami UE: przewodniczącym Rady Europejskiej, Wysokim Przedstawicielem, przewodniczącym KE i szefem prezydencji. Mogą one wynikać zarówno z nieprecyzyjnych przepisów traktatowych, jak i dążenia do efektywnego wykonywania obowiązków. Czy któraś prezydencja będzie mogła skutecznie wygrywać dla siebie tego typu konflikty? Nacisk powinien być położony raczej na umiejętną koncyliację i harmonizację działań. Ponadto przewodniczący Rady Europejskiej i Wysoki Przedstawiciel dopiero próbują wypracować model współpracy między sobą, wobec przewodniczącego Komisji i szefa prezydencji³⁸.

Ostateczny kształt ustrojowy prezydencji może ulegać modyfikacjom w procesie dalszego wdrażania traktatu z Lizbony. Prawdopodobne wydaje się przyjmowanie takich rozwiązań, które zmierzać będą w kierunku wzmocnienia kompetencji półrocznej prezydencji państwa. Ale zależeć to będzie też od dokonania najbliższych, poszczególnych prezydencji.

6.1. Praktyczne przygotowania Polski do prezydencji

Priorytety polskiej prezydencji nie zostały jeszcze w pełni zdefiniowane (dokument formalny jest zwykle ogłaszany w chwili rozpoczynania prezydencji), choć z działań oraz oficjalnych wypowiedzi członków rządu wynika, że będą się one

³⁸ Por. A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Lublin 2010, s. 79 i n.

koncentrowały na budżecie Unii (perspektywa 2014–2020); zagadnieniach Wspólnej Polityki Rolnej, ochronie środowiska, bezpieczeństwie energetycznym³⁹ i Partnerstwie Wschodnim. Z konieczności będą podjęte też kwestie migracji, obecne w poprzednich prezydenturach⁴⁰. Premier podkreśla, że dla Polski obecnie najważniejsze jest, aby dobrze przygotować prezydenturę organizacyjnie, jesteśmy bowiem oceniani pod kątem tego, jak prezydentura została przygotowana. „Szczególnie jeśli chodzi o nowe kraje członkowskie, na to zwracają uwagę wszyscy i dlatego Polska musi być i będzie bardzo dobrze przygotowana organizacyjnie do tej prezydentury”. „Jesteśmy tym największym i chyba jednak kluczowym z nowych państw członkowskich partnerem, dla tych starych wyjadaczy” – zaznaczył Tusk. „Dlatego z naszą prezydenturą wiele państw wiąże nadzieje na to, że ta nowa Unia Europejska, ta nowa część, też będzie skutecznie oddziaływała na politykę całej UE” – dodał⁴¹.

Jednym z głównych celów, wokół których skupią się zadania polskiej prezydentury, będzie przewodniczenie pracom Rady UE, jej komitetom, grupom roboczym, a także spotkaniom Rady Europejskiej. Ma to związek z zapewnieniem dobrej organizacji spotkaniom merytorycznym. Kolejnym zadaniem ma być reprezentowanie Rady wobec innych instytucji Unii, zwłaszcza Komisji Europejskiej i Parlamentu Europejskiego oraz organów UE⁴².

Obecnie na szczeblu rządowym toczy się dyskusja nad propozycjami priorytetów sektorowych polskiej prezydentury. Właśnie priorytety sektorowe (o czym rzadko się pamięta) w ramach prac 9. składów Rad UE będą najważniejsze w czasie naszej prezydentury. Ustalanie priorytetów przez poszczególne resorty odbywać się będzie według formacji Rady UE, zgodnie z znanym harmonogramem. Ponadto rozpoczęto konsultacje w sprawie priorytetów strategicznych polskiej prezydentury, koordynowane przez Departament Polityki Ekonomicznej MSZ. Cel konsultacji jest podobny, do planowanych priorytetów sektorowych w formacjach Rady UE przy operacjonalizacji priorytetów. Na posiedzeniu 12.02.2010 r. Komitet do Spraw Europejskich przyjął dokument pt. *Kalendarz spotkań planowanych podczas polskiego przewodnictwa w Radzie Unii Europejskiej w 2011 r.*, zawierający zestawienie terminów i koncepcję działań logistycznych w zakresie przygotowania wymienionych w nim spotkań.

Istotne są też zagadnienia powiązanie prezydentury z promocją Polski w świecie. W tym zakresie obowiązująca jest Ramowa strategia promocji Polski do 2015 r., przyjęta w grudniu 2008 r. przez Radę Ministrów. Wiadomo, że Ministerstwo Kultury już od ponad roku pracuje nad programami promocji i informacji kulturalnej w ramach naszej prezydentury.

³⁹ Por. K.M. Księżpolski, *Wpływ rozszerzenia Unii Europejskiej na bezpieczeństwo ekonomiczne państw Europy Środkowej – aspekty energetyczne*, „Studia Europejskie” 2007, nr 1.

⁴⁰ Por. M. Pacek, M. Bonikowska, *Unijna droga do wspólnej polityki migracyjnej w kontekście debaty o przyszłości Wspólnot*, „Studia Europejskie” 2007, nr 1.

⁴¹ Informacje za <http://www.euractiv.pl> (30.06.2010).

⁴² Ibidem.

W związku z kryzysem ekonomicznym oraz możliwymi innymi zagrożeniami istotne będą odnośne instrumenty. W sferze przygotowania prezydencji na kryzysy oraz komunikacji kryzysowej, należy odnotować fakt, że obecnie w Brukseli toczą się równoległe dwa procesy związane z wdrażaniem zmian instytucjonalnych po traktacie z Lizbony. Centrum Monitoringu i Informacji (MIC) KE łączone jest z podobnym centrum, funkcjonującym w Dyrekcji Pomocy Humanitarnej (ECHO) KE. Ponadto do Centrum Sytuacyjnego, funkcjonującego w Sekretariacie Generalnym Rady, dołączone zostanie Centrum Sytuacyjne (*Situation Room*) Komisji Europejskiej. MIC oraz ECHO znajdują się w portfolio komisarzy ds. współpracy międzynarodowej, pomocy humanitarnej i reagowania kryzysowego K. Georgiev. Połączone SITCEN i Centrum Sytuacyjne podlegać będą natomiast C. Ashton – Wysokiemu przedstawicielowi UE ds. zagranicznych i polityki bezpieczeństwa. W przypadku kryzysu przedstawiciel prezydencji polskiej, odpowiadający za kontakty z mediami, powinien być w stałym kontakcie z rzecznikiem przedstawicielstwa Unii Europejskiej w danym regionie kryzysowym. Na miejscu (np. na terenie dotkniętym katastrofą naturalną) przedstawicielstwo Unii Europejskiej udziela wsparcia logistycznego (np. organizacja tłumaczy) i odpowiada za kontakty z prasą. Rzecznik prezydencji powinien posiadać bazę danych kontaktowych do wszystkich przedstawicielstw UE.⁴³

Administracja rządowa prowadzi działania przygotowawcze na podstawie dokumentu opracowanego przez UKIE: *Program Działań Rzeczypospolitej Polskiej do Objęcia i Sprawowania Przewodnictwa w Radzie Unii Europejskiej*, a przyjętego przez Radę Ministrów w 13.01.2009 r. Przyjęto ponadto program *Przygotowanie, sprawowanie i obsługa Przewodnictwa Polski w Radzie Unii Europejskiej w II połowie 2011 r.*, który stanowi podstawę prawną działań administracji rządowej w tej sferze. W sprawach finansowych Komitet Europejski Rady Ministrów przyjął 22.12.2009 r. dokument wykonawczy do ww. programu. Dokument wprowadza zasady korzystania ze środków finansowych programu wieloletniego zarówno w ramach centralnej, jak i resortowej części. Ponadto dokument wprowadza procedurę korzystania ze środków ujętych w rezerwie celowej oraz wspólny system sprawozdawczości, którego terminowe funkcjonowanie stanowi warunek niezbędny dla bieżącego monitorowania wykorzystania środków finansowych programu, jak również prowadzenia analiz oraz identyfikacji niedoszacowanych obszarów zadaniowych i przez to zagrożonych w realizacji⁴⁴.

1.01.2010 r. utworzono Komitet do Spraw Europejskich (KSE)⁴⁵ służący współpracy członków Rady Ministrów i innych organów administracji rządowej związanej z członkostwem Polski w Unii Europejskiej. Zastąpił on Komitet Inte-

⁴³ Zob. J. Barcik, A. Wentkowska, op. cit., s. 69 i n. oraz J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, op. cit., s. 31 i n. Por. www.europa.eu.int (30.06.2010).

⁴⁴ Zob. pismo DKPP MSZ ws. Przygotowania Polski do prezydencji w Radzie UE, marzec 2010 r.

⁴⁵ Na mocy ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o Komitecie do Spraw Europejskich (Dz.U. z 2009 r. Nr 161, poz. 1277),

gracji Europejskiej (a struktura UKIE została włączona do MSZ). Na szczelbu Rady Ministrów powołano też pełnomocnika ds. przygotowań do prezydencji Polski w Radzie UE⁴⁶. W każdym z resortów centralnych utworzono specjalną strukturę organizacyjną i Punkty Kontaktowe ds. prezydencji oraz opracowano plany przedmiotowych działań. Na podstawie decyzji KERM z 15 lipca 2008 r. ministerstwa i urzędy centralne zostały zobowiązane do powołania wewnętrznych zespołów koordynujących przygotowania danego urzędu do realizacji zadań wynikających przewodnictwa Polski w UE. Szczególną rolę odgrywa tu Ministerstwo Spraw Zagranicznych (gdzie powołano Departament Koordynacji Przewodnictwa Polski w Radzie Unii Europejskiej – DKPP⁴⁷) oraz Komitet Ekonomiczny Rady Ministrów. Ma być uruchomiony Extranetu Prezydencji – serwis o autoryzowanym dostępie, w którym umieszczane będą najważniejsze informacje dot. przygotowań do polskiego przewodnictwa. Do układu serwisu zespół projektowy dodaje poszczególne zakładki z treścią. Serwisy elektroniczne funkcjonują już w większości resortów.

We wszystkich resortach rządowych powołano pełnomocników do spraw prezydencji. Odbywają się też comiesięczne spotkania koordynacyjne (o charakterze strategicznym i sektorowym) przedstawicieli personelu obsługi prezydencji z różnych resortów.

7. Przewodnictwo grupowe a praktyka po Lizbonie

Każda prezydencja stara się wyróżnić na tle innych formą, treścią i wkładem w rozwój Unii. W tym ostatnim kontekście podjęcie istotnych dla wszystkich problemu i zorganizowanie specjalnych szczytów w tej kwestii należy do standardów. Ponadto państwa przewodnictwa dążą do nadania specjalnej oprawy swojemu przewodnictwu. Organizowane więc są publiczne uroczystości otwarcia i zamknięcia prezydencji z widowiskami, koncertami i festynami. Każdy ze wspomnianych aspektów problemu posiada swoje znaczenie. Opracowuje się zwykle (z udziałem wyspecjalizowanych firm) stronę programową oraz promocyjną (reklamową prezydencji). Hasło i logo prezydencji (obecnie przypisywane *trio*) stanowią tu także ważny wyróżnik. Charakterystyczną cechą omawianego niżej okresu jest wprowadzenie wspólnej prezydencji grupowej trzech kolejnych państw, w okresie 18 miesięcy, najpierw od stycznia 2007 r. w sposób nieformalny, a potem (od grudnia 2009) – formalny.⁴⁸ Prezydencja grupowa powinna w zało-

⁴⁶ Oficjalna nazwa tego stanowiska brzmi: Pełnomocnik Rządu ds. Przygotowania Organów Administracji Rządowej i Sprawowania przez Rzeczpospolitą Polską Przewodnictwa w Radzie Unii Europejskiej.

⁴⁷ Departament Koordynacji Przewodnictwa Polski MSZ będzie w przyszłości biurem Urzędu Prezydencji.

⁴⁸ Szerzej por. A. Wojtaszczyk (red.), *Prezydencja w Radzie Unii Europejskiej*, op. cit., s. 7 i n.

zeniu być homogeniczna co do celów i zadań oraz wzajemnie współpracująca co do kierowania strukturami.

Patrząc na minione prezydencje z perspektywy czasu widzimy, że bardzo ambitne zazwyczaj założenia kolejnych prezydencji (np. Słowenii, Francji) w zdecydowanej większości obszarów pozostawały niezrealizowane. Nie znaczy to, że nie należy podejmować szerokich i ambitnych zamierzeń, gdyż bez takich prób nie byłoby rozwoju Unii. Z drugiej strony jednak powstaje dylemat, czy z punktu widzenia interesu ogólnego lepsza jest ambitna prezydencja narodowa, czy też prezydencja służąca głównie realizacji celów unijnych oraz wspomaganie instytucji i organów Unii (jak np. prezydencja belgijska). Optowanie za drugą opcją, acz wydaje się oczywiste, wcale nie musi być korzystne dla Unii (może bowiem oznaczać stagnację oraz wspieranie biurokracji i jej własnych celów). Natomiast o wielu ważnych sukcesach całej Unii decydowały partykularne inicjatywy państw członkowskich.

Obserwacja ostatnich prezydencji może być bardzo instruktywna zarówno w sferze modelu i celów przewodnictwa w UE, jak i metod i technik realizacyjnych. Dla przykładu austriacka koncepcja briefingów resortowych dla placówek dyplomatycznych przed wybranymi posiedzeniami Rad może być wykorzystana także w Polsce, podczas przygotowań do prezydencji. Można zaproponować resortom organizowanie podobnych briefingów w Warszawie dla ambasad państw członkowskich. Poza przekazem merytorycznym, briefingi mogłyby stanowić element przygotowań sektorowych do spotkań w okresie prezydencji. Z obserwacji prezydencji szwedzkiej oraz hiszpańskiej wynika, że dobry wizerunek jest niezbędny dla pozytywnego postrzegania kraju na zewnątrz. Taka sytuacja zapewnia także większą stabilność działania. Z doświadczeń prezydencji hiszpańskiej wynika, że koszt organizacji szczytu UE w formacie trojki to około 7–8 mln euro. Całościowy budżet prezydencji hiszpańskiej wstępnie planowany był na ok. 70 mln euro. Hiszpanie już w ciągu dwóch pierwszych miesięcy zorientowali się, że przekroczą budżet w zakresie kosztów organizacji spotkań i poprosili premiera o dodatkowe 20 mln EUR.

Można stwierdzić, że przedstawione wyżej państwa sprawujące prezydencje w UE przez cztery ostatnie lata (Niemcy, Portugalia, Słowenia i Francja, Czechy i Szwecja oraz Hiszpania i Belgia) doprowadziły w praktyce do ukształtowania prezydencji grupowej (trio) oraz nowego modelu prezydencji (*in statu nascendi*) po traktacie lizbońskim. Ograniczenie prezydencji państw do przewodnictwa w Radzie UE stanowiło ważne ograniczenie kompetencji siły i możliwości prezydencji, przy jednoczesnym wzmocnieniu instytucji Unii i obciążeniu państw dodatkowymi obowiązkami. Niektóre państwa usiłują jednak odgrywać niezmiennie dużą rolę podczas prezydencji (dążąc do prawdziwego przewodnictwa), inne widzą tę rolę jako wspomagającą (i techniczną), służącą realizacji wspólnych celów. Istnieje także rozbieżność między narodowymi (partykularnymi) a wspólnymi celami i priorytetami prezydencji. Z punktu widzenia Polski (której odpo-

wiada wariant pierwszy) istnieje obawa, że model prezydencji ukształtowany przez Belgię i Węgry może okazać się zbyt ciasny dla naszych ambicji i celów w Unii Europejskiej. Za ciasny dla Polski jest też budżet przeciętnej prezydencji (70 mln euro); Polska zaplanowała już ponad 100 mln (o blisko 60 mln więcej niż Francja), nie wliczając w to części szkoleń (fundusze strukturalne) oraz szczytu klimatycznego.

