

WROCLAWSKIE STUDIA SĄDOWE

KWARTALNIK

3/2012
(4)

ROK I
LIPIEC-WRZESIEŃ

WROCLAW

ISSN 2084-0454

Rada naukowo-programowa:

prof. Tadeusz Ereciński
prof. Józef Frąckowiak
prof. Edward Gniewek
prof. Jacek Gołaczyński
prof. Włodzimierz Gromski
SSA Andrzej Niedużak
prof. Lech K. Paprzycki
prof. Walerian Sanetra
prof. Zofia Sienkiewicz
prof. Herbert Szurgacz

Redaktor naczelny:

prof. Jerzy Skorupka

Sekretarz redakcji:

dr Wojciech Jasiński

Redakcja techniczna:

dr Justyna Przedzińska

Tłumaczenie:

Matthew La Fontaine

Wydawca:

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu oraz
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Producent:

Oficyna Prawnicza
www.oficynaprawnicza.pl



Oficyna Prawnicza

Okładka, skład i łamanie:

Tomasz Januszkiewicz

Druk i oprawa:

Drukarnia KiD

Nakład: 400 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

SPIS TREŚCI

dr Tomasz Dolata, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Kilka uwag o śladach niemieckich rozwiązań prawnych w prawie własności przemysłowej II Rzeczypospolitej7

Anna Drozd, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego

Koncepcja oszustwa sądowego w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku 14

dr Wojciech Jasiński, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Jawność wewnętrzna postępowania przygotowawczego w świetle propozycji nowelizacji kodeksu postępowania karnego 34

dr hab. Ryszard Jaworski, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

Poligraficzny test „wydobywczy” przy poszukiwaniu ciała ofiary zabójstwa 50

Wojciech Kociubiński, sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu

Rozpoznanie sprawy podczas nieobecności oskarżonego na rozprawie jako przesłanka bezwzględneho powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. 60

dr Adam Kwieciński, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

dr Bogdan Myrna, Prokuratura Okręgowa we Wrocławiu

Obowiązki osób skazanych na karę pozbawienia wolności w świetle kodeksu karnego wykonawczego 77

dr Krzysztof Nowicki, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Jawność zewnętrzna posiedzeń sądu – uwagi na tle propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 88

dr hab. Jarosław Rominkiewicz, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

Apagoge – ateńska procedura karna wobec *kakouργοι*, *átimoi* oraz *androphónoi* ... 104

dr hab. Jerzy Skorupka, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

O podstawach i przesłankach tymczasowego aresztowania 120

dr Wojciech Szydło, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Cywilnoprawna problematyka świadczenia partnera prywatnego w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym 131

dr hab. Adam Taracha, profesor Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

Rejestracja czynności dowodowych w postępowaniu karnym przy użyciu urządzeń utrwalających obraz i dźwięk (wybrane zagadnienia) 160

TABLE OF CONTENTS

Tomasz Dolata, PhD, University of Wrocław

Remarks on traces of German legal solutions in intellectual property law of the 2nd Polish Republic7

Anna Drozd, PhD student, University of Wrocław

The concept of a fraud upon the court in probate proceedings..... 14

Wojciech Jasiński, PhD, University of Wrocław

Internal openness of investigations in light of proposed amendments to the Code of Criminal Procedure 34

Professor Ryszard Jaworski, University of Wrocław

Polygraphic „mining” in the search for a murder victim’s remains..... 50

Wojciech Kociubiński, Judge of the Court of Appeals in Wrocław

Holding a trial in the absence of the accused as an absolute grounds for appeal under art. 439(1)(11) of the Code of Criminal Procedure..... 60

Adam Kwieciński, PhD, University of Wrocław

Bogdan Myrna, PhD, Regional Public Prosecutor’s Office in Wrocław

Duties of persons sentenced to prison terms under the Executive Penal Code..... 77

Krzysztof Nowicki, PhD, University of Wrocław

External openness of trials – remarks regarding proposals of the Criminal Law Codification Commission 88

Professor Jarosław Rominkiewicz, University of Wrocław

Apagogé – the Athenian criminal procedure applied to *kakoúrgoi*, *átimoi* and *androphónoi* 104

Professor Jerzy Skorupka, University of Wrocław

About the bases and conditions for applying preventative detention 120

Wojciech Szydło, PhD, University of Wrocław

Civil law issues concerning consideration owed by the private partner in a public-private partnership contract..... 131

Professor Adam Taracha, Maria Curie-Skłodowska University

Registration of evidentiary proceedings in criminal proceedings using audio-visual recording equipment (selected issues) 160

Niniejszy numer Wrocławskich Studiów Sądowych ma szczególną oprawę. Dedykujemy go odchodzącym na emeryturę dwóm pracownikom naukowym Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego – dr. Ryszardowi Ponikowskiemu i dr. Włodzimierzowi Posnowowi.

Przez 40 lat pracy naukowej i dydaktycznej obaj Jubilaci związani byli z Katedrą Postępowania Karnego. Karierę zaczynali, gdy kierownikiem Katedry była prof. dr hab. Maria Lipczyńska. Przez następne lata twórczo zajmowali się prawem karnym procesowym. Z ich ostatnich prac należy wymienić współautorstwo podręcznika akademickiego *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008 oraz *Postępowanie karne. Część szczególna*, Warszawa 2011, napisanych pod redakcją prof. dr hab. Zofii Świdy. Jubilaci są także współautorami komentarza on-line Legalis do kodeksu postępowania karnego, wydawanego przez Wydawnictwo C.H. Beck. W czasie 40 lat pracy zawodowej wykształcili też rzesze prawników; wiele osób pod ich kierunkiem napisało prace magisterskie. Ich wychowankowie wykonują dziś różne zawody prawnicze i zajmują ważne stanowiska publiczne.

Obok pracy naukowej Jubilaci zajmują się także stosowaniem prawa. Dr Ryszard Ponikowski jest sędzią Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, a dr Włodzimierz Posnow – adwokatem we Wrocławiu.

Wyrazem podziękowania za trud pracy naukowej i dydaktycznej jest niniejszy zeszyt WSS. Nie ma zresztą lepszego sposobu uhonorowania pracownika naukowego, jak zaadresowanie mu naukowego tekstu. Dziękuję przeto wszystkim Autorom, którzy nadesłali teksty z myślą o zadedykowaniu ich obu Jubilatam.

prof. UW. dr hab. Jerzy Skorupka

Tomasz Dolata

Kilka uwag o śladach niemieckich rozwiązań prawnych w prawie własności przemysłowej II Rzeczypospolitej

Uwarunkowania historyczne spowodowały, że bezpośrednio po odzyskaniu niepodległości na terenach II Rzeczypospolitej, co do zasady, obowiązywało ustawodawstwo trzech państw zaborowych. W dziedzinie prawa własności przemysłowej¹ można jednak mówić nawet o pięciu odrębnych porządkach prawnych. Poza niemieckimi, austriackimi i rosyjskimi rozwiązaniami jurydycznymi, na obszarze Spiszu i Orawy obowiązywało ustawodawstwo węgierskie, natomiast w byłym Królestwie Kongresowym (np. w zakresie zwalczania nieuczciwej konkurencji) obowiązywały rozwiązania francuskie.

¹ Do prawa własności przemysłowej tradycyjnie zalicza się: zwalczanie nieuczciwej konkurencji, prawo patentowe, ochronę firmy handlowej i prawa do nazwiska. Ciekawym zjawiskiem, choć wykraczającym nieco poza tematykę tej pracy, była kwestia podejścia społeczeństwa polskiego dwudziestolecia międzywojennego do problemu ochrony własności przemysłowej. Bardzo trafnie zjawisko to określił Henryk Maryański: „Znamienną i charakterystyczną cechą nurtujących w łonie społeczeństwa prądów i zapatrywań jest nieprzyznawanie prawu własności dóbr niematerialnych, ochrony i uznania w tym stopniu, co własności rzeczy – w ścisłym słowa znaczeniu. Nawet osoby skrupulatne, obdarzone z natury zmysłem sprawiedliwości i przepełnione zasadą poszanowania cudzej własności, mają zupełnie inny punkt widzenia, gdy chodzi o naruszenie praw, nieucieleśnionych w uchwytnie formy, a zupełnie inny pogląd, gdy w grę wchodzi nadużycie własności rzeczy zmysłowych. Społeczne pojęcia etyki i słuszności rozluźniają się przy ocenie spraw np. wyłącznego prawa eksploatacji wynalazku, powstałego na podstawie udzielonego patentu lub też praw do znaków towarowych, nabywanych sposobem rejestracji lub wreszcie w ogóle nabytych uprawnień, związanych z prowadzeniem przemysłu lub handlu” – zob. H. Maryański, *Ochrona własności przemysłowej w praktyce*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 40, s. 585. Wydaje się, że pomimo upływu lat, współczesne społeczeństwo niewiele zmieniło swoje zapatrywania na problem ochrony własności przemysłowej.

W tak różnorodnej prawnie sytuacji ustawodawca polski – w celu ujednoczenia prawa w tym zakresie – miał do wyboru dwie drogi postępowania:

- 1) rozciągnąć jeden z istniejących porządków prawnych państw zaborowych na całe terytorium II RP (unifikacja) albo
- 2) stworzyć własny porządek prawny, wspierając się ewentualnie najlepszymi rozwiązaniami znanymi i sprawdzonymi w innych systemach.

Rzecz jasna druga z ww. metod postępowania, dłuższa i bardziej skomplikowana, ale bardziej pożądana i ambitniejsza, zapewniała większą trwałość rozwiązań prawnych oraz lepsze ich dostosowanie do potrzeb życia społecznego. I taką też koncepcję obrał ustawodawca polski, który zastosował rozwiązanie polegające na tworzeniu nowych, własnych przepisów prawnych regulujących problematykę własności przemysłowej, korzystając przy tym z najlepszych wzorów funkcjonujących w innych państwach. Najwięcej doświadczeń w tym zakresie miały Niemcy i Francja, których prawodawstwa zarówno w praktyce, jak i pod względem teoretycznym (doktrynalnym) cieszyły się najwyższym poziomem ochrony własności przemysłowej. Stąd też koncepcje jurydyczne obowiązujące w tych dwóch państwach niejednokrotnie stanowiły fundament dla rozwoju polskiej myśli z zakresu prawa własności przemysłowej.

Przedmiotem rozważań zawartych w tym opracowaniu są wzory czerpane z niemieckich rozwiązań jurydycznych w dziedzinie prawa własności przemysłowej przez międzywojennego ustawodawcę polskiego.

Jeżeli chodzi o zwalczanie nieuczciwej konkurencji w II RP, ustawodawca polski zastał cztery porządki prawne (niemiecki, austriacki, rosyjski i francuski). Tylko w byłym zaborze niemieckim obowiązywała odrębna ustawa w zakresie nieuczciwej konkurencji². W pozostałych zaborach represja nieuczciwej konkurencji nie była kompleksowo, jednolicie zorganizowana i dotyczyła tylko poszczególnych jej przejawów podpadających pod odrębne przepisy chroniące przedmioty pokrewne (firmę, znaki towarowe itd.)³.

W momencie wprowadzenia w życie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 2 sierpnia 1926 r.⁴ doszło do ujednoczenia ustawodawstwa

² Do 1926 r. na terytorium byłego zaboru niemieckiego obowiązywała niemiecka ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1896 r. i 1909 r. Prawodawca niemiecki jako pierwszy na świecie zdecydował się na ustawowe uregulowanie zwalczania nieuczciwej konkurencji.

³ Szerzej zob. T. Dolata, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji na ziemiach polskich do 1926 roku*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2005, nr 2758, s. 197–214.

⁴ Ustawa z 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 96, poz. 559 ze zm.).

w zakresie tego zjawiska na terenie całej II RP. Ustawodawca starał się stworzyć oryginalny model represji nieuczciwej konkurencji. Jednak analizując poszczególne rozwiązania zawarte w ustawie polskiej, nie sposób przeoczyć wzorów zaczerpniętych z praktyki i doktryny niemieckiej. A zatem do modelu niemieckiego nawiązywano poprzez:

- a) koncepcję regulacji tego zjawiska za pomocą specjalnej (odrębnej) ustawy,
- b) kazuistyczne wyliczenie w tekście ustawy czynów nieuczciwej konkurencji wspomagane zastosowaniem klauzul generalnych,
- c) wyodrębnienie w ustawie części prawnokarnej,
- d) podobny katalog przestępstw zawartych w polskiej ustawie do tych określonych w ustawie niemieckiej⁵.

W zakresie prawa patentowego, a szerzej prawa wynalazków, wzorów i znaków towarowych, u progu niepodległości Polska znalazła się w sferze obowiązywania niemieckiego modelu ochrony. Było to spowodowane faktem, że z doktrynalnego punktu widzenia obowiązujące w tym zakresie ustawodawstwa trzech zaborców wyraźnie nawiązywały do rozwiązań charakterystycznych dla systemu niemieckiego⁶. Ustawodawca polski, stając więc przed wyborem pomiędzy sprawdzonym i obowiązującym dotychczas na ziemiach zaborowych (w różnych wprowadzicie formach) systemem niemieckim a systemem francuskim (romańskim)⁷, zdecydował się

⁵ T. Dolata, *Modele zwalczania nieuczciwej konkurencji w europejskiej nauce prawa początków XX wieku – zarys problematyki*, w: *Nauka i nauczanie prawa w dziejach*, red. T. Kruszewski, Wrocław 2011, s. 109–115.

⁶ Na terytorium byłego zaboru pruskiego obowiązywała: ustawa patentowa z 7 kwietnia 1891 r., ustawa dotycząca ochrony wzorów użytkowych z 1 czerwca 1891 r. i ustawa o ochronie znaków towarowych z 12 maja 1894 r. W byłym zaborze austriackim zastosowanie miały: patent cesarski o ochronie wzorów i modeli dla produktów przemysłowych z 7 grudnia 1858 r., ustawa o ochronie znaków towarowych z 6 stycznia 1890 r., ustawa uzupełniająca względnie zmieniająca ustawę o ochronie znaków towarowych z 30 lipca 1895 r. oraz ustawa o ochronie wynalazków (ustawa patentowa) z 11 stycznia 1897 r. Natomiast na obszarach wchodzących w skład byłego zaboru rosyjskiego stosowano prawo o przywilejach na wynalazki i udoskonalenia z 20 maja 1896 r.

⁷ W Europie początków XX w. dominowały dwa podstawowe modele ochrony w zakresie wynalazków, wzorów i znaków towarowych: model francuski (romański) i model amerykański (w Europie zwany germańskim). Z państw europejskich system romański przyjęły m.in.: Francja, Hiszpania, Portugalia, Belgia, Szwajcaria i Włochy. Natomiast system germański upowszechnił się m.in. w: Niemczech, Austrii, Rosji, Anglii, Szwecji, Norwegii czy Danii. Zob. T. Dolata, *Początki polskiego ustawodawstwa z zakresu ochrony wynalazków, wzorów i znaków towarowych w XX-leciu międzywojennym*, (w druku).

na nowocześniejszy i lepiej spełniający wymagania ochrony własności przemysłowej, aczkolwiek droższy i trudniejszy w zastosowaniu, czyli system niemiecki. Już 4 lutego 1919 r. wydano dekrety: o patentach na wynalazki⁸, o ochronie wzorów rysunkowych i modeli⁹, o ochronie znaków towarowych¹⁰. Dekrety te uchylły obowiązujące w poszczególnych dzielnicach przepisy państw zaborowych i przyjęły jednolite w całym państwie rozwiązania prawne wywodzące się z niemieckiego systemu ochrony¹¹. System ten wymagał tzw. wstępnego badania wynalazku. Zgłoszony wynalazek był badany w zakresie jego nowości, a patentu udzielano dopiero po uzyskaniu pewności, że wynalazek spełnia wymogi i nadaje się do opatentowania. W przypadku niespełnienia kryterium „nowości”, patentu nie udzielano. W toku wstępnego badania wynalazku odrzucano bowiem projekty starych, nieodpowiednich i bezwartościowych wynalazków, pozostawiając i chroniąc wyłącznie wytwory nowe, użyteczne i spełniające wszelkie kryteria patentowania. Takie urzędowo zbadane patenty stanowiły wystarczające zabezpieczenie przyszłych zysków wynalazcy z tytułu eksploatacji (produkcji) wynalazku. Jednak również system germański miał pewne niedogodności, wśród których najczęściej wymieniano konieczność utrzymywania szerokiego aparatu urzędniczego niezbędnego do rozpatrywania wniosków w tym systemie. System ten wymagał również bogatej i aktualnej literatury prawniczej i technicznej zarówno krajowej, jak i zagranicznej, na podstawie której badano i rozstrzygano kolejne sprawy, co wiązało się z wieloma problemami finansowymi i organizacyjnymi. Ponadto stosowanie skrupulatnego i drobiazgowego systemu germańskiego pochłaniało sporo czasu, stąd procedura udzielania patentów trwała dość długo¹².

Jednak te nowe, polskie uregulowania (wspomniane wyżej dekrety) nie znalazły szerszego zastosowania w praktyce. Jak się wydaje, podstawowa przyczyna tkwiła w fakcie, że przyjęte rozwiązania prawne – oparte naturalnie na germańskim modelu badania nowości wynalazku – nie uwzględniały

⁸ Dekret Naczelnika Państwa z 4 lutego 1919 r. o patentach na wynalazki (Dz. P. P. P. Nr 13, poz. 137).

⁹ Dekret Naczelnika Państwa z 4 lutego 1919 r. o ochronie wzorów rysunkowych i modeli (Dz. P. P. P. Nr 13, poz. 138).

¹⁰ Dekret Naczelnika Państwa z 4 lutego 1919 r. o ochronie znaków towarowych (Dz. P. P. P. Nr 13, poz. 139).

¹¹ L. Górnicki, *Wpływ obcych ustawodawstw i doktryny prawa na polską kodyfikację prawa prywatnego w II RP*, w: *Korzenie i tradycje współczesnego prawa cywilnego w zjednoczonej Europie*, red. A. Karabowicz, M. Stus, Kraków 2005, s. 73.

¹² K. Ossowski, *Projekty ustaw o ochronie praw własności przemysłowej w Królestwie Polskiem (patenty, wzory użytkowe, wzory gustowe i znaki towarowe)*, Warszawa 1918, s. 4–11.

w dostatecznym stopniu różnic w ustawodawstwach byłych państw zaborowych, które to ustawodawstwa obowiązywały przed odzyskaniem przez Polskę suwerenności. Ponadto brak odpowiedniej liczby doświadczonych urzędników oraz środków finansowych na płynną obsługę kosztownego aparatu urzędniczego nie pozwalały na skuteczne funkcjonowanie przyjętego systemu ochrony własności przemysłowej. Wkrótce powstały kolejne trudności, tym razem związane z nieprzystosowaniem nowych polskich przepisów do regulacji międzynarodowych. Okazało się bowiem, że wydane dekrety nie korespondują z Konwencją paryską o ochronie własności przemysłowej z 1883 r.¹³, do której władze polskie przystąpiły 10 listopada 1919 r.¹⁴ Stąd też Urząd Patentowy rejestrował wzory i modele, natomiast na podstawie polecenia Ministerstwa Przemysłu i Handlu wstrzymał rozpatrywanie zgłoszeń na wynalazki i znaki towarowe (wykonywał jedynie czynności przygotowawcze, nie udzielając patentów ani nie rejestrując znaków towarowych)¹⁵. Ujawniła się więc paląca potrzeba uchwalenia nowych uregulowań prawnych w tej dziedzinie¹⁶.

Analizując wpływ niemieckich rozwiązań prawnych na ochronę firmy (nazwy handlowej) w II RP, trzeba wskazać, że w momencie odzyskania niepodległości na ziemiach byłego zaboru pruskiego obowiązywały przepisy niemieckiego kodeksu handlowego z 1897 r., które w § 17–37 regulowały zasady dotyczące ochrony firmy. Przepisy te m.in. statuowały podstawowe zasady prawa firmowego. W zależności od stanu faktycznego do firm przedsiębiorstw handlowych stosowano odpowiednio zasady: prawdziwości, ciągłości oraz wyłączności. Zasada prawdziwości firmy handlowej oznaczała,

¹³ Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej z 20 marca 1883 r. zmieniona w Brukseli 14 grudnia 1900 r., w Waszyngtonie 2 czerwca 1911 r., w Hadze 6 listopada 1925 r., w Londynie 2 czerwca 1934 r., w Lizbonie 31 października 1958 r. i w Sztokholmie 14 lipca 1967 r. – Akt sztokholmski z 14 lipca 1967 r. (Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 51).

¹⁴ Szerzej zob. E.S. Mioszeczewicz, *Ustawa o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych*, Warszawa 1924, s. 9.

¹⁵ Szerzej zob. *Statystyka ogólna ochrony własności przemysłowej za 1922 r.*, „Wiadomości Urzędu Patentowego” 1924, nr 8, s. 417. Zob. także: S.M. Grzybowski, *Ochrona wynalazków, wzorów i znaków towarowych*, w: *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. 2, red. F. Zoll, Warszawa [b.r.w.], s. 1120; F. Zoll, *Prawa na dobrach niematerialnych*, w: *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. 2, red. Z. Cybichowski, Warszawa [b.r.w.], s. 697.

¹⁶ Zadanie zmiany istniejących uregulowań prawnych w zakresie wynalazków, wzorów i znaków towarowych podjął Fryderyk Zoll. Efektem jego prac była ustawa z 5 lutego 1924 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych (Dz. U. Nr 31, poz. 306), która jednak opierała się na francuskim systemie zgłoszeniowym.

że brzmienie firmy powinno wskazywać, kto rzeczywiście jest właścicielem danego przedsiębiorstwa. Dotyczyło to przede wszystkim przedsiębiorstw i spółek nowoutworzonych. Do firmy nabytej miała zastosowanie inna reguła – zasada ciągłości firmy, zgodnie z którą nowy właściciel przedsiębiorstwa mógł je prowadzić pod dotychczasową firmą, pod warunkiem uzyskania zgody dotychczasowego właściciela przedsiębiorstwa lub jego spadkobierców oraz dodania do firmy wzmianki wskazującej na rzeczywistego (nowego) właściciela. Wreszcie, dzięki zasadzie wyłączności, tylko właściciel zarejestrowanej firmy miał wyłączne prawo jej używania¹⁷. Zasady te – wywodzące się z ustawodawstwa niemieckiego – okazały się na tyle skuteczne i wartościowe, że ustawodawca polski zdecydował się na ich zastosowanie w art. 23–35 dekretu z 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym¹⁸, który obowiązywał na terenie całego byłego zaboru rosyjskiego¹⁹. Z czasem przepisy dotyczące ochrony firmy, będące (w zakresie systematyki poszczególnych przepisów) niemal kalką rozwiązań zawartych w dekreście o rejestrze handlowym, weszły do polskiego kodeksu handlowego z 27 czerwca 1934 r.²⁰ Znalazły się one w art. 26–38 polskiego kodeksu handlowego²¹.

¹⁷ Szerzej zob. J. Namitkiewicz, *Firma. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa handlowego*, Warszawa 1917, s. 61–166. Niemieckiemu prawu firmowemu jest poświęcona ważna monografia O. Krause, *Die Entwicklung des Firmenrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1995.

¹⁸ Dekret Naczelnika Państwa z 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz. P. P. P. Nr 14, poz. 164). Jednak ustawodawca polski nie wiązał się niewolniczo wzorcami niemieckimi. Wprowadzając swoje rozwiązania prawne, pozwalał sobie na pewne modyfikacje, które lepiej miały służyć polskiemu obrotowi gospodarczemu. Przykładem tego rodzaju modyfikacji była choćby – zastosowana w dekreście o rejestrze handlowym – zasada bezwzględnej prawdziwości firmy, która nie istniała w takiej postaci w prawie niemieckim (w rozwiązaniach niemieckich zasada ta doznawała kilku ograniczeń). Reguła bezwzględnej prawdziwości firmy doczekała się krytycznych ocen ze strony doktryny polskiej – zob. A. Winawer, *O rejestrze handlowym*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1919, nr 18, s. 170.

¹⁹ Szczegółowo o stopniowym wprowadzaniu rejestru handlowego na ziemię byłego zaboru rosyjskiego zob. A. Chełmoński, *Rejestr handlowy na tle dekretu z d. 7 lutego 1919 r.*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1929, s. 681.

²⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502). O podobieństwach polskiego kodeksu handlowego z 1934 r. do niemieckiego kodeksu handlowego z 1897 r. zob.: L. Górnicki, *Wpływ obcych ustawodawstw...*, s. 68 i n.; K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 26–28.

²¹ Szerzej zob.: J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1934, s. 50–65; M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Lwów 1935, s. 48–78.

O najmniejszym wpływie wzorów niemieckich na rozwój własności przemysłowej w II RP można mówić przy okazji ochrony prawa do nazwiska. Regulacje związane z prawem do nazwiska stanowiły bowiem materię ustawową kodeksów cywilnych państw zaborowych obowiązujących w poszczególnych dzielnicach państwa polskiego. W byłym zaborze pruskim obowiązywał na przykład § 12 niemieckiego kodeksu cywilnego z 1896 r.²² Jak wiadomo, w międzywojennej Polsce nie udało się uchwalić żadnego aktu prawnego (w szczególności polskiego kodeksu cywilnego), który ujednoczyłby problem ochrony nazwiska na terenie całego państwa.

Reasumując, niemieckie wzory prawne wywarły znaczący wpływ na rozwój prawa własności przemysłowej II RP w zakresie: zwalczania nieuczciwej konkurencji, ochrony wynalazków, wzorów i znaków towarowych (na początkowym etapie rozwoju²³) oraz ochrony firmy. Natomiast nie można mówić o większym wpływie prawa niemieckiego na ochronę prawa do nazwiska. Szukając powodów, dla których prawodawca polski dość obficie czerpał z wzorów niemieckich, trzeba wskazać przede wszystkim na fakt, że rozwiązania niemieckie były prawem nowoczesnym, spełniającym wymagania ówczesnego obrotu handlowego, oraz na względy historyczno-pragmatyczne (rozbiory i obowiązywanie prawa niemieckiego na części ziem polskich).

Abstract

During the era of partition, different regulations governing intellectual property were in force across Poland. Following the restoration of Polish independence, it was decided to develop the country's own regulations in this field rather than adopting wholesale one of the previous regimes. It was primarily German law that served as a source of inspiration and a model for the composition of the new Polish statutes, particularly in such areas as combating unfair competition, protection of patents, and several other spheres.

²² Co do ochrony nazwiska na ziemiach polskich w poszczególnych dzielnicach pozaborowych zob. H. Konic, *Prawo osobowe. Wykład porównawczy na tle prawodawstw obowiązujących w Polsce w zestawieniu z kodeksem szwajcarskim. Część pierwsza*, Warszawa 1924, s. 124–165. Autor szczegółowo omawia tę problematykę na gruncie wszystkich obowiązujących wówczas w Polsce przepisów prawnych.

²³ Do chwili wydania polskiej ustawy o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych z 1924 r.

Anna Drozd

Koncepcja oszustwa sądowego w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku

1. Zarys problematyki

Postępowanie w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku ma na celu uporządkowanie stanu prawnego związanego ze śmiercią osoby fizycznej. Jest to instytucja prawna spełniająca dla spadkobiercy funkcję legitymacyjną, umożliwia mu bowiem udokumentowanie następstwa prawnego po zmarłym, a także części, w jakiej odziedziczył spadek¹. Samo dziedziczenie może mieć charakter ustawowy albo testamentowy. Niezależnie od sposobu zakreślenia kręgu spadkobierców (czy będzie ono determinowane treścią ustawy czy też testamentu) konieczne jest zainicjowanie postępowania w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku poprzez złożenie stosownego wniosku. Ważnym zastrzeżeniem należy uczynić to, że wniosek powinien wskazywać osobę, po której sąd ma stwierdzić nabycie spadku, i tylko co do tej osoby sąd jest związany wnioskiem. Wnioskodawca może także wskazać tytuł powołania do dziedziczenia oraz osoby powołane do spadku, jednak w tym zakresie treść wniosku nie jest wiążąca dla sądu. Zgodnie bowiem z art. 670 k.p.c.² w zw. z art. 677 k.p.c. sąd bada z urzędu, kto jest spadkobiercą; wobec czego może także stwierdzić nabycie spadku przez innych spadkobierców, niż ci wskazani we wniosku.

Bez względu na tytuł powołania do spadku, obie formy dziedziczenia – zwłaszcza w kontekście istnienia wielu spadkobierców, a zarazem znacznej wartości spadku – mogą stanowić tło do podejmowania zachowań o prawnokarnym zabarwieniu. W praktyce można wyróżnić dwie sytuacje: po pierwsze, gdy ujawnieni spadkobiercy świadomie zatajają informację przed sądem o istnieniu innych osób, które powinny zostać uwzględnione

¹ *Komentarz do art. 1025*, w: *Kodeks cywilny*, red. E. Gniewek, Warszawa 2010.

² Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), dalej: k.p.c.

w treści postanowienia stwierdzającego nabycie spadku, oraz po drugie, gdy spadkodawcy wprawdzie informują sąd o istnieniu innych osób powołanych do spadku, ale świadomie zatają wiedzę o miejscu ich pobytu w celu uniemożliwienia wzięcia ich udziału w procesie.

Prawnokarna ocena powyższych dwóch przykładów zachowań na pozór wydaje się być łatwą, zaś łatwość tej oceny wiąże się ze skojarzeniem przestępstwa oszustwa. Należy od razu wyjaśnić, że nie sposób ująć takiego zachowania w klasyczne znamiona tego czynu, ale należy rozważyć jego szczególną postać, mianowicie oszustwa sądowego.

Problematyka tej odmiany oszustwa była podejmowana przez orzecznictwo Sądu Najwyższego już w okresie dwudziestolecia międzywojennego³. Następnie w latach 60. XX w. SN powrócił w jednym ze swych orzeczeń do tego zagadnienia, wskazując, że „najogólniej polega ono na przyjęciu konstrukcji odpowiedzialności karnej za oszustwo strony procesowej, która poprzez wprowadzenie sędziego w błąd, doprowadza go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem innej osoby”⁴. Takie zapatrywanie pozostaje aktualne również we współczesnym orzecznictwie SN, który w duchu aprobaty kilkakrotnie pochylił się nad koncepcją oszustwa sądowego. Natomiast sama nazwa oszustwa sądowego pojawiła się w doktrynie prawa karnego po raz pierwszy w 1936 r. za sprawą publikacji Stefana Glasera⁵.

Dopełnieniem orzecznictwa są również wypowiedzi przedstawicieli doktryny w tym zakresie⁶, chociaż tematyka ta nie ma bogatej literatury. Tymczasem problematyka oszustwa sądowego jest coraz częściej obecna w praktyce, w szczególności w sprawach spadkowych.

³ Orzeczenia SN: z 28 lipca 1925 r., Kr 323/25, OSP 1925, poz. 571; z 13 stycznia 1926 r., Kr 460/25, OSP 1926, poz. 407; z 30 marca 1927 r., Kr 355/26, RPiE 1927, nr 4, s. 851–852; wyroki SN: z 13 czerwca 1933 r., III K 367/33, OSP 1934, poz. 129; z 12 października 1933 r., I K 565/32, OSN 1934, nr 1, poz. 8; z 2 stycznia 1936 r., III K 1539/35, OSP 1936, poz. 349; z 11 maja 1937 r., II K 244/37, OSN 1937, nr 12, poz. 337; z 1 lutego 1939 r., II K 3083/38, OSP 1939, poz. 424, za: Z. Kukuła, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. VKK 235/09, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 1.*

⁴ Wyrok SN z 5 maja 1960 r., V K 348/60, OSPIKA 1962, nr 6.

⁵ S. Glaser, *Tzw. oszustwo procesowe*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 23–24.

⁶ Zob.: Z. Kukuła, *Prawnokarna ochrona spadku*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 2; Z. Kukuła, *Dochodzenie roszczeń majątkowych w procesie cywilnym a oszustwo sądowe*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 12; O. Górniok, „*Niekorzystne rozporządzenie i „cudze mienie” jako znamiona przestępstwa oszustwa (na tle niektórych sposobów wyłudzeń nieruchomości*”, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 9.

2. Znamiona przestępstwa oszustwa z art. 286 kodeksu karnego a koncepcja oszustwa sądowego

Zgodnie z art. 286 kodeksu karnego⁷ za oszustwo odpowiada ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd (oszustwo czynne) albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania (oszustwo bierne).

Przestępstwo oszustwa, stypizowane *expressis verbis* w art. 286 k.k., jest przedmiotem licznych publikacji⁸, stąd w ramach niniejszego opracowania należy wskazać na najistotniejsze kwestie z nim związane, które są niezbędne do przedstawienia jego szczególnej odmiany, czyli oszustwa sądowego.

Popelnienie klasycznego oszustwa polega na realizacji znamion zarówno strony podmiotowej, jak i przedmiotowej. Do znamion strony podmiotowej należą: 1) wprowadzenie w błąd, wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania oraz 2) doprowadzenie tymi sposobami innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Natomiast wymóg, aby powyższe zachowanie sprawcy (mogące mieć formę działania lub zaniechania) było ukierunkowane na cel, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej, znamionuje stronę podmiotową tego czynu.

Oszustwo jest bowiem przestępstwem umyślnym zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych⁹. Charakterystyczny dla strony podmiotowej tego przestępstwa jest także zamiar bezpośredni, który powinien obejmować zarówno cel działania sprawcy, jak i sam sposób działania zmierzający do zrealizowania tego celu. Innymi słowy, przypisanie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. wiąże się z wykazaniem, że sprawca obejmował swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim kierunkowym zarówno wprowadzenie w błąd innej osoby, jak i to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem¹⁰. *A contrario*, do realizacji znamion tego przestępstwa nie dochodzi ani wtedy, gdy jeden

⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej: k.k.

⁸ Np. T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004.

⁹ Wyrok SN z 14 stycznia 2004 r., IV KK 192/03, LEX nr 84458.

¹⁰ Postanowienie SN z 4 stycznia 2011 r., III KK 181/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 27; wyrok SN z 11 lutego 2009, III KK 245/08, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6, s. 15.

z przedstawionych elementów nie jest objęty świadomością sprawcy, ani wówczas, gdy któregoś z nich sprawca nie chce, lecz tylko się na to godzi. W przypadku działania sprawcy w zamiarze ewentualnym nie dochodzi więc do popełnienia występku oszustwa przewidzianego w art. 286 § 1 k.k.¹¹

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 286 k.k. sposób działania sprawcy oszustwa względem innej osoby może polegać na: wprowadzeniu jej w błąd poprzez wywołanie u niej wyobrażenia o istniejącej (nie przyszłej) rzeczywistości, która jest w istocie inna niż przedstawia ją sprawca, oraz wyzyskaniu błędu pokrzywdzonego, tj. jego subiektywnego wyobrażenia o rzeczywistości, która jest w istocie odmienna i o czym sprawca wie albo wyzyskaniu niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Powyższe założenia należy odnieść do koncepcji oszustwa sądowego, które – choć nie jest wyrażone *expressis verbis* w ustawie – to jednak może stanowić podstawę przypisania odpowiedzialności karnej. Nie ulega jednak wątpliwości, że znamiona tego czynu powinny odzwierciedlać dogmatyczną strukturę oszustwa wyrażoną w art. 286 k.k. W przeciwnym razie należałoby zanegować koncepcję oszustwa sądowego zakazem rozszerzającej wykładni w prawie karnym.

Istotę oszustwa sądowego (procesowego) trafnie oddaje pogląd SN wyrażony w orzeczeniu z 13 listopada 2007 r.: „Tak zwane oszustwo procesowe zachodzi wówczas, gdy na skutek fałszywych dowodów przedstawionych przez sprawcę mogło dojść lub doszło do rozporządzenia mieniem na podstawie orzeczenia sądowego. Oszukańcze działanie sprawcy polega na tym, że jego zamiarem jest skłonienie sądu do rozporządzenia cudzym mieniem, u podłoża którego leży błędne wyobrażenie sądu o rzeczywistości wywołane dowodami przedstawionymi przez sprawcę”¹².

Na podstawie powyższego należy wskazać, że zachowanie sprawcy zarówno w klasycznym ujęciu oszustwa, jak i w koncepcji oszustwa sądowego jest skierowane wobec „innej osoby” – mogą nią być i konkretna osoba fizyczna, i osoba prawna, i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Nie musi nią być jedynie pokrzywdzony, ale również osoba, która nie posiada żadnych praw do mienia, którym rozporządza na korzyść sprawcy, np. listonosz, który wprowadzony w błąd przez sprawcę wręcza mu pieniądze przeznaczone dla innego adresata¹³. Nie ulega

¹¹ Wyrok SN z 19 lipca 2007 r., V KK 384/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, nr 1, s. 28.

¹² Postanowienie SN z 13 listopada 2007 r., IV KK 239/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2540.

¹³ A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, t. 2, Warszawa 2010.

wątpliwości, że również sąd jako organ wymiaru sprawiedliwości będący państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej może zostać wprowadzony w błąd w rozumieniu komentowanej regulacji karnej. Precyzyjnie tę kwestię ujmując, należy wskazać za SN, że podmiotem wprowadzanym w błąd jest „pracownik wymiaru sprawiedliwości”¹⁴.

W dalszej kolejności należy wskazać, że działanie sprawcy ma skutkować doprowadzeniem do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez osobę wprowadzoną w błąd. Wątpliwości, jakie pojawiły się w orzecznictwie, dotyczyły wykładni pojęcia „doprowadza”, ich rozstrzygnięcie warunkuje zaś jurydyczną aprobatę dla koncepcji oszustwa sądowego.

Początkowo SN wyinterpretował bowiem, że znamię „doprowadza” zakłada nie tylko istnienie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem sprawcy a zachowaniem pokrzywdzonego i rezultatem w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez tego ostatniego, lecz także wzajemną aktywność sprawcy i pokrzywdzonego¹⁵. W ówczesnej ocenie sądu nie było zatem możliwe popełnienie oszustwa przez zaniechanie po stronie sprawcy, jak również przez niekorzystne rozporządzenie mieniem przez pokrzywdzonego, które dokonuje się bez jego wiedzy bądź udziału, a więc niejako „poza jego plecami”. Tym samym gdyby przyjąć słuszność takiej interpretacji, nie można byłoby pociągnąć do odpowiedzialności za takie postępowanie, które polega na zaniechaniu udzielenia przed sądem istotnych w sprawie informacji.

Zmianę stanowiska SN wobec zaprezentowanego powyżej ujawnienia treść orzeczenia z 3 kwietnia 2007 r., w którym wyrażono pogląd, że „wprowadzenie w błąd może mieć postać zarówno działania (np. sprawca przedstawia pokrzywdzonemu nieprawdziwe informacje dotyczące transakcji, za którą ma otrzymać od niego wynagrodzenie), jak i zaniechania (np. sprawca zataja przed pokrzywdzonym istotne informacje dotyczące obciążeń własnego majątku czy wady prawnej przedmiotu transakcji). Nie ulega przy tym wątpliwości, że opisane sposoby działania sprawcy muszą poprzedzać niekorzystne rozporządzenie mieniem przez pokrzywdzonego, stąd też istotnym znamieniem oszustwa jest związek przyczynowy między wprowadzeniem w błąd, czy wyzyskaniem błędu a niekorzystnym rozporządzeniem mieniem”¹⁶.

¹⁴ Zob. wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50.

¹⁵ Wyrok SN z 15 listopada 2002 r., IV KKN 618/99, LEX nr 75460.

¹⁶ Wyrok SN z 3 kwietnia 2007 r., III KK 362/06, LEX nr 296749.

Zdecydowanie trafny również z perspektywy oszustwa sądowego jest drugi z wyrażonych poglądów, który został zresztą utrwalony w bogatym dorobku orzecznictwa SN. Tym samym „doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem” na gruncie art. 286 k.k. nie jest jednoznacznie z podejmowaniem aktywności w formie działania polegającego np. na świadomym tworzeniu pewnych zmian w obiektywnej rzeczywistości, a prowadzących do uzyskania opisanego w dyspozycji tego przepisu stanu rozporządzenia mieniem. Konsekwentne, z góry zamierzone i zaplanowane „milczenie” sprawcy wobec faktu, iż zobowiązał się on do ujawnienia istotnych dla toku postępowania (np. spadkowego) informacji, jest przykładem zaniechania, które powinno rodzić prawnokarne skutki. Decydujące znaczenie ma bowiem wspomniany już wcześniej zamiar bezpośredni cechujący stronę podmiotową czynu, co w praktyce oznacza, że sprawca oszustwa nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć użyć w tym celu określonego sposobu działania czy zaniechania.

Co do zasady, wprowadzony w błąd sąd cywilny, wydając orzeczenie w sprawie o zapłatę, rozporządza w jego treści cudzym mieniem. Powyższe stwierdzenie znajduje akceptację zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i w orzecznictwie SN, który wyraził następujący pogląd: „niekorzystnym rozporządzeniem mieniem jako znamieniem przestępstwa oszustwa jest każda czynność o charakterze określonej dyspozycji majątkowej, odnoszącej się do ogółu praw majątkowych, ale i zobowiązań kształtujących sytuację majątkową, która skutkuje ogólnym pogorszeniem sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, w tym zmniejszeniem szans na zaspokojenie roszczeń w przyszłości”¹⁷.

Ponadto uznanie, że to sąd (sędzia) jest wprowadzony w błąd i dokonuje rozporządzenia mieniem, spełnia warunek tożsamości osoby wprowadzonej

¹⁷ Poza wyrokiem SN z 14 stycznia 2010, V KK 235/09, pogląd ten reprezentują: T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. 64–66; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz, orzecznictwo, przepisy wprowadzające i związkowe*, Łódź 1947, s. 291–293; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 448–449; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 549; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 266; O. Górniok w: O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Gdańsk 1999, s. 361; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 563; A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, Kraków 2006, s. 289–290; wyroki SN: z 10 lipca 1937 r., II K 646/37, OSN 1938, poz. 30; z 14 lutego 1938 r., III K 2466/37, OSN 1938, poz. 209; uzasadnienie postanowienia SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 37/03, LEX nr 140096; wyrok SN z 10 czerwca 2010 r., IV KK 1/10, LEX nr 590282.

w błąd i osoby rozporządzającej mieniem dla przyjęcia istnienia przestępstwa oszustwa w ogóle¹⁸.

Dotychczas przedstawione rozważania w pełni uzasadniają możliwość wyinterpretowania z klasycznego przestępstwa oszustwa szczególnej jego postaci, jaką jest oszustwo sądowe.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że z perspektywy realizacji poszczególnych znamion czynu z art. 286 k.k. i odwzorowania tychże przy oszustwie sądowym, wyraźnie zarysowuje się dychotomia pomiędzy osobą wprowadzoną w błąd i jednocześnie dokonującą rozporządzenia mieniem a osobą pokrzywdzoną.

Nie ulega wątpliwości, że z dogmatycznego punktu widzenia taki podział jest nieakceptowalny wobec literalnego brzmienia art. 286 k.k. Osobą pokrzywdzoną przestępstwem oszustwa jest taka osoba, która wobec jednego z trzech wariantów przestępnego zachowania sprawcy dokonała niekorzystnego rozporządzenia mieniem. W koncepcji oszustwa sądowego osoba, do której należy mienie (lub powinno należeć, ale wobec błędnego orzeczenia sądu wywołanego dokonaniem oszustwem sądowym zostaje rozporządzone na rzecz innej osoby), nie wykonuje *de facto* żadnych czynności mających znaczenie dla bytu oszustwa w jego klasycznej postaci.

Wątpliwość, która wymaga szczególnej refleksji w tym kontekście, można sprowadzić do pytania: czy osoba, wobec której w wyniku oszustwa sądowego sprawcy wydano niekorzystne rozstrzygnięcie sądu skutkujące powstaniem uszczerbku w jej mieniu, odpowiada wymogom stawianym przez art. 49 kodeksu postępowania karnego¹⁹ i ma status pokrzywdzonego w takiej sprawie.

W czysto dogmatycznym ujęciu, zważając na fakt, że to sąd jest wprowadzony w błąd i on dokonuje rozporządzenia mieniem w treści wydanego orzeczenia, można wyrazić pogląd, że nie sposób wskazać na osobę pokrzywdzoną w znaczeniu procesowym na kanwie oszustwa sądowego.

Treść ustawy karnoprosesowej wyraźnie precyzuje, iż jedynie spełnienie określonych wymogów z art. 49 k.p.k. pozwala na przyznanie statusu pokrzywdzonego w procesie karnym, co zaś determinuje legitymację konkretnej osoby do wykonywania konkretnych uprawnień procesowych.

Definicja pokrzywdzonego pozostaje zresztą przedmiotem licznych wypowiedzi naukowych, a najistotniejszy zarzut stawiany wobec niej sprowadza się do stwierdzenia, iż „niewiadomą pokrzywdzony wyjaśnia się przy pomocy dwóch innych niewiadomych: «dobro prawne» oraz

¹⁸ Wyrok SN z 10 czerwca 2010 r., IV KK 1/10, LEX nr 590282.

¹⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

«bezpośredniość»²⁰. Rozwijając tę myśl, należy podkreślić, że ustalenie pokrzywdzonego przestępstwem nie może odbyć się w oderwaniu od materialnego prawa karnego, bo przecież określa ono, jakie zachowania są przestępstwami i jaka jest za nie odpowiedzialność karna²¹. Innymi słowy, gdy jakieś zachowanie nie jest czynem karalnym w rozumieniu prawa karnego materialnego, to nie mamy do czynienia z pokrzywdzonym w znaczeniu, jakie nazwie tej nadaje prawo procesowe.

Warto w tym miejscu poświęcić szczególną uwagę stanowisku SN, który wywodzi następująco: „o tym kto jest osobą pokrzywdzoną w konkretnej sprawie decyduje dobro prawne tej osoby naruszone lub zagrożone przez sprawcę czynu, i to w sposób bezpośredni, choćby nie wynikało to wprost z opisu tego czynu i jego kwalifikacji prawnej. Owa bezpośredniość wchodzi w grę także wtedy, gdy przedmiotem ochrony prawnej jest wprawdzie dobro ogólniejszej natury, ale zagrożenie tego dobra powoduje również bezpośrednie pokrzywdzenie indywidualnej osoby. Kryterium uznania jakiejś osoby za pokrzywdzoną wynika z prawa karnego materialnego”²².

Wobec powyższego należy stwierdzić, że przestępstwo oszustwa zostało stypizowane w rozdziale kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko mieniu”, co zaś jednoznacznie wskazuje na mienie jako rodzajowy przedmiot ochrony zakazów zawartych we wszystkich przepisach rozdziału XXXV kodeksu karnego²³. Ponadto przedmiotem przestępstwa oszustwa musi być mienie cudze, przynależność tego mienia powinna być zaś ustalona w trakcie procesu (w opisie czynu). Tym samym na kanwie oszustwa sądowego mamy do czynienia z podmiotem wprowadzonym w błąd i dysponującym owym mieniem (sąd) oraz podmiotem, który jest/ powinien być właścicielem tego mienia. Naruszenie dobra prawnego, którym jest mienie wymierzone jest przeciwko potencjalnemu jego właścicielowi, zaś utrata tego mienia, wypełnia znamię bezpośredniości naruszenia czy zagrożenia tego dobra. Stąd należy opowiedzieć się za poglądem, że podmiot oszukany nie musi być tożsamy z pokrzywdzonym majątkowo,

²⁰ Tak: R. Kmiecik, *Uwagi na tle art. 40 KPK*, „Annales UMCS” 1977, vol. XXIV, nr 9, s. 162; W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 31.

²¹ W. Daszkiewicz, *Refleksje nad pojęciem pokrzywdzonego przestępstwem*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czaczek-Durlak, Toruń 2004, s. 93.

²² Uchwała SN z 26 listopada 1976 r., VI KZP 11/75, OSNKW 1977, nr 1–2, poz. 1.

²³ Szerzej A.N. Preibisz, *Przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 286 § 1 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10, s. 29 i n.

legitymacja procesowa pokrzywdzonego określona w art. 49 k.p.k. jest zaś przynależna właśnie tej osobie, która traci swoją własność.

Powyższa argumentacja jest spójna z utrwalonym w doktrynie prawa karnego zapatrywaniem, że dla znamion każdego oszustwa nie wymaga się tożsamości pokrzywdzonego i rozporządzającego tym mieniem. Wystarczy bowiem, by dokonujący rozporządzenia miał prawną i faktyczną możliwość dysponowania mieniem innej osoby²⁴, co w przypadku sędziego może mieć miejsce.

Również od początku kształtowania się linii orzeczniczej SN na tle problematyki oszustwa sądowego wskazywano, że „przy oszustwie tożsamość osoby pokrzywdzonej i wprowadzonej w błąd nie jest konieczna”²⁵ czy też „osoba wprowadzana w błąd i rozporządzająca pod wpływem błędu lub nieświadomości niekorzystnie cudzym mieniem może być różna od osoby pokrzywdzonej. Nie jest też potrzebna świadomość pokrzywdzonego o doznanej szkodzie i jego zamiar zdemaskowania sprawcy, gdyż rozstrzygające znaczenie ma nie świadomość pokrzywdzonego, lecz zamiar przestępny sprawcy”²⁶.

Przeciwny pogląd determinowałby bezkarność osób realizujących znamiona oszustwa sądowego. Poszkodowani orzeczeniem sądu, wobec braku legitymacji procesowej w roli pokrzywdzonego w procesie karnym, rezygnowaliby bowiem z ochrony prawa karnego, ze względu na niemożność połączenia ścigania z tytułu odpowiedzialności karnej oraz cywilnej sprawcy. Innymi słowy, negacja statusu pokrzywdzonych wobec osób dotkniętych nieprawidłowym orzeczeniem sądu cywilnego jest również zamknięciem im drogi dochodzenia roszczeń majątkowych w toku procesu karnego, które wynikają bezpośrednio z przestępstwa.

3. Zatajenie informacji o istnieniu spadkobiercy przez innego uczestnika postępowania o stwierdzenie nabycia spadku

Przechodząc na grunt rozważań nad istotą „oszustwa sądowego” w postępowaniu o stwierdzeniu nabycia spadku, należy wskazać w pierwszej kolejności na podstawowe zasady rządzące tym postępowaniem.

Sąd spadku jest zobligowany – z mocy przepisów – do poszukiwania grona spadkobierców, którzy w danym postępowaniu powinni

²⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, red. G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, J. Majewski, M. Rodzynekiewicz, M. Szewczyk, A. Wróbel, A. Zoll, Kraków 2006, s. 297–298.

²⁵ Wyrok SN z 13 czerwca 1933 r., III K 367/33, OSN(K) 1933, nr 8, poz. 162.

²⁶ Postanowienie SN z 28 września 1956 r., II KO 37/56, OSN 1957, nr 1, poz. 2.

zostać uwzględnieni w treści postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku (art. 670 k.p.c.). Sąd musi mieć wiedzę o wszystkich osobach dziedziczących po zmarłej osobie fizycznej, jednak dla wydania postanowienia nie jest konieczna ich aktywna obecność na rozprawie. Polskie prawo spadkowe nie wymaga bowiem złożenia oświadczenia o przyjęciu spadku jako warunku nabycia spadku; następuje ono z mocy prawa. Termin 6 miesięcy, o którym mowa w art. 1015 kodeksu cywilnego²⁷, liczony od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o tytule swego powołania, umożliwia przyjęcie spadku z tzw. „dobrodziejstwem inwentarza”, co ma znaczenie dla ponoszenia odpowiedzialności za długi spadkowe.

Przepisy procedury cywilnej obligują sąd do uwzględnienia każdego ze spadkobierców w treści swojego orzeczenia, jeśli jest wiadome, że należy do kręgu dziedziczących. Zgodnie z treścią art. 671 k.p.c. za dowód, że nie ma innych spadkobierców, może być przyjęte „zapewnienie” złożone przez zgłaszającego się spadkobiercę, który – decydując się na złożenie zapewnienia – winien jest oświadczyć co do wszystkiego, co jest mu wiadome o istnieniu lub nieistnieniu osób, które wyłączałyby znanych spadkobierców od dziedziczenia lub dziedziczyłyby wraz z nimi, oraz o testamentach spadkodawcy. Należy podkreślić, że złożenie takiego zapewnienia jest traktowane jako „prawo, a nie obowiązek spadkobiercy”, i stanowi przejaw jego dobrej woli²⁸. Jeśli jednak spadkobierca wyrazi gotowość złożenia takiego zapewnienia, sędzia powinien uprzedzić składającego, że pod względem skutków karnych jest ono równoznaczne ze złożeniem zeznań pod przyrzeczeniem. Uchybienie obowiązkowi mówienia prawdy naraża zatem spadkobiercę na odpowiedzialność karną z art. 233 k.k.²⁹ Złożone zapewnienie w trybie art. 671 k.p.c. jako szczególny środek dowodowy zmierza nie tylko do wykazania negatywnej okoliczności braku innych spadkobierców, lecz także uzyskania informacji o istnieniu innych spadkobierców. Sąd spadku, o ile oceni takie zapewnienie za wiarygodne, o tyle ma prawo poprzestać na poszukiwaniu innych dowodów i oprzeć swe rozstrzygnięcie właśnie na treści tego zapewnienia.

²⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

²⁸ Postanowienie SN z 18 marca 1952 r., ŁC 1190/51, „Nowe Prawo” 1953, nr 5, s. 85.

²⁹ Artykuł 233 k.k.: „Kto składając zeznania mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

Konsekwencją wydania postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku z pominięciem któregoś ze spadkobierców jest pozbawienie go prawa do rozporządzania spadkiem i legitymowania się przed innymi uczestnikami obrotu prawnego, że pozostaje właścicielem co do jakiejś części spadku. Część spadku, której stwierdzenie nabycia powinno być przyznane pominiętemu spadkodawcy w treści postanowienia, jest przyznane w sensie formalnym pozostałym spadkobiercom, którzy mogą swoimi udziałami rozporządzać.

W tym miejscu, odnosząc się do tytułowej problematyki, rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy można sformułować zarzut oszustwa wobec spadkobiercy, który swoim postępowaniem (zatajeniem istnienia innej osoby powołanej do spadku bądź w treści testamentu, bądź zgodnie z ustawą) powoduje, że treść postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku pomija zatajonego spadkobiercę.

Przedstawione powyżej rozważania w przedmiocie znamion oszustwa sądowego pozostają aktualne dla próby odpowiedzi na to zagadnienie. Co więcej, czynią je pozornie bardzo łatwe. Skoro bowiem obowiązujące stanowisko doktryny oraz orzecznictwo pozwalają na uznanie, że osobą wprowadzoną w błąd jest sędzia procedujący w sprawie cywilnej (spadkowej), ten zaś sędzia spełnia warunek tożsamości osoby wprowadzonej w błąd i osoby rozporządzającej mieniem, to odpowiedź wydaje się jednoznaczna i pozytywna. Do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, czy sąd cywilny, wydając postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, rozporządza mieniem?

Rozważania w tej materii wypada rozpocząć od zdefiniowania pojęcia „mienia”, które w systemie prawnym ma wyraźnie cywilistyczną konotację, a zgodnie z art. 44 k.c. oznacza własność i inne prawa majątkowe. Sąd Najwyższy uzupełnia ową definicję wskazując, że termin „mienie” – zawarty w treści art. 286 § 1 k.k. – oznacza całokształt sytuacji majątkowej obejmującej wszelkie prawa rzeczowe oraz obligacyjne, a niekorzystne nim rozporządzenie może nastąpić zarówno przez rzeczywisty uszczerbek, jak i przez utratę należnych korzyści³⁰.

Równie cywilistyczny charakter ma pojęcie „czynność rozporządzająca mieniem”. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że jest to czynność prawna polegająca na przeniesieniu (zbyciu lub nabyciu), obciążeniu, ograniczeniu lub zniesieniu prawa majątkowego, a więc polegająca

³⁰ Postanowienie SN z 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 56.

na dyspozycji majątkowej o określonych skutkach majątkowych. Jedną z form owej dyspozycji może być orzeczenie sądu.

Ponadto przybliżenia wymagają jednoznaczne w swej treści przepisy z zakresu prawa spadkowego, które stanowią, że obowiązujące prawo spadkowe łączy nabycie praw i obowiązków wchodzących w skład spadku ze zdarzeniem, jakim jest śmierć osoby spadkodawcy³¹. Nabycie to nie jest uzależnione ani od złożenia przez spadkobiercę oświadczenia o przyjęciu spadku, ani od uzyskania przez niego orzeczenia odpowiedniego organu państwowego. Innymi słowy, spadkobierca z mocy prawa wstępuje w ogół praw i obowiązków zmarłego w chwili śmierci spadkodawcy, sąd zaś okoliczność tę jedynie dokumentuje. W tym świetle postanowienie sądu jest tylko potwierdzeniem stanu istniejącego z mocy prawa, a zatem trudno przypisać mu charakter „rozporządzający”³². Doktryna prawa cywilnego podkreśla, że stwierdzenie nabycia spadku nie czyni spadkobiercami osób w nim wymienionych, ale tylko dokumentuje to, że są one spadkobiercami. Nie tworzy ono nowego stanu prawnego, lecz stwierdza jedynie stan, który powstał przed wydaniem postanowienia sądu i niezależnie od jego wydania, co oznacza, że ma charakter deklaratoryjny. Powyższe poglądy utrwala orzecznictwo SN³³.