Oceniając model prezydencji grupowych można stwierdzić, że aczkolwiek zostały one szybko (nieformalnie dwa lata przed wejściem w życie Lizbony) i sprawnie wprowadzone w życie, to na razie stanowią tylko próbę luźnej koordynacji działań państw trio. Nie powstały dotąd istotne i naprawdę wspólne cele i priorytety prezydencji grupowej oraz zadania wspólnie realizowane, a ich program stanowi tylko składankę priorytetów narodowego przewodnictwa w Radzie. A państwa prezydencji starają się nadal eksponować partykularne priorytety narodowe.

8. Próba podsumowania

Wprowadzone przez traktat lizboński ograniczenie prezydencji państwa członkowskiego w Unii do przewodnictwa w Radzie UE istotnie ograniczył rolę państwa przewodnictwa, nie uszczuplając przy tym zadań tradycyjnie przydzielonych temu państwu do spełnienia. Można to odczytać jako wskazówkę, że państwo prezydencji powinno w większym niż dotąd stopniu koncentrować się na celach i zadaniach ogólnounijnych, korzystając z instytucji i organów UE. W tym kierunku można też interpretować wprowadzenie tzw. prezydencji grupowej, która powinna zapewnić harmonizację wszystkich działań kolejnych prezydencji. Można tu oczekiwać, że ustalania wspólnych zadań przez kolejne państwa wymusi eksponowanie celów wspólnych z oczywistym uszczupleniem zadań partykularnych i priorytetów narodowych.

W tym kontekście powinna zostać podjęta dyskusja, czy celom traktatowym lepiej służą prezydencje o priorytetach narodowych (jak francuska i niemiecka) czy też o celach ogólnych i wspomagających działania Unii (jak prezydencja belgijska). Z drugiej strony (i ponadto) powstaje obawa, czy osłabienie roli i znaczenia prezydencji nie spowoduje dalszego pomniejszenia wpływu państw średnich i małych na działania Unii, dodatkowo wzmacniając pozycję wielkiej czwórki, co (zaspakajając oczekiwania wielkich państw) może przynieść szkody ogólnym celom Unii? Oznaczać to może jednak także powrót do (nie zawsze wartościowych) dyskusji na temat modelu integracji oraz koncepcji federalizmu i konfederalizmu w rozwoju UE.

Wszystkie te konteksty powinny skłaniać polski rząd do umiaru i rozwagi w sferze eksponowania narodowych priorytetów naszej prezydencji. Tworzenie strategicznych wizji „patriotycznej ofensywy” przy tej okazji – niezależnie od realizmu i efektywności – może przynieść więcej szkód niż pożytku.

STRESZCZENIE

Zbliżająca się prezydencja Polski w UE wzbudziła u nas żywą dyskusję teoretyczną na temat nowego modelu przewodnictwa w Unii. Traktat z Lizbony (oprócz zmian konstytucyjnych i instytucjonalnych) ograniczył prezydencję do przewodnictwa w Radzie UE, ponieważ Rada Europejska została poddana stałemu kierownictwu. Jednak i w Radzie UE wykluczono z zwierzchnictwa prezydencji skład Rady ds. Zagranicznych (którym kieruje Wysoki przedstawiciel UE ds. polityki zagranicznej i bezpieczeństwa). Traktat wprowadził też (realizowaną z pewnym wyprzedzeniem) prezydencję grupową, zwaną Trio (trzy kolejne państwa), według kompozycji ustalonych przez Radę. Można podnieść problem, jaki model sprawowania prezydencji (czy priorytetów narodowych, czy wspomagający Unię) lepiej służy realizacji celów traktatowych.

SUMMARY

The approaching Polish presidency of the European Union triggered a lively theoretical discussion on the new model of presidency in the Union. The Treaty of Lisbon (apart from constitutional and institutional changes) limited the presidency of the Union to the presidency of the Council of the European Union because the Council of Europe elects a permanent President. However, also in the Council of the European Union the presidency was downsized by excluding the foreign affairs Council from its control (it is now chaired by the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy). The Treaty also introduced (and implemented it earlier than it was planned) collective presidency called presidency trios (performed by three successive states) in accordance with the composition established by the Council. A question may be raised which model of presidency (the one of national priorities or the one supporting the Union) serves the fulfillment of the treaty objectives better.

TOMASZ LEWANDOWSKI



PRAWO UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO GRUNTÓW WARSZAWSKICH DLA BYŁYCH WŁAŚCICIELI LUB ICH SPADKOBIERCÓW

I

Przyznanie prawa użytkowania wieczystego byłym właścicielom lub ich spadkobiercom tzw. gruntów warszawskich znajduje swoje umocowanie w obowiązującej oraz już nieobowiązującej konstytucji; ustawach zasadniczych proklamujących zasady demokratycznego państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej.

Obowiązująca ustawa zasadnicza kładzie nacisk na wzmożoną ochronę własności także w okresie intensywnych przemian systemu społeczno-gospodarczego zmierzających do gospodarki rynkowej, związanej z przewagą prywatnej własności.

Postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy okoliczność, że nieruchomości będąca przedmiotem wniosku byłego właściciela o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, która nie stanowi własności m.st. Warszawy, a stanowi własność osoby trzeciej, zwalnia czy też nie zwalnia Prezydenta m.st. Warszawy z obowiązku rozpatrzenia tego wniosku na podstawie art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279)?

Jednym z oficjalnie uznawanych postulatów ostatnich przemian ustrojowych jest postulat poszanowania praw byłych właścicieli, choć jego zakres, zasady i formy są problemem kontrowersyjnym, którego rozstrzygnięcie zależy w głównej mierze od decyzji politycznych. Idea ta po 1989 r. zasadza się na przekonaniu, że zmiany własnościowe dokonane w Polsce w poprzednim porządku ustrojowym (od lat czterdziestych do lat osiemdziesiątych), zwłaszcza jeśli miały charakter przymusowej i nieekwiwalentnej ekspropriacji, były niezgodne z powszechnie uznanymi standardami ochrony własności, zakładającymi w szczególności legitymowanie każdego wywłaszczenia ważnymi celami publicznymi i prawa do słusznego odszkodowania¹. Fakt pogwałcenia tych zasad przez ustawodawstwo lub praktykę w przeszłości bywa częstym uzasadnieniem postulatów byłych wła-

¹ Zob. wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2007 r., sygn. I OSK 1541/07, www.nsa.gov.pl

ścicieli i ich spadkobierców. Problem zadośćuczynienia właścicielom niesłusznie pozbawionym swej własności przed 1990 r. nie został jeszcze przez ustawodawcę generalnie rozwiązany, niemniej jednak w ustawodawstwie stanowionym po 1989 r. można spotkać przepisy – o ograniczonym zasięgu działania – wyrażające tendencję reprivatyzacyjną, będące instrumentami swego rodzaju „rozliczenia” z ustawodawstwem i praktykami minionego okresu.

Zadośćuczynienie wobec byłego właściciela, czy jego spadkobierców ma tutaj wymiar przede wszystkim moralny. Określone zaś w art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. uprawnienie byłych właścicieli, ich spadkobierców w otrzymaniu prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa do zabudowy za opłatą symboliczną nieruchomości jest przede wszystkim wynikiem politycznie motywowanej decyzji ustawodawcy i znajduje również uzasadnienie w przytoczonych wcześniej wartościach konstytucyjnych².

Zważyć ponadto należy, iż byli właściciele tzw. gruntów warszawskich nie zostali potraktowani przez władze publiczne w sposób zgodny z zasadami sprawiedliwości społecznej oraz z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa³. Praktyka władz administracyjnych rozminęła się z przepisami dekretu z 26 października 1945 r. Choć zniszczenie Warszawy przez okupanta uzasadniało komunalizację gruntów w tym mieście, to jednak prawodawca daleki był od przerzucenia na dotychczasowych właścicieli kosztu tej komunalizacji, przeciwnie, przyznał im określone uprawnienia majątkowe, mające stanowić rekompensatę za komunalizację. W myśl art. 7 tego dekretu właściciele ci mogli ubiegać się o przyznanie „prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy za opłatą symboliczną” na gruncie będącym dotąd ich własnością albo na gruncie o równej wartości użytkowej, w razie zaś niezgłoszenia wniosku lub niemożności jego uwzględnienia gmina obowiązana była uiścić ustalone w myśl art. 9 odszkodowanie za grunty i budynki, płatne w „miejskich papierach wartościowych”. Wnioski o przyznanie odpowiednich praw w praktyce jednakże często nie były uwzględniane, zaś wspomniane papiery wartościowe nawet nie zostały wyemitowane, nie wprowadzono też żadnej zamiennej formy odszkodowań. Po upaństwowieniu mienia gminy m.st. Warszawy organy państwowe nie poczuwały się do zadośćuczynienia roszczeniom wynikającym z dekretu z 26 października 1945 r., mimo że dekret ten nadal obowiązywał. Wymienione w art. 7 dekretu prawa do gruntów ulegały z mocy prawa różnym przekształceniom (np. prawo zabudowy zostało przekształcone we własność czasową, która mogła nie być przedłużona, następnie instytucja własności czasowej została zniesiona i zastąpiona użytkowaniem wieczystym)⁴.

² Ibidem.

³ Zob. wyrok NSA z dnia 4 marca 2005 r., sygn. OSK 294/04 (niepubl.).

⁴ Zob. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 czerwca 1996 r., sygn. W 19/95, Lex Omega nr 25584; Zob. też: wyrok składu siedmiu sędziów NSA z dnia 11 czerwca 2001 r., sygn. OSA 3/01, www.nsa.gov.pl

Wymienione okoliczności sprawiają, że z przyczyn leżących po stronie ustawodawcy, a także po stronie organów stosujących prawo znaczna część osób, które utraciły własność na mocy dekretu z 26 października 1945 r., znalazła się w sytuacji niestabilności lub niepewności co do ich praw, bez otrzymania sprawiedliwego zadośćuczynienia za utratę majątku na rzecz dzieła odbudowy Warszawy, wbrew literze i założeniom dekretu z 1945 roku.

II

Materialnoprawną podstawą rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o przyznanie prawa własności czasowej do gruntu (nieruchomości) jest art. 7 ust. 1 i 2 dekretu.

Przepis art. 7 ust. 2 dekretu stanowi, że gmina uwzględni wniosek, jeżeli korzystanie z gruntu przez dotychczasowego właściciela da się pogodzić z przeznaczeniem gruntu według planu zabudowania.

Konstrukcja tego przepisu, zawarta w sformułowaniu *gmina uwzględni wniosek*, wskazuje, że jeżeli zachodzi przesłanka określona w tym przepisie, to organ ma obowiązek podjąć decyzję określoną w tym przepisie. Przesłanką tutaj jest zgodność korzystania z gruntu z jego przeznaczeniem w planie zagospodarowania przestrzennego. Wystąpienie tej przesłanki obligowało organ do ustanowienia prawa własności czasowej (obecnie prawa użytkowania wieczystego).

Problem, jakim chciałem się zająć w niniejszej publikacji, dotyczy wniosku byłego właściciela, złożonego w sytuacji, gdy przedmiotowa nieruchomość została już rozdysponowana w sposób trwały na rzecz osób trzecich.

Skoro obecnie nieruchomość stanowi własność innego podmiotu, to czy możliwe jest oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste na rzecz byłego właściciela oraz zastanówmy się, czy decyzja w sprawie prawa własności czasowej powinna zostać oparta na przesłance z art. 7 ust. 2 dekretu.

Na niniejszą kwestię można spojrzeć z dwóch punktów widzenia.

Po pierwsze, należy rozważyć, czy podstawą odmowy ustanowienia prawa użytkowania wieczystego gruntu można uczynić okoliczność przekazania przedmiotowej działki na własność osobie trzeciej, ujawnienie tego prawa w księdze wieczystej oraz potwierdzenie tego faktu poprzez powołanie się na zasadę rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Powyższe bowiem wskazuje, że stan jaki zaistniał na nieruchomości, wywołałby nieodwracalne skutki prawne.

Ponadto pierwszy z poglądów wskazywałby, że problematyka nieodwracalnych skutków prawnych jest przedmiotem oceny w postępowaniu nadzorczym, nie zaś w postępowaniu prowadzonym w trybie zwykłym. Fakt, że przedmiotowa nieruchomość stanowi własność innej osoby, nie ma znaczenia przy badaniu spełnienia przesłanki z art. 7 ust. 2 dekretu, gdyż jedynym kryterium rozpoznania wniosku dekretowego jest możliwość pogodzenia korzystania z gruntu przez

dotychczasowego właściciela z przeznaczeniem gruntu według planu zabudowania.

Pogląd podobny prezentuje m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, dodając, iż Sąd *zdaje sobie sprawę z faktu, że na nieruchomości należącej do osoby trzeciej Prezydent m.st. Warszawy nie może ustanowić prawa użytkowania wieczystego na rzecz byłego właściciela. Jednakże (...) w sytuacji, gdyby okazało się, że przedmiotowy wniosek spełnia przesłanki z art. 7 ust. 2 dekretu z 1945 r. – to Gmina winna podjąć działania w sferze prawa cywilnego lub karnego – tak, aby można było wniosek ten uwzględnić. Akceptowanie bowiem działań sprzecznych z przepisami prawa i co za tym idzie, akceptowanie decyzji rażąco naruszających prawo godzi w konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawnego i zasadę praworządności (art. 2 i 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)*⁵.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, chociażby dlatego, że nie da się zawrzeć dokładnych wytycznych co do dalszego postępowania. Sąd w Warszawie, starając się bronić tego poglądu, ograniczył się jedynie do wskazania, że konieczna jest ocena istnienia przesłanek wymienionych w art. 7 ust. 2 dekretu. Nie wyjaśnił jednak, na czym miałyby polegać dalsze działania organów administracji w razie uznania, że przesłanki takie zostały w niniejszej sprawie spełnione. Lakoniczne stwierdzenie, że *Gmina winna podjąć działania w sferze prawa cywilnego lub karnego – tak, aby można było wniosek ten uwzględnić*, bez wskazania, jakie konkretnie działania w sferze prawa cywilnego lub karnego należy przedsięwziąć, z jakich konkretnie przepisów prawa wynika obowiązek podjęcia takich działań oraz jaki wpływ na dalsze procedowanie w sprawie ustanowienia prawa użytkowania wieczystego na podstawie art. 7 ust. 2 dekretu miałyby fakt podjęcia takich *działań*, nie stanowi wytycznych co do dalszego postępowania.

W świetle powyższego rodzi się konkluzja, iż wobec faktu, że organ administracji nie może w ramach posiadanych uprawnień podważyć skutecznie czynności o charakterze cywilnoprawnym, do których zalicza się bez wątpienia umowa sprzedaży nieruchomości, jakiegokolwiek ustalenia, czy w stosunku do nieruchomości istniały przesłanki, o których mowa w art. 7 ust. 2 dekretu, stają się bezprzedmiotowe, bowiem i tak ustanowienie prawa użytkowania wieczystego w trybie przewidzianym w powołanym przepisie nie byłoby możliwe.

Przeszkodą prawną ustanowienia użytkowania wieczystego w trybie dekretu o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy może być nie tylko prawo użytkowania wieczystego ustanowione na rzecz osoby trzeciej, ale nawet faktyczne wcześniej określone zagospodarowanie części gruntu (zrealizowanie fragmentu budynku) przez osobę trzecią. Tym bardziej za przeszkodę może zostać uznany fakt zbycia nieruchomości na rzecz osoby trzeciej.

⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r., sygn. I SA/Wa 609/08; zob. też wyrok NSA z dnia 12 marca 2010 r., sygn. I OSK 1428/08, wyrok NSA z dnia 6 sierpnia 2008 r., sygn. I OSK 111/07, www.nsa.gov.pl

Oznacza to, że wobec rozdysponowania całego obszaru nieruchomości na rzecz osoby trzeciej, nie jest możliwe oddanie tej działki na rzecz dawnego właściciela bez względu na tryb, w jakim miałyby to nastąpić, w tym również art. 7 ust. 2 cytowanego dekretu. Oczywiście jest bowiem, że nie jest możliwe ustanowienie prawa użytkowania wieczystego do gruntu stanowiącego własność osoby trzeciej. Czyli, nawet gdyby przyjąć, że orzekanie nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 2 dekretu, to i tak pozostaje to bez znaczenia, bowiem nie ma to wpływu na wynik sprawy, gdyż może się ona w omawianych okolicznościach zakończyć tylko wydaniem decyzji odmawiającej ustanowienia prawa użytkowania wieczystego.

Istota omawianego problemu sprowadza się do zakwestionowania wykładni art. 7 ust. 2 dekretu o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy prowadzącej do stwierdzenia, iż okoliczność, że nieruchomość będąca przedmiotem wniosku byłego właściciela, nie stanowi własności m.st. Warszawy, a stanowi własność osoby trzeciej, nie zwalnia Prezydenta m.st. Warszawy z obowiązku rozpatrzenia tego wniosku na podstawie przesłanek określonych w art. 7 dekretu. Konsekwencją takiej wykładni byłoby uznanie, że orzekające w sprawie organy naruszyłyby art. 7 ust. 2 dekretu, odmawiając przyznania poprzedniemu właścicielowi prawa użytkowania wieczystego, bez zbadania określonej w tym przepisie jedynej przesłanki, jaka może przesądzić o przyznaniu bądź odmowie przyznania tego prawa, a mianowicie – czy korzystanie przez niego z przedmiotowej nieruchomości daje się pogodzić z jej przeznaczeniem w planie zagospodarowania przestrzennego.

Uważam, że przyjęcie zaprezentowanej powyżej wykładni art. 7 ust. 2 dekretu z dnia 26 października 1945 r. nie można zaakceptować.

III

Zasady wykładni prawa nie ograniczają organów stosujących prawo do skorystania wyłącznie z wykładni dosłownej (językowej). W doktrynie i judykaturze przyjęte zostało, że oprócz wykładni językowej w następnej kolejności zastosowanie mają wykładnia systemowa oraz wykładnia funkcjonalna (celowościowa)⁶.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że wykładnia celowościowa obejmuje te wszystkie reguły, które w różny sposób nakazują uwzględnienie przy interpretacji przepisów szeroko rozumianego kontekstu społecznego, ekonomicznego, a także aksjologicznego systemu prawa⁷. Można na tej podstawie uznać, iż w prawie administracyjnym nie da się uciec od wykładni celowościowej, ponieważ

⁶ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 87–109. Zob. też: K. Lewandowska, T. Lewandowski, *Wykładnia celowościowa i językowa w prawie administracyjnym. Teoria i praktyka*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 7–8; B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008, s. 83 i n.

⁷ Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 313.

uwzględniając powyższe rozważania, jest ona wpisana w model stosowania prawa administracyjnego w indywidualnych sprawach, gdzie czynniki prawne i faktyczne mające wpływ na orzeczenie przeplatają się wzajemnie w toku postępowania i doprowadzają do możliwie doskonałej konkluzji w postaci decyzji⁸.

Wykładnia funkcjonalna obejmuje najmniej jednorodny i spójny zbiór dyrektyw⁹. Zdaniem L. Morawskiego, wykładnia ta pełni rolę subsydiarną w stosunku do wykładni językowej, służąc głównie rozstrzygnięciu wątpliwości, które nasuwa wykładnia językowa. Pozwala uzasadnić wybór między różnymi możliwościami interpretacji językowej danego zwrotu, przepisu, umożliwia także potwierdzenie rezultatu wykładni językowej¹⁰. Trybunał Konstytucyjny, a także sądy administracyjne w sporej części swoich orzeczeń w sposób wyraźny podkreślają pomocniczy charakter wykładni celowościowej¹¹. Ich ostrożność jest zrozumiała w kontekście doświadczeń historycznych byłych państw „bloku wschodniego”.

Wykładnia celowościowa sprowadza się do odwołania się do celów regulacji prawnej, a więc do jej *ratio legis* po to, by określić sens przepisu prawnego.

Dokonując interpretacji przepisu prawa administracyjnego na podstawie wykładni celowościowej, należy pamiętać o tym, że przy interpretacji przepisów prawnych należy brać pod uwagę powszechnie akceptowane normy moralne, zasady sprawiedliwości i słuszności. Mówiąc o powszechnie akceptowanych normach i zasadach, mamy na myśli głównie reguły o zasięgu uniwersalnym, a więc reguły akceptowane przez całą społeczność międzynarodową lub przynajmniej reguły ważne w naszym kręgu kulturowym¹². Ponadto interpretując normę prawa administracyjnego, należy brać pod uwagę konsekwencje społeczne i ekonomiczne do jakich prowadzić będzie określona interpretacja i wybrać taką interpretację, która prowadzi do konsekwencji najbardziej korzystnych. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 grudnia 1999 r. wskazał, iż trzeba eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych¹³. Stosując wykładnię celowościową, należy także odrzucić taką interpretację przepisu, która prowadzi do absurdalnych bądź niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji¹⁴. Argument *ad absurdum* to jedna z najstarszych i najbardziej popularnych i powszechnie akceptowanych zasad wykładni. Wykazanie, iż określona interpretacja prowadzi do konsekwencji absurdalnych, stanowi

⁸ Zob. B. Brzeziński, *Wstęp do nauki prawa podatkowego*, Toruń 2003, s. 210.

⁹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 135.

¹⁰ Ibidem, s. 135.

¹¹ Por. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. IV SA/GI 799/08, www.nsa.gov.pl; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. IV SA/GI 859/08, www.nsa.gov.pl; wyrok NSA z dnia 3 czerwca 2009 r., sygn. II GSK 987/08, www.nsa.gov.pl; wyrok NSA 28 listopada 2007 r., sygn. II FSK 1363/06 www.nsa.gov.pl; uchwała TK z dnia 25 stycznia 1995 r., sygn. W 14/94, OTK 1995/1/19; uchwała SN z dnia 7 maja 1992 r., sygn. II UZP 1/92, OSNC 1992/10/173.

¹² Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni...*, op. cit., s. 147.

¹³ Zob. uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 r., sygn. I KZP 45/99, OSNKW 2000/1-2/7.

¹⁴ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni...*, op. cit., s. 150.

wystarczającą rację przemawiającą za jej odrzuceniem. Argument *ad absurdum* jest jedną z racji przemawiających za odstąpieniem od sensu językowego przepisu i w tym sensie stanowi jedną z najmocniejszych dyrektyw wykładni¹⁵.

IV

Przyjęcie powyżej zaprezentowanej koncepcji łamie zasady wykładni, nadając priorytetowe znaczenie językowej wykładni art. 7 ust. 2 dekretu o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy przez uznanie, że przepis ten należało zastosować zgodnie z jego dosłownym brzmieniem, poprzez zbadanie, czy zachodzi przesłanka zgodności korzystania z gruntu z jego przeznaczeniem według planu zagospodarowania przestrzennego, przesądzająca o przyznaniu użytkowania wieczystego na rzecz poprzedniego właściciela.

Stanowisko takie nie dostrzega znaczenia koniecznej w nowych realiach wykładni systemowej i podstawowej tej dyrektywy, która zakazuje wykładni prowadzącej do sprzeczności norm wewnątrz systemu prawa. Zważyć zaś należy, że zgodnie z art. 232 k.c. prawo użytkowania wieczystego może być ustanowione wyłącznie na gruncie stanowiącym własność Skarbu Państwa albo własność jednostki samorządu terytorialnego. Nie ulega wątpliwości, że przyjęta interpretacja przepisu kreującego prawo użytkowania wieczystego (art. 7 ust. 2 dekretu) pozostaje w sprzeczności z treścią art. 232 k.c.; jest więc wykładnią *contra legem*.

Zastosowanie art. 7 ust. 2 dekretu w jego dosłownym rozumieniu oznaczałoby ustanowienie prawa użytkowania wieczystego do gruntu ani niebędącego własnością Skarbu Państwa, ani własnością jednostki samorządu terytorialnego.

Organy stosujące prawo są zobowiązane do dokonywania wykładni tekstu prawnego w taki sposób i z takim skutkiem, aby przyjęty przez nie sposób rozumienia normy prawnej nie prowadził do sprzeczności systemowej.

Reasumując, za pozbawiony racji należy uznać zaprezentowany na początku pogląd, że przekazanie nieruchomości na własność osobie trzeciej jest okolicznością niemającą prawnej doniosłości, w rozumieniu art. 7 ust. 2 dekretu, przy rozpoznaniu wniosku poprzedniego właściciela.

Wbrew temu stanowisku bezprzedmiotowe jest badanie wymaganej przepisem art. 7 ust. 2 dekretu przesłanki zgodności korzystania z gruntu z jego przeznaczeniem według planu zagospodarowania przestrzennego, gdyż nawet w przypadku stwierdzenia istnienia tej przesłanki nie mogłaby być wydana decyzja, o jakiej mowa w art. 7 ust. 2 dekretu, tj. decyzja uwzględniająca prawidłowo złożony wniosek o przyznanie prawa własności czasowej (obecnie prawa użytkowania wieczystego) do przedmiotowej nieruchomości.

¹⁵ Zob. K. Lewandowska, T. Lewandowski, *Wykładnia celowościowa i językowa w prawie administracyjnym...*, op. cit.

STRESZCZENIE

W artykule starano się rozważyć kwestię, czy okoliczność, że nieruchomość będąca przedmiotem wniosku byłego właściciela o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, która nie stanowi własności m.st. Warszawy, a stanowi własność osoby trzeciej, zwalnia czy też nie zwalnia Prezydenta m.st. Warszawy z obowiązku rozpatrzenia tego wniosku na podstawie art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279).

Za pozbawiony racji należy uznać pogląd, iż przekazanie nieruchomości na własność osobie trzeciej jest okolicznością niemającą prawnej doniosłości w rozumieniu art. 7 ust. 2 dekretu, przy rozpoznaniu wniosku poprzedniego właściciela. Wbrew temu stanowisku bezprzedmiotowe jest badanie wymaganej przepisem art. 7 ust. 2 dekretu przesłanki zgodności korzystania z gruntu z jego przeznaczeniem według planu zagospodarowania przestrzennego, gdyż nawet w przypadku stwierdzenia istnienia tej przesłanki nie mogłaby być wydana decyzja, o jakiej mowa w art. 7 ust. 2 dekretu, tj. decyzja uwzględniająca prawidłowo złożony wniosek o przyznanie prawa własności czasowej (obecnie prawa użytkowania wieczystego) do przedmiotowej nieruchomości.

SUMMARY

The article discusses the issue whether the circumstance in which a real estate being the subject matter of the former owner's claim for returning the expropriated real estate which is not in possession of the city of Warsaw but is owned by a third party exempts the President of the city of Warsaw from the obligation to investigate the claim in accordance with Article 7 of the Decree of 26 October 1945 on Ownership and Use of Lands within the Limits of the City of Warsaw (Journal of Law, No. 50, item 279).

The opinion that the conveyance of the possession of the real estate to the third party is a circumstance without a legal importance in accordance with Article 7 point 2 of the Decree while examining the claim of the former owner should be deemed groundless. Contrary to this stand, the examination of the evidence pointing to the compliance of the land use with the land purpose as stated in the land development plan that is required by the provision of Article 7 point 2 of the Decree is pointless because even if there had been such evidence, a decision mentioned in Article 7 Point 2 of the Decree, i.e. a decision to accept an application for a temporary right of the ownership (currently the right of perpetual usufruct) of the real estate in question should not have been issued.

PRZEMYSŁAW OSTOJSKI

MOC PRAWNA
NIEOSTATECZNYCH DECYZJI PODATKOWYCH

I. Uwagi ogólne

Dnia 1 stycznia 2009 r. weszła w życie ustawa z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹, która wśród wielu nowych regulacji dotyczących zarówno materialnego prawa podatkowego, jak i postępowania podatkowego wprowadziła nowy porządek w zakresie mocy prawnej decyzji podatkowych. Tym ostatnim zmianom ustawodawca dał normatywny wyraz poprzez uchylenie art. 224–225 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa² i dodanie do niej nowego rozdziału 16a „Wykonanie decyzji”, który ma kompleksowo regulować problematykę wykonalności decyzji poczynając od jej wydania aż do momentu uprawomocnienia się orzeczenia sądu administracyjnego w sprawie zakończonej decyzją ostateczną.

Powyższa nowa regulacja wytycza zakres zastosowania instytucji wykonalności decyzji nieostatecznej poprzez odniesienie się do konstrukcji prawnej obowiązku administracyjnego w egzekucji administracyjnej, wskazując, iż decyzja nieostateczna, która nakłada na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji³, co do zasady nie podlega wykonaniu (por. art. 239a o.p.). Zatem wskazana instytucja prawna normuje moc prawną decyzji nieostatecznych, które są tytułami egzekucyjnymi. W związku z tym, chcąc w sposób wyraźny wyszczególnić decyzje podatkowe, które będą objęte nową regulacją, należy przede wszystkim wskazać na te obowiązki, które powstają na skutek władczej działalności administracji skarbowej, będąc wynikiem skonkretyzowania generalnych i abstrakcyjnych norm prawa podatkowego w postaci jednostronnych, zewnętrznych aktów konstytucyjnych (art. 21 §1 pkt 2 o.p. w zw. z art. 3 §1 u.p.e.a.). Do tej grupy obowiązków należy również zaliczyć takie obowiązki, co do których przepisy

¹ Dz.U. z 2008 r. Nr 209, poz. 1318.

² Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm. (dalej: „Ordynacja podatkowa” albo: „o.p.”).

³ Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959. (dalej: „u.p.e.a.”).

prawa ustanawiają kompetencje organów podatkowych do wydawania decyzji deklaratoryjnych potwierdzających powstanie obowiązku i określających jego zakres, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy obowiązki te nie są wykonywane lub są wykonywane nienależycie⁴ – wówczas bowiem organ wydaje decyzję określającą wysokość zobowiązania podatkowego (art. 21 §3 o.p. w zw. z art. 3 §1 u.p.e.a.). Poza zakresem regulacji mocy prawnej decyzji podatkowej pozostają więc obowiązki ciężące na jednostkach jedynie z mocy samego prawa, których wykonanie w trybie egzekucji administracyjnej nie wymaga wydania aktu indywidualnego (por. art. 3a), chyba że organ wyda wspomnianą decyzję o charakterze deklaratoryjnym.

Należy również wskazać, iż w doktrynie prawa postępowania administracyjnego z zakresu zastosowania norm kształtujących moc prawną decyzji nieostatecznych eliminuje się te z nich, które rozstrzygają o uprawnieniach strony postępowania, podnosząc, że organ podatkowy kontroluje wykonanie decyzji uprawniającej, ale w tym zakresie nie może stosować środków egzekucyjnych. Sankcją zaś za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie decyzji jest wygaśnięcie decyzji (art. 258 i art. 259 o.p.)⁵. Pogląd ten jest w założeniu słuszny, jednak należy zauważyć, iż decyzje tworzące określone prawo zazwyczaj nakładają na jednostki również wiele obowiązków. Szczególnie wyraźne jest to w przypadku, gdy na podstawie ustawy organ dodaje do podstawowego rozstrzygnięcia zawartego w decyzji klauzulę dodatkową, tzw. zlecenie, która zawiera w swej treści pewien nakaz, polegający na nałożeniu dodatkowego obowiązku lub dokonaniu pewnej czynności w związku z „osnową” decyzji⁶, co sprawia, iż decyzje mające charakter formalnie uprawniający stanowią jednocześnie źródło obowiązków publicznoprawnych. Niespełnienie zlecenia implikuje zastosowanie środków przymuszających do wykonania obowiązku nakazanego zleceniem. Trudno zatem wskazać na akty wyłącznie uprawniające bądź wyłącznie zobowiązujące i według tego kryterium klasyfikować je jako wchodzące w zakres zastosowania regulacji dotyczącej mocy prawnej nieostatecznych decyzji podatkowych.

II. Rozwiązania normatywne wykonalności decyzji nieostatecznych

Postępowanie jurysdykcyjne mające na celu rozstrzygnięcie sprawy podatkowej w sposób ostateczny, w obecnym kształcie normatywnym, jest administracyjnym postępowaniem szczególnym, tzw. wyłączonym, z uwagi na wiele

⁴ Por. W. Jakimowicz, *Obowiązek administracyjny w egzekucji administracyjnej*, (w:) *System egzekucji administracyjnej*, (red.) J. Niczyporuk, S. Fundowicz, J. Radwanowicz, Warszawa 2004, s. 128 i n.

⁵ B. Adamiak (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2009*, Warszawa 2009, s. 917.