Niewątpliwie powyższe cywilistyczne założenia eliminują możliwość przypisania odpowiedzialności karnej spadkobiercy, która zataja przed sądem istnienie czy to innych spadkobierców, czy również testamentu – przesądzają bowiem, że sąd „nie może rozporządzać mieniem poprzez wydanie orzeczenia stwierdzającego nabycie spadku” o konkretnej treści.

Podjmując zatem polemikę z zaprezentowanymi argumentami mającymi swoje merytoryczne uzasadnienie w treści przepisów kodeksu cywilnego, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na całokształt sytuacji

³¹ Artykuł 922 § 1 k.c.: „Prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób stosownie do przepisów księgi niniejszej kodeksu cywilnego”. Artykuł 924 k.c.: „Spadek otwiera się z chwilą śmierci spadkodawcy”. Artykuł 925 k.c.: „Spadkobierca nabywa spadek z chwilą otwarcia spadku”.

³² Z tego względu postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku powinno uwzględniać cały spadek oraz wszystkich spadkobierców. To zaś oznacza, że sąd nie może stwierdzić nabycia spadku względem części majątku spadkowego albo tylko w stosunku do niektórych spadkobierców (zob. postanowienie SN z 23 czerwca 1967 r., III CR 104/67, OSN 1968, nr 2, poz. 24).

³³ Na przykład spadkobierca nabywa spadek z mocy prawa z chwilą śmierci spadkodawcy, co wskazuje na jedynie deklaratoryjny charakter postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Zob. wyrok SN z 16 czerwca 1986, IV CR 154/86, OSNC 1987, nr 10, poz. 158.

prawnej spadkobierców przed wydaniem postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku oraz następujący po nim. Nie ulega wątpliwości, że zanim zostanie wydane owo rozstrzygnięcie, przepisy kodeksu cywilnego przesądzą, iż nie jest możliwe rozporządzanie przedmiotami należącymi do spadku, jak również nie można dokonać odpowiedniego wpisu do księgi wieczystej. Innymi słowy, żaden ze spadkobierców nie ma tytułu prawnego do masy spadkowej.

W tym zaś kontekście podkreślenia wymaga, że częstokroć postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku istotnie zmienia sytuację ukształtowaną przez ogólne przepisy o dziedziczeniu ustawowym, albowiem można w tym postępowaniu dochodzić uznania któregoś ze spadkobierców za niegodnego dziedziczenia (art. 928 k.c.). Wobec zastosowania tej instytucji wyłączenie od dziedziczenia powołanego ustawą spadkobiercę powiększa przysługujące udziały innych spadkobierców.

Na powyższe kwestie zwraca uwagę również nauka prawa cywilnego, że „mimo gwarancji proceduralnych, mimo całej staranności sądu zawsze istnieje – przynajmniej teoretycznie – niebezpieczeństwo, że stwierdzenie nie odpowiada rzeczywistemu stanowi prawnemu. Przyczyny tego mogą być różne. Po wydaniu postanowienia mogą zgłosić się spadkobiercy ustawowi, których istnienie nie było wiadome sądowi; mogą ujawnić się okoliczności, wskutek których spadkobierca zostanie uznany za niegodnego, może być odnaleziony testament własnoręczny, o którego istnieniu nikt nie wiedział”³⁴.

Tym samym idealne założenie o odwzorowaniu w treści postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku stanu prawnego z pożądanym stanem faktycznym doznaje pewnych ograniczeń. W praktyce bowiem bardzo często ostateczna treść postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku istotnie różni się od stanu faktycznego istniejącego w chwili śmierci spadkobiercy. Wątpliwe jest uznanie, że zapadłe wówczas postanowienie ma charakter deklaratoryjny, wszak takie orzeczenie nie dokumentuje istniejącej rzeczywistości, a w istocie ją porządkuje i tworzy nowy stan prawny.

Istotną konsekwencją omawianej regulacji prawnej jest również fakt, że osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, korzysta z ustawowego domniemania określonego w treści art. 1025 § 2 k.c. i może jako spadkobierca rozporządzać majątkiem spadkowym (np. zbyć udział spadkowy). Osoba będąca rzeczywiście spadkobiercą (czyli nabywającą spadek z chwilą jego otwarcia), lecz pominięta w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku, nie posiada żadnych praw do należnego jej majątku spadkowego.

³⁴ J.S. Piątkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1986, s. 165.

Co prawda, taki stan nie jest absolutny i niewzruszalny, bowiem ustawodawca umożliwił dochodzenie swych praw w postępowaniu o uchylenie lub zmianę postanowienia stwierdzenia nabycia spadku, przyznając legitymację do złożenia wniosku w tym przedmiocie każdemu zainteresowanemu (w trybie art. 679 k.p.c.). Nie można jednak tracić z pola widzenia, że mimo takiej instytucji procesowej możliwe jest w praktyce, iż pokrzywdzony spadkobierca nie odzyska wszystkich należnych mu składników majątku spadkowego, a to wobec treści art. 1028 k.c., który jest przepisem gwarancyjnym wobec sytuacji nabywców praw należących do spadku, działających w dobrej wierze³⁵.

Tożsąmą argumentacją posłużył się SN w wyroku z 14 stycznia 2010 r.³⁶, wyrażając niniejszy pogląd: „Niekorzystnym rozporządzeniem mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. może być również wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, uzyskanego na skutek świadomego wprowadzenia sądu w błąd co do – niezgodnego z rzeczywistością – tytułu dziedziczenia czy kręgu uprawnionych spadkobierców, o ile prowadzi do pogorszenia sytuacji majątkowej pokrzywdzonego w zestawieniu z sytuacją, gdyby postanowienie to odzwierciedlało rzeczywisty stan prawny w zakresie prawa do dziedziczenia spadku”.

Uzasadniając swoje stanowisko, SN wskazał następująco: „Nie ma znaczenia, że postanowienie takie ma charakter deklaratoryjny (przejsięcie praw i obowiązków majątkowych zmarłego następuje z chwilą śmierci spadkodawcy – art. 922 § 1 k.c.), albowiem nie chodzi tu o skutek prawny tego orzeczenia, ale o jego konsekwencje dla pokrzywdzonego i jego sytuacji

³⁵ O tym, jak silna jest ochrona nabywców w rozumieniu art. 1028 k.k., wyraził się SN w wyroku z 9 marca 2005 r., II CK 438/04, LEX nr 150285: „W razie zbycia nieruchomości przez osobę, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, lecz spadkobiercą nie jest, osobie, która jest spadkobiercą, nie przysługuje ochrona na podstawie art. 59 k.c. Przepis art. 1028 k.c. wyłącza zatem ochronę uprawnionego na podstawie art. 59 k.c., gdyż roszczenie wydobywcze oparte na prawie własności nie przysługuje w stosunku do osoby, która rzeczą faktycznie włada i jest jej właścicielem”.

³⁶ Stan faktyczny – stanowiący podstawę dla wypowiedzi SN w niniejszym rozstrzygnięciu – odnosi się do procesu przeciwko oskarżonemu Mirosławowi Z., który kilkakrotnie przedkładał sądowi spadku podrobiony testament wraz z wnioskiem o stwierdzenie nabycia spadku przez osobę trzecią, jednocześnie namawiając tę osobę trzecią, by zeznała nieprawdę, że spadkodawca wskazany w testamencie nie miał dzieci i pozostawił testament własnoręczny na jej rzecz, doprowadzając w ten sposób do wydania postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, posłużenia się nim i przejęciu przez osobę trzecią przedmiotu spadku (tj. nieruchomości), czym działał na szkodę prawdziwych spadkobierców ustawowych zmarłej osoby.

majątkowej. Osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, korzysta z ustawowego domniemania określonego w treści art. 1025 § 2 k.c. i może jako spadkobierca rozporządzać majątkiem spadkowym (np. zbyć udział spadkowy), osoba zaś będąca rzeczywiście spadkobiercą (nabywającą spadek z chwilą jego otwarcia) nie posiada praw do należnego jej majątku spadkowego, a także nie posiada żadnego dowodu na jego posiadanie; co więcej, musi wykazać stosowną inicjatywę procesową, aby odzyskać swoje prawa do majątku spadkowego, a ich uzyskanie nie oznacza, że zostaną «przywrócone» wszystkie składniki majątku spadkowego – chociażby z uwagi na skutki, o których mowa w treści art. 1028 k.c. i np. zwolnienie z zobowiązania wchodzącego w skład masy spadkowej. Tak więc to, że może nastąpić zmiana w tym zakresie, która doprowadzi do przywrócenia rzeczywistego stanu prawnego (np. przy skorzystaniu z instytucji określonej w art. 679 § 1 k.p.c.), pomijając już konieczność poniesienia określonych kosztów z tym związanych (np. z tytułu powództwa o naprawienie szkody z powodu zbycia lub utraty przedmiotów) i upływu określonego czasu, nie zmienia sytuacji, iż samo wydanie «wyłudzonego» w sposób oszukańczy postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku pogarsza sytuację majątkową pokrzywdzonych (rzeczywistych, ustawowych spadkobierców)³⁷.

Niniejszy pogląd został słusznie zaaprobowany na gruncie doktryny³⁷. Warto dostrzec również i tę okoliczność, że niniejszym wyrokiem SN utrwalił również linię orzeczniczą co do aprobaty istnienia pokrzywdzonego, który nie jest zaangażowany w realizację zamion oszustwa, a wręcz przeciwnie – czynności sprawcze podejmuje sąd, który nie jest pokrzywdzonym.

Nie może jednak budzić wątpliwości fakt, że postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku – wydane w sposób niezgodny z rzeczywistym porządkiem prawnym, jaki powstaje z chwilą śmierci spadkodawcy – jest czynnością sądu (właściwie pracowników wymiaru sprawiedliwości) wywołującą niekorzystne rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.

Innymi słowy, SN słusznie przeciwstawia się traktowaniu orzeczeń o stwierdzeniu nabycia spadku wyłącznie przez pryzmat cywilistyczny, jako wywołujących jedynie skutek *ex tunc*, taka interpretacja uniemożliwia bowiem stwierdzenie dokonania tzw. oszustwa sądowego, dla zaistnienia którego jest wymagane „rozporządzenie mieniem”. Wypada jednocześnie zaznaczyć, że w doktrynie prawa karnego wyrażono także głosy krytyczne wobec powyższego stanowiska³⁸.

³⁷ Zob. aprobowaną głosę Z. Kukuła do wyroku SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 1.

³⁸ Zob. głosę krytyczną R. Zawłockiego do wyroku SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 9. Autor w konkluzji swoich rozważań

4. Zatajenie informacji o miejscu pobytu spadkobiercy przez innego uczestnika postępowania o stwierdzenie nabycia spadku

Problematyka ujęta w powyższym podtytule wydaje się ludzaco podobna do omówionej już sytuacji zatajenia informacji o istnieniu spadkobiercy. To mylne wrażenie skonfrontować należy jednak z oczywistym stanem prawnym, zgodnie z którym, sąd spadkowy bada z urzędu krąg spadkobierców, a wydając postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, nie jest związany treścią wniosku w tym zakresie, w jakim wnioskodawca wskazuje na uczestników postępowania (art. 670 k.p.c.).

Tytułem przykładu: jeden ze spadkobierców nie informuje drugiego, np. swojego brata, o toczącym się postępowaniu spadkowym po zmarłym ojcu, zaś przed sądem świadomie oświadcza, że nie zna miejsca pobytu swojego krewnego. Takie postępowanie, mimo nagannej oceny z perspektywy zasad współżycia społecznego, nie daje jednak podstawy do przypisania mu podstaw odpowiedzialności karnej za oszustwo sądowe.

Nie jest również możliwe – wobec zatajenia miejsca pobytu przez biorącego udział w postępowaniu spadkobiercę – przedstawienie mu zarzutu z art. 233 k.k., a to przez wzgląd na zakres informacji, co do których, w myśl art. 671 k.p.c., zobowiązuje się on zeznać prawdę pod rygorem odpowiedzialności karnej. Zgodnie z tą regulacją jest on zobligowany podać wszystko, co mu wiadome w kwestii istnienia osób, które wyłączałyby

wywodzi następująco: „Postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, wydane w wyniku wprowadzenia w błąd, nie może być uznane za czynność kreującą uprawnienia majątkowe po stronie sprawcy. Stanowi ono jedynie błędną deklarację co do stanu faktycznego. Nie następuje tutaj rozporządzenie prawami przysługującymi rzeczywistym spadkobiercom. Wydając takie postanowienie, sąd nie dokonuje rozporządzenia mieniem wchodzącym w skład spadku, albowiem nie następuje tutaj jego przeniesienie na rzecz nieuprawnionego podmiotu. O «rozporządzeniu» w ramach oszustwa sądowego może być mowa jedynie przy prawomocnym orzeczeniu konstytutywnym, w wyniku którego następuje przeniesienie praw majątkowych. Sama potencjalna możliwość uszczuplenia w przyszłości majątku pokrzywdzonego nie stanowi rozporządzenia jego mieniem. Przez «rozporządzenie», w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., należy bowiem rozumieć akt o charakterze kształtującym, polegający na bezpośrednim wywołaniu zmiany w ramach majątkowych praw podmiotowych osoby dokonującej rozporządzenia. Zmiany te muszą negatywnie oddziaływać na jej sferę praw majątkowych oraz być faktem, a nie tylko potencjalną możliwością. Akty te posiadają właściwości tożsame z czynnościami prawnymi wywołującymi skutek rozporządzający. Można zatem sformułować wniosek, że analizowane orzeczenie opiera się na wykładni rozszerzającej i godzi w zasadę *nullum crimen sine lege*, a w szczególności narusza przepisy art. 286 § 1 k.k.”

znanych spadkobierców od dziedziczenia lub dziedziczyłyby wraz z nimi, oraz o testamentach spadkodawcy. Jeśli zatem spadkobierca przekazuje informację sądowi odnośnie samego istnienia innego spadkobiercy, to w sposób bezkarny może zataić miejsce jego pobytu.

Poszukując odpowiedzi na pytanie, dlaczego w zamyśle ustawodawcy uczestnik inicjujący postępowanie w przedmiocie stwierdzeniu nabycia spadku nie ma obowiązku (obostrzonego rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznanie) do podania miejsca pobytu innych uczestników postępowania (celem skutecznego doręczenia im zawiadomienia o toczącym się postępowaniu spadkowym), należy dojść do wniosku, że jest to spowodowane faktem, iż nieobecność tych osób na rozprawie nie jest warunkiem koniecznym dla uwzględnienia ich w treści rozstrzygnięcia. Niezależnie od swojej aktywności procesowej wszyscy powołani do spadku (czy to mocą ustawy, czy treścią testamentu) muszą być uwzględnieni w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku.

Odrębnych rozważań wymaga jednak postępowanie co do stwierdzenia nabycia spadku, w skład którego wchodzi gospodarstwo rolne. Szczególny reżim dziedziczenia gospodarstw rolnych, choć został zniesiony pod wpływem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego³⁹, wciąż ma zastosowanie do spadków otwartych przed 14 lutym 2001 r. Wyjątkowość tej procedury polega na tym, że spadkobierca powołany do takiego spadku musi spełnić którykolwiek z czterech warunków szczególnych wymienionych w art. 1059 k.c., który stanowi, że „spadkobiercy dziedziczą z ustawy gospodarstwo rolne, jeżeli w chwili otwarcia spadku: stale pracują bezpośrednio przy produkcji rolnej albo mają przygotowanie zawodowe do prowadzenia produkcji rolnej, albo są małoletni bądź też pobierają naukę zawodu lub uczęszczają do szkół, albo są trwale niezdolni do pracy”. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji sąd spadku musi osobiście zetknąć się z każdym z kandydatów na spadkobiercę.

Takie stanowisko uzasadnia utrwalony już w orzecznictwie SN pogląd, że omawiana już instytucja „zapewnienia spadkobiercy”, unormowana w treści art. 670 k.p.c., jest w tej mierze niewystarczająca. Treść tego przepisu wskazuje, że przewidziane w nim zapewnienie stanowi szczególny środek dowodowy, w związku z czym zapewnienie to może mieć zakres ściśle określony w kodeksie. Stanowi ono zatem jedynie dowód co do istnienia spadkobierców oraz testamentów. Za pomocą tego dowodu nie wolno natomiast udowadniać innych okoliczności sprawy, takich jak np. okoliczność, którzy spośród spadkobierców powołanych do spadku odpowiadają

³⁹ Wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5.

warunkom przewidzianym do dziedziczenia gospodarstwa rolnego. Ostatnią wymienioną okoliczność należy zatem sprawdzić za pomocą innych środków dowodowych⁴⁰.

Mając powyższe na uwadze, w toku postępowania spadkowego – mającego za przedmiot gospodarstwo rolne, które toczy się na podstawie przepisów szczególnych – zatajenie informacji o miejscu pobytu uprawnionego do spadku powinno rodzić odpowiedzialność karną z art. 286 k.k., właśnie na podstawie koncepcji oszustwa sądowego. Sąd spadkowy bowiem wobec niemożności weryfikacji, czy nieobecny spadkobierca spełnia choć jedną przesłankę z art. 1059 k.c., pomija go w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku w postaci gospodarstwa rolnego, a więc wydaje orzeczenie z pokrzywdzeniem nieobecnego spadkobiercy. W postępowaniu nieprocesowym zgodnie z art. 513 k.p.c. niestawiennictwo uczestników nie tłumuje rozpoznania sprawy i nie stosuje się przepisów o wyroku zaocznym. Warunkiem rozpoznania sprawy w nieobecności wszystkich lub niektórych uczestników postępowania jest zawiadomienie wszystkich uczestników o terminie posiedzenia sądowego (art. 149 § 2 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). W przeciwnym razie może dojść do nieważności postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

Mając powyższe na uwadze, a w szczególności skutek prawny nieobecności spadkobiercy powołanego do dziedziczenia gospodarstwa rolnego, uprawniony wydaje się pogląd, że zachowanie tzw. nieuczciwego spadkobiercy należy ocenić przez pryzmat znamion oszustwa sądowego. Sąd spadku zostaje wprowadzony w błąd poprzez zatajenie informacji o pobycie spadkobiercy, a tym samym pozbawiony możliwości skutecznego doręczenia mu zawiadomienia o rozprawie. W treści postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku pomija nieobecnego spadkobiercę, a to stanowi o osiągnięciu korzyści majątkowej tego, kto „nabywa” jego część spadku.

Można w tym miejscu rozważyć warunkowość odpowiedzialności karnej za oszustwo, uzależniając ją od faktu, czy ów pominięty spadkobierca otrzymałby również przynajmniej część spadku w postaci gospodarstwo rolnego, czy też – jako niespełniający żadnego z warunków z art. 1059 k.c., bez względu na obecność w procesie – nie byłby uznany za spadkobiercę. Takie rozróżnienie mogłoby mieć uzasadnienie w koncepcji, że przedmiotem ochrony przepisu z art. 286 k.k. jest prawo własności i inne prawa do mienia. Jeśli więc dany uczestnik postępowania spadkowego, w świetle przepisów prawa (a dokładniej przesłanek pozwalających na dziedziczenie

⁴⁰ Postanowienie SN z 21 lipca 1966 r., III CR 170/66, OSNCP 1967, nr 5, poz. 86.

gospodarstwa rolnego), nie jest uprawniony do nabycia spadku, to wątpliwe jest otaczać ochroną prawa karnego prawo własności, które mu nie przysługuje.

Z innej zaś strony, takie podejście rodziłoby każdorazowo konieczność weryfikacji przez sąd cywilny, w drodze procedury uchylecia postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, czy pominięty spadkobierca mógłby nabyć gospodarstwo rolne. Pozytywny wynik tego rozstrzygnięcia warunkowałby dopiero możliwość uruchomienia postępowania karnego. Takie założenie pozostaje jednak w sprzeczności z zasadą samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, choć z przeciwieństwem owe ponowne postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku uwzględniające wszystkich istniejących spadkobierców można byłoby uznać jako „rozstrzygnięcie kształtujące prawo” w rozumieniu art. 8 §2 k.p.k.

5. Podsumowanie

W świetle dotychczasowych rozważań uwzględniających dorobek orzecznicy SN nie budzi wątpliwości konstatacja, że sąd cywilny w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku może zostać wprowadzony w błąd i dokonać niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Owo „rozporządzenie mieniem” polega zaś na tym, że sąd, mocą autorytetu orzeczeń sądowych, przyznaje tytuł prawny – odnoszący się do określonej części spadku – dla każdego konkretnego spadkobiercy.

Z dogmatycznego punktu widzenia nie ulega wątpliwości, że ustawowa konstrukcja znamion oszustwa nie wyłącza możliwości ich realizacji przez zachowanie, które jest nastawione na podjęcie czynności oszukańczych wobec sądu, aby ten wydał – w zakresie swych uprawnień – orzeczenie skutkujące rozporządzeniem mienia. Warunkiem, który jasno rysuje się z kształtu znamion, jest natomiast to, aby istniała tożsamość osoby wprowadzonej w błąd i rozporządzającej mieniem⁴¹.

Innymi słowy, penalizowane przez art. 286 k.k. zachowanie spadkobiercy, świadomie nakierowane na zmianę stanu wynikającego z norm prawa spadkowego, stanowi w istocie o konstytutywności tego orzeczenia dla potrzeb procesu karnego, zaś pojęcie deklaratoryjności orzeczenia stwierdzającego nabycia spadku nie może stanowić skutecznej formy obrony przez odpowiedzialnością karną. Poglądy negujące szerokie rozumienie znamienia „rozporządza mieniem”, spotykane w praktyce stosowania prawa, należy

⁴¹ Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 37/03, LEX nr 140096.

poddać surowej krytyce, gdy zważy się na skutki takie orzeczenia wywołujące bezpośrednie naruszenie prawnie chronionego dobra przynależnego pokrzywdzonemu, jakim jest mienie mu należne z tytułu dziedziczenia.

Należy jednak wyraźnie rozróżnić sytuację zatajenia istnienia spadkobierców czy testamentu od nieudzielenia informacji o miejscu pobytu spadkobierców (za wyjątkiem dziedziczenia gospodarstw rolnych). Należy dostrzec, że to ostatnie postępowanie spadkobiercy pozostaje poza zakresem penalizacji, bowiem ustawodawca chroni interesy nieobecnych uczestników powołanych do dziedziczenia poprzez obowiązek badania sądu spadkowego z urzędu, kogo należy uznać za spadkobiercę po zmarłej osobie fizycznej.

Odnosząc się natomiast do aspektu procesowego w kontekście kwalifikacji prawnej zachowania spadkobiercy, który w sposób oszukańczy uzyskuje prawo do spadku poprzez zatajenie informacji o innych spadkobiercach, należy przyjąć kumulatywny zbieg przepisów, których znamiona są realizowane w warunkach czynu ciągłego, a więc wskazać na naruszenie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 233 § 6 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

Abstract

The author explores issues surrounding fraudulent activity of participants in probate proceedings, with specific focus on characteristics of the crime of perpetrating a fraud upon the court. Supreme Court rulings addressing cases in which such criminal acts were committed are reviewed, followed with the concept of perpetrating a fraud on the court as a qualified type of fraud under the Polish Criminal Code. The essence of such an act, consisting in convincing a judge by fraudulent means to wrongfully dispose of the deceased person's estate – either by falsifying information or concealing it – is explored in detail, as are several related doctrinal and procedural questions.

Wojciech Jasiński

Jawność wewnętrzna postępowania przygotowawczego w świetle propozycji nowelizacji kodeksu postępowania karnego

Jawność wewnętrzną postępowania karnego można zdefiniować jako zapewnienie bezpośredniego dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu podmiotom, które bronią w jego toku własnego interesu prawnego lub też działają jako przedstawiciele procesowi takich osób. Zagwarantowanie dostępu do informacji o toczącym się procesie może przybrać dwie formy. Po pierwsze, może ono polegać na umożliwieniu uczestnictwa w czynnościach postępowania. Po drugie, jawność wewnętrzna przejawia się także w zapewnieniu zainteresowanym podmiotom dostępu do akt postępowania.

Nie może ulegać wątpliwości, że zagwarantowanie jawności wewnętrznej postępowania jest istotne w toku jego wszystkich stadiów. *Prima vista* mogłoby się wydawać, że kluczowe znaczenie kwestia ta ma w postępowaniu jurysdykcyjnym. Przekonanie powyższe jest po części uzasadnione słuszną obserwacją, że z perspektywy modelowej postępowanie rozpoznawcze, a w szczególności rozprawa główna, stanowi punkt kulminacyjny procesu karnego. Postępowanie przygotowawcze natomiast, jak zresztą sama jego nazwa wskazuje, ma na celu wyłącznie dokonanie wstępnych ustaleń dotyczących kluczowych dla głównego przedmiotu procesu kwestii oraz zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu. Nie można jednak przeoczyć, że w praktyce znaczenie postępowania przygotowawczego i dokonywanych w jego ramach czynności procesowych, w szczególności o charakterze dowodowym, jest niebagatelne. Bardzo często bowiem to ustalenia dokonane na tym etapie postępowania mają w sprawie decydujące znaczenie i są one w zasadzie wyłącznie odtwarzane przed sądem¹. Nie można zatem uznać, że zagadnienie

¹ Jeszcze dalej ustawodawca idzie w przypadku trybów konsensualnych, w ramach których zasadą jest brak postępowania dowodowego i oparcie się przed sądem na dowodach zebranych i utrwalonych w postępowaniu przygotowawczym.

jawności wewnętrznej śledztwa i dochodzenia ma drugoplanowy charakter. Z tego też względu warto przyrzeć się tej problematyce i to zarówno z perspektywy obowiązującego stanu prawnego, jak i w szczególności przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projektu ustawy z 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw², który ma przynieść gruntowną reformę polskiego procesu karnego. Ze względu na ramy niniejszego opracowania analiza jawności wewnętrznej postępowania przygotowawczego zostanie zawężona wyłącznie do kwestii udziału w czynnościach oraz dostępu do akt postępowania przygotowawczego stron oraz ich przedstawicieli procesowych. Pomijam zatem zagadnienie udziału w postępowaniu przygotowawczym innych podmiotów, które mają własny interes prawny w zapadających w tym stadium postępowania rozstrzygnięciach. To ostatnie zagadnienie, choć bez wątplenia ważne, ma jednak z perspektywy modelowej znaczenie drugoplanowe.

Odnosząc się do problematyki udziału stron w czynnościach postępowania przygotowawczego, należy zauważyć w pierwszej kolejności, że jego zakres zależy przede wszystkim od założonych celów tej fazy postępowania oraz modelowego ukształtowania relacji między postępowaniem przygotowawczym a postępowaniem głównym. Podstawową bowiem kwestią, która determinuje wybór optymalnego modelu udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w czynnościach śledztwa i dochodzenia, jest ustalenie, w jakim stopniu możliwe jest oparcie się przez sąd na ustaleniach poczynionych w ich toku. Względem na wymóg rzetelności postępowania karnego, która z natury rzeczy musi obejmować przecież także fazę przygotowawczą procesu³, uniemożliwia akceptację modelu, w którym dowody byłyby zbierane w postępowaniu przygotowawczym bez udziału stron, a następnie stanowiłyby jedyny lub decydujący materiał, na którym sąd opierałby swoje rozstrzygnięcie. Przyjęcie takiego rozwiązania byłoby powrotem do założeń procesu inkwizycyjnego, który jaskrawo kontrastuje z podstawowymi wartościami współczesnego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Rodzi się zatem pytanie, w jakim zakresie informacje zebrane w postępowaniu przygotowawczym powinny być utrwalane i następnie wykorzystywane w toku postępowania sądowego. Nie ma na nie jednej i prostej odpowiedzi. Udzielenie jej w dużej bowiem mierze zależy od wyboru,

² Projekt ustawy z 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl>.

³ Wyraźnie potwierdza to w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka. Por. np. wyrok z 24 listopada 1993 r., *Imbrioscia v. Szwajcaria*, skarga 13972/88, § 36–38.

w swej naturze aksjologicznego, podejmowanego przez ustawodawcę. Wpływ na niego ma także określona tradycja karnoprocesowa, której hołduje dany porządek prawny. Wydaje się jednak, że można wskazać zależność, która w toku udzielania odpowiedzi na wskazane pytanie powinna być kluczowa. Otóż im mniej informacji uzyskanych w toku śledztwa albo dochodzenia może stanowić dowód, tym mniejsza jest potrzeba, a nawet sens, zapewniania udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w czynnościach przygotowawczego stadium procesu. Jeżeli zatem przyjąć system, w którym np. przesłuchanie świadka może nastąpić wyłącznie w toku postępowania jurysdykcyjnego, to mijałoby się z celem zapewnienie możliwości udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w toku rozpytania przeprowadzonego przez Policję w postępowaniu przygotowawczym. Jeżeli jednak świadek może złożyć w postępowaniu przygotowawczym zeznania, które utrwalone w protokole mogą zostać odczytane na rozprawie, nawet w przypadku braku możliwości ponownego przesłuchania świadka przed sądem, to kwestia dopuszczenia stron i ich przedstawicieli procesowych do udziału w czynności przesłuchania ma istotne znaczenie z perspektywy rzetelności przeprowadzenia tego dowodu. Wskazana zależność wydaje się kluczową determinantą, która powinna kształtować rozwiązania normatywne regulujące udział stron oraz ich przedstawicieli procesowych w czynnościach postępowania przygotowawczego.

Analizując unormowania kodeksu postępowania karnego z 1997 r.⁴, można dostrzec, że ustawodawca w szerokim zakresie dopuszcza możliwość ujawniania na rozprawie dowodów utrwalonych w postępowaniu przygotowawczym i pozwala na oparcie rozstrzygnięcia w sprawie na takich właśnie dowodach. Tym samym oczywiste jest, że kodeks gwarantuje podejrzanemu i pokrzywdzonemu możliwość wzięcia udziału w czynnościach śledztwa oraz dochodzenia. Przynajmniej na gruncie normatywnym uprawnienie to ma obecnie dość szeroki zakres⁵. Można oczywiście przyjętym uregulowaniom zarzucać, że dopuszczenie stron i ich przedstawicieli procesowych do innych niż wnioskowane oraz niepowtarzalne czynności postępowania przygotowawczego jest w praktyce w dużym stopniu zależne od ocennych przesłanek zawartych w art. 317 § 2 k.p.k. To zaś otwiera organom prowadzącym postępowanie przygotowawcze możliwość nadużywania

⁴ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

⁵ Szczegółową analizę tego problemu przedstawiłem w innym miejscu. Por. W. Jasiński, *Udział stron, obrońców i pełnomocników w czynnościach postępowania przygotowawczego – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2010, nr LXXXII, s. 139–154.

prawa do odmowy stronom i ich przedstawicielom procesowym udziału w czynności. Rzecz jednak w tym, że trudne byłoby skonstruowanie takiego modelu udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w czynnościach postępowania przygotowawczego, który nie opierałby się w jakimkolwiek stopniu na przesłankach ocennych. Prokurator powinien bowiem w pewnych okolicznościach dysponować możliwością odmowy dopuszczenia zainteresowanych podmiotów do udziału w czynnościach dowodowych. Obecnemu modelowi można także zarzucać, że dowody są przeprowadzane przez prokuratora lub nadzorowane przez niego organy ścigania, a więc pod kontrolą podmiotu, który w toku postępowania sądowego staje się stroną. Dostrzegając powyższe ograniczenia, warto jednak odnotować, że wprowadzenie rozwiązań je równoważących (np. możliwości złożenia zażalenia na rozstrzygnięcie o niedopuszczeniu do udziału w czynności śledztwa lub dochodzenia, możliwości wnioskowania o przeprowadzenie dowodu przed sądem) przyczynia się do przedłużenia postępowania przygotowawczego. To zaś paradoksalnie ani nie leży w interesie jego stron, które mają prawo do rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie, ani też nie sprzyja właściwej relacji między studium przygotowawczym i rozpoznawczym postępowania. Im bowiem dłuższe postępowanie przygotowawcze, tym mniejsze szanse, że rozpoznawanie sprawy przed sądem nie będzie w praktyce ograniczone wyłącznie lub w znacznej mierze do wtórnej analizy materiału zgromadzonego w śledztwie lub dochodzeniu. Z tej zatem perspektywy obecny model zapewniający udział stron w czynnościach przeprowadzanych przez organy postępowania przygotowawczego nie jest rozwiązaniem, które należałoby ocenić bezwzględnie krytycznie. Przynajmniej na poziomie normatywnym ma on pewne zalety⁶. Jest jednak faktem, że z perspektywy możliwości przeprowadzenia w toku postępowania przygotowawczego dowodu przez niezależny sąd (sędziego) obecne rozwiązania, jako niezmiernie wąskie, mogą budzić istotne wątpliwości⁷.

Należy zatem postawić pytanie, czy istniejące przepisy regulujące przebieg czynności w postępowaniu przygotowawczym i udział w nich stron

⁶ Na marginesie warto jednak zauważyć, że badania empiryczne wskazują w praktyce na znikomy udział stron oraz ich przedstawicieli procesowych w czynnościach postępowania przygotowawczego. Por. K. Nowicki w: *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012, s. 443–459.

⁷ Por. np. rozwiązania niemieckie, austriackie czy włoskie analizowane w: C. Kulesza, *Przemodelowanie postępowania karnego*, s. 9–34, opinia sporządzona na zorganizowaną 30 marca 2010 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego konferencję „Model postępowania przygotowawczego i sądowego”, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawakarnego/konferencje/rok-2010/>.

oraz ich przedstawiciele procesowych są optymalne. Pytanie to zyskuje na aktualności jeżeli zważyć, że Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przygotowała projekt reformy, którego głównym celem jest daleko idące przemodelowanie polskiego procesu karnego. Zmiany, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu, miałyby objąć także postępowanie przygotowawcze. Jednym bowiem z deklarowanych celów nowelizacji jest „przemodelowanie – w zakresie niezbędnym dla zbudowania modelu kontradiktoryjnej rozprawy – postępowania przygotowawczego, zwłaszcza w zakresie celów, do osiągnięcia których to postępowanie zmierza”⁸. Warto zatem przyrzeć się, w jaki sposób Komisja Kodyfikacyjna zamierza ukształtować nowy model postępowania przygotowawczego.

Jak precyzuje Komisja Kodyfikacyjna, „proponowany model postępowania opiera się na założeniu, że czynności dowodowe postępowania przygotowawczego mają – co do zasady – stworzyć podstawę skargi oskarżycielskiej (przeprowadzane są dla oskarżyciela, a nie dla sądu), a jedynie wyjątkowo – w takim zakresie, w jakim przeprowadzenie dowodu przed sądem nie będzie możliwe – wykorzystywane będą przez sąd jako podstawa ustalania faktów sprawy”⁹. Powyższe wyraźnie wskazuje zatem, że Komisja Kodyfikacyjna przewiduje, iż głównym forum prowadzenia postępowania dowodowego stanie się kontradiktoryjna rozprawa główna. Takie założenie nie powinno budzić kontrowersji. Zbyt bowiem daleko idąca redukcja, czy wręcz deprecjacja, znaczenia rozprawy głównej na pewno nie leży w interesie wymiaru sprawiedliwości. Nietrudno jednak zauważyć, że dzisiejsze realia polskiego procesu karnego odbiegają od założenia Komisji Kodyfikacyjnej. Rozprawa główna jest bowiem często jedynie miejscem weryfikacji ustaleń dowodowych dokonanych w śledztwie lub dochodzeniu¹⁰. Dzieje się to ze szkodą dla rzetelności, a także szybkości, prowadzonego postępowania. Prześledzenia wymaga zatem, w jaki sposób założony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego cel miałby się ziścić. Najprostsza nasuwająca się odpowiedź to stwierdzenie, że zmianie

⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 5, <http://bip.ms.gov.pl>.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 7–8.

¹⁰ Takie stanowisko zostało także wyrażone przez SSN Dariusza Świeckiego w opinii sporządzonej na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego. Por. D. Świecki, *Model postępowania przygotowawczego i sądowego*, s. 3–5, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/konferencje/rok-2010/>. Pogląd ten jest także podzielany w doktrynie. Por. R.A. Stefański, *Krytycznie o obecnym modelu postępowania przygotowawczego*, w: *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 165.

muszą ulec przepisy regulujące prowadzenie postępowania przygotowawczego. Problem jednak w tym, że modyfikacji w przepisach dotyczących tego stadium procesu jest w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej niewiele. Nie dokonano bowiem żadnych zmian w uregulowaniach odnoszących się do przeprowadzania dowodów w postępowaniu przygotowawczym i możliwości udziału w tych czynnościach podejrzanego i pokrzywdzonego. Proponowane modyfikacje nie obejmują także organów dokonujących czynności dowodowych w śledztwie czy dochodzeniu. Jedyna dotycząca omawianej materii zmiana – nowelizacja art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. – nie ma w zasadzie żadnego praktycznego znaczenia. Przepis art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., a także związany z nim pkt 4, choć z teoretycznego punktu widzenia istotny, ma jednak w praktyce znikomą wagę. Istotnie był on modyfikowany od wejścia w życie kodeksu postępowania karnego z 1997 r. już cztery razy i trudno dostrzec, aby przekładało się to w jakikolwiek sposób na prowadzenie postępowań przygotowawczych. Warstwa normatywna regulująca przebieg śledztwa i dochodzenia pozostaje zatem w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej w swej istocie niezmieniona. Skoro więc przepisy ustawowe nie ulegną żadnym zmianom, a wykształcona na ich podstawie praktyka prowadzenia postępowań przygotowawczych przeczy przyjętemu przez Komisję Kodyfikacyjną założeniu, to nie sposób dociec, na jakiej podstawie Komisja zakłada, że informacje zebrane w toku postępowania przygotowawczego będą – co do zasady – wyłącznie materiałem wspierającym oskarżenie, a nie podstawą ustaleń faktycznych w sprawie. W świetle projektu założenie takie jawi się bardziej w kategoriach życzeń niż możliwego do osiągnięcia celu¹¹. Można oczywiście spierać się, na ile obecny

¹¹ Na marginesie można zwrócić także uwagę na fragment uzasadnienia projektu nowelizacji, w którym stwierdzono, że „[o]czywiście, Komisja ma pełną świadomość, że założenie powyższe [że czynności dowodowe postępowania przygotowawczego mają, co do zasady, stanowić wyłącznie podstawę skargi oskarżycielskiej – W.J.] nie może prowadzić do rezygnacji z dokonywania i dokumentowania czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym, albowiem może to w oczywisty sposób spowodować utrudnienia dla osiągnięcia celów postępowania, w szczególności wówczas, gdy w grę wchodzi dowody z natury swojej «niepowtarzalne», albo ślady (w tym pamięciowe) ulegające zacieraniu z biegiem czasu. Stąd też propozycji ukształtowaniu nowego modelu kontradyktoryjnego postępowania sądowego nie towarzyszą postulaty gruntownych zmian modelowych w obrębie postępowania przygotowawczego” (Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 7). Powyższe wytłumaczenie braku gruntownych zmian w modelu postępowania przygotowawczego trudno zrozumieć w świetle założeń Komisji Kodyfikacyjnej. Z oczywistego bowiem faktu, że przynajmniej czynności niepowtarzalne muszą zostać utrwalone, w żaden sposób nie wynika wniosek, iż obecny model postępowania przygotowawczego jest właściwy.

kształt postępowania przygotowawczego jest wynikiem wadliwości praktyki funkcjonowania organów ścigania, a na ile jest wypadkową niewłaściwego ukształtowania przepisów karnoprocesowych. Wydaje się jednak, że bez ingerencji w warstwę normatywną trudno będzie zmienić dotychczasowy sposób prowadzenia śledztw i dochodzeń.

Warto zauważyć, że brak zmian w odniesieniu do czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym i udziału w nich stron oraz ich przedstawicieli procesowych nie wydaje się zasadny z jeszcze dwóch innych powodów. Po pierwsze, skoro Komisja Kodyfikacyjna wypracowała projekt zakładający fundamentalne zmiany w polskim procesie karnym, to odkładanie nowelizacji postępowania przygotowawczego nie jest dobrym wyjściem. Lepiej byłoby zmiany te przeprowadzić łącznie. Ich zaniechanie spowoduje bowiem, że na przestrzeni najbliższych lat nie będzie szansy na reformę postępowania przygotowawczego. Trudno podejrzewać, że decydenci polityczni zdecydują się na dwa fundamentalne przemodelowania procesu karnego następujące po sobie w krótkich odstępach czasu. Słuszne bądź niesłuszne argumenty przeciwko niestałości regulacji karnoprocesowych staną temu prawdopodobnie skutecznie na przeszkodzie. Po drugie, i to racja istotniejsza, zwiększenie kontrydiktoryjności postępowania – jako główny cel nowelizacji przepisów karnoprocesowych – ma największy sens w przypadku, gdy na rozprawie dominują dowody pierwotne. Kontrydiktoryjność traci natomiast w dużej mierze swoje zalety w sytuacji, gdy istotną częścią materiału dowodowego są dowody pochodne (głównie odczytywane protokoły czynności dokonanych w postępowaniu przygotowawczym). Tym samym wprowadzona reforma może nie spełnić pokładanych w niej nadziei.

W świetle powyższych uwag należy postulować dokonanie istotnych zmian w odniesieniu do sposobu przeprowadzania czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym i udziału w nich stron postępowania. Szczegółowe rozwiązania wymagają wnikliwej dyskusji zarówno teoretyków, jak i praktyków. Ich ogólny kierunek został jednak przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego wyznaczony właściwie. Jest nim, akceptowane także w doktrynie¹², odejście od założenia, że gromadzony w postępowaniu przygotowawczym materiał dowodowy ma służyć sądowi. Powinien on przede wszystkim stanowić materiał dla oskarżyciela, a zasadniczo tylko w sytuacji, gdy przeprowadzenie danego dowodu na rozprawie byłoby niemożliwe (np. z powodu charakteru tego dowodu, wpływu

¹² Por. np. R.A. Stefański, *Przyszły model postępowania przygotowawczego*, „Ius Novum” 2009, nr 1, s. 28.

czasu koniecznego na zgromadzenie materiału dowodowego niezbędnego do skierowania aktu oskarżenia do sądu), powinno odbyć się jego utrwalenie dla sądu. Wprowadzone rozwiązania normatywne muszą być zatem skonstruowane w sposób, który będzie sprzyjał praktycznej realizacji tego założenia. Z przyjętymi zaś w tej materii rozwiązaniami ściśle powinny być powiązane przepisy regulujące jawność wewnętrzną postępowania przygotowawczego.

Rozwijając powyższe założenie, należy stwierdzić, że refleksji wymaga w pierwszej kolejności zmodyfikowanie unormowań dotyczących form postępowania przygotowawczego. Powinno ono zmierzać do tego, aby między śledztwem a dochodzeniem, w zakresie sposobu gromadzenia materiału dowodowego, zaistniały jakościowe, a nie tylko ilościowe różnice. Śledztwo powinno być zatem prowadzone w tych sprawach, które w związku ze swoim charakterem są czasochłonne i wymagają protokolarnego utrwalenia większości materiału dowodowego w sposób, który zapobiegnie jego utracie. Dochodzenie natomiast powinno obejmować te czyny, które nie wymagają skomplikowanego postępowania dowodowego. Można byłoby w jego toku utrwalać ważne procesowo informacje w postaci możliwie syntetycznych notatek urzędowych¹³. W przypadku natomiast przesłuchania osobowych źródeł dowodowych forma utrwalenia mogłaby przybrać podobną do stosowanego w Anglii i Walii *witness statement*¹⁴. Zgromadzone w ten sposób informacje służyłyby jako materiał wspierający skargę oskarżyciela. Co do zasady nie stanowiłyby zaś materiału, na którym sąd mógłby oprzeć swoje rozstrzygnięcie. Ten ostatni uzyskiwany byłby w toku kontradyktoryjnej rozprawy. Należy jednak zaznaczyć, że utrwalone w uproszczony sposób w postępowaniu przygotowawczym informacje (notatki urzędowe, oświadczenia świadków) powinny zostać dopuszczone jako dowód przed sądem, jeżeli strona, której dotyczą (w praktyce oskarżony), wyraziłaby na to zgodę¹⁵.

¹³ Por. W. Jasiński, *Udział...*, s. 139–154. Nie dotyczyłoby to jednak czynności niepowtarzalnych. W tym miejscu biorąc pod uwagę brak możliwości ponownego przeprowadzenia czynności, należałoby udokumentować ją możliwie najdokładniej.

¹⁴ W doktrynie proponuje się także utrwalanie informacji przekazanych przez świadków w postaci notatek urzędowych. Por. R.A. Stefański, *Krytycznie...*, s. 165; D. Świecki, *Model...*, s. 8–10. To jednak rozwiązanie, ze względu na fakt, że notatkę urzędową sporządza organ procesowy bez kontroli osoby składającej oświadczenie, może budzić wątpliwości odnośnie do rzetelności i precyzji utrwalanych informacji. Z tej zatem perspektywy oświadczenie świadka wydaje się bardziej wiarygodnym sposobem utrwalenia przekazywanych przez niego informacji.

¹⁵ Oczywiście należałoby pomyśleć także o wprowadzeniu szczególnych i precyzyjnie określonych wyjątków od konieczności wyrażenia zgody przez

Nie można zgodzić się z poglądem, że zaproponowane powyżej uproszczenie postępowania karnego jest niecelowe, a wystarczające byłoby rozszerzenie stosowania w dochodzeniu tzw. protokołów skróconych¹⁶. Jeżeli tak by miało być, to istniejący już obecnie art. 325h k.p.k., który w dość szerokim zakresie pozwala korzystać z instytucji protokołu skróconego, przyczyniłby się do przyspieszenia dochodzenia i nie byłoby potrzeby, aby Komisja Kodyfikacyjna zastanawiała się nad przemodelowaniem także stadium przygotowawczego procesu¹⁷. Obserwacja praktyki nie wskazuje jednak, aby protokół skrócony miał dostrzegalny wpływ na przebieg postępowania przygotowawczego. Dlatego też wiara w to, że jego szersze stosowanie będzie miało taki skutek, jest trudna do uzasadnienia¹⁸. Celowe wydaje się zatem wprowadzenie rozwiązania normatywnego, które w wyraźny sposób zaznaczyłoby odrębność sposobów utrwalania istotnych

oskarżonego na dopuszczenie dowodu ze wskazanych dokumentów (np. w przypadku niemożliwej do przewidzenia śmierci świadka, itp.). Na marginesie można także zauważyć, że takie rozwiązanie pozwoliłoby skutecznie korzystać z instytucji skazania bez rozprawy, gdyż eliminowałoby konieczność utrwalania wszystkich czynności protokolarne w sytuacji, w której oskarżony zdecydowałby się na skazanie bez rozprawy (utrwalanie protokolarne, które proponowałem w: W. Jasiński, *Udział...*, s. 153–154, spotkało się ze słuszną krytyką C. Kuleszy, który wskazał, że prowadziłoby to do niepotrzebnego przedłużenia postępowania – por. C. Kulesza, *Przemodelowanie...*, s. 40). Możliwość dowodowego wykorzystania notatek urzędowych oraz oświadczeń świadków, wbrew podnoszonym obawom (C. Kulesza, *Przemodelowanie...*, s. 40), wcale nie zwiększyłaby w sposób drastyczny niebezpieczeństwa błędnych skazań. Różnica polegałaby bowiem wyłącznie na sposobie dokumentowania dokonanych czynności, a nie na dokumentowanej treści. Wiara w to, że protokół sam w sobie stanowi, w przeciwieństwie do notatki urzędowej, gwarancję wiarygodności jego zawartości, jest przesadzona. Pogląd ten jest może uzasadniony w przypadku dokumentowania oświadczeń osobowych źródeł dowodowych, ale wprowadzenie w tym przypadku konstrukcji podobnej do *witness statement* zapewniłoby wiarygodność sposobu ich utrwalania. Ponadto można zauważyć, że w przypadku porozumień procesowych sąd nie przeprowadza postępowania dowodowego, a zatem możliwość weryfikacji, czy to treści protokołów, czy też treści notatek urzędowych, jest w równym sposób ograniczona.

¹⁶ C. Kulesza, *Przemodelowanie...*, s. 41–42.

¹⁷ Innym przykładem uproszczenia przewidzianego w dochodzeniu, które w praktyce nie przyczyniło się w istotny sposób do usprawnienia tego stadium procesu karnego, jest treść art. 325e § 1 zd. 2 k.p.k.

¹⁸ Znamienne zresztą, że sam C. Kulesza nie wskazuje racji na poparcie tego twierdzenia. Obserwację dotyczącą nieefektywności instytucji protokołu skróconego potwierdza w swojej opinii sporządzanej na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego D. Świecki – por. D. Świecki, *Model...*, s. 9.

w sprawie informacji w postępowaniu przygotowawczym i które zarazem skuteczniej oddziaływałyby na świadomość organów ścigania w tej materii.

Ściśle sprzężone z powyższymi założeniami byłyby regulacje dotyczące udziału stron oraz ich przedstawicieli procesowych w czynnościach postępowania przygotowawczego. Podmiotom tym należałoby zapewnić możliwość wzięcia udziału w czynnościach, które są utrwalane na potrzeby później toczącego się postępowania jurysdykcyjnego. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia byłoby jedynie określenie, przed jakim organem dowody te powinny być przeprowadzane (prokurator, organ ścigania, sąd) oraz jakie byłyby podstawy odmowy dopuszczenia strony do udziału w czynności postępowania przygotowawczego. Strony oraz ich przedstawiciele procesowi nie mieliby natomiast możliwości brania udziału w czynnościach, które byłyby utrwalane na potrzeby oskarżenia w formie uproszczonej. Brak ten byłby jednak rekompensowany niemożnością oparcia się przez sąd na uzyskanych w ten sposób informacjach oraz zapewnieniem udziału stron w przeprowadzaniu dowodów na kontradyktoryjnej rozprawie głównej.

Alternatywą dla zaproponowanego powyżej modelu mogłoby być wprowadzenie jednolitej formy postępowania przygotowawczego i uzależnienie sposobu utrwalania określonych czynności dowodowych od decyzji prokuratora prowadzącego (nadzorującego) postępowanie. *Mutatis mutandis* znalazłyby w tym przypadku zastosowanie proponowane powyżej rozwiązania dotyczące udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w czynnościach dowodowych. Takie jednak podejście – w porównaniu do modelu opierającego się na obecnych, choć istotnie zmodyfikowanych, formach postępowania przygotowawczego – wydaje się być mniej przejrzyste i może generować dodatkowe obciążenia dla prokuratorów.

Przy wyborze wariantu zachowującego dwoistość formy postępowania przygotowawczego ważną kwestią jest rozstrzygnięcie, które sprawy powinny być prowadzone jako dochodzenie, a które jako śledztwo. Przyjęte rozwiązanie powinno być, w odróżnieniu od obecnego, maksymalnie elastyczne i nie bazować w zasadzie wyłącznie na charakterze i wadze czynu zabronionego (art. 309 pkt 1 k.p.k., art. 325b k.p.k.) oraz charakterystyce osoby podejrzanej (art. 309 pkt 2 i 3 k.p.k., art. 325c k.p.k.). To bowiem przede wszystkim od poziomu skomplikowania sprawy powinien zależeć sposób przeprowadzania czynności procesowych. Okoliczności te powinny być oceniane nie tylko *in abstracto*, ale także *in concreto*. Musi zatem istnieć mechanizm, który oprócz podziału ustawowego pozwoliłby prokuratorowi dostosować formę prowadzonego postępowania do istniejących w danej sprawie potrzeb. Wprowadzone w omawianym zakresie przez Komisję Kodyfikacyjną zmiany są niewystarczające. Projekt zawiera bowiem

wyłącznie, słuszną skądinąd, propozycję uchylecia przepisu art. 309 pkt 2 i 3 k.p.k. Konieczne byłoby jednak gruntowne przemyślenie ustawowego podziału spraw na te, w których jest prowadzone śledztwo i dochodzenie oraz uwzględnienie w nim nie tylko czynów stypizowanych w kodeksie karnym¹⁹, ale także tych, które są uregulowane w ustawach szczególnych. Dopiero taka żmudna analiza pozwoliłaby racjonalnie zorganizować system, przede wszystkim według kryterium standardowego poziomu skomplikowania spraw o dany czyn zabroniony²⁰.

Podsumowując, można żałować, że Komisja Kodyfikacyjna nie podjęła się gruntownej reformy postępowania przygotowawczego i nowego ukształtowania problematyki udziału stron i ich przedstawicieli procesowych w czynnościach postępowania przygotowawczego. Można zauważyć, że krok taki był proponowany we wszystkich trzech opiniach, które Komisja Kodyfikacyjna zamówiła na potrzeby analizy tej problematyki²¹. Zmiany w przepisach regulujących postępowanie przygotowawcze wydają się przynajmniej pożądane, a ich brak może negatywnie odbić się także na osiągnięciu zamierzonego przez projektodawców celu w postaci zwiększenia kontrydiktoryjności rozprawy głównej.

Drugą formą zapewnienia jawności wewnętrznej postępowania przygotowawczego jest umożliwienie stronom oraz ich przedstawicielom procesowym dostępu do akt sprawy. Zagadnieniu temu poświęcono już w literaturze wiele uwagi. Nie ma zatem potrzeby szerokiego omawiania aktualnego stanu prawnego. W tym miejscu warto jednak podnieść dwie kwestie. Po pierwsze, wydaje się, że zasadniczo nie budzi kontrowersji główne założenie dotyczące udostępniania akt postępowania przygotowawczego, którym jest uzależnienie go od zgody organu prowadzącego postępowanie. Po drugie, kwestią rodzącą wątpliwości, w tym konstytucyjne, jest dostęp do tej części akt postępowania przygotowawczego, w której są zawarte dowody

¹⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

²⁰ Dlatego też nie zasługuje na aprobatę propozycja D. Świeckiego, który proponuje, aby w śledztwie były prowadzone wyłącznie sprawy o zbrodnie. Por. D. Świecki, *Model...*, s. 8. Propozycja ta hołduje klasycznemu podziałowi spraw na sprawy o większym i mniejszym ciężarze gatunkowym, bez uwzględnienia faktu, że sprawy o zbrodnie wcale nie muszą wymagać prowadzenia skomplikowanego postępowania dowodowego.

²¹ Por. opinie C. Kuleszy, J. Skorupki oraz D. Świeckiego (<http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/konferencje/rok-2010/>) dotyczące modelu postępowania przygotowawczego i sądowego. Choć różniły się one w zakresie proponowanych zmian, to jednak żadna nie uznała obowiązującego modelu za odpowiedni.

będące podstawą kierowanego przez prokuratora wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania²².

Komisja Kodyfikacyjna przygotowała w omawianym zakresie daleko idące zmiany. Zasadniczym trzonem nowelizacji jest dążenie do usunięcia najważniejszych wątpliwości związanych z udostępnianiem podejrzanemu i jego obrońcy tej części akt postępowania przygotowawczego, która zawiera dowody wskazane we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania. Przyjętą w nowelizacji zasadą jest ich pełna jawność (art. 156 § 5a projektu). Dodatkowo w art. 249a projektu przewiduje się, że podstawę orzeczenia o zastosowaniu albo przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić jedynie ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Sąd uwzględnia z urzędu także okoliczności, których prokurator nie ujawnił, po ich ujawnieniu na posiedzeniu, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego.

Przyjęte rozwiązanie bez wątpienia realizuje postulat zapewnienia podejrzanemu i jego obrońcy realnej obrony w toku rozstrzygania w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Eliminuje także podejrzenia o możliwość instrumentalnego wykorzystywania przesłanek z obecnego art. 156 § 5a k.p.k. Jest to zatem rozwiązanie z perspektywy prawa do obrony bardzo dobre. Można jednak zauważyć, że bez wątpienia będzie ono rodziło także wątpliwości. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie potencjalne sytuacje, w których zastosowanie tymczasowego aresztowania byłoby celowe, ale ujawnienie podejrzanemu materiałów będących podstawą dla takiej decyzji mogłoby narazić na szwank efektywność prowadzonych w toku

²² Por. m.in.: P. Hofmański, *Dostęp do akt postępowania przygotowawczego. Uwagi na tle nowelizacji art. 156 k.p.k.*, w: *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 567–579; P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu a prawo wglądu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania, czyli historia jednej nowelizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 89–113; P. Kardas, P. Wiliński, *O niekonstytucyjności odmowy dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, „Palestra” 2008, nr 7–8, s. 23–35; J. Skorupka, *W kwestii dostępu tymczasowo aresztowanego do wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym na marginesie orzeczeń sądów powszechnych*, „Palestra” 2008, nr 7–8, s. 36–51; J. Skorupka, *Prawo tymczasowo aresztowanego do znajomości wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz do dostępu do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym*, w: *Adwokatura wobec najnowszych zmian prawa sądowego*, red. J. Giezek, Warszawa 2008, s. 99–116; M. Wąsek-Wiaderek, *Dostęp do akt sprawy oskarżonego tymczasowo aresztowanego i jego obrońcy w postępowaniu przygotowawczym – standard europejski a prawo polskie*, „Palestra” 2003, nr 3–4, s. 55–71.

postępowania czynności operacyjno-rozpoznawczych lub procesowych albo być zagrożeniem dla zdrowia czy życia świadków. Przyjęte rozwiązanie może więc negatywnie odbić się na skuteczności działania organów ścigania oraz bezpieczeństwie uczestników postępowania. To, na ile wskazane powyżej zagrożenia są realne, a na ile są one wyolbrzymione, może zweryfikować jedynie praktyka. Na tym etapie można co najwyżej postulować o wnikliwą refleksję nad wprowadzaną nowelizacją.