⁶ M. Wierzbowski, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska (red.), *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2006, s. 150.

odrębności występujących w zakresie jego regulacji. Dotyczy to z jednej strony specyfiki przedmiotu postępowania podatkowego i zaangażowanego w niego interesu fiskalnego państwa, z drugiej zaś – kwestii czysto technicznych, głównie zaś obowiązywania norm podatkowych w zamkniętych przedziałach czasowych. Względy te od samego początku wyodrębniania się procedury podatkowej jako administracyjnego postępowania wyspecjalizowanego, na przełomie wieków XIX i XX, decydowały o tym, że ustawodawca polski – na wzór Niemiec i Czechosłowacji – zmierzał do ujednoczenia postępowania podatkowego w ramach kodyfikacji ogólnego prawa podatkowego, w celu stworzenia pewnych odrębnych reguł nim rządzących, podporządkowanych wspomnianemu interesowi publicznemu. Jedną z tych reguł, przyjętą już w ustawie z dnia 15 marca 1934 r. – Ordynacja podatkowa⁷, była natychmiastowa wykonalność nieostatecznej decyzji podatkowej oraz niesuspensywność środka prawnego odwołania, które wniesione w przepisany prawem terminie nie wstrzymywało zarówno obowiązku zapłaty wymierzonego nakazem płatniczym podatku, jak i prawa władzy skarbowej do jego przymusowego ściągnięcia⁸. Rozwiązanie to przejęły następnie dekret z 16 maja 1946 r. o postępowaniu podatkowym⁹ oraz obecnie obowiązująca Ordynacja podatkowa, która do chwili wejścia w życie wspomnianej wyżej ustawy nowelizującej, tj. do dnia 1 stycznia 2009 r., przewidywała stosowanie wobec decyzji nieostatecznych zasady natychmiastowej wykonalności decyzji (*vide*: art. 9 ustawy z 7 listopada 2008 r.). Wyjątkiem było na gruncie ordynacji fakultatywne wstrzymanie wykonania decyzji, przy zaistnieniu ważnego interesu podatnika lub interesu publicznego bądź też ustanowienia zabezpieczenia na majątku podatnika do wartości zaległości podatkowej określonej w decyzji albo zastosowania się strony do interpretacji indywidualnej, następnie zmienionej lub nieuwzględnionej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej. Istniał również jeden przypadek wstrzymania wykonania decyzji z mocy samego prawa (art. 224–225 o.p.).

Należy dodać, iż analogiczne rozwiązania do powyższych przewidują systemy prawne państw europejskich. Dla przykładu można przytoczyć treść niemieckiej ustawy z dnia 1 października 2002 r. – Ordynacja podatkowa¹⁰, która w § 251 stanowi, że akty administracyjne mogą zostać poddane egzekucji, dopóki ich wykonanie nie zostanie wstrzymane¹¹, z kolei § 361 wprowadza zasadę, iż przez złożenie sprzeciwu (środka zaskarżenia aktu administracyjnego) wykonanie zaskarżonego aktu administracyjnego co do zasady nie zostaje wstrzymane, przy

⁷ Dz.U. RP z 1934 r. Nr 39, poz. 346.

⁸ Por. szerzej J. Małecki, *O ciągłości konstrukcji podatkowych w świetle orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, (w:) *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 302 i n.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 1963 r. Nr 11, poz. 60.

¹⁰ Abgabenordnung (AO), BGBI I S. 3869, ber. 2003 I S. 61, mit späteren Änderungen.

¹¹ “Verwaltungsakte können vollstreckt werden, soweit nicht ihre Vollziehung ausgesetzt (...) ist”.

czym urząd finansowy, który wydał zaskarżony akt, może wstrzymać jego wykonanie w całości bądź w części¹².

Wymieniona zasada, przyjęta na gruncie podatkowych postępowań jurysdykcyjnych, jest przeciwna regule obowiązującej w klasycznych postępowaniach administracyjnych, których grunt odnajdujemy w relacji między organem administracji ogólnej a jednostką, a geneza sięga hiszpańskiej ustawy z dnia 19 października 1889 r. o postępowaniu administracyjnym¹³. W polskim systemie prawnym postępowanie administracyjne ogólne zakłada szczególną ochronę prawa procesowych jednostki, za pomocą instytucji strony postępowania, której interesu prawnego lub obowiązku dotyczy wynik postępowania przed organami publicznymi. Z uwagi na tę ochronę ustawodawca polski, podobnie jak prawodawcy innych państw o wysokim standardzie praworządności, wprowadził do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – kodeks postępowania administracyjnego¹⁴ (dalej: k.p.a.) regułę wstrzymania wykonania decyzji od momentu jej doręczenia albo ogłoszenia stronie oraz suspensywnej mocy odwołania od decyzji, z zastrzeżeniem wyпадków szczególnych określonych w § 3 i § 4 art. 130 k.p.a.

Wieloletnia praktyka stosowania norm obu wyżej wskazanych porządków postępowań – podatkowego oraz ogólnoadministracyjnego ukazała wiele konsekwencji faktycznych i prawnych. Konkludując szerokie wywody w tym przedmiocie podejmowane w doktrynie prawa, należy stwierdzić, iż brak wstrzymania wykonania decyzji jest wysoce niekorzystny dla strony postępowania, szczególnie dla podatnika, bowiem niezależnie od późniejszego, nawet korzystnego rozstrzygnięcia pozbawia go z reguły praw majątkowych, które są niezwykle istotne dla prowadzenia jego interesów, w tym działalności gospodarczej¹⁵. W toku postępowania egzekucyjnego w administracji organy egzekucyjne dysponują szeroką gamą środków egzekucyjnych, pozwalających na zajęcie wierzytelności i praw majątkowych zobowiązanych, które mogą rodzić dlań dotkliwie skutki. Przykładem tego rodzaju zdarzeń spotykanych w praktyce może być zajęcie odszkodowań wypłaconych z ubezpieczeń osobowych tym, którzy w wyniku nagłych zdarzeń losowych doznali rozstroju zdrowia lub uszkodzenia ciała, w następstwie czego popadli w długi – taka egzekucja może pozbawić zobowiązanych świadczeń, które miały w założeniu umożliwić im powrót do zdrowia¹⁶. W większości przypadków niezwykle istotna jest zatem możliwość wstrzymania wykonania nieostatecznej decyzji.

¹² “Durch Einlegung des Einspruchs wird die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts (...) nicht gehemmt (...) Die Finanzbehörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, kann die Vollziehung ganz oder teilweise aussetzen”.

¹³ J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne ogólne i szczególne*, (w:) *Księga pamiątkowa prof. E. Ochendowskiego*, Toruń 1999, s. 61.

¹⁴ Dz.U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168.

¹⁵ Por. Z. Zgierski, (w:) H. Dzwonkowski, *Ordynacja podatkowa. Rok 2008. Komentarz*, Warszawa 2008.

¹⁶ Por. M. Rzemek, *Skarbowka sięga do pieniędzy z polis*, „Rzeczpospolita” z 5.06.2009 r.

Wymienione okoliczności zdaje się, iż zauważył polski prawodawca, uchwalając wspomnianą już wyżej ustawę nowelizującą Ordynację podatkową, która z dniem 1 stycznia 2009 r. wprowadziła w przedmiotowym zakresie – w odniesieniu do decyzji, które zostały doręczone albo ogłoszone po tym dniu – reguły *prima facie* zbieżne z tymi, które obowiązują na gruncie ogólnego postępowania administracyjnego. Z uzasadnienia projektu wspomnianej nowelizacji wynika, iż ma ona na celu zwiększenie stabilności i pewności prawa podatkowego oraz stworzenie warunków dla dobrowolnego wykonywania zobowiązań podatkowych¹⁷. Głębsza analiza nowych uregulowań ukazuje, iż w dużym stopniu moc prawna podatkowej decyzji nieostatecznej zachowała swój dotychczasowy charakter.

III. Rygor natychmiastowej wykonalności nieostatecznej decyzji podatkowej

Przepis art. 124 Ordynacji podatkowej jako zasadę ogólną postępowania podatkowego wskazuje doprowadzenie w miarę możliwości do dobrowolnego wykonania decyzji podatkowych poprzez wyjaśnianie stronom zasadności przesłanek, którymi kierują się przy załatwianiu spraw podatkowych. Ma to bezpośredni związek z realizacją jednego z najważniejszych zadań administracji publicznej, którym jest doprowadzenie do pełnej zgodności sytuacji faktycznej z obowiązującymi aktami prawnymi.¹⁸ Godzi się zauważyć, iż w założeniu ustawodawcy zmiana dotychczasowej reguły w zakresie wykonalności nieostatecznych decyzji podatkowych, wzorem unormowań Kodeksu postępowania administracyjnego, ma wzmocnić wskazaną zasadę ogólną Ordynacji¹⁹.

Pierwotnym i modelowym zamierzeniem ustawodawcy w obszarze szeroko pojętego prawa administracyjnego winno być osiągnięcie stanu, w którym akty stanowione przez administrację będą dobrowolnie wykonywane przez adresatów tych aktów. Akcentuje to prawodawca, stanowiąc w art. 239g o.p., że wstrzymanie wykonania decyzji nie pozbawia możliwości dobrowolnego wykonania decyzji. Natomiast przymusowe wykonanie zobowiązania podatkowego w trybie postępowania egzekucyjnego ma charakter wtórny i ostateczny, to znaczy stosowany dopiero wówczas, gdy obowiązek nie zostanie dobrowolnie wykonany.

Powyższe założenia są realizowane *prima facie* w nowej konstrukcji wykonalności podatkowych decyzji nieostatecznych. Przyjęcie zasady wstrzymania wykonania tych aktów aż do chwili ich uostatecznienia się ma bowiem umożliwić

¹⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych z dnia 9 września 2008 r., s. 1, druk sejmowy nr 951.

¹⁸ K. Celińska-Grzegorzczak, R. Hauser, W. Sawczyn, A. Skoczylas, *Postępowanie administracyjne, sądownoadministracyjne i egzekucyjne*, Warszawa 2009, s. 189–190, [za:] Z. Leoński, *Egzekucja administracyjna świadczeń niepieniężnych*, Warszawa 1968, s. 5–6.

¹⁹ *Ibidem*, s. 13.

w toku postępowania instancyjnego przekonanie strony o zasadności określonego rozstrzygnięcia²⁰, a tym samym doprowadzić do jego wykonania bez stosowania środków przymusu administracyjnego. W orzecznictwie sądownoadministracyjnym przyjmuje się przy tym, iż wykonanie obowiązku przez zobowiązanego (w rozumieniu cytowanej ustawy egzekucyjnej) polega na jego zaspokojeniu w taki sposób, że zobowiązanie wygasa²¹. Na gruncie prawa podatkowego chodzi więc zasadniczo o zapłatę podatku w wysokości ustalonej lub określonej w decyzji podatkowej, wraz z odsetkami za zwłokę. Prawodawca nie mógł jednak założyć, iż w każdym wypadku podatnik dobrowolnie wykona zobowiązanie podatkowe w całości, zwłaszcza w toku postępowania odwoławczego. Racjonalnym było zatem uregulowanie takich sytuacji, gdy ze względu na szczególne okoliczności zagrożone jest wykonanie obowiązku po stronie adresata aktu i stąd koniecznym staje się sięgnięcie do środków zmierzających do szybkiego, przymusowego jego wykonania. Instrumentem umożliwiającym skuteczne zrealizowanie nakazu wynikającego z decyzji w toku podatkowego postępowania międzyinstancyjnego jest rygor natychmiastowej wykonalności²².

Rygor natychmiastowej wykonalności na gruncie prawa postępowania podatkowego można określić jako instytucję prawną o charakterze procesowym, niesamoistnym w stosunku do indywidualnego aktu administracyjnego, do którego się odnosi i wywołującą skutek w postaci natychmiastowej wykonalności tego aktu w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji. W konsekwencji nadania decyzji lub postanowieniu tego rygoru akt ten staje się wykonalny i zaczyna stanowić tytuł egzekucyjny, mimo iż nie jest ostateczny²³.

W postępowaniu podatkowym rygor natychmiastowej wykonalności jest nadawany w drodze postanowienia. Z jego procesowej natury wynika fakt, iż nie kształtuje on stosunków społecznych poprzez przyznanie uprawnienia lub nałożenie obowiązku przewidzianego prawem materialnym, lecz odnosi się bezpośrednio do sfery wykonania aktu indywidualnego, a ściślej – rozstrzygnięcia już zapadłego w pierwszej instancji w drodze decyzji albo postanowienia²⁴.

Wskazując na istotę i charakter prawny rygoru natychmiastowej wykonalności, w pierwszej kolejności należy zważyć, iż wykonalność decyzji podatkowej w obecnym stanie prawnym może być wynikiem uzyskania przezeń przymiotu ostateczności albo może mieć charakter natychmiastowy, to znaczy, iż może powstać przed uostatecznieniem się decyzji podatkowej. Wynika to bezpośrednio z art. 239a o.p., który stanowi, iż decyzja nieostateczna nie podlega wykonaniu, chyba że nadano jej rygor natychmiastowej wykonalności. Natychmiastowa wyko-

²⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 13.

²¹ Wyrok NSA oz. we Wrocławiu z 26 października 2000 r., I SA/Wr 965/99, LexPolonica nr 386507.

²² Zob. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 10 lutego 2010 r., I SA/OI 814/09, CBOSA.

²³ P. Ostojski, *Rygor natychmiastowej wykonalności w polskim postępowaniu podatkowym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2010, nr 4, s. 74.

²⁴ Por. postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 2 marca 2010 r., I SA/Po 896/09, CBOSA.

nalność decyzji nieostatecznej następuje zatem w drodze nadania jej wskazanego rygoru, przy czym ustawodawca, w odróżnieniu od regulacji art. 130 §§ 1 i 2 k.p.a., nie wyodrębnia w Ordynacji podatkowej dwóch następujących po sobie etapów istnienia w obrocie prawnym decyzji nieostatecznej, tj. pierwszego – od momentu doręczenia decyzji pierwszoinstancyjnej stronie do chwili wniesienia odwołania oraz drugiego – od chwili doręczenia organowi odwołania do momentu doręczenia stronie decyzji ostatecznej. Art. 239a o.p. stanowi o decyzji nieostatecznej *in genere*, nie odnosząc się do kwestii suspensywności odwołania. W konsekwencji oznacza to, że rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany przez organ podatkowy wszelkim decyzjom nieostatecznym, z tym że należy uznać, iż jest to możliwe już od momentu wydania decyzji podatkowej w pierwszej instancji – i to niezależnie od tego, czy zostanie ona następnie zaskarżona – do momentu uzyskania przezeń cechy ostateczności, czyli chwili upływu terminu do wniesienia odwołania albo wydania decyzji drugoinstancyjnej. Należy uznać, iż w obu wypadkach chodzi tu o wydanie rozstrzygnięcia, czyli podpisanie decyzji przez organ monokratyczny albo podjęcie uchwały przez organ kolegialny, nie zaś o doręczenie decyzji stronie. Wskazują na to względy ekonomiki postępowania, przejawiające się w możliwości doręczenia postanowienia o nadaniu przedmiotowego rygoru wraz z aktem, którego on dotyczy. Z drugiej strony przemawia za tym fakt, iż od momentu wydania decyzji przez organ drugiej instancji staje się ona z mocy prawa wykonalna (art. 239e *in principio*), co sprawia, że nadanie jej rygoru natychmiastowej wykonalności jest bezprzedmiotowe. Gdyby jednakże tak się stało, wydane postanowienie o nadaniu decyzji ostatecznej tego rygoru należałoby uznać jako podjęte bez podstawy prawnej²⁵.

Art. 239b §1 Ordynacji podatkowej wprowadza cztery szeroko ujęte sytuacje, w których może zostać nadany decyzji nieostatecznej rygor natychmiastowej wykonalności, o ile organ podatkowy uprawdopodobni, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane (§2). Z przepisów tych wynika, że dla nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności konieczne jest spełnienie dwóch sprzężonych ze sobą przesłanek. Prawodawca ograniczył bowiem stosowanie wskazanego rygoru koniecznością spełnienia przez organ podatkowy formalnej (proceduralnej) przesłanki w postaci uprawdopodobnienia drugiej przesłanki – o charakterze merytorycznym, tj. co najmniej jednej z czterech okoliczności wskazanych w §1 art. 239b o.p.²⁶ Jak się przy tym wydaje, ciężar procesowy uprawdopodobnienia spoczywać będzie na organie pierwszej instancji, który jest jednocześnie władny do nadania decyzji rygoru w drodze postanowienia, zaskarżalnego zażaleniem (§3 i §4). Należy podnieść, iż wydanie osobnego postanowienia w przedmiocie rygoru na etapie orzekania decyzją na pierwszy

²⁵ L. Etel (w:) R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz do art. 239b*, SIP Lex 01/2010.

²⁶ Wyrok WSA w Łodzi z 2 lutego 2010 r., I SA/Łd 1001/09, LexPolonica nr 2232171.

rzut oka wydają się być niewłaściwe z punktu widzenia prawnoprocesowego – gdy przyjmuje się, że wskazany rygor powinien przybrać formę klauzuli, elementu składowego decyzji²⁷. Teza ta jednak nie jest słuszna, jeżeli uwzględni się konieczność ochrony interesów strony postępowania w postępowaniu zażalenio- wym, stąd należy zgodzić się z rozwiązaniem wprowadzonym przez prawodawcę w tym zakresie. Te same względy przemawiają również za przyjęciem wymogu wykazania przez organ podatkowy w uzasadnieniu postanowienia o nadaniu rygoru istnienia *in concreto* prawdopodobieństwa, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane. W doktrynie prawa podatkowego podkreśla się, że uprawdopodobnienie wskazanej w art. 239b § 2 o.p. sytuacji nie może być dorozumiane²⁸. W szczególności należy stwierdzić, że wadliwe jest wskazanie w postanowieniu jedynie na istnienie warunków z art. 239b § 1 o.p. – bez podania konkretnych faktów wynikających z wiarygodnych środków dowodowych, pozwalających na przekonanie strony²⁹. Konkluzji tej nie sprzeciwia się również to, iż w § 2 art. 239b o.p. ustawodawca nie wymaga od organu podatkowego wykazania okoliczności za pomocą przewidzianych przepisami postępowania podatkowego dowodów, a rygory uznania jego twierdzeń są złagodzone i odformalizowane³⁰.

Treść podstaw nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności pozostaje niezależna od przesłanek faktycznych rozstrzygnięcia sprawy podatkowej. Należy stwierdzić, iż nie są one w sposób bezpośredni związane z treścią decyzji nakładającej obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, lecz dotyczą sytuacji majątkowej strony postępowania, jej podejścia do wykonywania zobowiązań pieniężnych oraz perspektyw wykonania zobowiązania wynikającego z decyzji. Należy przy tym uznać, iż odnośnie do sposobu interpretacji przesłanek z art. 239 § 1 Ordynacji aktualna jest teza Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyroku z dnia 24 maja 1983 r., w stosunku do przesłanek z art. 108 k.p.a., wywiódł, że nie można ich interpretować rozszerzająco³¹. Wynika to z faktu, iż wskazane przepisy są językowo jasne i da się z nich – w drodze wykładni językowej – wyinterpretować jednoznaczne normy postępowania.

Pierwsza z podstaw nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności dotyczy sytuacji, gdy organ podatkowy posiada informacje, z których wynika, że wobec strony toczy się postępowanie egzekucyjne administracyjne lub sądowe w zakresie innych niż będące przedmiotem postępowania należności pieniężnych (art. 239b § 1 pkt 1). Ustawodawca oparł się w tym wypadku na założeniu, że

²⁷ Por. M. Wierzbowski, M. Szubiakowski, W. Wiktorowska (red.), *Postępowanie...*, s. 154.

²⁸ R. Dowgier, *Postępowanie w sprawie nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności*, „Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych” 2010, nr 4, s. 27.

²⁹ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 25 listopada 2009 r., I SA/Wr 1440/09; wyrok WSA w Łodzi z 2 lutego 2010 r., I SA/Łd 1000/09; wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z 26 stycznia 2010 r., I SA/Go 620/09, CBOSA.

³⁰ Wyrok WSA w Łodzi z 2 lutego 2010 r., I SA/Łd 1001/09, LexPolonica nr 2232171.

³¹ II SA 20/83, ONSA z. 1/1983, poz. 36.

skoro w zakresie innych wierzytelności publicznoprawnych lub cywilnoprawnych zostały wyczerpane wszelkie możliwości doprowadzenia do ich wykonania w sposób dobrowolny, to należy przypuszczać, że strona konsekwentnie w tym przypadku nie będzie wyrażać woli wykonania zobowiązania wynikającego z decyzji albo nie będzie w stanie tego zobowiązania wykonać z uwagi na zastosowane środki egzekucyjne w zakresie innych egzekwowanych wierzytelności³². W orzecznictwie sądowoadministracyjnym zauważa się przy tym, iż przepis art. 239b § 1 pkt 1 o.p. nie mówi nic o wysokości należności pieniężnej, w stosunku do której prowadzone jest postępowanie egzekucyjne, kładąc nacisk jedynie na okoliczność toczenia się tego postępowania³³. Należy jednak zauważyć, w ślad za głosami podniesionymi już w doktrynie³⁴, że owe z gruntu zasadne i logiczne *ratio legis* powyższej normy prawnej może prowadzić w praktyce do zbyt drastycznych skutków, bowiem nawet egzekucja drobnych kwot („innych należności pieniężnych”), np. alimentów lub mandatów karnych, może uzasadniać nadanie decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności. Odrębnym problemem jest źródło informacji dla organu podatkowego o prowadzonym przez komornika sądowego postępowaniu egzekucyjnym w zakresie należności prywatnoprawnych. Obecne przepisy nie nakładają na sądy i komorników obowiązku informowania o prowadzonej egzekucji. Przykładowo jednak w praktyce postępowania egzekucyjnego komornicy, dokonując zajęcia majątku zobowiązanego, występują również o zajęcie jego potencjalnych nadpłat w podatkach dochodowych lub podatku od towarów i usług – taka informacja może stanowić dla organów podatkowych podstawę do opatrzenia rygozem natychmiastowej wykonalności wydanej decyzji.³⁵

Dwie kolejne podstawy nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności odnoszą się do majątku strony, którego wartość w ocenie organu winna pozwalać na przeprowadzenie efektywnej egzekucji. W ujęciu pozytywnym organ będzie uprawniony do nadania rygoru w sytuacji, gdy brak będzie majątku o wartości odpowiadającej wysokości zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, na którym można ustanowić hipotekę przymusową lub zastaw skarbowy, korzystające z pierwszeństwa zaspokojenia (art. 239b § 1 pkt 2) albo jeżeli co prawda strona posiada majątek o wartości pozwalającej na prowadzenie efektywnej egzekucji, ale w toku postępowania odwoławczego zaczyna wyzbywać się tego majątku, o znacznej wartości (art. 239b § 1 pkt 3). Należy zaznaczyć, iż norma ta nie obejmuje przedsiębiorców zbywających majątek obrotowy o znacznej wartości w ramach prowadzonej działalności gospodarczej³⁶. Jednak sama treść wskazanych jednostek redakcyjnych budzi wiele wątpliwości, ze względu na użyte w nich

³² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 14.

³³ Wyrok WSA w Łodzi z 2 lutego 2010 r., I SA/Łd 1001/09, LexPolonica nr 2232171.

³⁴ Por. K. Biernacki, *Ordynacja podatkowa 2009. Komentarz do zmian*, Gdańsk 2009, s. 41; A. Mariański, *Kolejna nowelizacja Ordynacji podatkowej – początek jej końca?*, „Przegląd Podatkowy” 2009, nr 2, s. 40.

³⁵ K. Biernacki, *Ordynacja...*, s. 42.

³⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 15.

sformułowania, jak i treść innych norm Ordynacji. Po pierwsze, nie istnieje norma, która by wskazywała, w jaki sposób podatnik winien udokumentować wartość posiadanego majątku, tak by wykluczyć konieczność dokonywania czasochłonnej ekspertyzy przy udziale biegłego. Po drugie, przepis wprowadza wyrażenie niedookreślone „majątku znacznej wartości”, stąd powstaje pytanie, czy wartość zbywanego przez stronę majątku należy porównywać z kwotą określonej zaległości podatkowej, czy też należy oceniać jego wartość *in abstracto*. Ponadto nie wskazano, czy to zbywanie ma mieć miejsce po wydaniu decyzji, czy już na etapie wszczęcia postępowania podatkowego. Bez wątplenia jednak, odnosząc owe pojęcie do konkretnego stanu faktycznego, należy mieć na względzie zakres odpowiedzialności podmiotu, w stosunku do którego została wydana decyzja podatkowa.

Ostatnią przesłanką, warunkującą nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, jest zbliżający się moment upływu terminu przedawnienia (art. 239b § 1 pkt 4). Okres pozostający do chwili przedawnienia winien wynosić mniej niż trzy miesiące i stąd, z uwagi na skomplikowany charakter spraw podatkowych i czas trwania postępowania odwoławczego, w założeniu jest to minimalny czas dla natychmiastowego wykonania obowiązku w trybie egzekucji administracyjnej. Można jednak podnieść, iż omawiany przepis jest przyzwoleniem na dotychczasową praktykę nieudolnego prowadzenia bądź zbyt późnego wszczęcia postępowań, bowiem „otwiera furtkę” dla przerywania biegu przedawnienia zobowiązania podatkowego w wyniku wszczęcia postępowania egzekucyjnego (art. 70 § 4 o.p.)³⁷.

Niezależnie od tego, w orzecznictwie sądownoadministracyjnym stwierdza się, że przenoszenie przez organy podatkowe tych samych argumentów wskazujących na zaistnienie przesłanki „o przedawnieniu” określonej w przepisie art. 239b § 1 pkt 4 o.p. do uzasadnienia zaistnienia przesłanki „uprawdopodobnienia niewykonania decyzji” ułożonej w treści art. 239b § 2 o.p. – należy uznać jako działanie *contra legem*³⁸. Podkreśla się, że wskazywana przesłanka „uprawdopodobnienia” nie wiąże się w ogóle z kwestią przedawnienia, ponieważ przedawnienie pozostaje w sferze faktów. Zarówno organy, jak i strony posiadają obiektywną wiedzę co do zaistnienia lub braku zaistnienia przedawnienia. Natomiast uprawdopodobnienie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane, jest drugą niezależną przesłanką, którą organy powinny wykazać w uzasadnieniu postanowienia o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności. Wskazuje się, że oparcie postanowienia o nadaniu decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności wyłącznie na tej okoliczności faktycznej, iż okres przedawnienia tego zobowiązania jest krótszy niż trzy miesiące czyniłoby zbędnym drugą przesłankę tego rygoru, jaką jest uprawdopodobnienie niebezpieczeństwa niewykonania zobowiązania³⁹.

³⁷ Por. A. Mariański, *Kolejna nowelizacja...*, s. 41.

³⁸ Wyrok WSA w Białymstoku z 23 czerwca 2010 r., I SA/Bk 231/10, CBOSA.

³⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 14 maja 2010 r., I SA/Łd 263/10, CBOSA.

IV. Podsumowanie

Do końca 2008 r. wydana przez organ podatkowy pierwszej instancji decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu dobrowolnie przez stronę albo w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji. Treść uchylonego art. 224 Ordynacji podatkowej była kontynuacją zasady obowiązującej przez dziesięciolecie tak w polskim systemie prawnym, jak i w porządkach prawnych innych państw europejskich, np. Republiki Federalnej Niemiec. Reguła ta prowadziła jednak często do dotkliwych skutków finansowych dla stron postępowań podatkowych, a także dla państwa, które narażone było na zwrot nadpłaty podatku, odsetek, a także odszkodowań w związku z przypadkami uchylenia bądź zmiany decyzji pierwszoinstancyjnych przez organy odwoławcze. Mimo zaś istnienia normatywnych możliwości wstrzymania wykonania decyzji (art. 224 § 2 – § 5, art. 224a i 224c), organy rzadko korzystały z tych uprawnień.

Powyższa praktyka występująca na gruncie podatkowego postępowania jurysdykcyjnego przeciwstawiana była rzeczywistości ogólnego postępowania administracyjnego, gdzie zasadą jest wstrzymanie wykonania decyzji nieostatecznej z mocy prawa oraz suspensywność środka prawnego odwołania (art. 130 k.p.a.). Okoliczności te sprawiły, iż ustawodawca w ramach „Pakietu na rzecz rozwoju przedsiębiorczości”, w tym nowelizacji Ordynacji podatkowej z dnia 7 listopada 2008 r., wprowadził z dniem 1 stycznia 2009 r. odmienny model wykonalności decyzji podatkowej w pierwszej instancji, który na wzór kodeksu postępowania administracyjnego zakłada wstrzymanie jej wykonania, o ile w granicach zakreślonych ustawą nie nadano jej postanowieniem rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 239a i n. o.p.). Co do zasady zmiana ta zasługuje na aprobatę i stanowi krok w dobrym kierunku, jednak należy stwierdzić, że sytuacje w których decyzji może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności zostały określone zbyt szeroko. W wyniku omawianej nowelizacji organy podatkowe uzyskały bardzo dużą swobodę uznania odnośnie do sytuacji, w których wydają postanowienia w przedmiocie rygoru natychmiastowej wykonalności. Z drugiej strony działalność administracji skarbowej jest ograniczona przesłankami merytorycznymi z art. 239b § 1 o.p. oraz przesłanką formalną z § 2 tego artykułu, stąd niewątpliwie brak w tym zakresie miejsca na dowolność orzecznictwa organów, tym bardziej iż stronie przysługuje zażalenie na postanowienie co do wskazanego rygoru, a następnie skarga do sądu administracyjnego. Ponadto należy zauważyć, że w kontekście przesłanki z art. 239b § 1 pkt. 1 o.p. podatnik będzie musiał drobiazgowo dbać o swe rozliczenia tak, aby nawet niewielkie zaległości zarówno o charakterze publicznoprawnym, jak i cywilnoprawnym nie doprowadziły do wszczęcia postępowania egzekucyjnego przed załatwieniem sprawy podatkowej. Ma to duże znaczenie dyscyplinujące dla stron postępowań podatkowych, a nadto wzmacnia bezpieczeństwo obrotu prawnego poprzez stworzenie bodźca do terminowego regulowania należności o różnicowanym charakterze.

STRESZCZENIE

Treść artykułu dotyczy nowej regulacji prawnej w zakresie mocy prawnej nieostatecznych decyzji podatkowych. Z dniem 1 stycznia 2009 r. ustawodawca polski wprowadził odwrotną niż dotychczas zasadę obowiązującą w zakresie wykonalności tych decyzji, polegającą na wstrzymaniu ich wykonania z mocy prawa do dnia osiągnięcia przezeń przymiotu ostateczności. Jednocześnie jednak pozostawiono organom podatkowym możliwość spowodowania wcześniejszego wykonania aktów wydanych w pierwszej instancji poprzez przyznanie tym organom kompetencji do nadania decyzji – w sytuacjach enumeratywnie wymienionych w ustawie – rygору natychmiastowej wykonalności.

W założeniu artykuł ma przybliżyć nowe zasady obowiązujące w powyższym zakresie. Takiemu celowi służyć ma zastosowana metoda analityczna pracy, jednakże dokonanie wyłącznie wykładni nowych przepisów Ordynacji podatkowej okazało się być niewystarczające do zrozumienia istoty problemów związanych z ich wprowadzeniem. Konieczne stało się zatem przedstawienie pokrótce rysu ewolucyjnego nowych norm postępowania oraz zasygnalizowanie rozwiązań istniejących po pierwsze, na gruncie procedury ogólnoadministracyjnej oraz po drugie, w prawie niemieckim.

W wyniku powyższej analizy należy dojść do przekonania, iż co do zasady zmiany dokonane przez ustawodawcę zasługują na aprobatę, jednak godzi się zauważyć, że organy podatkowe uzyskały zbyt szerokie pole uznania odnośnie do sytuacji, w których mogą orzekać w przedmiocie nadania decyzji nieostatecznej rygору natychmiastowej wykonalności.