Zaproponowana przez Komisję Kodyfikacyjną zmiana treści art. 156 k.p.k. nie rozwiązuje jednak wszystkich istotnych problemów pojawiających się na gruncie dostępu do akt postępowania przygotowawczego. W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje, że obejmuje ona swoim zakresem dostęp do akt wyłącznie w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz na mocy odesłania w art. 203 § 2 zd. 2 projektu w toku orzekania przez sąd o stosowaniu obserwacji psychiatrycznej. Otwarta pozostaje zatem kwestia możliwości wglądu do akt sprawy w przypadku dokonywania przez sąd innych czynności w postępowaniu przygotowawczym. Chodzi w tym miejscu głównie o postępowanie zażaleniowe, w szczególności w przedmiocie stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Słusznie w doktrynie wskazuje się, że zagadnienie to zasługuje na kompleksowe uregulowanie²³. Taki krok byłby celowy nie tylko przez wzgląd na prawa stron, ale także z perspektywy modelowej. Spory dotyczące charakteru akt sprawy w toku czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym, a także spory odnośnie do charakteru wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania²⁴, wyraźnie dowodzą, że kwestia ta powinna zostać przez ustawodawcę kompleksowo rozwiązana. Przecięłoby to również doktrynalne wątpliwości i uporządkowałoby sytuację procesową osób uczestniczących w czynnościach sądu w postępowaniu przygotowawczym.

Po drugie, można wnioskować o uzupełnienie katalogu podmiotów, którym jest gwarantowany dostęp do akt postępowania przygotowawczego o osobę, pod której pieczęą podejrzany pozostaje. Osoba ta, zgodnie z art. 76 k.p.k., może podejmować na korzyść nieletniego podejrzanego wszelkie czynności procesowe. Efektywność dokonywania tych ostatnich jest jednak nierzadko uzależniona od możliwości wcześniejszego wglądu do akt postępowania. Skoro zatem ustawodawca w art. 76 k.p.k. zrównuje

²³ P. Hofmański, *Dostęp...*, s. 573–575.

²⁴ Por. J. Skorupka, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 września 2011 r. (II AKp 18/11 oraz II AKp 19/11)*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2012, nr 1, s. 64–74.

status tej osoby z przedstawicielem ustawowym oskarżonego, to brakuje podstaw do różnicowania ich sytuacji na gruncie art. 156 § 5 k.p.k.²⁵

Po trzecie, wątpliwości budzi spójność terminologiczna proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną zmian. Słusznie w art. 156 § 1 projektu posłużono się ogólnym terminem „kopia” zamiast widniejącym w obecnym stanie prawnym sformułowaniem „odpis”. Jak można podejrzewać, celem ustawodawcy było objęcie terminem „kopia” nie tylko możliwości sporządzania notatek z akt sprawy, ale także przecięcie sporów doktrynalnych oraz wątpliwości praktycznych w zakresie możliwości sporządzenia we własnym zakresie fotokopii akt sprawy²⁶. Dostrzec jednak należy, że w dalszych jednostkach redakcyjnych art. 156 k.p.k. ustawodawca nie stosuje konsekwentnie nowej terminologii. Dodany § 1a przewiduje, że udostępnieniu podlegają także akta postępowania przygotowawczego w części, w jakiej nie zostały przekazane sądowi, a uprawnionym podmiotom umożliwia się ich elektroniczne utrwalenie. Takie sformułowanie rodzi niepotrzebne wątpliwości odnośnie do tego, czy uprawniony podmiot mógłby sporządzić ręczne notatki z tej części udostępnianych akt. Wykładnia literalna zdaje się wskazywać, że nie ma takiej możliwości, skoro ustawodawca dopuszcza wyłącznie ich *verba legis* elektroniczne utrwalenie. Trudno jednak dociec, jakie względy miałyby uzasadniać takie rozstrzygnięcie.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że przepis art. 156 § 4 projektu niesłusznie stanowi o „sporządzaniu odpisów i kopii”. Skoro bowiem w projekcie w art. 156 § 1 posłużono się wyłącznie terminem „kopia”, to powstaje pytanie, dlaczego w § 4 utrzymano termin „odpis”. Takie ujęcie rodzi niepotrzebne wątpliwości odnośnie do relacji między oboma sformułowaniami i prowadzi do wątpliwych funkcjonalnie wniosków o niemożności sporządzania odpisów na podstawie art. 156 § 1 k.p.k. W świetle powyższego celowe byłoby zatem ujednoczenie stosowanej terminologii.

Można również zauważyć, że niezmieniony w projekcie pozostaje przepis art. 156 § 5 k.p.k. Ten jednak w obecnym stanie prawnym przewiduje możliwość sporządzania odpisów i kserokopii. Ponownie zatem pojawia się pytanie, dlaczego w przepisie tym mowa jest o odpisach. Dodatkowo zastanawia również, dlaczego możliwość sporządzania kopii została ograniczona wyłącznie do kserokopii. Na wszystkie te pytania trudno jest znaleźć satysfakcjonujące wytłumaczenie. Celowe byłoby zatem usunięcie wskazanych rozbieżności terminologicznych.

²⁵ Por. analogiczny postulat sformułowany na gruncie postępowania sądowego – W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego*, w: *Jawność procesu...*, s. 294–295.

²⁶ Por. W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna...*, s. 299–300.

Na sygnalizację zasługuje także kwestia nowelizacji art. 156 § 5a k.p.k. Dostrzec można bowiem, że projektowana zmiana tego przepisu (podobnie zresztą jak i jego obecne brzmienie) dopuszcza wyłącznie udostępnienie części akt sprawy zawierającej dowody, które prokurator powołuje we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Takie ujęcie tego przepisu zdaje się wskazywać, że niedopuszczalne jest sporządzanie kopii udostępnionej części akt. Brakuje jednak chyba przekonujących racji, aby takie rozwiązanie uznać za zasadne. Skoro bowiem poszczególne karty w aktach sprawy są stronie ujawniane, to trudno wskazać względy, które przemawiałyby za odmową ich kopiowania. I w tym więc zakresie można postulować stosowną zmianę.

Warto zwrócić także uwagę na proponowaną w projekcie zmianę brzmienia art. 156 § 6 k.p.k. Delegacja ustawowa do wydania rozporządzenia dotyczącego wysokości opłat za sporządzane na wniosek strony kopie akt uściśla, że opłaty te określa się, mając na uwadze koszty wykonania takich kopii i odpisów. Unormowanie to zasługuje na aprobatę, gdyż uwzględnia podnoszone już wcześniej w doktrynie zastrzeżenia dotyczące wysokości obecnie pobieranych opłat²⁷.

Na zakończenie refleksji nad dostępem stron do akt postępowania przygotowawczego krótkiego komentarza wymaga także przepis art. 321 k.p.k. Ustanawia on szczególne uprawnienie gwarantujące możliwość zapoznania się z materiałem zgromadzonym w śledztwie i dochodzeniu przed jego zamknięciem. W przygotowanym projekcie Komisja Kodyfikacyjna proponuje modyfikację brzmienia tego przepisu. Zmierza ona do zrównania uprawnień podejrzanego oraz pokrzywdzonego w zakresie końcowego zaznajomienia z aktami postępowania. Propozycję tę należy ocenić pozytywnie. Nie przyczyni się ona do przedłużenia postępowania, a zagwarantuje równość stron śledztwa i dochodzenia.

Podsumowując uwagi dotyczące zagadnienia dostępu do akt postępowania przygotowawczego, należy zauważyć, że wprowadzenie proponowanego przez Komisję Kodyfikacyjną przepisu art. 156 § 5a k.p.k. wymaga pogłębionej dyskusji. Racje będące na szali w omawianym przypadku są zbyt poważne, aby decyzja w tej materii okazała się po jej wprowadzeniu zbyt pochopna. Ponadto celowe byłoby uporządkowanie stosowanej w projekcie nowelizacji art. 156 k.p.k. terminologii tak, aby kwestia zakresu uprawnień stron do utrwalania zawartych w aktach sprawy treści nie budziła wątpliwości.

²⁷ Por.: W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 446; W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna...*, s. 303.

Abstract

Internal openness in criminal proceedings, understood as access to information concerning proceedings underway for those with an immediate legal interest in such information, is an important element in the investigative phase of such proceedings. Although attempting to reform the fundamental assumptions governing trials, the Codification Commission is criticized by the author for failing to apply new solutions during the pre-trial period; it is argued that the omission of serious reform in the investigative phase will hamper efforts to improve criminal courts' activities, as well as being to the detriment of internal openness. Several suggestions for improvement are offered.

Ryszard Jaworski

Poligraficzny test „wydobywczy” przy poszukiwaniu ciała ofiary zabójstwa

Oskarżenie o zabójstwo prawie zawsze jest oparte na wynikach oględzin ciała oraz sekcji zwłok. W polskiej praktyce kryminalistycznej zdarzały się jednak przypadki wniesienia oskarżenia o spowodowanie śmierci człowieka mimo braku ciała ofiary. Zapewne najbardziej znanym z nich jest sprawa zaginięcia w 1970 r. kobiety w Płocku, w której to sprawie oskarżonym był niejaki Zygmunt Bielaj vel Iwan Śleszko¹. Po zaginięciu kobiety do jej męża były przysyłane anonimowe listy z żądaniem okupu za uwolnienie żony. Szantażysta nie podjął jednak okupu, dostrzegając zapewne przygotowaną zasadzkę. Na podstawie ekspertyz tych listów ustalono i zatrzymano ich autora. Nie przyznawał się on do uprowadzenia kobiety i pisania anonimów. Mimo poszukiwań zaginionej kobiety ani jej ciała nie znaleziono. W akcie oskarżenia prokurator zarzucił oskarżonemu spowodowanie śmierci kobiety. Jednak sąd uznał, że nie można wykluczyć zgonu kobiety z innych przyczyn, na przykład z powodu zawału, co było prawdopodobne z uwagi na wiek i stan zdrowia uprowadzonej. Według sądu zebrane dowody wykazały na uprowadzenie kobiety (sprawca wywabił ją z domu, a rozpoznał go potem mąż kobiety), jej uwięzienie (dwóch świadków widziało kobietę w domu oskarżonego) oraz wymuszenie rozbójnicze (pisał listy okupowe). Za czyny te sąd skazał go na 15 lat pozbawienia wolności. W tej sprawie brak ciała denatki stanowił ujemną przesłankę procesową do skazania za zabójstwo.

¹ Por: J. Gurgul, *Wybrane aspekty kryminalistyczno-procesowe śledztwa przeciwko Iwanowi Śleszce vel Zygmunтови Bielajowi*, „Problemy Kryminalistyki” 1975, nr 116; także J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon? Na tle sprawy Iwana Śleszko vel Zygmunta Bielaja*, Szczytno 1992. Przypadek ten był też opisywany w prasie prawniczej – zob. J. Gurgul, *Sprawa Iwana Śleszki vel Zygmunta Bielaja*, „Gazeta Prawnicza” 1985, nr 24, 1986 nr 1–9.

W zakresie rozstrzygania wątpliwości kodeks postępowania karnego z 1969 r.² zawierał art. 3 § 3 o treści: „Niedających się usunąć wątpliwości nie wolno rozstrzygać na niekorzyść oskarżonego”³. W przypadku oskarżenia o zabójstwo, mimo nieodnalezienia ciała pokrzywdzonego, sąd poszukiwałby odpowiedzi na pytania: Czy śmierć pokrzywdzonej jest niewątpliwa? Czy doszło do zgonu w okolicznościach, jakie wykazuje oskarżenie? Czy ofiara miała szansę przeżycia? W początkowej części zdania mowa jest o „niedających się usunąć wątpliwościach”. A zatem istotne byłyby też odpowiedzi na pytanie: „Co uczyniono dla odnalezienia zwłok?” albo nawet na pytanie dalej idące: „Czy uczyniono wszystko, co jest możliwe, dla usunięcia wątpliwości?”

Jedną z możliwości odnalezienia zwłok lub przedmiotów należących do zabitego jest przeprowadzenie badania poligraficznego osoby podejrzewanej, podczas którego stosuje się tzw. „testy wydobywcze” określane też jako „testy z nieznanym rozwiązaniem”. Pytania tych testów zawierają określenia sposobów usunięcia ciała (spalenie, zakopanie itp.) lub miejsc ukrycia (las, budynek, studnia itp.). Innym wariantem testu jest okazywanie badanemu kolejnych sektorów na mapie lub na szkicu terenu. Przeszukanie miejsca, odnośnie do którego wystąpiły u badanego największe zmiany parametrów fizjologicznych, może prowadzić do odnalezienia zwłok lub innych dowodów.

Sprawą, w której użyto takich testów, a jednocześnie mimo braku ciała ofiary nastąpiło skazanie za zabójstwo, jest przypadek z 1 marca 1979 r., kiedy podczas powrotu ze szkoły w Oławie zaginęła dziewięcioletnia Beata K. Rodzice zgłosili jej zaginięcie w godzinach popołudniowych, gdy tylko nie pojawiła się w domu o oczekiwanej porze⁴. Czynności poszukiwawcze podjęto tego samego dnia, przy użyciu m.in. psów tropiących. Doprowadziły one do nad Odrę w pobliżu oczyszczalni ścieków. Znaleziono tam na śniegu ślady butów dziecka i osoby dorosłej, wstążkę do włosów i guzik. Według rodziców guzik pochodził z płaszcza zaginionej. Dziecka nie znaleziono. Tego samego dnia ustalono też rysopis możliwego sprawcy uprowadzenia; koleżanki szkolne zaginionej opisały wygląd mężczyzny, który nagabywał

² Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.).

³ Obecnie jest to art. 5 § 2 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), który ma następujące brzmienie: „Niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”.

⁴ Zob. sprawę Prokuratury Powiatowej w Oławie, Ds. 70/79, wyrok Sądu Wojewódzkiego we Wrocławiu, III K 104/79, wyrok SN z 25 sierpnia 1980 r., II Kr 192/80, OSNKW 1981, nr 5, poz. 49.

je, aby zaprowadziły go na teren oczyszczalni ścieków. Ustalono, że człowiek o takim wyglądzie jest zatrudniony w firmie wykonującej na terenie Oławy roboty przy oczyszczalni ścieków. Mieszkał on we Wrocławiu. Następnego dnia został on zatrzymany. Zabezpieczono odzież, którą miał na sobie w dniu poprzednim. Na jego spodniach i kalesonach stwierdzono obecność krwi ludzkiej nie pochodzącej – jak się okazało – od niego. Podejrzany początkowo przyznał jedynie fakt pójścia z dziewczynką nad rzekę, utrzymując, że sama wpadła do wody i utonęła. W toku kolejnego przesłuchania przyznał się do jej uprowadzenia, dokonania wobec niej czynu nierządowego i wepchnięcia do rzeki. Podał, że majtki ofiary wrzucił do zbiornika oczyszczalni. Podtrzymał te wyjaśnienia po przedstawieniu zarzutu zabójstwa. Podczas wizji lokalnej przedstawił przebieg zdarzenia; zgadzało się to z rodzajem i usytuowaniem wcześniej znalezionych śladów.

Wyjaśnienia podejrzanego odnośnie do wepchnięcia dziecka do rzeki wcale nie musiały być zgodne z prawdą. Dlatego czynności w celu odnalezienia ciała prowadzono nie tylko w rzece, ale i na jej brzegach. Nie dały one efektu. Prokurator, dążąc do sprawdzenia, czy podejrzany nie ukrył ciała w innym miejscu, wydał postanowienie o przeprowadzeniu ekspertyzy poli-graficznej. Podczas badania wykonałem wobec podejrzanego kilka różnych testów. W teście zasadniczym były pytania zmierzające do sprawdzenia, czy ukrywa jakieś informacje na temat zdarzenia z dziewczynką, czy podał prawdziwą przyczynę jej śmierci, czym usuwał krew pokrzywdzonej ze swojej odzieży (woda albo śnieg). Pozostałe testy zmierzały do sprawdzenia, czy podejrzany nie zastosował innych działań niż te, które podał. W literaturze przedmiotu takie testy są nazywane testami wydobywczymi⁷⁷ lub testami „z nieznanym rozwiązaniem”. W jednym z testów były wymieniane różne sposoby spowodowania śmierci (podejrzany utrzymywał, że ofiara sama wpadła do rzeki, potem wyjaśniał, że ją wepchnął do rzeki), różne miejsca ukrycia ciała (podejrzany twierdził, że ciało jest w Odrze), różne miejsca, w których mogła nastąpić śmierć dziecka (podejrzany podawał, że wpadła do rzeki, natomiast mogła stracić życie podczas gwałtu – wstrząs psychiczny, uduszenie). W każdym z tych testów na jedno z pytań – zgodne z jego wersją zdarzenia – badany odpowiadał twierdząco, a na pozostałe przecząco.

We wspomnianych testach dodatkowych zmiany parametrów fizjologicznych występowały u badanego po pytaniach o działania, które podał w swoich wyjaśnieniach, ale w niektórych testach także na inne możliwości. W opinii stwierdziłem: „Reakcje podczas testów wskazują że zdarzenie mogło mieć inny przebieg, niż podawał to badany. Przy ocenie reakcji w testach nr 2, 3 i 5 należy mieć na uwadze, że badany od kilkunastu tygodni

jest tymczasowo aresztowany i był kilkakrotnie przesłuchiwany. Natomiast w odniesieniu do testu nr 4 należy podnieść, że redakcja dwóch pytań, a mianowicie pytania nr 2 i nr 4, jest zbliżona do siebie i występowanie reakcji na pytanie nr 4 nie oznacza, że ofiara nie mogła zostać wrzucona do rzeki”.

Podczas penetracji terenu prowadzonej w ramach oględzin nie natrafiono na świeżo rozkopane miejsca, a powinny być one dobrze widoczne na tle resztek śniegu. Postanowiono mimo tego sprawdzić, czy sprawca nie zakopał gdzieś zwłok. Powołano w tym celu biegłego z zakresu termowizji. Metoda ta umożliwia wykrycie nawet minimalnych zmian w temperaturze gleby, spowodowane na przykład procesami gnilnymi zwłok, a nawet samym naruszeniem struktury gleby. Biegły po oględzinach terenu, w sierpniu 1979 r., stwierdził, że zastosowanie tej metody jest niecelowe, gdyż teren ma bardzo niejednorodną strukturę (różne wcześniejsze wykopy w pobliżu oczyszczalni). Biegły ocenił, że bardziej prawdopodobne byłoby wrzucenie ciała do zbiorników oczyszczalni ścieków (skoro wrzucił tam część odzieży, mógł wrzucić również zwłoki). Podjęto zatem decyzję o sprawdzeniu zawartości dwóch zbiorników. Miały one wysokość kilku, a średnicę kilkunastu metrów. Ponieważ nie można było ich całkowicie opróżnić, a ciało mogło się znajdować w osadach, wykonano „kotwicę”, za pomocą której „trałowano” zbiorniki. Niczego nie znaleziono.

Dnia 30 października 1979 r., czyli 8 miesięcy po zdarzeniu, prokurator wniosł do sądu akt oskarżenia o zabójstwo, mimo że ciała ofiary nie znaleziono⁵. Jeszcze przed sporządzeniem aktu oskarżenia podejrzany zmienił swoje wyjaśnienia – odwołał przyznanie się. Na rozprawie twierdził, że przyznał się, ponieważ był bity przez przesłuchujących. W celu ustalenia tego faktu sąd przesłuchał kilku mężczyzn, z którymi kolejno przebywał w areszcie. W swych zeznaniach nie potwierdzili oni, aby po powrocie z przesłuchań skarżył się na takie zachowanie milicjantów, nie widzieli też u niego sińców lub innych śladów pobicia. Paru z nich zeznało dodatkowo, że mówił im o wepchnięciu dziecka do wody. Sąd Wojewódzki skazał oskarżonego na karę 25 lat pozbawienia wolności⁶. Mimo względnie młodego wieku (27 lat) był już parokrotnie karany za inne przestępstwa. W uzasadnieniu wyroku sąd stwierdził: „Następnego dnia po zdarzeniu został zatrzymany. Równocześnie z zatrzymaniem zabezpieczono odzież, która miał na sobie w dniu poprzednim. W toku badań serologicznych, którym poddano odzież, stwierdzono na spodniach i kalesonach obecność

⁵ Prokurator przytoczył opinię z badania poligraficznego w wykazie dowodów. Sąd nie wzywał biegłego na rozprawę.

⁶ Wyrok Sądu Wojewódzkiego we Wrocławiu, III K 104/79, niepubl.

krwi ludzkiej – nie pochodzącej od oskarżonego. Wszczęte natychmiast wszechstronne i długotrwałe poszukiwania nie doprowadziły do odnalezienia zwłok dziecka – mimo przeczesań wzdłuż i w szerz w promieniu wielokilometrowym zarówno samej rzeki, jak i terenów przybrzeżnych. W akcji poszukiwawczej oprócz milicji brało udział wojsko, saperzy, pletwonurkowie itp. Przeprowadzono przy tym takie czynności, jakie tylko były możliwe przy wykorzystaniu nie tylko ludzi, ale i sprzętu technicznego. Czynności te – jak również poszukiwania dokonywane na własną rękę przez członków rodziny denatki – chociaż nie doprowadziły do odnalezienia zwłok, nie były całkowicie bezowocne. Już w pierwszym dniu użyty pies dotarł do Odry, do charakterystycznych śladów obuwia na śniegu (jeden ślad duży i obok drugi, mały dziecięcy) i do miejsca z wydeptanym śniegiem. Leżała tam wstążka do włosów dziewczynki. W toku późniejszej penetracji terenu odnaleziono leżący na trawie guzik od płaszcza dziecka, a dalej kupki kału z nadpalonymi kartkami książeczki oszczędnościowej PKO oskarżonego. Zwłok denatki nie odnaleziono, ale jak wynika z danych zawartych na s. 357–360, rzeka Odra niechętnie oddaje swe ofiary. Akt zgonu Beaty K. nie został jeszcze sporządzony. Nie można jednak ludzić się, że jakimś trafem została ona uratowana i pewnego dnia zjawi się cała i żywa. Przeprowadzone wszechstronne czynności poszukiwawcze, z ogłoszeniami prasowymi, komunikatami i zawiadomieniami skierowanymi do placówek służby zdrowia, przekreślają wszelkie nadzieje, że Beata K. znajduje się jeszcze *inter vivos*. W krajach anglosaskich z procedurą karną hołdującą zasadzie prawdy formalnej «koroner» nie wszczyna postępowania o umyślne zabójstwo, gdy nie ma zwłok ofiary i brak jest bezpośrednich dowodów zbrodni. W naszym kraju podstawowym zadaniem procesu karnego jest wykrycie prawdy materialnej. Stąd omawiana wyżej sytuacja nie stanowi ujemnej przesłanki procesowej, uniemożliwiającej ściganie R.K. o czyn z art. 148 § 1 k.k.”

Sąd Najwyższy utrzymał w mocy ten wyrok⁷. W uzasadnieniu przytoczył następujące dowody: „Na spodniach i kalesonach oskarżonego stwierdzono krew ludzką. Na rozprawie oskarżony nie potrafił w sposób rzeczowy wyjaśnić pochodzenia tej krwi. W śledztwie wyjaśniał, że spodnie pobrudził krwią wówczas, gdy leżał na Beacie K. i usiłował odbyć z nią stosunek. W pobliżu miejsca zdarzenia znaleziono guzik ofiary oderwany od futerka, w które pokrzywdzona była ubrana. Guzik ten i guzik przekazany przez rodziców, jako materiał porównawczy, są identyczne. Wbrew twierdzeniu rewizji na fotografii materiału poglądowego widoczne są nici. Na świeżym

⁷ Wyrok SN z 25 sierpnia 1980 r., II Kr 192/80, OSNKW 1981, nr 5, poz. 49.

śniegu (niezadeptanym) stwierdzono dwa ślady butów, jeden duży, drugi mały dziecienny i w tym miejscu na śniegu znaleziono wstążkę koloru granatowego, która została rozpoznana przez matkę jako ta wstążka, którą córka miała związane włosy. Wprawdzie nie można z całą pewnością stwierdzić, że ślady butów na śniegu były śladami odcisniętymi przez oskarżonego, ale ten fakt nie wyklucza, iż oskarżony był z pokrzywdzoną także w tym miejscu”.

Sąd Najwyższy nie rozważał znaczenia braku ciała denatki, z czego należy wnioskować o całkowitej aprobachie dla stanowiska Sądu Wojewódzkiego w tej kwestii.

Stan dowodowy opisanej sprawy różni się znacznie od przypadku Ślezki vel Bielaja z 1970 r. – w sprawie z Oławy istniały przede wszystkim dowody bezpośrednie i pierwotne, czyli przyznanie się podejrzanego do wrzucenia dziecka do wody oraz wyjaśnienia podejrzanego podczas eksperymentu z jego udziałem. Istniały też inne dowody na fakt główny – zeznania współaresztantów, którym mówił o wepchnięciu dziecka do rzeki. Sąd przeprowadził ponadto dowody mające wyjaśnić kwestię stosowania w śledztwie wobec podejrzanego niedozwolonych metod i ocenił, że jego przyznanie się nie było wymuszone.

Ponadto w tej sprawie istniała spójność dowodów osobowych (wyjaśnień podejrzanego) z rzeczowymi, a te z kolei okazały się powiązane z osobą zaginioną (guzik, wstążka). Ten łańcuch dowodowy okazał się istotny wobec braku ciała człowieka:

1. Pies prowadzący po śladach dziecka wskazał miejsce przebywania pokrzywdzonej, tam też znaleziono należące do niej przedmioty.
2. Kolejne miejsca wskazywane przez podejrzanego podczas eksperymentu zgadzały się z usytuowaniem śladów znalezionych podczas oględzin.
3. Istniały dowody potwierdzające stosowanie przemocy wobec pokrzywdzonej: fragmenty nici na guziku dowodziły wyrwania go z płaszcza ofiary, a krew na kałesonach i spodniach podejrzanego (wprawdzie wówczas nie można było wykazać, że należy ona do pokrzywdzonej) dowodziła faktu jej zgwałcenia.
4. Przyjmując za prawdziwy – za wyjaśnieniami podejrzanego – fakt wrzucenia dziecka do wody, trzeba mieć na uwadze, że temperatura rzeki była bliska zero stopni, płynęły nią duże tafle lodu. Swoim ciężarem prawie na pewno zniszczyły ciało dziecka. Nawet dorosły mężczyzna nie miałby szansy przeżycia

bez natychmiastowej pomocy. Należy przypomnieć, że w tych latach na Odrze odbywała się żegluga i znajdowane w rzece ciała były przeważnie rozkawałkowane przez płynące barki. W przypadku ciała dziecka mogły pozostać niewielkie fragmenty, trudne nawet do zauważenia.

Wymieniając czynności poszukiwawcze (i to nie wszystkie), sąd wskazał, że wyczerpano dostępne możliwości odnalezienia ciała. Decyzję prokuratora o próbie wykorzystania termowizji należy ocenić właśnie jako dążenie do wyczerpania wszystkich możliwości wyjaśnienia przebiegu zdarzenia, zwłaszcza odnalezienia ciała. Wrzucenie ciała do zbiorników oczyszczalni było prawdopodobne, skoro podejrzany – jak sam podał – wrzucił tam majtki pokrzywdzonej. Miejsce to sprawdzono wystarczająco dokładnie. Natomiast zakopanie ciała – z uwagi na porę roku – byłoby zauważalne już w trakcie poszukiwań dziecka, gdyż na śniegu byłyby zauważalne ślady czarnej gleby. Ponadto do zakopania byłoby potrzebne narzędzie (łopata, szpadel), którym sprawca nie dysponował. Wymagałoby to też kilkudziesięciu minut, a sprawca był w znacznym stopniu nietrzeźwość. A zatem próba wykorzystania termowizji nie miała uzasadnienia w wiedzy i doświadczeniu życiowym przeciętnego człowieka, a nawet była z nią sprzeczna. Miałaby jednak uzasadnienie, gdyby postawić pytanie: Czy wątpliwości odnośnie do śmierci dziecka dawały się usunąć?

Sąd Najwyższy wypowiedział się też na temat znaczenia wyników ekspertyzy poligraficznej: „Wprawdzie w czasie badań poligraficznych oskarżony na pytania oznaczone numerami 2, 3, 4 i 5 wykazał znaczną emocjonalność, której nie mógł opanować, co wskazuje, że zdarzenia, które podał, mogły mieć inny przebieg, ale nie można z tego wyciągać wniosku, że «gwałtu na dziewczynce nie było»”⁸.

Decyzję prokuratora o przeprowadzeniu ekspertyzy poligraficznej (podobnie jak próbę wykorzystania termowizji) należy rozpatrywać w kontekście starań o poszukiwanie ciała pokrzywdzonej. W zasadzie w sytuacji przyznania się podejrzanego przydatność takiego badania jest bowiem wątpliwa (chyba, że odwoła on swoje wyjaśnienia). Badania poligraficzne okazały się w tej sprawie mało przydatne, a nawet – jak wynika z fragmentu uzasadnienia Sądu Najwyższego – wprowadziły do dotychczasowych ustaleń więcej wątpliwości, niż było ich wcześniej. Mogły stać się argumentem podważającym akt oskarżenia. Przede wszystkim kazus ten może być

⁸ Uzasadnienie wyroku SN z 25 sierpnia 1980 r., II Kr 192/80, OSNKW 1981, nr 5, poz. 49, s. 8.

przyczynkiem do rozważań na temat sposobu przeprowadzenia testów „wydobywczych” w przypadku wcześniejszego przyznania się badanej osoby.

Teoretycy z dziedziny badań poligraficznych uznają, że diagnostyczne znaczenie testów „wydobywczych” polega na wystąpieniu zmian na jedną z możliwości wymienianych w takim teście. Ansley Norman pisze: „Testy «poszukiwawcze» są stosowane do lokalizacji dowodów lub ustalenia współników. Przy konstrukcji testu najbardziej prawdopodobne możliwości powinny być w środku listy. Należy umieścić w teście wszystkie możliwości. Można używać map lub innych bodźców wizualnych”⁹. Natomiast ich znaczenie dowodowe polega na odnalezieniu zwłok lub przedmiotów. David T. Lykken pisze: „Test wydobywczy SPOT jest uzasadnieniem sam dla siebie w sytuacji, gdy prowadzi do odkrycia ważnych dowodów materialnych albo uzyskuje się za jego pomocą przekonujące przyznanie. Zwykle wystąpienie znaczącej reakcji na jakąś pozycję z listy jest samo w sobie po prostu niejednoznaczne i nie daje uprawnionych podstaw do jakichkolwiek konkluzji i wniosków na temat prawdomówności badanego”¹⁰.

Według Makoto Nakayamy testy SPOT są często przeprowadzane w Japonii, jeśli niemożliwe jest opracowanie testu CIT. Najczęściej są to przypadki nagłego zniknięcia jakiegoś człowieka. Gdy wersja samobójstwa bądź ucieczki jest wykluczona, to rozważana jest wersja zabójstwa. Detektywi badają motywy, typują podejrzanych i proponują im poddanie się badaniom poligraficznym. Pytania testu mogą dotyczyć dat ostatniego spotkania z zaginionym, możliwych motywów zabójstwa, sposobu zabójstwa lub miejsca ukrycia ciała. Ten ostatni test może polegać na okazywaniu mapy z czytelnym podziałem na poszczególne części. Jeśli jedna seria zawiera więcej niż siedem pytań, powinna zostać podzielona na dwie. Niektórzy badający zawierają chwytliwe pytania w rodzaju „inne miejsce niż te wymienione”, na samym końcu sekwencji. Jednak takie pytanie jest inne od poprzednio zadanych i reakcja na nie nie jest znacząca¹¹.

Ten problem rozważa się jednak w przypadkach, gdy podejrzewany całkowicie neguje swój udział w zdarzeniu. Uwagi teoretyków odnośnie do wystąpienia u sprawcy reakcji na jeden szczegół nie potwierdzają się w praktyce; z moich obserwacji wynika, że nawet ci, którzy po badaniu przyznali się, przeważnie nie wykazywali w teście reakcji na szczegół,

⁹ A. Norman, *The History and Accuracy of Guilty Knowledge and Peak of Tension Tests*, „Polygraph” 1992, nr 3, s. 195.

¹⁰ D.T. Lykken, *A Tremor in the Blood*, New York 1981, s. 148 i n.

¹¹ M. Nakayama, *Practical Use of the Concealed Information Test for Criminal Investigation in Japan*, w: *Handbook of Polygraph Testing*, red. M. Kleiner, London 2002, s. 58.

który później sami ujawnili. Jednocześnie zapisy parametrów fizjologicznych tych osób w takim teście świadczyły o występowaniu u nich bardzo silnych emocji, większych nawet niż podczas testu zasadniczego¹². Problem ujęty w takim teście (ukrycie ciała, przedmiotów należących do ofiary itp.) powodował u niektórych emocje, które psychologowie oceniliby zapewne jako objawy paniki. Natomiast dla osób nietrafnie wytypowanych test taki okazywał się neutralny emocjonalnie: ich oddech był regularny, a zapisy ciśnienia krwi oraz przewodnictwa elektrycznego skóry wskazywały na spadek aktywacji¹³. Można więc twierdzić, że zapisy tego typu testów pozwalają dokładniej „zdiagnozować” problem podstawowy, czyli potwierdzić lub wykluczyć związek badanej osoby ze zdarzeniem. Nie jest zaś uzasadnione oczekiwanie wystąpienia reakcji po jednym z pytań. Może to być zawodne. A zatem znaczenie diagnostyczne powinny mieć objawy ogólnego pobudzenia emocjonalnego – jeśli jest ono większe, niż w teście zasadniczym, to związek badanego z zabójstwem jest bardziej prawdopodobny. Natomiast spadek aktywacji emocjonalnej badanego jest przesłanką do wniosku przeciwnego.

Drugie spostrzeżenie dotyczy sytuacji, gdy podejrzany przyznaje się chociażby częściowo i podaje różne okoliczności zdarzenia, wówczas test „wydobywczy” powinien być raczej wykonany w wersji „milczących odpowiedzi”. Nie zmniejszy to trafności testu, o czym świadczy eksperyment wykonany w Japonii: w wersji „milczących odpowiedzi” reakcje na pytanie krytyczne takiego testu wystąpiły u 87,5% uczestników eksperymentu, a gdy ci sami badani udzielali odpowiedzi przeczących po wszystkich pytaniach, to reakcje na pytanie krytyczne wystąpiły u 90,2% osób¹⁴. Różnica w wynikach pomiędzy oboma wersjami testu jest więc znikoma¹⁵.

Opisany przypadek jest przyczynkiem do oceny celowości zastosowania testów „wydobywczych” w sytuacji przyznania się podejrzanego, a przede wszystkim – jeśli dojdzie do badania poligraficznego – techniki ich wykonania (powinna to być wersja „milczących odpowiedzi”).

¹² Por. R. Jaworski, *Further Investigation Supports the Accuracy of Polygraph Examinations*, „Journal of Forensic Identification” 2006, nr 5, s. 913–932.

¹³ Por. R. Jaworski, *Multi-subject polygraph examination*, Wrocław 2008, s. 35–44, 73.

¹⁴ H. Ohkawa, *Comparison of Physiological Response of „Yes”, „No”, and „Mute” Conditions In Peak of Tension Test*, „Reports of the National Institute of Police Science” 1963, s. 1–4.

¹⁵ Brakuje informacji o poziomie ogólnej aktywacji emocjonalnej badanych, zapewne nie była ona wysoka, ponieważ ekspert badał swoich kolegów z miejsca pracy. Warto zauważyć, że u 10% badanych nie wystąpiły istotne zmiany.

Abstract

Two cases from the 1970s are discussed in respect of the application of polygraph examinations. The author provides examples of using polygraph to “mine” information from a murder suspect when the location of the victim’s remains is unknown. Apart from the obvious importance of such information for the victim’s loved ones, the lack of a body can complicate the case against the defendant. The suspect’s levels of emotional agitation and excitement serve as an indicator of such a puzzle’s solution, yet it is not always necessary to have the victim’s corpse in order to obtain a conviction.

Wojciech Kociubiński

Rozpoznanie sprawy podczas nieobecności oskarżonego na rozprawie jako przesłanka bezwzględneho powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.

Prawo oskarżonego do obecności na rozprawie jest podstawowym elementem konstytucyjnej zasady prawa do obrony (art. 42 ust 2 Konstytucji RP) będącej wyrazem recepcji ogólnego standardu rzetelnego procesu wynikającego z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹. Zgodnie ze wzorcem wynikającym z tego przepisu Konwencji z prawa udziału w rozprawie przed sądem I instancji korzysta każda osoba oskarżona o czyn zagrożony karą². Także Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych w art. 14 stanowi, że prawo oskarżonego do obrony jest jedną z najważniejszych zasad i gwarancji oskarżonego, przewidując m.in., że ma on prawo obecności na rozprawie i bronięcia się osobiście lub przez obrońcę³.

Kodeks postępowania karnego z 1997 r.⁴ utrzymuje wprowadzoną w poprzednim stanie prawnym zasadę obowiązkowego udziału oskarżonego w rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.) oraz przyznaje mu prawo, także jak poprzednio, uczestniczenia we wszystkich czynnościach postępowania

¹ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

² Zob. wyroki ETPCz: z 12 lutego 1985, *Colloza v. Włochy*, skarga 9024/80, § 27; z 25 listopada 1997 r., *Zana v. Turcja*, skarga 18954/91, § 66–73; z 2 marca 1987 r., *Monnell i Moris v. Zjednoczone Królestwo*, skargi 9562/81 i 9818/82; z 19 grudnia 1989 r., *Brozicek v. Włochy*, skarga 10964/84, § 43–46; zob. także J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Cort of Human Rights*, Manchester 1993, s. 108.

³ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

⁴ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

dowodowego (art. 390 § 1 k.p.k.)⁵. Wyjątki od zasady obowiązkowego udziału oskarżonego w rozprawie głównej może określać tylko ustawa (art. 374 § 1 k.p.k.), a naruszenie tej zasady jest uchybieniem o randze bezwzględnego powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., skutkującym koniecznością uchylenia orzeczenia przez sąd odwoławczy, niezależnie od granic zaskarżenia i treści podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia. Trzeba przy tym zauważyć, że w przeciwieństwie do analogicznego przepisu art. 388 pkt 9 k.p.k. z 1969 r., art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. nie wymaga dodatkowego wykazania (ustalenia), aby przez nieobecność na rozprawie oskarżony został pozbawiony możliwości obrony⁶. Ustawodawca wprowadza w ten sposób swoiste domniemanie, że każda nieobecność oskarżonego na rozprawie pozbawia go możliwości obrony. Domniemanie to może zostać obalone tylko w sytuacjach oczywistych (niewątpliwych), kiedy wydany podczas jego nieobecności wyrok będzie dla niego najbardziej korzystny z możliwych. Takim będzie np. wyrok uniewinniający z powodu niepopelnienia przez oskarżonego zarzucanego mu czynu⁷. Stąd słusznie w art. 439 § 2 k.p.k. dodano, że uchylenie orzeczenia jedynie z powodów określonych w § 1 pkt 9–11 może nastąpić tylko na korzyść oskarżonego.

Wyjątki, kiedy sąd może prowadzić rozprawę pod nieobecność oskarżonego, można podzielić na takie, w których następuje to wbrew woli oskarżonego, który chce być obecny na rozprawie, ale ze względu na szczególne okoliczności jest to chwilowo niewskazane i z tego powodu musi opuścić salę rozpraw, oraz takie, w których nieobecność oskarżonego na rozprawie jest wyrazem wyłącznie jego woli. Wyjątki, które zaliczymy do pierwszej grupy, związane jedynie z sytuacyjną nieobecnością oskarżonego, zostały unormowane w art. 375 § 1 k.p.k. i art. 390 § 2 k.p.k. Kodeks powtarza w tych przepisach rozwiązania poprzedniego stanu prawnego, które są oczywiste i niezbędne dla utrzymania porządku rozprawy głównej, zachowania powagi sądu oraz przeprowadzenia postępowania dowodowego umożliwiającego dojście do prawdy.

Do drugiej grupy, w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu zwyczajnym, należy zaliczyć natomiast wyjątki wskazane w art. 376 § 1–3

⁵ Artykuły 321 § 1 i 336 § 1 ustawy z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.), dalej: k.p.k. z 1969 r.

⁶ Odmiennie K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 420.

⁷ Zob. uchwałę SN z 17 września 1991 r., I KZP 14/91, OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 11.

k.p.k. i art. 377 § 1–5 k.p.k. Z nimi też najczęściej łączy się uchybienie stanowiące bezwzględny powód odwoławczy z art. 439 §1 pkt 11 k.p.k.

W stosunku do poprzedniego stanu prawnego możliwości prowadzenia rozprawy przed nieobecność oskarżonego, przewidziane w obu wskazanych wyżej przepisach, uległy znacznemu poszerzeniu. Takie zmiany wymusiła praktyka, spotykając się coraz częściej z obstrukcyjnym wykorzystywaniem przez oskarżonych prawa do obecności na rozprawie. Także w literaturze zwracano uwagę, że niepokojącym zjawiskiem zakłócającym prawidłowy przebieg postępowań karnych – a mogącym prowadzić w drastycznych sytuacjach, występujących w poszczególnych sprawach, nawet do swoistego paraliżu wymiaru sprawiedliwości – jest występujące od dłuższego już czasu, zawinione przez oskarżonych, wprawianie się w stan niezdolności do udziału w rozprawie (lub posiedzeniu) np. przez samouszkodzenie czy upijanie się przebywających na wolności oskarżonych w terminie obowiązkowego stawiennictwa, czy też po prostu stawianie oporu funkcjonariuszom starającym się doprowadzić oskarżonego do sądu⁸.

Unormowania art. 376 i 377 k.p.k. stanowią wyraz właściwego pojmowania zasady wyrażonej w art. 374 § 1 k.p.k. W istocie przepis ten nie nakłada na oskarżonego przymusu obecności zawsze na całej rozprawie, na każdym terminie, która tylko w określonym układzie faktycznym może być konieczna i stąd zawarte w art. 374 § 1 i 2 k.p.k. uprawnienie sądu do zatrzymania oskarżonego i doprowadzenia go na rozprawę stanowi o prawie oskarżonego uczestniczenia w rozprawie. Oskarżonemu należy zawsze zapewnić możliwość skorzystania z prawa udziału w rozprawie, natomiast nie można go zmuszać, aby z prawa tego korzystał, gdy nie chce on tego w sposób stanowczy i oczywisty⁹. Dlatego też z aprobatą należy odnieść się do propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dokonania zmiany art. 374 § 1 k.p.k., polegającej na odwróceniu dotychczasowej reguły zawartej w tym przepisie, przez wyeliminowanie totalnego obowiązku obecności oskarżonego na rozprawie i wprowadzeniu przepisu, że obecność na rozprawie jest prawem oskarżonego¹⁰.

Na podstawie art. 376 § 1 k.p.k., który jako jedyny z omawianej grupy przepisów powtarza dyspozycję przepisu kodeksu postępowania karnego z 1969 r. (art. 323), sąd może kontynuować rozprawę pod nieobecność

⁸ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 643.

⁹ Por. A. Murzynowski, *Ogólna charakterystyka nowego kodeksu postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 8, s. 15; zob. też postanowienie SN z 27 maja 2002 r., V KK 298/01, LEX nr 53335.

¹⁰ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i innych ustaw, www.ms.gov.pl.

oskarżonego, gdy ten po złożeniu wyjaśnień¹¹ opuścił salę rozpraw bez zezwolenia przewodniczącego. Warunkiem zastosowania art. 376 § 1 k.p.k. jest bezsporne i pewne ustalenie, że oskarżony oddalił się z sali rozpraw dobrowolnie. Jak wskazuje się w doktrynie, zachowuje aktualność stanowisko judykatury przyjęte na tle art. 323 k.p.k. z 1969 r. podkreślające, że zachowanie się oskarżonego umożliwiające stosowanie tego przepisu (obecnie art. 376 § 1 k.p.k.) musi być wynikiem realizowania jego woli nieuczestniczenia w rozprawie lub zamiaru utrudnienia lub zgoła uniemożliwienia postępowania sądowego; sąd musi dysponować niespornym ustaleniem, że o samowolnym opuszczeniu sali zdecydował sam oskarżony, a nie przyczyny obiektywne¹². Reguła wyrażona w art. 376 § 1 k.p.k. ma zastosowanie także w sytuacji nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżonego na rozprawę odroczoną lub przerwana, gdy o jej terminie został prawidłowo powiadomiony (art. 376 § 2 k.p.k.), a w sprawie złożył już wyjaśnienia.

Możliwość prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego na podstawie art. 376 § 2 k.p.k. jest zależna od spełnienia jednocześnie trzech warunków:

- 1) złożenia przez oskarżonego wyjaśnień lub skorzystania z prawa do milczenia na podstawie art. 175 k.p.k.;
- 2) prawidłowego zawiadomienia oskarżonego o terminie rozprawy odroczonej lub przerwanej;
- 3) niestawienia się na rozprawę bez usprawiedliwienia.

Odnosnie warunku pierwszego – przepis art. 376 § 2 k.p.k. nie ma zastosowania do oskarżonego, który przed odroczeniem lub przerwaniem rozprawy nie złożył wyjaśnień¹³. W orzecznictwie przyjmuje się, że pojęcie „złożenie wyjaśnień” w rozumieniu art. 376 § 1 i 2 k.p.k. oznacza wyłącznie złożenie przez oskarżonego wyjaśnień na rozprawie. Nie obejmuje natomiast odtworzenia przez odczytanie na rozprawie wyjaśnień, które oskarżony złożył w toku postępowania przygotowawczego¹⁴. Akceptując to stanowisko, trzeba od razu dodać, że warunek złożenia wyjaśnień na rozprawie spełnia także

¹¹ Uwzględniając prawo oskarżonego do milczenia (art. 175 § 1 zd. 1 k.p.k.), „złożenie wyjaśnień”, w rozumieniu art. 376 § 1 k.p.k., to także oświadczenie oskarżonego na rozprawie, że z prawa tego korzysta.

¹² Zob. P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2007, s. 399–400 i cytowane tam orzecznictwo.

¹³ Konsekwencją proponowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego modyfikacji art. 374 k.p.k. jest propozycja zmiany art. 376 § 2 k.p.k. przez uchylenie ograniczenia możliwości kontynuowania rozprawy przerwanej i odroczonej do sytuacji, w których oskarżony złożył wyjaśnienia.

¹⁴ Wyrok SN z 6 czerwca 2011 r., V KK 174/11, LEX nr 817563.

odczytanie oskarżonemu na rozprawie jego wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym na podstawie art. 389 § 1 k.p.k., gdy pouczony przez przewodniczącego stosownie do art. 386 § 1 k.p.k. oświadczył, że korzysta z prawa do milczenia wyrażonego w art. 175 k.p.k.

Jeśli chodzi o drugi warunek – oskarżony musi być prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej¹⁵. Warunek ten koresponduje z art. 117 § 2 k.p.k., który stanowi, że czynności nie przeprowadza się, jeżeli osoba uprawniona nie została o niej powiadomiona. Ustawa w tej części nie wprowadza żadnego szczególnego sposobu powiadomienia oskarżonego o terminie rozprawy odroczonej lub przerwanej. Może być to zatem zarówno forma wezwania na podstawie przepisów zawartych w rozdziale 15 k.p.k., jak i zawiadomienie dokonane w trybie art. 402 § 1 k.p.k.

Nie wywołuje wątpliwości prawidłowość zawiadomienia przez przewodniczącego obecnego na rozprawie oskarżonego, który został poinformowany o kolejnym terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej w trybie art. 402 § 1 k.p.k., co zostaje odnotowane w protokole rozprawy.

Inaczej kwestia ta przedstawia się, gdy z powodu nieobecności na rozprawie oskarżonego art. 402 § 1 k.p.k. nie ma zastosowania i o kolejnym terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej zawiadamia się go w sposób przewidziany w rozdziale 15 k.p.k.

Wątpliwe jest w szczególności, czy za skuteczne można uznać zawiadomienie oskarżonego o terminie rozprawy wysłane na adres jego zamieszkania lub inny wskazywany przez niego adres dla doręczeń, jeżeli pod adresem tym nie przebywa z powodu pozbawienia go wolności w innej sprawie, o czym sąd prowadzący sprawę nie miał wiedzy.

¹⁵ W dobrym kierunku idzie propozycja Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego zmiany art. 402 k.p.k. przez wprowadzenie przepisu, że jeżeli przewodniczący, zarządzając przerwę w rozprawie, oznaczy jednocześnie czas i miejsce dalszego ciągu rozprawy, osoby obecne na rozprawie przerwanej, których obecność była obowiązkowa, są zobowiązane stawić się w nowym terminie bez wezwania. Natomiast inne osoby uprawnione do stawiennictwa nie muszą być zawiadamiane o nowym terminie, nawet jeżeli nie uczestniczyły w rozprawie przerwanej. Aktualny – na podstawie obecnych przepisów – obowiązek doręczenia oskarżonemu wezwania w trybie przepisów zawartych w rozdziale 15 k.p.k. na każdy nowy termin rozprawy przerwanej, wyznaczony podczas jego nieobecności, w tym także, gdy po złożeniu wyjaśnień opuścił salę rozpraw, oświadczając, że nie ma zamiaru uczestniczyć w dalszej części rozprawy, w nieuzasadnionym stopniu zabezpiecza prawa oskarżonego, przy całkowitym pominięciu tego, iż postawienie w stan oskarżenia łączy się także z określonymi obowiązkami i fakt ten wymaga od takiej osoby zainteresowania się własną sprawą sądową, co sąd, przed którym toczy się postępowanie, powinien móc egzekwować.

Tak rysująca się wątpliwość wymaga najpierw zauważenia, że żaden przepis kodeksu postępowania karnego nie nakłada na oskarżonego obowiązku powiadomienia sądu o fakcie pozbawienia go wolności w innej sprawie. Obowiązku takiego nie można zwłaszcza ustalić na podstawie treści art. 75 § 1 k.p.k., który ma zastosowanie tylko do oskarżonego pozostającego na wolności. Jednoznacznie wypowiedział się na ten temat także Sąd Najwyższy. W wyroku z 3 września 2009 r. stwierdził wprost, że ustawa nie nakłada na oskarżonego obowiązku powiadomienia sądu o pozbawieniu go wolności¹⁶.

Stwierdzenie powyższego ma kluczowe znaczenie dla oceny skuteczności doręczenia oskarżonemu wezwania na rozprawę w trybie art. 132 § 2 k.p.k. lub 139 k.p.k.

Pierwszy z wymienionych sposobów doręczenia opiera się na domniemaniu, że „chwilowo nieobecny w mieszkaniu” adresat pisma (wezwania) powróci w to miejsce w najbliższym czasie i odbierze przeznaczone dla niego pismo, które podczas tej „chwilowej” jego nieobecności doręczono dorosłemu domownikowi, a gdy go nie było – administracji domu lub sołtysowi, jeżeli podjęli się oddać pismo adresatowi. Jak zgodnie podnosi się w orzecznictwie, doręczenie w trybie art. 132 § 2 k.p.k. może być uznane za prawidłowe tylko wtedy, gdy pismo odbiera dorosły domownik „w razie chwilowej nieobecności adresata”. Jeśli nieobecność oskarżonego w miejscu stałego zamieszkania nie była „chwilowa” i nie było żadnych podstaw do domniemania, że powróci on w najbliższych dniach do domu, powinnością osoby odbierającej za niego zawiadomienie o rozprawie (dorosłego domownika) powinno być odmówienie jego przyjęcia i poinformowanie doręczyciela o przyczynie, a jeśli mimo to zawiadomienie przyjęła – powiadomienie o tym oskarżonego lub też sądu o istnieniu okoliczności, z powodu których nie może przekazać oskarżonemu odebranego zawiadomienia. Uznanie pisma za prawidłowo doręczone nie zależy od stanu wiedzy organu wysyłającego pismo w zakresie, czy rzeczywiście adresat przebywa w miejscu stałego pobytu bądź czy jego nieobecność w tym miejscu ma jedynie chwilowy lub trwały charakter, opiera się ono bowiem jedynie na stwierdzeniu spełnienia warunku formalnego. Może więc dojść do naruszenia omawianych tu przepisów rozdziału 15 k.p.k. także bez uchybienia ze strony sądu (innego organu procesowego)¹⁷.

¹⁶ Wyrok SN z 3 września 2009 r., V KK 155/09, LEX nr 519636. Zob. także wyroki SN: z 22 października 2008 r., V KK 106.08, LEX nr 469194; z 16 listopada 2005 r., III KK 250/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 2086.

¹⁷ Wyrok SN z 28 czerwca 2007 r., II KK 179/07, LEX nr 323667.

Chwilowa nieobecność adresata w jego mieszkaniu oznacza sytuację, gdy mieszkanie jest miejscem, gdzie adresat stale przebywa, a pozostawienie pisma dorosłemu domownikowi, ze skutkami doręczenia, daje gwarancję, że dotrze ono do adresata. O tym, czy jest to tylko chwilowa nieobecność, decyduje treść oświadczenia dorosłego domownika, którego doręczający zastał w mieszkaniu¹⁸. Okolicznością, która obala wynikające z art. 132 § 2 k.p.k. domniemanie chwilowej tylko nieobecności oskarżonego w domu i tym samym prawidłowości doręczenia mu na adres domu zawiadomienia (wezwania) o rozprawie, odebranego przez dorosłego domownika, jest fakt jego pozbawienia wolności. Jednoznacznie wyraził to SN w wyroku z 22 sierpnia 2007 r., w którym zawarł następującą tezę główną: „Jeśli oskarżony przebywał w areszcie, to pozbawione podstaw jest wynikające z art. 132 § 2 k.p.k. domniemanie, że skoro zawiadomienie o rozprawie odebrała siostra oskarżonego, jako jego dorosły domownik, to pismo to istotnie dotarło do rąk adresata. Dla oceny tego obiektywnego faktu – świadczącego i o tym, że nieobecność oskarżonego w mieszkaniu, uniemożliwiająca doręczenie mu zawiadomienia do jego własnych rąk, nie była, jak stanowi przepis art. 132 § 2 k.p.k., nieobecnością chwilową – pozostają bez znaczenia powody, dla których siostra oskarżonego nie udzieliła o tym informacji i podjęła się oddania tego pisma oskarżonemu, mimo że było to w sposób oczywisty niemożliwe. Istotne jest to, że w konsekwencji tego zachowania (o którym oskarżony nie miał wiedzy i na które nie miał wpływu) nie został on zawiadomiony o terminie rozprawy odwoławczej, bowiem ani nie otrzymał zawiadomienia wysłanego pocztą pod adresem miejsca zamieszkania, ani nie został zawiadomiony w sposób przewidziany przepisem art. 134 § 2 k.p.k., gdyż Sąd Okręgowy nie dysponował informacją, że oskarżony przebywa w areszcie”¹⁹.

Podobnie, choć tu nie bez wątpliwości, należy ocenić możliwość skutecznego doręczenia wezwania na rozprawę oskarżonemu nieobecnemu pod dotychczasowym adresem, z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, na podstawie art. 139 § 1 k.p.k.

W orzecznictwie oraz w piśmiennictwie, przeciwstawiając się instrumentalnemu i obstrukcyjnemu wykorzystywaniu przez oskarżonego faktu pozbawienia go wolności w innej sprawie, wskazywano, że pobyt oskarżonego w zakładzie karnym czy areszcie śledczym nie powoduje wprawdzie zmiany jego miejsca zamieszkania w rozumieniu art. 139 § 1 k.p.k., ale

¹⁸ Wyrok SN z 9 marca 2010 r., V KK 359/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 510.