SUMMARY

The article aims to outline the new principles of the binding regulation regarding the binding force of non-final/appealable tax decisions. In order to fulfill this, an analytic method was used. However, the interpretation of the new provisions of the Tax Law in connection with this issue turned out to be insufficient to understand the essence of the subject matters relating to their implementation. It was therefore necessary to present a short summary of the evolution of the new forms of proceeding and indicate the existing solutions: firstly, as an administrative procedure and secondly, in German law.

As a result of the above-mentioned analysis, it should be stated that the changes introduced by the legislator deserve an approval. However, it must be noticed that tax agencies have been given too much discretion in the area where they can issue non-final/appealable decisions with an order making them immediately enforceable.

MACIEJ KOSZOWSKI

OBRÓT POWSZECHNY, PROFESJONALNY
I KONSUMENCKI

Zwyczajowo zwykło mówić się o trzech rodzajach obrotu: powszechnym, obustronnie profesjonalnym oraz jednostronnie profesjonalnym. W tym ostatnim można też wyszczególnić jego postać kwalifikowaną, tj. obrót konsumencki. To, z jakim rodzajem obrotu mamy do czynienia, jest ważne nie tylko ze względów teoretyczno-dydaktycznych, lecz także posiada istotne znaczenie dla praktyki. Mianowicie, uczestnicy każdego z nich korzystają w różnym stopniu z zasady swobody umów. Taki stan rzeczy wynika przede wszystkim z odmiennego sposobu regulacji stosunków prawnych nawiązywanych w ramach danego obrotu. Tak w obrocie powszechnym i obustronnie profesjonalnym występuje przewaga przepisów względnie obowiązujących, zaś w obrocie konsumenckim pojawiają się liczne normy bezwzględnie obowiązujące i semiimperatywne.

Poczynając od próby zdefiniowania pojęcia obrotu, to bazując na przedstawionej przez M. Wojdyło definicji obrotu gospodarczego, można powiedzieć, że jest nim ogół stosunków prawnych oraz czynności prawnych, które powstały w związku z działalnością podmiotów prawa cywilnego na tle wymiany dóbr i usług stanowiących efekt tej działalności¹. Mając też na względzie takie rozumienie obrotu, wskazać możemy na jego trzy podstawowe odmiany oraz wyróżniając podtyp ostatniego (3) z nich:

1. Obrót powszechny.
2. Obrót obustronnie profesjonalny.
3. Obrót jednostronnie profesjonalny.
4. Obrót konsumencki jako podtyp obrotu jednostronnie profesjonalnego.

Ad. 1. Do obrotu powszechnego są zaliczane dwu- lub wielostronne czynności prawne między podmiotami, z których żaden nie dokonuje ich w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą (prowadzonym przedsiębiorstwem), bądź z racji tego, że w ogóle takiej działalności nie prowadzi,

¹ M. Wojdyło, *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi i gwarancji jakości przy umowie sprzedaży w obrocie gospodarczym*, Kraków 1999, s. 12.

bądź chociaż ją prowadzi, to dana czynność nie pozostaje z nią w związku. Przy czym nie powinno się ograniczać tego obrotu, jak wydaje się to robić W. Katner, wyłącznie do czynności pomiędzy osobami fizycznymi, które nie są jednocześnie przedsiębiorcami². Takie ograniczenie nie znajduje bowiem w żaden sposób uzasadnienia w przepisach ustawowych i nie odpowiada celom tego podziału. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie w określaniu uczestników tego obrotu jako nieprofesjonalistów. Dawniej obrotowi powszechnemu przeciwstawiano obrót uspołeczniony. Ten ostatni był rozumiany jako obrót, w którym stronami czynności prawnych były wyłącznie jednostki gospodarki uspołecznionej. Wraz jednak z zanikiem tychże jednostek dystynkcja ta straciła obecnie jakiegokolwiek znaczenie, a przeciwieństwem obrotu powszechnego może być w chwili dzisiejszej obrót obustronnie profesjonalny³. Wracając jeszcze do istoty obrotu powszechnego, warto zauważyć, iż cechuje go względna równowaga stron stosunku prawnego, a jego uczestnicy posiadają duży zakres swobody w kształtowaniu treści zawieranych tu umów. Przepisy prawa normujące stosunki nawiązywane w ramach tego obrotu należą w dużej mierze do norm względnie obowiązujących (*iuris dispositivi*), a więc takich, które nie znajdują swojego zastosowania ilekroć strony umówią się inaczej niż to wynika z ich treści.

Ad 2. Obrót obustronnie profesjonalny jest określany w doktrynie również jako obrót dwustronnie gospodarczy⁴ lub obrót gospodarczy *sensu stricto*⁵, można by go też nazywać obrotem handlowym *sensu stricto*. Do tego rodzaju obrotu należą czynności prawne dwu- lub wielostronne, które są zawierane w związku z wykonywaną przez strony działalnością gospodarczą (prowadzonym przedsiębiorstwem)⁶. Nie znaczy to jednak, że mowa tu jest o wszystkich czynnościach pomiędzy przedsiębiorcami. Jeśli dana czynność nie ma żadnego związku z działalnością gospodarczą którejś ze stron, to tym samym nie jest ona czynnością obrotu obustronnie profesjonalnego. Sami uczestnicy obrotu obustronnie gospodarczego są określani mianem profesjonalistów głównie z racji, iż zakłada się, że posiadają fachową (profesjonalną) wiedzę na temat działalności, jaką wykonują, a ponadto ze względu na fakt, iż to na nich spoczywa ryzyko gospodarcze związane z tą działalnością. W literaturze anglojęzycznej czynności prawne wchodzące w skład obrotu obustronnie profesjonalnego zwane są czynnościami „business to business” („b2b”)⁷. Warto podkreślić, iż stosunki prawne wchodzące w skład tego obrotu z zasady charakteryzują się równością stron. Choć i tutaj zwraca się nieraz uwagę na mogące zachodzić w rzeczywistości nierówności, które w kon-

² W. Katner (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, (red.) J. Rąjski, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 14.

³ *Ibidem*, s. 14.

⁴ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, wyd. 11, Warszawa 2009, s. 855.

⁵ M. Wojdyło, *op. cit.*, s. 12.

⁶ Nazwa dwustronnie (obustronnie) profesjonalny może w sposób niezamierzony wprowadzać w błąd w zakresie w jakim sugeruje, iż chodzi tutaj wyłącznie o czynności prawne dwustronne.

⁷ S. Grundmann, *Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sale Directive and the Sales Convention be so Similar?*, „European Business Law Review” 2003, Vol. 14, No. 3, s. 238.

sekwencji pozwalają na wskazanie strony wyraźnie słabszej i wyraźnie silniejszej, np. w relacjach między małymi przedsiębiorcami z jednej strony a dużymi podmiotami gospodarczymi, jak banki czy będący monopolistami producenci z drugiej strony. Zdaniem M. Pecyny, takie pozbawione faktycznej równości stosunki mogą nawet przypominać charakter relacji konsumenckiej⁸. Podmioty, które biorą udział w obrocie obustronnie profesjonalnym, korzystają w dużym stopniu z zasady wolności umów, w tym posiadają znaczną swobodę w kształtowaniu treści nawiązywanych stosunków prawnych. Oprócz norm względnie obowiązujących, można tu jednak spotkać przepisy imperatywne (*iuris cogentis*), tj. takie, które zawsze znajdują swoje zastosowanie niezależnie od woli stron, jak i przepisy semiimperatywne, czyli takie, od których odstępstwa możliwe są tylko na rzecz strony słabszej.

Ad. 3. Obrót jednostronnie profesjonalny jest często określany mianem obrotu jednostronnie gospodarczego, gospodarczego *sensu largo*⁹, czy też obrotu handlowego *sensu largo*¹⁰. W doktrynie obrót ten bywa czasem utożsamiany z tzw. obrotem konsumenckim. Tak np. J. Szczotka przeciwstawia obrót konsumencki obrotowi profesjonalnemu i powszechnemu, z czego można by wnioskować, iż w takim razie zrównuje on obrót jednostronnie profesjonalny z obrotem konsumenckim¹¹. Takie podejście nie wydaje się jednak rozwiązaniem właściwym, albowiem ten ostatni, o czym będzie jeszcze mowa, faktycznie stanowi pewien podtyp (postać kwalifikowana) obrotu jednostronnie profesjonalnego, nie pokrywając się z nim zupełnie¹². Do obrotu jednostronnie profesjonalnego należą czynności prawne, w których jedna ze stron dokonuje danej czynności w związku z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą (prowadzonym przedsiębiorstwem), a druga strona w celu niezwiązanym z taką działalnością (prowadzonym przedsiębiorstwem) dlatego, że jej w ogóle nie prowadzi lub ją prowadzi, ale dana czynność nie pozostaje z nią w związku. Można tu więc wyróżnić zarówno podmiot profesjonalny, jak i nieprofesjonalny.

Ad. 4. Obrót konsumencki charakteryzują czynności prawne, które są zaliczane do obrotu jednostronnie profesjonalnego. Jednakże tutaj stroną, która dokonuje danej czynności w celu niezwiązanym z działalnością gospodarczą, musi być podmiot, który oprócz bycia nieprofesjonalistą posiada dodatkowo status prawny konsumenta. Przykładowo, w Polsce zgodnie z art. 22¹ k.c. oraz art. 1 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej... z dnia 27 lipca 2002 r. przymiot taki przysługuje tylko osobom fizycznym, wyłączone zatem zostały osoby prawne i jednostki organizacyjne posiadające zdolność prawną (tzw.

⁸ M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, wyd. 2, Kraków 2007, s. 9 przypis 2.

⁹ M. Wojdyło, op. cit., s. 12, A. Kidyba, op. cit., s. 855.

¹⁰ W. Katner, op. cit., s. 14.

¹¹ J. Szczotka, *Sprzedaż konsumencka. Komentarz*, wyd. 2, Lublin 2007, s. 9. Podobnie obrót jednostronnie gospodarczy i konsumencki wydaje się utożsamiać A. Kidyba, op. cit., s. 855.

¹² Tak też wydaje się W. Katner, op. cit., s. 14.

ułamne osoby prawne). Dodatkowo, definicja konsumenta z kodeksu cywilnego wyraźnie zaznacza, że statusu konsumenta nie traci się przez to, iż dana czynność jest pośrednio (tj. w sposób niebezpośredni) związana z wykonywaniem działalności gospodarczej (zawodowej). Taki pośredni związek zachodziłby np. w przypadku zakupu czajnika do grzania wody na herbatę przez przedsiębiorcę będącego murarzem, ale już nie w razie zakupu przez niego kielni czy poziomicy. Z kolei druga strona, czyli profesjonalista, czynności z konsumentem powinna dokonywać nie tylko w związku z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą, ale ponadto czynność ta winna wchodzić w zakres przedmiotu tej działalności (mieścić się w jej ramach), np. naprawa samochodu w przypadku autoserwisu, ale nie sprzedaż narzędzi, z których korzystali pracownicy tego serwisu. Mając na względzie te dwa dodatkowe kryteria, można powiedzieć, że obrót konsumencki jest pewnym podtypem (odmianą) obrotu jednostronnie profesjonalnego. Mianowicie, wszystkie czynności należące do tego pierwszego automatycznie będą wchodzić w zakres drugiego, nieuprawnione będzie jednak wnioskowanie w kierunku odwrotnym.

Jak już z powyższego wynika, w obrocie konsumenckim mamy do czynienia z osobą profesjonalistą (przedsiębiorcy) oraz konsumenta. Same zaś czynności prawne wchodzące w jego zakres w piśmiennictwie anglojęzycznym są zwane czynnościami *business to consumer* (b2c)¹³. Jeśli chodzi natomiast o relacje między stronami stosunków prawnych nawiązywanych w ramach obrotu konsumenckiego, to charakteryzują się one daleko posuniętą nierównością. Przy czym za stronę silniejszą jest tutaj uważany zawsze profesjonalista (sprzedawca, usługodawca, przyjmujący zamówienie itp.). Wynika to przede wszystkim z pozycji, jaką zajmuje on na rynku, przypisywanej mu sporej wiedzy fachowej i doświadczenia w dziedzinie, z którą jest związana dana czynność, tudzież lepszej znajomości prawa oraz uwarunkowań zewnętrznych. Ponadto jako przyczyny słabszej pozycji konsumenta wskazuje się również na jego gorsze przygotowanie intelektualne i ekonomiczne od przygotowania samego profesjonalisty¹⁴. Warto tutaj też mieć na uwadze, iż w obrocie konsumenckim często występują tzw. umowy adhezyjne, tj. takie, w których konsument ma znikomy wpływ na treść dokonywanej czynności prawnej, podejmuje jedynie decyzje co do tego, czy związać się daną umową czy z jej zawarcia całkowicie zrezygnować. W rezultacie w obrocie konsumenckim zamiast wzajemnych pertraktacji spotkamy się nieraz z jednostronnym dyktatem strony silniejszej¹⁵. Chcąc więc niejako wyrównać pozycję konsumenta z pozycją profesjonalisty (przedsiębiorcy), wprowadza się wiele regulacji prawnych, które za swe zadanie mają chronić strony słabszej przed stroną silniejszą. Z kolei, by regulacje te odznaczały się wysokim stopniem efektywności i nie

¹³ S. Grundmann, op. cit., s. 238.

¹⁴ M. Pecyna, op. cit., s. 9.

¹⁵ Odnośnie do pojęcia umowy adhezyjnej zob. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. 11, Warszawa 2009, s. 141–142.

mogły być przez profesjonalistów obchodzone, to najczęściej nadaje im się charakter bezwzględnie wiążący (*iuris cogentis*), a jeszcze częściej semiimperatywny (odstępstwa od nich są możliwe tylko na korzyść konsumenta). W ten też sposób swoboda stron w kształtowaniu treści czynności prawnych zostaje w obrocie konsumenckim mocno ograniczona, a na kształt stosunków prawnych zaliczanych do tego obrotu wpływ mają liczne i często bardzo szczegółowe przepisy ustaw uchwalonych w interesie konsumentów.

Konkludując, zasadne jest mówić o trzech rodzajach obrotu: powszechnym, obustronnie i jednostronnie profesjonalnym, nie zapominając o szczególnym podtypie ostatniego z nich w postaci obrotu konsumenckiego. Rozróżnienie to nie tylko porządkuje pewne zagadnienie z dydaktycznego punktu widzenia, ale posiada dodatkowo walor praktyczny. Bezpośrednio rzutuje bowiem na zakres swobody stron przy ustalaniu treści zawieranej umowy.

STRESZCZENIE

Celem artykułu jest zbadanie zasadności stosowania podziału na obrót powszechny, obu- i jednostronnie profesjonalny oraz trafności wyróżniania w ramach tego ostatniego obrotu konsumenckiego.

Zastosowano analizę regulacji prawnych z zakresu prawa prywatnego oraz poglądów przedstawicieli nauki prawa pod kątem właściwości, jakie można by przypisać każdemu z trzech obrotów.

Wyniki: trzy rodzaje obrotu, tj. powszechny, obu- i jednostronnie profesjonalny, wraz z podtypem obrotu konsumenckiego są możliwe do teoretycznego zdefiniowania oraz jasnego ustalenia granic każdego z nich; ich wyróżnianie odpowiada zarówno potrzebom nauki prawa, jak i posiada uzasadnienie praktyczne.

Wnioski: teoretyczne rozróżnienie trzech rodzajów obrotu posiada walory nie tylko dydaktyczne, lecz także pełne odzwierciedlenie w praktyce. Zdecydowało o tym przede wszystkim daleko posunięte zróżnicowanie w stopniu realizacji zasady swobody umów oraz korelujące z tym różne nasycenie przepisami względnie i bezwzględnie obowiązującymi.

SUMMARY

The article aims to examine the legitimacy of the distinction between ordinary trade and commerce and two- and one-sided professional ones, and adequacy of the distinction within the last category, i.e. consumer trade and commerce.

The author presents an analysis of legal regulations within the civil law and the opinions of the legal science representatives paying special attention to the characteristic features of each of the three types of trade.

Results: three types of trade, i.e. ordinary, two- and one-sided professional trade and commerce, together with a sub-type of a consumer trade, can be theoretically defined and a clear limits for each of them can be specified; their distinction is both necessary for the science of law and justified from the practical point of view.