¹⁹ Wyrok SN z 22 sierpnia 2007 r., III KK 1/07, LEX nr 310195.

przez ten fakt przestał on przebywać pod wskazywanym dotychczas przez siebie adresem i jeżeli zmiany miejsca pobytu nie zgłosił, mając taką możliwość, to pismo (wezwanie) wysyłane pod ten adres skutkuje prawidłowym doręczeniem i prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego nie uchybia art. 376 § 2 k.p.k.²⁰ Za stanowiskiem takim przemawia wiele racji celowościowych przedstawionych przekonująco w jego uzasadnieniu, ale *de lege lata* należy je odrzucić. Rozstrzygająca jest w tej mierze treść art. 75 § 1 k.p.k., o którym oskarżony – co istotne – zostaje uprzedzony przy pierwszym przesłuchaniu. Wynikający z tego przepisu obowiązek oskarżonego zawiadomienia organu prowadzącego postępowanie o każdej zmianie miejsca swojego zamieszkania lub pobytu musi być łączony ze skutkami doręczenia pisma procesowego na podstawie art. 139 § 1 k.p.k., a ten – o czym art. 75 § 1 k.p.k. stanowi wprost – obciąża wyłącznie oskarżonego pozostającego na wolności. Stąd też w obecnym stanie prawnym za wiążące należy przyjąć dominujące w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, że skutki, jakie art. 139 § 1 k.p.k. wiąże z faktem niezawiadomienia organu procesowego o zmianie adresu miejsca zamieszkania lub pobytu, mogą wystąpić tylko wówczas, gdy było to wynikiem swobodnej decyzji strony²¹. Jeżeli zmiana miejsca zamieszkania lub pobytu oskarżonego wynika z racji pozbawienia go wolności, pismo doręczone pod dotychczasowy adres oskarżonego nie może być uznane za doręczone w sposób prawidłowy²². Podkreśla się, że ustawa nie nakłada na oskarżonego obowiązku powiadomienia sądu o pozbawieniu go wolności²³ i doręczenie przewidziane w trybie określonym w art. 139 § 1 k.p.k. nie ma zastosowania do sytuacji, w której oskarżony został pozbawiony wolności i nie powiadomił o tym sądu, gdyż przebywanie w zakładzie karnym nie może być traktowane na równi ze zmianą miejsca zamieszkania, które jest następstwem swobodnie podjętej decyzji strony²⁴. Warto też wskazać, że konwencyjny wzorzec rzetelnego procesu przewiduje, iż prawo oskarżonego do obecności na rozprawie jest skorelowane z ciążącym na sądzie obowiązkiem dbałości o skuteczne

²⁰ Tak SN w postanowieniu z 24 marca 2010 r., II KK 250/09, LEX nr 575279; zob. też postanowienie SN z 1 września 2010 r., III KK 86/10, OSNKwSK 2010 nr 10, poz. 92; Z. Pachowicz w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis/el.

²¹ Wyroki SN: z 8 grudnia 2010 r., III KK 308/10, LEX nr 686670; z 18 lutego 2009 r., V KK 416/08, LEX nr 491254.

²² Wyrok SN z 21 lipca 2011 r., III KK 126/11, LEX nr 866608.

²³ Tak SN w wyroku z 3 września 2009 r., V KK 155/09, LEX nr 519636.

²⁴ Wyrok SN z 24 sierpnia 2011 r., III KK 222/11, LEX nr 955024; zob. też przekonujące uwagi zawarte w głosie do tego wyroku W. Jasińskiego, LEX/el. 2012.

powiadomienie oskarżonego o terminach rozpraw, zwłaszcza gdy jest on pozbawiony wolności (nawet w ramach innego postępowania), zakłada się, że władze muszą wiedzieć o jego miejscu pobytu²⁵.

To wszystko pozwala zdecydowanie pozytywnie ocenić propozycję Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dokonania zmiany art. 75 § 1 k.p.k. i 139 § 1 k.p.k. przez rozszerzenie obowiązku oskarżonego zawiadomienia organu prowadzącego postępowanie o każdej zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu, także z powodu pozbawienia wolności (art. 75 § 1 k.p.k.), oraz wyraźne wskazanie, że pismo doręczone w trybie art. 139 § 1 k.p.k. będzie obejmować także przypadek zmiany przez oskarżonego miejsca pobytu z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie²⁶. Sensownie wskazuje się przy tym w doktrynie, że właściwym rozwiązaniem, czyniącym obowiązek z art. 75 § 1 k.p.k. racjonalnie uciążliwym, gdy zmiana miejsca pobytu oskarżonego wynika z pozbawienia go wolności w innej sprawie, byłoby wprowadzenie wymogu odebrania od oskarżonego w momencie przyjmowania do zakładu karnego lub aresztu śledczego oświadczenia o toczących się przeciwko niemu postępowaniach, a następnie przekazanie tej informacji przez administrację jednostki penitencjarnej odpowiedniemu sądowi. Docelowo powinno się stworzyć łatwą w dostępie cyfrową bazę danych osób pozbawionych wolności, co pozwoliłoby każdorazowo sprawdzić „status” oskarżonego przed rozprawą²⁷.

W przypadku natomiast trzeciego – wymienionego wyżej – warunku powody niestawiennictwa oskarżonego na rozprawę mogą być różne. Taka może być wola oskarżonego, kiedy mogąc bez żadnych przeszkód stawić się w sądzie, nie chce brać udziału w rozprawie i rezygnuje ze stawiennictwa. Nie ma wówczas wątpliwości, że będzie to zawsze nieobecność nieusprawiedliwiona, niezależnie od tego, czy oskarżony poinformuje wcześniej sąd o swojej nieobecności, czy też zaniecha tego. Może jednak być tak, że nieobecności oskarżonego na rozprawie towarzyszy występująca obiektywnie, niezależna od niego, przeszkoda uniemożliwiająca stawiennictwo, o czym oskarżony nie poinformował sądu (nie usprawiedliwił swojej nieobecności), choć przeszkoda ta była mu znana.

Na podstawie art. 117 § 2 k.p.k. sąd nie będzie mógł prowadzić rozprawy pod nieobecność oskarżonego w razie uzasadnionego przypuszczenia, że jego niestawiennictwo wynika z powodu przeszkód żywiołowych lub

²⁵ Zob. § 60 wyroku ETPCz z 21 października 2009 r., *Seliwiak v. Polska*, skarga 3818/04.

²⁶ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks...

²⁷ W. Jasiński w: *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012, s. 231.

innych wyjątkowych przyczyn. Jeżeli natomiast, nie mając żadnej informacji o przyczynie nieobecności oskarżonego, nie będzie podstaw do zastosowania art. 117 § 2 k.p.k., to za nieusprawiedliwioną uznamy każdą nieobecność oskarżonego na rozprawie. Fakt wystąpienia przeszkody żywiołowej lub innej wyjątkowej przyczyny uniemożliwiającej stawiennictwo oskarżonego na rozprawę nie wyklucza przecież, że jest to zgodne z jego wolą nieuczestniczenia w rozprawie. Trafnie zatem rozstrzygnięto w orzecznictwie, że nieusprawiedliwiona nieobecność na rozprawie to taka, która nie została uzasadniona, co narzuca interpretację odnoszącą się nie tylko do oceny okoliczności stanowiących wytłumaczenie niestawiennictwa, ale również do samego faktu ich podania w trakcie tej rozprawy. Nieusprawiedliwione niestawiennictwo na kontynuowaną rozprawę to zatem takie, które w dacie tej rozprawy bądź w ogóle nie zastało wytłumaczone, bądź istniejące okoliczności tego niestawiennictwa nie tłumaczą. Nie ma żadnych podstaw do tego, aby rozważane pojęcie wiązać jedynie z samym zaistnieniem obiektywnych przyczyn uniemożliwiających oskarżonemu udział w rozprawie, niezależnie od tego, czy informacje o nich dotarły do wiadomości sądu przed podjęciem czynności, tj. w dacie kontynuowanej rozprawy. Można stąd wyciągnąć wniosek, że stwierdzenie przez sąd orzekający w dacie kontynuowanej rozprawy, iż nie wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 117 § 2 k.p.k. – co obejmuje również sytuację, gdy oskarżony zaniechał poinformowania, najpóźniej w terminie tej rozprawy, o zaistniałej obiektywnie przyczynie uniemożliwiającej mu stawiennictwo – uprawnia ten sąd do stwierdzenia, że oskarżony nie stawiał się na nią bez usprawiedliwienia. Nie jest zatem wymagane dalsze sprawdzanie przez sąd kwestii usprawiedliwienia, co byłoby konieczne przy założeniu, że oskarżony może przedstawić usprawiedliwienie swego niestawiennictwa w każdym czasie. Przepis art. 376 § 2 k.p.k. nie stawia takiego wymogu. Dotyczy to także nieobecności oskarżonego spowodowanej pozbawieniem go wolności w innej sprawie, jeżeli wcześniej o terminie rozprawy został prawidłowo zawiadomiony²⁸.

Usprawiedliwienie nieobecności na rozprawie musi leżeć w granicach możliwości oskarżonego. Brak wiedzy sądu o faktycznie istniejącej przyczynie uniemożliwiającej oskarżonemu stawienie się na rozprawę, który nie był skutkiem zawinionego zaniechania z jego strony, lecz wynikał

²⁸ Tak SN w uchwale z 28 marca 2002 r., I KZP 8/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 33; zob. także: postanowienie SN z 17 czerwca 2003 r., II K 11/03, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 1304; wyrok SN z 7 października 2008 r., III KK 214/08, LEX nr 469435; postanowienie SN z 12 listopada 2007 r., III KK 402/06, LEX nr 351209; wyrok SA w Warszawie z 3 lutego 1999 r., II Aka 2/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 1, poz. 29.

z powodu przeszkody żywiołowej lub innej wyjątkowej przyczyny – jak np. stanu nieprzytomności oskarżonego, nagłego zasłabnięcia, wypadku, braku dostępu do środków łączności, nadmiernej zwłoki w doręczeniu wysłanego usprawiedliwienia o nieobecności na rozprawie – nie pozwoli na przyjęcie, że doszło do niestawiennictwa oskarżonego na rozprawie bez usprawiedliwienia²⁹. W konsekwencji, choć po stronie sądu rozpoznającego sprawę nie będzie zawinienia, prowadzenie rozprawy w takiej sytuacji pod nieobecność oskarżonego będzie skutkować uchybieniem wskazanym w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. Naruszenie prawa, w tym przypadku o skutkach bezwzględniego powodu odwoławczego, zachodzi bowiem nie tylko wtedy, gdy organowi sądowemu można czynić zarzut z tytułu tego naruszenia, ale także wtedy, gdy niezależnie od tego organu doszło do pogwałcenia praw czy interesów strony³⁰.

W art. 377 k.p.k. przewidziano możliwość prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego także w sytuacji, gdy nie złożył on jeszcze wyjaśnień, a więc także wówczas, gdy w ogóle nie stawiał się w sądzie i był nieobecny na całej rozprawie. Pierwszy z tych przypadków, przewidziany w art. 377 § 1 k.p.k., a więc, gdy nieobecność oskarżonego na rozprawie jest wynikiem zawinionego wprawienia się w stan niezdolności do udziału w rozprawie, wywołuje wątpliwości, czy obejmuje on każdą formę zawinienia oskarżonego, czy też jest zawężony do zarzucanego (zawinionego) zachowania umyślnego. W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że w grę może wchodzić zarówno umyślność, jak i nieumyślność zachowania się oskarżonego³¹. Wykładnia systemowa art. 377 § 1 k.p.k. nie pozwala zaakceptować takiego stanowiska i uzasadnia przyjąć, że chodzi o umyślne, choć – jak się wydaje – niekoniecznie nakierowane na nieobecność na rozprawie, celowe, wprawienie się oskarżonego w stan niezdolności do udziału w rozprawie. Zgoda na taki stan rzeczy powinna wystarczyć do zastosowania art. 377 § 1 k.p.k., co wynika z treści tego przepisu i nie jest wykluczone na podstawie wyników wykładni systemowej i celowościowej³². Nie może natomiast wystarczyć uzasadniony zarzut jedynie możliwości przewidzenia przez

²⁹ Zob. wyroki SN: z 6 września 1996 r., II KKN 71/96, OSNKW 1997, nr 1–2, poz. 14; z 19 lutego 2003 r., V KK 139/02, LEX nr 76995; z 19 sierpnia 2009 r., V KK 30/09, LEX nr 519625; z 20 maja 2008 r., III KK 24/08, LEX nr 435383.

³⁰ Wyrok SN z 19 maja 2010 r., III KK 392/09, LEX nr 599547.

³¹ J. Grajewski, L. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Sopot 2000, s. 528.

³² Odmienne T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 798; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 406.

oskarżonego lub świadomości (świadoma nieumyślność), że podejmowane przez niego działanie lub zaniechanie (np. nieprzyjęcie leku niezbędnego przy jego stanie zdrowia) może wywołać stan jego niezdolności do udziału w rozprawie, jaki miał miejsce. Brakuje wówczas woli oskarżonego nieuczestniczenia w rozprawie, co na podstawie art. 377 k.p.k. jest niezbędne dla możliwości prowadzenia rozprawy pod jego nieobecność. Niespełnienie tego warunku skutkuje uchybieniem z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.

W odniesieniu do przypadków unormowanych w art. 377 § 3 k.p.k. w doktrynie słusznie zauważa się, że pierwszy z nich odnosi się do oskarżonego odpowiadającego z wolnej stopy³³. Tylko wówczas oświadczenie oskarżonego (zawiadomionego o terminie rozprawy), że nie weźmie udziału w rozprawie, może wystarczyć do prowadzenia rozprawy pod jego nieobecność. Jeżeli oskarżony jest pozbawiony wolności, to zgodnie z art. 350 § 2 k.p.k. prezes sądu (lub inny upoważniony sędzia), wyznaczając rozprawę, w każdym przypadku musi zarządzić doprowadzenie oskarżonego z zakładu karnego lub aresztu śledczego. Ograniczenie się do zawiadomienia oskarżonego pozbawionego wolności o terminie rozprawy i prowadzenie rozprawy – aż do wyrokowania, pod jego nieobecność, z odwołaniem się do złożonej wcześniej deklaracji oskarżonego, że nie zamierzał on uczestniczyć w rozprawie – jest uchybieniem z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.³⁴

Oskarżony pozbawiony wolności, w stosunku do którego spełniono obowiązek wynikający z art. 350 § 2 k.p.k. przez wystawienie nakazów doprowadzenia go na rozprawę z zakładu karnego lub aresztu śledczego, może wyrazić swoją wolę nieuczestniczenia w rozprawie przez uniemożliwienie doprowadzenia go do sądu. Nie musi to – co oczywiste – łączyć się z działaniem siłowym oskarżonego skierowanym przeciwko funkcjonariuszom wykonującym nakaz doprowadzenia go do sądu, co jest ich służbowym obowiązkiem. Funkcjonariusze ci mogą odstąpić od stosowania wobec oskarżonego siły obywatelskiej, gdy opiera się w doprowadzeniu go na rozprawę i stanowczo oświadcza, że nie chce brać udziału w rozprawie. Udokumentowanie faktu oporu ze strony oskarżonego przez funkcjonariusza wykonującego nakaz doprowadzenia, tudzież dołączenie pisemnego oświadczenia oskarżonego, że nie weźmie udziału w rozprawie,

³³ M. Urabniak, *Prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego – art. 377 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 3, s. 53; zob. też wyrok SN z 3 listopada 2010 r., II KK 119/10, LEX nr 638477; postanowienie SN z 3 marca 2009 r., III KK 330/08, LEX nr 491166.

³⁴ Wyrok SN z 28 czerwca 2006 r., V KK 469/05, LEX nr 188401.

jest w pełni wystarczające i upoważnia sąd do prowadzenia rozprawy pod jego nieobecność³⁵.

W orzecznictwie zasadnie przyjęto, że zrzeczenie się przez oskarżonego z prawa udziału w rozprawie na podstawie art. 377 § 3 k.p.k. wymaga, aby był on zawiadomiony o terminie rozprawy. Zastosowanie wniosku *a maiori ad minus* nie może prowadzić do stwierdzenia, że przewidziany w art. 377 § 3 k.p.k. skutek w postaci prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego może osiągnąć również takie oświadczenie oskarżonego, w którym nie znając terminów rozpraw, zrzeknie się w ogóle udziału w postępowaniu. Podkreśla się dalej, że z uwagi na charakter przepisu art. 377 § 3 k.p.k. nie można zastosować drugiego z wnioskowań *a fortiori*, tj. wniosku *a minori ad maius*. Jeżeli oskarżony w momencie składania swojego oświadczenia nie znał żadnego z kolejnych terminów rozpraw, to oparcie się przez sąd na przepisie art. 377 § 3 k.p.k., nie jest uprawnione. Oświadczenie oskarżonego stanowiło wprawdzie przejaw jego decyzji co do uczestnictwa w postępowaniu, ale nie powinno stanowić podstawy do zastosowania art. 377 § 3 k.p.k.³⁶

Formą zrzeczenia się oskarżonego z udziału w rozprawie jest także nieusprawiedliwione niestawienie się na rozprawę, przy czym ustawa słusznie wymaga, że o rozprawie musi on zostać zawiadomiony osobiście. Tylko bowiem taki sposób zawiadomienia o rozprawie pozwala pewnie przyjąć, że oskarżony dobrowolnie rezygnuje z przyznanego mu prawa uczestnictwa w rozprawie.

Na tle stosowania art. 377 § 3 k.p.k. nie wywołuje wątpliwości sytuacja, gdy przed pierwszym terminem rozprawy oskarżony składa oświadczenie, że nie weźmie udziału w rozprawie lub nie stawia się na rozprawę, będąc o niej zawiadomiony osobiście. Taki stan rzeczy upoważnia sąd do prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że art. 377 § 3 k.p.k. należy stosować analogicznie, gdy oskarżony co prawda pojawi się na rozprawie, ale przed złożeniem wyjaśnień opuści ją samowolnie³⁷. Kontrowersje wywołuje natomiast już sytuacja, gdy dochodzi do zarządzenia przerwy lub odroczenia rozprawy. Wówczas zgodnie z art. 377 § 5 k.p.k. o nowym terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej należy oskarżonego zawiadomić, przy czym w przepisie tym ustawa już nie stanowi, że oskarżony ma być zawiadomiony osobiście. To rodzi pytanie, czy art. 377 § 5 k.p.k. wyraża tylko obowiązek sądu zawiadomienia oskarżonego o nowym terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej,

³⁵ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 407.

³⁶ Wyrok SN z 3 listopada 2010 r., II KK 119/10, LEX nr 636477.

³⁷ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 399.

czy też rozstrzyga jednocześnie, że dla prowadzenia takiej rozprawy pod nieobecność oskarżonego wystarczające jest już zawiadomienie go o nowym terminie w każdej formie dopuszczalnej przez kodeks postępowania karnego, a więc niekoniecznie osobiście.

Artykuł 377 § 5 k.p.k. jest niewątpliwie wyrazem nadmiernej dbałości o interesy oskarżonego, który dotychczasową postawą wskazywał jednoznacznie i bez wątpliwości, że nie zamierza korzystać ze swojego prawa uczestniczenia w rozprawie. Słusznie zatem w projekcie zmian do kodeksu postępowania karnego proponuje się wykreślenie tego przepisu i przesunięcie na oskarżonego obowiązku uzyskania informacji o przebiegu postępowania³⁸. Tym bardziej więc należy zaakceptować stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że przepis art. 377 § 5 k.p.k. nie wymaga już osobistego powiadomienia oskarżonego o nowym terminie rozprawy przerwanej lub odroczonej, a możliwe jest zawiadomienie o takim terminie w każdej formie przewidzianej przepisami kodeksu postępowania karnego³⁹.

Rozszerzenie uprawnienia sądu do prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego zawiera art. 376 § 3 k.p.k. Zawarte w tym przepisie rozwiązanie odnosi się do postępowań (coraz częstszych w praktyce), w których występuje wielu oskarżonych. Jest ono niewątpliwie słuszne i bardzo potrzebne dla sprawnego prowadzenia rozprawy. Przewiduje to także projekt zmian do kodeksu postępowania karnego, przy czym, konsekwentnie do zmiany treści art. 374 k.p.k., kontynuowanie rozprawy w zakresie nie dotyczącym współoskarżonego, który na rozprawę się nie stawił, będzie możliwe bez żadnych ograniczeń⁴⁰.

Kontrowersje wywołuje stosowanie art. 376 § 1 i 2 k.p.k. i art. 377 § 1 i 3 k.p.k. w postępowaniu uproszczonym. Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone w doktrynie, że przepisy te znajdują zastosowanie w postępowaniu uproszczonym⁴¹, z tym jednak zastrzeżeniem, że w razie spełnienia

³⁸ Wydaje się jednak, że proponowana eliminacja art. 377 § 5 k.p.k. może nie osiągnąć zamierzonego skutku w postaci zwolnienia sądu od obowiązku (wynikającego z art. 117 § 1 k.p.k.) powiadomienia oskarżonego o terminie rozprawy odroczonej bez analogicznego przepisu, jaki w stosunku do zarządzenia przerwy w rozprawie proponuje się w zmianie do art. 402 k.p.k. – zob. przypis 15.

³⁹ Tak SN w postanowieniu z 25 lutego 2010 r., I KZP 3/10, OSNKW 2010, nr 10, poz. 56; zob. aprobującą glosę do tego postanowienia M. Zbrojewskiej, LEX/el. 2010; także W. Jasiński w: *Jawność procesu...*, s. 235; odmiennie T. Krawczyk, *Glosa*, „Prokuratora i Prawo” 2010, nr 10, s. 70.

⁴⁰ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks...

⁴¹ A. Gaberle, *Postępowania szczególne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Kraków 1998, s. 50; D. Kala, *Tryby szczególne w kodeksie postępowania karnego w świetle poglądów prezentowanych w doktrynie i judykaturze*, Toruń 2005, s. 48; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 400.

warunków określonych w art. 479 § 1 k.p.k., przepis ten wyłączy stosowanie art. 377 § 3 k.p.k. W orzecznictwie słusznie rozstrzygnięto, że wyłączenie art. 377 § 3 k.p.k. nastąpi także wówczas, gdy oskarżony nie stawi się na rozprawę bez usprawiedliwienia, o terminie której został osobiście zawiadomiony, a spełnione zostaną pozostałe przesłanki warunkujące wydanie wyroku zaocznego w trybie art. 479 § 1 k.p.k.⁴²

Identycznie należy rozstrzygnąć przypadki niestawiennictwa oskarżonego na rozprawę, gdy po doręczeniu mu wezwania oświadcza, że nie weźmie udziału w rozprawie, uniemożliwia doprowadzenie go na rozprawę⁴³ albo wprawia się ze swojej winy w stan niezdolności do udziału w rozprawie (przypadki z art. 377 § 1 i pozostałe z art. 377 § 3 k.p.k.). W literaturze słusznie podniesiono, że taka interpretacja wchodzących w grę przepisów prowadzi do paradoksalnej sytuacji, że w postępowaniu uproszczonym, które ma wiązać się z jego odformalizowaniem i z założenia mniejszymi gwarancjami dla oskarżonego, te gwarancje stają się dla niego większe niż w postępowaniu zwyczajnym⁴⁴. Jak jednak trafnie zauważa Wojciech Jasiński, trudno bez sięgnięcia po wykładnię *contra legem* wyciągnąć inne wnioski⁴⁵. Artykuł 479 § 1 k.p.k. obejmuje wszystkie przypadki niestawiennictwa na rozprawę główną oskarżonego, któremu doręczono wezwanie, gdy nieobecności nie usprawiedliwił i nie wniósł o odroczenie rozprawy (art. 480 k.p.k.). Jednoczesne spełnienie warunków określonych w art. 377 § 1 i 3 k.p.k. nie może wyłączyć stosowania art. 479 § 1 k.p.k., gdy na rozprawę nie stawi się również powiadomiony o terminie obrońca oskarżonego (lub – a *maiori ad minus* – gdy oskarżony nie ma obrońcy).

⁴² Postanowienie SN z 20 września 2007 r., I KZP 24/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 77; zob. aprobujące glosy do tego postanowienia: K. Dąbkiewicz, OSP 2008, nr 5, s. 402; T. Krawczyk, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10, s. 170 i n.; B. Zająca, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 162 i n., a także R.A. Stefańskiego, *Przegląd orzecznictwa SN*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2, s. 81.

⁴³ Oskarżonemu pozbawionemu wolności (np. w innej sprawie, już po zakończeniu dochodzenia i skierowaniu do sądu w postępowaniu uproszczonym) nie wystarczy doręczyć zawiadomienie o rozprawie wyznaczonej w postępowaniu uproszczonym. Przyjmując nawet, że jego udział w takiej rozprawie nie jest obowiązkowy, należy zawsze wydać zarządzenie o doprowadzeniu oskarżonego na rozprawę z zakładu karnego czy aresztu śledczego, gdyż od tego jest uzależniona możliwość skorzystania przez niego z prawa uczestniczenia w rozprawie (bez nakazu doprowadzenia zostanie pozbawiony tego prawa). Jeżeli natomiast nie zamierza on skorzystać z prawa uczestniczenia w rozprawie, to jedyną formą wyrażenia swojej woli w tym kierunku będzie zajęcie postawy uniemożliwiającej funkcjonariuszom konwoju wykonanie nakazu doprowadzenia go do sądu, co jest ich służbowym obowiązkiem.

⁴⁴ T. Krawczyk, *Glosa...*

⁴⁵ W. Jasiński w: *Jawność procesu...*, s. 240.

Należy odrzucić także stanowisko wskazujące na możliwość stosowania w trybie uproszczonym art. 377 § 3 k.p.k. w przypadku, gdy oskarżony został powiadomiony o terminie kolejnej rozprawy w trybie art. 402 § 1 k.p.k., bez doręczenia wezwania na podstawie reguł określonych w rozdziale 15 k.p.k.⁴⁶ Stanowisko takie – oparte na literalnej wykładni zawartego w art. 479 § 1 k.p.k. zwrotu „...oskarżony, któremu doręczono wezwanie”, podczas gdy na podstawie art. 402 § 1 k.p.k. przewodniczący ustnie informuje osobę uprawnioną (oskarżonego) bezpośrednio na rozprawie o kolejnym terminie, bez uwzględnienia wyników płynących z wykładni funkcjonalnej obu przepisów – prowadzi do absurdalnego wniosku, że w postępowaniu uproszczonym (tym, jak się podkreśla wcześniej, odformalizowanym), zawiadamiając oskarżonego bezpośrednio o terminie rozprawy odroczonej, dla spełnienia warunku art. 497 § 1 k.p.k. (i możliwości stosowania tego przepisu), należałoby mu równoległe wysłać wezwanie na adres domowy⁴⁷.

Wątpliwości co do zakresu stosowania w postępowaniu uproszczonym art. 376 i 377 k.p.k. nie wyczerpują się na wskazanych wyżej kwestiach spornych. Wszystkie pozwalają stwierdzić, że przepisy regulujące postępowanie uproszczone i przepisy wprowadzające uproszczenia w postępowaniu zwyczajnym, związane z możliwością prowadzenia rozprawy w tym postępowaniu pod nieobecność oskarżonego, są niespójne i w wielu podstawowych kwestiach nie pozwalają na jednoznaczną interpretację. Niezadowolający w tej mierze stan prawny rozwiązuje projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego nowelizacji kodeksu postępowania karnego, który wprowadzając sygnalizowane wcześniej uproszczenia w postępowaniu zwyczajnym, słusznie przewiduje likwidację trybu uproszczonego. Potrzeby praktyki uzasadniają, aby proponowane zmiany weszły w życie jak najszybciej.

⁴⁶ Tak T. Krawczyk, *Glosa...*, s. 175–176.

⁴⁷ W teorii prawa podkreśla się, że nie każde odejście od sensu językowego przepisu musi być od razu uważane za wykładnię niezgodną z prawem. Interpretator musi zapewnić minimum racjonalności wykładni. W tym celu jest uprawniony do przełamania granicy wykładni wyznaczonej przez językowe znaczenie tekstu, gdy uważa, że interpretacja prowadzi do wyników niedorzecznych. Dodaje się, że w każdej sytuacji, w której nasuwa się podejrzenie, że wynik wykładni językowej może okazać się nieadekwatny, interpretator powinien go skonfrontować z wykładnią systemową i funkcjonalną – zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2002, s. 275; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 124; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 73–74.

Abstract

The accused in a criminal case has the right, firmly rooted in both domestic and international legal acts, to be present during his criminal trial. This does not mean that the accused must exercise this right, but that it cannot be denied to him outside of exceptional circumstances. Determining when the accused has exercised such a right is a complex task for the court, and the author reviews the regulations related to forming conclusions about the will of the accused to be absent. A discussion of absence of the accused at a trial held under simplified proceedings is also provided, with approval for proposals designed to improve the present system.

Adam Kwieciński
Bogdan Myrna

Obowiązki osób skazanych na karę pozbawienia wolności w świetle kodeksu karnego wykonawczego

Przemiany ustrojowe występujące po 1989 r. spowodowały, że kwestią o priorytetowym znaczeniu w obrębie prawa karnego wykonawczego stało się określenie na nowo praw i obowiązków osób pozbawionych wolności¹. Kierując się tą potrzebą, Zespół Prawa Karnego Wykonawczego Komisji Kodyfikacyjnej opracował *Założenia reformy prawa karnego wykonawczego*. Dokument ten inspirowany ogólnoludzkimi wartościami powszechnie aprobowanymi w cywilizowanym świecie, zwłaszcza zaś w aktach międzynarodowych, stał się odzwierciedleniem założeń, na których został oparty kodeks karny wykonawczy z 1997 r.²

W trakcie prac nad nowym kodeksem najgorętsze dyskusje w łonie zespołu przygotowującego jego projekt powodowały dwie sprawy: zakres obowiązków skazanego oraz szczegółowość ich ustawowej regulacji³. Większość członków zespołu podzielała opinię o potrzebie szczegółowego unormowania obowiązków w akcie prawnym rangi podustawowej, tj. w regulaminie wykonywania kary pozbawienia wolności. Ostatecznie

¹ Przez osoby pozbawione wolności należy rozumieć skazanych odbywających karę pozbawienia wolności oraz skazanych na karę aresztu wojskowego, jak również ukaranych odbywających karę aresztu za wykroczenia, a także osoby, wobec których zastosowano środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania, albo też osoby, względem których orzeczono środek zabezpieczający związany z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym, a ponadto osoby, względem których zastosowano środki przymusu skutkujące pozbawieniem wolności. Ze względu na ograniczone ramy publikacji jej tematyka zostanie zawężona do problematyki skazanych na karę pozbawienia wolności.

² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.), dalej: k.k.w.

³ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 551–552.

zwyciężyła koncepcja kompromisowa. W uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego wykonawczy stwierdzono, że katalog obowiązków nie jest kompletny, gdyż w rzeczywistości – w myśl ogólnego postanowienia – skazani muszą wykonywać także inne obowiązki wynikające zarówno z przepisów, jak i z decyzji położonych. Podkreślono także, że wyczerpujące wyszczególnienie w ustawie wszystkich obowiązków skazanego nie jest przecież możliwe, a zadaniem kodeksu jest jedynie takie unormowanie statusu skazanego, aby wszystkie nakładane na niego obowiązki miały źródło w obowiązujących przepisach⁴. Stanowisko to było zbieżne z wyrażonym przez Stefana Lelentalą poglądem, że przepisy rangi ustawy (kodeks karny wykonawczy) stanowią tylko jedno z takich źródeł określających status prawny skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności⁵. Podobną opinię wyrazili Teodor Szymanowski⁶ i Leszek Bogunia⁷. Natomiast odmienne zdanie prezentował Zbigniew Hołda, który uznawał ustawę za jedyne źródło obowiązków ciążyących na skazanym. Ponadto dowodził on, że ujęcie obowiązków w kodeksie już w momencie jego uchwalenia było szczegółowe i tylko takie zasługuje na aprobatę⁸.

Znaczące zmiany w regulacji obowiązków skazanego przyniosła nowelizacja kodeksu karnego wykonawczego z 24 lipca 2003 r.⁹ *Ratio legis* tych zmian stanowiła potrzeba dostosowania przepisów kodeksu karnego wykonawczego do wymogów Konstytucji RP. Ustawodawca uznał, że jeśli ograniczenia w sferze konstytucyjnych praw i wolności mogą być limitowane tylko przepisami rangi ustawowej (art. 31 ust. 2 Konstytucji), to konieczny staje się zabieg relokacji części przepisów rozporządzeń (przede wszystkim regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności) do kodeksu karnego wykonawczego. Przyjęto tym samym koncepcję szczegółowego unormowania statusu prawnego osoby pozbawionej wolności przepisami ustawy. Warto podkreślić, że koncepcja ta nie uzyskała dotychczas pełnego poparcia wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego wykonawczego.

⁴ *Nowe kodeksy karne...*, s. 552–553.

⁵ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 486.

⁶ T. Szymanowski w: T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 271.

⁷ L. Bogunia, *Kilka uwag dotyczących obowiązków skazanego na karę pozbawienia wolności w jego statusie prawnym*, w: *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi*, red. K. Indeck, Łódź 2004, s. 72.

⁸ Z. Hołda w: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998, s. 283.

⁹ Ustawa z 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 142, poz. 1380).

L. Bogunia, oceniając zmiany wprowadzone nowelizacją kodeksu karnego wykonawczego z 2003 r., trafnie zauważa, że są one wynikiem braku rozróżnienia praw i obowiązków obywatelskich od praw i obowiązków skazanego dotyczących wykonywanej wobec niego kary, składających się na jego status zakładowy¹⁰. Ponadto stwierdza, że dokonane zmiany osłabiły spójność kodeksu (poprzez łączenie w jednym przepisie unormowań materialnej strony danego obowiązku z zagadnieniami proceduralnymi), a wiele obowiązków spoczywających na skazanym jest nadal rozproszonych w przepisach aktów prawnych podustawowych (np. w nowym regulaminie organizacyjno-porządkowym wykonywania kary pozbawienia wolności)¹¹.

Obowiązki i prawa¹² osób pozbawionych wolności w świetle kodeksu karnego wykonawczego składają się na ich status prawny. Pozbawienie wolności, które staje się ich udziałem na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu, jest stosunkiem prawnym, który istnieje między osobą pozbawioną wolności a państwem (właściwymi jego organami). Na stosunek ów składają się, mówiąc najogólniej, szczegółowe (specjalne) prawa i obowiązki obu stron. Wzajemne relacje między więźniem a administracją więzienną są określone poprzez stosunek zakładowy¹³. W niniejszym artykule pod pojęciem katalogu obowiązków i praw osób pozbawionych wolności będziemy rozumieć obowiązki i prawa skazanych odbywających karę pozbawienia wolności, które zostały określone w ustawie (kodeksie karnym wykonawczym) i ujęte w ramach specjalnego stosunku zakładowego.

Oczywiście przedmiotowe obowiązki i prawa są określane również pośrednio, a nawet bezpośrednio, przez inne, poza kodeksem karnym wykonawczym, ustawy, jak choćby ustawę o Służbie Więziennej¹⁴. Nadal, wbrew intencjom ustawodawcy, część kwestii regulujących status prawny skazanego znajduje się w aktach podustawowych. Doktryna wskazuje też dalsze źródła określające prawa i obowiązki skazanych.

¹⁰ L. Bogunia, *Kilka uwag...*, s. 76. Więcej na temat statusu zakładowego zob. Z. Hołda, *Status prawny skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności (ze szczególnym uwzględnieniem statusu zakładowego)*, Lublin 1988.

¹¹ L. Bogunia, *Kilka uwag...*, s. 76.

¹² Prawom osób pozbawionych wolności w świetle Konstytucji RP i kodeksu karnego wykonawczego jest poświęcony artykuł autorstwa Bogdana Myrny, który ma się ukazać na łamach „Przeglądu Więziennictwa Polskiego”.

¹³ Z. Hołda, *Prawa i obowiązki więźniów*, w: *System penitencjarny i postpenitencjarny w Polsce*, red. T. Bulenda, R. Musidłowski, Warszawa 2003, s. 161 i n.

¹⁴ Z. Hołda, *Prawa i obowiązki...*, s. 172; ustawa z 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. Nr 79, poz. 523 ze zm.).

Warto także w tym miejscu podnieść, że zagadnienie praw i obowiązków skazanych było podejmowane w licznych publikacjach¹⁵. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że w dotychczasowym dorobku piśmiennictwa kładziono akcent na sferę praw skazanego. Być może znakiem czasu jest to, że na potrzeby analizy istotnych problemów związanych z demokratycznym państwem prawa priorytet przed obowiązkami zyskują prawa i wolności obywatelskie¹⁶. Z takim ujęciem statusu prawnego skazanego nie zgadza się z kolei Stanisław Paweła. Dowodzi on, że wysunięcie na pierwszy plan obowiązków wynika z prawomocnego wyroku skazującego sprawcę za szkodę wyrządzoną społeczeństwu. Dodatkowo uważa, że celowość ich ekspozycji przy określaniu statusu skazanego wynika z tego, że dopiero na podstawie uświadomienia sobie zakresu i treści obowiązków wynikających z pozbawienia wolności możemy mówić o prawach skazanego¹⁷. Z pewnością zasadne jest twierdzenie, że obowiązki skazanego na karę pozbawienia wolności określają w sposób istotny treść i dolegliwość tej kary odczuwaną przez skazanego.

Analizując status prawny skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności, nie sposób pominąć art. 5 § 1 k.k.w. Wskazany przepis stanowi, że skazany jest podmiotem określonych w tym kodeksie praw i obowiązków. Wyrażona w nim została kluczowa dla prawa karnego wykonawczego zasada podmiotowości skazanego. W tym miejscu należy zgodzić się ze stanowiskiem S. Leleńta, że przepis art. 5 § 1 k.k.w ma na uwadze tylko te prawa i obowiązki, jakie przysługują lub ciążą na skazanym w związku z wykonywaniem wobec niego kar lub innych środków (w ramach statusu zakładowego). Nie chodzi zatem w tym przepisie – jak słusznie zauważa ten autor – o prawa i wolności obywatelskie, o których stanowi przepis art. 4 § 2, a jedynie o prawa i obowiązki, o których przepis art. 5 § 1 stanowi jako o „określonych w niniejszym kodeksie”¹⁸. Należy także dodać, że art. 5 § 1 i 2 k.k.w. dotyczy skazanych na wszystkie rodzaje kar i środków karnych,

¹⁵ Zob.: Z. Hołda, *Konstytucyjne prawa i wolności obywatelskie a uwięzienie*, w: *Spory wokół reformy więziennictwa*, red. S. Walczak, Warszawa 1985; P. Kardas, *Status prawny więźnia sumienia w świetle regulacji kodeksu karnego wykonawczego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1999, nr 22–23; M. Porowski, *Ludzkie prawa więźniów*, „Ethos” 1992, nr 17; B. Stańdo-Kawecka, *Ochrona osób pozbawionych wolności w świetle Europejskiej konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1995, nr 9; T. Zieliński, *Ochrona praw obywatelskich a reforma więziennictwa*, „Biuletyn RPO” 1993, nr 18.

¹⁶ L. Bogunia, *Kilka uwag...*, s. 69.

¹⁷ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Kraków 2003, s. 246.

¹⁸ S. Leleńta, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 97–98.

środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, oraz osób, wobec których zastosowano środki zabezpieczające, a także w zakresie określonym w kodeksie karnym wykonawczym tymczasowo aresztowanych¹⁹. W zależności od rodzaju orzeczenia zakres obowiązków będzie różny. Z pewnością orzeczenie kary lub środka penalnego związanego z pozbawieniem wolności wymagać będzie określenia większej liczby obowiązków niż w przypadku wykonywania środków o charakterze wolnościowym.

Warto podkreślić, że aby umożliwić realizację określonej w art. 5 § 1 k.k.w. zasady podmiotowości skazanego, w myśl art. 101 k.k.w., skazanego po osadzeniu w zakładzie karnym należy bezzwłocznie poinformować o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach, a zwłaszcza umożliwić mu zapoznanie się z przepisami niniejszego kodeksu i regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności. Wyraz „bezzwłocznie” w kontekście, w jakim został użyty, należy odczytywać jako „najszybciej, jak to jest możliwe”²⁰. Chodzi zatem o to, by „poinformowanie”, o którym mowa w art. 101 k.k.w., nastąpiło bez zbędnej zwłoki. Sprecyzowanie okoliczności, w jakich ma ono nastąpić zawarte zostało w § 9 regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności²¹. Za szeroką wykładnią tego przepisu opowiada się z kolei Z. Hołda. Jego zdaniem obowiązku poinformowania skazanego o jego prawach i obowiązkach, który spoczywa na administracji penitencjarnej, nie można sprowadzać do jednorazowego aktu zapoznania skazanego z tekstami aktów normatywnych u progu odbywania kary. Proces ten powinien być kontynuowany przez cały okres pobytu skazanego w zakładzie karnym i obejmować udzielanie im stosownych wskazówek i wyjaśnień w sposób uwzględniający stan wiedzy i poziom wykształcenia skazanego²².

Wnikliwa obserwacja praktyki wykonywania kary pozbawienia wolności wskazuje, że w rzeczywistości w odniesieniu do skazanych (i tymczasowo aresztowanych) istotne znaczenie dla sprawnego funkcjonowaniu jednostki penitencjarnej ma realizacja ustanowionego w art. 5 § 2 k.k.w. obowiązku stosowania się do wydanych przez właściwe organy poleceń zmierzających do wykonania orzeczenia. W uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu

¹⁹ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 97.

²⁰ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 461.

²¹ Zgodnie z dyspozycją tego przepisu niezwłocznie po umieszczeniu skazanego w celi przejściowej wychowawca lub wyznaczony funkcjonariusz przeprowadza z nim rozmowę informacyjną, w czasie której zapoznaje go w szczególności z prawami i obowiązkami oraz ustalonym w zakładzie porządkiem wewnętrznym.

²² Z. Hołda w: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 399.

karnego wykonawczego z 1997 r. jest on ujęty jako „obowiązek poddania się karze”²³. W doktrynie wskazuje się, że bardziej adekwatne byłoby posługiwanie się pojęciem „obowiązek poddania się wykonaniu orzeczenia”²⁴.

Na wadliwą konstrukcję art. 5 k.k.w. zwraca uwagę S. Lelental. Dowodzi on, że skoro podstawą obowiązków ciążących na skazanym może być, zgodnie z § 1 art. 5 k.k.w., przepis kodeksu, a w zakresie wyznaczonym w § 2 tego artykułu, także polecenie właściwego organu, to tym samym normodawca ignoruje inne źródła, z których mogą wypływać takie obowiązki. Mogą być one określone przecież nie tylko w ustawie, ale również w przepisach wydanych na jej podstawie (np. w regulaminach organizacyjno-porządkowych wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania), w ustalonym przez dyrektora zakładu karnego lub aresztu śledczego porządku wewnętrznym jednostek penitencjarnych, decyzjach odpowiednich organów postępowania wykonawczego (np. komisji penitencjarnej o skierowanie skazanego do właściwego zakładu karnego, jeżeli nie określił tego sąd w wyroku – art. 76 § 1 pkt 1)²⁵. S. Lelental trafnie zatem podkreśla, że skoro przepis § 2 art. 5 k.k.w. zobowiązuje skazanego do stosowania się do wydanych przez właściwe organy poleceń zmierzających do wykonania orzeczenia, to tym bardziej jest uprawniony wniosek, że obowiązki te mogą być unormowane w aktach prawnych niższego rzędu niż ustawa. Organ uprawniony na podstawie ustawy do wydania przepisów podustawowych jest zawsze organem wyższego rzędu nad organem właściwym do wykonania orzeczenia²⁶. Należy także podnieść, że uprawnienia do wydawania skazanym poleceń zmierzających do wykonania orzeczenia w myśl art. 5 § 2 k.k.w. mają organy wskazane w art. 2 k.k.w. Do tych organów (organów postępowania wykonawczego) należy:

- 1) sąd I instancji;
- 2) sąd penitencjarny;
- 3) prezes sądu lub upoważniony sędzia;
- 4) sędzia penitencjarny;
- 5) dyrektor zakładu karnego, aresztu śledczego, a także dyrektor okręgowy i Dyrektor Generalny Służby Więziennej albo osoba kierująca innym zakładem przewidzianym w przepisach prawa karnego wykonawczego (np. dyrektor zakładu leczniczego, w którym są wykonywane lecznicze środki zabezpieczające) oraz

²³ *Nowe kodeksy karne...*, s. 533.

²⁴ M. Kuć, M. Gałązka, *Prawo karne wykonawcze*, Warszawa 2009, s. 29.

²⁵ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 97.

²⁶ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 97.

- komisja penitencjarna (zakładu karnego lub aresztu śledczego)²⁷;
- 6) sądowy kurator zawodowy;
 - 7) sądowy lub administracyjny organ egzekucyjny;
 - 8) urząd skarbowy;
 - 9) odpowiedni terenowy organ administracji rządowej lub samorządu terytorialnego;
 - 10) inny organ uprawniony przez ustawę do wykonywania orzeczeń.

Z powyższego wynika, że w przeciwieństwie do kodeksu karnego wykonawczego z 1969 r.²⁸ kodeks z 1997 r. nie zaliczył do organów postępowania wykonawczego prokuratora (któremu pozostawiono jedynie status strony w postępowaniu przed sądem), a także uspołecznionego zakładu pracy.

W tym miejscu warto przytoczyć pogląd Z. Hołdy, zgodnie z którym brzmienie przepisu art. 5 § 2 k.k.w. wskazuje, że obowiązek, o którym mowa w tym przepisie, nie istnieje wtedy, gdy organ nie jest organem właściwym lub gdy polecenie nie zmierza do wykonania orzeczenia. Samo zaś pojęcie „polecenia”, mimo że niezdefiniowane w kodeksie, należy interpretować szeroko. Będzie obejmować m.in.: postanowienia, zarządzenia, decyzje i inne rozstrzygnięcia oraz określone czynności faktyczne. Może więc ono przybierać rozmaite formy prawne i rodzić różne skutki faktyczne i prawne²⁹.

Należy również przyjąć, że w odniesieniu do obowiązków skazanych duże znaczenie ma przepis § 1 art. 73 k.k.w., który stanowi, że w zakładzie karnym utrzymuje się dyscyplinę i porządek w celu zapewnienia bezpieczeństwa i realizacji zadań kary pozbawienia wolności, w tym ochrony społeczeństwa przed przestępczością. Dyrektor, zgodnie z § 2 art. 73 k.k.w., ustala zaś porządek wewnętrzny zakładu karnego. Z treści art. 73 § 1 k.k.w. wynika, że zbiór nakazów i zakazów składających się na treść pojęcia „dyscyplina i porządek” nie może – jak słusznie zauważa S. Lelental – służyć innym celom (np. spotęgowaniu dolegliwości) niż cele określone w tym przepisie, tj. zapewnienia bezpieczeństwa i realizacji zadań kary pozbawienia wolności, w tym ochrony społeczeństwa przed przestępczością³⁰. Zawarte

²⁷ Ogólne określenie „administracja zakładu karnego, aresztu śledczego lub innego zakładu przewidzianego w przepisach prawa karnego” [art. 2 pkt 6 ustawy z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.), dalej: k.k.w. z 1969 r.] zastąpiono konkretnymi podmiotami wchodzącymi w skład tej administracji.

²⁸ Przepis art. 2 k.k.w. z 1969 r. do organów wykonujących orzeczenia zaliczał prokuratora (stanowił o tym pkt 5 tego artykułu) oraz uspołeczniony zakład pracy (o którym z kolei stanowił pkt 9 tego artykułu).

²⁹ Z. Hołda w: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny...*, s. 71.

³⁰ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 348.

zaś w art. 73 § 1 k.k.w. pojęcie „zadania kary pozbawienia wolności” należy utożsamiać z pojęciem „cele wykonywania kary pozbawienia wolności”, które zostało określone w art. 67 § 1 k.k.w.³¹

Dla określenia obowiązków skazanych odbywających karę pozbawienia wolności istotne znaczenie mają ponadto dwa kolejne przepisy kodeksu karnego wykonawczego, a mianowicie art. 116 i art. 116a.

Według art. 116 § 1 k.k.w. (określającego obowiązki-nakazy) skazany ma obowiązek przestrzegania przepisów określających zasady i tryb wykonywania kary, ustalonego w zakładzie karnym porządku oraz wykonywania poleceń przełożonych i innych osób uprawnionych, a w szczególności:

- 1) poprawnego zachowania się;
- 2) przestrzegania higieny osobistej i czystości pomieszczeń, w których przebywa;
- 2a) niezwłocznego zawiadomienia przełożonego o chorobie własnej oraz zauważonych objawach chorobowych u innego skazanego;
- 3) poddania się – niezależnie od obowiązków określonych w przepisach o zwalczaniu chorób zakaźnych, wenerycznych i gruźlicy, alkoholizmu i narkomanii – przewidzianym przepisami badaniom, leczeniu, zabiegom lekarskim, sanitarnym oraz rehabilitacji, a także badaniom na obecność w organizmie alkoholu, środków odurzających lub substancji psychotropowych, a skazany – co do którego sędzia penitencjarny zarządził przeprowadzenie badań psychologicznych lub psychiatrycznych, dodatkowo – udzielania osobom prowadzącym badania informacji o stanie zdrowia, przebytych chorobach i urazach oraz warunkach, w jakich się wychowywał, oraz wykonywania zleconych przez psychiatrę lub psychologa czynności niezbędnych na potrzeby badania;
- 4) wykonywania pracy, jeżeli przepisy szczególne, także wynikające z prawa międzynarodowego, nie przewidują zwolnienia od tego obowiązku, oraz wykonywania prac porządkowych w obrębie zakładu karnego;
- 5) dbałości o mienie zakładu karnego oraz instytucji lub podmiotu gospodarczego, w którym jest zatrudniony;
- 6) poddania się czynnościom mającym na celu identyfikację osoby.

³¹ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 348.

T. Szymanowski uważa, że regulacje zawarte w zd. 1 § 1 art. 116 k.k.w. oznaczają w rzeczywistości, że skazany ma obowiązek poddać się wszystkim przepisom oraz decyzjom i poleceniom organów postępowania wykonawczego i przełożonych, z wyjątkiem tych, które określają jego prawa. Autor tłumaczy w ten sposób, dlaczego tak mało miejsca kodeks karny wykonawczy przeznaczają na określenie obowiązków skazanego, a jednocześnie tak duże znaczenie w zakresie statusu prawnego odbywającego karę pozbawienia wolności ma sprecyzowanie jego praw³².

Obowiązki skazanego, mieszczące się w katalogu zawartym w drugiej części komentowanego przepisu, nie zostały wyliczone w sposób wyczerpujący, o czym dobitnie świadczy użycie przez prawodawcę zwrotu „w szczególności”. Zdaniem S. Lelental obowiązki te zostały wymienione przykładowo i trudno zaliczyć je do podstawowych lub najważniejszych³³. Przeciwnego zdania jest T. Szymanowski³⁴. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet tym, które znalazły się na liście zawartej w art. 116 k.k.w., nadano dość ogólne sformułowanie. Umożliwia to – w opinii T. Szymanowskiego – wyprowadzenie dalszych, bardziej sprecyzowanych obowiązków, w drodze aktów wykonawczych, w ustalonym porządku wewnętrznym danej jednostki penitencjarnej czy w poleceniach wydawanych skazanym³⁵.

Jaskrawym przykładem tak ogólnego sformułowania jest wymieniony w pkt 1 art. 116 § 1 k.k.w. obowiązek poprawnego zachowania się skazanego. Według Z. Hołdy pojęcie „poprawnego zachowania się” odsyła do norm natury obyczajowej (pozaprawnych)³⁶. Odmienną opinię wyraża S. Lelental, według którego zwrot ten jest określeniem ogólnym, w którym wyraz „poprawny” pełni funkcję wartościującą³⁷.

Należy dodać, że skutkiem zawinionego naruszenia nakazów i zakazów, będącego w istocie przejawem uchylania się przez skazanego od wypełniania ciężących na nim obowiązków, skazany podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 142 § 1 k.k.w.).

W art. 116 § 2–6 k.k.w. w sposób szczegółowy uregulowano kwestię dotyczącą zarówno podstaw i sposobu przeprowadzania kontroli osobistej skazanego, jak i kontroli cel i innych pomieszczeń, w których skazany przebywa, a także kontroli przedmiotów znajdujących się w nich oraz jemu dostarczanych lub przekazywanych przez niego innej osobie. Przedmiotowe

³² T. Szymanowski w: T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny...*, s. 270–271.

³³ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2010, s. 486.

³⁴ T. Szymanowski w: T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny...*, s. 270.

³⁵ T. Szymanowski w: T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny...*, s. 271.

³⁶ Z. Hołda w: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny...*, s. 433.

³⁷ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2010, s. 487–488.

kontrole są dopuszczalne – co zresztą jednoznacznie wynika z przepisu art. 116 § 2 k.k.w. – „w wypadkach uzasadnionych względami porządku lub bezpieczeństwa”.

Przepis art. 116a k.k.w. został dodany w ramach, wspomnianej wcześniej, nowelizacji kodeksu karnego wykonawczego z 2003 r. Wcześniej materia w nim zawarta była normowana w § 3 i 21 regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności³⁸. Zdaniem S. Leleńta nie występowała konieczność nadawania tym przepisom rangi ustawowej, gdyż nie regulują one statusu prawnego skazanego w odniesieniu do jego praw i wolności obywatelskich³⁹. Z kolei L. Bogunia stwierdza, że nowy art. 116a k.k.w. uszczegóławia, określony w art. 116 § 1 pkt 1 k.k.w., obowiązek poprawnego zachowania się. Zdaniem autora ta przesadna szczegółowość burzy pewną konwencję przyjętą dla aktów prawnych rangi ustawy⁴⁰.

Zgodnie z przepisem art. 116a k.k.w. (który sformułował obowiązki skazanych w postaci zakazów określonego zachowania się) skazanemu nie wolno:

- 1) uczestniczyć w grupach organizowanych bez zgody lub wiedzy właściwego przełożonego;
- 2) posługiwać się wyrazami lub zwrotami powszechnie uznawanymi za wulgarne lub obelżywe albo gwarą przestępców;
- 3) uprawiać gier hazardowych;
- 4) spożywać alkoholu oraz używać środków odurzających lub substancji psychotropowych;
- 5) odmawiać przyjmowania posiłków dostarczanych przez administrację zakładu karnego w celu wymuszenia określonej decyzji lub postępowania, a także powodować u siebie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, jak również nakłaniać lub pomagać w dokonywaniu takich czynów;
- 6) wykonywać tatuaży i zezwalać na ich wykonywanie na sobie, jak również nakłaniać lub pomagać w dokonywaniu takich czynów;
- 7) porozumiewać się z osobami postronnymi oraz osadzonymi w innej celi, jeżeli naruszałoby to ustalony w zakładzie karnym porządek;
- 8) samowolnie zmieniać celi mieszkalnej, miejsca wyznaczonego do spania, stanowiska pracy i miejsca wykonywania zleconej

³⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz. U. Nr 111, poz. 699).

³⁹ S. Leleńta, *Kodeks karny...*, Warszawa 2010, s. 491.

⁴⁰ L. Bogunia, *Kilka uwag...*, s. 75.

czynności;

- 9) zmieniać wyglądu zewnętrznego w sposób utrudniający identyfikację, w szczególności poprzez zgolenie lub zapuszczenie przez skazanego włosów, brody lub wąsów albo zmianę ich koloru, chyba że uzyska na to zgodę dyrektora zakładu karnego.

Do problematyki obowiązków skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności odnoszą się także inne przepisy kodeksu karnego wykonawczego, a w szczególności art. 117, art. 118, art. 119 i 120 k.k.w. W kolejności regulują one zagadnienia związane z przymusem leczenia i rehabilitacji skazanych, zabiegów lekarskich, samouszkodzeń oraz kwestie związane z odpowiedzialnością za wyrządzoną szkodę w mieniu zakładu karnego.

Wskazane wyżej obowiązki osób pozbawionych wolności nie zostały oczywiście sprecyzowane w wymienionych przepisach kodeksu karnego wykonawczego w sposób wyczerpujący i ostateczny. Takie wyliczenie obowiązków ciążących na skazanych, a zwłaszcza ich precyzyjne określenie, byłoby przedsięwzięciem niewykonalnym⁴¹. Jednakże wymienione w tych przepisach obowiązki niewątpliwie – jak zauważa Z. Hołda – statuuja zasadniczy katalog ciążących na skazanych obowiązków, określających – o czym wcześniej wspomniano – jego położenie w ramach stosunku zakładowego⁴².

Abstract

The authors take up the question of regulating the duties of persons convicted of crimes and serving a prison term. Difficulties in forming precise regulations regarding the rights and duties of the incarcerated are highlighted alongside problems associated with selecting the proper legal mechanisms for imposing responsibilities and regulating the behaviour of prisoners. The relevant articles of the Executive Penal Code are explored, and the differing opinions of experts presented.

⁴¹ S. Lelental, *Kodeks karny...*, Warszawa 2012, s. 522.

⁴² Z. Hołda, *Prawa i obowiązki więźniów...*, s. 177.

Krzysztof Nowicki

Jawność zewnętrzna posiedzeń sądu – uwagi na tle propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego

1. Jawność postępowania jest bardzo istotna dla sprawowania przez społeczeństwo kontroli działania władzy sądowniczej oraz organów ścigania. W szczególności teza ta odnosi się do procesu karnego, który wiąże się z możliwością stosowania środków, najdalej i najmocniej ingerujących w prawa i wolności jednostki.

Od początku historii procesu doceniano znaczenie jego jawności. System ateński stanowił przykład skargowej formy procesu, w którym występowały m.in. zasady: skargowości, kontrydiktoryjności, bezpośredniości postępowania dowodowego, a także jawności rozprawy wobec stron i wobec społeczeństwa¹. Podobne rozwiązania dotyczyły także procesów żydowskiego i rzymskiego, które były jawne aż do epoki Pryncypatu². Także proces germański i inne procesy wczesnego średniowiecza były jawne³.

W historii najnowszej mamy do czynienia z aktami prawnymi zmierzającymi do wskazywania norm prawnych mających charakter ponadpaństwowy. Takim aktem jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r. Stanowi ona pierwszą uniwersalną regulację praw człowieka. Skierowana jest do wszystkich podmiotów prawa międzynarodowego, a nie jedynie do państw, które ją zaakceptowały. Świadczy o tym użyte słowo „powszechna”. Deklaracja odnosi się do pojęcia przyrodzonej godności człowieka. To właśnie godność człowieka jest podstawą wszelkich jego praw. Deklaracja nie ustanawia tych praw, lecz jedynie je uporządkowuje,

¹ Por. J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 52.

² B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Łódź 1989, s. 14; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 315.

³ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973, s. 91; S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 315; J. Skorupka w: *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012, s. 22–32.

wskazując na potrzebę ich popierania i zachęcając do przestrzegania. Wśród tej regulacji znalazło się także miejsce na wskazanie potrzeby istnienia jawnego procesu karnego. Zgodnie z jej art. 10 każdy człowiek ma – na warunkach całkowitej równości – prawo, aby przy rozstrzygnięciu o jego prawach i zobowiązaniach lub o zasadności wysuwanego przeciw niemu oskarżenia o popełnienie przestępstwa być wysłuchanym sprawiedliwie i publicznie przez niezależny i bezstronny sąd.

Gwarancja jawnego postępowania została także ujęta w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.⁴, gdzie – zgodnie z art. 14 ust. 1 – każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych. Akt ten przewiduje też klauzule ogólne mogące być podstawą wyłączenia jawności. Prasa i publiczność mogą być wykluczone z całości lub części rozprawy sądowej ze względu na: moralność, bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, interes prywatny oraz szkodę dla wymiaru sprawiedliwości. Jednak każde orzeczenie sądu wydane w jakiegokolwiek sprawie karnej będzie publicznie ogłoszone, z wyjątkiem przypadków, gdy wymaga tego interes młodocianych.

Omawiana materia jest uregulowana także w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.⁵ Artykuł 6 EKPCz został zatytułowany „Prawo do rzetelnego procesu sądowego”. Zgodnie z tą regulacją każdy ma prawo do rzetelnego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Orzeczenie jest zawsze ogłaszane publicznie. Niemniej EKPCz przewiduje podstawy wyłączenia w całości lub w części prasy lub publiczności. Należą do nich następujące okoliczności: względy obyczajowe, porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, dobro małoletnich lub ochrona życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, szkoda dla interesów wymiaru sprawiedliwości (art. 6 ust. 1 EKPCz).

Waga jawnego postępowania sądowego została też podkreślona w Konstytucji RP. Zgodnie z art. 45 ust. 1 każdy ma prawo do sprawiedliwego

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 ze zm.), dalej: MPPOiP.

⁵ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej: EKPCz.

i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Natomiast wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub ważny inny interes prywatny. Wyrok jest ogłaszany jawnie (art. 45 ust. 2 Konstytucji).

Niewątpliwie jawność postępowania sądowego jest istotnym elementem rzetelnego procesu karnego w państwach demokratycznych⁶. W literaturze na ogół rozróżnia się jawność wewnętrzną – wobec stron i ich przedstawicieli procesowych – oraz jawność zewnętrzną, która odnosi się do możliwości uczestniczenia w czynnościach procesu przez ogół społeczeństwa. Część przedstawicieli doktryny przyjmuje, że zasada jawności dotyczy jedynie umożliwienia publiczności uczestniczenia w rozprawie, dostęp stron do czynności procesowych wynika zaś z zasady kontrydiktoryjności, a jawność wewnętrzna nie powinna być od tej zasady odrywana. Autorzy ci wyodrębnili pojęcie publiczności procesu, odpowiadające swoim zakresem wskazanemu wcześniej postulatowi jawności zewnętrznej⁷. Przedmiotem niniejszego opracowania⁸ będą jedynie zagadnienia związane z jawnością publiczności procesu.

2. Przed rozpoczęciem rozważań w zakresie zasadności uregulowania możliwości wyłączenia jawności postępowania należy opisać przemawiające za nią liczne argumenty. Jawne postępowanie sądowe pozwala na przyjęcie, że realizacja wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych

⁶ H. Jung, *Zasada jawności w postępowaniu karnym RFN*, „Problemy Prawa Karnego” 1988, nr 4, s. 17; A. Murzynowski, *Refleksje na temat kształtu procedury karnej w XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7–8, s. 43–44; W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 374.

⁷ Por. np.: M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 313–318; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2004, s. 157–166; S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 315–325. Por. też A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 192. Autor, akceptując to stanowisko, nie używa określenia „zasada publiczności”, lecz „zasada jawności”, ograniczając ją do postulatów wskazywanych przez przedstawicieli pierwszego poglądu odnoszących się do jawności zewnętrznej.

⁸ Niniejsze opracowanie znajduje się w zeszycie ku czci Pana Doktora Ryszarda Ponikowskiego i Pana Doktora Włodzimierza Posnowa. Obaj Panowie są autorami licznych publikacji na temat zagadnień dotyczących rzetelnego procesu karnego. Jawność postępowania jest związana pośrednio z tą tematyką, gdyż – jak już wspomniano – stanowi jeden z elementów określających rzetelny proces karny.

odbywa się, przynajmniej potencjalnie, pod kontrolą opinii publicznej⁹. Jak słusznie podkreślali Jeremy Bentham i Cesare Beccaria, tajność zawsze była środkiem ochrony tyranii¹⁰. Publiczność obecna na rozprawie może sprawdzać, czy proces jest prowadzony rzetelnie oraz czy należycie jest chroniony interes publiczny i interes pokrzywdzonego¹¹. Postępowanie sądowe prowadzone jawnie pozwala na kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa i podnosi jego kulturę prawną, posiada doniosłe znaczenie wychowawcze, wskazuje na szkodliwość społeczną przestępstwa, na to, że przestępstwo nie popłaca¹². Jawność postępowania może ponadto skłonić uczestników postępowania do większych starań o jakość procesu¹³ oraz sprzyja równemu traktowaniu jego uczestników¹⁴. Publiczność może także analizować, czy wyrok jest zgodny z oczekiwaniami wynikającymi z przeprowadzonego przewodu sądowego i społecznym poczuciem sprawiedliwości. Proces prowadzony rzetelnie i zakończony orzeczeniem zgodnym z przewidywaniami społecznymi pełni funkcję wychowawczą. Buduje i wzmacnia zaufanie obywateli do sądów. Jeżeli natomiast organy zachowują się niekompetentnie i naruszają przepisy lub kanony kultury, wówczas

⁹ Por. np.: M. Siewierski, *Prasa a postępowanie karne*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 3, s. 455; M. Szerer, *Aparatura na sali rozpraw*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 7, s. 11; T. Kacperski, *Niektóre aspekty prawne i teleologiczne udziału środków masowego przekazu w postępowaniu karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1981, nr 4, s. 442; H. Gajewska-Kraczkowska, *Rola środków masowego przekazu w realizacji zasady jawności rozprawy głównej*, „Studia Iuridica” 1985, nr 13, s. 77; H. Gajewska-Kraczkowska, *Tajność postępowania przygotowawczego a prawo do informacji o jego przebiegu*, „Studia Prawnicze” 1990, nr 3, s. 3; B. Wójcicka, *Podstawy wyłączenia jawności rozprawy*, „Acta UL Folia Iuridica” 1988, nr 35, s. 41; B. Wójcicka, *Jawność postępowania...*, s. 10; B. Wójcicka, *Problemy zasady jawności w procesie karnym*, „Acta UL Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 62; K. Zgryzek, *Konflikt interesów publicznego i prywatnego a publiczność rozpraw w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1991, nr 17, s. 46; J. Izydorczyk, *Jawność rozprawy głównej w procesie karnym (art. 357 k.p.k.)*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 2, s. 91; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 111; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 779; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 375.

¹⁰ Por. H. Gajewska-Kraczkowska, *Prawo do publicznego procesu jako element praw jednostki*, w: *Prawa jednostki a prawo karne*, red. M. Wędrychowski, Warszawa 1995, s. 53–56.

¹¹ S. Kalinowski, *Rozprawa główna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 93.

¹² B. Wójcicka, *Podstawy wyłączenia...*, s. 42; B. Wójcicka, *Jawność postępowania...*, s. 11.

¹³ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 316.

¹⁴ B.T. Bieńkowska, *Spór stron przed sądem w świetle zasady jawności*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 3–4, s. 70–71; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 375.

skutek może być odwrotny¹⁵. Jawność postępowania ma także istotną rolę dla oskarżonego. Publiczny proces daje mu szansę na rehabilitację społeczną¹⁶, co jest szczególnie ważne, jeżeli stawiane mu zarzuty zostały upublicznione¹⁷. Ponadto taki proces daje oskarżonemu szansę na dodatkową gwarancję respektowania przysługujących mu praw. Jawność postępowania może też wpływać pozytywnie na prawdziwość składanych wyjaśnień przez oskarżonego i zeznań świadków. Gorzej się kłamie w obecności osób postronnych¹⁸, w szczególności, jeżeli będą to osoby, które dobrze znają relacjonującego uczestnika procesu. Jawne postępowanie karne niewątpliwie stanowi też realizację konstytucyjnego prawa obywatela do informacji (art. 61 Konstytucji)¹⁹.

Na ważną rolę zasady publiczności zwraca uwagę w swych orzeczeniach także Europejski Trybunał Praw Człowieka. Jak wskazuje ten organ, przyczynia się ona do osiągnięcia wymogu rzetelności procesu, który jest fundamentalną zasadą demokratycznego społeczeństwa²⁰, oraz zapewnia społeczną kontrolę nad działalnością trzeciej władzy²¹. Jednocześnie jawność postępowania stanowi ważną gwarancję dla bezstronności sądu²². Postępowanie prowadzone publicznie przyczynia się też do budowy zaufania obywateli do organów wymiaru sprawiedliwości²³.

Analizując zagadnienia związane z dostępem publiczności do toczących się spraw karnych, należy także pamiętać o negatywnych następstwach

¹⁵ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 317. Jak słusznie podaje autor, zawsze rodząca się skłonność do uogólniania faktów jednostkowych może przyczynić się do powstania opinii negatywnej o całym wymiarze sprawiedliwości.

¹⁶ M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 314; J. Grajewski, *Przebieg procesu...*, s. 159; S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 317.

¹⁷ W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 375.

¹⁸ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 317.

¹⁹ B.T. Bienkowska w: *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, red. P. Kruszyński, Warszawa 1997, s. 43; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 375.

²⁰ Orzeczenie ETPCz z 8 grudnia 2002 r., *Craxi v. Włochy*, skarga 348996/97, § 64, 101, za: M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 455.

²¹ Orzeczenie ETPCz z 8 grudnia 1983 r., *Axen v. Niemcy*, skarga 8273/78, § 32, LEX nr 80837.

²² Orzeczenie ETPCz z 15 lipca 2003 r., *de Biagi v. San Marino*, skarga 36451/97, § 22, LEX nr 403747.

²³ Por. np. orzeczenia ETPCz: z 12 kwietnia 2006 r., *Martine v. Francja*, skarga 58675/00, § 39, LEX nr 176777; z 12 lipca 2001 r., *Malhous v. Czechy*, skarga 33071/96, § 55, LEX nr 76124. Zob. ponadto orzeczenia podawane przez W. Jasińskiego, *Bezstronność sądu...*, s. 375.

takiego rozwiązania. Jawność postępowania karnego może godzić w interesy uczestników procesu, np. poprzez publiczne ujawnienie faktów ze sfery życia intymnego świadka lub pokrzywdzonego czy opisywanie przez pokrzywdzonego okoliczności związanych ze stanem zdrowia, kłopotliwymi dolegliwościami, których nie chciałby upubliczniać. Podobnie przekazywanie informacji, gdzie i jakie dobra materialne były przechowywane, może narażać świadka na kradzież, jeżeli obecny na sali rozpraw potencjalny sprawca przekona się, że ma do czynienia z osobą majątną, która nie zabezpieczyła należycie mienia. Czasami informacje wynikające z przestępstwa mogą też zdyskredytować pokrzywdzonego w jego środowisku, mimo jego nienaganego dotychczas zachowania. Jak słusznie zauważa się w literaturze, niebezpieczeństwo takie szczególnie występuje w sprawie o gwałt²⁴. Publiczne postępowanie bardzo często prowadzi do stygmatyzacji oskarżonego, zwłaszcza gdy jest on niewinny²⁵. Jawność zewnętrzna postępowania może wiązać się też z zakłóceniem spokoju i stanowić utrudnienie w skupieniu się przez sędziego²⁶. Bardzo często upublicznienie procesu, nawet w przypadku wydania w jego następstwie wyroku uniewinniającego, wywołuje negatywną ocenę oskarżonego. Opinia publiczna nie zawsze daje się przekonać treścią wyroku i zawartej w nim oceny prawnej zachowania osądzanego.

Obecność publiczności może wpływać pozytywnie na prawdziwość składanych wyjaśnień przez oskarżonego i zeznań świadków, a także na jakość wydawanych przez biegłych opinii. Należy jednak zaznaczyć, że obecność osób obserwujących rozprawę może wywołać także inny skutek. Wiąże się to z presją wywołaną oczekiwaniami społecznymi lub obawą dotyczącą negatywnej oceny zachowania oskarżonego lub świadków przez osoby znające uczestników procesu. Publiczne udostępnianie faktów z procesu karnego może także wiązać się z naruszeniem tajemnicy informacji niejawnych lub tajemnicy zawodowej. W związku z powyższym istnieje także w takiej sytuacji duże prawdopodobieństwo wyrządzenia szkody w istotnych interesach państwa, osób fizycznych, prawnych czy innych jednostek organizacyjnych²⁷.

Jak słusznie podnosi się w literaturze, rozprawa sądowa to nauka, z której jeden może wynieść dobre, a inny szkodliwe owoce²⁸. Ujawnienie

²⁴ W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 117.

²⁵ W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 376.

²⁶ B.T. Bienkowska, *Spór stron...*, s. 71; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 376.

²⁷ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 317.

²⁸ S. Kalinowski, *Polski proces karny w zarysie*, Warszawa 1979, s. 254; B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 12.

szczegółów dotyczących przestępstwa może uczyć innych potencjalnych przestępców, w jaki sposób popełnić podobne czyny oraz w jaki sposób zapewnić sobie alibi. Jawna rozprawa sądowa może więc być sposobem edukacji przestępczej dla osób śledzących jej przebieg²⁹.

Jak wynika z powyższych rozważań, zasada jawności zewnętrznej służy więc realizacji innych naczelnych zasad procesu karnego. Można zaliczyć do nich zasady: rzetelnego procesu karnego, obiektywizmu, prawdy materialnej czy prawa do obrony. Wyjątkowo udział publiczności może stać w kolizji z dyrektywami innych zasad procesu. W szczególności w sprawach bulwersujących społeczeństwo publiczność swoim zachowaniem może wywierać presję na sąd i ograniczać jego obiektywizm. Taka presja związana z oczekiwaniami społecznymi lub obawą dotyczącą negatywnej oceny zachowania oskarżonego lub świadków przez osoby znające uczestników procesu może wpływać na składanie nieprawdziwych lub nierzetelnych zeznań lub wyjaśnień, co utrudni realizację prawdy materialnej. Dyrektywy zasady jawności zewnętrznej mogą też być sprzeczne z zasadą szybkości postępowania w zakresie regulacji dotyczącej uproszczonych form zakończenia postępowania na posiedzeniu np. nakazowym.

3. Zagadnienia związane z jawnością zewnętrzną posiedzeń sąu są kontrowersyjne. Brakuje bowiem w przepisach kodeksu postępowania karnego³⁰ regulacji odnoszącej się do udziału publiczności w posiedzeniach. Ustawa ta normuje wprost jedynie problematykę związaną z jawnością wewnętrzną posiedzeń. Zgodnie przepisem art. 96 k.p.k. strony oraz osoby niebędące stronami, jeżeli ma to znaczenie dla ochrony ich praw lub interesów, mają prawo wziąć udział w posiedzeniu wówczas, gdy ustawa tak stanowi, chyba że ich udział jest obowiązkowy. Regulacja ta nie daje podstawy do udziału publiczności w posiedzeniu. Osoby niebędące stronami muszą bowiem wykazać się „prawami i interesami” związanymi wprost z toczącą się sprawą³¹.

Nie można do jawności posiedzeń sądu odnieść przepisów rozdziału 42 k.p.k., które dotyczą wyłącznie zagadnień jawności rozprawy. W literaturze

²⁹ B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 12; R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010.

³⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

³¹ Por. np. P. Hofmański, *O jawność posiedzeń sądowych w procesie karnym*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, red. A. Marek, Toruń 2004, s. 128; M. Rogacka-Rzewnicka, *Zagadnienie jawności stosowania tymczasowego aresztowania*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 1, s. 52; W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna posiedzeń*

w okresie obowiązywania ustawy karnoprocesowej z 1969 r.³², regulującej w podobny sposób omawiane zagadnienia, wskazywano, że zasada publiczności odnosi się jedynie do rozprawy³³.

Rozważenia wymaga więc ustalenie jawności posiedzeń w innych przepisach kodeksu postępowania karnego. Analiza problematyki jawności posiedzeń nie może jednak oprzeć się tylko na przepisach kodeksu postępowania karnego. Omówienia wymagają też inne regulacje, które są z nią związane.

Są to niezmiernie istotne zagadnienia, gdyż – niezależnie od sporu istniejącego w doktrynie – różna jest interpretacja przepisów dokonywana przez sądy powszechne w zakresie możliwości uczestniczenia publiczności w posiedzeniach sądu. Część sądów przyjmuje, że wszystkie posiedzenia są *ex lege* niejawne, część zaś, uznając, że jawność jest co do zasady regułą, wydaje postanowienia o jej wyłączeniu, odwołując się *per analogiam* do art. 359 § 1 k.p.k. Jeszcze inne sądy przyjmują, że posiedzenia są niejawne zewnętrznie³⁴.

Zagadnienia te były już przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego m.in. w uchwale z 25 marca 2004 r.³⁵, niemniej istniejąca w orzecznictwie SN i sądów powszechnych rozbieżność była podstawą złożenia wniosku przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego na podstawie art. 60 § 1 ustawy z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym³⁶ o rozstrzygnięcie przez

sądu (nawiązanie do artykułu M. Rogackiej-Rzewnickiej), „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 4, s. 32.

³² Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.).

³³ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959; M. Lipczyńska, *Polski proces karny. Zagadnienia ogólne*, Wrocław 1971, s. 65; S. Kalinowski, *Rozprawa główna...*, s. 315; M. Cieślak, *Polska procedura karna...*; A. Kaftal, *Jawność postępowania karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1969, nr 11-12, s. 1639; R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu w procesie karnym. Prawnodowodowa problematyka orzekania poza rozprawą*, Lublin 1993; R. Kmiecik, *Z problematyki prawnodowodowej posiedzenia „niejawnego” sądu (uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci prof. Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993; F. Prusak (red.), A. Kordik, Z. Świda, *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, Wrocław 1995, s. 28.

³⁴ Z rozbieżnością w orzecznictwie spotkałem się, mając kontakt z różnymi sądami powszechnymi oraz rozmawiając z sędziami na ten temat. Por. też w tym zakresie uwagi SN w uchwale z 28 marca 2012 r., I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36.

³⁵ Uchwała SN z 25 marca 2004 r., I KZP 46/03, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 5, poz. 6.

³⁶ Ustawa z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

skład 7 sędziów SN zagadnienia prawnego, „czy posiedzenia sądu karnego są jawne zewnętrznie?”. Sąd Najwyższy w uchwale udzielił następującej odpowiedzi:

1. W postępowaniu karnym jawne są posiedzenia, na których sąd „rozpoznaje lub rozstrzyga sprawę” w rozumieniu art. 42 § 2 ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁷.
2. Pojęcie „sprawa” – interpretowane przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 1 Konstytucji – oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnych, które są związane z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji.
3. Wyłączenie jawności posiedzenia, na którym sąd rozpoznaje lub rozstrzyga sprawę, jest dopuszczalne jedynie w przypadku przewidzianym w ustawie (art. 42 § 2 p.u.s.p.).

W opracowaniu zamierzam głównie wskazać uwagi *de lege ferenda* w zakresie jawności zewnętrznej posiedzeń sądu. W związku z powyższym jedynie w ogólnym zarysie odniosę się do uwag przedstawionych w omawianej uchwale oraz do zakresu jawności posiedzeń na gruncie obowiązujących przepisów³⁸.

Słuszne jest stanowisko SN przedstawione w pisemnym uzasadnieniu uchwały, że brak wyrażenia w żadnym przepisie ustawy karnej procesowej normy statuującej zewnętrzną jawność posiedzenia nie oznacza jeszcze wcale, iż w systemie prawnym w ogóle brakuje takiej normy. Regulacja taka bowiem znajduje się w prawie o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z art. 42 § 2 p.u.s.p. sądy rozpoznają i rozstrzygają sprawy w postępowaniu jawnym, natomiast z § 3 tego przepisu wynika, że rozpoznanie sprawy w postępowaniu niejawnym lub wyłączenie jawności postępowania są dopuszczalne jedynie na podstawie przepisów ustawy. Jawność nie ma więc charakteru bezwzględnego. Należy zaznaczyć, że omawiany przepis nie używa pojęcia „rozprawa”, co pozwala na przyjęcie, iż odnosi się on także do posiedzenia. Regulacja ta dotyczy wszystkich postępowań sądowych, nie normuje wyłącznie spraw karnych. Jak już wcześniej podano, kodeks

³⁷ Ustawa z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.), dalej: p.u.s.p.

³⁸ Obszerne uwagi w zakresie interpretacji przepisów związanych z jawnością zewnętrzną posiedzeń sądu oraz poglądów w tym zakresie przedstawionych w doktrynie i w orzecznictwie znajdują się w publikacji K. Nowickiego w: *Jawność procesu...*, s. 348–360.

postępowania karnego nie podaje wprost, czy posiedzenia są jawne dla publiczności, czy też nie.

Słuszny jest bowiem pogląd przedstawiony przez SN w uchwale z 28 marca 2012 r. nakazujący sprawdzenie, czy obowiązek publicznych posiedzeń nie wynika z przepisów EKPCz oraz Konstytucji RP. Tylko w takiej sytuacji można zaakceptować niejawne procesowanie na posiedzeniach. EKPCz reguluje jawność procesu przede wszystkim w art. 6 ust. 1. Przepis ten stanowi obowiązek prowadzenia jawnego postępowania przed sądem. Nie określa, na jakim forum ma się odbywać to postępowanie; należy więc przyjąć, że odnosi się zarówno do rozprawy, jak i do posiedzenia. Z analizy przepisu art. 6 ust. 1 EKPCz (zasadność oskarżenia w sprawie karnej) wynika, że zawęży on zakres wymogu jawności do rozpoznania głównego przedmiotu procesu³⁹.

Podobnie Konstytucja RP w art. 45 ust. 1 nakłada obowiązek jawnego rozpoznania sprawy, nie wskazując, czy dotyczy on posiedzenia, czy rozprawy. W art. 45 ust. 2 są przewidziane przypadki pozwalające na wyłączenie jawności rozprawy. Uwzględniając ten przepis, wydawać by się mogło, że Konstytucja wskazuje warunek jawności wyłącznie do rozprawy⁴⁰. Należy jednak zgodzić się z poglądem, że art. 45 ust. 2 wprowadza wyjątki od publicznego rozpoznawania sprawy, nie zaś jedynie od publicznego charakteru rozprawy⁴¹. Wykładnia systemowa obu przepisów musi wskazywać na ich spójność. Inna interpretacja prowadziłaby ponadto do nieuzasadnionego różnicowania w zakresie publicznego rozpoznawania spraw karnych, w zależności od tego, czy jest ona rozpoznawana na rozprawie, czy też na

³⁹ W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 42; W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna posiedzeń sądowych w polskim procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 9, s. 73; K. Nowicki w: *Jawność procesu...*, s. 351.

⁴⁰ Por. wyrok TK z 7 marca 2006 r., SK 11/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 27. Trybunał przyjął, że jedynie rozprawy mogą być obiektywnie publiczne. Wobec posiedzenia wymóg jawności należy rozumieć jako możliwość uzyskania informacji o jego przebiegu i podjętych rozstrzygnięciach.

⁴¹ Por. np.: P. Hofmański, *O jawność posiedzeń...*, s. 127; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 416, 419; M. Rogacka-Rzewnicka, *Zagadnienie jawności...*, s. 56; R. Koper, *Jawność rozprawy głównej...*, s. 324–325; K. Nowicki w: *Jawność procesu...*, s. 351–352. Por. też uchwałę SN z 25 marca 2004 r., I KZP 46/03, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 5, poz. 6; wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2. Odmiennie H. Paluszkiwicz, *Pierwszoinstancyjne wyrokowanie merytoryczne poza rozprawą w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 264. Autorka zdaje się przyjmować, że odnośnie posiedzeń istnieje jedynie obowiązek publicznego ogłoszenia wyroku i jawnego podania jego ustnego uzasadnienia.

posiedzeniu. Takie różnicowanie nie dawałoby skutecznej gwarancji respektowania jawności postępowania sądowego.

Przedmiotem sporu w doktrynie było także ustalenie, czy intencją ustawodawcy było wyłączenie tej jawności odnośnie wszystkich posiedzeń, a także czy dorozumiane wykluczenie jawności posiedzeń wynikające z wykładni systemowej kodeksu postępowania karnego mieści się w granicach dopuszczalnego wyjątku od jawności wskazanego w art. 42 § 2 p.u.s.p.⁴²

Z uwagi na zakres niniejszego opracowania nie będę szczegółowo omawiał tych zagadnień, ograniczę się jedynie do wskazania zakresu wątpliwości mogących pojawić się przy interpretacji wskazanych przepisów, a także literatury opisującej te zagadnienia. Nie wiadomo, czy omawiana uchwała SN wpłynie na zmianę stanowiska części przedstawicieli doktryny w tym zakresie, natomiast z całą pewnością powinna przyczynić się do ujednoczenia rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie sądów powszechnych. Niewątpliwie wydanie uchwały dotyczącej interpretacji przepisów regulujących jawność zewnętrzną posiedzeń sądu było z tych względów uzasadnione.

Kończąc rozważania w tym zakresie, należy podkreślić jeszcze jedną cenną uwagę przedstawioną przez SN. Posiedzenia sądu nie mają bowiem atrybutu jawności zewnętrznej wówczas, gdy odbywają się w toku postępowania przygotowawczego. W większości przypadków na podstawie art. 329 k.p.k. sąd nie „rozpoznaje i nie rozstrzyga” spraw w rozumieniu przepisu art. 42 § 2 p.u.s.p., lecz dokonuje jedynie czynności w postępowaniu przygotowawczym. Nawet gdyby przyjąć, że w tej fazie sąd „rozpoznaje i rozstrzyga sprawę” z uwagi na charakter i wagę praw podmiotowych – jak np. w przypadku tymczasowego aresztowania – to wówczas wyłączenie jawności wynika z przepisu prawa materialnego. Regulacja art. 241 § 1 k.p.k. zabrania bowiem ujawniania informacji z postępowania przygotowawczego „do czasu ujawnienia ich w postępowaniu sądowym”. Słusznie podnosi SN, że „postępowanie sądowe” określone w tym przepisie nie może dotyczyć incydentalnych postępowań w postępowaniu przygotowawczym, lecz powinno dotyczyć sprawy przekazanej do rozpoznania przez sąd po wniesieniu aktu oskarżenia, wniosku o warunkowe umorzenia postępowania czy rozpoznania zażalenia na odmowę wszczęcia postępowania przygotowawczego albo o jego umorzeniu.

⁴² Tak: W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna...*, s. 73; W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna posiedzeń sądu...*, s. 36; K. Nowicki w: *Jawność procesu...*, s. 351. Odmiennie stanowisko prezentuje M. Rogacka-Rzewnicka, *Zagadnienie jawności...*, s. 55 i n. Autorka podaje, że brak stosownej normy w kodeksie postępowania karnego wskazującej na niejawność zewnętrzną posiedzeń powoduje konieczność stosowania art. 42 § 2 p.u.s.p.

4. Jak już wcześniej wspomniano, uchwała SN z 28 marca 2012 r. pozwoli na ujednoczenie praktyki sądowej w zakresie dostępu publiczności do sali posiedzeń sądowych. Należy jednak pamiętać, że obecnie ustalenie zakresu jawności posiedzeń sądu wymaga skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych obejmujących nie tylko kodeks postępowania karnego, prawo o ustroju sądów powszechnych, ale także Konstytucję RP oraz wiążące akty prawa międzynarodowego. Jak słusznie podnosi SN, trudno uznać taką sytuację za satysfakcjonującą. Zagadnienia te powinny być bowiem jednoznacznie uregulowane.

Naprzeciw tym postulatom wychodzi projekt nowelizacji kodeksu postępowania karnego przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, przewidujący unormowanie jawności posiedzeń⁴³. Na podstawie art. 95a § 1 k.p.k. posiedzenie sądu odbywałoby się z wyłączeniem jawności, chyba że ustawa stanowi inaczej albo prezes sądu lub sąd zarządzi inaczej. Zgodnie z art. 95a § 2 k.p.k. jawne byłyby posiedzenia, o których mowa w art. 340, art. 341, art. 343, art. 343a, art. 343b, art. 489 § 1, art. 603, art. 607 § 1, art. 607s § 3, art. 611c § 4, art. 611ti § 1 k.p.k. Natomiast na mocy art. 95a § 3 k.p.k. do posiedzeń, które odbywają się jawnie, przepisy rozdziału 42 stosowałoby się odpowiednio.

Na pewno należy uznać za słuszne określenie w kodeksie postępowania karnego zakresu jawności posiedzeń sądu z określeniem reguły, zgodnie z którą – co do zasady – posiedzenia takie odbywają się z wyłączeniem jawności i dokładnym określeniem katalogu, które z nich i kiedy odbywają się jawnie. Taka regulacja rozwiąże kwestie sporne dotyczące interpretacji przepisów w omawianym zakresie. Biorąc pod uwagę wymogi konwencyjne i konstytucyjne, brakuje podstaw do przyjęcia za niezbędne ustanowienie szerszego katalogu jawnych posiedzeń sądu. Za rozszerzeniem takiego katalogu nie przemawiają też omówione na początku opracowania zalety jawności zewnętrznej postępowania. Należy bowiem pamiętać, że istnieją argumenty, które pozwalają na ograniczenie jawności w związku z kolizją z innym dobrem.

Wspomniano już, że przesłanki wyłączenia jawności są wskazane zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i w regulacjach krajowych. EKPCz jako podstawy wyłączenia w całości lub w części jawności wskazuje: względy obyczajowe, porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwa w społeczeństwie demokratycznym, dobro małoletnich lub ochronę życia prywatnego stron albo okoliczności szczególne – w granicach uznanych

⁴³ Wszystkie dane dotyczące tego projektu oraz jego uzasadnienia cytowane w niniejszym opracowaniu pochodzą ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/>.

przez sąd za bezwzględnie konieczne – kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości (art. 6 ust. 1). Także w MPPOiP wskazano klauzule ogólne mogące być podstawą wyłączenia jawności rozprawy. Należą do nich: moralność, bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, interes prywatny oraz szkoda dla wymiaru sprawiedliwości (art. 14 ust. 1).

Generalna reguła wskazująca możliwość ograniczenia jawności znajduje się w Konstytucji RP. Może to nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub ważny inny interes prywatny (art. 45 ust. 2). Regulacja ta jest zgodna z przepisem art. 31 ust. 3 Konstytucji, wskazującym, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane wyłącznie w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób; ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Ograniczenia związane z realizacją tej zasady wiążą się więc często z potrzebą zabezpieczenia innych dóbr chronionych prawem, mogą także wynikać z kwestii organizacyjno-ustrojowych.

Analizie należy poddać posiedzenia, które zgodnie z projektem będą jawne. Można podzielić je na dwie grupy. Do pierwszej należy zaliczyć posiedzenia prowadzone w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Należą do nich posiedzenia: w przedmiocie wniosku państwa obcego o wydanie osoby ściąganej w celu przeprowadzenia przeciw niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej co do niego kary lub środka zabezpieczającego (art. 603 k.p.k.), w przedmiocie przekazania z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania i tymczasowego aresztowania (art. 607l § 1 k.p.k.), w przedmiocie odmowy wykonania nakazu europejskiego w celu wykonania kary lub środka i orzeczenia wykonania kary lub środka według przepisów prawa polskiego (art. 607s § 3 k.p.k.), w przedmiocie określenia kwalifikacji prawnej czynu oraz kary i środka według prawa polskiego po przyjęciu orzeczenia do wykonania (art. 611c § 4 k.p.k.) oraz w przedmiocie rozpoznania wniosku państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie w Rzeczypospolitej Polskiej prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności (art. 611ti § 1 k.p.k.). Wszystkie wskazane posiedzenia dotyczą istotnych kwestii i spełniają kryteria „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Do drugiej grupy będą należały posiedzenia w przedmiocie: umorzenia postępowania na mocy art. 339 § 3 pkt 1 i art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k.

lub rozpoznania wniosku prokuratora z art. 323 § 3 k.p.k. (art. 340 k.p.k.), warunkowego umorzenia postępowania (art. 341 k.p.k.), rozpoznania wniosku z art. 335 k.p.k. (art. 343 k.p.k.). Ponadto należy do niej jeszcze zaliczyć posiedzenie nieuregulowane dotychczas w procedurze karnej, które znajduje się w projekcie ustawy. Dotyczy ono rozpoznania wniosku złożonego przez oskarżonego, któremu zarzucono występki przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy, o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu kary lub środka karnego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego (art. 343a k.p.k.). Jawność posiedzeń w drugiej grupie uzasadniona jest tym, że dotyczą one ustalenia odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo lub umorzenia postępowania w tym zakresie. Wątpliwości może natomiast budzić zasadność publicznego posiedzenia pojednawczego (art. 489 § 1 k.p.k.). Jak słusznie podnosi się w literaturze, stanowi ono najbardziej wyrazisty przykład postrzegania procesu karnego nie tylko jako norm pozwalających na represjonowanie sprawców przestępstw, ale także jako instrumentu służącego do rozwiązywania konfliktów społecznych zaistniałych na tle naruszenia norm prawa karnego⁴⁴. Posiedzenie pojednawcze jest obligatoryjne, co jednoznacznie wskazuje na jego istotną rolę w postępowaniu z oskarżenia prywatnego. Ma ono doprowadzić do pojednania zwaśnionych stron w celu trwałego rozwiązania zaistniałego konfliktu⁴⁵.

W związku z powyższym należy zastanowić się, czy publiczne dokonywanie takich czynności pozwoli na zmniejszenie emocji i porozumienie się stron. Nie można zapomnieć, że czyn będący przedmiotem postępowania w sprawach prywatnoskargowych znajduje swoje podłoże w szerszych konfliktach społecznych. Niejednokrotnie dotyczy to np. sporów sąsiedzkich, w których bierze udział nawet kilka rodzin, natomiast konkretne postępowanie dotyczy tylko jednego z wielu zdarzeń związanych z konfliktem. W takiej sytuacji przedmiotem rozmów dotyczących możliwości pojednania są także zdarzenia niekoniecznie stanowiące naruszenie norm prawa karnego. Opisywanie ich w obecności innych osób, nawet nieuczestniczących w konflikcie, może powodować wzrost negatywnych emocji, gdyż każda ze stron będzie chciała przedstawić siebie w jak najlepszym świetle, zaś winą za zaistniały spór obarczyć drugą. Wydaje się, że najlepsze warunki do rozwiązania tego konfliktu stworzy zapewnienie intymności negocjacji,

⁴⁴ K. Marszał w: K. Marszał (red.), S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2005, s. 614.

⁴⁵ J. Grajewski w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 192.

jak największego spokoju oraz zminimalizowanie wpływu czynników zewnętrznych.

Trudno też przyjąć, aby za jawnością posiedzenia pojednawczego przemawiała potrzeba kontroli przez opinię publiczną realizacji wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. W takim postępowaniu nie przeprowadza się bowiem dowodów i jego celem nie jest merytoryczne rozpoznanie sprawy, wysłuchanie stron prezentujących swe stanowisko nie może prowadzić zaś do potwierdzania lub odrzucania zarzutów wskazanych w skardze prywatnej⁴⁶. Działania sądu nie są więc typowe dla procesu karnego, natomiast pierwszoplanową rolę odgrywają tutaj negocjacje stron. Podstawą ustawowego wyłączenia jawności takiego posiedzenia powinien być przede wszystkim wskazany w art. 45 ust. 2 Konstytucji ważny inny interes prywatny.

Należy jednak zaznaczyć, że zgodnie z projektem ustawy o zmianie kodeksu postępowania karnego⁴⁷ do posiedzeń, które odbywają się jawnie, przepisy rozdziału 42 stosuje się odpowiednio i dlatego duża część tych posiedzeń będzie odbywała się niejawnie. Zgodnie z art. 359 pkt 2 projektu posiedzenia pojednawcze w sprawach o pomówienie lub znieważenie obywałyby się niejawnie, zaś na wniosek pokrzywdzonego jawnie. Ponadto istniałaby możliwość fakultatywnego wyłączenia jawności posiedzenia z uwagi na ważny interes prywatny (art. 360 § 1 pkt 4 k.p.k.). Niemniej wydaje się, że ze względu na wcześniej przedstawione argumenty wskazane byłoby, aby posiedzenia pojednawcze, przynajmniej w części dotyczącej negocjacji prowadzonych przez strony, były niejawne, chyba że o jawne jego prowadzenie wniesie pokrzywdzony.

Podsumowując, słusznie Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego podjęła się działań zmierzających do nowelizacji kodeksu postępowania karnego w zakresie regulacji jawności zewnętrznej posiedzeń sądu. Uwzględniając powyższe uwagi, należy przyjąć z uznaniem projekt zmian przyjmujący jako regułę odbywanie się posiedzeń sądu z wyłączeniem jawności publiczności.

⁴⁶ Por. postanowienie SN z 28 kwietnia 1970 r., V KRN 97/70, OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 92 z glosami M. Lipczyńskiej, „Państwo i Prawo” 1971, nr 8–9 i A. Kaflarskiego, „Nowe Prawo” 1972, nr 12.

⁴⁷ Projekt ustawy z 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl>.

Abstract

Openness of criminal proceedings to the public is recognized as a fundamental aspect of ensuring fair trials, as stated in legal documents of domestic and international reach. However, it remains open to discussion which types of hearings are subject to the principle of openness, as the author cites numerous arguments for closing particular classes of proceedings to the general public on grounds of increasing the effectiveness of such hearings without prejudice to constitutional guarantees. Current proposals for updating criminal proceedings regulations under which certain proceedings would as a rule take place behind closed doors are met with the author's approval.

Jarosław Rominkiewicz

Apagogé – ateńska procedura karna wobec *kakoúrgoi*, *átimoi* oraz *androphónoi*

1. *Apagogé* wobec *kakoúrgoi*

Apagogé była ateńską procedurą karną¹ polegającą – mówiąc najogólniej – na doprowadzeniu przyłapanego na gorącym uczynku przestępcy do właściwego kolegium urzędniczego, które, po zapoznaniu się z jego wyjaśnieniami, skazywało go na śmierć albo przekazywało sprawę do rozpatrzenia sądowi ludowemu². Zwięzły opis tej procedury podaje Arystoteles (*Ustrój polityczny Aten*, 52.1): „Losowaniem wyznaczają także komisję Jedenastu, którzy mają nadzór nad więzieniem. Oszustom, a także tym, którzy sprzedają ludzi do niewoli, złapanym na gorącym uczynku złodziejom wymierzać mają karę śmierci, jeśli się do winy przyznają; jeżeli zaś się zapierają, mają postawić ich przed *dikasterion*; jeśli zostaną uwolnieni, mają puścić ich wolno, jeśli zaś nie, wówczas mają wydać ich na stracenie”³.

Początki *apagogé* nie są nam znane. Nie mamy pewności, kto i kiedy ją wprowadził⁴. Stosowano ją przede wszystkim wobec przestępców określanych mianem *kakoúrgoi*. Termin *kakoúrghos* określa w grece m.in.

¹ Szerzej na temat tej procedury zob.: J.H. Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, Leipzig 1905–1915, s. 319–331; A.R.W. Harrison, *The Law in Athens. Procedure*, Oxford 1971, s. 222–229; M.H. Hansen, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes*, Odense 1976.

² Co roku losowano w Atenach, spośród zgłaszających swe kandydatury obywateli powyżej 30 roku życia, 6000 sędziów (l. poj. *dikastés*, l. mn. *dikastaí*). Poszczególne sprawy rozstrzygały trybunały sądu przysięgłych (*dikastéria*), składające się z nieparzystej liczby (201, 401, 501, 1001 albo 1501) wylosowanych wcześniej sędziów, od greckiej nazwy tego sądu (*heliaía*) nazywanych *heliastami*.

³ Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, przeł. L. Piotrowicz, w: Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 6, Warszawa 2001, s. 775.

⁴ Na pewno funkcjonowała ona w czasach Solona, a więc na początku VI w. p.n.e. Niewykluczone jednak, że wprowadzono ją wcześniej.

złoczyńcę⁵. Pojęcie to jest używane w źródłach przede wszystkim wobec trzech kategorii przestępców: *klépatai* – złodziei, *lopodytai* – złodziei odzieży oraz tzw. *andropodistai* – osób trudniących się porywaniem z ateńskich ulic wolnych ludzi i ich sprzedażą do niewoli⁶. Niewykluczone, że *apagógé* była początkowo stosowana tylko wobec tych trzech kategorii złoczyńców.

Terminem *kakourgoi* określano zawodowych przestępców, którzy całe swoje życie poświęcili kradzieżom i porywaniu wolnych obywateli, dla których popełnianie przestępstw godzących w zwykłych obywateli stało się sposobem na życie. Określenie *kakourgoi* oznaczało kategorię osób, pozostających z własnego wyboru poza jakimikolwiek strukturami społecznymi w Atenach⁷, które – z racji swej niebezpiecznej działalności – nie zasługiwały na takie samo traktowanie jak pozostali Ateńczycy i dlatego właśnie zostały pozbawione normalnej ochrony prawnej⁸.

Nazwa tej procedury (*apagógé kakoúrgon*) jest nietypowa. Nazwy ateńskich skarg oraz procedur dotyczyły bowiem przestępstw, a nie przestępców⁹.

⁵ Zob. *Słownik grecko-polski*, red. Z. Abramowiczówna, t. 2, Warszawa 1960, s.v. *kakoúrgos*.

⁶ Zob. M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 47.

⁷ Takimi jak rodzina (*oikos*), ród (*génos*) czy fratria (*phratría*).

⁸ Zob. M. Gagarin, *Who were the kakourgoi? Career Criminals in Athenian Law*, „Symposion 1999”, Köln 2003, s. 186 i n.

⁹ Pierwszym członem nazwy skargi było określenie jej rodzaju – *dike* bądź *graphé*. *Dike* była skargą prywatną, którą mógł wytoczyć jedynie pokrzywdzony. Sprawy wszczęte na jej podstawie rozstrzygały *dikastéria* sądu ludowego składające się z 201 lub 401 sędziów. Przed rozpatrzeniem sprawy przez sąd przysięgłych spór kierowano najpierw przed sąd rozjemczy. Strony deponowały opłaty sądowe (*prytaneía*), które przysięgli państwu. Przy niektórych *dikai* powód, który przegrał sprawę, płacił grzywnę zwaną *epobelía*. Powód, który nie uzyskał 1/5 głosów sędziowskich, nie podlegał grzywnie w wysokości 1000 drachm. Stronom wyznaczano limit czasowy wystąpień. Egzekucję wyroku pozostawiano stronie, która wygrała proces. *Graphé* była natomiast skargą publiczną, którą mógł wnieść każdy pełnoletni Ateńczyk w sprawach naruszających interes państwa, jak też interes jednostki. Sprawy te rozstrzygały *dikastéria* złożone z 501 sędziów (w poważniejszych sprawach – np. procesach przywódców politycznych – 1001 lub 1501 sędziów). Jeśli oskarżyciel wycofał skargę przed procesem lub nie uzyskał 1/5 głosów, płacił grzywnę w wysokości 1000 drachm oraz podlegał utracie praw publicznych (*atimía*). Wystąpienia stron nie były ograniczone czasem. Egzekucja wyroku spadała na urzędników. Drugim członem w nazwie skargi było określenie przestępstwa, którego skarga dotyczyła, użyte zawsze w dopełniaczu (najczęściej liczby pojedynczej). Np. skarga z tytułu zabójstwa to *dike phónou*, skarga z tytułu zniewagi to *graphé hýbreos*. Wyjątkiem jest *dike eis* oraz *graphé* z bezokolicznikiem oddającym doznaną szkodę. Niektóre procedury miały proste nazwy, np. *phásis*, *paragraphé* czy *eisangelía*.

Apagogé kakoúrgon jest na tym tle wyjątkowa, w swej nazwie zawiera bowiem określenie przestępców (*kakoúrgoi*).

Istotą *apagogé* było to, że w przypadku niektórych przestępstw każdy obywatel¹⁰, jeśli tylko był świadkiem ich popełnienia *ep' autophóro*¹¹, mógł zgodnie z prawem zatrzymać takiego złoczyńcę i wszcząć procedurę *apagogé*, doprowadzając go przed Kolegium Jedenastu (*hoi héndeka*), które decydowało następnie o dalszych działaniach względem *kakoúrgos*. Ateńczyk mógł też zwrócić się do tego kolegium urzędniczego z pisemnym doniesieniem skutkującym natychmiastowym uwięzieniem przestępcy¹² albo wreszcie wskazać kolegium miejsce jego pobytu, aby można go było uwięzić¹³.

Jeśli doprowadzony przed Jedenastu *kakoúrgos* przyznał się do winy¹⁴, kolegium wydawało wyrok śmierci, który bezzwłocznie wykonywano. W okresie demokracji Ateńczycy przyjęli zasadę, że obywatela ateńskiego nie można skazać na śmierć bez procesu sądowego¹⁵. Zakaz ten nie dotyczył jednak *kakoúrgoi*, którzy – wykluczając się na skutek prowadzonej przez nich działalności ze struktur społecznych – nie zasługiwali na ochronę przewidzianą dla uczciwych obywateli. Jak słusznie zauważył Mogens Herman Hansen, Ateńczycy postępowali w kwestii *kakoúrgoi* „zgodnie z tradycyjnym porządkiem, obowiązującym w wielu społeczeństwach, uznając, że złodzieje i rozbójnicy jako najgorsza część społeczeństwa zasługują na mniejszą ochronę prawną i najsurowsze kary”¹⁶. Celem *apagogé*

¹⁰ Źródła używają formuły *ho boulómenos* („ten, kto chce”).

¹¹ Szerzej na temat możliwych znaczeń tego wyrażenia niżej.

¹² Rozpoczynało to inną procedurę zwaną *éndeiksis*; szerzej zob. A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 229–231.

¹³ Procedurę tę nazywano *ephégesis*. Zob. A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 231–232.

¹⁴ Ajschines 1.91: „Któż bowiem ze złodziei, cudzołózców, morderców i sprawców innych najgroźniejszych przestępstw popełnianych skrycie odpowiadałby wówczas przed sądem? Jeśli się ich pochwyli na gorącym uczynku i przyznają się do winy, natychmiast odprowadza się ich na stracenie, tych zaś, którzy popełnili zbrodnię bez świadków i zdecydowanie jej zaprzeczają, stawia się przed sądem i ustala prawdę na podstawie prawdopodobieństwa”. Ajschines 1.113: „Tymczasem nasze prawa nakazują karać śmiercią złodzieja przyznającego się do winy, a zaprzeczających przestępstwu stawiać przed sądem” (Ajschines, *Mowy*, przeł. W. Lengauer, Warszawa 2004, s. 80–81, 89–90).

¹⁵ Zob. Lizjasz 19.7; Demostenes 25.87. Szerzej zob. E. Carawan, *Akriton apokteinai: Execution without Trial in fourth-century Athens*, „Greek, Roman and Byzantine Studies” 1984, nr 25, s. 111–121.

¹⁶ M.H. Hansen, *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady, ideologia*, Warszawa 1999, s. 197.

było wyeliminowanie tego rodzaju przestępców z ulic ateńskich przez stworzenie każdemu obywatelowi możliwości ich aresztowania.

Na temat powstania i działalności Kolegium Jedenastu nie wiemy zbyt wiele. Jego skład ustanawiano w drodze losowania¹⁷. Członkowie tego kolegium pełnili, podobnie jak inni ateńscy urzędnicy, swe funkcje przez rok i byli opłacani z kasy państwowej¹⁸. Nieparzysta liczba urzędników zabezpieczała kolegium przed sparaliżowaniem jego działalności, umożliwiając podjęcie decyzji większością głosów. Nasuwa to skojarzenia z trybunałami sądu przysięgłych (*dikastéria*) składającymi się zawsze z nieparzystej liczby sędziów¹⁹. Źródła zdają się potwierdzać, że Jedenastu stanowiło swoisty sąd w sprawach przestępców przyłapanych na gorącym uczynku²⁰. Niewykluczone, że jego nazwa brzmiała *Parabyston*²¹. Niezależna władza sądownicza urzędników zredukowana w Atenach do minimum. Kolegium Jedenastu było w zasadzie jedynym organem posiadającym w tym zakresie dość szerokie uprawnienia.

Główne obowiązki Kolegium Jedenastu dotyczyły trzech procedur: *apagógé*, *éndeiksis* oraz *ephégesis*²². W związku z nimi podejmowało ono decyzję albo o skazaniu na śmierć przestępcy, jeśli przyznał się do winy, albo o skierowaniu sprawy do sądu²³. Zachowane źródła nie pozostawiają wątpliwości, że przed podjęciem decyzji Jedenastu omawiało każdy przypadek, a los przestępcy był uzależniony od wyników głosowania²⁴. W mowie Isajosa *O spadku Nikostratos*a znajduje się ciekawa informacja o ukaraniu członków Kolegium Jedenastu karą główną za niedopełnienie ich obowiązków²⁵. Lakoniczność przekazu nie pozwala na dokładniejsze wyjaśnienie przyczyn takiego potraktowania urzędników.

¹⁷ Zob. Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 52.1.

¹⁸ Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 24.3.

¹⁹ Zob. przyp. 2.

²⁰ Zob. Arystofanes, *Osy* (v. 1108–1109); Antyfont 5.10. Podobny wniosek nasuwa lektura dwóch inskrypcji: I.G. II² 1646 (ok. 346/5 r. p.n.e.) i *Agora I* 3738 (ok. 350–340 r. p.n.e.). Por. S.J. Burgess, *The Athenian Eleven: why Eleven*, „Hermes” 2005, nr 3, s. 334.

²¹ Zob. S.J. Burgess, *The Athenian Eleven...*, s. 334–335. Na temat możliwej lokalizacji tego sądu zob. A. Boegehold, *The Lawcourts at Athens: Sites, Buildings, Equipment, Procedure and Testimonia*, *The Athenian Agora* 28, *The American School of Classical Studies at Athens*, Princeton 1995, s. 13–14.

²² Wszystkie procedury omawia M.H. Hansen, *Apagoge...*

²³ Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 52.1.

²⁴ Wniosek taki można wyciągnąć choćby z mowy Lizjasza *Przeciw Agoratosowi* (13.85–86 – fragment cytowany w przypisie 92). Por. S.J. Burgess, *The Athenian Eleven...*, s. 332.

²⁵ Isajos 4.28: „Ten bowiem [Chariades – J.R.], kiedy przebywał jeszcze tutaj,

Do obowiązków Jedenastu należała również piecza nad egzekucją skazanych przestępców²⁶, nadzór nad więzieniem, w którym przetrzymywano dłużników państwowych oraz osoby skazane na śmierć²⁷. Kontrolowali oni również przebieg tortur niewolników²⁸, podczas których wydobywano od nich zeznania²⁹.

Warunkiem skazania przez Jedenastu na śmierć *kakoúrgos* było przyłapanie go, jak podają greckie źródła, *ep'autophóro*³⁰. Przymiotnik *autophóros* (-on) jest związany z rzeczownikiem *phorá*, który ma w grece dwa podstawowe znaczenia „kradzież” oraz „wykrycie (złodzieja, rzeczy skradzionej)”³¹. *Autophóros* (-on) znaczy „wykryty przez samego siebie”, ale też „schwyty na kradzieży, pojmany na gorącym uczynku”. W wielu źródłach zwrot ten występuje w znaczeniu polskiego przysłowka „jawnie”³². Wyrażenie *ep'autophóro lambánein*

najpierw, złapany na gorącym uczynku podczas kradzieży, trafił do więzienia, następnie razem z kilkoma innymi został uwolniony przez Jedenastu, których wszystkich wy publicznie skazaliście na śmierć, jednakże znowu zadenujcowany w Radzie jako pospolity przestępca uciekł i nie odpowiedział na zarzuty, lecz przez lat od tego momentu nie pojawił się w Atenach, za wyjątkiem okresu po śmierci Nikostratosa” (przekład autora).

²⁶ Zob.: Lizjasz 14.17; Ksenofont, *Historia grecka*, 1.7.10; Platon, *Fedon*, 59c; Demostenes 23.69; Ajschines 1.16; Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 52.1.

²⁷ Zob.: Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 52.1; Demostenes 24.113.

²⁸ Zob.: Pseudo-Demostenes 53.23.

²⁹ Zeznania niewolników można było traktować jako środek dowodowy jedynie wtedy, gdy wydobyto je na torturach (*básanoi*). Zgodę na nie musiał jednak wyrazić właściciel niewolnika. Tego rodzaju zeznania mogły być użyte jedynie za zgodą obu stron procesowych. Stosowanie tortur wobec niewolników uważano za rzecz konieczną, panowało bowiem przekonanie, że niewolnik składający przed sądem zeznania świadomie kłamie. Świadcstwom niewolników wydobytym podczas tortur przyznawali starożytni Grecy większą wiarygodność aniżeli zeznaniom i przysięgom wolno urodzonych, tych bowiem można było przekupić. Szerzej na temat tego środka dowodowego zob. R. Turasiewicz, *De servis testibus in Atheniensium iudicis saec. V et IV a. Ch.n. per tormenta cruciatis*, Wrocław 1963; G. Thür, *Beweisführung vor dem Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos*, Vienna 1977; M. Gagarin, *The Torture of Slaves in Athenian Law*, „Classical Philology” 1996, nr 91, s. 1–18.

³⁰ Zob. Lizjasz 13.86; Isajos 4.28; Demostenes 45.81; Ajschines 1.91. Zwrot ten występuje 13 razy w mowach sądowych w odniesieniu do procedury *apagogé* w związku różnymi formami kradzieży, a także 7 razy w związku z innymi przestępstwami, w razie zaistnienia których dopuszczano również tę procedurę (więcej zob. M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 52–53).

³¹ Zob. *Słownik grecko-polski...*, s.v. *phorá*.

³² Zob. np.: Herodot 7.6.3; Ajschines 3.9–10; Dejnarchos 1.29, 53–4, 77; Pseudo-Demostenes 45.81.

oznaczałoby zatem „przyłapać na gorącym uczynku”³³. Interpretacja zwrotu *ep’ autophoro* nie jest jednak jednoznaczna³⁴. Oznaczał on bowiem również złapanie złoczyńcy z łupem podczas pościgu za nim lub podczas ukrywania tego łupu³⁵.

Zwrot ten spotykamy również w źródłach rzymskich, które odnoszą się do kradzieży jawnej. Ulpian pisze (D. 47, 2, 3): *Fur est manifestus, quem Graeci ep’ autophoro appellant, hoc est eum, qui deprehenditur cum furto* („Złodziejem jawnym jest ten, którego Grecy nazywają *ep’ autophoro*, to jest [mówią tak] o tym, który został zatrzymany ze skradzionym przedmiotem”³⁶). Znajdujemy go również w *Instytucjach Justyniana* (I. 4,1,3): *Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. (...) manifestus fur est, quem Graeci ep’ autophoro appellant: nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui eo loco deprehenditur quo fit (...)*. [„Są zaś dwa rodzaje kradzieży, jawna i niejawna. (...) Jawnym złodziejem jest ten, kogo Grecy nazywają *ep’ autophoro*: nie tylko ten, kogo się wykrywa na samej kradzieży, lecz także ten, kogo się wykrywa w tym miejscu, gdzie jest popełniana (...)]”³⁷.

Wydaje się, że rzymskie *furtum manifestum* było odpowiednikiem greckiej *klopé ep’ autophoro*, a więc takiej kradzieży, gdzie przeciwko złodziejowi złapanemu na gorącym uczynku można było wszcząć procedurę apagógé przed Kolegium Jedenastu. Obie te formy rodziły podobne sankcje³⁸. Natomiast rzymska kradzież niejawna (*furtum nec manifestum*) byłaby

³³ Zob.: L. Gernet, *Droi et institutions en grèce antique*, Paris 1968, s. 48–53; A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 224; D. Cohen, *Theft in Athenian Law*, Munich 1983, s. 52.

³⁴ Szerzej zob.: M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 48–53; E.M. Harris, „*In the Act*” or „*Red-handed*”. *Apagoge to the Eleven and Furtum Manifestum*, „Symposium 1993”, Köln 1993, s. 169–184.

³⁵ Zob.: L. Gernet, *Droi et institutions...*, s. 48–53; A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 224; D. Cohen, *Theft in Athenian...*, s. 52.

³⁶ Przekład autora.

³⁷ *Instytucje Justyniana*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1986, s. 215–216.

³⁸ W Rzymie niewolnika złapanego na kradzieży jawnej karano śmiercią. W przypadku człowieka wolnego sporne jest, czy przestępcę karano utratą *status libertatis*, a więc pozbawieniem go statusu osoby – sprowadzeniem do grupy niewolników, czy też pozostawiano go w stanie faktycznej zależności od poszkodowanego (zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2009, s. 249). Zabić można było jednak złodzieja nocnego, pod warunkiem podniesienia przez poszkodowanego krzyku, oraz kradnącego za dnia i używającego niebezpiecznego narzędzia (zob. Gaius D.9.2.4.1). W Atenach złodziej przyłapany *ep’ autophoro*, który przyznał się do winy, podlegał karze głównej.

odpowiednikiem innej formy greckiej kradzieży, kiedy to okradziony mógł dochodzić pretensji od złodzieja na drodze sądowej na podstawie prywatnej skargi zwanej *díke klopés*³⁹.

Prawo solońskie pozwalało na stosowanie *apagogé* także wobec złodziei, którzy dopuścili się kradzieży nocą, skradli jakąkolwiek sumę za dnia z *gymnasium* albo dopuścili się kradzieży rzeczy o wartości 10 drachm w porcie, a gdziekolwiek indziej przedmiotu o wartości 50 drachm⁴⁰. *Apagogé* stosowano także wobec złodziei kieszonkowych (*ballantiotómoi*), świętokradców (*hierósyloi*), włamywaczy (*toichorýchoi*), cudzołożników (*moichoí*) i zabójców (*androphónoi*)⁴¹.

Wykonaniem wyroków śmierci zajmowały się w Atenach profesjonalny kat (*démios*), którym był – najprawdopodobniej – niewolnik publiczny⁴². Karę główną⁴³ wykonywano w Atenach przez podanie skazanemu cykuty⁴⁴, strącenie go w przepaść⁴⁵ albo sposobem nazywanym *apotympanismós*. Ten ostatni stosowano wobec *kakoúrgoi*⁴⁶. Skazanego na śmierć

³⁹ Rzymska i grecka forma kradzieży była karana tak samo – zapłatą podwójnej wartości skradzionej rzeczy (zob. *Gai Institutiones*, 3, 190; Demostenes 24.105, 114). Por. E.M. Harris, „*In the Act*”..., s. 175.

⁴⁰ Demostenes 24.113–114.

⁴¹ Szerzej na ten temat w dalszej części artykułu.

⁴² D.M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, London 1978, s. 254.

⁴³ Na temat kary śmierci w starożytności grecko-rzymskiej zob. E. Cantarella, *Les peines de mort en en Grèce et à Rome: origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Paris 2000.

⁴⁴ Mianem cykuty określano w starożytności sok z kłącza trującej rośliny z rodziny baldaszkowatych – szczwołu plamistego (*Conium maculatum*) nazywanego w Polsce pietraszniem plamistym, cykutą, szalaniem plamistym, psią pietruszką lub świńską wszą. Ta posiadająca właściwości lecznicze i trujące roślina była znana w starożytnej Grecji pod nazwą *kóneion*, a w Rzymie jako *cicuta*. Zawarte w *Conium maculatum* trujące alkaloidy działały porażająco na ruchowe ośrodki rdzenia kręgowego. Trucizna ta porażała również mięśnie szkieletowe i układu oddechowego, powodując śmierć na skutek uduszenia. Objawy zatrucia cykutą (niedowład kończyn dolnych, duszenie się i zaburzenia świadomości) omawia Nikandros z Kolofonu w dziele *Theriaká (O antidotach na trucizny)*. Tego rodzaju karę śmierci wykonano m.in. na Sokratesie (zob. Platon, *Fedon*, 66 c–e).

⁴⁵ W V w. p.n.e. skazańców strącano z *bámathron*, skalistego urwiska w okolicach Aten. W IV w. pisano o miejscu zwanym *órygma*. Szerzej zob.: E. Berneker, *Die Strafe des Felssturzes im alten griechischen Recht*, w: *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag*, Würzburg 1966, s. 15–26; E. Berneker, *Der Felssturz im alten griechischen Recht*, w: *Studi di onore E. Volterra*, t. 1, Milano 1971, s. 87–97.

⁴⁶ Zob.: D.M. MacDowell, *The Law in Athens*..., s. 255; S. Humphreys, *A Historical Approach to Dracon's Law on Homicide*, „Symposion 1990”, Köln 1991, s. 19.

przytwierdzano przy pomocy kilku żelaznych obręczy umieszczanych na szyi, przegubach dłoni i nóg, do słupa albo deski, i tak skrępowanego pozostawiano w tej aż pozycji skona⁴⁷. Była to więc niezwykle brutalna egzekucja. Poza *kakoúrgoi* ten sposób wykonania kary śmierci stosowano także w stosunku do zdrajców⁴⁸ i przyłapanych na gorącym uczynku cudzołóżników⁴⁹. Funkcjonował on także w Egipcie Ptolemeuszów⁵⁰.

2. *Apagógé* wobec *átimoi*

Apagógé wszczynano w Atenach także przeciwko osobom dotkniętym *atimía*⁵¹. Termin ten oznaczał pozbawienie *timé*, czyli czci. W Atenach istniały dwie formy *atimía*. Starsza, bardzo restrykcyjna, oznaczała całkowite wyjęcie spod prawa. Osoba dotknięta tą karą (*átimos*) doznawała całkowitej „śmierci cywilnej”. Traciła prawa publiczne i majątkowe, i musiała opuścić na stałe ojczyznę, w innym razie mogła bowiem zostać bezkarnie zabita⁵².

Od V w. p.n.e. funkcjonowała także łagodniejsza forma *atimía*, dotykająca jedynie obywateli (wcześniejsza dotyczyła zapewne cudzoziemców

⁴⁷ Na początku XX w. (w 1911 r. i 1915 r.) podczas rozkopywania cmentarzyska w Starym Faleronie niedaleko Aten archeolodzy odnaleźli kilkanaście szkieletów z takimi metalowymi obręczami, do których były przymocowane jeszcze pozostałości drewna. Pierwszym uczonym, który opisał ten rodzaj kary, był grecki archeolog A. Keramopoulos, *Ho apotympanismos. Symbole archaiologike eis ten historian tou poinikou dikaiou ten laographian*, Hestia, Athenai 1923. Jego ustalenia przyjął L. Gernet, *Sur l'exécution capitale: à propos d'un ouvrage réent*, „Revue des Études Grecques” 1927, nr 37, s. 261–293.

⁴⁸ Wiemy, że ukarano tak zbuntowanych dowódców i załogi floty samijskiej w 440 r. p.n.e. Perykles nakazał przybić ich do desek, zostawiając ich tak przez 10 dni. Tuż przed zgonem polecił dobić ich pałą i porzucić zwłoki bez pogrzebu (zob. Duris, FGrHist 76 f 67; Plutarch, *Perykles*, 28, 2). Prawo ateńskie zakazujące pochówku na terenie Attyki i osób skazanych za zdradę świętokradztwo (zob. Ksenofont, *Historia grecka*, 1.7, 22) za Peryklesa rozszerzono na tereny kontrolowanego przez Ateny Związku Morskiego (zob. A. Helms, *La privation de sépulture dans l'Antiquité grecque*, „Symposion 2005”, Böhlau 2007, s. 259–268, 261–262).

⁴⁹ Zob. E. Cantarella, *Les peines...*, s. 35–40. Cudzołóżnika schwytanego *in flagranti* mąż mógł też bezkarnie zabić w domu. Szerzej na temat cudzołóstwa w Atenach zob. M. Jońca, *Cudzołóstwo (moicheia) w społeczeństwie i prawie ateńskim epoki klasycznej*, w: *Contra leges et bonos mores*, red. M. Kuryłowicz, H. Kowalski, Lublin 2005, s. 109–125 wraz z podaną tam literaturą.

⁵⁰ Zob. J. Méléze-Modrzejewski, *Apotympanismos. Biblia grecka, papirusy i prawo karne ptolemejskiego Egiptu*, „Meander” 2007, nr 1–2, s. 89–97.

⁵¹ Zob. M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 54–98.

⁵² Zob. A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 169.

i metojków) i oznaczająca utratę jedynie praw publicznych⁵³. Karano nią osoby, które dopuściły się przestępstw wojskowych (uchylania się od służby wojskowej⁵⁴, dezercji⁵⁵, tchórzostwa na polu walki⁵⁶). *Atimía* była także przewidziana dla osób, które po ukończeniu 60 roku życia uchylały się od służby w charakterze rozjemcy⁵⁷, a także urzędników, którzy źle pełnili swe obowiązki⁵⁸ albo przyjęli łapówkę⁵⁹. Spadała ona także na osoby, które po wniesieniu publicznej skargi, odstąpiły od oskarżenia albo nie uzyskały 1/5 głosów sędziowskich⁶⁰. *Atimía* dotyczyła także dłużników państwowych⁶¹ oraz osoby skazane decyzją sądu skorupkowego na okresowe wygnanie z państwa⁶² oraz wydające świadomie za mąż cudzoziemkę przedstawianą jako obywatelkę ateńską⁶³.

Kara ta była także przewidziana dla osób trzykrotnie skazanych za określone wykroczenie, np. fałszywe zeznania⁶⁴ czy wnoszenie niezgodnych z prawem projektów uchwał⁶⁵.

W niektórych przypadkach *atimía* groziła także za szczególnie rażąco naruszenie norm etycznych. W związku z tym była karą dla obywateli, którzy dopuścili się tzw. *kákosis*⁶⁶, czyli złego traktowania (np. rodziców⁶⁷), męskiej prostytucji (lub też jedynie nakłaniali do niej⁶⁸)

⁵³ Pełny katalog wykroczeń objętych sankcją utraty praw publicznych podaje M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 72–74.

⁵⁴ Zob. np.: Andokides 1.74; Demostenes 21.58–59, 24.103–105; Ajschines 1.29.

⁵⁵ Zob. np.: Andokides 1.74; Lizjasz 14.9; Isokrates 8.143; Demostenes 59.26–27; Ajschines 3.175–176.

⁵⁶ Zob. np.: Andokides 1.74; Ajschines 3.175–176; Lizjasz 10.1.

⁵⁷ Zob. Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 53.5; Demostenes 21.86–87, 92, 95, 99.

⁵⁸ Pseudo-Ksenofont, *Ustrój polityczny Aten*, 3.13.

⁵⁹ Zob.: Andokides 1.74; Demostenes 21.113.

⁶⁰ Zob. np.: Demostenes 18.82, 26.9, 53.1–2; Hyperejdes 3.34.

⁶¹ Andokides 1.73, 92–93; Isokrates 12.10; Isajos 12.10; Demostenes 22.33–34, 24.90, 123, 37.22–24.

⁶² Zob. Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 22.8.

⁶³ Szerzej zob. J. Rominkiewicz, *Prawo ateńskie wobec małżeństw z cudzoziemcami*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2010, nr 3270, s. 83–91.

⁶⁴ Zob.: Andokides 1.74; Hyperejdes 4.11–12.

⁶⁵ Zob.: Hyperejdes 4.11–12; Demostenes 51.12; Plutarch, *Fokion*, 26; Diodor Sycylijski 18.18.

⁶⁶ Szerzej zob. J. Rominkiewicz, *Pojęcie kakosis i odpowiedzialność z jej tytułu w prawie ateńskim*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1999, nr 2144, s. 5–39.

⁶⁷ Więcej zob. J. Rominkiewicz, *Problem opieki nad rodzicami w prawodawstwie ateńskim*, „Meander” 1990, nr 7–9, s. 151–157.

⁶⁸ Zob. np.: Ajschines 1.134.160; Andokides 1.100.

czy też osób trwoniących odziedziczony po przodkach majątek⁶⁹ pozostających w związku małżeńskim z cudzołożnicą⁷⁰.

Átimos tracił swe prawa polityczne: nie mógł uczestniczyć w zgromadzeniu ludowym, pracach Rady i nie mógł wnosić publicznych oskarżeń do sądu. Nie miał też wstępu na agorę oraz do świątyń. Jako dotknięty zmasą (*miasma*) nie mógł również uczestniczyć w określonych rytuałach wspólnoty obywateli. *Atimía* nie wiązała się jednak z utratą praw majątkowych i rodzinnych⁷¹.

Jeśli *átimos* korzystał mimo wszystko z jakichś uprawnień publicznych, które utracił na skutek *atimía*, każdy Ateńczyk mógł go zatrzymać i oddać w ręce Jedenastu⁷². Ci dokonywali aresztowania i doprowadzali taką osobę do *dikastérion*. Jeśli *átimos* został skazany, sąd określał jeszcze wysokość kary. Jeśli była to grzywna, skazanego wtrącano do czasu jej zapłaty do więzienia. W razie wyroku śmierci nie wiadomo, w jaki sposób go wykonywano⁷³.

3. *Apagógé* wobec *androphónoi*

W prawie ateńskim istniały dwie podstawowe ścieżki postępowania w sprawach o zabójstwo. Pierwsza, wprowadzona jeszcze w 621 r. p.n.e. przez Drakona, była oparta na prywatnej skardze, *dike phónou*, z której mogli skorzystać jedynie krewni ofiary⁷⁴.

Apagógé można było wszcząć przeciwko osobie oskarżonej za pomocą powyższej skargi o zabójstwo. Z chwilą przyjęcia skargi przez archonta króla (*árchon basileús*)⁷⁵ oskarżonemu nie wolno było pojawiać się w miej-

⁶⁹ Zob. Ajschines 1.30–32, 94–105, 154.

⁷⁰ Zob. Demostenes 59.87.

⁷¹ Dotknięty nią obywatel mógł zatem posiadać majątek ziemski w Attyce i zawierać ważne prawnie małżeństwa.

⁷² Zob. Demostenes 24.105.

⁷³ Zob. M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 98.

⁷⁴ Na temat prawa Drakona o zabójstwie zob. m.in. R. Stroud, *Dracon's Law on Homicide*, Berkeley 1968; M. Gagarin, *Drakon and Early Athenian Homicide Law*, New Haven 1981; S. Humphreys, *A Historical Approach...*, s. 17–45.

⁷⁵ Jeden z trzech najważniejszych ateńskich archontów. Do jego obowiązków należała m.in. organizacja misterii oraz przyjmowanie i kierowanie do właściwych sądów skarg o bezbożność i zabójstwo (zob. Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 57.2). Szerzej na temat roli tego urzędnika w procesach o zabójstwo zob.: E. Heitsch, *Der Archon Basileus und die attischen Gerichtshöfe für Tötungsdelikte*, „Symposion 1985”, Köln 1989, s. 71–89; M. Gagarin, *The Basileus in Athenian Homicide Law*, w: *Polis & Politics: Studies in Ancient Greek History Presented to Mogens Hansen on His Sixtieth*

scach publicznych, w przeciwnym bowiem razie każdy mógł zastosować wobec niego *apagogé*. Proces przeciwko podejrzanemu o zabójstwo, jaki był skutkiem jego aresztowania dokonanego w toku procedury *apagogé*, miał charakter *timetós agón*, wyrok nie wynikał tu więc z przepisów prawa. Sędziowie po uznaniu winy oskarżonego musieli jeszcze określić wysokość kary. Źródła potwierdzają, że jedną z możliwych kar była tu grzywna⁷⁶. Jeśli skazany nie miał wystarczających środków na jej zapłacenie, pozostawał w więzieniu do czasu jej uregulowania. Taka kara była to dla niego korzystna, gdyż skazanych za zabójstwo na podstawie *dike phónou* karano śmiercią bądź wygnaniem⁷⁷.

Osobom skazanym zaocznie na śmierć za zabicie obywatela ateńskiego⁷⁸, skazanym na dożywotnie wygnanie za zabicie obywatela⁷⁹ lub metojka⁸⁰ albo na czasowe wygnanie za nieumyślne zabójstwo, nie wolno było pojawić się pod groźbą śmierci w granicach Attyki. Skazany na wygnanie zabójca (*androphónos*) mógł zostać w razie złamania tego zakazu bezkarnie zabity przez każdego Ateńczyka⁸¹. Jednak jeśli obywatel nie chciał go sam zabić, mógł posłużyć się *apagogé* i doprowadzić do jego aresztowania⁸². Mógł też go zadenuncjować pisemnie⁸³ do tesmotetów⁸⁴ lub też powiadomić ich o miejscu jego pobytu⁸⁵, aby mogli go aresztować. Jeśli zatrzymany przestępca zaprzeczał, że został wcześniej skazany za zabójstwo, sprawę przekazywano do rozpoznania sądowi⁸⁶.

W V w. p.n.e. pojawiła się możliwość zastosowania *apagogé* wobec zabójców, którzy nie zostali jeszcze skazani na podstawie *dike phónou*. Miała

Birthday, red. P. Flensted-Jensen, T. Heine Nielsen, L. Rubinstein, Copenhagen 2000, s. 569–579.

⁷⁶ Zob. Demostenes 24.60,105.

⁷⁷ Por. H.M. Hansen, *Apagoge...*, s. 99–100.

⁷⁸ Zob. Demostenes 23.28.

⁷⁹ Zob. Lizjasz 3.38, 6.15.

⁸⁰ *Lexica Segueriana*, 194.12–3.

⁸¹ Zob. Demostenes 23.28.

⁸² Demostenes 23.28.

⁸³ Miała wówczas miejsce *éndeiksis*.

⁸⁴ Zob.: Lizjasz 6.15; Demostenes 23.31. Tesmoteci (*thesmothétai*) – kolegium składające się z 6 archontów, dodanych do 3 głównych archontów (*eponymosa*, *polemarchosa* i *basileusa*). Ich głównym obowiązkiem było zwoływanie sądu ludowego oraz przewodniczenie trybunałom sądowym w procesach publicznych. Na temat tego urzędu zob. Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 55.1 i 9. Zob. też A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*, s. 12–17.

⁸⁵ Miała wówczas miejsce *ephégesis*.

⁸⁶ Zob. M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 107–108.

ona dwie postaci: *apagógé kakoúrgon* i *apagógé phónou*. Obie umożliwiały każdemu Ateńczykowi zatrzymanie i doprowadzenie do więzienia osoby podejrzewanej o dokonanie zabójstwa. Z jednej z mów Demostenesa wynika jednoznacznie, że ta odmiana *apagógé* była w poł. IV w. p.n.e. powszechnie znana i stosowana przeciwko zabójcom⁸⁷.

Starszą z tych procedur była *apagógé kakoúrgon*. Pojawiła się ona najprawdopodobniej w Atenach ok. 420 r. p.n.e.⁸⁸ Trudno jednoznacznie stwierdzić, czy zabójcy od początku byli formalnie klasyfikowani jako *kakoúrgoi*. W treści prawa o złoczyńcach brakuje bowiem wzmianki na temat *androphónoi*. Niektórzy komentatorzy uważają jednak, że w tekście tego prawa są wymienione jedynie przykłady osób określanych mianem *kakoúrgoi*⁸⁹. Niewykluczone też, że prawo dotyczące *kakoúrgoi* zostało poszerzone pod koniec V w. p.n.e. o inne kategorie przestępców, wśród nich również zabójców.

Przyczyną wprowadzenia do prawa o zabójcach regulacji dotyczącej *apagógé* była zapewne chęć szybszego i skuteczniejszego działania w stosunku do zabójców, którzy mogliby inaczej uniknąć odpowiedzialności. Stosunkowo proste zasady, na których opierała się *apagógé*, pozwalały uniknąć komplikacji i trudności związanych z procedurą prywatną, wszczywaną na podstawie *dike phónou*⁹⁰. Nowością było też to, że ta publiczna

⁸⁷ Demostenes 23.80.

⁸⁸ Najlepszym źródłem odnoszącym się do tej procedury jest V mowa Antyfonta (*Przeciw Euksiteosowi*). Niejaki Euksiteos, pochodzący z Mityleny, płynął statkiem do Ainos wraz z Ateńczykiem Herodesem. Z powodu burzy okręt musiał zacumować koło Metymny. Herodes opuścił nocą pokład i odtąd zaginął o nim wszelki śluch. Jego krewni po przeprowadzeniu prywatnego dochodzenia oskarżyli Euksiteosa o zabicie Herodesa wspólnie z Lykinosem, osobistym wrogiem ich krewnego, i niewolnikiem, który znajdował się na pokładzie okrętu. Kiedy Euksiteos pojawił się w Atenach, został aresztowany i wtrącony do więzienia do czasu rozpoczęcia procesu. Potraktowano go jako *kakoúrgos* i przy użyciu procedury *apagógé* oskarżono o zabójstwo. obrońca Euksiteosa twierdził, że *apagógé kakoúrgon* nie była w tym przypadku właściwą procedurą, albowiem oskarżony jako domniemany zabójca nie powinien odpowiadać na podstawie prawa o złoczyńcach (rozd. 9), ale na podstawie tradycyjnej procedury opartej na prywatnej *dike phónou* (rozd. 10–11). Zdziwienie obrony spowodowane rodzajem zastosowanej procedury pozwala przypuszczać, że w czasie tego procesu (najczęściej przyjmuje się okres między 420 a 417 r. p.n.e.) była ona jeszcze w Atenach nowością. Szersze omówienie u E. Volonaki, *Apagoge in Homicide Cases*, „Dike” 2000, nr 3, s. 153–160.

⁸⁹ Tak: M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 47; M.H. Hansen, *The Prosecution of Homicide in Athens: Reply*, „Greek, Roman and Byzantine Studies” 1981, nr 22, s. 23–24.

⁹⁰ Skargi w sprawach o przelew krwi należało wnieść do archonta króla najpóźniej do dziewiątego miesiąca każdego roku (zob. A.R.W. Harrison, *The Law in Athens...*,

procedura umożliwiała podjęcie skutecznych działań każdemu Ateńczykowi, a nie, jak dotąd, jedynie krewnym ofiary.

Po przywróceniu pod koniec V w. p.n.e. w Atenach demokracji wprowadzono tzw. *apagogé phónou*⁹¹. Jest wielce prawdopodobne, że stosowano ją pierwotnie w przypadkach zabójstw nieobjętych amnestią. W układzie pokojowym po przywróceniu demokracji, który wszedł w życie jesienią 403 r. p.n.e., znalazły się również ustalenia dotyczące amnestii dla zabójców. Cytuje je Arystoteles (*Ustrój polityczny Aten*, 39.5): „Procesy o zabójstwo – jeśliby ktoś własnoręcznie kogoś zabił lub zranił – odbywać się będą według praw przodków. Nie wolno nikomu przeciw nikomu występować w związku z wydarzeniami przeszłymi, jedynie przeciwko członkom rządów

s. 86–87). Uciążliwy był też obowiązek złożenia przysięgi, przedstawienia świadków czy złożenia ofiar.

⁹¹ Najlepszym źródłem odnoszącym się do tej procedury jest XIII mowa Lizjasza, *Przeciw Agoratosowi* (inne źródła omawia E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 165–167). Agoratos uzyskał obywatelstwo ateńskie w nagrodę za udział w zamordowaniu w 411 r. p.n.e. jednego z przywódców oligarchicznych – Frynicha. Przez kilka następnych lat wiódł mało zaszczytny, ale za to popłatny żywot donosiciela (*sykophántes*). W 404 r. p.n.e. Ateny po przegranej wojnie ze Spartą miały przyjąć niekorzystne dla nich warunki pokoju. Część Ateńczyków sprzeciwiała się temu traktatowi. Wówczas oligarchowie namówili Agoratosą, aby zadenuncjował przeciwników traktatu pokojowego. Agoratos miał być oskarżony wraz z przeciwnikami pokoju, a następnie zadenuncjować swych rzekomych towarzyszy, co miało mu zapewnić bezkarność. Plan powiódł się. Niejaki Teokryt wniósł oskarżenie przeciw wskazanym osobom. Agoratos zgodnie z przyjętym wcześniej planem znalazł azyl na ołtarzu Artemidy w Munichii. Kilka osób zaoferowało mu pomoc w ucieczce. Ten jednak odmówił i pozwolił się aresztować. W więzieniu zadenuncjował te osoby oraz dodatkowo kilku strategów i dowódców wojskowych. Po przejęciu władzy przez oligarchiczny rząd Trzydziestu oskarżonych postawiono przed nowo wybraną Radą Pięciuset, całkowicie uległą oligarchom, a następnie skazano na karę śmierci. Agoratosą w nagrodę za ujawnienie przeciwników traktatu pokojowego potraktowano łagodniej – wygnano go z Aten. Pod koniec 404 r. p.n.e. dołączył on do demokratów zgromadzonych w Fyle, ci jednak go zignorowali. W 399 r. p.n.e. został oskarżony o to, że podczas rządów Trzydziestu doprowadził do śmierci niejakiego Dionisodorosa będącego, najprawdopodobniej, jednym z zadenuncjowanych dowódców. Kuzyn ofiary stwierdził, że Agoratos jako osoba „przyłapaną na gorącym uczynku” nie podlega amnestii. Szerzej zob. E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 160–165. Za użyciem *apagogé phónou* wobec Agoratosą opowiedział się również D.M. MacDowell, *Athenian Homicide Law in the Age of Orators*, Manchester 1963, s. 131 i n.; D.M. MacDowell, *The Law in Classical Athens...*, s. 121–122. Przeciwnego zdania jest jednak M.H. Hansen, *Apagoge...*, s. 101–103, 107, popierający zastosowanie w tym przypadku *apagogé kakoúrgon*.

trzydziestu, komisji dziesięciu, kolegium Jedenastu i zarządców Pireusu, i to tylko w tym wypadku, jeśli nie złożą sprawozdania”.

Amnestią były objęte jedynie zbrodnie dokonane własnoręcznie (*autocheiriai*). *Apagogé phónou* stosowano więc w sytuacji, kiedy oskarżony miał jedynie pośredni wpływ na śmierć jakiejś osoby, na przykład zadenuncjował ją w okresie rządów oligarchicznych i w ten sposób umożliwił skazanie jej na śmierć⁹².

Sposób wprowadzenia tej procedury do prawa ateńskiego nie jest znany. Możliwe są dwie hipotezy⁹³. W 403 r. p.n.e. na mocy dekretu Tejsamenesa⁹⁴ Ateńczycy postanowili opublikować oryginalne prawa Drakona i Solona, wprowadzając do nich tam poprawki, gdzie uznano to za konieczne. Teksty tych praw miały być tymczasowo wystawione przed posągami eponymów⁹⁵,

⁹² Tak właśnie było w przypadku bohatera XIII mowy Lizjasza. Oskarżyciel w procesie tak oto uzasadnia zastosowanie procedury *apagogé* wobec Agoratosza (13.85–86): „Dowiaduję się, że Agoratos zamierza się oprzeć na tym argumente, iż we wniosku w sprawie aresztowania występują słowa «ujęty na gorącym uczynku». Takie postępowanie jest bezgraniczną naiwnością. A zatem bez dodatku tych słów «ujęty na gorącym uczynku», podlegałby wnioskowi o aresztowanie. Ponieważ te słowa zostały dodane, upatruje w tym korzystną dla siebie okoliczność. Jak widać, nie oznacza to niczego innego, jak z jednej strony przyznanie się oskarżonego do winy, z drugiej zakwestionowanie okoliczności, że ujęto go podczas dokonywania czynu. Jest to niejako opieranie na takim rozumowaniu, że powinien uzyskać wyrok uniewinniający, bo wprawdzie zabił, jednak nie został przyłapany na dokonywaniu zbrodni. Wydaje się, że Kolegium Jedenastu, które przyjęło wniosek w sprawie aresztowania, wcale nie powodując się chęcią poparcia Agoratosza – on już wtedy wysuwał taki argument – lecz w przeświadczeniu, iż postępuje słusznie, zmusiło Dionizjusza, który dokonał aresztowania, by do tekstu skargi sądowej dodał słowa «przyłapany na gorącym uczynku». Chodziło przecież o tego człowieka, który wpierv wobec Rady Pięciuset, a następnie przed całą społecznością ateńską złożywszy oskarżenie, spowodował utratę życia kilku osób i ponosi całkowitą odpowiedzialność za ich śmierć. Nie możesz przecież uważać, że zwrot «na gorącym uczynku» oznacza tylko taki przypadek, gdy ktoś kogoś powali na ziemię ciosem zadany pałką lub nożem. Według twego wyводу nikt nie będzie mógł nikogo wskazać jako zabójcę oskarżonych przez ciebie mężów. Nikt bowiem ani nie powalił, ani nie zamordował, ale musieli umrzeć w wyniku twego doniesienia. Czyż sprawca ich śmierci nie jest osobą, «przyłapaną na gorącym uczynku»? Któż inny winny jest tego, jeśli nie ty – jako donosiciel? Ty więc, ich zabójca, nie jesteś osobą «przyłapaną na gorącym uczynku?»” (Lizjasz, *Mowy*, przeł. R. Turasiewicz, Kraków 1998, s. 121–122).

⁹³ Zob. E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 170–174.

⁹⁴ Zob. Andokides I.82.

⁹⁵ Chodzi o posągi dziesięciu herosów attyckich, opiekunów poszczególnych fyl. Zob. B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia starożytnych Greków*, t. 2. *Okres klasycyzny*, Warszawa 2009, s. 400.

aby każdy mógł się z nimi zapoznać, a następnie przeanalizowane przez Radę i pięciuset wybranych w demach nomotetów. Tak zrewidowane prawa wypisano na ścianach znajdującego się na agorze Portyku Królewskiego (*Stoá basiléos*). Prawo dotyczące *apagogé phónou* mogło znaleźć się w tym zrewidowanym w ten sposób prawie. Pewną trudność w przyjęciu tej koncepcji stanowi fakt, że o tej istotnej innowacji dotyczącej prawa o zabójstwie nie wspomina ani słowem Arystoteles, kiedy cytuje ustalenia dotyczące amnestii dla zabójców⁹⁶.

Być może więc regulacje w kwestii *apagogé phónou* wprowadzono wcześniej, wkrótce po restauracji demokracji w 410 r. Wyznaczono bowiem wówczas kolegium prawodawcze (tzw. *anagrapheis*), które miało opublikować wszystkie stosowane prawa Drakona i Solona. Kolegium to stosunkowo szybko opublikowało prawo Drakona o zabójstwie. Jest więc bardzo prawdopodobne, że to wówczas właśnie dodano do niego regulacje dotyczące *apagogé phónou*⁹⁷.

Nie wiemy, czy po wprowadzeniu *apagogé phónou* stała się ona jedyną procedurą publiczną stosowaną w przypadku zabójstw, czy też obok niej dalej funkcjonowała również wprowadzona wcześniej *apagogé kakoúrgon*⁹⁸. Tę drugą na pewno nie posługiwano się już w poł. IV w. p.n.e.⁹⁹

Na koniec warto podkreślić, że sama procedura *apagogé* nie zmieniła się wiele od momentu jej wprowadzenia aż do czasów klasycznych. W okresie jej stosowania poszerzono jednak stopniowo – i to znacznie – krąg podmiotów, przeciwko którym można było ją stosować. *Apagogé* wszczynana pierwotnie tylko przeciw wąskiej grupie zawodowych przestępców określanych mianem *kakoúrgoi* (głównie kilku kategoriom złodziei oraz osobom porywającym ludzi), została także dopuszczona wobec osób korzystających z odebranych im praw publicznych (*átimoi*) oraz zabójców (*androphónoi*). Było to typowe zjawisko dla prawa klasycznego, obserwowane także na gruncie innych procedur¹⁰⁰.

⁹⁶ Zob. E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 172–173.

⁹⁷ E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 172–173.

⁹⁸ E. Volonaki, *Apagoge...*, s. 172–173.

⁹⁹ Gdyby było inaczej, musiałby ją wymienić Demostenes w mowie *Przeciwko Aristokratesowi*, 23.70–79, wspominając o wszystkich procedurach stosowanych przeciwko zabójcom.

¹⁰⁰ Zob. M. Gagarin, *Who were the kakourgoi...*, s. 188.

Abstract

The author discusses apagogé – the Athenian criminal procedure applied to particular classes of offenders. Its essence was the right of every citizen to bring a criminal caught in the act before a tribunal. The accused could either admit to the crime, thus incurring a death penalty, or in the event of denial of the crime, a proper trial would be held. The article presents the course of such proceedings and the widening of its scope of application over time.

Jerzy Skorupka

O podstawach i przesłankach tymczasowego aresztowania

1. W piśmiennictwie karnoprocesowym i orzecznictwie sądowym można zauważyć brak jednolitości w używaniu pojęć podstawa i przesłanka tymczasowego aresztowania. W niektórych opracowaniach¹ i judykatach² mowa jest o podstawach, a w innych o przesłankach³ tymczasowego aresztowania.

¹ Zob.: T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 585–586, 589–590; J. Izydorczyk, *Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania na przykładzie sądów Polski centralnej*, Łódź 2002, s. 13 i n.; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1970, s. 377; M. Lipczyńska, A. Kordik, Z. Kegel, Z. Świda-Łągiewska, *Polski proces karny*, Warszawa 1975, s. 163; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 378; A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy*, Warszawa 1963, s. 79 i n.; M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1974, s. 173; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 283; Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 410, 412–413; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 429.

² Zob.: uchwałę 7 sędziów SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSNIK 2012, nr 1, poz. 1, s. 1; postanowienie SN z 7 listopada 2006 r., WZ 46/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 2110.

³ Zob.: M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 402; R.A. Stefański, *Środki zapobiegawcze w nowym kodeksie postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 16–41; A. Baechtold, *Tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie w Szwajcarii*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie a prawa człowieka*, red. A. Hołda, A. Rzepliński, Lublin 1992, s. 13; T. Bulenda, A. Hołda, A. Rzepliński, *Prawa człowieka a zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w polskim prawie i praktyce jego stosowania*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie...*, s. 52; A. Chaidou, *Tymczasowe aresztowanie a prawa człowieka w Grecji*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie...*, s. 94; F. Dünkel, *Tymczasowe aresztowanie i jego wykonanie w RFN*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie...*, s. 103; F. Giunta, I. Geissler, *Tymczasowe aresztowanie a prawa człowieka we Włoszech*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie...*, s. 140; H. von Hofer, *Tymczasowe aresztowanie w Szwecji*, w: *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie...*, s. 149; postanowienia: SA w Warszawie z 11 sierpnia 2009 r., II AKz 1006/09, OSA 2012, nr 1, poz. 2, s. 7; SA

Czasem w jednym opracowaniu oba pojęcia są używane zamiennie⁴. Sprawę dodatkowo komplikuje używanie niekiedy pojęcia „przyczyny” tymczasowego aresztowania⁵. Problem wydaje się nienowowy, gdyż już pod rządem kodeksu postępowania karnego z 1928 r. i wcześniej wymienione pojęcia stosowano dość „dowolnie”⁶. Wskazuje to, że tytułowe pojęcia są traktowane jako bliskoznaczne (synonimiczne). Warto zatem sprecyzować pojęcie podstawy tymczasowego aresztowania oraz przesłanki tego środka, a w dalszej kolejności ocenić zasadność zamiennego używania ich jako wyrazów bliskoznacznych.

2. Należy zważyć, że stosownie do wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP zasady legalizmu⁷ organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Wszystkie organy władzy publicznej, a więc także organy postępowania karnego (sąd, prokurator, policja i inne) mają obowiązek działania „na podstawie i w granicach prawa”. Działania tych organów są zatem wyznaczone przez prawo. Prawo określa przy tym podstawę działania oraz granice działania wymienionych organów. Wymóg podstawy

w Katowicach z 18 lutego 2009 r., II AKz 110/08, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach” 2009, nr 1, poz. 2; SA w Lublinie z 15 października 2008 r., II AKz 468/08, OSA 2010, nr 2, poz. 8, s. 24; SA w Katowicach z 16 lipca 2008 r., II AKz 514/08, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach” 2008, nr 3, poz. 4; SA we Wrocławiu z 23 sierpnia 2007 r., II AKz 412/07, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu” 2008, nr 3, poz. 99.

⁴ Zob.: R. Kmieciak, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2006, s. 317–319; J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 99, 115. Autor pisze, że podstawę ogólną stosowania tymczasowego aresztowania stanowi art. 249 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k. W innym miejscu – omawiając podstawy szczególne stosowania tymczasowego aresztowania – wskazuje zaś, że aby zastosować tymczasowe aresztowanie, muszą być spełnione: przesłanka ogólna z art. 249 § 1 k.p.k. i jedna z przesłanek szczególnych z art. 258 § 1–3 k.p.k., Zob. też uchwałę 7 sędziów SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSNIK 2012, nr 1, poz. 1, s. 1.

⁵ Zob. S. Kalinowski, *Polski proces...*, s. 375. Zob. też art. 170 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

⁶ W uzasadnieniu projektu ustawy o postępowaniu karnym z 1926 r. pisze się raz o przyczynach bądź o podstawach tymczasowego aresztowania – zob. projekt ustawy postępowania karnego, s. 261, 265 i 266. E. Krzymuski okoliczności uzasadniające stosowanie aresztu tymczasowego określa jako powody (E. Krzymuski, *Wykład procesu karnego*, Kraków 1922), zaś A. Mogilnicki jako podstawy (A. Mogilnicki, *Środki zapobiegawcze według kpk*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1929, nr 34, s. 521–523).

⁷ Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 223.

prawnej dla działania organów władzy publicznej jest ściśle związany z wymogiem podejmowania działań w granicach prawa. Wyjście poza te granice kwalifikuje się jako działanie bez podstawy prawnej. Natomiast działanie bez podstawy prawnej to jednocześnie działanie wykraczające poza granice wyznaczone przez prawo⁸.

Mając to na względzie, należy powiedzieć, że podstawę tymczasowego aresztowania będą stanowić normy (przepisy) prawa stanowiące upoważnienie do zastosowania tego środka. Podstawę tymczasowego aresztowania będą zatem stanowić wyłącznie przepisy ustawy⁹ określające:

- okoliczności warunkujące zastosowanie tego środka, tj. art. 249 § 1, art. 258 § 1–3, art. 263 § 2, 4 i 7 k.p.k.,
- granice podmiotowe, tj. art. 249 § 1 i 2 k.p.k.,
- granice przedmiotowe, tj. 249 § 1 i 2 k.p.k.,
- granice temporalne, tj. art. 249 §.1 i 4, art. 263 §.1, 2, 3, 4 i 7 k.p.k.,
- kompetencję do jego zastosowania, tj. art. 250 §.1 i 2 k.p.k.

Przesłanki tymczasowego aresztowania stanowią zaś warunki dopuszczalności stosowania tego środka¹⁰. Będą to sytuacje, z którymi prawo karne procesowe łączy dopuszczalność albo niedopuszczalność stosowania tymczasowego aresztowania¹¹. W tym znaczeniu pojęcie przesłanek tymczasowego aresztowania jest jednoznaczne z pojęciem warunków dopuszczalności tego środka.

Przesłankami tymczasowego aresztowania będą zatem:

- zebrane dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, o którym mowa w art. 249 § 1 k.p.k.,

⁸ Zob. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 231; wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138; także orzeczenia TK: z 20 października 1986 r., P 2/86, OTK 1986, nr 6; z 19 października 1993 r., K 14/92, OTK 1993, nr 35; z 15 marca 1995 r., K 1/95, OTK 1995, nr 7; z 15 lipca 1996 r., U 3/96, OTK 1996, nr 4, poz. 31.

⁹ Na wyłączność ustawowej podstawy tymczasowego aresztowania zwraca uwagę W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 283.

¹⁰ Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna...*, s. 402; K. Woźniowski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 22, 43.

¹¹ Powody (stany) umożliwiające stosowanie tymczasowego aresztowania K. Marszał, *Proces karny...*, s. 378 oraz A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy...*, s. 79 określają mianem podstaw.

- skierowanie aktu oskarżenia lub wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, o którym mowa w art. 249 § 2 k.p.k.,
- uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu, o której mowa w art. 258 § 1 pkt 1 k.p.k.,
- uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne, o której mowa w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.,
- uzasadniona obawa, że oskarżony będzie w bezprawny sposób utrudniał postępowanie wynikające z grożącej mu surowej kary, gdy zarzucono oskarżonemu popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd I instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, o której mowa w art. 258 § 2 k.p.k.,
- uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził popełnieniem takiego przestępstwa,
- zawieszenie postępowania karnego, wykonywanie czynności zmierzających do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego, wykonywanie czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawichości lub poza granicami kraju, a także celowe przewlekanie postępowania przez oskarżonego, o których mowa w art. 263 § 4 k.p.k.

3. Wyróżnienie przesłanek tymczasowego aresztowania pozwala na ich usystematyzowanie (uporządkowanie). W wymienionej grupie przesłanek można więc wskazać na przesłanki formalne w postaci skierowania aktu oskarżenia lub wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, zawieszenia postępowania karnego, wykonywania określonych czynności oraz przesłanki materialne w postaci dowodów wskazujących na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, uzasadnionej obawy, że oskarżony będzie bezprawnie utrudniał postępowanie, w tym celowo przewlekał postępowanie, albo uzasadnionej obawy, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni

przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził popełnieniem takiego przestępstwa.

Z kolei wśród przesłanek materialnych można wyróżnić przesłankę ogólną i przesłanki szczególne. Przesłankę ogólną stanowią dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo. Wymieniona przesłanka zasługuje na miano ogólnej, gdyż odnosi się do podstawy dowodowej decyzji o oskarżeniu (przedstawieniu zarzutów) danej osoby, a zatem do sfery faktów. Przesłanki szczególne odnoszą się do osoby oskarżonego (podejrzanego) i mają związek z jego zachowaniem w toku postępowania. Przesłanki szczególne stanowią zatem: uzasadniona obawa, że oskarżony będzie bezprawnie utrudniał postępowanie, oraz uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził popełnieniem takiego przestępstwa. Należy dodać, że przesłanka w postaci uzasadnionej obawy bezprawnego utrudniania postępowania ma charakter wielopostaciowy, określony w art. 258 § 1 pkt 1 i 2, w art. 258 § 2 oraz w art. 264 § 4 k.p.k. Wymienione w tych przepisach okoliczności warunkujące stosowanie tymczasowego aresztowania określają bowiem przejawy zachowania oskarżonego wskazujące na bezprawne utrudnianie przez niego postępowania. W takim układzie należy wyróżnić dwie przesłanki szczególne tymczasowego aresztowania:

- 1) uzasadniona obawa, że oskarżony będzie bezprawnie utrudniał postępowanie, na którą składają się:
 - a) uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu,
 - b) uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień,
 - c) uzasadniona obawa, że oskarżony będzie w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne,
 - d) uzasadniona obawa, że oskarżony będzie w bezprawny sposób utrudniał postępowanie wynikająca z grożącej mu surowej kary, gdy zarzucono oskarżonemu popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd I instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, o której mowa w art. 258 § 2 k.p.k.,

- e) celowe przewlekanie postępowania przez oskarżonego;
- 2) uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził popełnieniem takiego przestępstwa.

Przesłanki tymczasowego aresztowania można też uporządkować według kryterium wpływu na dopuszczalność stosowania tego środka. Pozwala to na wyróżnienie przesłanek pozytywnych, tj. takich, których wystąpienie warunkuje dopuszczalność stosowania tymczasowego aresztowania oraz przesłanek negatywnych, tj. takich, których wystąpienie stanowi o niedopuszczalności stosowania tego środka. W tym znaczeniu przesłanki negatywne można określić mianem przeszkód stosowania tymczasowego aresztowania. Przesłanki pozytywne i negatywne znajdują odniesienie do wyróżnionych wcześniej przesłanek formalnych i przesłanek materialnych. Przesłanki formalne pozytywne tymczasowego aresztowania będą zatem stanowić: skierowanie aktu oskarżenia lub wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, zawieszenie postępowania karnego lub wykonywanie przez organy postępowania czynności określonych w art. 264 § 4 k.p.k. Brak tych decyzji bądź czynności będzie stanowić odpowiednio negatywne formalne przesłanki. Natomiast materialne pozytywne przesłanki tymczasowego aresztowania stanowią dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo oraz że występuje uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania przez oskarżonego postępowania, a także uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził popełnieniem takiego przestępstwa. Odpowiednio, brak dowodów oraz brak rzeczonych uzasadnionych obaw stanowi negatywne materialne przesłanki tymczasowego aresztowania.

Porządkując dalej przesłanki pozytywne i negatywne, można wyróżnić pozytywną i negatywną przesłankę ogólną oraz pozytywne i negatywne przesłanki szczególne. Wydaje się, że nie ma potrzeby rozwijania kwestii tego podziału.

4. Dla oceny poprawności używania pojęcia „przesłanka” tymczasowego aresztowania należy wyjaśnić też kilka – z pozoru oczywistych – kwestii. Otóż zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania nie stanowi przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania. Nie jest bowiem okolicznością, której istnienie bądź nieistnienie warunkuje dopuszczalność tymczasowego aresztowania. Zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania

stanowi natomiast cel stosowania tymczasowego aresztowania, co zresztą jasno wynika z art. 249 § 1 k.p.k.

Z tych samych względów negatywnej przesłanki tymczasowego aresztowania nie stanowi okoliczność, o której mowa w art. 257 § 1 k.p.k. W wymienionym przepisie została zaś wyrażona dyrektywa minimalizacji tymczasowego aresztowania, stosownie do której tymczasowego aresztowania nie stosuje się, jeżeli wystarczający jest inny środek zapobiegawczy¹².

Mając na uwadze wyróżnienie pozytywnych i negatywnych przesłanek tymczasowego aresztowania (wystąpienie pozytywnych warunkuje dopuszczalność, a ich brak przesądza o niedopuszczalności tego środka), właściwe wydaje się określenie okoliczności ujętych w art. 259 k.p.k. mianem zakazów tymczasowego aresztowania¹³, a nie przesłanek negatywnych.

5. Szczególne problemy występują jednak przy określeniu przesłanki tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. W tym względzie należy zatem powiedzieć, że ustawowa regulacja tymczasowego aresztowania wskazuje, iż jest to środek celowy, stosowany dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Stosowanie tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. może więc nastąpić wyłącznie dla realizacji wymienionego celu, co zresztą wynika z treści tego przepisu. Okolicznością warunkującą tymczasowe aresztowanie na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. (decydującą o dopuszczalności tego środka, podobnie jak w art. 258 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k.) jest więc obawa bezprawnego utrudniania przez oskarżonego prawidłowego toku postępowania. Wymieniona przesłanka nie została jednak wyrażona wprost, jak w art. 258 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. Przepis art. 258 § 2 k.p.k. wprowadza zaś domniemanie, że prawidłowy tok postępowania może być w sposób bezprawny zakłócony przez oskarżonego, gdy grozi mu surowa kara wynikająca z faktu zarzucenia oskarżonemu popełnienia zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo skazania go przez sąd I instancji na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata.

Przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. nie jest więc ani zarzucenie oskarżonemu popełnienia zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, ani skazanie go przez sąd I instancji na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, ani też grożąca oskarżonemu surowa kara. Przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania

¹² Tak samo S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 430.

¹³ Por. S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 436.

określoną w art. 258 § 2 k.p.k. jest bowiem uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania przez oskarżonego prawidłowego toku postępowania, wynikająca z grożącej mu surowej kary¹⁴. Stąd gdy oskarżonemu grozi surowa kara, która jest następstwem (skutkiem, rezultatem) zarzucenia mu popełnienia zbrodni lub występku albo skazania go przez sąd I instancji na karę pozbawienia wolności, o których mowa w art. 258 § 2 k.p.k., wynika domniemanie bezprawnego wpływania przez niego na prawidłowy tok postępowania¹⁵. Zarzut i skazanie, o których mowa w art. 258 § 2 k.p.k., stanowią jedynie fakty stwarzające wymienione domniemanie. W tym znaczeniu nie stanowią one samodzielnych przesłanek tymczasowego aresztowania. Innymi słowy, postawienie oskarżonemu zarzutu bądź skazanie go na karę pozbawienia wolności, o których mowa w art. 258 § 2 k.p.k., nie stanowi jeszcze przesłanki do zastosowania tymczasowego aresztowania. Zastosowanie wymienionego środka będzie dopuszczalne dopiero wtedy, gdy na skutek postawienia zarzutu bądź skazania występuje uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania przez oskarżonego prawidłowego toku postępowania. Zawarte w art. 258 § 2 k.p.k. domniemanie *in concreto* może zostać obalone przez ustalenie, że pomimo grożącej oskarżonemu surowej kary nie zachodzi obawa bezprawnego utrudniania przez niego postępowania karnego. W takim przypadku art. 258 § 2 k.p.k. nie będzie stanowił podstawy tymczasowego aresztowania. Wynika stąd, że gdy oskarżonemu *in concreto* nie grozi surowa kara, nie aktualizuje się domniemanie bezprawnego utrudniania przez niego postępowania, a tym samym art. 258 § 2 k.p.k. nie może stanowić podstawy tymczasowego aresztowania¹⁶.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zostało wyrażone stanowisko, że postawienie zarzutu bądź skazanie na karę pozbawienia wolności, o jakich mowa w art. 258 § 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki stosowania

¹⁴ Por. Z. Świda, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego a stosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania w procesie karnym*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 754.

¹⁵ Por. S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 434.

¹⁶ Por.: T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 594; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004, s. 1058. Zob.: postanowienia: SN z 19 listopada 1996 r., IV KZ 119/96, OSP 1997, nr 4, poz. 74 z krytyczną glosą R.A. Stefańskiego; SA w Krakowie z 27 lipca 2005 r., II AKz 293/05, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, nr 7–8, poz. 88; SA we Wrocławiu z 9 marca 2005 r., II AKz 94/05, OSA 2005, nr 11, poz. 78; SA w Katowicach z 12 maja 2004 r., II AKz 344/04, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, nr 9, poz. 78; SA w Katowicach z 15 maja 2002 r., II AKz 453/02 i II AKz 454/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 10, poz. 97; SA w Krakowie z 23 maja 2002 r., II AKz 178/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 5, poz. 49.

tymczasowego aresztowania¹⁷. Pogląd ten może być jednak zaakceptowany jedynie przy założeniu, że tymczasowe aresztowanie nie jest celowym środkiem, stosowanym dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Przy takim założeniu fakt przedstawienia zarzutu bądź skazania, o jakich mowa w art. 258 § 2 k.p.k., stanowiłby przesłankę stosowania tymczasowego aresztowania. Tymczasowe aresztowanie następowałoby wtedy automatycznie, bez względu na to, czy występuje, czy nie występuje uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania postępowania. Ustawowa regulacja tymczasowego aresztowania nie daje jednak podstaw do przyjęcia takiego założenia, a tym samym do zaaprobowania wymienionego stanowiska.

W jednym z orzeczeń SN wyraził też pogląd¹⁸, że przepis art. 258 § 2 k.p.k. wymaga od sądu orzekającego w przedmiocie tymczasowego aresztowania dokonania swego rodzaju prognozowania kary, dokonywanego wyłącznie na użytek ustaleń i ocen potrzebnych dla stosowania tymczasowego aresztowania. Trzeba w tym miejscu odnotować, że na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r.¹⁹ SN wyraził odmienne stanowisko²⁰, że dla możliwości stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 217 § 2 k.p.k.²¹ „nie jest konieczne prognozowanie sądowego wymiaru kary, co przecież jest niemożliwe na etapie postępowania przygotowawczego”. Nie w tym jest jednak problem. Wymóg prognozowania kary przez sąd orzekający w przedmiocie tymczasowego aresztowania rodzi pytanie o kryteria, według których sąd ma prognozować karę. Należy wszak zważyć, że w zależności od tego, czy sąd orzekający co do tymczasowego aresztowania uzna, iż z faktu postawienia oskarżonemu zarzutu, o jakim mowa w art. 258 § 2 k.p.k., grozi mu albo nie grozi surowa kara, aktualizuje się bądź nie aktualizuje się domniemanie, że będzie on bezprawnie utrudniał prawidłowy przebieg postępowania. Prognozowanie kary przez sąd aresztowy ma zatem kluczowe znaczenie dla stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k.

¹⁷ Zob. uchwałę 7 sędziów SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSNIK 2012, nr 1, poz. 1, s. 1.

¹⁸ Zob. uchwałę 7 sędziów SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSNIK 2012, nr 1, poz. 1, s. 1.

¹⁹ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.).

²⁰ Zob. postanowienie SN z 19 listopada 1996 r., IV KZ 119/96, OSP 1997, nr 4, poz. 74.

²¹ Przepis art. 258 § 2 k.p.k. stanowi odpowiednik normatywny art. 217 § 2 k.p.k. z 1969 r.

Kwestia kryteriów prognozowania kary ma także znaczenie dla sprawowania kontroli odwoławczej decyzji sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. Sąd odwoławczy musi bowiem posiadać instrumenty pozwalające na ocenę dokonanej przez sąd aresztowy prognozy kary. Nie budzi przecież wątpliwości, że prognoza kary nie może nastąpić w sposób dowolny czy arbitralny, a sąd odwoławczy nie będzie miał możliwości skontrolowania prawidłowości tej decyzji.

Należy zatem zważyć, że przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące tymczasowego aresztowania nie określają żadnych kryteriów, według których miało by nastąpić ustalenie, że oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu grozi surowa kara. Wymieniony problem nie pojawi się zaś w razie przyjęcia, że przepis art. 258 § 2 k.p.k. nie wymaga od sądu orzekającego w przedmiocie tymczasowego aresztowania prognozowania kary pod kątem jej surowości. Przyjęcie takiego kierunku wykładni przepisu art. 258 § 2 k.p.k. będzie zaś oznaczać, że w każdym przypadku, gdy oskarżonemu postawiono zarzut bądź skazano go na karę pozbawienia wolności, o których mowa w art. 258 § 2 k.p.k., będzie występować groźba wymierzenia mu surowej kary, a ta z kolei będzie aktualizować domniemanie bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego.

5. W podsumowaniu należy więc powiedzieć, że podstawy i przesłanki tymczasowego aresztowania stanowią dwa odrębne pojęcia o różnych zakresach definicyjnych. Nie widać zatem powodów, aby oba pojęcia utożsamiać ze sobą, a przez to stosować zamiennie jako pojęcia synonimiczne. Wiele uwagi poświęcono przesłance stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. W tej kwestii wyrażono stanowisko, że jurydyczna konstrukcja tymczasowego aresztowania jako środka zapobiegawczego zabezpieczającego prawidłowy tok postępowania wskazuje, że przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. jest uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania przez oskarżonego prawidłowego toku postępowania. Niedopuszczalne jest zatem stosowanie tymczasowego aresztowania z tego powodu, że oskarżonemu postawiono zarzut określony w art. 258 § 2 k.p.k. bądź skazano go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata. Niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania również wtedy, gdy oskarżonemu grozi surowa kara. Wymienione okoliczności same w sobie nie uzasadniają bowiem obawy, że oskarżony będzie bezprawnie utrudniał prawidłowy tok postępowania. A tylko w takim przypadku stosowanie tymczasowego aresztowania jest dopuszczalne. Wymieniony środek ma przecież zabezpieczać prawidłowy tok postępowania.

Abstract

The author sets out to establish clear definitions for the concepts of the grounds and the conditions of preventative detention. The former category consists of legal norms providing authority to apply such a measure; the latter should be understood as the conditions allowing it to be applied. A classification of conditions for applying preventative detention is provided, followed by the author's remarks on Supreme Court rulings and a detailed discussion of preventative detention as a means of securing the proper course of proceedings.

Wojciech Szydło

Cywilnoprawna problematyka świadczenia partnera prywatnego w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym

1. Współpraca w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego

Jednym z instrumentów prawnych współpracy jednostek samorządu terytorialnego oraz prywatnych przedsiębiorców jest partnerstwo publiczno-prywatne (PPP), uregulowane ustawą z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym¹. Ustawa ta określa zasady współpracy podmiotu publicznego² i partnera prywatnego³ w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 ust. 1 u.p.p.p.), przyjmując jednocześnie założenie, że przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem

¹ Ustawa z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr 19, poz. 100 ze zm.), dalej u.p.p.p.

² Zgodnie z art. 2 pkt 1 u.p.p.p. przez podmiot publiczny należy rozumieć: a) jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, b) inną, niż określona w lit. a, osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują ją w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, c) związki podmiotów, o których mowa w lit. a i b; szerzej zob.: P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, M. Bejm (red.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 147 i n.; P. Marquardt w: M. Kania, P. Marquardt, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku*, Toruń 2010, s. 21 i n.

³ Artykuł 2 pkt 2 u.p.p.p. wskazuje jako partnera prywatnego przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego; szerzej zob.: M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przełęcz Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 72 i n.; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 66 i n.

publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 u.p.p.p.). Realizacja rozmaitych przedsięwzięć w formule prawnej partnerstwa publiczno-prywatnego – w ramach zawartej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym – przynosi, czy też potencjalnie może przynieść, wiele konkretnych korzyści i to zarówno podmiotom publicznym, jak i partnerom prywatnym⁴. Skorzystanie z owego instrumentu prawnego pozwala choćby na przyspieszenie procesu powstawania infrastruktury materialnej (technicznej) w gospodarce, stwarza dla przedsiębiorców prywatnych silne zachęty związane z minimalizacją kosztów podejmowanego przedsięwzięcia, daje możliwość podziału rozmaitych ryzyk (np. ryzyka związanego z dochodowością przedsięwzięcia, ryzyka związanego z pracami budowlanymi, ryzyka walutowego, ryzyka regulacyjnego, ryzyka politycznego, ryzyka środowiskowego lub archeologicznego, ryzyka ukrytych wad w infrastrukturze przekazywanej partnerowi prywatnemu, ryzyka związanego ze społeczną akceptacją itp.) pomiędzy partnerów w danym przedsięwzięciu, co powinno zostać sprecyzowane w samej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym (partner prywatny nie musi ponosić w zasadniczej części ekonomicznego ryzyka realizacji przedsięwzięcia, choć odpowiedzialność za bezpośrednie świadczenie usług publicznych będzie przeniesiona właśnie na niego), stanowi dla partnera prywatnego zachętę do polepszenia zarządzania w zakresie pozostałej prowadzonej przez niego działalności gospodarczej oraz może być podstawą uzyskania lepszej jakości świadczonych usług przez partnera prywatnego, dając jednocześnie możliwość generowania przez niego dodatkowych przychodów od stron trzecich z tytułu korzystania z danego przedsięwzięcia⁵. Warto podkreślić, że w PPP mogą być realizowane projekty, które służą realizacji zadań publicznych, czy to obligatoryjnych, czy fakultatywnych, ale nie tylko wyłącznie te, które mieszczą się w kategorii zadań użyteczności publicznej⁶. Zawsze należy jednak pamiętać, że partnerstwo

⁴ Zob.: Komisja Europejska, *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Bruksela 2003, s. 15–16; J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 9 i n.; W. Gonet, *Partnerstwo publiczno-prywatne – kierunki zmian*, „Przegląd Legislacyjny” 2008, nr 3, s. 80 i n.

⁵ Komisja Europejska, *Wytyczne...*, s. 62; B.P. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2006, s. 50 i n.

⁶ W. Gonet, *Nowa ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym – możliwości wykorzystania do realizacji zadań w sektorze publicznym*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 1–2, s. 90; D. Hajdys, *Formalnoprawne możliwości współpracy sektora publicznego i prywatnego w ramach modelu partnerstwa publiczno-prywatnego*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 9, s. 22 i n.

pomiędzy podmiotem publicznym a prywatnym powinno być stosowane tylko w przypadku, gdy zezwala na to sytuacja i właściwości projektu oraz gdy wyraźne zalety i korzyści są oczywiste, zwłaszcza dla podmiotu publicznego. Istnienie bowiem takiego prawnego instrumentu, jakim jest PPP, nie może z góry i *a priori* wykluczać innych możliwych sposobów realizacji planowanych przedsięwzięć.

2. Przedsięwzięcie jako przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego

Przedmiotem każdego stosunku zobowiązaniowego, w tym także umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jest świadczenie określane jako zachowanie lub zespół zachowań, jakie powinny zostać podjęte przez jedną ze stron umowy – dłużnika w interesie drugiej strony umowy – wierzyciela. Świadczenie jest więc zachowaniem dłużnika zgodne z konkretnym stosunkiem prawnym – wyznaczanym treścią czynności prawnej, która tworzy zobowiązanie, oraz obowiązującymi przepisami prawa – korzystnym dla uprawnionego, co oznacza, że ma ujemną wartość gospodarczą dla świadczącego, a dodatnią dla przyjmującego świadczenie⁷. Te powinny zachowania mogą odnosić się do jakiegoś obiektu materialnego lub niematerialnego, który stanowi wówczas przedmiot świadczenia⁸, choć istnieją również świadczenia pozbawione swojego przedmiotu, wówczas gdy zachowanie się dłużnika nie odnosi się do żadnego szczególnego obiektu. Rodzaj i charakter dóbr oraz to, w jaki sposób dłużnik ma się zachować względem owych dóbr, chcąc uczynić zadość obowiązkom ciążącym na nim w stosunku do wierzyciela, przesadzają o treści świadczenia, a tym samym również o treści samego stosunku zobowiązaniowego⁹. Natomiast gdy samo zachowanie się dłużnika powoduje zaspokojenie w całości wierzyciela, bez odniesienia do jakiegokolwiek obiektu materialnego bądź niematerialnego, jego świadczenie będzie pozbawione przedmiotu w powyższym rozumieniu, gdyż samo zachowanie się dłużnika jest tym dobrem, które jest pożądane przez wierzyciela. Aby wyróżnić przedmiot świadczenia musi istnieć

⁷ P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 528 i n.; M. Safjan w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 827 i n.; T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System prawa prywatnego*, t. 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 172 i n.

⁸ A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 58 i n.

⁹ T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 173 i n.

dobro o charakterze samoistnym, które ma być niezależny od zachowania się dłużnika. Oczekiwane zaś przez wierzyciela dobro jedynie w postaci zachowania się dłużnika nie ma samodzielnego bytu, niezależnego od osoby dłużnika, skoro wyłącznie to zachowanie samego dłużnika czyni zadość interesom wierzyciela¹⁰.

W ramach świadczeń można dokonywać podziały na różne ich rodzaje, głównie ze względu na charakter nakazanego dłużnikowi zachowania, wyróżniając m.in. świadczenia pieniężne i niepieniężne, podzielne i niepodzielne, jednorazowe, okresowe i ciągłe, zamienne i niezamienne, rezultat i starannego działania, oznaczone co do tożsamości lub co do gatunku, a także przemienne i wzajemne. Omówienie niektórych z nich w dalszej części rozważań pozwoli na dokonanie analizy charakteru prawnego świadczenia partnera prywatnego w ramach zawieranej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Przedmiotem PPP jest wspólna realizacja określonego przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 u.p.p.p.). Przez „przedsięwzięcie” w powyższym ujęciu należy rozumieć: 1) budowę lub remont obiektu budowlanego, 2) świadczenie usług, 3) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub 4) inne świadczenie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany (art. 2 pkt 4 u.p.p.p.). Przez tak szerokie zakreślenie pojęcia przedsięwzięcia¹¹ za przedmiot PPP należy więc uznawać wspólną realizację – przez podmiot publiczny i partnera prywatnego – określonego obiektu budowlanego, usług, dzieła lub innego świadczenia, wraz z utrzymaniem lub zarządzaniem określonym składnikiem majątkowym związanym funkcjonalnie z tym realizowanym wspólnie przez strony przedsięwzięciem¹². Wynika stąd, że świadczeniem partnera prywatnego w zawartej z podmiotem publicznym umowie o PPP może być zespół zachowań wskazanych w umowie, którego przedmiotem jest wykonanie przedsięwzięcia polegającego na realizacji określonego obiektu budowlanego, usług, dzieła lub innego świadczenia, zawsze jednak

¹⁰ Tak T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 174 i n.; zob. też: L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 30 i n.; J. Rajski, *Właściwość (natura) umowy o dzieło a wygaśnięcie wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 6, s. 30 i n.

¹¹ P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 189 i n.

¹² W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów pism*, Warszawa 2009, s. 27.

połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem określonym składnikiem majątkowym związanym funkcjonalnie z przedsięwzięciem realizowanym wspólnie przez strony umowy. Należy także podkreślić – co szerzej zostanie omówione w dalszej części rozważań – że skoro przedmiotem PPP jest wspólna realizacja przez podmiot publiczny i partnera prywatnego określonego przedsięwzięcia, to właściwie zawsze będziemy mieć do czynienia ze zobowiązaniem wzajemnym, opartym na zasadzie ekwiwalentności, polegającym na tym, że świadczenie partnera prywatnego jest odpowiednikiem świadczenia podmiotu publicznego, który zawsze powinien brać czynny udział w wykonaniu realizowanego przedsięwzięcia¹³.

Obiektem budowlanym realizowanym w ramach PPP może być w szczególności budynek (wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi) oraz budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, w rozumieniu przepisów prawa budowlanego¹⁴ (por. art. 3 pkt 1 pr.b.)¹⁵. Typowymi budowlami mogącymi wchodzić tu w grę są: obiekty liniowe (jak droga, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa, kanalizacja kablowa), mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową (art. 3 pkt 3 i 3a pr.b.). W ramach przedsięwzięć stanowiących przedmiot PPP wspomniane wyżej obiekty budowlane mogą być budowane (czyli wykonywane, odbudowywane, rozbudowywane oraz nadbudowywane), a także remontowane, co polega na wykonywaniu w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego (art. 3 pkt 6 i 8 pr.b.).

Przedsięwzięcie stanowiące przedmiot PPP może też polegać na świadczeniu określonych usług, czyli na realizowaniu świadczeń

¹³ M. Safjan w: *Kodeks cywilny*, t. 1..., s. 831.

¹⁴ Ustawa z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.), dalej: pr.b.

¹⁵ Szerzej zob. T. Asman w: *Prawo budowlane. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2007, s. 40 i n.

(czynności usługowych), które będą zaspokajały określone potrzeby ludzkie (np. dostarczanie mediów, dostarczanie wody, świadczenie usług transportowych czy odbiór ścieków¹⁶). Brakuje tu jakichkolwiek ograniczeń o charakterze przedmiotowym. Nie ma też przy tym wymogu, by usługi świadczone w ramach PPP były usługami powszechnie dostępnymi lub też udostępnianymi obowiązkowo określonym podmiotom. Usługi te mogą być świadczone na rzecz konsumentów, a więc dla osób, które korzystają z nich poza swoją działalnością gospodarczą lub zawodową (w ramach tzw. prywatnej konsumpcji), ale równie dobrze odbiorcami takich usług mogą być inni przedsiębiorcy (tzn. inni niż partner prywatny) wykorzystujący je na potrzeby prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Co więcej, bezpośrednimi beneficjentami świadczeń usługowych stanowiących przedmiot PPP mogą być też wręcz sami partnerzy prywatni, względnie też podmioty z nimi powiązane (np. stanowiące część jednej grupy kapitałowej), jeśli – rzecz jasna – podmiot publiczny (czyli druga strona realizowanego przedsięwzięcia) dojdzie do wniosku, że tego rodzaju przedsięwzięcie mieści się w zakresie spoczywających na nim zadań publicznych i pozostaje w jasno zdefiniowanym interesie publicznym.

Przedsięwzięciem stanowiącym przedmiot PPP może być też wykonanie dzieła, czyli osiągnięcie określonego rezultatu wykonywanych prac w wyniku pracy i umiejętności partnera prywatnego, polegającego na stworzeniu pewnego dobra. Dobro to może mieć charakter materialny lub nawet niematerialny, przy czym powinno być ono w określony sposób zindywidualizowane, czyli oznaczone i wskazane poprzez takie elementy, które pozwolą na bezsporną jego identyfikację¹⁷. Dzieło o charakterze materialnym będzie zawsze w pewien sposób ucieleśnione (wynika to już zresztą z jego istoty), czyli przybierze określoną postać w świecie zjawisk zewnętrznych. Ucieleśnianie mogą być również dzieła o charakterze niematerialnym¹⁸. Ucieleśnienie dzieła niematerialnego (czyli np. rezultatów określonych badań lub innej pracy twórczej lub intelektualnej) polega na tym, że dzieło o charakterze niematerialnym zostaje utrwalone w postaci materialnej (np. rezultaty określonych projektów lub badań przybierają postać rysunków, szkiców, map, dokumentacji itp.) lub też w postaci innej niż materialna, ale jednocześnie mogącej być przedmiotem postrzegania, by dzieło to

¹⁶ Szerzej zob. A. Kopańska, A. Bartczak, J. Siwińska-Grzelak, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Podmioty prywatne w realizacji zadań publicznych sektora wodno-kanalizacyjnego*, Warszawa 2008, s. 113 i n.

¹⁷ Por. K. Zagrobelny w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 1039.

¹⁸ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 309.

dało się wyraźnie odróżnić od innych¹⁹. Z kolei niektóre dzieła o charakterze niematerialnym nie są w żaden sposób ucieleśniane i mogą funkcjonować w obrocie prawnym bez takiego ucieleśnienia (np. określony zasób wiedzy lub informacji, czyli tzw. *know-how*). Również i te ostatnie dzieła mogą teoretycznie stanowić „przedsięwzięcie” w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.p.p.p. Oznacza to, że wykonaniem dzieła w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym może być m.in. wykonanie określonych prac oraz ucieleśnienie ich wyników w postaci stosownej dokumentacji, jeśli oczywiście oznaczony zostanie w miarę konkretny rezultat tych prac, a więc zostanie ustalony określony stan docelowy, do którego prace te mają doprowadzić. W literaturze uznaje się, że przedsięwzięcie PPP polegające na wykonaniu dzieła jest niczym innym jak świadczeniem pracy i umiejętności nieopartym na stosunku zależności partnera prywatnego i podmiotu publicznego²⁰. Jednocześnie na podkreślenie zasługuje przy tym zastrzeżenie ustawodawcy, że wykonanie dzieła w rozumieniu art. 2 pkt 4 lit. c u.p.p.p. może w szczególności polegać na wyposażeniu składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność²¹.

Przedsięwzięciem stanowiącym przedmiot PPP może być wreszcie każde inne świadczenie niż wyżej przedstawione (tj. inne niż budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług lub wykonanie dzieła), a więc każde w zasadzie zachowanie się (działanie) partnera prywatnego, które będzie w określony sposób korzystne dla podmiotu publicznego, a więc będzie odpowiadało jego oczekiwaniom i dążeniom. Tego rodzaju świadczenie nie musi koniecznie przybierać żadnej konkretnej postaci materialnej oraz nie musi być ucieleśniane, choć oczywiście powinno być ono w konkretny sposób oznaczone i zindywidualizowane (choćaby poprzez kwantyfikację parametrów wchodzącego w grę działania, a więc np. przez określenie tego, przez jaki okres dane działanie ma być podejmowane i jakie rezultaty mają być dzięki niemu osiągnięte). Tym samym zakres przedsięwzięć, jakie mogą być realizowane poprzez zawarcie PPP jest katalogiem otwartym²².

¹⁹ Zob. A. Brzozowski, *Umowa o dzieło*, w: *System prawa prywatnego*, t. 7. *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 316 i n.

²⁰ P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 194 i n.

²¹ W tym rozumieniu składnikiem majątkowym będzie m.in. nieruchomości, część składowa nieruchomości lub przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym (art. 2 pkt 3 u.p.p.p.), a tym samym wykonaniem dzieła w rozumieniu art. 2 pkt 4 lit. c u.p.p.p. może być w szczególności wyposażenie określonej nieruchomości lub jej części składowej (np. budynku) lub wyposażenie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym w urządzenia podwyższające ich wartość lub użyteczność, które to działania – bez żadnej wątpliwości – mogą być przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego.

²² P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 196.

Tak szerokie zakreślenie formuły przedmiotu PPP sprawia, że niemal każda działalność gospodarcza prowadzona przez prywatnych przedsiębiorców daje się zmieścić w powyższej formule i nadaje się do tego, by wykonywać ją w ramach PPP (z zastrzeżeniem art. 2 pkt 4 *in fine* u.p.p.p.). Warunkiem jest wszakże identyfikacja konkretnych korzyści wynikających z tej działalności dla szeroko pojętego interesu publicznego.

Powyższa charakterystyka przedsięwzięć możliwych do podjęcia w ramach zawartej umowy o PPP wskazuje, że w jej ramach zachowania partnera prywatnego realizujące określone przedsięwzięcie mogą odnosić się do jakiegoś obiektu materialnego (np. obiektu budowlanego) lub niematerialnego (np. pracy twórczej lub intelektualnej), który stanowi wówczas przedmiot świadczenia. Odniesienie to jednak nie jest konieczne. Możliwe są bowiem do wykonania w ramach PPP przedsięwzięcia, jak choćby świadczenie różnego rodzaju usług pożytku publicznego, które – będąc świadczeniami w rozumieniu cywilnoprawnym – są pozbawione swojego przedmiotu. Wówczas samo zachowanie się partnera prywatnego polegające na świadczeniu danej usługi nie odnosi się do żadnego szczególnego obiektu, powodując mimo to spełnienie ciężącego na nim zobowiązania w ramach zawartej umowy.

Każde przedsięwzięcie stanowiące przedmiot PPP musi być jednak koniecznie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem określonym składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany (art. 2 pkt 4 *in fine* u.p.p.p.). Bez względu zatem na to, czy przedsięwzięciem stanowiącym przedmiot konkretnego PPP jest budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła lub też inne świadczenie, do realizacji takiego przedsięwzięcia należy wykorzystywać określony składnik majątkowy, względnie też ów składnik majątkowy powinien być przynajmniej związany z danym przedsięwzięciem, przy czym partner prywatny powinien wzmiankowany wyżej składnik majątkowy utrzymywać lub też nim zarządzać. Za składnik majątkowy w tym rozumieniu ustawodawca uznaje przy tym: nieruchomości, część składową nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego²³, rzecz ruchomą oraz prawo majątkowe (art. 2 pkt 3 u.p.p.p.).

W szczególności bardzo szeroki zakres ma pojęcie „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 55¹ k.c. oraz pojęcie „prawa majątkowego”. Zgodnie z art. 55¹ k.c.: „Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników

²³ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej”, przy czym obejmuje ono w szczególności składniki wskazane przykładowo w tym przepisie przez ustawodawcę (są to chociażby: oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo, własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości, prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych, wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne, koncesje, licencje i zezwolenia, patenty i inne prawa własności przemysłowej, majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne, tajemnice przedsiębiorstwa oraz księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej)²⁴.

Należy przy tym podkreślić, że wszystkie te materialne i niematerialne składniki same przez się nie tworzą jeszcze przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (tj. w rozumieniu art. 55¹ k.c.), jako że samo tylko ich przestrzenne zlokalizowanie w określonym miejscu przez przedsiębiorcę nie tworzy jeszcze „zorganizowanego zespołu” przeznaczonego do prowadzenia działalności gospodarczej. Aby taki „zorganizowany zespół” rzeczywiście powstał (zaistniał), wymienione wyżej materialne i niematerialne składniki muszą zostać przez danego przedsiębiorcę, w ramach prowadzonej przez niego działalności, w określony sposób ze sobą połączone oraz związane (w sensie funkcjonalnym i strukturalnym), aby mogły tworzyć jedną spójną całość przeznaczoną w swoim założeniu do realizowania określonych celów (zadań) gospodarczych. W ten właśnie sposób wspomniane wyżej materialne i niematerialne składniki stają się składnikami „zorganizowanymi”, co oznacza, że na ich bazie powstaje określona gospodarcza „organizacja” (którą tworzy sam przedsiębiorca) zdolna do pełnienia postawionych przed nią przez danego przedsiębiorcę zadań gospodarczych.

²⁴ Na temat charakteru prawnego przedsiębiorstwa zob.: F. Zoll, *Przedsiębiorstwo – przedmiotem własności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1925, nr 10–12, s. 425 i n.; M.J. Ehrlich, *Przedsiębiorstwo jako przedmiot umownych stosunków obligacyjnych*, Tarnów 1934, s. 31 i n.; S. Rosmarin, *Przedsiębiorstwo jako przedmiot egzekucji*, Warszawa 1937, s. 48; J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1999, s. 18; J. Widło, *Pojęcie przedsiębiorstwa*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 7, s. 30 i n.; M. Litwińska, *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie handlowym i cywilnym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu (I)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, nr 4, s. 10; B. Sołtys, *Klientela. Przedsiębiorstwo. Wolny zawód*, „Rejent” 1995, nr 1, s. 130 i n.; M. Habdas, *Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 2, s. 333; E. Gniewek w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 125 i n.

Osobno przecież każdy z tych składników spełnia tylko jakieś cząstkowe funkcje, dopiero zaś wszystkie razem mogą posłużyć przedsiębiorcy do realizacji wspólnego celu gospodarczego²⁵. Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym nie powinno być przy tym utożsamiane wyłącznie z określonym kompleksem elementów materialnych. Nie ma też wymogu, by takie składniki były koniecznym uprzedmiotowione np. pod postacią zakładu produkcyjnego, gabinetu usługowego, punktu handlowego itp. (choć bardzo często tak właśnie będzie). Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym to bowiem kompleks określonych składników, w tym także składników o charakterze niematerialnym obejmujących np. *know-how*, dobre imię (tzw. *goodwill*)²⁶ czy też pewne prawa na dobrach niematerialnych (np. patenty, prawa autorskie). W niektórych przypadkach przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym mogą wręcz tworzyć wyłącznie takie właśnie elementy (składniki) niematerialne. Dla bytu przedmiotowo pojmowanego przedsiębiorstwa w znaczeniu prawnym istotne jest bowiem funkcjonalno-gospodarcze połączenie wszystkich tych składników (nawet jeżeli są to wyłącznie składniki o charakterze niematerialnym) w jeden zorganizowany kompleks, który jest zdalny do tego, by przy jego wykorzystaniu można było uczestniczyć w obrocie gospodarczym i zaspokajać określone potrzeby osób trzecich (np. świadczyć usługi na ich rzecz). Ten szczególny charakter więzi łączący poszczególne składniki sprawia, że każdy z nich realizuje w jakim procencie część określonego celu gospodarczego, który w całości może zostać osiągnięty dopiero w przypadków wspólnego ich zespolenia²⁷. Nie jest tu natomiast rozstrzygająca sama przez się wartość lub liczba tych składników, względnie też zewnętrzna postać, którą przybierają.

Z kolei prawa majątkowe, które również mieszczą się w pojęciu „składnika majątkowego” w rozumieniu art. 2 pkt 3 u.p.p.p. (i które powinny być wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot PPP lub też które powinny być związane z takim przedsięwzięciem oraz utrzymywane lub zarządzane przez partnera prywatnego), są zazwyczaj definiowane jako takie możliwości (modalności) normatywne, które są

²⁵ W. Szydło, *Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym i jego zbycie a sytuacja prawna koncesji, licencji i zezwoleń w kontekście art. 55¹ kodeksu cywilnego*, „Prawo Spółek” 2006, nr 4, s. 42.

²⁶ Na temat pojęcia *goodwill* zob.: T. Bieniek, P. Piniór, *Klientela jako przedmiot wkładu niepieniężnego*, „Prawo Spółek” 2002, nr 4, s. 5 i n.; B. Sołtys, *Klientela przedmiotem aportu w spółkach kapitałowych*, w: *Spółka jako podmiot gospodarczy*, red. J. Frąckowiak, Wrocław 1995, s. 113 i n.

²⁷ W. Szydło, *Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym...*, s. 44.

bezpośrednio uwarunkowane ekonomicznym interesem podmiotu uprawnionego²⁸. W takim układzie przeciwieństwem praw majątkowych są prawa niemajątkowe, czyli nieuwarunkowane bezpośrednim ekonomicznym interesem podmiotu uprawnionego. Majątkowy charakter określonego prawa jest o tyle jego stałym atrybutem, o ile nie zależy on od jakiegokolwiek rynkowej wartości (pieniężnej wyceny) danego prawa. Dane prawo – zakładając, że jest ono uwarunkowane bezpośrednim ekonomicznym interesem podmiotu uprawnionego – pozostaje bowiem prawem majątkowym nawet wówczas, gdy jego przedmiotem jest rzecz, która na rynku jest uznawana za kompletnie bezwartościową²⁹. Charakteru majątkowego nie pozbawia danego prawa również fakt, że prawo to jest niezbywalne i nie może być w związku z tym przeniesione na inne osoby³⁰. Prawa majątkowe są bardzo obszerną grupą praw (modalności prawnych), chociażby z tego względu, że nie istnieje żaden zamknięty katalog tych praw mający charakter *numerus clausus*. Zasada *numerus clausus* obowiązuje wprawdzie w odniesieniu do tych praw majątkowych, które są prawami bezwzględными (tj. skutecznymi przeciwko każdej innej osobie niż uprawniony), ale już w odniesieniu do praw majątkowych względnych (tj. skutecznych tylko w relacjach pomiędzy określonymi stronami) zasada *numerus clausus* nie ma zastosowania. Strony stosunków prawnych, korzystając w tym zakresie z zasady autonomii woli, mogą zatem wciąż powoływać do życia nowe (nienazwane) prawa majątkowe o charakterze względnym. W ten sposób katalog praw majątkowych pozostaje katalogiem otwartym.

Powyższe oznacza, że zakres potencjalnych składników majątkowych – które powinny być wykorzystywane do realizacji przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot PPP lub też które powinny być związane z takim przedsięwzięciem i którymi partner prywatny powinien następnie zarządzać lub też je utrzymywać – jest bardzo szeroki.

Właściwie można by wręcz zaryzykować twierdzenie, że wymóg wykorzystywania do realizacji przedsięwzięcia określonego składnika majątkowego lub też wymóg związania z takim przedsięwzięciem określonego składnika majątkowego nie stanowi żadnego istotnego ograniczenia pojęcia

²⁸ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 128; E. Gniewek w: *Kodeks cywilny...*, s. 105; M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55³ KC*, Kraków 1997, s. 21; M. Pyziak-Szafnicka w: *System prawa prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 716 i n.

²⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 97.

³⁰ S. Rudnicki w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 164.

„przedsięwzięcia” w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.p.p.p., gdyż trudno sobie przecież wyobrazić budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła lub też każde inne świadczenie, których by nie realizowano przy wykorzystaniu jakiegokolwiek składnika majątkowego w rozumieniu art. 2 pkt 3 u.p.p.p. lub też z którymi jakkolwiek składnik majątkowy w tym rozumieniu nie byłby związany. W szczególności uwzględniając zaś okoliczność, że składnikiem majątkowym w omawianym tu rozumieniu jest m.in. przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym (art. 55¹ k.c.) i że przedsiębiorstwo takie jest w sensie pojęciowym niezbędnym elementem każdej działalności gospodarczej³¹, należałoby stwierdzić, że wymóg wykorzystywania do realizacji przedsięwzięcia określonego składnika majątkowego lub też wymóg związania z takim przedsięwzięciem określonego składnika majątkowego jest spełniony już wówczas, gdy budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła lub też jakiegokolwiek inne świadczenie są realizowane przez partnera prywatnego (przy współpracy z podmiotem publicznym) w ramach wykonywanej przez wspomnianego partnera prywatnego działalności gospodarczej. Ilekroć więc partner prywatny realizuje budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczy usługi, wykonuje dzieło lub też każde inne świadczenie w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, to wówczas niejako *eo ipso* do realizacji takiego przedsięwzięcia partner prywatny wykorzystuje składnik majątkowy w postaci przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (istniejącego w ramach prowadzonej przez tego partnera działalności gospodarczej i stanowiącego element tej działalności), względnie też ów składnik majątkowy w postaci przedsiębiorstwa jest wówczas *eo ipso* związany z realizowanym przez partnera prywatnego przedsięwzięciem.

Z punktu widzenia art. 2 pkt 4 u.p.p.p. istotne jest przy tym to, by wspomniany składnik majątkowy (w tym też składnik w postaci przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym) wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia lub związany z przedsięwzięciem był przez partnera prywatnego utrzymywany lub też by był przez niego zarządzany. Wprawdzie wymóg, że to właśnie partner prywatny (a nie podmiot publiczny) powinien utrzymywać lub zarządzać składnikiem majątkowym nie wynika wprost z definicji przedsięwzięcia zawartej w art. 2 pkt 4 u.p.p.p., niemniej do takiego właśnie

³¹ Wynika to z zawartego w art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) wymogu prowadzenia każdej działalności gospodarczej w sposób „zorganizowany”. Zob.: A. Bierć, *Sytuacja prawna przedsiębiorcy. Zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnicze” 1998, nr 3, s. 22; M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 48.

wniosku prowadzi lektura art. 7 ust. 1 u.p.p.p. Przepis ten stanowi, że „Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego”. Z przepisu tego wynika, że realizacja przedsięwzięcia, czyli budowa lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usługi, wykonanie dzieła lub innego świadczenia, połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany (należy przy tym zauważyć, że te ostatnie działania, a więc utrzymanie składnika majątkowego lub zarządzanie nim, stanowią immanentny element ustawowej definicji przedsięwzięcia), jest zadaniem partnera prywatnego (a nie podmiotu publicznego) i właśnie przez partnera prywatnego przedsięwzięcie to (połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany) musi być urzeczywistnione. Podmiot publiczny powinien w osiągnięciu celu przedsięwzięcia współdziałać, a nie je samemu realizować. Inna sprawa, że wzmiankowane tu współdziałanie przez podmiot publiczny w realizacji celu przedsięwzięcia może też oczywiście obejmować współdziałanie w utrzymaniu składnika majątkowego oraz w zarządzaniu nim. Nie ulega przecież wątpliwości, że zasadniczą rolę w utrzymaniu oraz w zarządzaniu składnikiem majątkowym powinien odgrywać partner prywatny.

Warto podkreślić, że wymóg, iż to właśnie partner prywatny powinien zasadniczo utrzymywać składnik majątkowy lub nim zarządzać, nie stanowi żadnego istotnego ograniczenia zakresu przedsięwzięć mogących potencjalnie stanowić przedmiot PPP. Jeżeli bowiem założyć, że takim składnikiem majątkowym (wykorzystywanym do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub z nim związanym) jest w danym przypadku przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym, to wówczas zarządzanie tym składnikiem (czyli zarządzanie przedsiębiorstwem) może się po prostu przejawiać w prowadzeniu przez partnera prywatnego tego przedsiębiorstwa, czyli w prowadzeniu działalności gospodarczej, w ramach której jest realizowane dane przedsięwzięcie. W tym kontekście należałoby przywołać ustalenia nauki o organizacji i zarządzaniu, z których wynika, że „zarządzanie”, będąc często utożsamiane z pojęciem „kierowanie”, oznacza podejmowanie działań, których rodzaj jest mocno zdeterminowany i warunkowany przedmiotem zarządu, a które to działania polegają na spowodowaniu

funkcjonowania m.in. określonych rzeczy (obiektów, przedsiębiorstw) zgodnie z celem wytyczonym przez zarządzającego³² lub też wytyczonym przez tego, kto ustanowił (wyzaczył) zarządzającego. Można zatem powiedzieć, że zarządzanie jest realizowaniem przez zarządcę postawionych przez niego lub przez jego mocodawcę (zwierzchnika, właściciela) celów strategicznych i taktycznych związanych z przedmiotem zarządu, co następuje przy pomocy innych ludzi, zasobów materialnych i niematerialnych³³.

Tak pojmowane zarządzanie może mieć za swój przedmiot m.in. działalność gospodarczą (czyli w istocie przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym) lub też nieruchomość (także będącą składnikiem majątkowym w rozumieniu art. 2 pkt 3 u.p.p.p.). Zarządzanie działalnością gospodarczą (czyli zarządzanie przedsiębiorstwem w znaczeniu przedmiotowym) jest działalnością określonego podmiotu prawa (w tym przede wszystkim przedsiębiorcy) realizowaną w odniesieniu do działalności gospodarczej i mającą na celu zapewnienie ekonomicznego powodzenia (i efektywnego prowadzenia) danej działalności gospodarczej, co obejmuje w szczególności rzeczywiste załatwianie codziennych (bieżących) spraw związanych z działalnością, inwestowanie w tę działalność i rozwijanie jej, ochronę przed niepożądanymi stratami itp. Zarządzanie działalnością gospodarczą powinno być rozumiane jako proces z samego swojego założenia stały i trwały, a przy tym realizowany przez dany podmiot (tj. przez zarządzającego) osobiście i poprzez jego bezpośrednią aktywność.

Z kolei legalną definicję „zarządzania nieruchomościami” można znaleźć w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami³⁴. Z definicji tej wynika, że zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności: 1) zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości, 2) zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości, 3) bieżące administrowanie nieruchomością, 4) utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem oraz 5) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość (art. 185 ust. 1 u.g.n.). Ogólnie można powiedzieć, że zarządzanie nieruchomością jest jednoznaczne z wykonywaniem codziennych spraw, jakie wynikają z użytkowania nieruchomości, co obejmuje czynności zmierzające do zabezpieczenia

³² W. Gabara, *Między wiedzą a działaniem. Przesłanki racjonalnego zarządzania*, Warszawa 1993, s. 15 i n.

³³ M. Tertelis, *Umowa o zarządzanie nieruchomością*, Warszawa 2003, s. 3.

³⁴ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.), dalej: u.g.n.

i podwyższenia wartości kapitałowej nieruchomości oraz zapewnienia efektywnego procesu jej użytkowania³⁵.

Jeżeli partner prywatny będzie na podstawie umowy o PPP realizował budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczył usługi³⁶, wykonywał dzieło lub inne świadczenie, i jednocześnie będzie też wykonywał te czynności, które zostały wyżej wskazane jako egzemplifikacja procesu zarządzania działalnością gospodarczą lub zarządzania nieruchomością, czyniąc to w związku z realizowanym przez siebie przedsięwzięciem, to wówczas będzie można powiedzieć, że taki partner prywatny „zarządza składnikiem majątkowym” związanym z danym przedsięwzięciem w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.p.p.p. i realizuje w ten sposób określone przedsięwzięcie w znaczeniu ustalonym w tym ostatnim przepisie.

3. Charakter prawny świadczenia partnera prywatnego

Powyższe rozważania pozwalają na podjęcie próby scharakteryzowania świadczenia partnera prywatnego w umowie o PPP pod kątem rodzajów świadczeń wyróżnianych w doktrynie prawa cywilnego. W pierwszej kolejności można wskazać, że świadczenie partnera prywatnego w zawartej z podmiotem publicznym umowie o PPP jest świadczeniem niepieniężnym³⁷. Aktywność partnera prywatnego nie polega bowiem na zapłacie określonej sumy pieniężnej, lecz na zrealizowaniu danego przedsięwzięcia. Świadczeniem partnera prywatnego będzie zespół zachowań wskazanych w umowie, którego przedmiotem jest wykonanie przedsięwzięcia polegającego na realizacji określonego obiektu budowlanego, usług, dzieła lub innego świadczenia, zawsze jednak połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem określonym składnikiem majątkowym związanym funkcjonalnie z tym

³⁵ O pojęciu zarządzania nieruchomościami zob.: M. Wójtowicz w: *Nieruchomości. Zagadnienia prawne*, red. H. Kisilowska, Warszawa 2006, s. 294–295; W. Szydło, *Reprezentacja Skarbu Państwa w zakresie gospodarowania nieruchomościami*, Wrocław 2010, s. 166 i n.

³⁶ Wojciech Gonet postuluje, by ograniczyć pojęcie przedsięwzięcia do realizacji projektów inwestycyjnych (budowlanych) połączonych z zarządzaniem składnikiem majątkowym. Zdaniem autora kwalifikowanie do PPP świadczenia usług połączonego z zarządzaniem składnikiem majątkowym niepotrzebnie prowadzi do komplikacji zaangażowania podmiotów sektora prywatnego do realizacji prostych zadań, jak np. zarządzanie i utrzymanie terenów zielonych w miastach za wynagrodzeniem, poprzez bardziej złożone kryteria wyboru partnera prywatnego. Zob. W. Gonet, *Nowa ustawa o partnerstwie...*, s. 91.

³⁷ O świadczeniach pieniężnych zob.: T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 215 i n.; Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 54 i n.

realizowanym wspólnie przez strony umowy przedsięwzięciem. Zazwyczaj jest to pewne dobro o charakterze materialnym, choć niektóre z wymienionych rodzajów świadczeń nie będą przybierały jakiegś konkretnej postaci materialnej. Nie muszą być one zatem ucieleśniane (np. usługi), choć oczywiście powinny być w konkretny sposób oznaczone i zindywidualizowane.

Świadczenie partnera prywatnego można różnicować także na podstawie kryterium czasu w zakresie treści i rozmiaru świadczenia. Jego świadczenie może być tym samym albo świadczeniem jednorazowym albo ciągłym, co jest zależne od rodzaju przedsięwzięcia. Świadczenie jednorazowe występuje wówczas, gdy jego treść i rozmiar zostały określone w sposób wyczerpujący jedynie przez wskazanie powinno zachowania się dłużnika, bez odniesienia do czynnika czasu. Świadczenie takie może składać się – co prawda – nie tylko z jednej, ale także z wielu różnych czynności i trwać przez dłuższy czas, ale jego upływ nie ma wpływu na rozmiar świadczenia. Wskazanie terminu jest potrzebne jedynie do oznaczenia, kiedy świadczenie, którego zakres jest z góry określony, powinno zostać spełnione³⁸. W zakresie przedsięwzięcia publiczno-prywatnego takim świadczeniem może być budowa określonego obiektu budowlanego czy wykonanie jakiegoś określonego w umowie przez strony dzieła. Natomiast świadczeniem ciągłym w zakresie PPP będzie wykonywanie różnego rodzaju usług (np. dostarczanie mediów, utrzymanie dróg itp.), gdyż istota ich polega na określonym stałym zachowaniu się zobowiązanego przez cały czas trwania stosunku prawnego. Nie da się w nich wyodrębnić poszczególnych jego zachowań, które można by potraktować jako samoistne, odrębne świadczenia lub ich części. Wszystkie one stanowią, mimo że oddzielone w czasie, funkcjonalną całość³⁹.

Świadczenie w ramach umowy o PPP będzie należało do świadczeń o charakterze niepodzielnym. To, czy świadczenie jest świadczeniem podzielnym lub niepodzielnym, zależy od tego, czy jego cel może być osiągnięty lub nieosiągnięty za pomocą zachowań się zobowiązanego, które będą oceniane jako części całego świadczenia bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (por. art. 379 § 2 k.c.)⁴⁰. A zatem ze świadczeniem niepodzielnym będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy nie będzie ono mogło być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości.

³⁸ P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny...*, s. 530; T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 198.

³⁹ Z. Radwański, *Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1969, nr 13–14, s. 252; P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny...*, s. 530.

⁴⁰ T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 207.

Stwierdzenie, czy spełnienie świadczenia w częściach doprowadzi do istotnej zmiany przedmiotu lub wartości, nie jest możliwe w oderwaniu od konkretnego przypadku, aczkolwiek w odniesieniu do przedmiotu świadczenia partnera prywatnego, którym będzie obiekt budowlany czy dzieło będące dobrem materialnym, należałoby brać pod uwagę takie czynniki, jak właściwości techniczne przedmiotu świadczenia, możliwość korzystania z niego w całości i po spełnieniu go w częściach, czy wartość prac potrzebnych do spełnienia go w całości⁴¹.

Świadczenie partnera prywatnego jest świadczeniem oznaczonym co do tożsamości i niezamiennym. W umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym strony powinny określić przedmiot świadczenia, którym będzie wyłącznie rzecz, za pomocą cech tylko jemu właściwych, przez co w konsekwencji przedmiot świadczenia może być tylko jeden, niepodlegający zastąpieniu innym⁴². Partner prywatny zobowiązuje się przecież do wykonania konkretnego, ściśle sprecyzowanego przedsięwzięcia (wybudowania stadionu, drogi czy oczyszczalni ścieków).

Świadczenie partnera prywatnego będzie wreszcie świadczeniem rezultatu, a nie jedynie starannego działania. Partner prywatny zobowiązuje się bowiem do osiągnięcia oznaczonego, znanego od początku, skonkretyzowanego rezultatu (zadania). Uzyskanie tego celu jest treścią stosunku zobowiązaniowego, w którym obowiązek dłużnika został określony poprzez osiągnięcie konkretnego skutku⁴³.

4. Zasady realizacji przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot PPP

Z art. 1 ust. 2 u.p.p.p. wynika, że omówione powyżej szeroko przedsięwzięcie stanowiące przedmiot PPP powinno być realizowane wspólnie przez podmiot publiczny oraz przez partnera prywatnego, przy czym ta wspólna realizacja przez obie strony przedsięwzięcia powinna być oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Również z art. 7 ust. 1 u.p.p.p. wynika, że przedsięwzięcie stanowiące przedmiot PPP powinno być realizowane wspólnie przez obie strony, przy czym w świetle tego ostatniego przepisu podział zadań pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego powinien wyglądać w ten sposób, że partner prywatny realizuje przedsięwzięcie (za wynagrodzeniem) oraz

⁴¹ P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny...*, s. 609.

⁴² T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System...*, s. 209; T. Wiśniewski w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2007, s. 623.

⁴³ P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny...*, s. 531.

ponosi w całości albo w części wydatki na realizację tego przedsięwzięcia, względnie też wydatki te ponosi osoba trzecia, natomiast podmiot publiczny współdziała w osiągnięciu celu omawianego tu przedsięwzięcia z partnerem prywatnym, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Podstawą takiej współpracy jest umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, którą należy kwalifikować jako umowę nazwaną⁴⁴, choć uregulowaną, nie w kodeksie cywilnym, a w ustawie szczególnej będącej często źródłem zawierania dalszych umów zobowiązaniowych, jak umowy o roboty budowlane, o dzieło, o dostawy, o doradztwo czy ubezpieczenia, określanych w literaturze tzw. pakietem kontraktowym⁴⁵.

Ostatecznie można zatem powiedzieć, że PPP polega na tym, że podmiot publiczny oraz partner prywatny wspólnie realizują określone przedsięwzięcie, przy czym realizacja tego przedsięwzięcia polega na tym, że faktycznie realizuje je partner prywatny (za wynagrodzeniem), ponosząc na to określone wydatki (w całości lub części) lub też ich nawet w ogóle nie ponosząc (a jedynie zapewniając ich poniesienie przez określoną osobę trzecią), zaś podmiot publiczny w realizacji tego przedsięwzięcia współdziała z partnerem prywatnym, przy czym współdziałanie to może polegać m.in. na zapłacie partnerowi prywatnemu wynagrodzenia lub na wniesieniu przez podmiot publiczny określonego wkładu własnego⁴⁶. Istotne jest przy tym zastrzeżenie, że realizacja przez obie strony określonego przedsięwzięcia „wspólnie” wiąże się ze stosownym podziałem pomiędzy podmiot

⁴⁴ W literaturze określa się ją nawet czasami mianem umowy nazwanej pozakodeksowego typu, wszakże jest ona dostatecznie zdefiniowana i zawiera swoiste *essentialia negotii*. Tak: W. Grzybowski, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym – ramy określające standardową zawartość*, Warszawa 2007, s. 19; M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 150; P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 310 i n. W literaturze wyrażany jest również pogląd, że umowa o PPP jest umową nienazwaną, nie została bowiem uregulowana w kodeksie cywilnym, a swoim zakresem – zgodnie z wolą stron – może przyjmować postać jednej lub kilku uregulowanych w kodeksie cywilnym umów nazwanych, zawierając ich elementy przedmiotowo istotne, będąc przy tym jedynie pewnym sposobem realizacji zadań publicznych. Por.: J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 119; W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 56.

⁴⁵ Tak: M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 150 i n.; W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 55 i n.

⁴⁶ Inne definicje partnerstwa publiczno-prywatnego zob.: M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 33; J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 19 i n.; P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 4; B.P. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne...*, s. 23.

publiczny oraz partnera prywatnego różnego rodzaju ryzyk związanych z realizacją danego przedsięwzięcia (m.in. ryzyka związanego z dochodem, z pracami budowlanymi, ryzyka walutowego, regulacyjnego, politycznego, środowiskowego lub archeologicznego, ryzyka ukrytych wad w infrastrukturze przekazywanej partnerowi prywatnemu, związanego ze społeczną akceptacją itp.). Szczegółowy podział pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego zadań oraz ryzyk związanych z realizowanym wspólnie przedsięwzięciem powinien być dokonany w zawieranej przez obie te strony umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Konieczność realizacji danego przedsięwzięcia przez partnera prywatnego oznacza, że to właśnie partner prywatny powinien przyjąć na siebie zobowiązanie do bezpośredniej realizacji budowy lub remontu określonego obiektu budowlanego, do świadczenia określonych usług, do wykonania oznaczonego przez strony dzieła, w szczególności wyposażenia składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub do innego świadczenia. To zatem partner prywatny, wykorzystując swoje doświadczenie zawodowe oraz posiadane zasoby ludzkie, techniczne, materiałowe oraz (przynajmniej w części) finansowe, powinien podjąć działania faktyczne i prawne prowadzące bezpośrednio do wybudowania lub wyremontowania określonego obiektu budowlanego polegające na realizacji określonych usług, świadczeń lub będące przejawem wykonania określonego dzieła. Partner prywatny może przy tym współdziałać w realizacji takiego przedsięwzięcia z osobami trzecimi, tj. innymi niż podmiot publiczny, w tym ze swoimi stałymi kooperantami, dostawcami lub podwykonawcami zarówno z nim powiązanymi i należącymi do jego grupy kapitałowej, jak i całkowicie niezależnymi (tj. spoza jego grupy kapitałowej).

Realizując omawiane tu przedsięwzięcie, partner prywatny powinien ponosić na jego wykonanie określone wydatki w całości lub w części. Część wydatków związanych z przedsięwzięciem może być ponoszona przez podmiot publiczny w wysokości (proporcji) oraz na zasadach określonych w umowie o PPP. Dopuszczalna jest i taka sytuacja, w której partner prywatny w ogóle nie będzie sam ponosił żadnych wydatków związanych z realizowanym przedsięwzięciem, lecz w zawieranej umowie zobowiąże się jedynie do poniesienia całości wspomnianych wydatków przez osobę trzecią lub przez osoby trzecie, w tym np. przez określone instytucje finansowe (np. banki) lub przez innych inwestorów zewnętrznych⁴⁷. Możliwe jest również rozwiązanie polegające na tym, że część wydatków na realizowane

⁴⁷ Szerzej zob. D. Giziński w: *Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce. Przemysł, przygotuj, przeprowadź*, red. M. Barszcz, Warszawa 2009, s. 96 i n.

przez partnera prywatnego przedsięwzięcie będzie ponosił podmiot publiczny, część partner prywatny, zaś pozostałą część osoba trzecia. Dopuszczalne jest wreszcie ponoszenie części wydatków na dane przedsięwzięcie przez podmiot publiczny oraz pozostałej części wydatków przez określoną osobę trzecią lub osoby trzecie, bez konieczności ich ponoszenia przez partnera prywatnego. W świetle art. 7 ust. 1 u.p.p.p. niedopuszczalne byłoby natomiast ponoszenie całości wydatków na dane przedsięwzięcie przez podmiot publiczny. Partner prywatny może być wprawdzie zwolniony od konieczności bezpośredniego ponoszenia jakichkolwiek wydatków na realizację przedsięwzięcia, ale wówczas musi się przynajmniej zobowiązać do tego, że co najmniej część takich wydatków poniesie osoba trzecia (inna niż podmiot publiczny). W tym ostatnim przypadku część wydatków będzie mógł również ponieść podmiot publiczny w ramach uiszczanego przez niego wynagrodzenia.

Niezależnie przy tym od ustalenia w umowie o PPP tego, kto i w jakiej części będzie ponosił wydatki na realizację przez partnera prywatnego danego przedsięwzięcia, partnerowi prywatnemu przysługuje w zamian za realizację przedsięwzięcia określone wynagrodzenie⁴⁸. Tym wynagrodzeniem partnera prywatnego może być w pierwszym rzędzie zapłata przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego określonej sumy pieniężnej. Artykuł 7 ust. 2 u.p.p.p. zastrzega przy tym, że „Wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego”. Przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego w powyższym rozumieniu (którego rzeczywiste wykorzystanie lub faktyczna dostępność warunkują wysokość wynagrodzenia partnera prywatnego) jest oczywiście określone przedsięwzięcie realizowane przez partnera prywatnego we współdziałaniu z podmiotem publicznym. To, czy i w jakim stopniu wspomniane przedsięwzięcie (w tym m.in. wybudowany obiekt budowlany, świadczone usługi lub wykonane dzieło) będą rzeczywiście wykorzystywane i/lub faktycznie dostępne, musi być – zgodnie z art. 7 ust. 2 u.p.p.p. – podstawowym parametrem, od którego będzie zależało wynagrodzenie partnera prywatnego, w tym oczywiście głównie jego wysokość (ale także np. terminy jego przekazywania partnerowi prywatnemu). Ustawodawca nie wyjaśnia przy tym bliżej, co dokładnie oznacza „rzeczywiste wykorzystanie” oraz „faktyczna dostępność” realizowanego przez partnera prywatnego przedsięwzięcia, w tym nie precyzuje, czy oznaczają one wykorzystywanie omawianego przedmiotu przez ogół zainteresowanych tym osób (np. przez członków

⁴⁸ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 55 i n.

danej wspólnoty samorządowej lub przez zainteresowanych przedsiębiorców) oraz ogólną i powszechną dostępność tego przedmiotu. Ponieważ ustawodawca nie precyzuje znaczenia omawianych sformułowań oraz nie określa wyraźnie tego, kto ma rzeczywiście wykorzystywać przedmiot przedsięwzięcia oraz kto ma mieć do niego faktyczny dostęp, należałoby przyjąć, że jest to – co do zasady – prawie irrelevantne w tym znaczeniu, że nie każde przedsięwzięcie musi być koniecznie rzeczywiście wykorzystywane przez ogół i być faktycznie dostępne dla wszystkich zainteresowanych. Kwestia tego, kto ma rzeczywiście wykorzystywać przedmiot przedsięwzięcia oraz kto ma mieć do niego faktyczny dostęp, musi być zatem każdorazowo szczegółowo określona w konkretnej umowie o PPP. W umowie tej strony mogą postanowić, że z przedmiotu przedsięwzięcia będzie mógł bezpośrednio korzystać jedynie partner prywatny i że jedynie on będzie mógł mieć do niego dostęp (co oczywiście nie będzie mogło uchybiać uprawnieniom podmiotu publicznego do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego – zob. art. 8 u.p.p.p.). W takim układzie wynagrodzenie partnera prywatnego także będzie mogło zależeć – tak jak wymaga tego art. 7 ust. 2 u.p.p.p. – „przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego”. Tyle tylko, że wzmiankowane tu rzeczywiste wykorzystanie oraz faktyczna dostępność przedmiotu PPP będą musiały być rozumiane jako, odpowiednio, rzeczywiste wykorzystywanie przedsięwzięcia przez partnera prywatnego oraz faktyczna dostępność przedsięwzięcia dla wykonywanej przez partnera prywatnego działalności gospodarczej.

Przy czym należy wyraźnie zaznaczyć, że ewentualne zastrzeżenie w umowie o PPP, że jedynie partner prywatny będzie mógł bezpośrednio wykorzystywać przedmiot PPP i że jedynie on będzie mógł mieć do niego dostęp nie musi być wcale sprzeczne z zasadniczą ideą instytucji PPP. Prawdą jest oczywiście, że podmiot publiczny może zawierać umowy o PPP jedynie w celu realizacji spoczywającym na nim zadań publicznych i w imię urzeczywistniania szeroko pojętego interesu publicznego. Niemniej trzeba jednak pamiętać, że w zakresie zadań publicznych podmiotów publicznych, w tym w szczególności w zakresie zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, mieszczą się również i takie zadania, w których realizacji w równym stopniu może być zainteresowany podmiot (partner) prywatny i które mają związek z prowadzoną przez tego partnera działalnością gospodarczą. W takim układzie nie można wykluczyć istnienia takich przedsięwzięć (w rozumieniu art. 2 pkt 4 u.p.p.p.), które mają wprawdzie bezpośredni związek z prowadzoną przez partnera prywatnego działalnością gospodarczą (i są dla niego korzystne), ale które jednocześnie,

i to w całości, pozostają też w zakresie zainteresowania danej wspólnoty samorządowej oraz jednostki samorządu terytorialnego, z uwagi na spoczywające na tej jednostce zadania publiczne. Przykładowo, przedsięwzięciami z zakresu ochrony środowiska realizowanymi na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego jest zainteresowana z oczywistych względów cała samorządowa społeczność i fakt – że dane przedsięwzięcie polegające np. na realizacji określonej inwestycji w obrębie należącej do partnera prywatnego nieruchomości i pociągające za sobą ulepszenie tej nieruchomości będzie bezpośrednio wykorzystywane i dostępne jedynie dla partnera prywatnego – nie będzie przecież w stanie zanegować tezy, iż realizując wspólnie z partnerem prywatnym takie przedsięwzięcie, jednostka samorządu terytorialnego wykonuje wówczas swoje ustawowe zadania publiczne i działa dla dobra wspólnoty samorządowej. Inna sprawa, że w takich przypadkach wynagrodzenie partnera prywatnego może być mniejsze niż byłoby w przypadku, gdyby przedmiot PPP był powszechnie i dla wszystkich (bezpośrednio) dostępny.

W umowie strony mogą też postanowić, że przedmiot PPP będzie mógł być rzeczywiście wykorzystywany przez znacznie szersze grono użytkowników niż sam partner prywatny i że dostęp do tego przedmiotu trzeba będzie zapewniać również innym osobom. W takim przypadku wynagrodzenie partnera prywatnego będzie mogło być odpowiednio wyższe i bezpośrednio powiązane z rzeczywistym wykorzystywaniem danego przedsięwzięcia przez osoby trzecie, względnie też z faktyczną dostępnością przedsięwzięcia dla osób trzecich.

Wynagrodzenie partnera prywatnego może również polegać na czymś innym niż zwykła zapłata na jego rzecz sumy pieniężnej, względnie też może być połączone z czymś innym niż sama tylko zapłata wspomnianej sumy. Mianowicie, wynagrodzeniem partnera prywatnego może być prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP albo przede wszystkim to prawo do pobierania pożytków wraz z zapłatą sumy pieniężnej (zob. art. 4 ust. 1 u.p.p.p.). W takim układzie PPP może w swojej istocie zbliżyć się do typowej koncesji na roboty budowlane lub usługi uregulowanej w przepisach ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴⁹, w ramach której wynagrodzeniem koncesjonariusza jest: 1) w przypadku koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, oraz 2) w przypadku koncesji na usługi – wyłącznie

⁴⁹ Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.), dalej: u.k.r.b.

prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 u.k.r.b.)⁵⁰. Jeżeli w mającej być zawartą umowie o PPP podmiot publiczny przewiduje, że wynagrodzeniem partnera prywatnego ma być prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to wówczas „do wyboru partnera prywatnego” oraz do „umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym” należy stosować – jak wyraźnie to nakazuje art. 4 ust. 1 u.p.p.p. – przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w zakresie nieuregulowanym w samej ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym⁵¹.

Należy przy tym zwrócić uwagę na okoliczność, że to zawarte w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym odesłanie do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi ma o tyle ograniczony zakres, o ile dotyczy jedynie tych przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, które normują postępowanie w sprawie wyboru koncesjonariusza oraz które mówią o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (i które to przepisy trzeba też będzie stosować do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w zakresie nieuregulowanym w samej ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym). Ten ograniczony charakter odesłania zawartego w art. 4 ust. 1 u.p.p.p. oznacza z kolei, że jeżeli w mającej być zawartą umowie o PPP podmiot publiczny przewiduje, że wynagrodzeniem partnera prywatnego ma być prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP albo przede wszystkim to prawo do pobierania pożytków wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to wówczas do tego rodzaju PPP nie musi być koniecznie stosowany art. 1 ust. 3 u.k.r.b. przewidujący, że płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza i że to koncesjonariusz musi ponosić w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Przepis ten nie ma bowiem bezpośredniego związku ani z umową o PPP, ani też – tym bardziej – z wyborem partnera prywatnego.

W konsekwencji oznacza to, że gdy przewiduje się, że na podstawie zawieranej umowy o PPP wynagrodzeniem partnera prywatnego ma być prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP, to wówczas prawo to

⁵⁰ Por.: W. Gonet, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane i usługi. Nowe możliwości realizacji zadań ST*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 11, s. 50 i n.; M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, M. Słok-Wódkowska, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 20 i n.; G. Mazurek, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 18 i n.

⁵¹ P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 217 i n.

może być zagwarantowane partnerowi na bardzo długi okres oraz w odpowiednio dużej wysokości, aby nie ponosił on wówczas zasadniczej części ekonomicznego ryzyka wykonywania koncesji. Może on wtedy otrzymać również od podmiotu publicznego wkład własny w postaci prawa własności do pewnych rzeczy lub dóbr, aby ryzyko ekonomiczne partnera prywatnego uległo dalszemu jeszcze zmniejszeniu. Z kolei jeżeli przewiduje się, że na podstawie mającej być zawartą umowy o PPP wynagrodzeniem partnera prywatnego ma być przede wszystkim prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP wraz z zapłatą sumy pieniężnej, to wówczas płatność podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego może prowadzić nawet do całkowitego odzyskania nakładów związanych z realizacją przez partnera prywatnego przedsięwzięcia (choć oczywiście w takim przypadku gwarantowane partnerowi prywatnemu pożytki z przedmiotu PPP powinny być odpowiednio mniejsze), zaś partner prywatny wcale nie musi wtedy ponosić zasadniczej części ekonomicznego ryzyka realizacji danego przedsięwzięcia. W tym ostatnim przypadku może być również i tak, że płatność przekazywana partnerowi prywatnemu doprowadzi wprawdzie do odzyskania przez tego partnera jedynie części (a nie całości) nakładów poniesionych na realizację danego przedsięwzięcia, ale jednocześnie zagwarantowane temu partnerowi prawo do pobierania z danego przedsięwzięcia pożytków (powodujących odzyskanie pozostałych nakładów oraz dających określony czysty zysk) sprawi, że ów partner prywatny nie będzie wtedy ponosił ekonomicznego ryzyka „w zasadniczej części”, lecz będzie to ryzyko ponosił w stopniu mniejszym, większość ryzyka ekonomicznego weźmie zaś na siebie podmiot publiczny.

Jak bowiem była już o tym mowa, w umowie o PPP jej strony mogą stosunkowo swobodnie alokować pomiędzy siebie różnego rodzaju ryzyka związane z realizacją przedsięwzięcia, w tym również ryzyko ekonomiczne. W przypadku gdy partner prywatny będzie na podstawie umowy o PPP uprawniony do pobierania pożytków ze zrealizowanego przedsięwzięcia i nie będzie jednocześnie ponosił w zasadniczej części ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją tego przedsięwzięcia (gdyż ryzyko to w równej lub nawet większej części weźmie na siebie podmiot publiczny, choćby poprzez wkład własny lub poprzez wypłatę wynagrodzenia powodującego zwrot całości lub części nakładów poniesionych przez partnera prywatnego), wówczas tego rodzaju umowa z całą pewnością nie będzie mogła być kwalifikowana jako umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi, mimo że do umowy takiej trzeba będzie stosować – zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 4 ust. 1 u.p.p.p. – przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczące umów koncesji na roboty budowlane lub usługi,

w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

We wcześniejszych rozważaniach była – co prawda – mowa o tym, że jeżeli w określonej umowie podmiotowi wykonującemu określoną robotę budowlaną lub usługę (tj. wykonawcy) jest gwarantowane prawo do pobierania pożytków z eksploatacji tego obiektu lub z wykonywania usługi, lecz jednocześnie nie ponosi on w zasadniczej części ekonomicznego ryzyka eksploatacji danego obiektu budowlanego lub wykonywania usługi, to wówczas nie stosuje się przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (gdyż umowa taka nie jest koncesją w znaczeniu normatywnym), lecz stosuje się na ogólnych zasadach przepisy prawa zamówień publicznych⁵². Niemniej w kontekście analizowanych w tym miejscu umów o PPP trzeba pamiętać, że umowy te (oraz w ogóle PPP jako określone instytucje prawne) są umowami swoistymi, mającymi swoją odrębną regulację w przepisach ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Przepisy tej ostatniej ustawy wprost zresztą odsyłają w niektórych sytuacjach (i w określonym zakresie) do przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz do przepisów prawa zamówień publicznych, nakazując stosowanie do umów o PPP określonych przepisów tych ustaw. Nawet więc jeżeli partner prywatny, mając na podstawie umowy o PPP prawo do pobierania pożytków z eksploatacji obiektu budowlanego lub z wykonywania usługi, nie będzie ponosił ekonomicznego ryzyka realizacji takiego przedsięwzięcia „w zasadniczej części”, to i tak nie będzie można powiedzieć, że umowa taka jest typowym zamówieniem publicznym, do której trzeba będzie na normalnych zasadach stosować w całości przepisy prawa zamówień publicznych. Będzie to bowiem – mimo wszystko – umowa PPP, do której trzeba będzie stosować zgodnie z art. 4 ust. 1 u.p.p.p. przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Przy czym dodatkowym argumentem przemawiającym za trafnością prezentowanej tutaj tezy jest ograniczony zakres odesłania zawartego w art. 4 ust. 1 u.p.p.p. Mianowicie, przepis ten odsyła do przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi jedynie „w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie”, czyli w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Tymczasem kwestia podziału ryzyka w umowie o PPP oraz kwestia ponoszenia wydatków na realizację przedsięwzięcia znajdują swoją normatywną regulację w przepisach ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 u.p.p.p. pozostawiają stronom umowy określoną swobodę

⁵² Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

w tym zakresie), a więc nie ma potrzeby sięgania w tym zakresie do art. 1 ust. 3 u.k.r.b.

Z kolei w niektórych sytuacjach do umowy o PPP trzeba wprawdzie stosować w określonym zakresie przepisy prawa zamówień publicznych, ale nie dlatego, że jest to typowe zamówienie publiczne, tylko dlatego, że do ustawy tej odsyła w określonym zakresie ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie przecież z art. 4 ust. 2 u.p.p.p. w przypadkach innych niż określone w ust. 1 (a więc jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego nie jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP albo to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej), do wyboru partnera prywatnego i umowy o PPP stosuje się przepisy prawa zamówień publicznych, w zakresie nieregulowanym w samej ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Jeszcze raz trzeba powtórzyć, że partnerowi prywatnemu, w zamian za realizowane przez niego na podstawie umowy o PPP przedsięwzięcie, przysługuje od podmiotu publicznego określone wynagrodzenie (które musi zależeć przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu PPP), przy czym wynagrodzeniem tym może być albo sama zapłata określonej sumy pieniężnej, albo tylko prawo do pobierania pożytków z przedmiotu PPP, albo przede wszystkim prawo do pobierania pożytków wraz z zapłatą sumy pieniężnej. Każdy z tych rodzajów wynagrodzenia dla partnera prywatnego może prowadzić do odzyskania przez tego partnera całości nakładów poniesionych na realizację przedsięwzięcia i może mu ponadto gwarantować określony czysty zysk. Przy czym w zależności od wyboru któregoś z tych rodzajów wynagrodzeń, nieco inny będzie reżim prawny stosowany do wyboru partnera prywatnego oraz do umowy o PPP.

Konieczność wypłacenia przez podmiot publiczny partnerowi prywatnemu wynagrodzenia – w zakresie opisanym powyżej – za wykonane świadczenie oraz możliwość ponoszenia przez niego części wydatków związanych z wykonywanym przedsięwzięciem jednoznacznie wskazują, że umowa o PPP należy do kategorii umów wzajemnych (por. art. 487 § 2 k.c.)⁵³, a tym samym świadczenia stron takiej umowy mają charakter wzajemności – każda ze stron uzyskuje określoną korzyść. Cechą umowy wzajemnej jest właśnie to, że według treści umowy każda ze stron jest zobowiązana do świadczenia drugiej stronie umowy, a świadczenie to stanowi

⁵³ Inaczej W. Gonet, który twierdzi, że umową wzajemną jest umowa, w której oba świadczenia będą ekwiwalentne, co nastąpi jedynie w przypadku zobowiązania podmiotu publicznego do zapłaty całości wynagrodzenia partnerowi prywatnemu – W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 56.

odpowiednik, równoważnik tego, co sama otrzymuje⁵⁴. Każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem⁵⁵. Przy czym istotne jest to, że o uznawaniu świadczeń za ekwiwalentne decyduje ocena partnerów umowy, a więc miernik subiektywny, nie zaś rzeczywista wartość świadczeń, przy podstawowym założeniu, że umowa ta będzie mieściła się w kategorii umów odpłatnych (każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową), do których umowy wzajemne zawsze należą⁵⁶. Oznacza to, że umowa jest wówczas wzajemna, gdy według oceny jej stron świadczenia ich są względem siebie równowartościowe⁵⁷. Tak też jest w przypadku umowy o PPP, w której to same strony decydują o rodzaju wzajemnych świadczeń – z jednej strony partner prywatny zobowiązuje się do określonej aktywności polegającej na wytworzeniu jakiegoś dobra lub świadczeniu jakiejś usługi, z drugiej zaś, podmiot publiczny albo wypłaca wynagrodzenie, albo ponosi część wydatków związanych z dokonywanym przedsięwzięciem. Można zatem uznać, że przy określaniu umowy jako umowy wzajemnej decydujące znaczenie ma rodzaj więzi łączącej strony, która polega na zależności świadczenia jednej strony od świadczenia drugiej strony. Każda ze stron zobowiązuje się dlatego i z takim zastrzeżeniem, że liczy na uzyskanie świadczenia drugiej strony (*do ut des*)⁵⁸. Nie ma zatem konieczności, by mówiąc o ekwiwalentności świadczeń, pojmować ją w sensie obiektywnym, co oznacza, że świadczenia nie muszą mieć tego samego waloru ekonomicznego. Jeżeli zatem każda ze stron umowy o PPP będzie zobowiązana do dokonania świadczenia drugiej stronie umowy, która uzyska z tego tytułu jakiegokolwiek korzyści, niekoniecznie o charakterze majątkowym, podlegającej ocenie pieniężnej, wówczas będzie to umowa o charakterze wzajemnym⁵⁹.

Wzajemny charakter świadczeń potęguje jednocześnie fakt, że współdziałanie podmiotu publicznego z partnerem prywatnym w realizacji określonego przedsięwzięcia, nadające temu przedsięwzięciu charakter przedsięwzięcia wspólnego, może polegać nie tylko na zapłacie przez podmiot

⁵⁴ A. Brzozowski w: *System prawa prywatnego*, t. 5..., s. 409.

⁵⁵ T. Wiśniewski w: *Komentarz do kodeksu cywilnego...*, s. 623.

⁵⁶ Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 118; K. Zagrobelny w: *Kodeks cywilny...*, s. 874 i n.

⁵⁷ K. Zagrobelny w: *Kodeks cywilny...*, s. 117 i n.; W. Popiołek w: *Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz do artykułów 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 74 i n.

⁵⁸ A. Brzozowski w: *System prawa prywatnego*, t. 5..., s. 409.

⁵⁹ Tak P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 327; podobnie J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie...*, s. 121.

publiczny wynagrodzenia (pokrywającego określone wydatki partnera prywatnego i gwarantujące mu ewentualnie określony zysk), ale może również polegać na wniesieniu przez podmiot publiczny wkładu własnego⁶⁰. Ten wkład własny jest to wzajemne świadczenie podmiotu publicznego w stosunku do świadczenia partnera prywatnego polegające w szczególności na: poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, oraz wniesieniu składnika majątkowego (art. 2 pkt 5 u.p.p.p.). W ramach wnoszenia przez podmiot publiczny wkładu własnego podmiot ten może zatem m.in. sfinansować dopłaty do określonych usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, aby partner prywatny nie ponosił ryzyka ekonomicznego polegającego na braku pewności co do tego, czy proces świadczenia usług będzie w danym przypadku opłacalny. Dopłaty te (niezależne od wynagrodzenia dla partnera prywatnego) mogą finalnie nie tylko pokrywać koszty świadczenia wchodzących w grę usług, ale mogą również zapewniać partnerowi prywatnemu czysty zysk, w szczególności zaś wówczas, gdyby zysku takiego nie był on w stanie osiągnąć dzięki pobieranym przez siebie pożytkom ze świadczenia usług. Wkład własny podmiotu publicznego może też polegać na wniesieniu przez ten podmiot określonego składnika majątkowego, który umożliwi, ułatwi lub też wesprze realizację danego przedsięwzięcia. Tym składnikiem majątkowym może być nieruchomości, część składowa nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c., rzecz ruchoma oraz prawo majątkowe (art. 2 pkt 3 u.p.p.p.). Wniesienie przez podmiot publiczny wkładu własnego w postaci składnika majątkowego do realizowanego wspólnie z partnerem prywatnym przedsięwzięcia może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy tego składnika (art. 9 ust. 1 u.p.p.p.), przy czym podmiotem kupującym ten składnik lub też biorącym go w użyczenie, użytkowanie, najem lub dzierżawę jest w tym przypadku właśnie partner prywatny.

⁶⁰ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 140.

Abstract

Attention is drawn to the nature of the consideration to which the private partner in a public-private partnership (PPP) is obliged to provide in light of the Act on Public-Private Partnerships. The author provides a careful analysis of the subject of a PPP contract, detailing the wide range of undertakings in a PPP that can be designated as the consideration in such an agreement. Considerations regarding the organizational character of the private partner's contribution are offered, along with its legal qualification. Thorough analysis is made of the Act's overarching rules regarding the realization of undertakings constituting the substance of PPP agreements.

Adam Taracha

Rejestracja czynności dowodowych w postępowaniu karnym przy użyciu urządzeń utrwalających obraz i dźwięk (wybrane zagadnienia)

Wraz z rozwojem techniki tradycyjne, pisemne protokoły rozpraw w sprawach karnych przestały być jedyną możliwą formą ich utrwalenia¹. W polskim ustawodawstwie karnym dopiero kodeks postępowania karnego z 1969 r.² wprowadził możliwość utrwalania czynności procesowych także w innej, niż pisemna, formie (wówczas głównie na taśmie magnetofonowej, fotografii i filmie). Artykuł 133 § 1 k.p.k. z 1969 r. stanowił, że „przebieg czynności protokolowanych może być utrwalony ponadto za pomocą aparatury utrwalającej obraz i dźwięk, o czym należy przed uruchomieniem aparatury uprzedzić osoby uczestniczące w czynności”³. Ryszard Ponikowski trafnie zauważył, że zarówno wykładnia gramatyczna i celowościowa art. 133 § 1 k.p.k., jak i stanowisko doktryny i orzecznictwo Sądu Najwyższego upoważniają do stwierdzenia, że taśmy zawierającej zapis dźwiękowy

¹ Kodeks postępowania karnego z 1928 r. – dokładnie regulując sposób protokolowania czynności (m.in. poprzez określenie czynności, z których sporządzenie protokołu jest obligatoryjne, wymagań, jakie musi spełniać osoba sporządzająca protokół, treści protokołu, postępowania w przypadku sprostowania protokołu) – przewidywał, co jest zrozumiałe, biorąc pod uwagę ówczesny poziom techniki, jedynie formę pisemną protokołu. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

² Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 97 ze zm.), dalej: k.p.k. z 1969 r.

³ Ta dość istotna zmiana w dotychczasowym sposobie utrwalania czynności protokolowanych nie została jednak należycie wyeksponowana. W uzasadnieniu projektu kodeksu znajdujemy jedynie lakoniczne stwierdzenie, że czynność procesowa protokolowana może być również utrwalona przez aparaturę techniczną, a utrwalenie to załącza się do akt sprawy – *Projekt kodeksu postępowania karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks postępowania karnego*, Warszawa 1968, s. 161.

czynności dowodowych nie można zaliczyć do samoistnych środków dowodowych. Taśmę taką (zawierającą zapis czynności) należy uznać za załącznik do protokołu tej czynności⁴.

Natomiast art. 133 § 2 k.p.k. z 1969 r. zobowiązywał Ministra Sprawiedliwości wspólnie z Prokuratorem Generalnym do wydania rozporządzenia określającego rodzaje aparatów i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobu ich zabezpieczania, przechowywania i odtwarzania. Rozporządzenie to nigdy się nie ukazało. Oznaczało to, że przez cały okres obowiązywania kodeksu postępowania karnego z 1969 r. (tj. od 1 stycznia 1970 r. do 31 sierpnia 1998 r.) nie podjęto prac organizacyjnych (zakup urządzeń, przeszkolenie personelu, zapewnienie warunków do archiwizacji itp.) niezbędnych do wprowadzenia tego przepisu w życie. Powodowało to w praktyce zupełną marginalizację użycia aparatury technicznej rejestrującej przebieg czynności procesowych oraz niewielkie, poza pierwszym okresem obowiązywania kodeksu z 1969 r., zainteresowanie doktryny tą problematyką⁵. Niedostatki wynikające z braku rozporządzenia wykonawczego, które określałoby szczegółowe warunki stosowania aparatury rejestrującej obraz i dźwięk – jak: konieczność umieszczenia w pisemnym protokole niezbędnych wzmianek o rodzaju użytych środków technicznych, czasie ich uruchomienia (tj. rozpoczęciu i zakończeniu utrwalania dźwięku lub obrazu), przerwach w dokonywaniu nagrywania, dokładnego określenia czynności procesowych ze wskazaniem organów i osób w nich uczestniczących, oraz odpowiedniego przechowywania dokumentacji technicznej w sposób pozwalający na ich odtworzenie w razie potrzeby – próbowało uzupełnić orzecznictwo SN⁶.

R. Ponikowski wskazywał, że część trudności związanych z wykorzystaniem środków technicznych służących utrwalaniu czynności dowodowych w procesie karnym mogłoby rozwiązać, z chwilą wejścia w życie,

⁴ R. Ponikowski, *Procesowe formy utrwalen czynności dowodowych w sprawach karnych*, Wrocław 1978, s. 101.

⁵ Por. m.in.: J. Gurgul, *Z procesowej i kryminalistycznej problematyki zapisu magnetofonowego*, „Nowe Prawo” 1972, nr 2; E. Skrętowicz, *Zapis magnetofonowy jako środek dokumentacji procesowej*, „Problemy Praworządności” 1972, nr 9; A. Szwarz, *Rola zapisu magnetofonowego w procesie karnym*, „Studia Kryminalistyczne, Kryminologiczne i Penitencjarne” 1974, nr 1; S. Tokarz, *Kilka uwag o stosowaniu zapisu magnetofonowego w postępowaniu przygotowawczym*, „Służba MO” 1973, nr 1.

⁶ W praktyce zdarzało się bowiem, że w protokole znajdowała się jedynie wzmianka, że niezależnie od protokolowania (sporządzenia protokołu w formie pisemnej), zeznania utrwalono także na taśmie magnetofonowej. Taśma taka nie zawsze była dołączana do akt sprawy, co często powodowało także jej utratę. Zob. wyrok SN z 15 października 1975 r., IV KR 228/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 8.

wspomniane wyżej rozporządzenie wykonawcze, które powinno objąć regulacją prawną następujące kwestie:

- 1) uprawnienia i obowiązki stron w trakcie wizualnego i dźwiękowego utrwalania czynności dowodowych;
- 2) określenie rodzaju aparatury audiowizualnej, która ma być wykorzystywana do dokonywania utrważeń oraz ich odtwarzania;
- 3) określenie rodzaju materiałów służących do dokonywania utrważeń (negatywów, pozytywów) i warunków ich obróbki chemicznej i mechanicznej;
- 4) bliższe określenie warunków utrważeń audiowizualnych;
- 5) określenie warunków odtwarzania w fazie przygotowawczej i sądowej oraz uprawnień stron w tym zakresie;
- 6) sposób zabezpieczenia materiałów przed zniszczeniem, zniekształceniem i sfałszowaniem;
- 7) sposób przechowywania taśm filmowych, magnetycznych i zdjęć fotograficznych;
- 8) uregulowanie sprawy techników dochodzeniowych (ich stanowisko, zakres obowiązków i odpowiedzialności)⁷.

Szeroka dyskusja nad nowelizacją kodeksu postępowania karnego, jaka miała miejsce w latach 1980–1981, właściwie nie poruszała tego problemu. Jedynie w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 1981 r. (tzw. rządowym) pojawił się postulat uznania *expressis verbis* dokumentacji technicznej (zapisu dźwięku i jego przekładu) jako załącznika do protokołu (art. 133 § 1 *in fine*)⁸. Konkurencyjny wobec projektu rządowego tzw. społeczny projekt nowelizacji kodeksu postępowania karnego zarówno w wariantach I, jak i II nie przewidywał wprowadzenia żadnych zmian w omawianych przepisach kodeksu⁹.

Rozporządzenie wykonawcze normujące wykorzystanie urządzeń technicznych rejestrujących przebieg czynności protokolowanych ministra sprawiedliwości zostało wydane 12 sierpnia 1998 r. i weszło w życie wraz z kodeksem postępowania karnego z 1997 r.¹⁰

⁷ R. Ponikowski, *Procesowe formy utrważeń...*, s. 116.

⁸ *Projekt zmian przepisów kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1981, s. 22.

⁹ *Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 roku – Kodeks postępowania karnego*, Kraków 1981.

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12 sierpnia 1998 r. w sprawie rodzajów urządzeń i środków technicznych służących do rejestracji obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobów ich zabezpieczania, przechowywania, odtwarzania i kopiowania (Dz. U. Nr 111, poz. 692), dalej: rozporządzenie.

W kodeksie postępowania karnego z 1997 r.¹¹ w art. 147 § 1 powtórzono treść przepisu art. 133 § 1 k.p.k. z 1969 r. (czyli utrzymano zasadę fakultatywności sporządzania dokumentacji technicznej), zaś w art. 147 § 3 k.p.k. dodano przepis czyniący z zapisu dźwiękowego i jego transkrypcji załączniki do protokołu, spełniając w ten sposób postulat zawarty w projekcie kodeksu z 1981 r. Nowością było natomiast relatywnie obowiązkowe (gdy nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne) utrwalanie za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk przesłuchanie świadka lub biegłego, gdy:

- 1) zachodzi niebezpieczeństwo, że przesłuchanie tej osoby nie będzie możliwe w dalszym postępowaniu;
- 2) przesłuchanie następuje w trybie określonym w art. 396 k.p.k. (przez sędziego wyznaczonego ze składu sądu lub przez sąd wezwany).

Cytowane wyżej rozporządzenie stanowiło, że do rejestracji obrazu z przeprowadzanej czynności procesowej mogą służyć przeznaczone do tego celu urządzenia mechaniczne i elektroniczne typu analogowego lub cyfrowego, a w szczególności aparat fotograficzny, kamera filmowa lub kamera wideo (§ 1 ust. 1 rozporządzenia). Natomiast do rejestracji dźwięku z przeprowadzanej czynności procesowej mogą służyć przeznaczone do tego celu urządzenia mechaniczne i elektroniczne typu analogowego lub cyfrowego, a w szczególności magnetofon, radiomagnetofon, dyktafon, kamera filmowa lub kamera wideo wyposażona w aparaturę do utrwalania dźwięku (§ 1 ust. 2). Rejestracji obrazu lub dźwięku z przeprowadzonej czynności procesowej można dokonywać na środkach technicznych przeznaczonych do utrwalania obrazu oraz dźwięku określonych w § 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia (w szczególności na materiałach światłoczułych i taśmach magnetycznych, którym rozporządzenie nadało nazwę „nośniki”). Każdy nośnik powinien być zaopatrzony w metrykę identyfikacyjną zawierającą następujące informacje z protokołu przeprowadzonej czynności:

- 1) sygnaturę akt sprawy i oznaczenie organu przeprowadzającego daną czynność;
- 2) czas i miejsce jej przeprowadzenia oraz zakres jej rejestracji;
- 3) imiona i nazwiska osób w niej uczestniczących oraz imię, nazwisko oraz funkcję osoby dokonującej rejestracji;
- 4) typ i rodzaj użytego do rejestracji urządzenia, wraz z charakterystyką techniczną jego oprzyrządowania;

¹¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

- 5) warunki oświetleniowe lub akustyczne miejsca rejestracji;
- 6) dane techniczne użytego urządzenia;
- 7) warunki i sposób użycia urządzenia rejestrującego oraz nośnika, z uwzględnieniem ilości zapisanych ścieżek dźwięku i szybkości przesuwu taśmy magnetycznej;
- 8) informację o ewentualnym użyciu przyrządów automatycznych do uruchamiania i zatrzymywania urządzenia rejestrującego albo o jego awarii podczas dokonywania rejestracji lub uszkodzenia nośnika (§ 2 rozporządzenia).

Dalsze rozszerzenie możliwości wykorzystania urządzeń technicznych przy sporządzaniu protokołów czynności procesowych przewidywały kolejne projekty nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 2000 r.¹², 2001 r.¹³ i 2002 r.¹⁴

W projekcie z 2000 r. (złożony w Sejmie 21 grudnia 2000 r.) art. 147 § 3 k.p.k. otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli czynność procesową utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk, protokół można ograniczyć do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących w niej udział. Zapis obrazu lub dźwięku a także przekład zapisu dźwięku, jeżeli go sporządzono, stają się załącznikami do protokołu”. W uzasadnieniu projektu wskazano, że czynność przesłuchania może przebiegać znacznie szybciej (zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego, jak i rozprawy), gdy zamiast dyktowania jego przebieg zostanie nagrany. Przepis ograniczający protokół jedynie do zapisania najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących udział w czynności procesowej, gdy zastosowano urządzenie rejestrujące dźwięk, miał zachęcić organy postępowania, a w szczególności sędziów, do częstszego korzystania z audiowizualnych możliwości dokumentacji czynności procesowych¹⁵.

¹² Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, Sejm III kadencji, druk 2510.

¹³ Dnia 20 grudnia 2001 r. wpłynął do Sejmu złożony przez Prezydenta RP projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (zwany projektem prezydenckim – druk 182). Projekt ten został skierowany do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach 16 stycznia 2002 r. Rząd poparł prezydencki projekt ustawy 25 marca 2002 r.

¹⁴ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw został złożony 12 kwietnia 2002 r. (zwany projektem poselskim – druk 388). Projekt ten skierowano do Komisji 5 czerwca 2002 r. i był rozpatrywany w Komisji Sejmowej łącznie z projektem prezydenckim.

¹⁵ Ostatecznie ustawa ta nie weszła w życie na skutek weta złożonego przez

Projekty kodeksu z 2001 r. i 2002 r. w warstwie normatywnej niczym nie różniły się od projektu z 2000 r. Niewielkie różnice w uzasadnieniach miały w zasadzie charakter stylistyczny, choć można znaleźć także całe zdania *in extenso* przeniesione z uzasadnienia projektu z 2000 r. Ta wyjątkowa zgodność projektów prezydenckiego i poselskiego niewątpliwie miała wpływ na nowelizację kodeksu w 2003 r., który przyjął proponowaną zmianę przepisu art. 147 k.p.k. Znowelizowany art. 147 § 3 k.p.k. otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli czynność procesową utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk, protokół można ograniczyć do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących w niej udział. Zapis obrazu lub dźwięku a także przekład zapisu dźwięku, jeżeli go sporządzono, stają się załącznikami do protokołu”¹⁶.

Należy zwrócić uwagę, że zarówno kodeks postępowania karnego z 1997 r., jak i projekty nowelizacji z lat późniejszych pozostawiają bez zmian podstawowy przepis dopuszczający stosowanie urządzeń technicznych przy rejestracji przebiegu protokołowanych czynności procesowych w kształcie nadanym mu przez kodeks postępowania karnego z 1969 r. Oznacza to, że dokumentacja techniczna nadal ma akcesoryjny charakter w stosunku do protokołu utrwalonego na piśmie. Jednak art. 147 § 3 pozwalający ograniczyć treść protokołu pisemnego np. do najważniejszych informacji uzyskanych w trakcie przesłuchania pozornie wzmacnia znaczenie dokumentacji technicznej. Można by powiedzieć, że utrwalony przy użyciu urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk przebieg czynności procesowej jest dalszą częścią protokołu pisemnego, jak gdyby jego rozwinięciem. W rzeczywistości mamy jednak nadal do czynienia z dwoma odrębnymi sposobami dokumentacji przebiegu czynności, co wyraźnie widać w przypadku braku zgodności między nimi. Może się przecież zdarzyć, że ujęte w protokole

Prezydenta RP (ustawa została uchwalona 24 sierpnia 2001 r. na posiedzeniu Sejmu nr 117). Wniosek Prezydenta RP o ponowne rozpatrzenie został złożony 9 października 2001 r.

¹⁶ Ustawa z 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 107, poz. 155). W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że czynność przesłuchania może przebiegać znacznie szybciej (zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego, jak i rozprawy), gdy zamiast dyktowania jego przebieg zostanie nagrany. Przepis ograniczający protokół jedynie do zapisania najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących udział w czynności procesowej – gdy zastosowano urządzenie rejestrujące dźwięk, miał zachęcić organy postępowania, a w szczególności sędziów, do częstszego korzystania z audiowizualnych możliwości dokumentacji czynności procesowych – nie spowodował istotnych zmian w praktyce (stosowany był wyjątkowo).

pisemnym informację nie będą pokrywać się z rejestracją przebiegu wykonaną przy użyciu urządzeń technicznych. W takim razie nie pozostaje nic innego, jak zgodnie z orzeczeniem SN z 19 lipca 1975 r.¹⁷ przeprowadzić postępowanie dowodowe, które powinno wyjaśnić, dlaczego powstała taka rozbieżność, a po jej ustaleniu sąd powinien rozstrzygnąć, który z tych dowodów (protokołów) i w jakim zakresie odzwierciedla rzeczywisty przebieg czynności.

Minister Sprawiedliwości wydał 2 czerwca 2003 r. nowe rozporządzenie w sprawie rodzajów urządzeń i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobów ich zabezpieczania, przechowywania, odtwarzania i kopiowania zapisów¹⁸. W zasadzie powtórzono dosłownie wszystkie przepisy poprzedniego rozporządzenia. Główną zmianą (także w tytule rozporządzenia) było zastąpienie pojęcia „rejestracja” pojęciem „utrwalenie” oraz dodanie w § 1 ust. 3 rozporządzenia wśród przykładowego wyliczenia środków technicznych przeznaczonych do utrwalania obrazu lub dźwięku „płyt CD” oraz w § 7 ust. 2 *in fine* „lub innych organów uprawnionych do prowadzenia postępowań przygotowawczych”. Wydaje się, że tak minimalne zmiany nie uzasadniały konieczności wydania nowego rozporządzenia.

Nowela kodeksu postępowania karnego z 3 czerwca 2005 r. rozszerzyła obowiązek utrwalania za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk także na czynności przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego (art. 185a) i małoletniego świadka (art. 186b)¹⁹. Wydaje się, że taki właśnie zakres stosowania utrważeń przebiegu czynności za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk w procesie karnym pozostanie nadal, gdyż przygotowany obecnie przez komisję kodyfikacyjną projekt zmian w kodeksie postępowania karnego przewiduje jedynie drobne zmiany redakcyjne art. 147 § 2 k.p.k.²⁰

Obecnie w przygotowaniu znajduje się także projekt nowego rozporządzenia (wersja z 20 października 2011 r.) w sprawie rodzaju urządzeń

¹⁷ Wyrok SN z 15 października 1975 r., V KRN 84/75, OSNKW 1976, nr 2, poz. 29.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 czerwca 2003 r. w sprawie rodzajów urządzeń i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobów ich zabezpieczania, przechowywania, odtwarzania i kopiowania zapisów (Dz. U. Nr 107, poz. 1005).

¹⁹ Artykuł 147 § 2 pkt 2 w brzmieniu ustawy z 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1181), która weszła w życie 29 sierpnia 2005 r.

²⁰ W art. 147 § 2 otrzymuje brzmienie: „Jeżeli względy techniczne nie stoją na przeszkodzie, przesłuchanie świadka lub biegłego utrwała się za pomocą urządzenia

i środków technicznych służących do utrwalania obrazu lub dźwięku dla celów procesowych oraz sposobu ich zabezpieczania, przechowywania i odtwarzania i kopiowania zapisów.²¹ W projekcie wskazano, że zmiana rozporządzenia wynika z potrzeby dostosowania przepisów do aktualnych możliwości technicznych oraz potrzeby zrationalizowania wydatków związanych z rejestrowaniem wydatków procesowych. W uzasadnieniu podniesiono, że rozporządzenie z 2003 r. nie uwzględniało w wystarczającym stopniu zapisu na urządzeniach i nośnikach cyfrowych, gdyż w okresie, gdy powstawało to rozporządzenie, czynności procesowe były utrwalane za pomocą urządzeń analogowych. Obecnie zapis cyfrowy jest coraz częściej stosowany z uwagi na powszechną dostępność i łatwość obsługi urządzeń opartych na technice cyfrowej²². Zarówno rozporządzenie z 1989 r., jak i 2003 r. przewidywały dołączenie do akt sprawy nośnika pierwotnego, co powoduje poważny wzrost kosztów związanych z zakupem kart pamięci. W uzasadnieniu podniesiono, że szczególnie problem ten dotyczy dokumentacji fotograficznej miejsc zdarzenia, gdzie wydatki na nośniki (karty pamięci), które mogą być wykorzystane tylko do dokumentacji jednej czynności, generuje bardzo wysokie koszty²³.

Z pewnością przepis projektu rozporządzenia wprowadzający podział na nośniki pierwotne, nośniki wtórne i nośnik kopii (§ 2 ust. 2, 3 i 4) oraz

rejestrującego obraz i dźwięk, gdy: 1) zachodzi niebezpieczeństwo, że przesłuchanie tej osoby nie będzie możliwe w dalszym postępowaniu, 2) przesłuchanie następuje w trybie określonym w art. 396 k.p.k.” Po § 2 dodaje się § 2a w brzmieniu: „Przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a, oraz świadka, o którym mowa w art. 185b, utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk”. Zob. projekt zmiany ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z 25 stycznia 2011 r. (wersja po poprawkach legislacyjnych) zamieszczony na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://ms.gov.pl>.

²¹ Projekt jest dostępny na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://ms.gov.pl>.

²² Należy jednak zwrócić uwagę na różnice między zapisem analogowym a cyfrowym, głównie w zakresie zabezpieczenia przed ewentualnymi zmianami (zapis analogowy jest trwały, a jego usunięcie lub zmiana pozostawia trwały ślad), na które bardziej jest podatny zapis cyfrowy.

²³ Według informacji podanych w uzasadnieniu projektu rozporządzenia w 2007 r. przeprowadzono 232.502 oględzin miejsc zdarzeń, a w 2008 r. – 238.717. Dokumentacja techniczna pojedynczej czynności oględzin miejsca wymaga wykonania średnio 10 zdjęć (co daje około 15 MB danych). Natomiast karty pamięci dostępne na rynku mają pojemność co najmniej 1 GB. Możliwości techniczne kart pamięci używanych przez Policję są zatem wykorzystywane w znikomym stopniu. Według szacunków na 2008 r. koszty związane z zakupem kart pamięci wynosiły 9 mln zł, podczas gdy koszty analogicznej liczby płyt CD lub DVD, na których można by utrwalać przebieg tych samych czynności, według ówczesnych cen wyniósłby ok. 300.000 zł.

stwarzający możliwość kopiowania danych z nośnika pierwotnego (gdy nośnik pierwotny jest dostosowany do wielokrotnego dokonywania i kasowania zapisów) na inny nośnik (nośnik wtórny), do którego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące nośnika pierwotnego, jest rozwiązaniem trafnym. Przy należyтым zabezpieczeniu autentyczności zapisu (kopiowania z nośnika pierwotnego dokonuje się w sposób umożliwiający dokonanie zapisu na nośniku wyłącznie jeden raz, bez możliwości późniejszej modyfikacji – § 6 ust. 2 projektu) zmiana przepisów rozporządzenia pozwoli na znaczące ograniczenie kosztów utrwalania przebiegu czynności dowodowych przy użyciu urządzeń technicznych. Problem ten narastał już od dłuższego czasu, a obowiązek dołączenia do akt sprawy nośnika (pierwotnego) generował duże, zbędne koszty, także już po rządami rozporządzenia z 2003 r.²⁴

Wydaje się, że projekt rozporządzenia koncentruje się głównie na zagadnieniach związanych z formą zapisu na odpowiednich urządzeniach służących do utrwalania obrazu i dźwięku (nośniki pierwotne, nośniki wtórne, nośniki kopii, kopia bezpieczeństwa). Są to zagadnienia niewątpliwie ważne, ale nie jedyne, które wymagają uregulowania. Z pewnością w projekcie rozporządzenia zabrakło przepisów dotyczących zagadnień – wskazanych trafnie przez R. Ponikowskiego – jako wymagających regulacji w aktach wykonawczych. Zupełnie pominięto prawa i obowiązki stron biorących udział w czynności, a także skoncentrowano się na wykonywaniu kopii dokonanych utrwałień czynności, przesuwając najistotniejszą – jak się wydaje w całej sprawie – procedurę utrwalania przebiegu czynności dowodowej z treści rozporządzenia do jego załącznika²⁵.

R. Ponikowski postulował także *de lege ferenda* – zaznaczając, że nie wymagałoby to nawet zmiany ustawy, lecz mogłoby być przeprowadzone właściwym rozporządzeniem – wykorzystanie na rozprawach dyktafonów, nawet przy zachowaniu w najbliższym czasie funkcji protokolantów²⁶. Wydaje się, że autorowi chodziło o wykorzystanie dyktafonów jako jednego z rodzajów urządzeń technicznych, za pomocą których jest utrwalany przebieg czynności dowodowej. Jednak można wyobrazić sobie też inną

²⁴ Trudno zgodzić się z uzasadnieniem projektu rozporządzenia, że dopiero obecnie technika zapisu cyfrowego stała się tak powszechna, że uzasadnia zmianę rozporządzenia. Problem ten z pewnością pojawił się już w 2003 r., gdy wydawano nowe rozporządzenie – było więc już w chwili wejścia w życie niedostosowane do istniejącej sytuacji i generowało zbędne (co roku większe) koszty.

²⁵ Już w tym okresie wykonywanie dokumentacji fotograficznej oględzin miejsca zdarzenia przy użyciu techniki cyfrowej było dość powszechne.

²⁶ R. Ponikowski, *Procesowe formy utrwałień...*, s. 120.

sytuację, gdy dyktafon będzie wykorzystywany przez przewodniczącego składu sędziowskiego i strony w celu pomocy przy późniejszym sporządzaniu uzasadnień orzeczeń (przez organ procesowy) czy pism procesowych kierowanych do organu przez strony.

Gdybyśmy pozostali jedynie przy pierwszym rozumieniu tego postulatu (dyktafonu jako jednego z urządzeń wykorzystywanych do „urzędowego” rejestrowania dźwięku z przeprowadzanej czynności), można by stwierdzić, że został on spełniony. Zarówno rozporządzenie z 1998 r., jak i z 2003 r. (w § 1 ust. 2) wśród przykładowo wskazanych urządzeń technicznych przydatnych do rejestracji (utrwalania) dźwięku wymieniają także dyktafon.

Bardziej skomplikowana wydaje się kwestia wykorzystania dyktafonu, podczas przeprowadzania czynności dowodowej, na własny użytek („prywatnie”) przez organ procesowy lub innego uczestnika postępowania. Kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia przez SN w wyroku z 15 września 2004 r.²⁷ W sprawie tej obrońca oskarżonego w apelacji podniósł wśród zarzutów apelacyjnych obrazę przepisu art. 147 § 3 poprzez niezałączenie do protokołów rozpraw załączników w postaci zapisów dźwięku w sytuacji, gdy zeznania świadków i oskarżonego były rejestrowane za pomocą urządzenia typu dyktafon, a sąd nie dyktował do protokołu najbardziej istotnych oświadczeń, w związku z czym protokoły nie w pełni odzwierciedlają przebieg i treść złożonych w sprawie zeznań, a także niedołączenie do protokołów rozpraw ręcznego sporządzania ich treści, mimo że były sporządzane przez protokolanta odręcznie, a nie maszynowo, i nie zostały doręczone obrońcy oskarżonego na jego pisemny wniosek. SN uznał apelację obrońcy (także apelację prokuratora Naczelnej Prokuratury Wojskowej) za niezasadną i utrzymał zaskarżony wyrok w mocy. Co do zarzutu obrazy prawa procesowego SN uznał, że żaden z przepisów nie został naruszony przez sąd I instancji. Sąd uznał za zupełnie dowolne twierdzenia skarżącego, że protokoły rozpraw nie w pełni odzwierciedlają przebieg i treść złożonych zeznań. SN podniósł, że ani oskarżony, ani obrońca nie złożyli żadnego wniosku o sprostowanie protokołu rozprawy. W czasie rozprawy nie stosowano urządzeń utrwalających obraz lub dźwięk (art. 147 § 1 i 3 k.p.k.). Natomiast – zdaniem SN – faktu posłużenia się przez przewodniczącego składu orzekającego urządzeniem typu dyktafon nie należy utożsamiać z sytuacją, o której mowa w art. 147 § 3 k.p.k.

Prima facie wydaje się, że SN zajął trafne stanowisko, ponieważ czym innym jest zarządzenie utrwalania czynności protokołowanej przy użyciu aparatury utrwalającej obraz lub dźwięk w trybie art. 147 § 3 k.p.k.

²⁷ Wyrok SN z 15 września 2004 r., WA 21/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1604.

(o czym należy pouczyć strony), a czym innym korzystanie z takich urządzeń (np. typu dyktafon) przez uczestników postępowania dla własnych potrzeb²⁸. W omawianej sprawie sąd nie zarządził utrwalania przebiegu rozprawy przy użyciu aparatury technicznej (art. 147 § 3 k.p.k.), dlatego też żądanie obrońcy oskarżonego załączenia do protokołu utrważeń przebiegu rozprawy dokonywanych przez przewodniczącego składu sędziowskiego przy użyciu dyktafonu, w trybie nieprzewidzianym w prawie procesowym, wydaje się nie zasadne. Do oceny tej sytuacji decydujący będzie nie rodzaj użytego urządzenia technicznego służącego do utrwalania obrazu lub dźwięku, lecz podjęta przez organ procesowy decyzja o rejestracji przebiegu czynności.

Jak się wydaje, taki „prywatny” sposób dokumentowania przebiegu czynności można zaakceptować w stosunku do stron (szczególnie, gdy uzyskały zgodę przewodniczącego), natomiast „prywatne” posługiwanie się dyktafonem przez przewodniczącego składu sędziowskiego w czasie rozprawy musi budzić pewne wątpliwości. Czynności procesowe muszą być przeprowadzane w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania karnego, który nie przewiduje „prywatnego” utrwalania przebiegu rozprawy przez przewodniczącego. Natomiast sam brak formalnej decyzji o zarządzeniu utrwalania przebiegu rozprawy przy użyciu urządzeń technicznych nie przesądza o tym, że w konkretnej sprawie nie można mówić o utrwaleniu w trybie art. 147 § 3 k.p.k., gdy w rzeczywistości takie utrwalenie przez przewodniczącego zostało dokonane (nawet przy użyciu „prywatnego” dyktafonu). Wydaje się, że należałoby dołączyć takie utrwalenia jako załącznik do protokołu, gdy przewodniczący nie dyktował treści protokołu w czasie rozprawy. W pozostałych przypadkach sprawa jest co najmniej dyskusyjna. Przewodniczący rozprawy występuje przecież jako organ procesowy, który wykonuje czynności urzędowe w trybie przewidzianym przez kodeks postępowania karnego.

Z pewnością w praktyce zakres stosowania urządzeń technicznych utrwalających obraz lub dźwięk w postępowaniu karnym (także w cywilnym²⁹) będzie ulegał rozszerzeniu. Zdaniem Stanisława Waltosia przepis taki (w kształcie nadanym mu przez projekt noweli kodeksu z 2000 r. –

²⁸ Orzeczenie to w sposób – jak się wydaje – aprobujący powołuje D. Tarnowska, *Utrwalanie czynności protokolowanych za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk*, „Ius Novum” 2011, nr 4, s. 28.

²⁹ Zgodnie z brzmieniem znowelizowanego przepisu art. 157 § 1 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) protokół jest sporządzany poprzez utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięki oraz pisemnie pod kierunkiem przewodniczącego.

–przyp. A.T.) już wkrótce okaże się niewystarczający i w ciągu kilkunastu, a może tylko kilku lat zostanie wprowadzony nakaz (względnie obligatoryjny) utrwalania czynności procesowej wyłącznie w sposób audiowizualny. Czynność procesową będzie można utwalić w formie pisemnej tylko wtedy, gdy szczególne trudności uniemożliwiłyby zastosowanie rejestracji audiowizualnej³⁰. Za takim rozwiązaniem – zdaniem tego autora – przemawia fakt, że nowe generacje prawników i obsługi sekretarskie niejako wzrastały wraz z rozwojem środków technicznych służących do utrwalania obrazu i dźwięku nie mają zahamowań psychiczno-kulturowych, aby posługiwać się tą aparaturą, w odróżnieniu od pokoleń starszych prawników³¹. To wszystko prawda. Wydaje się jednak, że zmiany, choć nieuchronne, nie nastąpią tak szybko.

Można założyć, że dotychczasowa praktyka oszczędnego korzystania z technicznych urządzeń rejestrujących przebieg czynności procesowych (a prawdopodobnie także stan prawny) utrzyma się jednak przez dłuższy okres. Przeszkodą we wprowadzaniu do procesu karnego nowinek technicznych będzie z pewnością tradycyjny już konserwatyzm środowiska prawniczego niechętnie stosującego audiowizualne sposoby utrwalania przebiegu czynności protokolowanych oraz preferującego „przełożenie” zapisu utrwalonego na taśmie magnetofonowej na dokument pisemny³². Należy jednak zwrócić uwagę na pewne racjonalne przesłanki tego konserwatyizmu. Oprócz znanych wad formy pisemnej protokołów – jak: słaba czytelność protokołów sporządzonych pismem ręcznym, pominięcia i przeinaczenia w zapisie przebiegu czynności³³ jako „naturalna” konsekwencja takiego sposobu sporządzania protokołu, duża fizyczna objętość dokumentów pisanych, czasochłonność tej metody itd. – posiada ona jednak także wiele zalet. Można do nich zaliczyć dość dużą odporność na zniszczenie (w każdym

³⁰ S. Waltoś, *Wizja procesu karnego XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 1, s. 23.

³¹ S. Waltoś, *Wizja procesu karnego...*, s. 23.

³² Podobny problem był przedmiotem rozstrzygnięcia przez SN. Uznał on, że nie jest zasadny zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego w celu sporządzenia pisemnego, wiernego zapisu treści utrwalonej na taśmie magnetofonowej stanowiącej załącznik do protokołu przesłuchania. SN uznał, „że w wypadku, gdy czynność procesowa została ustalona za pomocą aparatury utrwalającej obraz lub dźwięk, przepisanie treści zawartych na odpowiedniej taśmie jest wprawdzie pożądane, ale nie obowiązkowe”. Por. postanowienie SN z 19 marca 1982 r., II KZ 39/82, OSNKW 1982, nr 6, poz. 34.

³³ Uchybienia przy protokolowaniu, jak niedokończone zdania, niestaranność, inne wątpliwości itd. oraz ich wpływ na treść wyroku, były już przedmiotem rozstrzygnięcia SN w 1932 r. Zob. OSN 1932, nr 123.

razie dobrze znana jest trwałość dokumentów pisanych), w tym także na zniszczenie celowe, w przeciwieństwie do dokumentów utrwalonych na taśmie magnetycznej czy też jeszcze mało znaną (stwierdzoną empirycznie) trwałość i odporność dokumentów zapisanych w technice cyfrowej³⁴. W chwili obecnej chyba także łatwiejsze jest dotarcie do poszukiwanego fragmentu dokumentu pisemnego. W tym kontekście na uwagę zasługuje postulat zgłoszony przez R. Ponikowskiego już w 1978 r. Autor zwracał uwagę, że rozważenia wymaga zasadność wykorzystania magnetofonu do nagrywania przebiegu rozpraw w sprawach, w których można przypuszczać, że przypadki ponownego sięgania do utrwalenia magnetofonowego rozprawy po spisaniu protokołu i to zarówno przez strony, jak i organy procesowe należałyby do nielicznych wyjątków, zaś przypadki wzbogacenia okoliczności sprawy w stosunku do pisemnego protokołu byłyby sporadyczne. R. Ponikowski *de lege ferenda* wysuwa postulat takiej zmiany przepisów karnoprosesowych, aby sąd w takich sprawach mógł uznać obecność protokolanta na rozprawie za zbędną i dokonać utrwalenia za pomocą dyktafonu. Przewodniczący dyktowałby do mikrofonu treść protokołu, utrwalając na taśmie w sposób dokładny i wierny istotne elementy zeznań i wyjaśnień oraz pozostałych czynności procesowych realizowanych podczas rozprawy. Protokół po jego przepisaniu kontrolowałby i podpisywał przewodniczący. Zdaniem R. Ponikowskiego rozwiązanie takie służyłoby pogłębieniu zasady kontrydiktoryjności i bezpośredniości w toku rozprawy głównej. Treść dyktowanego głośno protokołu byłaby znana stronom i uczestnikom w miarę jego sporządzania. Strony mogłyby zgłaszać w toku rozprawy zastrzeżenia co do treści protokołu, co powodowałoby, że przypadki składania wniosków o ich sprostowanie należałyby do rzadkości, a rozprawa trwałaby znacznie krócej. Zdaniem R. Ponikowskiego protokół bezpośrednio dyktowany przez najbardziej kompetentną osobę, jaką jest przewodniczący rozprawy, „byłby dokumentem o takiej wartości, o jaki bezskutecznie od lat walczą teoretycy”³⁵. W sytuacji, gdy mamy do czynienia z wprowadzaniem względnie obligatoryjnego utrwalenia przebiegu czynności dowodowych w procesie karnym i zastępowaniem protokołu pisemnego jawnych posiedzeń protokołami elektronicznymi (utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzeń rejestrujących dźwięk lub obraz i dźwięk) w procesie cywilnym, „przejściowa” propozycja R. Ponikowskiego wydaje się godna uwagi.

³⁴ Wydaje się, że niektóre z nośników cyfrowych (płyty CD) wykazały mniejszą trwałość niż taśma magnetofonowa (magnetowidowa).

³⁵ R. Ponikowski, *Procesowe formy utrwaleń...*, s. 106–107. Dzisiaj dodatkowym argumentem wzmacniającym postulat R. Ponikowskiego są możliwości techniczne pozwalające przetworzyć akustyczny zapis treści na zapis tekstowy.

Mimo upływu kilku dziesięcioleci wiele z propozycji R. Ponikowskiego dotyczących utrwalania przebiegu czynności dowodowych przy użyciu urządzeń technicznych zachowało pełną aktualność i może być przydatnych w bieżących pracach legislacyjnych.

Abstract

While the previous criminal law regime allowed for the use of technology to record criminal proceedings, no practical work was undertaken in this regard until passage of the new criminal codes in the late 1990s. In line with developments in audio-visual recording technology, regulations issued by the Minister of Justice have been amended and updated over the years. The author indicates potential paths that may be followed in the application of such technology, as well as providing some remarks on pending legislative proposals in that regard.

Warunki przyjmowania tekstów do druku we Wrocławskich Studiach Sądowych

1. Redakcja przyjmuje teksty oryginalne o objętości 30–50 tys. znaków, z wyraźnie zaznaczonym tytułem, krótką notką o autorze oraz danymi kontaktowymi (adres, telefon, adres e-mailowy). Tekst może być podzielony na wypunktowane cyframi arabskimi podrozdziały.
2. Materiały przekraczające 50 tys. znaków, mające mniej niż 30 tys. znaków lub już opublikowane mogą zostać opublikowane za zgodą Redaktora Naczelnego.
3. Wymagania minimalne odnośnie do objętości tekstu nie dotyczą polemik, glos, sprawozdań i recenzji.
4. Wymagane parametry przesyłanych tekstów: czcionka Times New Roman, rozmiar tekstu 12 pkt, interlinia 1,5 wiersza, akapit wyjustowany.
5. Przypisy powinny być opracowane w tradycyjny sposób – na dole strony. Czcionka przypisów: Times New Roman, rozmiar 9 pkt. Dopuszczalny jest również wykaz wykorzystanej w tekście literatury.
6. W przypadku glos należy wskazać tezę glosowanego orzeczenia i miejsce jego publikacji.
7. Tekst artykułu należy zaopatrzyć w abstrakt w języku angielskim o objętości nie większej niż 750 znaków. Możliwe jest także przesłanie abstraktu w języku polskim w celu jego przetłumaczenia przez redakcję. Autor może ponadto zaproponować tłumaczenie na język angielski tytułu tekstu, a także podać adres e-mailowy w celu publikacji.
8. Materiały zapisane jako plik z rozszerzeniem „doc” prosimy przysyłać pocztą elektroniczną na adres sekretarza redakcji dr. Wojciecha Jasińskiego – wjasinski@prawo.uni.wroc.pl albo pocztą zwykłą w dwóch egzemplarzach z załączoną płytą CD na adres: Katedra Postępowania Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław z dopiskiem „Wrocławskie Studia Sądowe”.
9. Przekazując tekst do redakcji, autor przenosi na Wydawcę wyłączne prawo do jego publikacji.
10. Przesłane teksty podlegają ocenie dwóch recenzentów. Warunkiem publikacji tekstu jest uzyskanie pozytywnych ocen recenzentów i uwzględnienie ich ewentualnych uwag do przesłanego materiału. Autorowi ujawniana jest treść recenzji z wyłączeniem tożsamości recenzentów. Recenzentom nie jest ujawniana tożsamość autora ocenianego tekstu.
11. Nie drukujemy artykułów o charakterze opisowym, pozbawionych aspektu badawczego lub nowych interesujących poznawczo treści. Autor ponosi odpowiedzialność za aktualność stanu prawnego, wykorzystanej bibliografii oraz orzecznictwa.
12. Redakcja zastrzega sobie prawo skracania tekstów, zmiany tytułów, śródtytułów oraz poprawek merytorycznych i stylistycznych, również w wersji angielskiej.
13. Po opracowaniu redakcyjnym autor otrzymuje tekst do korekty. Jego nieodesłanie w ciągu siedmiu dni od otrzymania skutkuje skierowaniem do publikacji bez poprawek autora.
14. Materiały niezamówione nie podlegają zwrotowi.
15. Warunkiem publikacji tekstu jest odesłanie uprzednio podpisanej umowy z Wydawnictwem.

Tytuł	Liczba egz. w prenumeracie	Cena prenumeraty	Liczba prenumerat	Do zapłaty
Wrocławskie Studia Sądowe październik 2012 r. - październik 2013 r.	4	111 zł		

Kupując czasopismo w prenumeracie, oszczędzisz **15%** oraz otrzymasz **bezpłatnie monografię** autorstwa **dr. Wojciecha Szydły pt. Reprezentacja Skarbu Państwa w zakresie gospodarowania nieruchomościami.**
Opis monografii znajduje się na kolejnej stronie.

Dane do wysyłki:Imię i nazwisko: Ulica: Kod pocztowy: Miejscowość: **Dane do faktury:**Imię i nazwisko: Firma: Ulica: Kod pocztowy: Miejscowość:

Jestem płatnikiem VAT o numerze NIP:

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

tel./fax: e-mail:

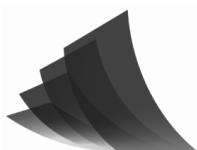
Wyrażam zgodę na:

- przetwarzanie moich danych osobowych przez Oficyna Prawnicza T. Januszkiewicz i spółnik sp.j. z siedzibą we Wrocławiu, ul. S. Kopańskiego 29 dla celów marketingowych

- otrzymywanie informacji handlowych na podany przeze mnie adres e-mail

(data i podpis)

Zamówienia prosimy składać telefonicznie, sms-em na numer: 513 96 96 96

e-mailem: biuro@oficynaprawnicza.pllub pocztą na adres: **Oficyna Prawnicza, ul. S. Kopańskiego 29, 51-210 Wrocław**

Oficyna Prawnicza

www.oficynaprawnicza.pl



Monografia *Reprezentacja Skarbu Państwa w zakresie gospodarowanie nieruchomościami* przedstawia w sposób całościowy i syntetyczny skomplikowaną problematykę Skarbu Państwa jako podmiotu prawa występującego w procesie gospodarowania nieruchomościami skarbowymi. Autor dokonał identyfikacji oraz rzetelnej analizy istniejących w polskim porządku prawnym regulacji, które, instytucjonalizując udział państwa w obrocie prawnym pod postacią Skarbu Państwa, wyznaczają określone podmioty jako uprawnione do występowania w obrocie prawnym za Skarb Państwa, zobowiązując je do dokonywania stosownych czynności gospodarowania mieniem skarbowym dla urzeczywistniania interesu publicznego. Niezwykła doniosłość praktyczna zagadnień związanych z reprezentacją Skarbu Państwa w zakresie gospodarowania nieruchomościami sprawia, że treści zawarte w niniejszym opracowaniu posiadają duży walor poznawczy. Monografia zawiera wskazówki

i podpowiedzi dla przedstawicieli praktyki prawniczej: adwokatów, radców prawnych, notariuszy, sędziów, pracowników administracji publicznej, studentów oraz słuchaczy studiów podyplomowych przygotowujących się do wykonywania zawodów związanych z gospodarowaniem i zarządzaniem nieruchomościami.

„(...) Autor wnikliwie zanalizował znacznych rozmiarów regulację prawną, swobodnie „poruszając się” po tym skomplikowanym materiale normatywnym. Nie wahał się przy tym wypowiedzieć swojego stanowiska nie tylko w kwestiach kluczowych, ale również incydentalnych. (...) Nie można zaś tracić z pola widzenia faktu, że przedmiotem Jego dociekań jest materia niezwykle złożona, obfitująca w liczne wątpliwości i będąca zarazem źródłem wielu rozbieżnych poglądów wypowiadanych zarówno w literaturze, jak i – w mniejszym stopniu – w orzecznictwie. (...)”

dr hab. prof. UŚ Ryszard Mikosz



Autorem książki jest **dr Wojciech Szydło** – doktor nauk prawnych. Adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego Materialnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Wspólnik w Kancelarii Prawniczej Marek Szydło i Wspólnicy Spółka Komandytowa. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół zagadnień prawa cywilnego, prawa obrotu, gospodarowania i zarządzania nieruchomościami oraz prawa konkurencji. Autor wielu prac naukowych oraz opinii i ekspertyz prawnych. Współautor komentarza do ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Wykładowca przedmiotów: Prawo cywilne, Cywilnoprawne formy działania administracji publicznej oraz Prawo obrotu nieruchomościami. Prowadzi także zajęcia na studiach podyplomowych z zakresu gospodarowania i zarządzania nieruchomościami, wykłady dla aplikantów notarialnych oraz prowadzi szkolenia z problematyki szeroko pojętego prawa prywatnego.