Conclusions: theoretical distinction between the three types of trade has advantages not only from the didactic point of view but is fully reflected in practice. First of all, it has been a result of far reaching differentiation in the level of implementation of the rule of contract freedom and the saturation with relatively and absolutely binding regulations which is in correlation with that freedom.



JACEK KOSONOĞA

*Glosa**do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia
29 lipca 2009 r., I KZP 11/09¹*

Zapewnienie oskarżonemu pozostawania na wolności – o którym mowa w art. 282 §1 k.p.k. – odnosi się jedynie do postępowania, w związku z którym wydano list żelazny i w żadnym razie nie rozciąga się na inne postępowania, w szczególności w sprawach, w których nastąpiło prawomocne skazanie.

Problematyka listu żelaznego jest nie tylko zagadnieniem rzadko podejmowanym w orzecznictwie i literaturze, ale jednocześnie często wywołuje wątpliwości interpretacyjne. Chodzi m.in. o istotę i charakter prawny listu żelaznego, czasowy zakres jego obowiązywania, możliwość dokonania zatrzymania i przymusowego sprowadzenia, czy też wpływ łączenia lub podziału spraw na gwarancje wynikające z listu żelaznego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii generalnych, związanych z charakterem prawnym omawianego środka, zwraca uwagę różnorodność prezentowanych poglądów². W doktrynie przyjmuje się, że list żelazny:

- 1) jest rodzajem środka zapobiegawczego, gdyż zapewnia obecność oskarżonego w procesie,³
- 2) nie jest on środkiem zapobiegawczym, lecz nabiera cechy takiego środka dopiero w kumulacji ze złożeniem poręczenia majątkowego,⁴

¹ OSNKW 2009, Nr 8, poz. 63.

² Szerzej zob. R. Stefański, *List żelazny w nowym kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1997, nr 11, s. 33 i n.; K. Stocka, *Charakter prawny listu żelaznego, podstawy jego wydania oraz tryb postępowania*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XII, (red.) L. Boguni, Wrocław 2003, s. 207 i n.; T. Grzegorzczak, *List żelazny w procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Reforma prawa karnego*, Łódź 1994, s. 39; tenże, *Zapewnienie świadkowi, biegłemu i oskarżonemu nietykalności w procesie karnym*, Prok. i Pr. 1996, nr 9, s. 35 i n.; F. Prusak, *List żelazny instytucja z przyszłością*, „Gazeta Prawnicza” 1983, nr 15, s. 6 i n.; A. Murzynowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 12 sierpnia 1996 r.*, I KZP 14/96, OSP 1996, Nr 11, s. 524.

³ Z. Doda, *Zażalenie w procesie karnym*, Warszawa 1985, s. 43.

⁴ J. Grajewski, E. Skrzętowicz, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Gdańsk 1996, s. 187.

- 3) nie jest ani środkiem zapobiegawczym, ani środkiem przymusu a jedynie formą asekuracji oskarżonego przed zastosowaniem środka zapobiegawczego⁵,
- 4) jest dokumentem gwarancyjnym wydawanym przez właściwy sąd⁶,
- 5) jest czynnością procesową mającą na celu zapewnienie obecności oskarżonego na potrzeby procesu karnego,⁷
- 6) stanowi rodzaj umowy procesowej zawartej między właściwym miejscowo sądem okręgowym a oskarżonym przebywającym za granicą, w której oskarżony zobowiązuje się do stawiennictwa do sądu lub prokuratury i przestrzegania określonych w ustawie warunków, a organ procesowy zobowiązuje się do umożliwienia mu odpowiadania z wolnej stopy⁸.

Ustosunkowując się do tych poglądów, nie sposób uznać listu żelaznego za środek zapobiegawczy z uwagi na to, że w stosunku do tych ostatnich ustawodawca *explicite* określił ich funkcje oraz podstawy stosowania (art. 249 i art. 258 k.p.k.). Jeżeli chodzi natomiast o list żelazny, który *de facto* ma gwarantować niestosowanie najbardziej dolegliwego ze środków w postaci tymczasowego aresztowania, uczynił to w treści art. 281 i 282 k.p.k. Już sama ta odrębność podstaw i funkcji nie pozwala zatem na utożsamianiu obu instytucji. Zbieżność, która pojawia się w płaszczyźnie potrzeby zapewnienia obecności oskarżonego i nieutrudniania przez niego postępowania, nie jest przy tym wystarczająca do uznania listu żelaznego za środek zapobiegawczy. W doktrynie słusznie wskazuje się, że podobny cel spełnia zatrzymanie, które jednak nie jest uznawane za środek zapobiegawczy⁹. Dodatkowym argumentem wynikającym z *argumentum a rubrica* jest umieszczenie przepisów o liście żelaznym w odrębnym w stosunku do środków zapobiegawczych rozdziale kodeksu.

List żelazny jest natomiast środkiem przymusu, a jego istota sprowadza się do wymuszenia określonych zachowań oskarżonego; są one wymuszane groźbą zastosowania tymczasowego aresztowania¹⁰. Za uznaniem listu żelaznego za środek przymusu przemawia także jego treść, z którą łączy się zobowiązanie oskarżonego do przestrzegania określonych ograniczeń swobody w zakresie wydalania się z obranego miejsca pobytu w kraju¹¹. Odmawiając listowi żelaznemu charakteru środka przymusu w literaturze twierdzi się jednak, iż ustawa normuje tę instytucję w dziale VI Kodeksu postępowania karnego jedynie ze względów systemowo-porządkowych¹², a środek ten w istocie stwarza dla oskar-

⁵ A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda, *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, Wrocław–Szczecin 1994, s. 191.

⁶ J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Kodeks postępowania...*, s. 188.

⁷ K. Marszał, *Przegląd środków przymusu i ich funkcjonowanie w polskim procesie karnym*, (w:) K. Amelung, K. Marszał, *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, Katowice 1990, s. 51.

⁸ M. Lipczyńska, *Polski proces karny*, t. I. *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1986, s. 151.

⁹ R. Stefański, *List żelazny...*, s. 34.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ A. Murzynowski, *Głosa do uchwały SN z dnia 12 sierpnia 1996 r.*, op. cit., s. 523–524.

¹² F. Prusak, A. Kordik, Z. Świda, *Proces karny – część ogólna*, Szczecin–Wrocław 1996, s. 197.

4/2010

zonego określone uprawnienie i dlatego nie może być uznany za środek przymusu procesowego¹³.

Odrębności pomiędzy listem żelaznym a środkami zapobiegawczymi akcentowano również w orzecznictwie. Sąd Najwyższy twierdzi, że list żelazny nie jest środkiem zapobiegawczym *sensu stricto*, gdyż ani nie został ujęty w ramach przepisów o tych środkach, ani też nie został określony tym mianem (...). Jest on jednak procesowym środkiem przymusu spełniającym cele podobne, jak środki zapobiegawcze, gdyż z jednej strony gwarantuje udział oskarżonego w toczącym się postępowaniu, a z drugiej strony wchodzi on niejako w miejsce tymczasowego aresztowania, przy czym jego wydanie może być uzależnione od złożenia poręczenia majątkowego, które bezspornie jest przecież środkiem zapobiegawczym. W praktyce spełnia więc list żelazny funkcje zapobiegawcze, zbliżone skutkami do tymczasowego aresztowania¹⁴.

W literaturze słusznie kwestionuje się zasadność zaliczania listu żelaznego do rodzaju umowy procesowej. Odrzucając taką tezę, wskazuje się, że list żelazny jest decyzją jednostronną, choć niepozbawioną elementów konsensualnych; jest to jednak decyzja sądu¹⁵.

Trafnie zauważa się, że istotą umowy jest równość stron, zaś w wypadku listu żelaznego warunek ten nie jest zachowany. Naruszenie warunków listu żelaznego przez oskarżonego powoduje zastosowanie tymczasowego aresztowania, a uczynienie tego przez sąd nie jest w ogóle sankcjonowane¹⁶.

Przechodząc do analizy przedmiotowego judykatu, należy podkreślić, że jest merytorycznie trafny i należyte uzasadniony. Słusznie podkreśla Sąd Najwyższy, że zapewnienie oskarżonemu pozostawania na wolności, o którym mowa w art. 282 §1 k.p.k., odnosi się jedynie do postępowania, w związku z którym wydano list żelazny i w żadnym razie nie rozciąga się na inne postępowania, w szczególności w sprawach, w których nastąpiło prawomocne skazanie. Właściwy sąd może również zastosować tymczasowe aresztowanie w innej sprawie prowadzonej z powodu przestępstwa popełnionego przed przyjazdem oskarżonego do kraju, jak i po przekroczeniu przez niego granicy. Wydanie listu żelaznego nie uchyla wykonalności wyroku skazującego na karę pozbawienia wolności. W orzecznictwie, w zbliżonej sytuacji procesowej, słusznie podnoszono, że oczywiście bezzasadne jest żądanie skazanego na pozbawienie wolności i ukrywającego się w kraju przed odbyciem kary, by wydać mu list żelazny dla umożliwienia bezpiecznego stawienia się na posiedzenie sądu w sprawie z jego wniosku o zatamowanie wykonania kary. List żelazny jest środkiem alternatywnym dla

¹³ K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 368.

¹⁴ Uchw. SN z dnia 12 sierpnia 1996 r., I KZP 14/96, OSNKW 1996, Nr 11–12, poz. 78.

¹⁵ T. Grzegorzcyk, *List żelazny...*, s. 39.

¹⁶ F. Prusak, *List żelazny...*, s. 6; K. Stocka, *Charakter prawny...*, s. 210–211; R. Stefański, *List żelazny...*, s. 35; S. Durczak-Żochowska, *Głosa do postanowienia SN z dnia 29 lipca 2009 r.*, I KZP 11/09, GSP – „Przegląd Orzecznictwa” 2010, nr 1, s. 119–120.

tymczasowego aresztowania oskarżonego przebywającego za granicą w trakcie postępowania przygotowawczego lub rozpoznawczego, a nie ma zastosowania, gdy zostało przesądzone, że oskarżony ma odbyć karę pozbawienia wolności. Nie ma to zastosowania w postępowaniu wykonawczym, gdy zostało przesądzone, że sprawca ma odbyć karę pozbawienia wolności. Jego udział w posiedzeniu sądu nie jest nikomu potrzebny, a zależy tylko od jego woli¹⁷.

Nie można natomiast zaaprobować uogólnienia Sądu Najwyższego, iż list żelazny jest instytucją postępowania przygotowawczego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że środek ten można zastosować także na etapie postępowania jurysdykcyjnego.

W kontekście wypowiedzi Sądu najwyższego zastanawia kwestia wpływu łączności spraw lub wyłączenia poszczególnych wątków postępowania do odrębnego prowadzenia, na zakres obowiązywania listu żelaznego. W pierwszym przypadku przyjąć należałoby, że połączenie kilku spraw, spośród których występuje taka, gdzie zastosowano list żelazny, powoduje objęcie jego zakresem całości postępowania. Połączone sprawy tworzą bowiem jedno postępowanie (arg. ex art. 34 § 2 k.p.k.), w którym oskarżony korzysta z listu żelaznego (art. 282 § 1 k.p.k.). W art. 282 § 1 k.p.k. chodzi o postępowanie, a nie przestępstwa będące jego przedmiotem.

List żelazny obowiązuje także w tej części postępowania, która została wyłączona do odrębnego prowadzenia. Jest to pierwotnie to samo postępowanie, które jedynie ze względów porządkowych zostało podzielone. Ponadto ustawa wyraźnie uzależnia utratę mocy obowiązywania listu żelaznego od prawomocnego zakończenia całości postępowania, nie zaś jego części. Zgodnie z § 131 ust 1 i 2 regulaminu urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury¹⁸ wyłączenie do prowadzenia w odrębnym postępowaniu sprawy poszczególnych osób lub o poszczególne czyny wymaga wydania postanowienia, w którym określa się: podmiotowy i przedmiotowy zakres wyłączenia; sposób wyłączenia – przez dokładne wskazanie nazwy i daty przeprowadzonych dowodów lub innych sporządzonych dokumentów oraz numeru karty lub miejsca złożenia dowodów rzeczowych z zaznaczeniem, czy dokumenty wydzielą się w oryginale czy w odpisie lub kopii. Z uregulowania tego wynika, że nie jest wykluczone, że zakres obowiązywania listu żelaznego zależy od zakresu wyłączenia. Wniosek taki jest błędny. Ustawodawca bowiem wyraźnie określił przesłanki wydawania i odwołania listu żelaznego oraz organ właściwy do podejmowania tego rodzaju decyzji procesowych. Przyjęcie, że utrata mocy obowiązującej listu żelaznego następuje na skutek postanowienia o wyłączeniu, oznaczałoby naruszenie art. 281 k.p.k. oraz art. 282

¹⁷ Post. SA w Krakowie z dnia 8 lipca 1999 roku, II AKz 325/99, OSN Prok. i Pr. 1999, Nr 11–12, poz. 25.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. regulamin wewnętrzny urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. Nr 49, poz. 296).

4/2010

§ 2 k.p.k. Ponadto taka interpretacja wypaczałaby także gwarancyjny charakter listu żelaznego.

Obowiązywanie tego środka nie jest także zależne od zmiany lub rozszerzenia treści zarzutów (art. 314 k.p.k.). Gwarancje wynikające z listu żelaznego dotyczą postępowania; modyfikacja zarzutów jest kwestią wtórną i prawnie irrelevantną. Dla przykładu nieco odmiennie przedstawia się ta kwestia w niemieckiej ustawie procesowej, gdzie gwarancje wynikające z listu żelaznego dotyczą jedynie czynu karalnego, w związku którym wydano ten środek (§ 295 StPO). Podobna regulacja znajduje się w austriackim procesie karnym (§ 420 StPO). W polskim kodeksie postępowania karnego brak jest takiego zastrzeżenia.

W doktrynie przyjmuje się, że wydanie listu żelaznego nie wyłącza możliwości zastosowania zatrzymania i przymusowego sprowadzenia w trybie art. 75 § 2 k. p. k.¹⁹ Jest to pogląd błędny. Twierdzenie takie było uzasadnione przed wejściem w życie ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych²⁰. Na mocy tej nowelizacji jednoznacznie zastrzeżono, że przymusowe sprowadzenie poprzedza zatrzymanie, a więc pozbawienie wolności. W motywach ustawodawczych podkreślano, że skoro w grę wchodzi pozbawienie wolności w postaci zatrzymania, zgodnie z wymogami Konstytucji RP (art. 41 ust. 2 i 3) oraz zgodnie z art. 246 k.p.k., należy stworzyć możliwość wniesienia przez oskarżonego zażalenia na postanowienie o zatrzymaniu (art. 75 § 3 k.p.k.)²¹. Skoro zatem list żelazny zapewnia pozostawanie na wolności, to tym samym wyłącza możliwość stosowania art. 75 § 2 k.p.k., czy też – z analogicznych powodów art. 376 § 1 k.p.k. Jest to bowiem zatrzymanie oskarżonego, a więc rodzaj pozbawienia wolności.

List żelazny obowiązuje od momentu wydania postanowienia w przedmiocie jego zastosowania, co może być uzależnione od złożenia poręczenia majątkowego (art. 283 § 1 k.p.k.), do czasu prawomocnego zakończenia postępowania (art. 282 § 1 k.p.k.) bądź jego odwołania. W doktrynie słusznie twierdzi się, że za datę końcową obowiązywania tego środka należy przyjąć następnny dzień: po upływie terminu zaskarżenia postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego lub utrzymaniu takiego postanowienia w mocy; po upływie terminu do zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji; po wydaniu wyroku przez sąd drugiej instancji o utrzymaniu zaskarżonego wyroku w mocy lub o jego zmianie²². Wątpliwości pojawiają się natomiast w momencie uchylecia wyroku w trybie kasacyjnym i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. W literaturze

¹⁹ S. Durczak-Żochowska, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 lipca 2009 r.*, op. cit., s. 121.

²⁰ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 17, poz. 155).

²¹ Sejm RP IV kadencji, druk sejmowy nr 182.

²² R. Stefański, *List żelazny...*, s. 37.

przyjmuje się, że w takiej sytuacji procesowej sprawa wraca do punktu wyjścia, a zatem następuje także reanimacja listu żelaznego, w związku z czym sąd nie może zastosować tymczasowego aresztowania²³. Wydaje się jednak, że kwestia ta nie jest tak jednoznaczna. Skoro ustawodawca wprost uzależnił utratę mocy listu żelaznego od uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie, to gwarancje z niego wynikające nie obejmują postępowania, które toczy się po tym etapie. Tym samym należy dopuścić możliwość stosowania tymczasowego aresztowania przez sąd kasacyjny w trybie art. 533 k.p.k. także w sprawie, w której zastosowano list żelazny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że postępowanie kasacyjne toczy się po prawomocnym zakończeniu postępowania, a więc w momencie w którym list żelazny przestaje prawnie egzystować. Koniec jego obowiązywania ustawodawca uzależnił od etapu postępowania niezależnie od losów sprawy po jej uprawomocnieniu się. Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby także trudną do zaakceptowania sytuację procesową, w której Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację, mógłby zastosować tymczasowe aresztowanie, a nie mógłby tego uczynić sąd, do którego skierowano sprawę w celu ponownego rozpoznania. Z drugiej strony stosowanie listu żelaznego wolą ustawodawcy zostało przekazane do właściwości funkcjonalnej właściwego miejscowo sądu okręgowego (art. 281 k.p.k.), tym samym nie sposób przyjąć, że konkludentnie środek ten stosuje Sąd Najwyższy, uchylając orzeczenie w trybie kasacji. Można co prawda bronić także poglądu, iż przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oznacza, że sprawa nie jest prawomocnie zakończona, co z kolei aktualizuje list żelazny. Rozwiązaniem tych wątpliwości byłoby dodanie do treści art. 282 § 1 k.p.k. sformułowania „każdorazowo aż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania”, co oznaczałoby konieczność wydawania postanowienia w przedmiocie listu żelaznego za każdym razem po uchyleniu orzeczenia w trybie kasacji.

STRESZCZENIE

W postanowieniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż zapewnienie oskarżonemu pozostawania na wolności – o którym mowa w art. 282 § 1 k.p.k. – odnosi się jedynie do postępowania, w związku z którym wydano list żelazny i w żadnym razie nie rozciąga się na inne postępowania, w szczególności w sprawach, w których nastąpiło prawomocne skazanie. Autor aprobuje tezę i uzasadnienie Sądu uzupełniając je rozważaniami na temat istoty i charakteru prawnego listu żelaznego, czasowego zakresu jego obowiązywania, możliwości dokonania zatrzymania i przymusowego sprowadzenia oraz wpływu łączenia lub podziału spraw na gwarancje wynikające z listu żelaznego.

²³ Ibidem.

SUMMARY

In its decision, the Supreme Court expressed the opinion that enabling an accused person to be at liberty – mentioned in article 282 par. 1 of the penal proceeding code – refers only to a proceeding in which a safe conduct was given and it cannot be extended to any other proceedings, especially the cases in which there was a binding sentence. The author accepts the thesis and justification given by the Court and supplements them with a discussion of the essence and legal character of safe conduct, its temporary validity, ability to arrest and take the accused for questioning and to combine or separate cases with safe conduct guarantees.



J. BARTA, R. MARKIEWICZ, A. MATLAK (RED.)

Prawo mediów

wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 769

Od kilku lat coraz popularniejszym przedmiotem na studiach humanistycznych jest prawo mediów. Podstawową pozycję podręcznikową dostępną na naszym rynku stanowi obszerna, blisko 800-stronicowa publikacja pracowników naukowych Uniwersytetu Jagiellońskiego pod tytułem *Prawo mediów* – dzieło piętnastu autorów pod red. J. Barty, R. Markiewicza, A. Matlaka, wydane po raz drugi przez Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (Warszawa 2008). Do nabycia tego wyjątkowo starannego i wartościowego dzieła skłania zarówno grono wybitnych autorów, jak i brak choć jednej konkurencyjnej publikacji z tej dziedziny. Z tych powodów w interesie studentów i czytelników książka zasługuje na recenzję.

Praca składa się z 14 rozdziałów różnych Autorów, których wykaz pojawia się jedynie na stronie 4 (nie ma zaś nazwisk w treści pracy, przy tytułach)¹. Na książkę składają się poszczególne artykuły stanowiące odrębne, samodzielne opracowania. Jest to typowa praca zbiorowa, ale niezaopatrzona wstępem i zakończeniem, nie ma też skorowidzu przedmiotowego. Pierwszy z rozdziałów obszernie omawia konstytucyjne regulacje środków społecznego przekazu. Drugi rozdział traktuje o przedmiotowych unormowaniach w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka, z pewnym odniesieniem do orzecznictwa trybunału strasburskiego. Rozdział 3 jest poświęcony międzynarodowym regulacjom prawnym działalności telewizyjnej. Pierwsze dwa rozdziały opracowano rzetelnie oraz obszernie. Jednakże ograniczenie się w trzecim rozdziale do Europejskiej konwencji o telewizji nadgranicznej z 1989 r. oraz do dyrektywy Rady 89/552 (zmienionej dyrektywą 97/36) można uznać za zbyt duże zawężenie problemu². Istotnych regulacji międzynarodowych jest bowiem zdecydowanie więcej (i odgrywają one istotną rolę), by wskazać dla przykładu na postanowienia KBWE i OBWE, Rady Europy oraz UE (np. Karta Prawa Podstawowych, Protokół nr 29 do traktatu z Lizbony),

¹ Zob. *Prawo mediów*, (red.) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 4 oraz 5 i n.

² Ibidem, s. 82 i n.

4/2010

o wybranych normach prawa międzynarodowego publicznego nie wspominając. Przy tak obszernej książce oraz rozwlekłej narracji takie opuszczenie jest trudne do usprawiedliwienia.

Rozdział 4 relacjonuje regulacje prasy drukowanej, a zwłaszcza prawa prasowego z 1984 r.³

W rozdziale 5 omówiono unormowania dotyczące radiofonii i telewizji, z uwzględnieniem KRRiT, reżimów prawnych i statusów nadawców. Jest to chyba najlepiej opracowany fragment książki. Rozdział 6 poświęcony postępowi technicznemu w mediach prezentuje regulacje dotyczące mediów (a zwłaszcza prasy) w Internecie, konwergencji mediów i platform cyfrowych. Takie ujęcie problemu wydaje się stanowczo zbyt wąskie, zwłaszcza że Autorzy nie odsyłają do innych publikacji dotyczących komunikacji elektronicznej⁴. Dobrze opracowano rozdział 7 poświęcony prawom i obowiązkom dziennikarzy, choć marginalnie potraktowano kwestie nadzoru etycznego ze strony KRRiT oraz korporacji. Obszernie i rzetelnie zaprezentowano (w rozdziale 8) reklamę sponsoring, tele-sprzedaż i lokowanie produktu, lakonicznie zaś – sprostowania w mass mediach (rozd. 9). W rozdziale 10 szczegółowo zaprezentowano przepisy regulujące komunikaty i ogłoszenia, a w rozdziale 11 – szczególne obowiązki mediów (tu ograniczono się jedynie do ochrony dóbr osobistych oraz ochrony dzieci i młodzieży). Pod kątem wytworów dziennikarskich przeanalizowano w rozdziale 12 normy prawa własności intelektualnej, przy czym uczyniono to rzetelnie oraz w sposób usystematyzowany. Podobnie potraktowano wybór i analizę przepisów prawa konkurencji (rozdział 13). W ostatnim rozdziale przeanalizowano problem odpowiedzialności prawnej dziennikarzy, w tym za naruszenia prawa prasowego, ochrony praw osobistych oraz przepisów karnych (np. reklama alkoholu, papierosów i farmaceutyków).

Reasumując, omawiana publikacja jest wartościowa, obszerna i wyczerpująca, bardzo przydatna w procesie edukacyjnym. Opracowanie jest dobrze usystematyzowane, obejmuje zdecydowaną większość zagadnień z zakresu prawa mediów. Fakt, że jest napisana w sposób opisowy, a nawet rozwlekły stanowi pozytywną cechę w przypadku lektury pracy przez nie-prawników (dla prawników taki styl może być zniechęcający). Praca jest przystępnie i przyjaźnie napisana; czyta się ją dobrze. Zasięgałem opinii na temat tej pracy u znajomych i ich oceny były pozytywne. Spodziewałem się jednak, mając na uwadze zarówno objętość książki, jak i nazwiska Autorów, raczej pracy w stylu Ajdukiewicza i Kotarbińskiego

³ Szerzej i bardziej analitycznie – W. Orzewski, *Prawo w mediach*, Warszawa 2004, s. 32 i n. oraz J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 25–173.

⁴ Warto tu wskazać na niektóre pozycje, jak np.: P. Wąglowski, *Prawo w sieci. Zarys regulacji Internetu*, Warszawa 2005; B. Fischer, *Dziennikarstwo internetowe w świetle przepisów prawa autorskiego i prasowego*, „Zeszyty Prasoznawcze” 2005, nr 3–4, s. 41 i n.; K. Gienas, Z. Okoń, M. Świerczyński, G. Rzeżuchowska, D. Adamski, M. Kutylowski, A. Haręza, M. Gawlik, S. Kotecka, M. Mikoś, *Prawo Mediów Elektronicznych*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 1–2.

lub T. Kutrzeby; tymczasem publikacja w niektórych rozdziałach zdaje się być powierzchowna i niepełna. Przy tak obszernej pracy można było omówić wiele istotnych, a pominiętych zagadnień. Należą do nich niewątpliwie naruszanie prywatności przez prasę, prowokacje dziennikarskie oraz dziennikarstwo śledcze⁵, a także wiele pominiętych aspektów komunikacji elektronicznej. Za nietrafne uważam pominięcie wielu międzynarodowych regulacji problemu. Zabrakło też zestawienia literatury (bibliografii) oraz wykazu aktów prawnych, a także wprowadzenia i podsumowania.

Reasumując, niezależnie od pewnych niedostatków, jest to praca wartościowa, spełniająca swoją rolę oraz godna przeczytania (studiowania).

Jarosław Sozański

⁵ Por. np. J. Sieńczydło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Zakamycze 2006; M. Du Vall, *Prowokacja dziennikarska*, „Zeszyty Prasoznawcze” 2005, nr 3–4, s. 41 i n.



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

Trwa repetytorium przygotowawcze* na aplikacje (ogólną – sędziowską i prokuratorską, notarialną, adwokacką, radcowską, komorniczą), ma ono na celu powtórzenie i poszerzenie wiadomości z przedmiotów, z których wiedza jest sprawdzana podczas egzaminów na poszczególne aplikacje. Zajęcia będą prowadzone w semestrze jesiennym i letnim w roku akademickim 2009/2010 w wymiarze 156 godzin (po 45 min). Obejmują one: prawo cywilne – 26 godzin, postępowanie cywilne – 26 godzin, prawo karne – 26 godzin, postępowanie karne, karne skarbowe i prawo wykroczeń – 26 godzin, prawo pracy – 10 godzin, prawo handlowe i gospodarcze – 8 godzin, prawo konstytucyjne – 8 godzin, ustrój organów ochrony prawnej – 10 godzin, postępowanie administracyjne materialne i procesowe – 16 godzin. W trakcie kursu zostaną omówione akty prawne zawarte w wykazie Ministerstwa Sprawiedliwości jako obowiązujące na egzaminie na aplikacje. Zajęcia prowadzą pracownicy uczelni oraz praktycy (sędziowie, w tym sędziowie Sądu Najwyższego, prokuratorzy).



26 października 2010 r. odbyło się spotkanie ministra sprawiedliwości Krzysztofa Kwiatkowskiego ze studentami Wydziału Prawa i Administracji. Temat przewodni to: „Prawne możliwości alternatywnego rozwiązywania sporów”. Spotkanie odbyło się w ramach projektu „Ułatwianie dostępu do wymiaru sprawiedliwości” finansowanego ze środków Unii Europejskiej.



Absolwent naszej Uczelni Artur Sianowski zdobył najwyższą w Warszawie liczbę punktów na egzaminie wstępnym na aplikację radcowską. Egzamin odbył się 25 września 2010 roku. Według pierwszych danych ogłoszonych przez Mini-

* Repetytorium przygotowawcze rozpoczęło się w listopadzie br.

sterstwo Sprawiedliwości, w tym roku do egzaminu wstępnego na aplikację radcowską na terenie całego kraju przystąpiło 5560 osób z czego 1725 w Warszawie. Artur Sianowski zdobył aż 133 punkty. To doskonały wynik; w Warszawie tylko jednej osobie udało się uzyskać taką samą liczbę punktów. Jak wynika z danych opublikowanych przez Okręgową Izbę Radców Prawnych, pozytywny wynik osiągnęło tylko 19% zdających egzamin w Warszawie.



Dziekan Wydziału Prawa i Administracji prof. Zbigniew Lasocik został wybrany do władz ISLP. ISLP-Europe to projekt promujący praworządność, przestrzeganie praw człowieka i sprawiedliwy rozwój gospodarczy na całym świecie. Pracujący w ramach projektu wolontariusze to doświadczeni przedstawiciele zawodów prawniczych.



W dniach 21–22 lipca 2010 rektor prof. Daria Nałęcz oraz dziekan prof. Zbigniew Lasocik złożyli wizytę w Pázmány Péter Catholic University oraz Eotvos Lorand University. W trakcie spotkań z wicerektor ds. Badań Naukowych i Współpracy Zagranicznej, prof. Magdolną Orosz, prorektorem prof. Zoltanem Horvath, dziekanem Wydziału Prawa prof. Miklosem Kiraly oraz dyrektorem Biura ds. Współpracy Międzynarodowej dr Anett Pogacsas, a także koordynatorem ds. współpracy międzynarodowej PPKE dr Szilagyí Pal omówiono dotychczasową współpracę i przedsięwzięcia. Na jednym ze spotkań był obecny prof. Dennis Campbell dyrektor Center for International Legal Studies w Salzburgu, członek Iowa State Bar, New York State Bar i International Bar Association, profesor Suffolk University Law School in Boston, Massachusetts.



Od października 2010 w Uczelni Łazarskiego rozpoczęto cykl spotkań *Prawo w filmie* realizowanych z wydawnictwem C.H. Beck. Spotkania dotyczą następujących tematów 1. AMERICAN COMMON LAW, czyli wprowadzenie do systemu prawa Stanów Zjednoczonych 2. REEL JUSTICE, czyli co prawnicy mają wspólnego z kinematografią 3. TRIALS ARE TOO IMPORTANT TO BE LEFT UP TO JURIES, czyli filmowa sala sądowa 4. YOU HAVE THE RIGHT TO REMAIN SILENT, czyli amerykański proces karny 5. BAD LAWYERS IN THE MOVIES, czyli o dylematach etycznych prawnika.

Ewelina Milan

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
3. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
4. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
5. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne, część ogólna*, wyd. II popr., Warszawa 2007.
6. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne materialne*, wyd. III popr., Warszawa 2008.
7. Marek Chmaj (red. nauk.), *Ustrój samorządu terytorialnego*, Warszawa 2007.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
12. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
13. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
14. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
15. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2009.
16. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1/2007, 2-3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010.
17. Witold Jakóbk (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, monografia naukowa, Warszawa 2006.
18. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2006.
19. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
20. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
21. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
22. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2006/2007*, Warszawa 2008.
23. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
24. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
25. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
26. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.

27. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
28. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
29. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
30. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
31. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. nac.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010.
32. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Maciej Krzak (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(24)2009, 2(25)2009, 3(26)2009, 4(27)2009.
33. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Marek Lubiński (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(12)2006, 2(13)2006, 3(14)2006, 4(15)2006, 1(16)2007, 2(17)2007, 3(18)2007, 4(19)2007, 1(20)2008, 2(21)2008, 3(22)2008, 4(23)2008.
34. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
35. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
36. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
37. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, monografia, Warszawa 2005.
38. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
39. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
40. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, Księga I*, Warszawa 2007.
41. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.

Oficyna Wydawnicza
Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (22) 54 35 450
fax: (22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl