



wrzesień

9/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

100 LAT 
IZBA ADWOKACKA
W KATOWICACH

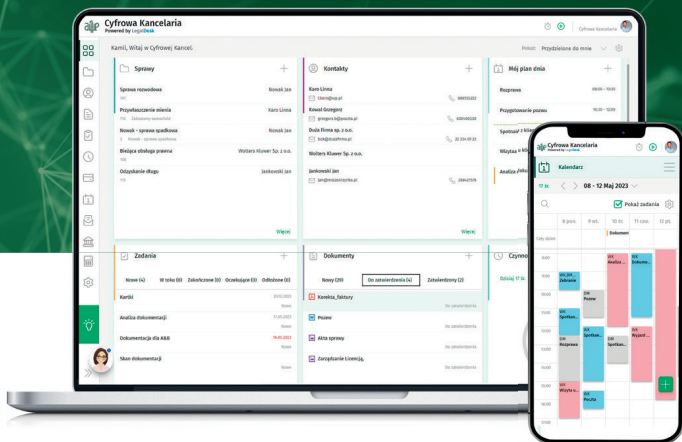




Cyfrowa Kancelaria

Powered by LegalDesk

Zobacz, co o cyfryzacji Adwokatury mówi
adw. Przemysław Rosati, Prezes NRA →




ADWOKATURA
POLSKA


Wolters
Kluwer

Nowoczesna aplikacja do zarządzania kancelarią adwokacką

- ✔ Połączenie z Portalem Informacyjnym Sądów Powszechnych
- ✔ Zadania i kontakty
- ✔ Integracja z kalendarzem
- ✔ Korespondencja
- ✔ Wystawianie faktur
- ✔ Pobieranie danych z GUS
- ✔ Rejestracja czynności
- ✔ Dokumenty
- ✔ Kalendarz zadań

dostęp już od →

15 zł netto/mies.
dla Adwokata

10 zł netto/mies.
dla Aplikanta

www.ck.adwokatura.pl

Pobierz
mLegitymację
adwokata →





Wrzesień

9/2023

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXVIII nr 790



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:

Michał Bieniak

Sekretarz redakcji:

Adam Kozieln

Redaktor języka angielskiego:

Anna Setkowicz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Baliak

Zbigniew Banaszczak

Jacek Barcik

Wojciech Bergier

Michał Bieniak

Józef Forystek

Piotr Fiedorczyk

Lech Gardocki

Paweł Gieras

Roman Hauser

Joseph Hoffmann

Krzysztof Kostański

Andrzej Kubas

Jan Kuklewicz

Katalin Ligeti

Erik Luna

Frank Meyer

Kamila Mrozek

Dariusz Mucha

Marek Antoni Nowicki

Piotr Ochwat

Szymon Pawelec

Krzysztof Piesiewicz

Piotr Piesiewicz

Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński

Paweł Podrecki

Janusz Raglewski

Anna Rakowska-Trela

Stanisław Rymar

Marek Safjan

Philippe Sands

Piotr Sendecki

Elżbieta Skowrońska

Tomasz Sójka

Monika Strus-Wołos

Maciej Szpunar

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Dariusz Świecki

Jaromir Tauchen

Stephen C. Thaman

Andrzej Tomaszek

Józef Wójcikiewicz

Maria Zabłocka

Stanisław Zabłocki

Jerzy Zajadło

Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Szanowni Czytelnicy!

Na okładce aktualnego numeru „Palestry” znajduje się zabytkowy gmach Sejmu Śląskiego, co jest związane z obchodami 100-lecia istnienia Izby Adwokackiej w Katowicach. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na znaczenie tej Izby zarówno w czasach II Rzeczypospolitej i tworzenia się niepodległego państwa polskiego, jak też współcześnie. W bieżącym numerze „Palestry” z okazji 100-lecia Izby Katowickiej znajduje się wywiad z dziekanem tej Izby adw. Romanem Kuszem przeprowadzony przez adw. Pawła Matyję, a także recenzja książki J. Kudelki, *100 lat Adwokatury Śląskiej (1922–2022)* opracowana przez adw. dr. Michała Bieniaka. W numerze 9/2023 „Palestry” można przeczytać artykuły: not. dr. Rafała Kapkowskiego pt. *Problematyka obliczania zachowku w świetle ustawy o fundacji rodzinnej*, adw. dr. Adama Bułata oraz adw. Jarosława Wyreńskiego pt. *Skutki procesowe braku niezwłocznego postawienia zarzutów, sędziwego dr. Marka Skwarcowa pt. Warunek istnienia podstawy dowodowej jako przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania*, adw. Łukasza Breguły pt. *Dekryminalizacja zniesławienia. Analiza krytyczna*, adw. dr. Alicji Limburskiej pt. *Koszty pomniejszające rozmiary korzyści majątkowej objętej przepadkiem*, a także dr. hab. Piotra Steca, prof. UO oraz mgr Natalii Lichwy pt. *Repatriacja zwłok i szczątków ludzkich jako problem prawa dziedzictwa kulturowego*. Ponadto na Czytelników „Palestry” czeka w rubryce „Orzecznictwo” tekst adw. Marka Antoniego Nowickiego pt. *Środki dyscyplinarne wobec sędziego za publiczną krytykę reformy sądownictwa*. W numerze 9/2023 „Palestry” znajdują się również rubryki „Gawędy adwokata bibliofila”, a w niej tekst adw. Andrzeja Tomaszka pt. *Momenty zwrotne czyli nowe spojrzenie na historię adwokatury*, „Powtórka z Rzymu” z tekstem prof. dr. hab. Marii Zabłockiej pt. *A co z wiatrakami?*, a także „Z życia Adwokatury” ze sprawozdaniem adw. dr. Moniki Strus-Wołos pt. *Najlepsi absolwenci Szkoły Prawa Polskiego i Europejskiego z Ukrainy na stażu w Radomiu*.



Za publikację artykułu w Czasopiśmie „Palestra” można otrzymać 100 pkt zgodnie z aktualnym wykazem czasopism punktowanych MEiN.

Projekt i przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF
Skany okładek pobrane z: <https://eli.gov.pl> (Dziennik Ustaw) oraz Pomorska biblioteka cyfrowa <https://pbc.gda.pl> (Kodeks)

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33

tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 9,6. Nakład: 500 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Michał Bieniak

100-lecie Izby Adwokackiej w Katowicach 5

Wywiady

Paweł Matyja

Wywiad z dziekanem Izby Adwokackiej w Katowicach
adw. Romanem Kuszem 7

Artykuły

Rafał Kapkowski

Problematyka obliczania zachowku w świetle ustawy
o fundacji rodzinnej 16

Adam Bułat, Jarosław Wyrębski

Skutki procesowe braku niezwłocznego postawienia zarzutów 39

Marek Skwarcow

Warunek istnienia podstawy dowodowej jako przesłanki
stosowania tymczasowego aresztowania 59

Łukasz Breguła

Dekryminalizacja zniesławienia. Analiza krytyczna 78

Alicja Limburska

Koszty pomniejszające rozmiary korzyści majątkowej
objętej przypadkiem 91

Piotr Stec, Natalia Lichwa

Repatriacja zwłok i szczątków ludzkich jako problem
prawa dziedzictwa kulturowego 101

Orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

Środki dyscyplinarne wobec sędziego za publiczną krytykę reformy sądownictwa 121

Recenzje

Michał Bieniak

Recenzja książki *100 lat Adwokatury Śląskiej (1922–2022)*,
J. Kudelko, Katowice 2023 133

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

Momenty zwrotne, czyli nowe spojrzenie na historię adwokatury 135

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

A co z wiatrakami? 141

Z życia Adwokatury

Monika Strus-Wołos

Najlepsi absolwenci Szkoły Prawa Polskiego i Europejskiego
z Ukrainy na stażu w Radomiu 143

Table of contents 147

Od Redakcji

Michał Bieniak

100-LECIE IZBY ADWOKACKIEJ W KATOWICACH

Jestem przekonany, że nie da się zrozumieć mentalności Polaków bez zrozumienia historii Polski. To samo przeświadczenie towarzyszy mi w odniesieniu do mieszkańców większości jej regionów. Nikt nie zrozumie warszawiaków i mieszkańców Mazowsza, nie pamiętając o epoce powstań i ostatnim z nich i chyba najtragiczniejszym – powstaniu warszawskim. Trudne będzie też zrozumienie postaw Kaszubów bez znajomości zawiłych losów Pomorza, czy współczesnych mieszkańców Dolnego Śląska, jeżeli nie będziemy wiedzieć, jak wielu z nich pochodzi z zupełnie innych obszarów, które już dzisiaj do Polski nie należą.

Nie inaczej jest w przypadku Górnego Śląska. Chociaż można sprzeczać się o to, które miasto jest stolicą Śląska (wrocławianie na pewno powiedzą, że Wrocław), lub o to, które jest stolicą Górnego Śląska (Opolanie niewątpliwie uznają, że to ich miasto nosi ten tytuł). Nie mnie ten spór rozsądzać, natomiast dla wielu Polaków niewątpliwie symbolem tego regionu będą Katowice.

W ostatnich latach zbiegają się setne rocznice wielu istotnych dla Śląska wydarzeń. W 2019 r. upłynęło 100 lat od wybuchu I powstania śląskiego. 20.06.1922 r. natomiast do Katowic wkroczyło polskie wojsko pod dowództwem generała Stanisława Szeptyckiego, byłego dowódcy Frontu Litewsko-Białoruskiego z czasów wojny polsko-bolszewickiej. Budowa polskiej administracji na Śląsku nabrała wówczas przyspieszenia.

Musiąco temu towarzyszyć również zorganizowanie polskiego samorządu zawodowego adwokatów, skoro taki funkcjonował, chociaż na bazie różnych przepisów¹, na pozostałym obszarze II Rzeczypospolitej. Podstawę prawną dla organizacji Izby Adwokackiej w Katowicach stanowiło rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 16.06.1922 r. o adwokaturze w górnośląskiej części wojewódz-

¹ T.J. Kotliński (w:) A. Redzik, T.J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, Warszawa 2012, s. 171–172.

twą śląskiego². Data pierwszego i drugiego zgromadzenia Izby Adwokackiej w Katowicach jest dzisiaj trudna do odtworzenia, ale odbyło się ono gdzieś w okresie lipiec–wrzesień 1922 r. (pierwsze) – początek 1923 r. (drugie)³. Niniejszy numer „Palestry” jest numerem specjalnym, poświęconym właśnie 100-leciu istnienia tej Izby, stąd jego okładka oraz wywiad z dziekanem Romanem Kuszem.

Losy adwokatury katowickiej odzwierciedlają tragiczne losy Polski i Polaków w XX w. Drugiej wojny światowej nie przeżyło 188 adwokatów tej Izby, w tym adw. Włodzimierz Dąbrowski, dziekan przedwojennej Rady Adwokackiej w Katowicach, zamordowany w Oświęcimiu przez niemieckiego okupanta⁴.

Samorząd adwokacki nie zaprzestał działalności w okresie niemieckiej okupacji. W styczniu 1941 r. Tajna Naczelna Rada Adwokacka powołała do życia Tajną Śląsko-Krakowską Izbę Adwokacką z siedzibą w Krakowie. Jej pracami kierował przedwojenny dziekan Izby Adwokackiej w Katowicach, adw. dr Karol Stach⁵.

Potem, w okresie powojennym, wielu śląskich adwokatów zaangażowało się w obronę w procesach politycznych. Wśród nich można wymienić m.in. Leszka Piotrowskiego, późniejszego posła i senatora; Jerzego Kurcyusza, działacza przedwojennej endecji; Janusza Margasińskiego, pełnomocnika rodzin zamordowanych górników kopalni „Wujek” i „Manifest Lipcowy”; czy Janusza Niemcewicza, późniejszego sędziego Trybunału Konstytucyjnego.

Jednak chyba największą rolę w okresie powojennym odegrał adw. Roman Hrabar – Pełnomocnik Rządu Polskiego do Rewindykacji Dzieci, któremu powrót do Ojczyzny zawdzięczają tysiące polskich dzieci, wywiezionych przez niemieckiego okupanta w celu ich germanizacji. Jest to postać szczególnie mi bliska, gdyż mój ojciec również jako dziecko został wywieziony do Austrii i ta świadomość pozwala mi z całą ostrością dostrzec zarówno okrucieństwo tamtych czasów, jak i rolę takich osób jak mec. Hrabar.

Wiele o historii katowickiej adwokatury mówi w wywiadzie jej aktualny dziekan – adw. Roman Kusz. Jednak – jak słusznie dostrzega wielu – historia nie może nam przesłaniać teraźniejszości, jednak powinna ona być nam pomocna we właściwym kształtowaniu przyszłości. Wspomniany wywiad opowiada więc nie tylko o przeszłości, ale o wyzwaniach stojących przed śląską i polską adwokaturą w przyszłości. Na pewno warto się z nim zapoznać, jak i z innymi tekstami opublikowanymi w tym numerze.

Zapraszam Państwa do lektury!

adw. dr Michał Bieniak

redaktor naczelny miesięcznika „Palestra”

² Za: J. Kudelko, *100 Lat Adwokatury Śląskiej*, wersja niepubl.

³ Za: J. Kudelko, *100 Lat...*

⁴ Za: J. Kudelko, *100 Lat...*

⁵ T.J. Kotliński (w:) A. Redzik, T.J. Kotliński, *Historia...*, s. 283.

Wywiady

WYWIAD Z DZIEKANEM IZBY ADWOKACKIEJ W KATOWICACH ADW. ROMANEM KUSZEM

Paweł Matyja: Mówiąc o 100-leciu adwokatury na Śląsku, nie sposób nie zaakcentować upływu tego czasu, ale i nie zapytać, jak w tym okresie zmieniała się ta adwokatura. Jaka refleksja towarzyszy Panu, gdy mowa o zmianach, rozumianych jako pewna ewolucja?



Roman Kusz: Ostatnie lata pokazują, że adwokatura zmienia się tak samo, jak zmienia się rzeczywistość. Widzimy ewolucję i przyspieszenie pewnych zmian. Zadajemy sobie pytanie, co będzie dalej. O ile początki adwokatury na Śląsku, były trudne, ale przewidywalne, to już dziś nie możemy tego tak ująć. Z wielką atencją spoglądamy na osiągnięcia naszych poprzedników, którzy tworzyli adwokaturę na Śląsku. Adwokatura tworzyła się przecież w trudach. Na Śląsku, na terenie byłego zaboru pruskiego, tworzyli ją w pierwszym okresie adwokaci polscy, niemieccy, ale i żydowscy. Ta wielorakość dawała też pewną jakość wykonywanego

zawodu. Wiemy, że adwokatów było wtedy stosunkowo niewielu. Szacunek dla zawodu adwokata był wtedy zupełnie inny niż dzisiaj. Elitarność dawała tę cechę. Powszechny dostęp do zawodu adwokata nie pozostaje bez wpływu na społeczną ocenę naszego zawodu. Powszechności nie można przekuć w jakość. Musimy mieć świadomość tego, że płacimy za to wysoką cenę. Z drugiej strony to też cena przemian społecznych. Jeśli spojrzymy na historię państw

europiejskich, a w szczególności Unii Europejskiej, do której przystąpiliśmy, to musieliśmy się wpisać w scenariusz przyjęty w innych krajach UE. Wolny rynek, deregulacja, wolność zawodów. Poszliśmy być może nie najlepszą drogą. Bo jeśli spojrzymy na pozycję zawodu adwokata w państwach europejskich, to jest ona bardzo różna. Są państwa, które wykazały się wielką otwartością, szerokim dostępem do zawodu bez ograniczeń w praktyce – tak jak Hiszpania, z małym ograniczeniem – jak Niemcy, ale i takie, które te standardy starały się zachować, jak np. Wielka Brytania, dziś będąca poza strukturami Unii. Pewnych wyborów być może dokonywaliśmy zbyt szybko i pochopnie. Od pewnego pierwotnego modelu odeszliśmy za daleko.

Paweł Matyja: To dosyć gorzka refleksja. Gdzie popełniono więc błędy i czy można je naprawić?

Roman Kusz: Błąd w naborze to błąd pierwotny, od którego wszystko się zaczyna. Nie powinno być tak, że jedynym kryterium do szkolenia do zawodu adwokata jest test jednokrotnego wyboru, gdzie wystarczy odpowiedzieć na 100 ze 150 pytań. Kandydata do zawodu adwokata powinno cechować coś więcej niż zdolność nauczenia się paru ustaw na pamięć, rozwiązania testu. W chwili naboru egzamin powinien być egzaminem ustnym. Kandydat powinien potrafić wykazać, własnymi słowami, że do tego zawodu się nadaje i ma predyspozycje. Oczywiście z pełną otwartością należy podejść do składu komisji. Ta komisja może być mieszana, można ją odmiejscowić. Jest wiele sposobów, by zapewnić transparentność, o którą tak boją się niektórzy. No i końcowy egzamin adwokacki. Ta formuła dziś – z szerokim dostępem osób spoza aplikacji adwokackiej – jest formułą dalece niedoskonałą. Bez egzaminu ustnego nie zapewnimy jakości adwokatury. To mój pogląd wynikający z obecności w komisjach na egzamin adwokacki od ponad 10 lat, gdzie śledzę zmiany i to, co się w tym zakresie dzieje. Są i tacy, którzy mówią, że nie da się przywrócić egzaminu ustnego, ale osobiście uważam, że to nieprawda. Może to stanowisko wynikające z lenistwa, a może obrony tego *status quo*, które funkcjonuje od ponad 10 lat. Czy ustna formuła egzaminu poprawi jakość adwokatury? Tak. Czy będzie to widoczne z dnia na dzień? Nie. Tak samo jak otwarcie zawodu nie spowodowało zmian z dnia na dzień. Pamiętam, jak po otwarciu zawodu adwokata jeden z adwokatów naszej Izby przyszedł do Okręgowej Rady Adwokackiej w Katowicach i powiesił nekrolog, mówiąc, że w tym dniu zmarła adwokatura. Pogląd pewnie bardzo kontrowersyjny, jak autor zamierzał, ale trudno odmówić mu racji, że pewien rozdział adwokatury w tym miejscu się zakończył. W pierwszych latach nie można było jeszcze dostrzec efektów otwarcia zawodu, ale dziś wiemy już, że ta nowa formuła egzaminu adwokackiego przyniosła nam wiele niekorzystnych zmian i powinniśmy dokonać pewnej refleksji nad systemem naboru i końcowego egzaminowania. Dla dobra i adwokatury, i ludzi, których reprezentujemy i których bronimy.

Paweł Matyja: To głos w obronie tradycyjnych wartości, tradycyjnego wykonywania zawodu adwokata. Czy, pomijając niedoskonałości związane z otwarciem zawodu i wynikającymi z tego konsekwencjami, dostrzega Pan dla adwokatury jeszcze inne zagrożenia?

Roman Kusz: Adwokatura niesie wiele pięknych haseł na swoich sztandarach, myślę, że dzisiaj są tak samo aktualne jak w dwudziestoleciu międzywojennym. Ważne jest, aby o nich pamiętać, bo tak naprawdę służba adwokacka to służba człowiekowi, służba klientowi. Czasem odnoszę wrażenie, że z różnych powodów się o tym zapomina. Za wielkimi hasłami, za ich głoszeniem muszą iść również czyny. Czasami odwoływanie się do fundamentów adwokatury to tylko puste słowa, które słyszę w ustach wielu osób, a tak naprawdę to fasady, za którymi nic nie stoi. Z drugiej strony widzimy osoby, które o tych wartościach zapominają, skupiają się na codzienności, na tym, co jest chlebem powszednim. Na tym, aby traktować zawód adwokata jedynie jako sposób zarabiania na życie. Jedna i druga postawa jest postawą niewłaściwą, ale w dzisiejszych czasach nierzadko spotykana. Trzeba umieć pochylić się nad człowiekiem, wytłumaczyć mu, gdzie się znajduje, prowadzić sprawy *pro bono*, ale nie w ramach hucznych akcji i chwaleń się tym na portalach społecznościowych czy w Internecie. To oblicze adwokatury dzisiaj także zaistniało, choć to przykre, że dla wielu adwokatów Facebook, Instagram czy Twitter to narzędzia służące do popularyzacji własnej osoby. Są sposobem na uzyskanie rozpoznawalności, co nie do końca musi przekładać się na istotę naszego zawodu, a w zasadzie to na cele, które powinny przyświecać adwokatowi, nie przekłada się wcale. Stara zasada, którą powtarzali adwokaci od pokoleń, to aby adwokat promował się poprzez dobrze wykonaną pracę, satysfakcję klienta, wysoką jakość usług. Dziś wiele osób chce iść na skróty, kreując jedynie obraz osoby świetnie wykonującej zawód, stąd przechwalanie się procesami w Internecie, pokazywanie w sieci wyposażenia biura, a dziś już nawet epatowanie sesjami zdjęciowymi. To pokazuje, jak daleko odeszliśmy od dawnych standardów i jak czasy się zmieniają. Oczywiście pewnych zmian nie da się już zatrzymać. Pewne rzeczy przeminęły i nie wrócą. Musimy mieć tego świadomość, ale to nie zwalnia z obowiązku obrony tego, co najważniejsze, bo adwokat to wciąż ten, który odpowiada na wołanie o pomoc, i ten, który zagubionemu człowiekowi pomoże, wyciągając do niego rękę. Nie po to, by się chwalić. Wszyscy wiemy, kto publicznie się chwali, że pomógł, to już swoją nagrodę odebrał. Nie wolno chwalić się tym, co powinno być obowiązkiem, rzeczą normalną i zwykłą.

Paweł Matyja: Ewolucję przechodzą zasady wykonywania zawodu, modele społecznych zachowań, ale i reguły rządzące postępowaniami sądowymi. Jaki jest kierunek tych zmian?

Roman Kusz: Jedne zmiany są dobre, inne nie. Musimy z bólem jednak stwierdzić, że pewne zmiany zasad funkcjonowania adwokatury i całego wymiaru sprawiedliwości będą dawały nam się we znaki. Rola adwokata w procesie, w tym zwłaszcza procesie karnym, ulega bowiem niepokojącym zmianom. Proszę zobaczyć, jak zachwiana została zasada bezpośredniości, jak odchodzi się od procedowania na rozprawach, jak umożliwia się przesłuchanie świadków na piśmie, jak prowadzi się rozprawy online. Te zmiany nie dają wyższej jakości procedowania, bo uciekanie od zasady bezpośredniości powoduje, że ta jakość wymiaru sprawiedliwości będzie coraz niższa. Sąd musi samodzielnie przeprowadzać dowody, bo od tego jest, sama kontrola choćby dowodów zebranych przez prokuratora to zdecydowanie za mało. Odchodzenie od zasady bezpośredniości spowoduje i ten skutek, że rola adwokata w procesie będzie malała, bo adwokat to ten, który wpływa na tok procesu poprzez kontrolę przeprowadzania postępowania dowodowego, przestrzegania przepisów. Nie wolno tego ograniczać. A tak się dzieje, bo zgodnie z założeniami ustawodawcy ma być szybciej i sprawniej, ale to nie jest i nie powinno być istotą wymiaru sprawiedliwości, którego sensem, jak sama nazwa wskazuje, jest sprawiedliwe rozstrzygnięcie ludzkich spraw. O tym autorzy zmian pozwalają sobie zapomnieć. A chcą przejść do historii jako ci, którzy skrócili np. czas trwania procesu karnego. Nie o to w tym chodzi. Statystyka nie może rządzić wymiarem sprawiedliwości. Również ograniczanie roli adwokata to zły kierunek. Możemy wprowadzać wiele proceduralnych i technicznych ułatwień, ale nic nie zastąpi serca i rozumu, bo te dwa elementy to nieodzowne składniki prawidłowego wykonywania zawodu adwokata i funkcjonowania całego wymiaru sprawiedliwości.

Paweł Matyja: *Czy zmiany, w tym i te społeczne, których nieodwracalność Pan akcentuje, mogą albo czy powinny mieć wpływ na relację adwokata do klienta oraz do innych przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości?*

Roman Kusz: Relacja adwokat–klient, adwokat–sąd to dziś inny niż kiedyś świat, na co wpływ miało nie tylko otwarcie zawodu, ale i zmiany następujące w sądownictwie czy w prokuraturze. To kwestia ostatnich dwóch dekad. Lata 90. cechowało – nazwijmy je „miękkie” – przejście ze „starych” do „dobrych” czasów. Te dobre czasy cechował wzajemny szacunek, zrozumienie dla wykonywanych obowiązków. Każdy wiedział, że te dobre stosunki sprzyjają dobremu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Adwokaci, sędziowie, prokuratorzy. Te relacje, nazwijmy je koleżeńskimi, przysługiwały się wszystkim. Może dzisiaj w mniejszych miastach ta reguła funkcjonowania, w dobrym tego słowa znaczeniu, jeszcze funkcjonuje. W dużych miastach mamy jednak do czynienia z pełną anonimowością. Sędziowie z Katowic, Warszawy czy Poznania mogą się dziś nawet nie znać w ramach jednej jednostki, a co dopiero mówić o adwokatach. Wielkie spustoszenie uczynił również Covid. Wiemy, jak bardzo zachwiał rela-

cyjami międzyludzkimi. Jeśli chodzi chociażby o szkolenie aplikantów, odbywało się ono w sposób ułomny. Z przykrością stwierdzam, że wiele osób chciałoby, aby nadal tak to wyglądało. Aby w pełni komfortowo odbyć szkolenie z domu, bez kontaktu z wykładowcą i innymi adwokatami, bez kontroli, czy dana osoba w szkoleniu rzeczywiście uczestniczy. Z koniecznością reformy szkoleń w dobie pandemii poradziliśmy sobie wzorowo. Nie tak to jednak powinno wyglądać aktualnie.

Paweł Matyja: Co czeka adwokaturę, jeśli weźmiemy pod uwagę chociażby sposoby wykonywania zawodu adwokata. Wielu adwokatów domaga się możliwości pracy na etacie, czy to dobre rozwiązanie? Jeśli nie, to które pomysły w Pana ocenie zasługują na uwagę?

Roman Kusz: Żyjemy w czasach, w których ludzi cechuje brak cierpliwości, w tym również i młodych adwokatów. Kiedyś każdy miał świadomość, że budowa kancelarii, pozyskanie klientów, budowanie własnej marki wymaga czasu. Dziś wszyscy chcą mieć ten efekt natychmiast. Sięgają więc po instrumenty, jakich nie było kiedyś. Wspomnieć można np. promowanie się w Internecie czy za pomocą mediów społecznościowych. Można się zastanawiać, co na to klienci. Pewnie jest grupa osób, która tego typu sposób komunikacji akceptuje, oraz i tacy, którzy wciąż szukają adwokatów z polecenia i sprawdzenia. Tradycyjnymi, bardziej – nazwijmy je – świadomymi drogami. Co będzie dalej, trudno powiedzieć. Musimy się zastanowić nad nowymi formami wykonywania zawodu adwokata, bo tu będą potrzebne zmiany. Panaceum na rozwiązanie tego problemu nie jest z pewnością umowa o pracę. To nie prowadzi do dobrych rozwiązań, wypacza zawód adwokata, bo jeżeli mamy mówić o niezależności od klienta, to umowa o pracę tego komfortu nie daje. Jeśli ktoś chce pracować na etacie, ma do wyboru zawód radcy prawnego i tam może się realizować. Nasz zawód tym się różni. Ale z pewnością powinno się poszukiwać nowych form wykonywania zawodu. Być może czas na to, by adwokaci wykonywali zawód w ramach spółek kapitałowych, np. spółki z o.o. Będzie można korzystniej rozliczać się np. w zakresie podatkowym. Bez względu jednak na kierunek zmian relacja adwokat–klient nie powinna ulec przekształceniom. Adwokat musi być związany z klientem umową w zakresie zasad działania, w zakresie rozliczeń stroną umowy może być spółka. Może takie rozwiązanie hybrydowe byłoby najbezpieczniejsze. Inne formy wykonywania zawodu będą trudne do zaakceptowania. Dyskutuje się też o tym, by adwokacka spółka kapitałowa zatrudniała adwokata w ramach stosunku pracy, ale w relacji klient–adwokat wiązałyby te same zasady co dotychczas. Byłoby to zbliżone do mechanizmu, jaki odszedł już w zapomnienie, a który funkcjonował przez lata. Mowa o zespołach adwokackich. Być może ten system nie przystawał już do rzeczywistości, odeszliśmy od niego, ale rozwiązania np. w zakresie ubezpieczeń społecznych były dla adwokatów korzystne. W Polsce działa jeszcze kilka zespołów adwokackich,

warto byłoby porozmawiać z osobami wykonującymi zawód w tej formie. Na pewno w tym zakresie potrzebne są bowiem zmiany, muszą powstać nowe instrumenty, które pozwolą znaleźć się w teraźniejszości. Osoby funkcjonujące dziś w zespołach adwokackich mogłyby powiedzieć, co w tej formie wykonywania zawodu się nie sprawdziło, co można w niej zmienić, tak by przystawała do współczesnych realiów.

Paweł Matyja: Adwokatura nierozzerwalnie wiąże się z samorządem, którego na Śląsku jest Pan głową, i to od wielu już lat. Jak z tej perspektywy wyglądał ten miniony czas?

Roman Kusz: Moje spojrzenie na historię przez pryzmat działalności samorządowej jest trochę naznaczone otwarciem zawodu adwokata. Funkcję dziekana zacząłem bowiem pełnić, gdy to otwarcie zawodu nastąpiło. Miało to różne konsekwencje. Przypadł mi trudny obowiązek, aby adwokatów wprowadzać w okres naznaczonych tym zmian. Pierwsza faza była najłatwiejsza, chociaż poruszaliśmy się przecież po zupełnie nowych obszarach. Dotychczasowi adwokaci znakomicie wykonywali funkcje patronów, wprowadzając do zawodu nowych adeptów. Z czasem proporcja pokoleniowa uległa jednak zachwianiu. Dziś liczba adwokatów wykonujących zawód, rozpoczynających pracę już po otwarciu tego zawodu – stanowi większość. To oczywiście truizm. Ale efekty tych zmian uwidaczniały się w perspektywie czasowej. Były, rzecz jasna, negatywne symptomy i wielokrotnie gwałtowne próby wtargnięcia złych obyczajów udawało nam się hamować. Ich ponowne pojawienie się to jednak kwestia pewnej ewolucji, jaka dokonuje się na naszych oczach. Za to płacimy teraz cenę, jaką jest utrata postrzegania zawodu adwokata tak, jak to miało miejsce w latach 80. czy dwudziestolecia międzywojennym, gdzie do adwokatów odnoszono się z szacunkiem, estymą. Czasy się zmieniły, a adwokaci zaczęli odchodzić od tradycyjnych form wykonywania zawodu, poszukując dla siebie, na różne sposoby, miejsca na wolnym rynku. To nie może pozostawać bez wpływu na społeczną ocenę zawodu adwokata.

Paweł Matyja: Powróćmy do przeszłości. Czy ocena całych 100 lat jest tak bolesna jak ostatniego 20-lecia i następujących w nim zmian?

Roman Kusz: Trudno o tych złych aspektach mówić przy okazji 100-lecia adwokatury, skupiamy się na dobrych. Ale możemy chyba spojrzeć na przeszłość obiektywnie i szczerze. Z okresu powojennego zapamiętaliśmy to, co mamy na kartach historii, świadków historii przecież już nie ma. Z życiorysów tych adwokatów wiemy, że w historii Polski i wymiaru sprawiedliwości zapisali się bardzo dobrze. Byli nie tylko adwokatami, ale i działaczami społecznymi, naukowcami, politykami różnego szczebla. Byli wśród nich pisarze, ludzie kultury. Przedwojenna adwokatura była więc bardzo ciekawa w swojej różnorodności.

Okres tragiczny to okres wojny, gdy adwokaci ginęli na froncie, w powstaniach, w Katyniu, Charkowie i innych miejscach kaźni. Adwokaci stali się ofiarami komunistycznej czystki po 1945 roku. Wtedy ten zawód nie był wolny, adwokatów dotykał szereg ograniczeń, a sam wymiar sprawiedliwości był daleki od doskonałości. Ale adwokatura jakoś sobie wtedy radziła. Udało się utrzymać paradoksalnie znakomitą ocenę zawodu adwokata. Na tę markę w tamtym czasie pracowało wielu odważnych adwokatów, broniących w procesach politycznych. Wtedy nie dostrzegało tego wielu, to dopiero zostało zaakcentowane w czasach wolnej Polski. Ale i adwokatów broniących w procesach politycznych nie było wielu. Z całą pewnością udaje się ich łatwo wspomnieć. Na Śląsku to w pierwszej kolejności postać adwokata Jerzego Kurcynusa, Leszka Piotrowskiego, Janusza Margasińskiego czy Teresy Kurcynusz-Furmanik, Janusza Niemcewicza. Wspomnieć należy w szczególności adwokata Jana Polewkę, obrońcę Kazimierza Świtonia, twórcę pierwszych wolnych związków zawodowych, pomagającego prześladowanym adwokatom w okresie stanu wojennego, będącego w sztabie biskupa Damiana Zimonia. Pomagał rodzinom internowanych, to zapomniana i niedoceniona postać, o ogromnych zasługach dla śląskiej palestry.

Paweł Matyja: Jeśli mowa o historii i jej wskrzeszaniu. Izba Adwokacka w Katowicach realizuje pionierski cykl filmów pt. Archiwa Palestry. Czym on jest?

Roman Kusz: W ramach cyklu filmów historycznych pt. *Archiwa Palestry*, który wsparło kilkadziesiąt instytucji z całego świata od Stanów Zjednoczonych po Australię, udało nam się ocalić od zapomnienia już kilka wybitnych postaci. Rozpoczęliśmy od postaci mecenasa Romana Hrabara, autora pojęcia wynaradawiania, które stało się zbrodnią przeciwko ludzkości. To adwokat z Katowic, który uczestniczył w jednym z procesów norymberskich, odzyskał ok. 30 tysięcy polskich dzieci uprowadzonych przez nazistów w celu germanizacji. Wspomnieliśmy też o adw. Władysławie Palce, żołnierzu Armii Krajowej, dowódcy blisko 100-osobowej grupy kontrwywiadu wojskowego, prawej ręce Marcina Ciepłńskiego, szefa WinU. Przypomnieliśmy postać adwokata Józefa Witczaka – właściciela uzdrowiska w Jastrzębiu-Zdroju, wkrótce pojawi się film o mecenasie Henryku Wolińskim – Sprawiedliwym wśród Narodów Świata. Jeszcze wielu innych, na których nie skupiły się światła sceny historii, ocalimy od zapomnienia.

Paweł Matyja: Historia Śląskiej Palestry ma również namacalny charakter. Wspomnieć można chociażby zabytkową kamienicę, w której znajduje się jej siedziba. Jak ona się zmieniła przez te lata?

Roman Kusz: W 1929 roku ówczesne władze adwokatury zakupiły nieruchomości przy ul. Gliwickiej 17. Kiedy zostałem dziekanem w roku 2007 część lokali była zajęta jeszcze przez podmioty gospodarcze, a część przez najemców.

Wszystkie pomieszczenia udało nam się przejąć i zagospodarować. Dzisiaj dysponujemy właściwie całą kamienicą. Ponieśliśmy olbrzymie nakłady. To miliony złotych przeznaczone na remonty. Stworzyliśmy własne sale szkoleń, jesteśmy pod tym względem całkowicie niezależni, nie musimy niczego wynajmować. Jako jedyni w Polsce mamy własne sale rozpraw czy odrębny budynek dla referatu dyscyplinarnego i sądu dyscyplinarnego. Przed nami jeszcze kilka remontów, więc te kilka tysięcy metrów kwadratowych powierzchni będziemy właściwie wykorzystywać. Warto nadmienić, że wyremontowaliśmy również parking, wymieniając nawierzchnię. Zakupiona przez poprzedników nieruchomości wygląda więc coraz bardziej godnie i nobliwie, a jeszcze wiele remontów przez nami.

Paweł Matyja: Izba Adwokacka w Katowicach dysponuje również własnym sztandarem, tu byliście prekursorem w skali całego kraju. Jaka jest jego historia i znaczenie?

Roman Kusz: To pierwszy sztandar izbowy w Polsce. Wcześniej własnym sztandarem dysponowała jedynie Naczelna Rada Adwokacka. Nasz poświęcono 10.01.2010 r. podczas uroczystej gali w Teatrze im. S. Wyspiańskiego w Katowicach. Poświęcenia dokonał arcybiskup Damian Zimoń. Za naszą Izbą poszły kolejne. Koledzy pytali nas o porady w tym zakresie. Dziś własny sztandar mają wszystkie izby adwokackie w Polsce. Nasz z jednej strony ma znak adwokatury, a z drugiej portret Matki Boskiej Piekarskiej – matki miłości społecznej i sprawiedliwości. Towarzyszy nam we wszystkich ważnych chwilach. W czasie ślubowań, na galach adwokackich, gdy witamy swoich nowych członków, uroczystościach organizowanych nieprzerwanie od 2010 roku, uroczystych z oprawą artystyczną, ale i na pogrzebach, gdy żegnamy adwokatów naszej Izby oraz innych wybitnych przedstawicieli palestry. Kiedy poświęciliśmy nasz sztandar, jeden ze starszych adwokatów powiedział: „nam już nikt nic nie robi, bo mamy własny sztandar”. Słowa wymowne, zaskakujące, ale jakże prawdziwe. Ten sztandar jest bowiem czymś ponadczasowym. Jest przekazem pewnych wartości. Ludzie się zmieniają, a on trwa, będąc milczącym świadkiem wydarzeń.

Paweł Matyja: Skoro mowa o wartościach, Izba Adwokacka w Katowicach od wielu lat honoruje tych, którzy swoim postępowaniem hołdują im w sposób szczególny. Co to za nagrody?

Roman Kusz: W naszej Izbie nagradzaliśmy „Diamentowymi Temidami”, „Diamentowymi Spinkami” i „Nagroda Św. Iwo”. Nagrodę Św. Iwo otrzymały dotychczas tylko dwie osoby. Jedną to śp. Pani Prezes Joanna Agacka-Indecka, a drugą to Sędzia Janusz Niemcewicz. Laureatów „Diamentowej Temidy” było więcej. Wśród nich m.in. Profesor Piotr Kruszyński, Kazimierz Kutz, arcybiskup Damian Zimoń, arcybiskup Wiktor Skworec, Dziekani Izby Pomorskiej i Wielko-

polskiej – Jerzy Glanc i Andrzej Rajchelt, czy Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej Andrzej Zwara.

Paweł Matyja: Śląska adwokatura to również znakomity przykład społecznej solidarności, jakim jest współpraca z innymi samorządami.

Roman Kusz: Istotnie, warto wspomnieć o współpracy z Śląską Izbą Lekarską zapoczątkowaną przez podpisanie umowy z Prezesem Jackiem Kozakiewiczem, a później stworzenie Śląskiego Forum Zawodów Zaufania Publicznego. Prezydencję w tym zaszczytnym gronie pełniłszy dwa lata temu. Myślę, że to forum zrzeszające aż 23 samorzady ma wielką przyszłość. Wierzę, że wkrótce uda nam się zrealizować wiele kolejnych projektów. Były już wspólne bale, wspólne konferencje prawno-medyczne, niebawem odbędzie się kolejna.

Paweł Matyja: Czego życzyć Adwokaturze z okazji tego niezwykłego jubileuszu?

Roman Kusz: Aby wytrwała przy wartościach, które stanowią o jej istocie, o niezależności, dbaniu o interesy klienta, odwadze i poczuciu misji. Myślę, że to zagwarantuje nam możliwość świętowania kolejnych jubileuszy. To trudne wyzwanie w dzisiejszych czasach, w dobie tak wielu pokus. Życzymy więc sobie pogody ducha, radości i satysfakcji z wykonywania zawodu, życzymy sobie wreszcie tego, aby adwokacka wspólnota miała poczucie wartości, świadomości tego, co nas łączy, przekonania, że razem – możemy więcej, że dzięki samorządowi możemy łatwiej spełniać swoją adwokacką misję.

Rozmawiał: **adw. Paweł Matyja**

Pojęcia kluczowe: *spadek, zachówek, dziedziczenie, sukcesja, fundacja rodzinna, fundator, beneficjent*

Artykuły

Rafał Kapkowski

PROBLEMATYKA OBLICZANIA ZACHOWKU W ŚWIETLE USTAWY O FUNDACJI RODZINNEJ

Obliczanie zachowku nie jest czynnością wyłącznie techniczną, polegającą na matematycznym zastosowaniu określonego w ustawie wzoru, ale złożoną, kilkietapową procedurą, w której elementy rachunkowe są jedynie pochodną stosowania szeregu norm prawnych. W konsekwencji prawidłowe obliczenie wysokości zachowku potrafi nastręczać wielu trudności organom stosującym prawo, a wskutek pojawienia się na przestrzeni ostatnich lat nowych instytucji prawa spadkowego staje się procedurą coraz bardziej skomplikowaną i wielowątkową. Celem niniejszego artykułu jest zanalizowanie poszczególnych etapów obliczania zachowku w kontekście ostatnich zmian kodeksowych¹, wynikających z wprowadzenia do polskiego systemu prawnego fundacji rodzinnej, a w konsekwencji próba odpowiedzi na pytanie, czy można mówić o przebudowie normatywnego modelu obliczania zachowku, czy też zmiany te mają jedynie charakter uzupełniający. Pozostałe zmiany w instytucji zachowku wprowadzone wraz z ustawą o fundacji rodzinnej, obejmujące rozszerzenie kręgu podmiotów odpowiedzialnych za zachówek, możliwość rozłożenia zachowku na raty, jego obniżenia czy odroczenia płatności, jak również zmiany w zakresie zrzeczenia się zachowku, nie są już bezpośrednio związane ze sposobem jego obliczania, a nadto obejmują zagadnienia na tyle złożone, że wymagają osobnego opracowania. Kwestie te zostaną w niniejszym artykule zaznaczone jedynie punktowo, gdy będzie to konieczne dla głównego nurtu rozważań.

¹ Na moment złożenia niniejszego artykułu do druku na podpis Prezydenta RP oczekuje ustawa z 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, obejmująca m.in. zawężenie kręgu spadkobierców ustawowych, rozszerzenie podstaw do uznania za niegodnego dziedziczenia i uporządkowanie zasad odrzucania spadku przez małoletnich, (Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2977).

1. WPROWADZENIE

Polskie prawo spadkowe w zakresie regulacji zachowkowej liczy już sobie dobrych kilkadziesiąt lat i pomimo zasadniczej zmiany ustroju społeczno-gospodarczego kraju, a także ogromnych zmian obyczajowych oraz coraz bardziej ciężących zmian demograficznych, nie doczekało się reformy². Historycznie system zachowkowy powstał w Polsce w zupełnie innych realiach społeczno-ekonomicznych, gdy ludność kraju w 60–70 procentach zajmowała się rolnictwem, żyjąc w rodzinach wielodzietnych i wielopokoleniowych, a majątek wypracowywany przez całą rodzinę stanowił jej główną bazę materialną. Obecna rzeczywistość, w zasadzie w każdym aspekcie – społecznym, ekonomicznym, politycznym, religijnym – jest już całkowicie odmienna, niemniej jednak regulacja prawna zachowku pozostała niezmieniona³.

Z tym większym zadowoleniem przyjąć należy, że ustawodawca zdecydował się na zmiany w regulacji zachowku, których motywem stało się wprowadzenie do polskiego systemu prawnego fundacji rodzinnej. Jest to kolejna zmiana mająca ułatwić dziedziczenie przedsiębiorstw przez następców starzejących się przedsiębiorców i akumulację rodzimego kapitału w rękach prywatnych. Dotychczasowe ułatwienia sukcesji, wprowadzone ustawą z 5.07.2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw⁴, wiązały się z wprowadzeniem instytucji zarządcy sukcesyjnego. Zmiana ta odnosiła się głównie do mniejszych przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą na podstawie wpisu do CEiDG, ewentualnie działających w oparciu o formę spółki cywilnej. Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej⁵, w swoim zamierzeniu, skierowana została do większych przedsiębiorców, prowadzących działalność gospodarczą w formach spółek prawa handlowego lub prowadzących gospodarstwa rolne.

2. SCHEMAT OBLICZANIA ZACHOWKU I ROSZCZENIA UPRAWNIONEGO

Nowelizacja Kodeksu cywilnego wynikająca z wprowadzenia ustawy o fundacji rodzinnej nie powoduje zasadniczych zmian kręgu osób uprawnionych do otrzymania zachowku, i to mimo podnoszonych w literaturze wątpliwości, czy osobami uprawnionymi do zachowku nie powinni być także dziadkowie

² Drobne uzupełnienia obowiązujących przepisów w związku z wprowadzeniem zapisu windykacyjnego czy zmiany terminu przedawnienia roszczenia o zachowek z pewnością nie mogą być uznane za reformę. Zob. uzasadnienie do zmiany Kodeksu cywilnego – Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3018.

³ Postulat kompleksowej reformy prawa spadkowego, nieograniczonej do rozwiązań punktowych, zgłasza K. Górniak, *Sukcesja przedsiębiorstwa na wypadek śmierci przedsiębiorcy*, Warszawa 2023, s. 454 i n.

⁴ Dz.U. z 2021 r. poz. 170, dalej: u.z.s.

⁵ Dz.U. z 2023 r. poz. 326, dalej: u.FR.

spadkodawcy, wychowaniec⁶ lub konkubent⁷. Podobnie nie uległ zasadniczej zmianie krąg spadkobierców ustawowych, co również nie wpłynęło na krąg uprawnionych do zachowku. Ustawodawca znowelizował co prawda art. 927 § 3 k.c., wskazując, że oprócz fundacji także fundacja rodzinna, ustanowiona w testamentie, może być spadkobiercą, jeśli zostanie wpisana do rejestru w ciągu dwóch lat od ogłoszenia testamentu⁸. Zmianę tę należy jednak uznać za wyłącznie porządkującą, wobec faktu, że fundacja rodzinna może być ustanowiona w testamentie (art. 21 pkt 1 u.F.R.), a zatem nie istnieć jeszcze w dniu otwarcia spadku.

Zmiany ustawowe w istotny sposób dotknęły natomiast sposobu obliczania zachowku należnego uprawnionemu, a co za tym idzie – wpłynęły na sposób ustalania roszczenia o wypłatę zachowku. W piśmiennictwie prawniczym wskazuje się, że aby obliczyć zachówek należny uprawnionemu, a w konsekwencji ustalić wysokość roszczenia o zapłatę zachowku, należy ustalić kilka składowych. Kolejność dokonywanych operacji myślowych różni się wśród różnych autorów, jednak zwykle wskazuje się następujące elementy⁹:

I. Określenie udziału spadkowego stanowiącego podstawę obliczenia zachowku,

II. Obliczenie substratu zachowku¹⁰:

a) ustalenie czystej wartości spadku,

b) ustalenie wartości darowizn i innych przysporzeń, doliczalnych do spadku,

III. Ustalenie udziału należnego uprawnionemu w substracie zachowku,

IV. Obliczenie wysokości zachowku dla danego uprawnionego,

V. Ustalenie wartości darowizn i innych przysporzeń zaliczalnych na poczet zachowku należnego uprawnionemu,

VI. Obliczenie wysokości roszczenia należnego uprawnionemu względem zobowiązanych do zaspokojenia lub uzupełnienia zachowku.

Elementy stanu faktycznego wskazane powyżej w punktach od I do IV umożliwiają ustalenie wysokości należnego zachowku. Sumę tę ustala się odrębnie dla każdego uprawnionego, albowiem względy osobiste mogą różnicować sytuację prawną danej osoby. Elementy wskazane w punktach od V do VI umożliwiają określenie kwoty, jakiej może domagać się dany uprawniony

⁶ Zob. S. Wójcik, *Ochrona interesów jednostki w polskim prawie spadkowym w zakresie powołania do dziedziczenia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1981/98, s. 189.

⁷ P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012, s. 111.

⁸ Treść art. 927 § 3 k.c. pozostaje w częściowej kolizji z art. 85 u.F.R., w którym przewidziano termin sześciomiesięczny na zgłoszenie do rejestru, ale też na odmowę rejestracji.

⁹ Zob. P. Księżak, *Zachówek...*, s. 227; B. Kordasiewicz (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 976; T. Sokołowski, K. Szadkowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. T. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3, komentarz do art. 991, nb 15–21.

¹⁰ Sposób obliczania substratu zachowku dookreślany jest także w orzecznictwie. Przykładowo czynności konieczne do określenia substratu zachowku usystematyzował Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 24.01.2018 r. (I ACa 878/17), Legalis nr 1788736.

do zachowku względem osób zobowiązanych do jego zaspokojenia lub uzupełnienia. Roszczenie o zachówek, jak każde prawo obligacyjne, ma charakter zindywidualizowany i jest wypadkową zachowku należnego uprawnionemu wskutek działania przepisów ustawy oraz sum zaliczonych na poczet tego zachowku, uzyskanych przez niego w okresie wcześniejszym. Zmiany Kodeksu cywilnego wprowadzone ustawą o fundacji rodzinnej dotknęły obu tych grup zagadnień.

3. OKREŚLENIE UDZIAŁU SPADKOWEGO STANOWIĄCEGO PODSTAWĘ OBLICZENIA ZACHOWKU

W sposobie określania udziału spadkowego stanowiącego podstawę obliczenia zachowku nie nastąpiły właściwie żadne zmiany. Artykuł 992 k.c., który to zagadnienie reguluje, ostał się w dotychczasowym brzmieniu, zatem nadal przy ustalaniu tego udziału uwzględnia się także spadkobierców niegodnych oraz spadkobierców, którzy spadek odrzucili, natomiast nie uwzględnia się spadkobierców, którzy zrzekli się dziedziczenia albo zostali wydziedziczeni. W kontekście jednak dokonanej zmiany art. 1048 k.c., umożliwiającej zrzeczenie się zachowku w całości lub części, zasadnie może pojawić się pytanie, jak należy traktować osoby, które nie zrzekły się dziedziczenia, ale jedynie samego zachowku¹¹. Możliwe są tu bowiem dwa rozwiązania:

- 1) albo sytuacja takich osób powinna być normowana tak samo jak osób, które zrzekły się dziedziczenia – a zatem nie powinny być one uwzględniane przy określaniu udziału spadkowego służącego za podstawę obliczenia zachowku,
- 2) albo osoby takie, jako spadkobiercy ustawowi, powinny być uwzględniane.

Wybór każdego z rozwiązań prowadzi do odmiennego wyniku końcowego. „Uwzględnianie” osób, które zrzekły się zachowku, powoduje, że zmniejsza się udział stanowiący podstawę obliczenia zachowku, a ich „niewuwzględnianie” – że udział ten zwiększa się ponad proporcję wynikającą z liczby spadkobierców ustawowych. Osoby, które zrzekły się tylko zachowku, nie zrzekając się dziedziczenia, są bowiem nadal spadkobiercami, zatem dziedziczą na zasadach ogólnych. Rozstrzygnięcie tego dylematu nie jest oczywiste, zależy ono bowiem od tego, czy wolą ustawodawcy było, by wartość ekonomiczna, która znajduje swoje odzwierciedlenie w udziale osoby zrzekającej się zachowku, przypadała spadkobiercom (w razie „uwzględnienia” zrzekających się zachowku), czy też by korzyść z tego tytułu odnosiły pozostałe osoby uprawnione do zachowku. W razie niewuwzględnienia osoby zrzekającej się tylko zachowku zwiększa się bowiem udział stanowiący podstawę obliczenia zachowku, mimo że liczba

¹¹ Redakcja art. 1048 § 2 k.c. zdaje się wskazywać, że zrzeczenie się zachowku jest podtypem zrzeczenia się dziedziczenia. Jest to o tyle kontrowersyjne, że w literaturze i orzecznictwie dyskutuje się, czy prawo do zachowku jest pochodną prawa do dziedziczenia, czy też osobnym prawem. Szerzej K. Górniak, *Sukcesja...*, s. 420–424, 437.

spadkobierców nie zmienia się. Pewna dodatkowa wartość ekonomiczna przypada zatem uprawnionym do zachowku, a nadto mają oni więcej potencjalnie zobowiązanych do jego zaspokojenia.

Problem osób zrzekających się jedynie zachowku został już zauważony we wcześniejszej literaturze przedmiotu. Wówczas jednak miał w zasadzie charakter marginalny. Wątpliwe było bowiem, czy możliwe jest zrzeczenie się samego tylko zachowku. Pomimo przychylnych w zasadzie głosów doktryny¹² i orzecznictwa¹³ w praktyce tego rodzaju zrzeczenia były rzadkością. Historycznie jednak patrząc, należy stwierdzić, że zrzeczenie się jedynie zachowku było dopuszczalne na gruncie art. 10 § 2 dekretu z 8.10.1946 r. – Prawo spadkowe¹⁴, który regulując umowę o zrzeczenie się dziedziczenia, wprost stanowił, że zrzeczenie to może być ograniczone tylko do zachowku. Co więcej, w myśl nieobowiązującego art. 152 pr. sp. – przy oznaczeniu części spadkowej, będącej podstawą ustalenia zachowku, nie uwzględnia się spadkobierców ustawowych, którzy zrzekli się prawa do dziedziczenia lub są niegodni, oraz spadkobierców koniecznych, którzy zostali wydziedziczeni, natomiast uwzględnia się spadkobierców ustawowych, którzy spadek odrzucili, oraz spadkobierców koniecznych, którzy zrzekli się tylko prawa do zachowku. Jak widać, pod rządem prawa spadkowego sytuacja prawna osób zrzekających się tylko zachowku była wprost unormowana w przepisie, a ustawodawca odmiennie traktował osoby, które zrzekły się dziedziczenia, od tych, które zrzekły się tylko zachowku.

W stanie prawnym obowiązującym po nowelizacji Kodeksu cywilnego dokonanej ustawą o fundacji rodzinnej ustawodawca pomiął kwestię skutków

¹² W szczególności aprobuje wypowiedzi: W. Hans, *Umowy dotyczące spadku*, „Nowe Prawo” 1967/2, s. 244; J. Kosik (w:) *System Prawa Cywilnego*, t. 4, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 586; M. Pazdan, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, „Rejent” 1997/4, s. 194; A. Doliwa, *Umowy dotyczące spadku*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008/1, s. 137; E. Rott-Pietrzyk, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia – uwagi „de lege lata” i „de lege ferenda”*, „Rejent” 2006/3, s. 117–118; P. Księżak, *Zachówek...*, s. 130 i n.; A. Ganicz, *Uprawnieni i zobowiązani z tytułu zachowku w polskim prawie spadkowym*, „Rejent” 2011/2, s. 25–53; M. Panek, *Dopuszczalność zrzeczenia się zachowku w prawie polskim*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015/XVI, s. 94–102; M. Pazdan (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 1041. Odmiennie stanowisko zajmują: E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki*, Warszawa 2017, Lex, komentarz do art. 1049, nb 5; J. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, t. 3, s. 1989; L. Stecki, *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, t. 2, s. 900; K. Mularski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3, komentarz do art. 1048, nb 10–11; W. Borysiak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2013, s. 1133–1134.

¹³ Uchwała SN z 17.03.2017 r. (III CZP 110/16) z głosami aprobującymi M. Komarowskiej, *Dopuszczalność umowy o zrzeczenie się zachowku. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2017 r. (III CZP 110/16)*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017/4, s. 293 i n.; P. Księżaka, „Rejent” 2017/9, s. 124 i n. i P. Bendera, „Rejent” 2018/5, s. 65 i n. oraz głosami krytycznymi T. Justyńskiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018/11, poz. 109 i T. Jasiakiewicza, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018/9, poz. 86; wyrok TK z 25.07.2013 r. (P 56/11), OTK-A 2013/6, poz. 85; odmiennie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 3.12.2015 r. (I ACa 1177/15), LEX nr 1993133.

¹⁴ Dz.U. z 1946 r. nr 60 poz. 328, dalej: pr. sp.

prawnych zrzeczenia się tylko zachowku, w kontekście wysokości ułamka stanowiącego podstawę jego obliczenia. Wykładnia historyczna sugeruje, że nie jest zasadne dopatrywanie się analogicznych rozwiązań w odniesieniu do obu kategorii podmiotów – zrzekających się dziedziczenia i zrzekających się tylko zachowku. Osoby, które zrzekły się dziedziczenia, nie są bowiem spadkobiercami, a osoby, które zrzekły się jedynie zachowku, pozostają nadal w kręgu spadkobierców ustawowych, choć nie przysługuje im prawo do zachowku – mechaniczne ich zrównywanie byłoby nieuprawnione bez przekonującego uzasadnienia celowościowego. Takiego, zdaje się, jednak brak. Czynność prawna obejmująca umowę o zrzeczenie się zachowku będzie bowiem z reguły zawierana przez potencjalnego spadkodawcę w interesie jego spadkobierców, by nie byli oni obciążeni koniecznością spłaty zachowku względem potencjalnie uprawnionego, nie zaś w interesie innych uprawnionych. Inaczej umowa zrzeczenia się zachowku powodowałaby w istocie jedynie redystrybucję świadczenia zachowkowego na rzecz innych uprawnionych. Sens prawny i ekonomiczny „zrzecania się” byłby wobec tego wątpliwy. Milczenie ustawodawcy należy zatem rozumieć jako przyjęcie reguły ogólnej – skoro osoby, które zrzekły się tylko zachowku, są spadkobiercami ustawowymi, to są one uwzględniane przy obliczaniu udziału spadkowego stanowiącego podstawę obliczenia zachowku¹⁵. Tak, jak pod rządami prawa spadkowego¹⁶.

4. OBLICZANIE SUBSTRATU ZACHOWKU

Kolejnym z elementów koniecznych do obliczenia zachowku, a w dalszej konsekwencji – roszczenia należnego uprawnionemu, jest obliczenie substratu zachowku. Punktem wyjścia jest ustalenie składu masy spadkowej na dzień otwarcia spadku. Regulacja normatywna umożliwiająca obliczenie substratu zachowku zawarta jest w art. 993–995 k.c. i odnosi się w istocie do modyfikacji stanu masy spadkowej, o której mowa w art. 922 k.c. Ustalając zatem substrat zachowku, należy w pierwszej kolejności ustalić skład spadku, po myśli art. 922 k.c., a następnie zastosować reguły modyfikujące z art. 993–995 k.c.

W wyniku dokonanej nowelizacji Kodeksu cywilnego samo pojęcie spadku nie uległo zmianie¹⁷. Podstawą ustalenia substratu zachowku jest wartość „netto” spadku, rozumiana jako wartość aktywów spadkowych (stan czynny

¹⁵ Tak B. Kordasiewicz (w:) *System...*, s. 979; K. Górniak, *Sukcesja...*, s. 425. Tak również SN w uchwale z 17.03.2017 r. (III CZP 110/16).

¹⁶ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 78.

¹⁷ Jak wskazuje K. Górniak (w:) *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022, komentarz do art. 30, nb 3–4 – począwszy od wejścia w życie ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej, zasady ogólne art. 922 k.c. zostały zmodyfikowane w odniesieniu do majątku spadkowego zmarłego przedsiębiorcy, wprowadziły zasadę kontynuacji stosunków umownych wiążących zmarłego przedsiębiorcę. Tak również J. Zawadzka, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym – zagadnienia istotne z punktu widzenia kontrahentów przedsiębiorcy*, „Transformacje Prawa

spadku) pomniejszona o wartość jego pasywów (stan bierny spadku), czyli czy sta korzyść, jaka przypada spadkobiercom wskutek dziedziczenia¹⁸. Zgodnie jednak z art. 993 k.c. *ab initio* – przy obliczaniu zachowku nie uwzględnia się zapisów zwykłych i poleceń. Pomimo zatem, że są to długi spadkowe, nie powodują one zmniejszenia substratu zachowku. Ma to na celu przeciwdziałanie zjawisku zmniejszania należnego uprawnionym zachowku poprzez szereg rozrządzeń testamentowych¹⁹. Zgodnie z jednoznacznym stanowiskiem wyrażonym w piśmiennictwie nie uwzględnia się także roszczeń o zachówek²⁰. Wydaje się to kwestią oczywistą, gdyż w odmiennym wypadku doszłoby do swoistej kwadratury koła – dokonując obliczenia należnego zachowku, należałoby już z góry znać jego wartość, aby uwzględnić go przy obliczaniu substratu zachowku²¹. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie i orzecznictwie od aktywów spadkowych należy odjąć także zobowiązania publicznoprawne spadkodawcy związane z jego majątkiem, a w szczególności należne podatki i składki, które byłyby należne, gdyby spadkodawca nadal żył. Nie dotyczy to podatku od samego spadku, gdyż ten obciąża spadkobiercę jako jego własne zobowiązanie podatkowe²².

Ustalenie składu i wartości masy spadkowej jest tylko pierwszym z elementów niezbędnych do ustalenia wysokości substratu zachowku. Drugą składową są natomiast składniki majątkowe doliczane do spadku. Do czasu omawianej nowelizacji Kodeksu cywilnego do spadku doliczało się niektóre darowizny dokonane przez spadkodawcę za jego życia oraz zapisy windykacyjne poczynione przez niego w testamencie. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 993 § 2 i § 3 k.c. dolicza się także do spadku fundusz założycielski fundacji rodzinnej wniesiony przez spadkodawcę, w przypadku gdy fundacja nie jest ustanowiona w testamencie, a także mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, o wartości nie większej niż wartość funduszu założycielskiego.

Cel doliczania tych składników majątkowych do spadku jest dosyć jasny. Chodzi bowiem o to, by spadkodawca swoimi rozporządzeniami za życia nie doprowadził do takiego zubożenia masy spadkowej, że podstawa obliczenia

Prywatnego” 2020/1, s. 137. Podobnie J. Bieluk, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 30, nb 12–13.

¹⁸ Tak również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24.01.2018 r. (I ACa 878/17), Legalis nr 1768736; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27.03.2013 r. (I ACa 898/12), Legalis nr 738831.

¹⁹ Jednoznacznie wskazuje na to P. Księżak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, komentarz do art. 993, nb 1.

²⁰ B. Kordasiewicz (w:) *System...*, s. 985 i powołana tam literatura, a także zamiast wielu J. Kuźmicka-Sulikowska (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 993, nb 3.

²¹ Zwracają na to uwagę T. Sokołowski, K. Szadkowski, *Kodeks...*, komentarz do art. 993, nb 2.

²² J. Gwiazdomorski, *Pravo spadkowe*, Warszawa 1967, s. 328; B. Kordasiewicz (w:) *System...*, s. 986; wyrok SN z 7.04.2004 r. (IV CK 215/03), Legalis nr 73074; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17.07.2008 r. (I ACa 504/08), niepubl.

zachowku stanie się iluzoryczna, a tym samym wysokość zachowku będzie na tyle niska, że nie spełni oczekiwanego po nim celu²³. Ponadto rozporządzenie przez spadkodawcę za życia znaczną część majątku spowoduje w konsekwencji, że spadkobierca nie będzie miał z czego wypłacić zachowku, a uprawniony z czego go otrzymać.

Wskutek dokonanej nowelizacji zasady doliczania do spadku darowizn nie uległy zmianie; podobnie – zapisów windykacyjnych, z których wbrew może sugestii zawartej w art. 993 k.c., wszystkie takiemu doliczeniu podlegają²⁴. Nowością jest natomiast doliczanie do spadku funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej i mienia pozostałego w związku z jej rozwiązaniem, co wiąże się z celem tej fundacji, jakim jest m.in. gromadzenie mienia, zarządzanie nim i spełnianie świadczeń na rzecz jej beneficjentów, którymi przynajmniej w części mogą być osoby uprawnione do zachowku²⁵.

Oprócz niektórych darowizn²⁶ oraz zapisów windykacyjnych, stosownie do znowelizowanej regulacji Kodeksu cywilnego, doliczeniu do spadku podlegają nadto:

1. fundusz założycielski fundacji rodzinnej wniesiony przez spadkodawcę, z wyjątkiem²⁷:
 - a) funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej, która została ustanowiona dopiero w testamencie (art. 993 § 2 k.c.),
 - b) funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej ustanowionej za życia spadkodawcy, który został wniesiony przed więcej niż dziesięć laty, licząc wstecz od otwarcia spadku, chyba że fundacja rodzinna jest spadkobiercą (art. 994¹ § 1 k.c.),
 - c) funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej ustanowionej za życia spadkodawcy, przekazanego w czasie, gdy spadkodawca nie posiadał zstępnych (jakichkolwiek), z wyjątkiem przekazania dokonanego na

²³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20.12.2016 r. (I ACa 957/16), Legalis nr 1581395.

²⁴ Zwrócił na to uwagę P. Księżak, *Zachowek...*, s. 316–317.

²⁵ Rodzaje beneficjentów klasyfikują K. Karpiuk, J. Pawłowski, P. Woźniakiewicz, *Fundacja rodzinna – przełomowe rozwiązanie dla biznesu rodzinnego*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2023/1, s. 15.

²⁶ Na potrzeby obliczania substratu zachowku pojęcie darowizny wykładane jest szerzej i obejmuje także inne nieodpłatne przysporzenia (np. umowa majątkowa małżeńska, nieodpłatne zniesienie współwłasności, zrzeczenie się roszczenia o zwrot nakładów z majątku wspólnego na osobisty itp.). Zob. P. Księżak, *Zachowek...*, s. 278 i n.; B. Kordasiewicz (w:) *System...*, s. 989; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27.05.2021 r. (I ACa 231/18), Legalis nr 2612225; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.12.2020 r. (V ACa 249/20), Legalis nr 2553900; wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 26.04.2017 r. (I C 20/14), Legalis nr 1668822; wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 10.11.2016 r. (II Ca 1547/16), Legalis nr 1668823; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 9.09.2016 r. (I ACa 914/16), Legalis nr 1591936; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.11.2014 r. (VI ACa 99/14), Legalis nr 1241802; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 25.03.2014 r. (I ACa 1204/13), Legalis nr 1023937.

²⁷ Na specyficzną technikę legislacyjną, w której od strony negatywnej wymienia się składniki niepodlegające doliczeniu do spadku, zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 26.01.2017 r. (I ACa 816/16), Legalis nr 1581367.

- mniej niż 300 dni przed urodzeniem się zstępnego – gdy obliczamy zachówek należny zstępnemu (któremukolwiek) (art. 994¹ § 3 k.c.),
- d) funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej ustanowionej za życia spadkodawcy, przekazanego przed zawarciem małżeństwa ze spadkodawcą – gdy obliczamy zachówek należny małżonkowi (art. 994¹ § 3 k.c.),
2. mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, o wartości nie większej niż wysokość funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej wniesionego przez spadkodawcę (art. 993 § 3 k.c.), z wyjątkiem:
- a) mienia otrzymanego przez osoby niebędące spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku przed więcej niż dziesięciu laty, licząc wstecz od otwarcia spadku (art. 994¹ § 2 k.c.)
- b) mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, jeśli przekazanie nastąpiło w czasie, gdy spadkodawca nie posiadał zstępnych (jakichkolwiek), z wyjątkiem przekazania dokonanego na mniej niż 300 dni przed urodzeniem się zstępnego – gdy obliczamy zachówek należny zstępnemu (któremukolwiek) (art. 994¹ § 3 k.c.),
- c) mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, jeśli przekazanie nastąpiło przed zawarciem małżeństwa ze spadkodawcą – gdy obliczamy zachówek należny małżonkowi (art. 994¹ § 3 k.c.).

Ogólnie rzecz ujmując, należy stwierdzić, że ustawodawca nie zmienił dotychczasowego modelu obliczania substratu zachowku, tyle tylko, że uzupełnił go o kwestie wynikające z wprowadzenia do systemu prawa fundacji rodzinnej. Temu zagadnieniu poświęcone zostały dodatkowe przepisy kodeksu, ale też obszerna regulacja ustawy o fundacji rodzinnej. Znaczenia wprowadzonych zmian nie można wyjaśnić bez odniesienia się do tego nowo powołanego podmiotu.

5. FUNDACJA RODZINNA A SUBSTRAT ZACHOWKU

Z uzasadnienia²⁸ do ustawy o fundacji rodzinnej wynika, że celem wprowadzenia do systemu prawa fundacji rodzinnej było dodanie instytucji służącej do gromadzenia rodzinnego majątku, pozwalającego na zatrzymanie kapitału w kraju na wiele pokoleń oraz zwiększenie potencjału krajowych inwestycji, a także zminimalizowanie ryzyka nieudanej sukcesji. Istotna była też ochrona majątku przed podziałem i zapewnienie ciągłości przedsiębiorstwa prywatnego w taki sposób, by umożliwić jego rozwój, a jednocześnie zapewnić beneficjentom fundacji, którzy z reguły będą członkami rodziny fundatora, zaspokojenie ich potrzeb i kosztów utrzymania²⁹. Tak też definiuje cel art. 2 u.F.R., wskazując, że celem fundacji rodzinnej jest gromadzenie mienia, zarządzanie nim w interesie beneficjentów oraz spełnianie na ich rzecz świadczeń. Zasadniczo fundacja rodzinna nie została stworzona w celu prowadzenia działalności gospodarczej,

²⁸ Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2798 (dalej: Uzasadnienie).

²⁹ Uzasadnienie, s. 5–6.

nie powinna ona zatem zastępować typowych podmiotów gospodarczych, jak przedsiębiorstwa jednoosobowe czy spółki prawa handlowego. Działalność, którą taka fundacja może prowadzić, została w zasadzie ograniczona do działalności rentierskiej, a także gospodarki rolnej i leśnej. Ma ona zatem stanowić bazę materialną dla rodziny, gromadząc aktywa, z których zyski (dywidendy) będą przeznaczone na zaspokajanie potrzeb rodziny³⁰. Pomimo że minimalna wartość funduszu założycielskiego fundacji wynosi 100.000 zł, jest to instytucja prawna służąca organizacji majątku raczej znacznie większych podmiotów gospodarczych³¹. Oprócz bowiem kosztów związanych z założeniem fundacji rodzinnej zasadniczą rolę odgrywać będą koszty jej bieżącego funkcjonowania, a przede wszystkim zasadniczego celu – wypłaty świadczeń dla beneficjentów. Jednakowoż, mimo że to właśnie subsydiowanie beneficjentów stanowi jeden z głównych celów fundacji rodzinnej, wysokość wypłaconych świadczeń nie ma bezpośredniego wpływu na ustalenie substratu zachowku należnego uprawnionym. Inaczej niż w przypadku zapisów windykacyjnych i większości darowizn, nie dolicza się bowiem tych świadczeń do spadku. Wpływ na sposób obliczania substratu zachowku ma natomiast sposób powstania fundacji rodzinnej. Może ona zostać ustanowiona za życia testatora – w drodze złożenia oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej, albo na wypadek śmierci – w testamencie (art. 11 w zw. z art. 21 ust. 1 u.F.R.). Jedynie w tym pierwszym przypadku fundusz założycielski fundacji rodzinnej podlega doliczeniu do spadku i jedynie taka fundacja może mieć więcej niż jednego fundatora (art. 12 ust. 1 u.F.R.). Istotne jest, że przy zawiązaniu fundacji rodzinnej w drodze czynności *inter vivos* mienie w postaci funduszu założycielskiego musi być przez fundatora wniesione jeszcze przed rejestracją. Zapewnia to fundacji realną bazę materialną dla jej działania. Fundacja ustanowiona w testamencie może mieć tylko jednego fundatora (art. 12 ust. 2 u.F.R.), co jest odpowiedzią na zakaz testamentów wspólnych (art. 942 k.c.)³². Z literalnego brzmienia art. 17 u.F.R. można wnioskować, że każdy z fundatorów ma wnieść fundusz założycielski wynoszący nie mniej niż 100 tys. zł. W treści tego przepisu nie ustalono bowiem funduszu założycielskie-

³⁰ K. Górniak, *Sukcesja...*, s. 490, wskazuje, że z perspektywy funkcjonalnej powołanie fundacji rodzinnej jest sposobem uposażenia członków rodziny fundatora, również po jego śmierci, przy jednoczesnym odsunięciu ich od wpływu na zarządzanie przedsiębiorstwem i uniemożliwieniu jego podziału, sprzedaży czy doprowadzenia do ruiny przez nierozsądne decyzje.

³¹ Zdaniem P. Blajera, *Fundacja rodzinna. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2023, s. 24–25 – z uwagi na złożoność regulacji, obowiązek rejestracyjny, brak kompleksowych rozwiązań gwarantujących poufność i prywatność, a także skomplikowane zagadnienia fiskalne – fundacja rodzinna pozostanie tworem elitarnym, choć z założenia powinna być przeznaczona dla możliwie najszerzego grona adresatów.

³² Wątpliwości co do rozumienia tego zakazu i jego zakresu omawia m.in. T. Jasiakiewicz, *Testament wspólny jako przedmiot regulacji w prawie polskim i niemieckim* (rozprawa doktorska), Toruń 2018, s. 125–141.

go fundacji rodzinnej jako pewnej minimalnej sumy, ale odniesiono się wprost do obowiązku fundatora wniesienia określonego mienia³³.

Istotnym elementem w zakresie rozliczeń, zarówno jeśli chodzi o rozliczenia pomiędzy większą liczbą fundatorów, jak również o obliczenie substratu zachowku, jest sporządzony przez fundatora spis mienia wnoszonego do fundacji rodzinnej na pokrycie funduszu założycielskiego (art. 27 ust. 2 u.F.R.). Przy większej liczbie fundatorów każdy z nich sporządza osobny spis tego, co wnosi. Niezależnie od tego sporządza się także spis mienia fundacji rodzinnej, który obejmuje prawa majątkowe wnoszone przez fundatora albo inne osoby, ze wskazaniem osoby wnoszącej mienie oraz określeniem rodzaju i wartości każdego z wniesionych składników majątkowych (art. 27 ust. 1 u.F.R.). Spis ten jest aktualizowany przez zarząd i obejmuje także informację o proporcjach mienia wniesionego przez każdego z fundatorów. Sposób obliczania tej proporcji określają art. 28 i 29 u.F.R. Mimo tego zatem, że fundacja jest osobą prawną, a jej majątek jest majątkiem fundacji, na poziomie rachunkowo-księgowym występuje separacja, jeśli chodzi o środki wnoszone przez poszczególnych fundatorów lub ich rodziny.

Zgodnie z dyspozycją art. 28 ust. 1 u.F.R. wskazaną proporcję oraz zasady zaliczania mienia na rzecz poszczególnych fundatorów określa się dla celów podatku dochodowego od osób fizycznych. Powstaje jednak pytanie, czy w razie potrzeby można stosować te zasady w drodze analogii, w razie konieczności obliczenia substratu zachowku po danym spadkodawcy będącym tylko jednym z fundatorów. Wydaje się jednak, że nie. Doliczeniu do spadku, w celu obliczenia substratu zachowku, nie podlega wszak cały majątek fundacji rodzinnej, ale jedynie wartość jej funduszu założycielskiego³⁴. Nie powinno też ulegać wątpliwości, że w przypadku fundacji założonej przez więcej niż jednego fundatora uwzględnia się tylko wartość funduszu założycielskiego wniesionego przez tego z nich, po którym obliczamy zachówek. Nie jest także brana pod uwagę wartość

³³ Treść tego przepisu można jednak interpretować odmiennie. Ustawa, co do zasady, posługuje się pojęciem fundatora w liczbie pojedynczej, zatem możliwe jest rozumowanie, zgodnie z którym niezależnie od tego, ilu jest fundatorów, fundusz założycielski fundacji wynosi 100 tys. zł. Tak P. Blajer, *Fundacja...*, s. 59–60.

³⁴ W literaturze i orzecznictwie odnoszącym się do prawa fundacyjnego przeważa pogląd, że wniesienie funduszu założycielskiego do fundacji możliwe jest jedynie przy jej założeniu, do momentu rejestracji [por. wyrok WSA w Opolu z 24.01.2014 r. (ISA/Op 791/13), Legalis nr 978308; uchwała SN z 12.04.2007 r. (III CZP 26/07), OSNC 2008/3, poz. 32], a późniejsze nieodpłatne przysporzenia dokonywane na rzecz fundacji powinny przybrać formę darowizny. Pogląd ten opiera się na założeniu, że przepisy o fundacjach nie zawierają normy umożliwiającej „podwyższanie funduszu założycielskiego”, a akt założycielski fundacji jako jednostronna czynność prawna ma charakter osobisty i po rejestracji fundacji nie podlega zmianie [zob. M. Kępa (w:) M. Kępa, J. Podgórska-Rykała, *Komentarz do ustawy o fundacjach. Działalność fundacji w praktyce. Wzory dokumentów*, Warszawa 2020, komentarz do art. 3, nb 11; K. Karpiuk, J. Pawłowski, P. Woźniakiewicz, *Fundacja...*, s. 11]. Praktyka notarialna zna jednak doposażanie fundacji w dodatkowy majątek przez fundatora nie tylko w drodze darowizny, ale zwiększania funduszu założycielskiego, poprzez zmianę pierwotnego aktu zawiązania fundacji.

majątku wniesionego po założeniu fundacji, czy to przez samego fundatora, czy osoby trzecie, ani także wartość tego majątku powiększonego przez fundację rodzinną wskutek zarządzania mieniem. W treści Uzasadnienia do projektu ustawy wnioskodawcy wyjaśnili, że majątek fundacji rodzinnej uwzględniany przy obliczaniu zachowku powinien pochodzić wyłącznie od spadkodawcy, gdyż w przeciwnym wypadku doliczano by także majątek, który nie był wcześniej własnością spadkodawcy, a osoby uprawnione otrzymywałyby majątek większy niż w przypadku, gdyby fundacji rodzinnej nie założono³⁵. Rozwiązanie to uznać można za dyskusyjne. Po pierwsze, nie można wykluczyć, że poza funduszem założycielskim fundator wniesie do fundacji także kolejne składniki majątkowe. Ten argument można odeprzeć jednak tym, że dokonywane na rzecz fundacji rodzinnej darowizny (inne nieodpłatne przysporzenia) będą doliczane do spadku, na zasadach przewidzianych w art. 993–994 k.c., zatem finalnie nie zmniejszą substratu zachowku. Po drugie jednak, sama fundacja rodzinna może przecież inwestować przekazane jej składniki mienia, a wytyczne w tym przedmiocie mogą znajdować się w jej statucie (art. 26 ust. 3 pkt 3 u.F.R.). Ten majątek nie będzie podlegał zaliczeniu do substratu zachowku. Twórcy ustawy uznali to za naturalne. Należy jednak pamiętać, że gdyby fundator nie wniósł danego mienia do fundacji rodzinnej, to majątek ten zapewne byłby przez niego inwestowany i stałby się z czasem masą spadkową, którą uwzględnia się przy obliczaniu substratu zachowku. Podobnie byłoby w przypadku darowizn dokonywanych na rzecz fundacji rodzinnej przez inne osoby lub powołania jej do dziedziczenia. Znakomita większość z tych przysporzeń, w braku fundacji rodzinnej, weszłaby w skład majątku spadkodawcy, który z biegiem czasu przekształci się w spadek. W obecnej regulacji ustawowej majątek ten wymyka się jednak takiemu zaliczeniu³⁶.

Zgodnie z przyjętą regulacją nie każda wartość funduszu założycielskiego podlega zaliczeniu w skład substratu zachowku. Podobnie jak w przypadku darowizn, zaliczanie podlega różnicowaniu w stosunku do każdego uprawnionego, a ponadto nie uwzględnia się wartości funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej, która została ustanowiona dopiero w testamencie (art. 993 § 2 k.c.). Jest to uzasadnione, gdyż fundacja taka sama staje się spadkobiercą, a tym samym przedmiot jej funduszu założycielskiego stanowi spadek, który już sam w sobie jest podstawą obliczania substratu zachowku. Ponowne doliczanie do spadku oznaczałoby tym samym podwójne liczenie tego samego mienia. W art. 994¹ k.c. sformułowano także regułę, zgodnie z którą nie podlega zaliczeniu do substratu zachowku wartość funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej, który został wniesiony przed więcej niż dziesięć laty, licząc wstecz od otwarcia spadku, chyba że ta fundacja rodzinna jest spadkobiercą. Tutaj uzasadnieniem jest podobieństwo rozporządzenia mieniem na rzecz fundacji

³⁵ Uzasadnienie, s. 48–49.

³⁶ Jedynie niewielką ochronę stanowić tu będą art. 18 i 20 u.F.R., mające przeciwdziałać zbytniemu ubytkowi aktywów fundacji rodzinnej.

rodzinnej do darowizny dokonanej na rzecz osoby niebędącej uprawnionym do zachowku, zatem wydaje się, że obie te dyspozycje spadkodawcy powinny podlegać tym samym zasadom. W przypadku jednak, gdy fundacja rodzinna jest spadkobiercą, cel utrzymania tego ograniczenia odpada, albowiem każdy spadkobierca jest obowiązany do zapłaty zachowku, i to w pierwszej kolejności, przed obdarowanymi. Nie byłoby zatem zasadne traktowanie mienia przeznaczonego na fundusz założycielski fundacji rodzinnej jako swego rodzaju darowizny, ale należy go wprost ujmować tak, jak przedmiot spadkobrania.

Pozostałe wyjątki od doliczania funduszu założycielskiego do spadku mają już charakter zindywidualizowany i dotyczą mienia wniesionego na pokrycie tego funduszu, w czasie gdy fundator nie miał zstępnych, a także przed zawarciem małżeństwa. Wyjątki te uwzględnia się, obliczając zachówek dla poszczególnych uprawnionych – odpowiednio zstępnych i małżonka. Rozwiązanie to jest tożsame, jak w przypadku doliczania do spadku darowizn.

Doliczeniu do spadku podlega także wartość drugiej kategorii mienia fundacji rodzinnej, którą ustawodawca określa jako „mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej”³⁷, jednak o wartości nie większej niż wysokość funduszu założycielskiego wniesionego przez spadkodawcę (art. 993 § 3 k.c.). Ustawodawca przewiduje, że fundacja rodzinna ustanowiona za życia spadkodawcy może zostać, także jeszcze w ciągu jego życia, zlikwidowana – niemożliwe będzie zatem poszukiwanie względem niej przez uprawnionych do zachowku zaspokojenia swoich roszczeń. Bezcelowe byłoby zatem doliczanie do spadku wartości funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej, skoro utraci ona swój byt prawny. Z tego też względu doliczeniu do spadku podlegać będzie surogat tego funduszu – tj. mienie pozostałe w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej.

Nie ma sztywnych reguł przesądzających o tym, komu przypada mienie pozostałe po rozwiązaniu fundacji rodzinnej, co pozostawia dużą swobodę po stronie fundatora, który kwestię tę może uregulować w statucie w zasadzie dowolnie. Ustawa reguluje tylko kolejność uprawnionych do tego mienia, w sytuacji braku szczególnej regulacji statutowej (art. 103 u.F.R.). Niezależnie jednak, komu to mienie przypadnie, jego wartość doliczana jest do spadku w celu obliczenia substratu zachowku. Wysokość doliczenia jest jednak limitowana wysokością funduszu założycielskiego fundacji rodzinnej. Jest to konsekwencja wskazanej już wcześniej zasady, zgodnie z którą majątek wypracowany przez fundację rodzinną nie podlega doliczeniu do spadku. Zasady doliczania mienia pozostałego w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej są takie same, jak

³⁷ Komentatorzy wskazują na niespójności terminologiczne w prawie fundacyjnym. Fundusz założycielski w literaturze nazywany jest także „majątkiem początkowym”, „kapitałem fundacyjnym”, „kapitałem założycielskim” czy „majątkiem założycielskim” (G. Gura, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 3, nb 3), z kolei składniki majątku, które ustawa o fundacji rodzinnej nazywa „mieniem w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej”, ustawa o fundacjach określa jako „środki majątkowe pozostające po likwidacji fundacji”.

w przypadku funduszu założycielskiego. W pierwszej kolejności bierze się pod uwagę czas otrzymania tego mienia przez uprawnionych. W sytuacji gdy minęło już więcej niż dziesięć lat od dnia przekazania mienia na rzecz uprawnionych w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej – mienia tego nie dolicza się do spadku (art. 994¹ § 2 k.c.), o ile otrzymały je osoby niebędące spadkobiercami ani uprawnionymi do zachowku. Ponadto doliczając mienie likwidacyjne do spadku, bierze się pod uwagę, czy zostało ono otrzymane przez zstępnych i małżonka fundatora i kiedy to nastąpiło, a także czy fundator posiadał wówczas zstępnych i małżonka, czy też nie.

6. ZASADY USTALANIA WARTOŚCI

Niewątpliwie, aby możliwe było dokonywanie jakichkolwiek doliczeń do spadku, konieczne jest ustalenie wartości doliczanych składników majątkowych. Paradoksalnie jednak ta ważna kwestia nie znalazła pierwotnie odzwierciedlenia w kodeksie. Otwarte pozostało zatem, czy wartość spadku i przedmiotów majątkowych doliczanych do spadku ustalać należy z dnia otwarcia spadku, czy z daty ustalania wysokości zachowku, czy też z jakiejś innej daty. Pod rządami Prawa spadkowego art. 160 § 1 tego prawa wskazywał wprost, że w celu obliczenia zachowku należy ustalić wartość stanu czynnego spadku według stanu z chwili otwarcia spadku, a wartości z chwili sporządzenia zestawienia. Przepis ten nie został jednak recypowany do Kodeksu cywilnego, co wywołało pewną dyskusję w doktrynie i orzecznictwie³⁸. Obecnie przyjmuje się już bezspornie, że wartość spadku dla obliczenia substratu zachowku ustala się według stanu z chwili otwarcia spadku, a cen z chwili wyrokowania³⁹. Jeśli chodzi o kwestię doliczania przedmiotów majątkowych uwzględnianych przy obliczaniu substratu zachowku, to obowiązuje tu zasada, że dla określania stanu danego przedmiotu przyjmuje się dzień dokonania przysporzenia przez spadkodawcę (a nie dzień otwarcia spadku), a dla ustalenia realnych wartości – dzień ustalania zachowku (wyrokowania). Przemawia za tym w szczególności treść art. 995 k.c., który nakazuje, by wartość przedmiotu darowizny obliczać według stanu z chwili jej dokonania, a według cen z chwili ustalania zachowku⁴⁰. Mówiąc o „cenach” w kontekście darowizny, myśli się rzecz jasna o wartości zbywczej przedmiotu darowizny, a nie subiektywnej wartości określonej przez strony, przy uwzględnieniu szkodrobliwego motywu darowizny.

Nowa regulacja ustawy o fundacji rodzinnej zasady tej nie zmienia. Tak jak w przypadku darowizn, obowiązuje tu odniesienie do daty przekazania danego mienia. Potwierdza to treść art. 995 § 3 k.c., zgodnie z którym wartość fun-

³⁸ Dyskurs naukowy w tym względzie omawia P. Księżak, *Zachowek...*, s. 245.

³⁹ Uchwała składu 7 sędziów SN (zasada prawna) z 26.03.1985 r. (III CZP 75/84), OSNC 1985/10, poz. 147.

⁴⁰ W pierwotnym brzmieniu był to dzień otwarcia spadku. Zmiana wprowadzona została dopiero ustawą z 28.07.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r. nr 55 poz. 321).

doszu założycielskiego fundacji rodzinnej i mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej oblicza się według stanu z chwili ich przekazania, a według cen z chwili ustalania zachowku. W przypadku mienia likwidacyjnego fundacji rodzinnej w pierwszej kolejności oblicza się wartość funduszu założycielskiego i wartość mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, a następnie porównuje się obie wartości, z uwzględnieniem art. 993 § 3 k.c. Przekazanie, o którym mowa w tym przepisie, odnosi się jednak w istocie do dwóch różnych momentów. W przypadku funduszu założycielskiego chodzi o moment wniesienia przez fundatora mienia do fundacji rodzinnej w organizacji (art. 21 pkt 5 u.F.R.), a w przypadku mienia likwidacyjnego – o moment, w którym dochodzi do wydania uprawnionym majątku pozostałego po zaspokojeniu lub zabezpieczeniu wierzycieli (art. 102 u.F.R.).

Jeśli chodzi o sposób obliczania tej wartości, to pomimo nieco odmiennej redakcji obowiązuje zasada ustalania wartości w odniesieniu do cen rynkowych. Artykuł 19 u.F.R. precyzuje, że ilekroć w ustawie jest mowa o wartości mienia wniesionego do fundacji rodzinnej albo mienia fundacji rodzinnej, rozumie się przez to wartość rynkową składników wniesionego mienia, ustaloną na dzień wniesienia mienia, zgodnie z zasadami określonymi w ustawie z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁴¹. Ustaleniu tej wartości sprzyjać będzie sporządzany przez fundatora spis mienia. Co prawda w tym przypadku zarówno stan, jak i wartość składników majątkowych ustala się na dzień wniesienia mienia, to jednak zarząd fundacji rodzinnej aktualizuje spis mienia i odpowiada za aktualność tego spisu (art. 27 ust. 3 u.F.R.). Wydaje się, że oznacza to przynajmniej okresową aktualizację wyceny, na co pośrednio wskazuje treść art. 28 i 29 u.F.R. Należy sądzić, że w przypadku wnoszenia mienia na przestrzeni rozległego nieraz czasu należałoby aktualizować wartość wcześniej wnoszonych składników, aby wycena miała charakter realny i odzwierciedlała rzeczywistą wartość ekonomiczną poszczególnych składników mienia. Oczywiście tak ustalona wartość będzie miała jedynie charakter pomocniczy, w sposób wiążący ustala ją bowiem biegli na potrzeby wyrokowania w procesie o zachowek.

7. USTALENIE UDZIAŁU NALEŻNEGO UPRAWNIONEMU W SUBSTRACIE ZACHOWKU

Omówione w poprzednich rozdziałach obliczenie wartości substratu zachowku stanowi zasadniczą i najbardziej złożoną część postępowania mającego na celu obliczenie zachowku. Równie ważne, ale nieobrosłe już taką liczbą norm, jest ustalenie współczynnika, przez który należy przemnożyć udział spadkowy konkretnego uprawnionego, aby otrzymać udział stanowiący podstawę obliczenia zachowku. Zgodnie z art. 991 § 1 k.c. współczynnik ten wynosi co do zasady 1/2, a gdy uprawniony do zachowku jest trwale niezdolny do pracy

⁴¹ Dz.U. z 2022 r. poz. 2587 ze zm.

albo jeżeli zstępnym uprawnionym jest małoletni – $2/3$ ⁴². Obliczony w wyniku tych działań ułamek należy następnie „przyłożyć” do ustalonej wartości substratu zachowku, otrzymując w ten sposób wysokość zachowku dla konkretnego uprawnionego. W większości przypadków ta operacja matematyczna spowoduje otrzymanie wysokości należnego uprawnionemu zachowku, a przynajmniej zachowku „potencjalnego”⁴³, który mógłby mu przysługiwać, gdyby za życia spadkodawcy nie otrzymał żadnych przysporzeń. W tym obszarze regulacji zachowku nowelizacja Kodeksu cywilnego nie przyniosła żadnych zmian. Nowości legislacyjne pojawiają się, gdy dochodzi do ustalenia konkretnej sumy należnej uprawnionemu, a obliczonej wskutek zaliczenia na poczet należnego mu zachowku dokonanych na jego rzecz darowizn, zapisów windykacyjnych, kosztów ponadprzeciętnego wychowania i wykształcenia ogólnego i zawodowego, a także świadczeń od fundacji rodzinnej i mienia otrzymanego w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej. Te ostatnie elementy wpływają na wysokość roszczenia o zachówek.

8. PRZYSPORZENIA ZALICZALNE NA POCZET ZACHOWKU NALEŻNEGO UPRAWNIONEMU

Instytucja zaliczania darowizn, innych przysporzeń i świadczeń na poczet zachowku ma przejrzyste uzasadnienie w kontekście celu, dla którego zachówek został stworzony. Ma on bowiem chronić pewną grupę spadkobierców ustawowych przed takimi rozporządzeniami (rozrządzeniami) spadkodawcy, które spowodują, że nie uzyskają oni pewnego ustawowego minimum z majątku spadkodawcy, uznanego przez ustawodawcę za słuszny ze względów rodzinnych i społecznych⁴⁴. Racja stosowania ochrony zachowkowej odpada, gdy te same osoby otrzymały już za życia spadkodawcy określone przysporzenia, które mogą stanowić swego rodzaju *successio anticipata* lub też stanowią bonus, umożliwiającą im korzystniejszy start w życiu (ponadprzeciętne koszty wychowania lub wykształcenia). Jeśli bowiem doliczamy pewne darowizny, przysporzenia i świadczenia do substratu zachowku, pomimo że nie stanowią one formalnie spadku, to tym samym powinniśmy przysporzenia otrzymane przez danego uprawnionego zaliczać na poczet należnego mu zachowku, aby nie doszło do uprzywilejowania jednego z uprawnionych kosztem innych lub kosztem spadkobierców albo innych zobowiązanych.

Dotychczasowe reguły zaliczania przysporzeń na poczet należnego zachowku uległy obecnie poszerzeniu. I tak, według treści znowelizowanych przepisów

⁴² Tego rodzaju przymioty osobiste ustala się na dzień otwarcia spadku – tak M. Pazdan (w:) *Komentarz KC*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, t. 2, komentarz do art. 991, nb 20 oraz A. Doliwa (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023, komentarz do art. 991, nb 6.

⁴³ Takiego określenia używają T. Sokołowski, K. Szadkowski, *Kodeks...*, komentarz do art. 991, nb 15.

⁴⁴ Zob. wyrok TK z 25.07.2013 r. (P 56/11), OTK-A 2013/6, poz. 85.

Kodeksu cywilnego, oprócz zapisów windykacyjnych, niektórych darowizn⁴⁵ oraz ponadprzeciętnych kosztów wychowania i wykształcenia zalicza się na poczet należnego uprawnionemu zachowku:

- a) świadczenie od fundacji rodzinnej przekazane na rzecz uprawnionego do zachowku, a jeżeli uprawnionym do zachowku jest dalszy zstępny spadkodawcy, zalicza się na należny mu zachówek także świadczenie od fundacji rodzinnej na rzecz jego wstępnego (art. 996 § 2 k.c.),
- b) mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej przekazane na rzecz uprawnionego do zachowku, a jeżeli uprawnionym do zachowku jest dalszy zstępny spadkodawcy, zalicza się na należny mu zachówek także mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej przekazane na rzecz jego wstępnego (art. 996 § 2 k.c.),
- c) koszty zrealizowanego przez fundację rodzinną obowiązku alimentacyjnego ciążącego na spadkodawcy, jeżeli uprawnionym do zachowku jest zstępny spadkodawcy, o ile koszty te przekraczają przeciętną miarę przyjętą w danym środowisku (art. 997 § 2 k.c.).

Zasady zaliczania na poczet zachowku darowizn i zapisów windykacyjnych nie uległy zmianie⁴⁶, podobnie jak kosztów wychowania i wykształcenia ogólnego i zawodowego przekraczającego przeciętną miarę przyjętą w danym środowisku. Zgodnie jednak z zasadami wykładni dynamicznej może zmieniać się postrzeganie tych kosztów. Przy powszechnym dostępie do nauczania coraz trudniej uzasadnić zaliczanie na zachówek ponadprzeciętnych kosztów wychowania czy wykształcenia. W zależności od sytuacji może jednak chodzić np. o wsparcie jednego ze zstępnych podczas pobytu w zagranicznej szkółce piłkarskiej z internatem, studiów w innym regionie kraju czy wręcz za granicą. W każdym razie zaliczanie tych kosztów staje się coraz bardziej uzależnione od sytuacji konkretnego przypadku⁴⁷.

Nowością legislacyjną są natomiast zaliczane na poczet należnego zachowku świadczenie od fundacji rodzinnej i mienie otrzymane w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, a także zrealizowany przez fundację rodzinną obowiązek alimentacyjny fundatora. Jak wskazano we wcześniejszych rozważaniach, idea fundacji rodzinnej polega właśnie na profesjonalnym zarządzaniu aktywami fundatora i wypłacaniu świadczeń⁴⁸ na rzecz określonych w statucie

⁴⁵ W piśmiennictwie wskazuje się, że symetrycznie zaliczeniu na poczet zachowku powinny podlegać tylko te darowizny, które są uwzględniane w substracie zachowku tego konkretnego uprawnionego – zob. B. Kordasiewicz (w:) *System...*, s. 995; M. Pazdan (w:) *Komentarz KC...*, komentarz do art. 996, nb 1 i 2.

⁴⁶ P. Księżak (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 996, nb 7, wskazuje, że również inne przysporzenia, które zostały doliczone do spadku w celu ustalenia substratu zachowku, na tych samych zasadach co darowizny, powinny być zaliczane na poczet zachowku.

⁴⁷ Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18.11.2020 r. (VI ACa374/20), Legalis nr 2583919.

⁴⁸ Zgodnie z art. 2 ust. 2 u.F.R. świadczenia na rzecz beneficjentów mogą mieć charakter pieniężny bądź niepieniężny. Jak wskazuje P. Blajer, *Fundacja...*, s. 72 – zwykle dominować będą świadczenia pieniężne.

beneficjentów. Świadczenia te są realizowane jednak wówczas, gdy nie zagraża to wypłacalności fundacji rodzinnej względem jej wierzycieli, niebędących beneficjentami, i uzależnione jest od bieżącej sytuacji finansowej fundacji, mogąc ulegać zawieszeniu do czasu jej poprawy (art. 36 u.F.R.). W pierwszej kolejności fundacja zaspokaja też roszczenia osób, wobec których fundatora obciąża obowiązek alimentacyjny (art. 37 u.F.R.), niezależnie czy są beneficjentami. Jeśli fundacja rodzinna nie jest w stanie zaspokoić wszystkich roszczeń beneficjentów, dokonuje miarkowania świadczeń, tak aby żaden z beneficjentów nie został pokrzywdzony, a wypłata pozostałej części świadczeń ulega zawieszeniu do czasu poprawy sytuacji finansowej fundacji rodzinnej (art. 38 u.F.R.).

Nie ulega wątpliwości, że świadczenia wypłacane przez fundację rodzinną powinny być uwzględniane, jeśli chodzi o należny uprawnionym zachówek. Jeśli zatem uprawnieni do zachowku są beneficjentami, wartość wypłacanych przez fundację rodzinną świadczeń zmniejszy należny im zachówek. Jeśli chodzi o świadczenia alimentacyjne wypłacane przez fundację rodzinną w miejsce fundatora, to podlegają one zaliczeniu na poczet należnego uprawnionym zachowku jedynie w części, w której świadczenia te przekraczają przeciętną miarę przyjętą w danym środowisku. Koresponduje to z brzmieniem art. 997 § 1 k.c., który dotyczy kosztów wychowania oraz wykształcenia ogólnego i zawodowego poniesionych przez spadkodawcę na rzecz zstępного. W przypadku jednak obowiązku alimentacyjnego jego wysokość już z założenia powinna odpowiadać usprawiedliwionym potrzebom uprawnionego oraz możliwościom zarobkowym i majątkowym zobowiązanego (art. 135 § 1 k.r.o.)⁴⁹. *Prima facie* trudno tu zatem mówić o przekroczeniu przeciętnej miary, jeżeli z samej ustawy wynika, że obowiązek ten ma charakter „przeciętny”. Nawet przy bardzo wysokich świadczeniach alimentacyjnych, które wykraczają ponad średnią społeczną, są one zwykle spowodowane tym, że dotyczą poziomu życia „wyższych sfer” – odpowiadają zatem przeciętnej mierze tego środowiska. W literaturze i orzecznictwie dopuszcza się jednak możliwość zawierania tzw. umów alimentacyjnych, w których strony konkretyzują poszczególne elementy powstałego już obowiązku alimentacyjnego, jak w szczególności wysokość świadczeń, termin czy sposób zapłaty itp.⁵⁰ Możliwe jest zatem ustalenie wysokości świadczeń alimentacyjnych, które w istocie byłyby znacznie wyższe niż potencjalnie zasądzone

⁴⁹ W piśmiennictwie prawnorodzinnym wskazuje się jednak na wewnętrzne zróżnicowanie tego obowiązku w oparciu o wymienione w art. 135 k.r.o. kryteria. Inaczej bowiem zakres obowiązku alimentacyjnego kształtuje się w relacji do małżonka, gdy występuje zasada równej stopy życiowej, inaczej rodziców względem dzieci, gdy jest współkształtowany przez zasady wykonywania władzy rodzicielskiej i zasadę dobra dziecka, a inaczej w przypadku dalszych członków rodziny (T. Smoczyński, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 789–790). Podobnie wyrok NSA z 4.10.2011 r. (II FSK 632/10), Legalis nr 389456.

⁵⁰ J. Łukasiewicz (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023, komentarz do art. 128, nb 9; T. Strumiłło, K. Szymura-Strumiłło (w:) *Notariat. Czynności notarialne*,

w wyroku sądowym⁵¹. W takim przypadku niewątpliwie zaliczą się one na poczet należnego uprawnionemu zachowku. Jeśli uprawniony do alimentacji jest jednocześnie beneficjentem fundacji rodzinnej, to świadczenia wypłacane na jego rzecz przez fundację rodzinną, a także mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, zalicza się na poczet należnych mu świadczeń alimentacyjnych obciążających fundatora (art. 35 ust. 2 u.F.R.). W tym przypadku zatem nie całe świadczenie fundacji rodzinnej wypłacone beneficjentowi będącemu jednocześnie uprawnionym do alimentacji przez fundatora powinno być zaliczone na poczet należnego mu zachowku, ale jedynie w części przekraczającej przeciętną miarę roszczenia alimentacyjnego przyjętą w danym środowisku. Z powyższego wynika, że art. 997 § 2 k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 996 § 2 k.c. Świadczenie alimentacyjne samo w sobie nie podlega bowiem zaliczeniu na poczet należnego zachowku.

Przepisy nie wskazują wprost sposobu obliczania wartości darowizn i zapisów windykacyjnych oraz świadczeń od fundacji rodzinnej ani mienia w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej, przy ich zaliczaniu na poczet należnego zachowku. Przyjmuje się jednak powszechnie, że zastosowanie *per analogiam* powinny tu mieć przepisy, które regulują ustalanie wartości tych składników mienia, dla potrzeb obliczania substratu zachowku, tj. art. 995 k.c. Nie ma bowiem żadnej racji, która przemawiałaby za innym sposobem obliczania.

9. OBLICZENIE WYSOKOŚCI ROSZCZENIA O WYPŁATĘ ZACHOWKU

Ustalenie składników majątkowych i świadczeń podlegających zaliczeniu na poczet należnego uprawnionemu zachowku jest już ostatnią z czynności koniecznych do skompletowania pełnego stanu faktycznego umożliwiającego określenie należnego uprawnionemu zachowku, a w dalszej konsekwencji – roszczenia o zachówek. Pozostaje tylko dokonanie określonych operacji matematycznych polegających na przemnożeniu udziału spadkowego stanowiącego podstawę do obliczenia zachowku przez współczynnik 1/2 albo 2/3, właściwy dla danego uprawnionego, a następnie przez ustalony substrat zachowku. Tak określony wynik wyznacza zachówek należny uprawnionemu, który następnie zmniejsza się o zaliczalne na poczet zachowku przysporzenia i świadczenia. Jeśli

red. A. Szereda, Warszawa 2021, s. 1292; uchwała SN z 4.12.2013 r. (III CZP 85/13), OSNC 2014/3, poz. 28.

⁵¹ Tak J. Łukasiewicz, *Kodeks...*, komentarz do art. 128, nb 9; uchwała SN z 1.12.1955 r. (4 CO 46/55), OSNCK 1957/3, poz. 72; wyrok SN z 24.11.1981 r. (III CRN 239/81), OSNC 1982/7, poz. 106. Należy jednak mieć na względzie, by zakres tych świadczeń nie był wygórowany i nie stanowił podstawy do obejścia prawa, czy to w zakresie należności innych wierzycieli zobowiązanego, czy to w zakresie należności publicznoprawnych – J. Pawliczak (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. serii K. Osajda, M. Domański, red. tomu J. Słyk, Warszawa 2022, komentarz do art. 128, nb 33; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.11.2014 r. (I ACa 520/14), Legalis nr 1195425.

po przeprowadzeniu tej operacji nadal suma zachowku nie została wyczerpana, oznacza to, że uprawnionemu przysługuje roszczenie o jego uzupełnienie⁵².

Ustawa o fundacji rodzinnej wprowadziła także zmiany, jeśli chodzi o katalog podmiotów zobowiązanych do zaspokojenia roszczenia o zachowek. Krąg ten został poszerzony o fundację rodzinną⁵³, a także o osoby, które otrzymały mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej. Odpowiadają one subsydiarnie w stosunku do spadkobierców i zapisobierców windykacyjnych, lecz równolegle z obdarowanymi. Szczegółowa analiza tych zasad wykracza jednak poza przedmiot niniejszej pracy.

10. PODSUMOWANIE

Podsumowując powyższe rozważania, skonkludować należy, że wprowadzone ustawą o fundacji rodzinnej zmiany nie dotknęły istoty dotychczas wypracowanego modelu obliczenia zachowku. W wyniku przeprowadzonej analizy poszczególne instytucje nowo wprowadzonej regulacji dało się bez trudu umiejscowić w dotychczasowym schemacie ustalenia wysokości zachowku, bez konieczności weryfikacji założeń systemowych. Kwestie techniczne ustalania wartości poszczególnych składników majątkowych uległy jedynie konkretyzacji. Z powyższego wnioskować można, że zmiany wpłynęły na niektóre elementy sposobu obliczania zachowku, jednak nie w sposób całościowy, a jedynie punktowy – uzupełniający, a zasadnicza koncepcja obliczania zachowku została utrzymana. Wprowadzenie fundacji rodzinnej, jak każde nowatorskie rozwiązanie, wpłynęło na uelastycznienie instytucji zachowku i jej uwspółcześnienie, powodując jednakowoż konieczność uwzględniania w procesie stosowania prawa większej liczby składowych. Nie jest to jednak kwestia, która powodowałaby konieczność wprowadzenia zasadniczych zmian w dotychczasowym sposobie postępowania przy obliczaniu zachowku. Niemniej jednak złożoność regulacji stawia przed każdym stosującym prawo nowe, konkretne wyzwania.

⁵² W kontekście nowo wprowadzonej w art. 1048 § 2 k.c. możliwości zrzeczenia się zachowku w części otwarte pozostaje, czy to zrzeczenie polegać może także na wyłączeniu obowiązku doliczania pewnych darowizn, zapisów windykacyjnych czy świadczeń do substratu zachowku, albo rozszerzeniu kręgu przysporzeń i świadczeń zaliczalnych na poczet zachowku. Ujmując rzecz szerzej – czy w ramach zrzeczenia się zachowku w części strony mogą zmodyfikować każdy element służący ustaleniu zachowku w taki sposób, by zachowek ten uległ zmniejszeniu w stosunku do regulacji ustawowej? Opowiadam się za pozytywną odpowiedzią na to pytanie, mając świadomość, że wymaga to jeszcze pogłębionych studiów.

⁵³ Jak słusznie zauważają K. Karpiuk, J. Pawłowski, P. Woźniakiewicz, *Fundacja...*, s. 24 – ryzyka związane z koniecznością wypłaty zachowku przez fundację powstają jedynie w pierwszym pokoleniu, czyli dotyczą najbliższych zmarłego fundatora, w kolejnych pokoleniach ryzyko to już nie wystąpi.

ABSTRACT

dr Rafał Kapkowski, notary

The author is a doctor of laws specializing in civil law, a notary in Gdańsk and also a member of the Polish Notaries Institute (POLINOT).

**The problem of legitim calculation in the light
of the Act on Family Foundations**

The subject-matter of this article is part of an important research trend in the field of inheritance law in recent years regarding the succession of enterprises. The article is devoted to the changes that have been introduced with respect to legitim (forced share) calculation as a result of the emergence of a new type of legal person in the legal system – a family foundation. The aim of the article is to analyse the individual stages of calculating the legitim in the context of recent legislative amendments, and consequently, to try to answer the question whether the normative model for calculating the legitim can be considered an overhaul, or whether these changes are only of a supplementary nature. The article tries to explore the subsequent stages of determining the amount of the legitim due to the persons entitled to it, showing the introduced legislative solutions against their background. A dogmatic analysis of the amendments is conducted in the context of the statutory purpose of a family foundation – to collect property, manage it, and pay benefits to the beneficiaries of the foundation, which benefits are then applied towards the legitim due to them. The author tries to assess whether, as a result of the introduction of the family foundation and the resulting adjustments in the method of legitim calculation, the very model of this legal institution has already changed. However, the analysis leads to the conclusion that the changes in the area of legitim calculation are fragmentary, local, and that they do not constitute a fundamental reform of this legal institution in the discussed scope.

Keywords: *inheritance, legitim, succession, family foundation, founder, beneficiary*

Dr Rafał Kapkowski

Doktor nauk prawnych w specjalności prawo cywilne, notariusz w Gdańsku, a także członek Polskiego Instytutu Notarialnego (POLINOT).

ORCID: 0009-0009-4509-2758

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bender Patryk**, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17.03.2017 r., III CZP 110/16, „Rejent”* 2018/5
- Bieluk Jerzy**, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Warszawa 2019
- Blajer Paweł**, *Fundacja rodzinna. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2023
- Borysiak Witold (w:)** *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3, Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2013
- Doliwa Adam (w:)** *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023
- Doliwa Adam**, *Umowy dotyczące spadku*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2008/1
- Ganicz Artur**, *Uprawnieni i zobowiązani z tytułu zachowku w polskim prawie spadkowym*, „*Rejent*” 2011/2
- Górniak Kacper**, *Sukcesja przedsiębiorstwa na wypadek śmierci przedsiębiorcy*, Warszawa 2023
- Górniak Kacper (w:)** *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022
- Gura Grzegorz**, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2021
- Gwiazdomorski Jan**, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959
- Gwiazdomorski Jan**, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1967
- Hans Walery**, *Umowy dotyczące spadku*, „*Nowe Prawo*” 1967/2
- Jasiakiewicz Tomasz**, *Glosa do uchwały SN z 17.03.2017 r., III CZP 110/16, „Orzecznictwo Sądów Polskich”* 2018/9, poz. 86
- Jasiakiewicz Tomasz**, *Testament wspólny jako przedmiot regulacji w prawie polskim i niemieckim (rozprawa doktorska)*, Toruń 2018
- Justyński Tomasz**, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17.03.2017 r., III CZP 110/16, „Orzecznictwo Sądów Polskich”* 2018/11, poz. 109
- Karpiuk Katarzyna, Pawłowski Jacek, Woźniakiewicz Piotr**, *Fundacja rodzinna – przełomowe rozwiązanie dla biznesu rodzinnego*, „*Nowy Przegląd Notarialny*” 2023/1
- Kępa Marcin (w:)** **M. Kępa, J. Podgórska-Rykała**, *Komentarz do ustawy o fundacjach. Działalność fundacji w praktyce. Wzory dokumentów*, Warszawa 2020
- Komarowska Martyna**, *Dopuszczalność umowy o zrzeczenie się zachowku. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17.03.2017 r. (III CZP 110/16)*, „*Białostockie Studia Prawnicze*” 2017/4
- Kordasiewicz Bogudar, (w:)** *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013
- Kosik Jan (w:)** *System Prawa Cywilnego*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, t. 4

- Księżak Paweł**, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17.03.2017 r., III CZP 110/16, „Rejent” 2017/9*
- Księżak Paweł** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022
- Księżak Paweł**, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012
- Kuźmicka-Sulikowska Joanna** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021
- Lukasiewicz Jakub** (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023
- Mularski Krzysztof** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3
- Panek Małgorzata**, *Dopuszczalność zrzeczenia się zachowku w prawie polskim*, „*Studia Iuridica Toruniensa*” 2015/ XVI
- Pawliczak Jakub** (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu M. Domański, J. Słyk, Warszawa 2022
- Pazdan Maksymilian** (w:) *Komentarz KC*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, t. 2
- Pazdan Maksymilian** (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013
- Pazdan Maksymilian**, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, „*Rejent*” 1997/4
- Pietrzykowski Janusz**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, t. 3
- Rott-Pietrzyk Ewa**, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia – uwagi „de lege lata” i „de lege ferenda”*, „*Rejent*” 2006/3
- Skowrońska-Bocian Elżbieta, Wierciński Jacek** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki*, Warszawa 2017, Lex
- Smyczyński Tadeusz** (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2011
- Sokołowski Tomasz, Szadkowski Karol** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. T. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3
- Stecki Leon**, *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, t. 2
- Strumiłło Tomasz, Szymura-Strumiłło Katarzyna** (w:) *Notariat. Czynności notarialne*, red. A. Szereda, Warszawa 2021
- Wójcik Sylwester**, *Ochrona interesów jednostki w polskim prawie spadkowym w zakresie powołania do dziedziczenia*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze*” 1981/98
- Zawadzka Julita**, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym – zagadnienia istotne z punktu widzenia kontrahentów przedsiębiorcy*, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2020/1

Pojęcia kluczowe: prawo do obrony, przedstawienie zarzutów, podejrzany, zakaz dowodowy, rzetelny proces

Artykuły

Adam Bułat, Jarosław Wyrębski

SKUTKI PROCESOWE BRAKU NIEZWŁOCZNEGO POSTAWIENIA ZARZUTÓW

Przedmiotem niniejszego artykułu są rozważania, jakie są skutki procesowe nieprzedstawienia zarzutów przez organy procesowe realizujące funkcję ścigania pomimo zaistnienia ustawowych powodów do inauguracji kolejnego etapu postępowania związanego z jego nakierowaniem przeciwko określonej osobie. W szczególności analiza będzie koncentrowała się na skutkach wynikających zarówno z uniemożliwienia podejrzanemu, jako stronie postępowania, możliwości działania w procesie i korzystania z przysługujących mu uprawnień, jak również na konsekwencjach związanych z prowadzeniem przez organy procesowe postępowania dowodowego w nieodpowiedniej fazie postępowania przygotowawczego – właśnie z uwagi na nieuzasadnione dalsze toczenie postępowania *in rem* wynikające z braku podjęcia stosownej decyzji procesowej przez uprawniony organ ścigania.

WPROWADZENIE

W procesie karnym prawo do obrony stanowi podstawowe uprawnienie oskarżonego, jako biernej strony toczącego się postępowania. W ramach procesu karnego realizacja tego prawa następuje zarówno w aspekcie materialnym, obejmującym całokształt uprawnień i gwarancji pozwalających oskarżonemu osobiście odpierać procesowo oskarżenie kierowane przeciwko niemu, jak również w aspekcie formalnym wskazującym możliwość korzystania z pomocy obrońcy. W doktrynie karnoprosesowej M. Cieślak¹ zwracał uwagę na potrzebę rozróżniania pojęć: zasada prawa do obrony, którą definiował jako „dyrektywę uprawniającą, która daje oskarżonemu podmiotowe prawo do obrony”, i prawo do obrony, określając je jako „zespół uprawnień obrończych w procesie”,

¹ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984 (w:) M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, t. 2, s. 216.

aż wreszcie pojęcia obrony – jako funkcji procesowej oznaczającej „działalność skierowaną ku ochronie interesów oskarżonego w procesie”. W szczególności warte podkreślenia jest trafne ujęcie M. Cieślaka funkcji procesowej obrony jako wtórnej i pochodnej reakcji na ściganie. „Tam gdzie nie ma ścigania, obrona traci logiczny sens”². Funkcja procesowa obrony została również określona przez J. Skorupkę jako działalność „skierowana na ochronę praw oraz interesów oskarżonego (podejrzanego) i zmierzająca do uzyskania dla niego najkorzystniejszego rozstrzygnięcia”³.

Na etapie postępowania przygotowawczego funkcje ścigania oraz rozstrzygnięcia kumulują organy śledztwa i dochodzenia – jako ograny prowadzące postępowanie przygotowawcze⁴. Taki model obowiązującego postępowania przygotowawczego wpływa bezpośrednio na trzecią funkcję procesową obrony karnej, a w szczególności na działalność procesową jego uczestników, którymi są podejrzany i jego obrońca.

Definicja ustawowa podejrzanego określona w art. 71 § 1 k.p.k.⁵ podkreśla powyższą zależność w sposób bezpośredni. Zgodnie z nią status biernej strony postępowania karnego jest uzależniony od określonej aktywności organów ścigania, jakimi są prokurator i Policja, które kreują ten status przez zastosowanie instytucji przedstawienia zarzutów – co powoduje przejście fazy postępowania przygotowawczego z fazy *in rem* w fazę postępowania przeciwko określonej osobie (*in personam*). Bezpośrednim skutkiem procesowym realizacji przez organy procesowe instytucji przedstawienia zarzutów jest realna gwarancja umożliwienia podejrzanemu realizacji jego prawa do obrony w toczącym się procesie, i to w odpowiednim momencie jego przebiegu w stadium przygotowawczym.

I. PODSTAWA FAKTYCZNA I MOMENT DLA REALIZACJI OBOWIĄZKU PRZEDSTAWIENIA ZARZUTÓW

Konkretyzacja podmiotowa biernej strony postępowania wyłącznie w oparciu o decyzję procesową organu procesowego, realizującego przede wszystkim w postępowaniu przygotowawczym funkcję procesową ścigania, została zakorzeniona w roku 1956 na mocy przepisów dekretu z 21.12.1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego⁶, który wprowadził do procesu karnego instytucję przedstawienia zarzutów (art. 237 § 1 k.p.k. z 1928 r.). Ustawą z 18.06.1959 r. o zmianie przepisów postępowania karnego⁷ wprowadzono możliwość, w określonej sytuacji procesowej, przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego

² M. Cieślak, *Polska procedura karna...*, s. 381.

³ J. Skorupka, *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, s. 86.

⁴ J. Skorupka, *Proces karny...*, s. 89; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 558.

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej: k.p.k.

⁶ Dz.U. z 1955 r. nr 46 poz. 309.

⁷ Dz.U. z 1959 r. nr 36 poz. 229.

przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 237 § 4 k.p.k. z 1928 r.) – czyniąc ustawowy wyjątek względem dotychczasowej normatywnej regulacji instytucji przedstawienia zarzutów.

Instytucja ta, pomimo wprowadzanych do niej niewielkich zmian przez kolejne uregulowania w Kodeksach postępowania karnego z 1969 r. oraz z 1997 r., w swojej zasadniczej funkcji, tj. kreacji osoby podejrzanego i arbitralnego ustalenia momentu realizacji prawa do obrony przez organ ścigania, jest niezmienna. W literaturze, już od początku⁸ obowiązywania tej instytucji, jak i obecnie⁹, wskazuje się, że instytucja ta jest zbudowana na wzór znanej radzieckiemu ustawodawstwu instytucji pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i ogłoszenia oskarżenia. Jednocześnie od wejścia w życie instytucji przedstawienia zarzutów wskazywano obowiązek ustawowy jej wprowadzenia do procesu przez organ prowadzący postępowanie przygotowawcze¹⁰, jak i jej gwarancyjny charakter, który powoduje, że w ujęciu czynności śledczej powinna ona stanowić wstępną czynność otwierającą śledztwo przeciw określonej osobie, a nie czynność końcową. Tym samym, przestrzegając przed praktyką sprzeczną z założeniami nowelizacji, sprowadzającą się do czynności końcowej prowadzonego postępowania, wyraźnie podnoszono, iż: „Nie na tym polega przestrzeganie praw podejrzanego, że wykonuje się wszelkie czynności przeciw określonej osobie, gdy ta w ogóle bronić się ani też korzystać z elementarnych praw procesowych nie może”¹¹. Dodatkowo wyrażano pogląd, że instytucja przedstawienia zarzutu stanowi „zapórę przeciwko pochopnemu stawianiu obywatela w sytuacji podejrzanego i stosowania środków zapobiegawczych w stosunku do osoby, co do której brak dostatecznych dowodów przemawiających za popełnieniem przez nią przestępstwa”¹².

Przesłanką materialną, poprzedzającą spersonalizowanie procesu karnego¹³, musi być określony stopień uprawdopodobnienia zarzutu wskazany w treści art. 313 § 1 k.p.k., tj. uzasadnione dostatecznie podejrzenie popełnienia czynu przez określoną osobę, jako dostateczna podstawa faktyczna postawienia określonej osoby w stan podejrzenia¹⁴. Dostateczność w tym przypadku należy traktować jako minimum i odnosić zarówno do faktu popełnienia przestęp-

⁸ L. Schaff, *Nowa reforma postępowania przygotowawczego*, „Państwo i Prawo” 1956/3, s. 505.

⁹ D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja przedstawienia zarzutów i jej konsekwencje procesowe*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011/1, s. 139.

¹⁰ M. Siewierski, *Nowa reforma postępowania przygotowawczego i zmiana przepisów o rewizji nadzwyczajnej*, „Nowe Prawo” 1958/4, s. 3.

¹¹ L. Schaff, *Nowa reforma...*, s. 505–306, uwagi krytyczne do poglądów M. Frenkla zawarte w piśmie 10.

¹² L. Penner, *O zmianie przepisów Kodeksu postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1956/2, s. 43.

¹³ K. Woźniewski, *Glosa do postanowienia SN z 24.04.2007 r., IV KK 31/07*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2008/1, s. 116.

¹⁴ A. Stefański, *Czynność przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013/7–8, s. 21.

stwa, jak i do osoby sprawcy¹⁵. O istnieniu odpowiedniego *quantum* dowodów¹⁶, stanowiącego punkt wyjścia do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, a w konsekwencji uzyskania statusu podejrzanego jako strony postępowania, będzie wyłącznie decydował organ ścigania po przeprowadzeniu arbitralnej analizy i oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Sama zaś decyzja procesowa powinna być oparta na całokształcie zebranego w sprawie materiału dowodowego, i to zarówno obciążającego, jak i przemawiającego na korzyść określonej osoby¹⁷. Oczywiście przedstawienie zarzutów jest ustawowym obowiązkiem organu procesowego, co wynika z użycia przez ustawodawcę sformułowania „sporządza postanowienie o przedstawieniu zarzutów”. Jednakże realizacja tego obowiązku przez organ procesowy jest poprzedzona zawsze subiektywną oceną zebranych dowodów i ustaleń w konkretnej sprawie¹⁸.

S. Stachowiak zwraca uwagę, że zasadnicze znaczenie ma nie tylko podstawa, ale również czas, kiedy należy przedstawić zarzuty danej osobie. Opiera swój wywód na określonym balansie odpowiedzialności organów procesowych, wynikającej z jednej strony z nieuzasadnionego i przedwczesnego uwikłania osoby w tok postępowania karnego, a z drugiej strony wyraźnie wskazuje niedopuszczalność sytuacji toczenia postępowania w fazie *in rem*, kiedy sprawca przestępstwa jest znany i pozbawia się go w ten sposób możliwości działania¹⁹.

Dodatkowo F. Prusak podkreśla, że sytuacje związane z niewłaściwym momentem przedstawienia zarzutów powodują nie tylko naruszenie postanowień ustawy, lecz również prawnie chronionych interesów podejrzanego i jego możliwości obrony. Natomiast opóźnienie przedstawienia zarzutów jest dodatkowo powodowane niewłaściwym dążeniem organów ścigania do ustalenia wszystkich okoliczności do chwili przedstawienia zarzutów – co nie tylko powoduje wyczerpanie na tym etapie zadań postępowania przygotowawczego, lecz również w konsekwencji utrudnia lub wręcz eliminuje aktywność dowodową samego oskarżonego²⁰.

Niewątpliwie moment przedstawienia zarzutów ze strony organu ścigania ma bezpośredni wpływ na realizację prawa do obrony w toczącym się postępowaniu, gdy postępowanie toczy się w fazie *in rem* i są wykonywane istotne czynności procesowe, w tym czynności o niepowtarzalnym charakterze, a stan dowodowy przemawia za realizacją instytucji przedstawienia zarzutu, która ma mieć przecież charakter gwarancyjny. Zbyt późne przedstawienie zarzutu uniemożliwia realizację podejrzanemu prawa do obrony i podejmowania ade-

¹⁵ A. Stefański, *Czynność...*, s. 22.

¹⁶ J. Kosonoga (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. 10, *Postępowanie przygotowawcze*, red. A. Stefański, Warszawa 2016, s. 742 i 744; A. Stefański, *Czynność...*, s. 24.

¹⁷ D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja...*, s. 142.

¹⁸ A. Stefański, *Skuteczność przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013/6, s. 29.

¹⁹ S. Stachowiak, *Przedstawienie zarzutów w kontekście postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999/2, s. 28.

²⁰ F. Prusak, *Problematyka określenia momentu stosownego do przedstawienia zarzutów*, „Palestra” 1972/6, s. 51–52.

kwatnych działań w stosunku do przebiegu dynamiki czynności procesowych, albowiem nie dysponuje on statusem strony postępowania, której kreacja jest uwarunkowana wyłącznie decyzją organu ścigania. Z reguły taka sytuacja wynika z taktyki procesowej organów ścigania i zmierza do opóźniania przedstawienia zarzutów – co jest w doktrynie słusznie krytykowane i wskazywane jako manipulowanie „ze szkodą dla interesów podejrzanego, który nie może składać w odpowiednim czasie wyjaśnień i wniosków dowodowych oraz uczestniczyć w czynnościach dowodowych”²¹, lub uwypuklane jest, że „bez względu bowiem na przyjmowaną taktykę prowadzenia śledztwa lub dochodzenia, nie można wykorzystywać u podejrzanego braku świadomości przysługujących mu praw jako instrumentu socjotechnicznego nawet wtedy, gdyby z praktycznego punktu widzenia taka nieświadomość – szczególnie w kwestii prawa do odmowy składania wyjaśnień, korzystania z pomocy obrońcy, mogła w ocenie organów ścigania korzystnie wpływać na bieg śledztwa lub dochodzenia, w związku z problematyką gromadzenia materiału dowodowego”²².

W przypadku zwykłego przedstawienia zarzutów, zgodnie z art. 313 § 1 k.p.k., jest to ciąg czynności procesowych sprowadzających się do: sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, będącego pierwszą czynnością inaugurującą przedstawienie zarzutów²³, jego niezwłocznego ogłoszenia podejrzanemu oraz przystąpienia do jego przesłuchania – chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu ukrywania się lub nieobecności w kraju. Oznacza to, że do momentu przesłuchania podejrzanego nie dochodzi do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, lecz nie dotyczy to wyjątkowych sytuacji, kiedy podejrzany ukrywa się lub jest nieobecny w kraju²⁴. W tych wyjątkowych przypadkach, w których niezwłoczna promulgacja nie jest możliwa, dla skuteczności czynności przedstawienia zarzutów ma zastosowanie zredukowana forma przedstawienia zarzutów sprowadzająca się do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów²⁵. W doktrynie podkreśla się, że tylko w tych wyjątkowych przypadkach przedstawienie zarzutów staje się skuteczne z chwilą sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów i aktualnie obowiązujący katalog wyjątków jest katalogiem zamkniętym²⁶. Tym samym, w przypadku pełnej formy przedstawienia zarzutów, dopiero z chwilą przystąpienia do przesłuchania podejrzanego zostanie wykreowany status biernej strony postępowania.

Uproszczona forma przedstawienia zarzutów jest przewidziana w ramach czynności w niezbędnym zakresie w trybie art. 308 § 2 k.p.k. oraz w dochodze-

²¹ A. Stefański, *Skuteczność...*, s. 30.

²² A. Gerecka-Żołyńska, *Przedstawienie zarzutu podejrzanemu w świetle dyrektywy rzetelnego procesu (w:) Prawo wobec wyzwań współczesności*, red. P. Wiliński, Poznań 2004, s. 297.

²³ A. Stefański, *Czynność...*, s. 21.

²⁴ A. Stefański, *Czynność...*, s. 24.

²⁵ K. Woźniewski, *Glosa...*, s. 116.

²⁶ A. Stefański, *Skuteczność...*, s. 20.

niu w oparciu o art. 325 § 2 k.p.k. i redukcja instytucji sprowadza się do zaniechania sporządzania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i przesłuchania osoby podejrzanej po powiadomieniu jej o treści zarzutu. Wówczas osobą taką uważa się za podejrzanego od momentu rozpoczęcia przesłuchania²⁷. Specyfiką formy przedstawienia zarzutów w trybie art. 308 § 2 k.p.k. jest odwrócenie chronologii sekwencji przedstawiania zarzutów, ponieważ w pierwszej kolejności dochodzi do poinformowania o treści zarzutów osoby podejrzanej, a następnie do jej przesłuchania. Dopiero na późniejszym etapie dochodzi ewentualnie do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Do arbitralnej decyzji organów ścigania należy ocena, czy w konkretnej sytuacji zachodzi „wypadek niecierpiący zwłoki” i czy zostanie wykreowana bierna strona postępowania karnego, a w konsekwencji możliwość realizacji szeregu uprawnień procesowych. Także w postępowaniu przyspieszonym, co zostało określone w art. 517c § 1 k.p.k., w przypadku prowadzenia dochodzenia nie jest wydawane postanowienie o przedstawieniu zarzutu, a samo dochodzenie można ograniczyć do przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego. Wyraźnie podkreśla się w doktrynie, że „uproszczony charakter przedstawienia zarzutów nie oznacza jakichkolwiek redukcji w odniesieniu do przesłanki materialnej”, która wyznacza odpowiednio wysoki poziom uprawdopodobnienia zarzutu²⁸.

II. CHARAKTER CZYNNOŚCI PRZEDSTAWIENIA ZARZUTÓW ORAZ TERMIN JEJ REALIZACJI

Na mocy art. 313 § 1 k.p.k. jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba, sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, ogłasza je niezwłocznie podejrzanemu i przesłuchuje się go, chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju. Podkreślić przy tym należy, że w polskim systemie prawa karnego procesowego dopuszcza się występowanie terminów określonych nie ściśle w dniach, miesiącach lub latach, a relatywnie, w odniesieniu do danego układu procesowego²⁹. Pełnią one tę samą funkcję co terminy ściśle, a więc wskazują prawidłową sekwencyjność poszczególnych czynności procesowych, przyczyniając się tym samym do realizacji standardu rzetelnego procesu³⁰.

Taką właśnie funkcję pełni termin wskazany w art. 313 § 1 k.p.k. Przepis ten zobowiązuje organy prowadzące śledztwo, od momentu sporządzenia postanowienia do niezwłocznego postawienia zarzutów osobie (niezwłoczne ogłoszenie podejrzanemu postanowienia o przedstawieniu zarzutów i niezwłoczne jego przesłuchanie), co do której istnieje dostateczne podejrzenie, że popełniła czyn

²⁷ A. Stefański, *Skuteczność...*, s. 24.

²⁸ K. Woźniewski, *Glosa...*, s. 116.

²⁹ Zob. B. Janusz-Pohl (w:) *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020, s. 155.

³⁰ B. Janusz-Pohl (w:) *Polski...*, s. 155.

zabroniony. Moment, w którym prawo obliuguje organy procesowe do przeprowadzenia czynności postawienia zarzutów, jest jednocześnie momentem, w którym w stosunku do konkretnej osoby materializują się instytucje procesowe stanowiące realizację prawa do obrony. Regulacja ta ma charakter gwarancyjny – od tego momentu osoba podejrzana staje się podejrzanym w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k., a co za tym idzie, w toczącym się śledztwie (dochodzeniu) przysługuje jej między innymi prawo do składania wyjaśnień, prawo do zapoznawania się z aktami sprawy, prawo do składania wniosków dowodowych, prawo do uczestniczenia w czynnościach śledztwa³¹.

Nie oznacza to bynajmniej, że prawo do obrony przysługuje osobie podejrzananej dopiero po przedstawieniu jej zarzutów. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem, że „prawo do obrony powinno przysługiwać od podjęcia pierwszych czynności faktycznych przeciwko osobie nawet bez formalnego postanowienia”³². Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, „korzystanie z prawa do obrony w ujęciu konstytucyjnym nie zależy od pozwolenia organów procesowych, lecz od sytuacji faktycznej i prawnej (procesowej). Nie nadaje go sprawcy czynu według własnej nieograniczonej dyskrecjonalnej władzy organ procesowy, lecz Konstytucja. Zatem w istocie to nie decyzja procesowa, a ocena układu okoliczności i stanu sprawy daje podstawy do twierdzenia, że sprawca czynu zabronionego, jako faktycznie podejrzany, czy też podmiot prowadzonych w rzeczywistości przeciwko niemu czynności procesowych, realizował swoje prawo do obrony”³³.

Cytowane orzeczenie, chociaż zasadniczo dotyczy problematyki odpowiedzialności osoby podejrzananej za popełnienie występku składania fałszywych zeznań (art. 233 § 1a k.k.), doskonale obrazuje relacje zachodzące pomiędzy należytym zapewnieniem podejrzanemu przysługujących mu gwarancji procesowych a właściwym zastosowaniem instytucji postawienia zarzutów. W swej istocie jest ona bowiem jedną z gwarancji prawa do obrony³⁴. Stąd też, z perspektywy uprawnień procesowych podejrzanego, bardzo istotne jest, aby organ prowadzący śledztwo wykonał opisywaną czynność procesową w odpowiednim momencie.

III. BRAK REALIZACJI OBOWIĄZKU PRZEDSTAWIENIA ZARZUTÓW A PRAWO DO OBRONY

Z treści dotychczasowych rozważań wynika wprost, że określona osoba staje się podejrzanym, jako stroną procesową w procesie karnym, dopiero po dokonaniu arbitralnej decyzji organu procesowego o uruchomieniu instytucji

³¹ Zob. M. Klejnowska, *Informowanie stron o przedmiocie procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/7–8, s. 11.

³² P. Wiliński (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 3, *Zasady procesu karnego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1546.

³³ Postanowienie SN z 10.12.2020 r. (I KK 58/19), OSNK 2021/2, poz. 8.

³⁴ P. Wiliński, *Zasada...*, s. 560.

procesowej przedstawienia zarzutów. Jednocześnie dopiero w tym momencie podejrzany może realizować swoje prawo do obrony zarówno w aspekcie materialnym, jak i formalnym, albowiem zgodnie z treścią art. 6 k.p.k. oskarżonemu oraz podejrzanemu (art. 71 § 3 k.p.k.) przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy. Niewątpliwie moment wykreowania biernej strony procesowej w oparciu o realizację przez organ ścigania czynności procesowej przedstawienia zarzutów w każdej konkretnej sprawie jest różny i wpływać na niego może szereg różnych czynników, których weryfikacja nie jest możliwa dla podejrzanego lub jego obrońcy w odpowiednim momencie. Chodzi zarówno o stan dowodowy sprawy, prawidłowo przeprowadzoną jego analizę i ocenę przez osobę prowadzącą postępowanie przygotowawcze, możliwości organizacyjne organów ścigania, jak również taktykę procesową organów ścigania. Do czasu przedstawienia zarzutów organy ścigania w ramach postępowania fazy *in rem* mogą podejmować czynności, które są nakierowane na ściganie konkretnej osoby, np. przesłuchanie jej w charakterze świadka, okazanie, oględziny osoby, zatrzymanie, przeszukanie jej miejsca zamieszkania, pobranie od niej materiału dowodowego czy też objęcie jej podsłuchem procesowym – jeżeli ich subiektywna ocena co do zaistnienia przesłanki materialnej rzutu-jącej na konieczność realizacji obowiązku przedstawienia zarzutu będzie negatywna. Dokonana wadliwie przez organ procesowy analiza stanu materiału dowodowego w toczącej się sprawie spowoduje, że moment uzyskania statusu biernej strony postępowania, a w konsekwencji nabycia uprawnień wynikających z prawa do obrony, zostanie sprzecznie z obowiązującymi uregulowaniami procesu karnego odsunięty w czasie³⁵. Skutkiem tego będzie nieprzywracany już stan możliwości realizacji uprawnień wynikających z prawa do obrony przez podejrzanego i jego obrońcę we wcześniejszej fazie postępowania, które powinno toczyć się w formie *in personam*, co w konkretnej sprawie może mieć negatywne konsekwencje dla interesu procesowego biernej strony postępowania, jak również dla wadliwości wydania wyroku w późniejszym jurysdykcyjnym etapie prowadzonego postępowania. Zbyt późne zrealizowanie instytucji procesowej przedstawienia zarzutu nie będzie już spełniało swojej funkcji gwarancyjnej w sytuacji przeprowadzenia większości czynności procesowych, a w szczególności czynności niepowtarzalnych, jak również co do zasady czynności jednokrotnych, takich jak np. realizowane w trybie art. 185a–c k.p.k., które powinny być przeprowadzane w fazie postępowania *in personam*³⁶. Tym

³⁵ Por. D. Gruszecka, *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010/2, s. 147, która wskazuje w swoim wywodzie, że reakcja organu prowadzącego postępowanie „nie tylko ze względu na celową i niepożądaną opieszałość, ale nawet z przyczyn niezawinionych bezpośrednio przez organ okaże się spóźniona, nie może pociągać za sobą negatywnych następstw dla osób, które pozostają w niewłaściwej dla siebie roli procesowej”.

³⁶ P. Hofmański, S. Zablocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, w odniesieniu do art. 185a k.p.k., s. 450–451; P. Hofmański, D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo do obrony a ochrona pokrzywdzonego przestępstwem – uwagi na tle art. 185a i standardów Europejskiej*

bardziej że decyzja organu prowadzącego postępowanie o przyznaniu statusu podejrzanego zawsze będzie miała charakter decyzji deklaratoryjnej, a nie konstytutywnej, i stanowić będzie jedynie reakcją na stan faktyczny³⁷.

Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze³⁸ celem wprowadzenia do procesu karnego instytucji przedstawienia zarzutów było wyeliminowanie z procesu tzw. faktycznie podejrzanego i stworzenie zapory przed pochopnym stawianiem obywatela w stan podejrzenia bez należytej podstawy faktycznej i prawnej. W oparciu o to założenie przyjmuje się gwarancyjność tej instytucji dla osoby podejrzanego, który od chwili pojawienia się jej w toczącym się postępowaniu umożliwia rozpoczęcie wykonywania prawa do obrony. Jednocześnie wskazuje się również³⁹, że obecnie zachodzi rozdzźwięk pomiędzy formalno-prawną decyzją o postawieniu zarzutów oraz czynnościami ją poprzedzającymi, nastawionymi na ściganie, a potrzebami gwarancyjnymi. W konsekwencji wyrażony został pogląd⁴⁰, że dla rozwiązania tej sytuacji zachodzi konieczność wyeliminowania z procedury karnej pojęcia osoby podejrzanego.

Z uwagi na zaprezentowane powyżej stanowiska zgodnym mianownikiem do zapewnienia realizacji gwarancji procesowych, wchodzących w skład prawa do obrony, staje się wyeliminowanie z procesu karnego sytuacji występowania osoby faktycznie podejrzanego, który, pomimo prowadzonych wobec niego przez organy procesowe czynności nakierowanych na jego ściganie, nie może podejmować czynności realizujących funkcję procesową obrony, albowiem uniemożliwia mu to bezpośrednio brak wykonania przez organy ścigania obowiązku ustawowego realizacji czynności procesowej przedstawienia zarzutu. Konsekwencje takiego stanowiska organów ścigania są negatywne dla biernej strony postępowania, i to w szerokim zakresie.

Przed wszystkim upodmiotowienie procesowe osoby podejrzanego powoduje, że ze względu na uzyskanie możliwości realizacji funkcji obrony, jako odpowiedzi na zapoczątkowaną funkcję ścigania przez organy procesowe, możliwy jest aspekt prawa do obrony w zakresie realizacji prawa do znajomości stawianych zarzutów, co według W. Daszkiewicza jest podstawowym warunkiem

Konwencji Praw Człowieka (w:) W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcył-Wolskiej, red. P. Hofmański, S. Waltoś, Warszawa 2009, s. 317, pogląd *de lege ferenda* za „potrzebą ustawowego nałożenia na organy ścigania oraz na sąd obowiązku powstrzymywania się z przesłuchaniem małoletniego świadka do czasu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, chyba że jego wcześniejsze przesłuchanie jest niezbędne dla biegu postępowania” w odniesieniu do art. 185a k.p.k.

³⁷ D. Gruszecka, *Zasięg...*, s. 146.

³⁸ Por J. Kosonoga (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. 10, *Postępowanie przygotowawcze*, red. A. Stefański, Warszawa 2016, s. 738; F. Prusak, *Problematyka...*, s. 52; A. Murzynowski, *Faktycznie podejrzanym w postępowaniu przygotowawczym*, „Palestra” 1971/10, s. 37, 40 i 43; D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja...*, s. 139.

³⁹ Ł. Cora, *Dostęp osoby podejrzanego do obrońcy w początkowej fazie ścigania karnego jako element rzetelnego procesu karnego (w:) Quo Vadit Processus Criminalis*, red. R. Olszewski, A. Małolepszy, Warszawa–Łódź 2021, s. 281.

⁴⁰ Ł. Cora, *Dostęp osoby podejrzanego...*, s. 281.

realnej obrony⁴¹. Prawo do informacji o istocie zarzutu, jak i co do kwalifikacji prawnej, które umożliwia podjęcie czynności dla odparcia kierowanego zarzutu, jest nierozdzielnie związane z obowiązkiem organu procesowego do poinformowania podejrzanego o jego uprawnieniach procesowych. Konkretyzacja zasady informacji procesowej została zawarta w art. 16 k.p.k. i stanowi jedną z podstawowych, a wręcz fundamentalnych gwarancji w cywilizowanym procesie karnym⁴². Rzetelność w przebiegu procesu karnego powoduje konieczność zachowania przez organy procesowe lojalności wobec uczestników postępowania, która to zawiera w sobie określony obowiązek wskazywania informacji w przypadku, gdy może to mieć znaczenie dla realizacji przez uczestnika jego praw i obowiązków⁴³. W kontekście momentu początkowego realizacji prawa do obrony na etapie postępowania przygotowawczego niebagatelne znaczenie ma chwila wypełniania obowiązku informacji ze strony organów ścigania względem osoby, w stosunku do której zostały podjęte czynności nakierowane na jej ściganie. Zasada informacji ma swoje szczególne odniesienie do podejrzanego w treści art. 300 § 1 k.p.k., a więc przed pierwszym przesłuchaniem podejrzanego, który nabywa status strony procesowej w ramach realizacji instytucji przedstawienia zarzutów. Przesłuchanie podejrzanego, jako czynność dowodowa, jest realizowane na etapie zawiązania się formalnego trójstronnego układu procesowego⁴⁴ w sytuacji występowania obu stron postępowania przygotowawczego, a w przypadku przestępstw, które naruszają bezpośrednio tylko interes publiczny i nie powodują kreacji czynnej strony postępowania w postaci pokrzywdzonego indywidualnego, przy występowaniu modelu zasadniczego stosunku procesowego w relacji podejrzanym–organ śledztwa lub dochodzenia⁴⁵. Zatem w przypadku konieczności przeprowadzenia pierwszego przesłuchania podejrzanego pouczenie powinno nastąpić bezpośrednio po poinformowaniu podejrzanego o treści zarzutu⁴⁶. Natomiast z uwagi na gwarancyjny charakter terminu do jego realizacji pouczenie powinno zostać dokonane przed podjęciem czynności dowodowej w postaci formalnego procesowo przesłuchania i będzie to również stanowiło o maksymalnym terminie realizacji dokonania pouczenia. W kontekście analizy problemu momentu wykreowania biernej strony procesowej nieodzowne wydaje się w przyszłości podjęcie rozważań, czy w sytuacji świadomego podjęcia przez organy ścigania pierwszej czynności procesowej nakierowanej na ściganie konkretnej osoby, np. zatrzymania czy przeszukania,

⁴¹ W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, „Państwo i Prawo” 1985/3, s. 58.

⁴² K. Woźniewski, *Pouczenie w pierwszym przesłuchaniu w postępowaniu przygotowawczym (art. 300 k.p.k.) jako czynność procesowa w świetle zasady informacji procesowej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/2, s. 125.

⁴³ M. Jeż-Ludwichowska, *Wyjaśnienia oskarżonego a prawo do informacji*, „Palestra” 2003/3–4, s. 47.

⁴⁴ K. Woźniewski, *Pouczenie...*, s. 127.

⁴⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne. Dzieła wybrane*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, t. 2, s. 374.

⁴⁶ K. Woźniewski, *Pouczenie...*, s. 132.

zanim doszło do zrealizowania formalnej instytucji przedstawienia zarzutu – powinno to stanowić również właściwy moment dla respektowania prawnego obowiązku pouczenia uczestnika o przysługujących mu uprawnieniach i obowiązkach. Tym bardziej że pogląd o rozważeniu wprowadzenia obowiązku pouczenia osoby faktycznie podejrzonej był już podnoszony w doktrynie⁴⁷.

Brak realizacji obowiązku przedstawienia zarzutów przez organy procesowe, mimo że sprawca przestępstwa jest już od dawna znany, P. Wiliński określa jako naruszenie prawa do obrony w zakresie prawa podejrzanego do znajomości stawianych zarzutów, które opiera się na przekonaniu, że nie może toczyć się postępowanie karne przeciwko osobie o czyn, którego popełnienie nie zostało jej zarzucone⁴⁸. Jednocześnie wprost wskazuje, że konsekwencją zaniechania ustawowego obowiązku przedstawienia zarzutów, które szczególnie rażąco narusza prawo do obrony, jest to, iż „wszelkie przeprowadzone w tym okresie czynności procesowe, a zwłaszcza dowodowe, w których podejrzanego nie wziął udziału, choć powinien mieć do tego prawo, uznać należy za wadliwe i wykluczyć ich wykorzystanie w toku dalszego postępowania”⁴⁹.

Natomiast B.T. Bieńkowska⁵⁰ określa wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w kontekście wykreowania prawa stron do debaty, jako elementu kontradyktoryjności – wprost wskazując, że „od tej chwili wiadomo, o co toczy się spór”. Dodaje jednocześnie, że „im bardziej zaawansowany tok postępowania dotyczący ścigania określonej osoby, tym bardziej konieczne wydaje się wprowadzenie elementów zabezpieczających interesy jednostki”.

W kontekście powyższych wywodów podnieść należy, że moment zaistnienia w procesie karnym biernej strony postępowania jest niezwykle istotny z punktu możliwości rozpoczęcia korzystania przez podejrzanego z podmiotowego prawa do obrony od najwcześniejszego etapu postępowania przygotowawczego, w szczególności w zakresie udziału w czynnościach dowodowych oraz inicjatywy dowodowej, co sprzyja niewątpliwie jej efektywności. Również w tym kontekście należy mieć na uwadze nowelizacje procedury karnej przeprowadzane w ostatnich latach, których celem zasadniczym jest realizacja szybkości postępowania oraz znaczne poszerzenie praw i gwarancji pokrzywdzonego w procesie karnym. W szczególności chodzi tutaj o wprowadzenie regulacji szczególnych i ochronnych związanych z realizacją czynności przesłuchania pokrzywdzonych w charakterze świadka zarówno w trybie art. 185a, jak i art. 185c k.p.k., a także przesłuchania małoletnich świadków w trybie art. 185b k.p.k. – w jak najwcześniejszej fazie postępowania przygotowawczego, a które to czynności mają z zasady charakter jednokrotny. W tych czynnościach dowodowych na

⁴⁷ K. Woźniewski, *Pouczenie...*, s. 131.

⁴⁸ P. Wiliński, *Zasada...*, s. 275–276.

⁴⁹ P. Wiliński, *Zasada...*, s. 277.

⁵⁰ B.T. Bieńkowska, *Wybrane zagadnienia „Prawa stron do sporu” w polskim procesie karnym (w:) Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Profesora Andrzeja Murzynowskiego, „Studia Iuridica” 1997, t. 33, s. 26.*

etapie postępowania przygotowawczego ma prawo uczestniczyć jedynie obrońca podejrzanego i przez kontrolowanie prawidłowości czynności przesłuchania oraz możliwość zadawania pytań osobom przesłuchiwanym może zabezpieczać interes procesowy podejrzanego, pod warunkiem że zostanie wykreowana bierna strona toczącego się postępowania. Brak realizacji obowiązku przedstawienia zarzutu przez organ ścigania nie tylko uniemożliwia podejrzanemu korzystanie z pomocy obrońcy podczas przeprowadzania czynności przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka, ale może również uniemożliwić mu skutecznie ponowienie jej przeprowadzenia na późniejszych etapach postępowania.

Oprócz tego nie bez znaczenia w odniesieniu do odpowiedniego momentu realizacji czynności przedstawienia zarzutów będzie się jawiła realizacja praw osób najbliższych dla oskarżonego w ramach czynności przesłuchania w charakterze świadka wynikających z art. 182 k.p.k., które to prawa są realizowane w fazie *in personam* postępowania przygotowawczego. W szczególności w ramach realizacji szczególnych i ochronnych trybów przesłuchania, realizowanych w ramach procedur art. 185a–c k.p.k. na etapie postępowania *in rem*, będzie miała miejsce problematyka skorzystania z uprawnienia do odmowy składania zeznań przez pokrzywdzonego przesłuchiwanego w charakterze świadka. Również i ten aspekt był już podnoszony literaturze⁵¹, jako dodatkowa okoliczność przemawiająca przeciwko przeprowadzeniu czynności przesłuchania w trybie art. 185a–c k.p.k. na wczesnym etapie postępowania przygotowawczego, kiedy nie została zrealizowana instytucja procesowego przedstawienia zarzutów przez organy ścigania, a w konsekwencji nie występuje w prowadzonym postępowaniu podejrzanego jako strona mogąca realizować przyznane jej uprawnienia procesowe.

Wreszcie moment uzyskania statusu podejrzanego przekłada się bezpośrednio na realizację formalnego aspektu prawa do obrony w konkretnym, toczącym się postępowaniu karnym, które to prawo jest również podporządkowane decyzji procesowej organów ścigania związanej z realizacją instytucji przedstawienia zarzutów. Jest oczywiste, że realizacja prawa do korzystania z pomocy obrońcy – w sytuacji pozbawienia wolności konkretnej osoby, nieposiadającej statusu podejrzanego, w ramach czynności zatrzymania i realizowania w stosunku do niej przez organy procesowe czynności nakierowanych na jej ściganie – doznaje ograniczenia z uwagi na aktualne unormowanie ustawy karnoprocesowej. Niewątpliwie punktem rozważań w przedmiotowej problematyce jest stosunek aktualnego normatywnego uregulowania definicji podejrzanego w procesie karnym i jego zgodności w stosunku do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozba-

⁵¹ K. Fedorowicz, *Przesłuchanie małoletnich i ofiar przestępstw seksualnych*, Warszawa 2020, s. 343.

wieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności⁵² do polskiego systemu prawnego oraz w stosunku do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/343/UE z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym⁵³, jak również w stosunku do standardu konstytucyjnego oraz konwencyjnego wynikającego z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁵⁴. Zgodzić się należy ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie⁵⁵, że aktualny kształt prawa polskiego nie jest zgodny z istotą i sensem przepisów unijnych, w szczególności z uwagi na brak dokonania transpozycji najważniejszych założeń dyrektywy 2013/48/UE, która ustala minimalne standardy dla biernej strony postępowania karnego. Dyrektywa gwarantuje o wiele wyższy poziom ochrony dla podejrzanego, szerzej wyznaczając zakres podmiotowy, jak również gwarantuje szersze spektrum czynności procesowych, przy których powinien być adwokat.

W świetle powyższych rozważań należy skonstatować, że obecny model postępowania przygotowawczego, który nakłada na organy ścigania obowiązek realizacji instytucji przedstawienia zarzutów w sposób zbyt mało skonkretyzowany w odniesieniu do właściwego momentu jego przeprowadzenia, a którego bezpośrednią konsekwencją jest nadanie statusu biernej stronie postępowania, musi budzić sprzeciw w sytuacji braku jego przeprowadzenia i toczenia postępowania w fazie *in rem* pomimo zaistnienia podstaw do formalnego nakierowania postępowania przeciwko określonej osobie. Taka sytuacja nie tylko budzi wątpliwości co do rzetelności prowadzonego postępowania w świetle realnych możliwości korzystania przez podejrzanego z zakresu gwarancji wchodzących w skład prawa do obrony, lecz również musi budzić zastrzeżenia odnośnie do wartości materiału dowodowego pozyskiwanego w tej fazie postępowania bez udziału biernej strony procesowej z uwagi na wadliwe określenie przez organy ścigania jej momentu wykreowania.

IV. SKUTKI PROCESOWE BRAKU NIEZWŁOCZNEGO POSTAWIENIA ZARZUTU

Z zaprezentowanych dotychczas rozważań jednoznacznie wynika, że w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 313 k.p.k. przedstawienie zarzutów jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem organów ścigania. Samo obowiązywanie danego przepisu w systemie prawa nie stanowi jednak dla jednostki dostatecznej gwarancji, że jej prawa w konkretnym postępowaniu nie zostaną naruszone. Jak

⁵² Dz.Urz. UE L 294 z 2013 r., s. 1.

⁵³ Dz.Urz. UE L 65 z 2016 r., s. 1.

⁵⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.).

⁵⁵ H. Kuczyńska, *Bezpośrednie stosowanie dyrektywy UE w sprawach karnych. Skutki braku implementacji dyrektywy UE (w:) Europejskie gwarancje prawidłowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, red. D. Czerniak, J. Skorupka, Warszawa 2021, s. 76–77.

trafnie wskazał J. Skorupka, należy bowiem dokonać rozgraniczenia pomiędzy dwiema zasadniczymi wartościami – sprawiedliwością proceduralną (będącą ustawowym refleksem konstytucyjnego prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy) i rzetelnością postępowania, która odnosi się do płaszczyzny stosowania prawa. Na gruncie konkretnej sprawy może się bowiem zdarzyć, że przepisy prawa procesowego, które *in abstracto* spełniają wymogi wynikające z zasady sprawiedliwości proceduralnej, będą stosowane nierzetelnie⁵⁶. Oznacza to, że system prawa karnego procesowego, oprócz ukształtowania poszczególnych instytucji zgodnie ze standardami konstytucyjnymi i konwencyjnymi, powinien zawierać normy chroniące uczestników procesu przed skutkami nierzetelnego postępowania organów procesowych.

Zgodnie z art. 168a k.p.k. dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego⁵⁷, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Wykładnia językowa rzeczonego przepisu, uwzględniająca standardy konstytucyjne oraz konwencyjne, a także mająca na względzie gwarancyjną funkcję procesu karnego, prowadzi do wniosku, że „wysłowionym tam zakazem dowodowym objęte są następujące grupy dowodów:

- 1) uzyskane z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 2) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 3) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. i z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 4) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”⁵⁸.

Przeprowadzenie czynności procesowych przed postawieniem oskarżonemu zarzutów pomimo ciężącego na organie obowiązku wynikającego z kategorycznego brzmienia art. 313 § 1 k.p.k. uniemożliwia oskarżonemu podjęcie obrony na tym etapie postępowania. Naruszenie to może mieć charakter za-

⁵⁶ J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 176.

⁵⁷ Dz.U. z 2022 r. poz. 1138.

⁵⁸ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym (w: Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej, red. T. Grzegorzcyk, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 362; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), LEX nr 246913.*

równy rażący, jak i nieodwracalny, szczególnie w tych sytuacjach, w których dotyczy czynności niepowtarzalnych. Zasadniczo zatem, mając na względzie treść art. 168a k.p.k., uznać należy, że czynności procesowe przeprowadzone w okresie, gdy osobie podejrzanej, z uwagi na zaniechanie organów prowadzących śledztwo, nie postawiono w odpowiednim terminie zarzutów, prowadzą do pojawienia się w procesie dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania, w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, co oznacza, że nie powinny być one brane pod uwagę przy wyrokowaniu.

Rozważyć jednak należy, czy pewne czynności dowodowe, które nie są czynnościami niepowtarzalnymi, takie jak na przykład przesłuchania świadków, nie mogą zostać konwalidowane na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Wskazać przy tym należy, że konwalidację należy w tym przypadku ujmować wąsko, jako odzyskanie waloru prawnoprocesowego przez pierwotnie wadliwą czynność, w wyniku uzupełnienia brakującego wymogu prawnego przez uprawniony do tego podmiot⁵⁹. Oczywiście jest, że podczas rozprawy oskarżony (prawidłowo zawiadomiony o jej terminie) zyskuje możliwość zadania pytań przesłuchiwanym świadkom, a także zajęcia stanowiska w przedmiocie ich treści. Nie można przy tym wykluczyć, że czynności przeprowadzone w śledztwie, przed zbyt późnym postawieniem zarzutów, mogą być dowodami korzystnymi dla obrony. Czy zatem w takim przypadku rzeczony środek dowodowy również nie mogą stanowić podstawy wyrokowania?

Odpowiedź na zadane pytanie nie jest prosta. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że zaprezentowana wykładnia art. 168a k.p.k. ma charakter progwarancyjny, co oznacza, że jego celem jest ochrona obywateli przed skutkami procesowymi niezgodnych z prawem działań organów procesowych. W związku z tym przepis ten zasadniczo nie powinien znajdować zastosowania w sytuacjach, gdy dowód pozyskany wbrew zawartym w nim regułom ma charakter odciążający, ponieważ w takiej konfiguracji w ogóle nie dochodzi do pogorszenia się sytuacji procesowej oskarżonego.

Z kolei w przypadku dowodów obciążających formalne zyskanie przez oskarżonego uprawnień, za pomocą których może on kwestionować wartość takiego dowodu, nie zawsze jest w stanie efektywnie przeciwdziałać skutkom procesowym uchybienia, do którego doszło w postępowaniu przygotowawczym. W tym kontekście wskazać można sytuację, w której świadek w śledztwie, przy zaistnieniu opisywanej w niniejszym opracowaniu konfiguracji procesowej związanej z naruszeniem art. 313 § 1 k.p.k., składa zeznania obciążające oskarżonego, a następnie na rozprawie, która odbywa się kilka lat później, oświadcza, że zdarzenie miało miejsce dawno, nie pamięta jego przebiegu, ale podtrzymuje złożone wcześniej zeznania, ponieważ „jeżeli tak zeznał, to na pewno tak było”⁶⁰. W opisywanej sy-

⁵⁹ K. Woźniewski, *Konwalidacja czynności procesowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1970–2004*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, Tom XIV, s. 1178.

⁶⁰ Na marginesie bieżących rozważań wskazać należy, że sytuacja taka w praktyce często ma

tacji obrona *de facto* pozbawiona jest szans na zadanie pytania zmuszającego sąd do zastanowienia się nad wiarygodnością świadka, ponieważ ten w każdej odpowiedzi powołuje się konsekwentnie na brak pamięci. Nie sposób zatem przyjąć, że powtórne przesłuchanie takiego świadka na rozprawie niweluje negatywne skutki procesowe, wynikające z analizowanego uchybienia. Rozstrzygając analizowaną kwestię, odwołać się należy do oczywistego twierdzenia, że niedopełnienie obowiązków przez organy prowadzące postępowanie nie powinno rodzić żadnych negatywnych skutków procesowych dla oskarżonego, i w związku z tym przyjąć, że dowody takie, jako niedopuszczalne, nie powinny być ujawnione na rozprawie. Warto przy tym wskazać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, że pozbawienie oskarżonego możliwości obrony swoich praw na etapie śledztwa może w konkretnym przypadku stanowić naruszenie art. 6 ust. 3 lit. d Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁶¹.

ZAKOŃCZENIE

Czynność przedstawienia zarzutów w polskim postępowaniu karnym kreuje bierną stronę procesu, czyli „wyposaża” osobę podejrzaną w uprawnienia procesowe, za pomocą których może ona podjąć obronę przed stawianymi jej zarzutami, co przekształca ją tym samym w podejrzanego. Dla efektywności tych działań często istotny jest czas, w którym rzeczona czynność zostanie wykonana. Zgodnie z art. 313 § 1 k.p.k. przedstawienie zarzutów powinno nastąpić „niezwłocznie” po tym, jak organ prowadzący śledztwo uzyska dane dostatecznie uzasadniające podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba.

Zwłoka w przedstawieniu zarzutów, a więc sytuacja, w której czynność ta następuje z winy organu prowadzącego postępowanie, z uchybieniem terminu w wskazanym w art. 313 § 1 k.p.k., powoduje, że przeprowadzone w tym czasie czynności mogą zostać uznane za dowody niedopuszczalne w rozumieniu art. 168a k.p.k. Stanie się tak przede wszystkim wtedy, gdy uchybienia leżące po stronie organów ścigania prowadziłyby do powstania negatywnych skutków procesowych po stronie oskarżonego.

Problem związany z granicami temporalnymi realizacji prawa do obrony na wstępnym etapie postępowania przygotowawczego był już wielokrotnie sygnalizowany w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie. Toczący się dyskurs konsekwentnie, mimo odmiennych propozycji rozwiązań – czy to przez wprowadzenie nowej, materialnej definicji podejrzanego⁶², czy to nadanie ustawowej definicji osobie podejrz-

miejsce przy przesłuchaniach funkcjonariuszy Policji, ponieważ z uwagi na liczbę podobnych gatunkowo zdarzeń po kilku latach nie pamiętają oni poszczególnych interwencji.

⁶¹ A. Lach, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018, s. 98–103 oraz wskazane tam orzeczenia ETPCz.

⁶² Por. S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej (w:) Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 447.

nej i uposażenie jej w określone uprawnienia⁶³ – wskazywał na potrzebę oddzielenia momentu formalnego nakierowania postępowania karnego przeciwko określonej osobie od możliwości realizacji prawa do obrony. Jednakże, pomimo potrzeby wprowadzenia zmian w tym przedmiocie do procedury karnej, do chwili obecnej istota instytucji przedstawienia zarzutów i jej bezpośredni wpływ na możliwość korzystania przez bierną stronę postępowania z gwarancji prawa do obrony nie uległy zmianie.

ABSTRACT

adw. dr Adam Bułat

The author is a doctor of laws, an assistant professor at the Faculty of Law and Economics of the Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, and an advocate at the District Bar Association in Bydgoszcz.

adw. Jarosław Wyrębski

The author is a teaching and research assistant at the Faculty of Law and Economics of the Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, an advocate at the District Bar Association in Bydgoszcz, and a lecturer of trainee advocates.

The procedural consequences of failure to bring charges promptly

The subject of this article is a consideration of the procedural consequences of a prosecutor's failure to formulate charges despite there being statutory reasons for moving from the in rem phase to the in personam phase of the investigation. In particular, the analysis refers to the legal effects of preventing the suspect from acting in the proceedings and exercising their rights during the investigation. It also concerns the consequences of conducting evidentiary proceedings at an inadequate phase of the investigation, precisely because of in rem investigation being conducted without justification when the prosecutor has failed to make the relevant procedural decision.

Keywords: *right to defence, formulation of charges, suspect, exclusionary rule, fair trial*

adw. dr Adam Bułat

Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, adwokat w Kujawsko-Pomorskiej Izbie Adwokackiej w Bydgoszczy.

ORCID: 0000-0002-7012-4207; e-mail: adam.bulat@ukw.edu.pl

⁶³ Por. A. Stefański, *Prawo do obrony osoby podejrzanej* (w:) *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013, s. 301.

adw. Jarosław Wyreński

Adwokat w Kujawsko-Pomorskiej Izbie Adwokackiej w Bydgoszczy, wykładowca aplikantów adwokackich, asystent na Wydziale Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy.

ORCID: 0000-0002-6221-1562; e-mail; jaroslaw.wyrebski@ukw.edu.pl

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bieńkowska Beata Teresa, *Wybrane zagadnienia „Prawa stron do sporu” w polskim procesie karnym* (w:) *Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, „Studia Iuridica” 1997, t. 33

Cieślak Marian, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984 (w:) M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, t. 2

Cora Łukasz, *Dostęp osoby podejrzanej do obrońcy w początkowej fazie ścigania karnego jako element rzetelnego procesu karnego* (w:) *Quo Vadit Processus Criminalis*, red. R. Olszewski, A. Małolepszy, Warszawa–Łódź 2021

Daszkiewicz Wiesław, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, „Państwo i Prawo” 1985/3, s. 58

Fedorowicz Kamil, *Przesłuchanie małoletnich i ofiar przestępstw seksualnych*, Warszawa 2020

Gerecka-Żołyńska Anna, *Przedstawienie zarzutu podejrzanemu w świetle dyrektywy rzetelnego procesu* (w:) *Prawo wobec wyzwań współczesności*, red. P. Wiliński, Poznań 2004

Gruszecka Dagmara, *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010/2

Hofmański Piotr, Szumiło-Kulczycka Dobrosława, *Prawo do obrony a ochrona pokrzywdzonego przestępstwem – uwagi na tle art. 185A i standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (w:) *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, red. P. Hofmański, S. Waltoś, Warszawa 2009

Hofmański Piotr, Zabłocki Stanisław, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011

Jeż-Ludwichowska Maria, *Wyjaśnienia oskarżonego a prawo do informacji*, „Palestra” 2003/3–4

Kaczorkiewicz Dorota, Tarnowska Danuta, *Instytucja przedstawienia zarzutów i jej konsekwencje procesowe*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011/1

- Klejnowska Monika**, *Informowanie stron o przedmiocie procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/7–8
- Kosonoga Jacek** (w:): *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. 10, *Postępowanie przygotowawcze*, red. A. Stefański, Warszawa 2016
- Kuczyńska Hanna**, *Bezpośrednie stosowanie dyrektywy UE w sprawach karnych. Skutki braku implementacji dyrektywy UE* (w:): *Europejskie gwarancje prawidłowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, red. D. Czerniak, J. Skorupka, Warszawa 2021
- Lach Arkadiusz**, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018
- Murzynowski Andrzej**, *Faktycznie podejrzany w postępowaniu przygotowawczym*, „Palestra” 1971/10
- Penner Leon**, *O zmianie przepisów Kodeksu postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1956/2
- Prusak Feliks**, *Problematyka określenia momentu stosownego do przedstawienia zarzutów*, „Palestra” 1972/6
- Schaff Leon**, *Nowa reforma postępowania przygotowawczego*, „Państwo i Prawo” 1956/3
- Siewierski Mieczysław**, *Nowa reforma postępowania przygotowawczego i zmiana przepisów o rewizji nadzwyczajnej*, „Nowe Prawo” 1958/4
- Skorupka Jerzy**, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013
- Skorupka Jerzy**, *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020
- Skorupka Jerzy**, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* (w:): *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczuk, R. Olszewski, Warszawa 2017
- Stachowiak Stanisław**, *Przedstawienie zarzutów w kontekście postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999/2
- Stefański Ryszard Andrzej**, *Czynność przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013/7–8
- Stefański Ryszard Andrzej**, *Prawo do obrony osoby podejrzanej* (w:): *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczuk, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013
- Stefański Ryszard Andrzej**, *Skuteczność przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013/6

- Steinborn Sławomir, Wąsek-Wiaderek Małgorzata**, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej (w:) Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. Bienkowska, Warszawa 2015
- Wiliński Paweł** (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 3, *Zasady procesu karnego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014
- Wiliński Paweł**, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006
- Woźniewski Krzysztof**, *Glosa do postanowienia SN z 24.04.2007 r., IV KK 31/07*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2008/1
- Woźniewski Krzysztof**, *Konwalidacja czynności procesowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1970–2004*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV
- Woźniewski Krzysztof**, *Pouczenie w pierwszym przesłuchaniu w postępowaniu przygotowawczym (art. 300 k.p.k.) jako czynność procesowa w świetle zasady informacji procesowej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/2

Pojęcia kluczowe: *tymczasowe aresztowanie, podstawa dowodowa, duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa, udowodnienie popełnienia przestępstwa, pewność moralna sędziego*

Artykuły

Marek Skwarcow

WARUNEK ISTNIENIA PODSTAWY DOWODOWEJ JAKO PRZESŁANKI STOSOWANIA TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA

W publikacji autor omówił ogólną przesłankę stosowania środków zapobiegawczych, w tym najbardziej dolegliwego – tymczasowego aresztowania, w postaci istnienia podstawy dowodowej. W art. 249 § 1 k.p.k. jest ona określona mianem „dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego przestępstwa”. Badanie prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa opiera się przede wszystkim na porównaniu pozostałych terminów używanych przez ustawodawcę dla określenia uznania podejrzanego za sprawcę czynu na określonym etapie postępowania, od momentu wszczęcia postępowania przygotowawczego, ewentualnego zatrzymania podejrzanego, przedstawienia mu zarzutu, zastosowania tymczasowego aresztowania, następnie dalszego stosowania tego środka zapobiegawczego w postępowaniu jurysdykcyjnym po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu, aż do czasu udowodnienia oskarżonemu winy w prawomocnym wyroku skazującym. W ocenie piszącego tak postrzegana przesłanka dużego prawdopodobieństwa nie jest czynnikiem decydującym, ponieważ komentowana podstawa dowodowa istnieje przede wszystkim w sferze faktów procesowych decydujących o zachowaniu lub niezachowaniu odpowiednich form przeprowadzania dowodu. W przypadku zastosowania tymczasowego aresztowania i dalszego jego stosowania, szczególnie w postępowaniu przygotowawczym, dowodzenie ma charakter swobodny, opiera się bowiem w zasadzie na badaniu przez sędziego akt sprawy, podczas gdy udowodnienie zawsze jest wynikiem sformalizowanego postępowania dowodowego charakterystycznego dla postępowania sądowego. Stąd też zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego musi być poprzedzone zaistnieniem po stronie tego sędziego określonego przez profesora Stefana Glasera stanu „pewności moralnej”, czyli pewności, że ta właśnie osoba, która stanęła pod

zarzutem popełnienia określonego przestępstwa, jest jego sprawcą. Dopiero zaistnienie tego przekonania pozwoli sędziemu na podjęcie decyzji o zastosowaniu tymczasowego aresztowania.

1. Kontynuując zapoczątkowaną na łamach „Palestry” przez Jerzego Skorupkę¹ dyskusję nad przesłankami orzekania tymczasowego aresztowania i praktyką organów sądowych stosujących ten środek zapobiegawczy, po omówieniu przesłanek surowości kary i obawy matactwa procesowego warto bliżej się przyjrzeć jednej z tzw. przesłanek ogólnych, o której mowa w art. 249 § 1 Kodeksu postępowania karnego² w postaci istnienia odpowiedniej podstawy dowodowej, która występuje wówczas, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo. Była ona przedmiotem wielu rozważań, niemniej jednak warto jej poświęcić po raz kolejny uwagę, kładąc szczególny nacisk na wyjaśnienie istoty prawdopodobieństwa w porównaniu zwłaszcza z kwestią udowodnienia oskarżonemu sprawstwa. Na istotę prawdopodobieństwa można spojrzeć przez pryzmat istnienia po stronie sędziego „pewności moralnej” w zakresie oceny dowodów, która pozwala na stosowanie detencji oskarżonego. Warto także poddać ocenie orzecznictwo sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego, kształtujące w istocie kierunek wykładni sądów niższej instancji. Pamiętać należy, że komentowana podstawa dowodowa dotyczy wszystkich środków zapobiegawczych, niemniej jednak dla przejrzystości rozważań punktem odniesienia będzie jej przedstawienie przez pryzmat najsurowszego z nich – środka zapobiegawczego o charakterze izolacyjnym.

Sięgnijmy na wstępie do omówienia poprzednich ustaw procesowych. Kodeks postępowania karnego z 1928 r.³ od momentu jego uchwalenia do czasu zmian wprowadzonych w 1950 r. w księdze IV „Zapobieganie uchylaniu się od sądu” w rozdziale I „Tymczasowe aresztowanie” w przepisach art. 164⁴ i 165⁵ ustawy

¹ J. Skorupka, *Tymczasowe aresztowanie w praktyce stosowania prawa*, „Palestra” 2021/1, s. 7 i n.; J. Skorupka, *Pojęcie i rodzaje przesłanek środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2022/1, s. 20 i n.; M. Skwarcow, *Obawa matactwa procesowego jako przesłanka stosowania tymczasowego aresztowania*, „Palestra” 2023/1–2, s. 21–42.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534), dalej: k.p.k.

³ Rozporządzenie Prezydenta RP z 19.03.1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. nr 33 poz. 313).

⁴ Stanowił on w § 1, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić tylko na mocy postanowienia sądu, zaś zgodnie z jego § 2 na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie.

⁵ Stanowił on, że tymczasowe aresztowanie może nastąpić wtedy tylko, gdy:

- a) zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie się ukrywał,
- b) gdy sprawa toczy się o przestępstwo, za które ustawa przypisuje karę pozbawienia wolności do roku lub karę cięższą, a zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał świadków do fałszywych zeznań lub w inny bezprawny sposób starał się o usunięcie dowodów przestępstwa,
- c) oskarżony nie ma w kraju ani stałego miejsca pobytu, ani określonego źródła utrzymania, lub gdy nie można ustalić jego tożsamości,
- d) oskarżony jest przestępcą nałogowym, zawodowym lub recydywistą.

nie przewidywał dla zastosowania tego środka zapobiegawczego wymogu istnienia podstawy dowodowej. W okresie powojennym, mocą ustawy z 20.07.1950 r.⁶, wprowadzono art. 148 k.p.k., który stanowił, że środki zapobiegające uchylaniu się od sądu stosować może tylko sędzia lub prokurator w razie istnienia dostatecznych poszlak przeciwko oskarżonemu. Wprawdzie warunek ten w ramach kolejnej zmiany ustawy mocą dekretu z 21.12.1955 r.⁷ nie wynikał już wprost ze znowelizowanego art. 148 k.p.k., to jednak przyczyną jego pominięcia – jak to wskazywano w piśmiennictwie – było wprowadzenie do ustawy procesowej nowych przepisów żądających poprzedzenia zastosowania jakiegokolwiek środka zapobiegającego uchylaniu się od sądu postanowieniem o przedstawieniu zarzutów (art. 148 § 2 k.p.k.) – co może nastąpić dopiero po zgromadzeniu przeciwko danej osobie dostatecznych materiałów uzasadniających podejrzenie (art. 237 § 1 k.p.k.). Co jednak istotne, podkreślano w literaturze, że zastosowanie środka zapobiegającego uchylaniu się od sądu, a w każdym razie zastosowanie aresztu tymczasowego, jest czymś więcej od samego tylko pociągnięcia podejrzanego do odpowiedzialności karnej za pomocą wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Kwestia więc istnienia dostatecznych poszlak przeciwko oskarżonemu powinna zostać przy zastosowaniu aresztu tymczasowego rozważona ze specjalną skrupulatnością⁸. Zdaniem Kazimierza Buchały przesłanka „dostateczności poszlak” oznacza konieczność stwierdzenia w każdym przypadku istnienia wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez podejrzanego, i to popełnienia danego konkretnego przestępstwa. Prawdopodobieństwo to oparte być musi na dowodach zebranych w dotychczasowym postępowaniu. Postulat dostateczności poszlak zakłada więc konieczność przeprowadzenia częściowego śledztwa lub dochodzenia, zakłada istnienie konkretnego podejrzanego i sprecyzowanego zarzutu. Jak długo zebrane w sprawie materiały nie stwarzają wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez podejrzanego konkretnego przestępstwa, stosowanie aresztu tymczasowego jest niedopuszczalne⁹. Warto odnotować także stanowisko Sądu Najwyższego¹⁰, jakie zajął pod rządami Kodeksu postępowania karnego z 1928 r., uznając, że „stosowanie i utrzymywanie środka zapobiegawczego tymczasowego aresztowania w stosunku do osób, co do których czynu istnieją wątpliwości czy posiada on cechy przestępstwa jest niedopuszczalne”.

⁶ Ustawa z 20.07.1950 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. z 1950 r. nr 38 poz. 348).

⁷ Dekret z 21.12.1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. z 1955 r. nr 46 poz. 309).

⁸ M. Cieślak, *Areszt tymczasowy w świetle obecnego i w perspektywie przyszłego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1954/12, s. 754; K. Buchała, *Podstawy stosowania aresztu tymczasowego w ustawie i praktyce*, „Nowe Prawo” 1957/7–8, s. 54–55; A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963, s. 73–74; A. Murzynowski (w:) L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959, s. 180; M. Siewierski (w:) S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Warszawa 1966, s. 241.

⁹ K. Buchała, *Podstawy stosowania...*, s. 55.

¹⁰ Postanowienie SN z 19.02.1955 r. (III KO 69/54), „Państwo i Prawo” 1955/4–5, s. 801.

W trakcie trwania prac nad projektem nowej ustawy procesowej Marian Cieślak, oceniając jako obligatoryjny warunek zastosowania tymczasowego aresztowania wystąpienie przesłanki ogólnej, wskazał, że zachodzi ona, gdy istnieje oparte na zebranych dowodach, dostateczne prawdopodobieństwo winy oskarżonego (art. 209 projektu). W jego ocenie wyraźne wypunktowanie tego warunku, który w Kodeksie postępowania karnego z 1928 r. został zakamuflowany w art. 148 § 2 ustawy, należy przyjąć z uznaniem¹¹. Uchwalony art. 209 Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.¹² stanowił, że środki zapobiegawcze można stosować, jeżeli dowody zebrane przeciwko oskarżonemu dostatecznie uzasadniają, że popełnił on przestępstwo. W czasie obowiązywania tej ustawy procesowej fundamentalne wręcz znaczenie w zakresie podstawy dowodowej ma stanowisko Sądu Najwyższego¹³, który uznał, że „sąd przy rozstrzygnięciu o stosowaniu (lub dalszym utrzymaniu) tymczasowego aresztowania nie może ostatecznie ocenić merytorycznie dowodów, ma on jednak obowiązek rozważenia, czy zebrane dowody w dostatecznym stopniu uprawdopodobniają, że oskarżony popełnił przestępstwo”. W innym z orzeczeń Sąd Najwyższy¹⁴ stwierdził, że „z art. 209 d. k.p.k. wynika, że niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania do osoby, przeciwko której brak jest dostatecznych dowodów potwierdzających, że popełniła zarzucane jej przestępstwo”.

Ustawodawca w obecnie obowiązującym art. 249 § 1 k.p.k., ustanawiając stopień istnienia podstawy dowodowej, zdecydował się określić go na wyższym poziomie, skoro zastąpił „dostateczne uzasadnienie popełnienia przestępstwa” mianem „dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego przestępstwa”. Taka zmiana przesłanki ogólnej była w istocie usankcjonowaniem wypowiedzianych w doktrynie pod rządami Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. poglądów Jana Nelkena i Mariana Cieślaka. Ten pierwszy autor podkreślił, że przez „dostateczne” należy rozumieć takie poszlaki, które z dużym stopniem prawdopodobieństwa wskazują na podejrzanego jako sprawcę przestępstwa¹⁵. Zdaniem natomiast Mariana Cieślaka w przypadku podstawy dowodowej jako jednej z przesłanek ogólnych stosowania środków zapobiegawczych chodzi o wysoki stopień prawdopodobieństwa, że oskarżony jest sprawcą zarzucanego mu przestępstwa¹⁶. Warto w tym miejscu odnotować, że ustawa wyraźnie wskazuje na prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa,

¹¹ M. Cieślak, *Środki zapobiegawcze w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1968 r.*, „Państwo i Prawo” 1969/1, s. 100.

¹² Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 69), dalej: d. k.p.k.

¹³ Postanowienie SN z 14.05.1974 r. (II KZ 104/74), OSNKW 1974/9, poz. 175.

¹⁴ Postanowienie SN z 15.04.1983 r. (II Kz 31/83), OSNKW 10–11, poz. 90, zaaprobowane przez F. Prusaka, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego (drugie półrocze 1983 r.)*, „Nowe Prawo” 1984/5, s. 92 i P. Hofmańskiego, *Glosa do postanowienia SN z 15.04.1983 r.*, II Kz 31/83, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1984/7–8, s. 392–393.

¹⁵ J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 55.

¹⁶ M. Cieślak, *Przemiany w zakresie polityki stosowania tymczasowego aresztowania (w ujęciu prawnoporównawczym)*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1977/7, s. 185.

zatem niedopuszczalne jest stosowanie środków zapobiegawczych w związku z popełnieniem wykroczenia¹⁷.

2. W celu unaocznienia stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa wymaganego dla zastosowania tymczasowego aresztowania w ocenie Ryszarda A. Stefańskiego niezbędne jest porównanie terminów używanych przez ustawodawcę dla określenia uznania podejrzanego za sprawcę przestępstwa na określonym etapie postępowania, skoro ustawa procesowa posługuje się takimi określeniami jak:

- „brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa” (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.) – skutkujących wydaniem postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania,
- „uzasadnione przypuszczenie popełnienia przestępstwa” (art. 244 § 1 k.p.k.) – będące podstawą zatrzymania osoby podejrzanej,
- „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa” (art. 303 k.p.k.) – decydujące o wszczęciu śledztwa,
- „dostateczne podejrzenie popełnienia czynu przez określoną osobę” (art. 313 § 1 k.p.k.) – jako podstawa do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów,
- „duże prawdopodobieństwo popełnienia przez oskarżonego przestępstwa” (art. 249 § 1 k.p.k.) – skutkujące zastosowaniem środków zapobiegawczych, w tym tymczasowego aresztowania¹⁸.

Najniższy stopień wymagany jest przy zatrzymaniu osoby podejrzanej, następnie rośnie przy wszczęciu postępowania przygotowawczego, jeszcze wyższy jest przy podjęciu decyzji o postawieniu zarzutu, a najwyższy przy stosowaniu środków zapobiegawczych. W tym ostatnim przypadku stopień graniczy z pewnością. Za tak wysokim stopniem prawdopodobieństwa przemawia podwójne podkreślenie istnienia dowodów wskazujących na popełnienie przestępstwa przez oskarżonego¹⁹. Tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym może być stosowane tylko wobec osoby, wobec której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, zaś w postępowaniu sądowym wobec osoby, przeciwko której wniesiono akt oskarżenia. Nakłada to na organy procesowe powinność rzetelnego gromadzenia dowodów, które wykażą spraw-

¹⁷ Postanowienie SN z 12.03.1996 r. (IKZP 1/96), LEX nr 2444, z aprobującą glosą A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej SN w zakresie prawa karnego procesowego za 1996 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/2, s. 111–112.

¹⁸ A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/3–4, s. 79–80; A. Stefański, *Tymczasowe aresztowanie i związane z nim środki przymusu w nowym kodeksie postępowania karnego (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, nr 6, Warszawa 1997, s. 20; K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s. 87; M. Pacyna, *Duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa jako przesłanka stosowania środków zapobiegawczych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008/2, s. 135–136.

¹⁹ A. Stefański, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 20.

stwo oskarżonego. W tej kwestii nic nie stracił na aktualności pogląd wypowiedziany przez Janusza Tylmana, że możliwość zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby, przeciwko której skierowano ściganie karne, ma na celu podniesienie rangi tego warunku oraz uczynienie koniecznym wnikliwe sprawdzenia materiału dowodowego z punktu widzenia możliwości stosowania środków zapobiegawczych, a nie samego tylko skierowania postępowania przeciw tej osobie²⁰. Określenie w ustawie procesowej stopnia prawdopodobieństwa na relatywnie wyższym poziomie w porównaniu ze wskazanymi wyżej sytuacjami procesowymi wynika z faktu, że stosowanie tymczasowego aresztowania jest najdalej idącą i najbardziej drastyczną ingerencją w prawa oskarżonego, wiążącą się z istotnym ograniczeniem swobód obywatelskich, m.in. prawem do wolności czy nietykalności cielesnej²¹.

Przedstawiony w literaturze warunek badania stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu oceniany z punktu widzenia pojęć określających uznanie podejrzanego za sprawcę przestępstwa ma ważne, jednak – jak się wydaje – jedynie pomocnicze znaczenie, ponieważ istota i znaczenie podstawy dowodowej stosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych powinny opierać się przede wszystkim na wyjaśnieniu pojęcia „prawdopodobieństwo” – „uprawdopodobnienie” i wykazaniu różnic między tym pojęciem a „udowodnieniem”. Prawdopodobieństwo będące pochodną uprawdopodobnienia jest zbitką pojęciową wyrazów „prawda” i „podobieństwo”²². Na gruncie polskiego języka prawniczego nazwa „uprawdopodobnienie” pojawiła się jako niezbyt precyzyjny odpowiednik niemieckiej nazwy „*Glaubhaftmachung*”, oznaczającej instytucję prawa dowodowego umożliwiającą rozstrzyganie na podstawie faktów wiarygodnych, ustalonych zatem na podstawie wiarygodnych źródeł dowodowych, z tym jednak, że polski odpowiednik będący właśnie zbitką wskazanych uprzednio pojęć „prawda” i „podobieństwo” zaakcentował najwyraźniej element prawdopodobieństwa. W piśmiennictwie i judykaturze – idąc za głosem Jana Nelkena – pojęcie „uprawdopodobnienie” rozumiano jako wykorzystanie środków dowodowych stwarzających jedynie większy lub mniejszy stopień prawdopodobieństwa i należało je zaliczyć do instytucji prawa dowodowego związanej z etapem poznawczym, który często poprzedza osiągnięcie pewności, czyli poprzedza „udowodnienie”²³. Otworzyło to drogę do złudnego mniemania, jakoby instytucja „uprawdopodobnienia” pozwalała orzekać w oparciu o „niepewny”, bo niekoniecznie „prawdziwy”, a jedynie „prawdopodobny” stan faktyczny²⁴. Rodzimy ustawodawca, podążając tym śladem, dla podwyższenia wagi faktów mających uwiarygadniać określoną

²⁰ J. Tylman (w.): M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 166.

²¹ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 87.

²² J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiecki, *Słownik języka polskiego* Warszawa 1908, t. 4.

²³ J. Nelken, *Uprawdopodobnienie w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1970/4, s. 518–519.

²⁴ R. Kmieciak, *Uprawdopodobnienie w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1983/3, s. 45.

decyzję procesową – o pozbawieniu podejrzanego wolności w ramach stosowania środka zapobiegawczego, ów stopień „uprawdopodobnienia” określił jako „duży”, czyli ponadprzeciętny, znaczny. Chodzi jednak o to, na co słusznie zwraca uwagę Marian Cieślak, że w przypadku uprawdopodobnienia obowiązek jego wykazania w procesie karnym występuje wówczas, gdy z zasady nie może wchodzić w grę dokładne przeprowadzenie postępowania dowodowego, dającego całkowitą pewność, a z drugiej strony nie można poprzestać na samym tylko twierdzeniu zainteresowanej osoby²⁵. W przypadku więc zastosowania i ewentualnego dalszego stosowania tymczasowego aresztowania sąd orzekający w tym przedmiocie nie może poprzestać na samym tylko twierdzeniu prokuratora wnioskującego o zastosowanie tego środka zapobiegawczego, tylko musi wydać postanowienie w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone w aktach sprawy, podczas gdy jedynym bezpośrednio przeprowadzonym dowodem jest odebranie wyjaśnień od oskarżonego, które odbywa się w ramach jego przesłuchania, chyba że jest to niemożliwie z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju (art. 249 § 3 k.p.k.). W razie natomiast przedłużenia tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym ustawa procesowa w ogóle nie przewiduje możliwości dodatkowego przesłuchania podejrzanego (art. 249 § 5 k.p.k.), co oznacza, że sąd orzekający w tym przedmiocie opiera się na dowodach zgromadzonych w aktach postępowania. W toku postępowania przygotowawczego i po wpływie akt sprawy wraz z aktem oskarżenia (sąd orzeka wówczas na podstawie art. 339 § 3 k.p.k. w zw. z art. 344 k.p.k.) ocena istnienia podstawy dowodowej zawsze opiera się na badaniu akt sprawy i ma charakter swobodny. Dopiero w trakcie rozprawy przesłanka ogólna z art. 249 § 1 k.p.k. jest już oceniana w toku postępowania dowodowego charakterystycznego dla tego forum. Przekształcenie się prawdopodobieństwa w pewność nastąpi więc dopiero w chwili uprawomocnienia się wyroku skazującego, co będzie równoznaczne z przełamaniem gwarancyjnej zasady domniemania niewinności²⁶. Osiągnięcie stanu udowodnienia – pomimo że ustawa procesowa się tym pojęciem nie posługuje – będącego warunkiem niezbędnym przypisania winy wymaga przeprowadzenia kontradiktoryjnej rozprawy głównej

²⁵ M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 1, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 62.

²⁶ J. Izydorczyk, *Prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa oraz jego stopnie w polskim procesie karnym na podstawie k.p.k. z 1997 r.* (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011, s. 175. W ocenie tego autora stopień prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez oskarżonego jest bezpośrednio związany z przebiegiem postępowania karnego, w konsekwencji im bardziej zaawansowany jego etap, tym większe są wymagania dowodowe. „Stopniowalność” bezpośrednio wynika (i tam też ma swoje uzasadnienie) z gwarancji procesowych oskarżonego. Inaczej mówiąc – im dalej w swym przebiegu przesuwana jest proces karny oraz im dalej określone instytucje prawa karnego procesowego wkraczają w sferę praw i wolności obywatelskich, tym większe są wymagania dowodowe (a więc i proceduralne) nałożone przez ustawodawcę wobec organów oraz wobec dokonywania przez te organy „przełamywania” kolejnych stopni ww. prawdopodobieństwa – s. 176–177.

i ewentualnie przeprowadzenia postępowania przed sądem odwoławczym, czyli przeprowadzenia postępowania dowodowego według norm przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego, w tym zwłaszcza zgodnie z zasadą bezpośredniości, ustności, jawności i z poszanowaniem prawa oskarżonego do obrony. Ta uwaga prowadzi do wniosku, że uprawdopodobnienie z art. 249 § 1 k.p.k. występujące jako duże prawdopodobieństwo oznacza ustalenie faktu na podstawie wiarygodnych źródeł dowodowych, wykorzystywanych jednak w taki sposób (albo w takiej fazie procesu), że ze względów formalnych nie zasługuje na miano „udowodnienia” w sensie procesowym. Różnica między udowodnieniem a uprawdopodobnieniem przebiega zatem nie tylko w sferze oceny dowodów i jej wyników, ale także i przede wszystkim w sferze faktów procesowych decydujących o zachowaniu lub niezachowaniu odpowiednich form przeprowadzania dowodu, a zwłaszcza związanych z tym formalnych rękojmi „obiektywnej” przekonywalności dowodu²⁷. Dowodzenie w ramach oceny podstawy dowodowej niezbędnej do stosowania tymczasowego aresztowania oparte jest na całokształcie okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia (art. 92 k.p.k.), i przybiera wówczas postać dowodzenia swobodnego, skoro sąd orzekający w przedmiocie stosowania detencji co do zasady zapoznaje się z aktami sprawy i nie jest to żadna czynność wymagająca sporządzenia protokołu ani spełnienia żadnych innych warunków ustanowionych w ustawie. W przypadku natomiast dowodzenia faktu głównego – kwestii winy i odpowiedzialności karnej oskarżonego – jej udowodnienie musi uwzględniać normę wyrażoną w art. 410 k.p.k., ponieważ podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. W procesie dowodzenia winy oskarżonego tylko więc udowodnienie otwiera prawo do rozważań w przedmiocie odpowiedzialności i kary.

Pierwszym spoiwem łączącym uprawdopodobnienie i udowodnienie jest obowiązywanie wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. zasady prawdy materialnej, która nakazuje, aby podstawę wszelkich rozstrzygnięć stanowiły prawdziwe ustalenia faktyczne. Zasada ta wyraża postulat opierania decyzji organów procesowych wyłącznie na ustaleniach zgodnych z rzeczywistością. Nie zatem fikcja prawna, nie założenia, przypuszczenia, nie wypełnienie jakichkolwiek formalnych warunków, lecz rzeczywista prawdziwość ustalonych faktów może być podstawą prawidłowego orzeczenia²⁸. Obowiązywanie prawdy materialnej odnosi się oczywiście przede wszystkim do wyroku, który jest punktem centralnym całego procesu karnego, ale również odnosi się do wszystkich innych orzeczeń i zarzą-

²⁷ M. Kmiecik, *Uprawdopodobnienie...*, s. 47. Stanowisko Romualda Kmiecika rozwija Kazimierz Marszał, którego zdaniem „uprawdopodobnienie” należy rozumieć jako przejaw zasady nieformalizmu, wprowadzającej możliwość osiągnięcia przez sąd wewnętrznego przekonania o dowodzonej okoliczności z pominięciem formalnego postępowania dowodowego, a więc za pomocą dowodów swobodnych – K. Marszał (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 244.

²⁸ M. Cieślak, *Dziela wybrane...*, s. 96–97, A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 114–115.

dzeń organów procesowych. W zbiorze tych decyzji procesowych, których podstawą ma być uprawdopodobnienie, organy procesowe nie mogą opierać się na ustaleniach fałszywych i tutaj powinny one dążyć do osiągnięcia prawdy obiektywnej, a ujawnienie fałszywości podstawy faktycznej takiej decyzji procesowej oznacza jej wadliwość²⁹. Dlatego też wszelkie decyzje procesowe wydawane w toku dowodzenia faktu głównego mają własne podstawy faktyczne, które powinny być zgodne z rzeczywistością i których istnienie musi być stwierdzone z subiektywną pewnością, a nie tylko w oparciu o prawdopodobieństwo, czy też nawet – jak w przypadku stosowania tymczasowego aresztowania – w oparciu o duże prawdopodobieństwo³⁰. Stwierdzenie tej podstawy dowodowej nigdy nie powinno być niezgodne z zasadą prawdy materialnej.

Następnym spoiwem łączącym uprawdopodobnienie i udowodnienie jest ocena i kontrola zebranych w sprawie dowodów, która w obu tych przypadkach przyjmuje zgodnie z art. 7 k.p.k. postać oceny swobodnej, uwzględniającej zasady prawidłowego rozumowania, wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego sądu orzekającego. Do postępowania incydentalnego, jakim jest postępowanie w przedmiocie tymczasowego aresztowania, mają więc odpowiednie zastosowanie reguły właściwe dla postępowania dowodowego³¹. Rozpoznanie wniosku o zastosowanie tego środka zapobiegawczego wymaga dokonania ustaleń faktycznych warunkujących ocenę jego zasadności, przy czym ustalenia te mogą zostać oparte wyłącznie na dowodach stanowiących jedyne źródło poznania procesowego³².

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że w ramach istnienia podstawy dowodowej określonej w art. 249 § 1 k.p.k. ustawa nakłada na sąd orzekający w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania obowiązek wszechstronnego i dokładnego zbadania faktów objętych tą sprawą oraz osiągnięcia takiej pewności, która przy największej sumienności i wnikliwości organu procesowego wydaje się niewątpliwa i którą określił Stefan Glaser mianem tzw. pewności moralnej³³. Jest to coś więcej, niż wskazują Stanisław Waltoś i Piotr Hofmański, że prawdopodobieństwo musi być duże, a więc takie, aby dla każdego przeciętnego człowieka możliwość wydania wyroku skazującego była znacznie większa niż uniewinnienie lub umorzenie³⁴. Dla korzystającego z prymatu bezstronności i niezawisłości sędziego ta „pewność moralna” to leżące po jego stronie subiektywne przekonanie, że w świetle zgromadzonych dowodów to oskarżony, a nie inna osoba, jest sprawcą czynu, który został wskazany w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów, i to duże prawdopodobieństwo jest

²⁹ M. Cieślak, *Dzieła wybrane...*, s. 97.

³⁰ Por. R. Kmiecik, *Uprawdopodobnienie...*, s. 50.

³¹ Postanowienie SN z 24.04.1998 r. (III KKN 297/97), LexPolonica nr 351742.

³² K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 89.

³³ S. Glaser, *Polski proces karny w zarysie wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych*, Kraków 1934, s. 185.

³⁴ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 437.

właśnie wynikiem przeprowadzenia dowodzenia swobodnego, ukształtowanego na podstawie art. 92 k.p.k., kwestia ewentualnego udowodnienia będzie zaś możliwa po przeprowadzeniu rozprawy głównej, owocem której „pewność moralna” przybierze postać obiektywnej przekonywalności. Jak się zdaje, tym tokiem rozumowania podążają Stanisław Pikulski i Krystyna Szczechowicz, zdaniem których zmiana terminologii z „dowodów dostatecznie uzasadniających” (art. 209 k.p.k. z 1969 r.) na dowody wskazujące na „duże prawdopodobieństwo” (art. 249 § 1 k.p.k.) powoduje, że należy przyjąć, że chodzi o podniesienie stopnia prawdopodobieństwa. Istnieć musi zatem uprawdopodobnienie zbliżone do pewności co do winy danej osoby³⁵.

Wystąpienie dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego przestępstwa należy odnosić do zdarzeń przeszłych, a zatem do tego, co już nastąpiło, co miało miejsce w rzeczywistości społecznej i jest relewantne z perspektywy prawa karnego procesowego³⁶. Stąd też zebrane w sprawie dowody muszą wskazywać na istnienie podstawy dowodowej przestępstwa, które zostało oskarżonemu już zarzucone, a nie jakiegokolwiek innego przestępstwa. Dodatkowo środek zapobiegawczy ma chronić prawidłowy tok postępowania, które aktualnie jest prowadzone przeciwko oskarżonemu, nie zaś prawidłowy tok postępowania, które może być albo nawet będzie dopiero prowadzone³⁷. W konsekwencji tzw. rozwojowy charakter sprawy nie może uzasadniać istnienia podstawy dowodowej, o której mowa w art. 249 § 1 k.p.k., ponieważ dotyczy to faktów przyszłych, niewynikających z już zebranych w sprawie dowodów. Komentowana podstawa dowodowa musi być oceniana w kontekście tych dowodów, które są zgromadzone w danej sprawie, i jak to słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Katowicach³⁸, nie może stanowić przedmiotu rozważań opierających się na czynnościach procesowych i ich wyniku w innym, nawet równoległym toczącym się postępowaniu.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że skazanie oskarżonego nieprawomocnym wyrokiem uzasadnia duże prawdopodobieństwo, że popełnił on zarzucone mu przestępstwo i zwalnia sąd orzekający od dalszego uzasadniania tego przekonania³⁹. Konsekwencją tego poglądu jest przyjęcie, że w postępowaniu międzyinstancyjnym oraz przed sądem drugiej instancji zbędne staje się badanie istnienia materialnej przesłanki stosowania środka zapobiegawczego⁴⁰.

³⁵ S. Pikulski, K. Szczechowicz, *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w świetle praw i wolności obywatelskich*, Olsztyn 2004, s. 67.

³⁶ M. Żbikowska, *Prawdopodobieństwo w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2018/3, s. 70.

³⁷ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, s. 437; J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006/12, s. 111.

³⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.04.2006 r. (II AKa 199/05), LEX nr 191731.

³⁹ Postanowienia: Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.07.2007 r. (II AKz 478/07), LEX nr 344405; Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28.01.2009 r. (II AKz 3/09), LEX nr 593390.

⁴⁰ K. Dudka (w): K. Dudka, M. Janicz, C. Kulesza, J. Matras, H. Paluszkiwicz, B. Skowron, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2022.

Tak stanowczy pogląd nie jest jednak trafny, ponieważ nieprawomocny wyrok skazujący powoduje, że sędziowska „pewność moralna” przybiera wprawdzie postać „przekonywalności”, niemniej jednak nie osiąga stanu udowodnienia na etapie postępowania międzyinstancyjnego. Ten stan osiąga dopiero prawomocny wyrok skazujący. Skomplikowany charakter postępowania odwoławczego w zakresie rozważań nad granicami zaskarżenia i granicami orzekania przez sąd odwoławczy nie pozwala na bliższą ich analizę, to jednak w ramach badania zasadności zarzutów apelacyjnych ocenianych z punktu widzenia trafności wydanego przez pierwszą instancję rozstrzygnięcia obowiązkiem sądu odwoławczego w razie zaskarżenia winy – zgodnie z wymogami przewidzianymi w art. 447 § 1 k.p.k. – jest zbadanie całości wyroku. Wówczas gdy sąd drugiej instancji dojdzie do przekonania, że zaskarżony wyrok skazujący jest nietrafny i nie daje podstaw do uznania istnienia podstawy dowodowej, jego obowiązkiem będzie uchylenie tymczasowego aresztowania. Istnienie po stronie sędziego odwoławczego „pewności moralnej” trwa więc tak długo, jak sędzia nie nabierze przekonania o nietrafności ustaleń faktycznych w zakresie winy oskarżonego. Wówczas wynikające z nieprawomocnego wyroku skazującego prawdopodobieństwo stoi w sprzeczności z dokonaną przez tego sędziego subiektywną oceną dowodów. To dowodzenie ma również charakter swobodny, ponieważ jest oparte na analizie akt sprawy i zawartych w apelacji zarzutów odwoławczych. Nie wydaje się zatem trafne w przypadku zmiany zaskarżonego wyroku i uniewinnienia oskarżonego lub uchylenia tego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, w razie konieczności przeprowadzania na nowo przewodu sądowego w całości (art. 437 § 2 *in fine* k.p.k.) – gdy wina oskarżonego budzi wątpliwości, aby istniała konieczność utrzymania tymczasowego aresztowania do dnia wyrokowania sądu odwoławczego. W takiej sytuacji ów sąd już na etapie przygotowania do rozprawy apelacyjnej powinien podjąć decyzję co do dalszego trwania tymczasowego aresztowania, ważąc bacznie, czy rzeczywiście podstawa dowodowa z art. 249 § 1 k.p.k. istnieje. Uchylenie tymczasowego aresztowania może mieć również miejsce w razie przeprowadzenia dowodów na rozprawie apelacyjnej, której wynikiem jest stwierdzenie, że podstawa dowodowa traci charakter dużego prawdopodobieństwa.

Warto także zaznaczyć, że istnienie podstawy dowodowej warunkującej zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego wynika również z art. 5 ust. 1 pkt c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴¹, który stanowi, że nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem przypadków i w trybie ustalonym przez prawo zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą. W sprawie

⁴¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej: EKPC.

*Fox, Cambell i Hartley przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁴², która w istotny sposób ukształtowała późniejszą linię orzecniczą, Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz) uznał, że: „słuszność” podejrzenia, na którym musi opierać się aresztowanie, stanowi zasadniczą część zabezpieczenia przed arbitralnym aresztowaniem i zatrzymaniem, które jest określone w art. 5 ust. 1 lit. c (art. 5–1 lit. c). Trybunał zgadza się z Komisją i Rządem, że posiadanie „uzasadnionego podejrzenia” zakłada istnienie faktów lub informacji, które przekonałyby obiektywnego obserwatora, że dana osoba mogła popełnić przestępstwo. To, co można uznać za „rozsądne”, będzie jednak zależało od wszystkich okoliczności. Pod tym względem przestępczość terrorystyczna należy do szczególnej kategorii. Ze względu na związane z tym zagrożenie utraty życia i cierpienia ludzkiego Policja jest zobowiązana do niezwłocznego działania w celu śledzenia wszelkich informacji, w tym informacji pochodzących ze źródeł niejawnych. Ponadto policja może często być zmuszona do aresztowania osoby podejrzanej o terroryzm na podstawie informacji, które są wiarygodne, ale których nie można, bez narażenia źródła informacji, ujawnić podejrzanemu ani przedstawić w sądzie na poparcie oskarżenia. (...) W świetle trudności nieodłącznie związanych z prowadzeniem dochodzeń i ściganiem przestępstw typu terrorystycznego w Irlandii Północnej „racjonalność” podejrzenia uzasadniającego takie aresztowania nie zawsze może być oceniana zgodnie z tymi samymi standardami, które są stosowane w postępowaniu z przestępczością konwencjonalną. Niemniej jednak wymogi związane z zajmowaniem się przestępstwami terrorystycznymi nie mogą usprawiedliwiać rozciągania pojęcia „rozsądności” do punktu, w którym istota gwarancji zapewnionej przez art. 5 ust. 1 lit. c (art. 5–1 lit. c) zostaje naruszona. (...). Okoliczność, że podczas zatrzymania wszyscy skarżący byli przesłuchiwani w sprawie konkretnych aktów terrorystycznych, potwierdza jedynie, że funkcjonariusze dokonujący zatrzymania mieli rzeczywiste podejrzenie, że byli oni zamieszani w te akty, ale nie może przekonać obiektywnego obserwatora, że skarżący mógł dopuścić się tych czynów, co zdaniem Trybunału doprowadziło do stwierdzenia naruszenia tego przepisu Konwencji. W sprawie *Erdagöz przeciwko Turcji*⁴³ Trybunał orzekł również, że aby podejrzenie było wiarygodne, muszą istnieć fakty lub informacje mogące przekonać obiektywnego obserwatora, że dana osoba mogła popełnić przestępstwo.

Interesujące z punktu widzenia niniejszych rozważań jest orzeczenie, które zapadło w sprawie *Labita przeciwko Włochom*⁴⁴. Skarżący stanął pod zarzutem przynależności do organizacji mafijnej, a dowodem winy były zeznania byłego mafiosa (*pentito*), który jednak nie był bezpośrednim świadkiem przestępczej działalności skarżącego, a posiadał informacje z tzw. drugiej ręki. W wyniku

⁴² Wyrok ETPCz z 30.08.1990 r., skargi nr 12244/86, 12245/86, 12383/86, HUDOC (tłumaczenie własne).

⁴³ Wyrok ETPCz z 22.10.1997 r., skarga nr 127/96, HUDOC (tłumaczenie własne).

⁴⁴ Wyrok ETPCz z 6.04.2000 r., skarga nr 26772/95, HUDOC (tłumaczenie własne).

postępowania przed sądem skarżący został jednak niewinny od postawionego mu zarzutu. Zdaniem Trybunału współpraca z *pentito* jest bardzo ważną bronią w walce z mafią, ale nie można lekceważyć ryzyka oskarżenia i aresztowania osoby na podstawie niezweryfikowanych zeznań. Oświadczenia *pentito* muszą zatem zostać potwierdzone, a pogłoski muszą być poparte obiektywnymi dowodami, zwłaszcza przy podejmowaniu decyzji o przedłużeniu tymczasowego aresztowania, ponieważ takie oświadczenia z konieczności stają się mniej istotne wraz z upływem czasu. W toku postępowania przed sądami krajowymi, przedłużając stosowanie aresztowania, nie wzięto pod uwagę faktu, że oskarżenia przeciwko skarżącemu były oparte na dowodach, które stały się raczej słabsze, a nie silniejsze, w związku z tym podstawy dowodowe nie były wystarczające, aby uzasadnić długość tymczasowego aresztowania. Trybunał jednogłośnie stwierdził tym samym naruszenie Konwencji.

Na gruncie polskich rozstrzygnięć warto odnotować orzeczenie, jakie zapadło w sprawie *Węgrzyn przeciwko Polsce*⁴⁵, gdzie zdaniem Trybunału jakkolwiek środek pozbawiający osobę wolności powinien pochodzić od właściwego organu i być wykonywany przez właściwy organ i nie może być arbitralny. „Zasadność” podejrzenia, którego istnienie jest niezbędne dla zastosowania zatrzymania lub aresztu, stanowi podstawowy warunek ochrony przed arbitralnym zatrzymaniem bądź też aresztem. Istnienie „uzasadnionego podejrzenia” zakłada istnienie okoliczności lub informacji, które byłyby w stanie przekonać obiektywnego obserwatora, że dana osoba mogła popełnić czyn zagrożony karą. W odniesieniu do stopnia uzasadnienia „podejrzenia” art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji nie wymaga zdobycia przez organy śledcze dowodów wystarczających do wniesienia aktu oskarżenia już w momencie zatrzymania, ani nawet w czasie przebywania danej osoby w areszcie. Celem przesłuchań podczas trwania aresztu na podstawie art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji jest wspieranie śledztwa w taki sposób, aby możliwe stało się potwierdzenie lub rozwianie podejrzenia będącego podstawą zatrzymania. W związku z powyższym fakty uzasadniające podejrzenie nie muszą spełniać tych samych wymogów co te, które konieczne są dla uzasadnienia wyroku skazującego, bądź też nawet dla wniesienia aktu oskarżenia, a więc dotyczące dalszych etapów postępowania. Istnienie uzasadnionego podejrzenia zależy w konkretnym przypadku ostatecznie od poszczególnych okoliczności.

Trybunał strasburski przy badaniu przesłanki „uzasadnionego podejrzenia” z art. 5 ust. 1 pkt c Konwencji nie opiera się na koncepcji „pewności moralnej” sędziego, ale kładzie nacisk na takie ukształtowanie postępowania dowodowego, które dostarczy faktów i informacji pozwalających na przekonanie obiektywnego obserwatora, że dana osoba mogła popełnić przestępstwo. To pojęcie „obiektywnego obserwatora” ma być rozsądnym miernikiem badania stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa. Trybunał – co trzeba stanowczo podkreślić – stoi jednak przed niezwykle trudnym zadaniem, ponie-

⁴⁵ Decyzja ETPCz z 5.12.2002 r., skarga nr 39251/98, LEX nr 75579.

waż w świetle komentowanego przepisu bada również przesłankę zgodności z prawem zatrzymania lub tymczasowego aresztowania i na potrzeby wydawanych w sprawie orzeczeń bierze pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, ich specyfikę ukształtowaną systemem prawa obowiązującym w państwie sygnatariuszu Konwencji, dążąc do nakreślenia zasad o charakterze uniwersalnym. Przy wykładni pojęcia „uzasadnione podejrzenie” trzeba więc uwzględnić, że w sprawie *Fox, Cambell i Hartley* przedmiotem badania były dowody mające w istocie charakter poszlak gromadzone przeciwko domniemanym członkom Irlandzkiej Armii Republikańskiej. Podobnie specyficzny charakter miała także podstawa dowodowa w sprawie *Labita*, ponieważ obciążającego dowodu dostarczyły oświadczenia procesowe świadka koronnego i, jak podkreślił Trybunał, ze swojej istoty ten dowód musi być skrupulatnie badany. W sprawie zaś *Erdagöz* rozważania nad istnieniem uzasadnionego podejrzenia dotyczyły natomiast stanu faktycznego przestępstwa kryminalnego polegającego na dokonaniu przestępstwa rozboju z użyciem broni palnej.

3. Analiza dorobku judykatury wskazuje, że przy ocenie istnienia przesłanki dużego prawdopodobieństwa badanie sprawstwa odbywa się w zasadzie w oparciu o porównanie pozostałych terminów używanych przez ustawodawcę dla określenia uznania podejrzanego za sprawcę przestępstwa na określonym etapie postępowania. Podkreślenie natomiast istnienia po stronie sędziego pewności moralnej ma zdecydowanie mniejsze znaczenie. Potwierdzeniem tej tezy jest zwłaszcza ugruntowane stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że: „sformułowany w art. 249 § 1 *in fine* k.p.k. konieczny warunek dopuszczalności stosowania środka zapobiegawczego nie wymaga ustalenia, iż podejrzany dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa. Wymaga jedynie ustalenia, że w tym zakresie istnieje prawdopodobieństwo”⁴⁶. W innym miejscu Sąd Najwyższy orzekł⁴⁷, że „celem postępowania w przedmiocie stosowania środków zapobiegawczych nie jest merytoryczna ocena dowodów zgromadzonych w sprawie i ustalenie, czy podejrzany dopuścił się zarzucanych mu czynów, a jedynie rozważenie, czy dowody te stwarzają stan prawdopodobieństwa, o jakim mowa w art. 249 § 1 k.p.k.” W kolejnym z orzeczeń – cytowanych szeroko przez organy prokuratorskie składające wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania i wskazywanych przez sądy orzekające o zastosowaniu tego środka zapobiegawczego – Sąd Najwyższy⁴⁸ wyraził pogląd, iż: „Wskazać należy, że nie ulega wątpliwości, iż materiał dowodowy zgromadzony na obecnym etapie postępowania wskazuje na duże prawdopodobieństwo sprawstwa podejrzanego. Wprawdzie ocena dotychczas zebranych dowodów ma charakter tymczasowy, ale jest ona wystarczająca dla orzekania o możliwości przedłużenia stosowania wobec podejrzanego środków zapobiegawczych. Celem bowiem postępowania

⁴⁶ Postanowienie SN z 3.09.1999 r. (II KZ 81/99), LEX nr 578199.

⁴⁷ Postanowienie SN z 26.11.2007 r. (WZ 47/07), R-OSNKW 2007, poz. 2684.

⁴⁸ Postanowienie SN z 26.11.2003 r. (WZ 59/03), R-OSNKW 2003, poz. 2541.

w przedmiocie stosowania bądź przedłużenia stosowania środków zapobiegawczych nie jest merytoryczna ocena dowodów zgromadzonych w sprawie i ustalenie czy podejrzany dopuścił się zarzucanych mu czynów, a jedynie rozważanie czy dowody te stwarzają stan prawdopodobieństwa, o jakim mowa w art. 249 § 1 k.p.k.” To orzeczenie z punktu widzenia niniejszych rozważań wymaga kilku słów komentarza. Nie ulega wątpliwości, że każda ocena zebranych w sprawie dowodów, aż do wydania prawomocnego wyroku, ma charakter tymczasowy, niemniej jednak nie chodzi tutaj o potencjalną zmienność tej oceny, tylko o to, czy na danym etapie postępowania, w którym oceniania jest podstawa dowodowa, o której mowa w art. 249 § 1 k.p.k., można mówić o obiektywnych dowodach świadczących o istnieniu stopnia prawdopodobieństwa. Budzi natomiast duże wątpliwości i wręcz niebezpieczeństwo bagatelizowania podstawy dowodowej twierdzenie o merytorycznej ocenie dowodów, która ma być tylko – jak to należy za Sądem Najwyższym rozumieć – wyłączną domeną etapu wyrokowania. Otóż bowiem każda ocena dowodów ma charakter merytoryczny, wymaga po stronie sędziego dokonania procesu myślowego i oceny tych dowodów z punktu widzenia zasad wyrażonych w art. 2 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k., skoro podstawę rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne, wymagające merytorycznej oceny. Zaproponowana, jak to należy rozumieć, dychotomiczna ocena dowodów – merytoryczna na etapie wyrokowania, i jak to należy rozumieć, „pozamerytoryczna” charakterystyczna dla etapu stosowania tymczasowego aresztowania może rodzić po stronie sądów orzekających w tym przedmiocie powierzchowność ocen i niebezpieczeństwo przyjęcia takiego rozumowania, że dla zastosowania tymczasowego aresztowania wystarczy jedynie ich pobieżna, „słabsza” kontrola. Podział oceny na merytoryczną i „pozamerytoryczną” prowadzi w praktyce sądowej do ugruntowania poglądu dopuszczającego powierzchowność ocen i wydanie orzeczenia o detencji oskarżonego „na wszelki wypadek”, pomimo braku przekonujących sędziego dowodów i wbrew zasadzie prawdy materialnej.

Na drugim biegunie pozostają natomiast wypowiedzi judykatury, które skłaniają się ku przyjęciu koncepcji istnienia po stronie sędziego „pewności moralnej”, akceptujące istnienie prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością. Takie stanowisko przyjął zarówno Sąd Najwyższy⁴⁹, który orzekł, że: „podstawą stosowania środków zapobiegawczych jest duże prawdopodobieństwo jego popełnienia, a nawet według niektórych orzeczeń i wypowiedzi doktryny – prawdopodobieństwo graniczące z pewnością”, jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie⁵⁰, zdaniem którego „przy ustaleniu dużego prawdopodobieństwa w rozumieniu art. 249 § 1 k.p.k. popełnienia przestępstwa prowadzący postępowanie musi dysponować takimi dowodami, które stwarzają stan uprawdopodobnienia zbliżony do pewności”.

⁴⁹ Postanowienie SN z 22.11.2018 r. (VII KZ 17/18), LEX nr 2591571.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1.06.2009 r. (II AKA 98/09), „Apelacja Warszawska” 2009/4, poz. 16.

4. Wnioski, jakie płyną z niniejszych rozważań, prowadzą do konstatacji, że o ile badanie podstawy dowodowej wskazanej w art. 249 § 1 k.p.k. w oparciu o badanie stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu ocenianego z punktu widzenia pojęć określających uznanie podejrzanego za sprawcę przestępstwa przeważa w orzecznictwie, o tyle jednak ocena dokonana w oparciu o istnienie „pewności moralnej” sędziego jest bardziej przydatna do oceny przesłanki dużego prawdopodobieństwa. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że na etapie stosowania bądź przedłużania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym i we wstępnej fazie stadium jurysdykcyjnego ocena dowodów nie jest dokonywana przez sąd, tak jak to ma miejsce na rozprawie głównej. Podstawowym źródłem poznania procesowego sędziego jest analiza akt sprawy, którą ma on rzetelnie i skrupulatnie przeprowadzić, niemniej jednak oprócz przesłuchania podejrzanego w trybie art. 249 § 3 k.p.k. z pozostałymi dowodami sędziego nie styka się bezpośrednio. Co także istotne, na etapie postępowania przygotowawczego zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego następuje w zasadzie bezpośrednio po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, gdy do przeprowadzenia pozostają jeszcze inne, ważne z punktu widzenia winy oskarżonego dowody. Proces myślowy sędziego musi przebiegać wszechstronnie, nie może być zatem pobieżny i opierać się na stwierdzeniu, że są to dowody wystarczające, aby zastosować tymczasowe aresztowanie, i na „wszelki wypadek” należy przychylić się do wniosku prokuratora, zaś kwestia ewentualnego jego przedłużania – najczęściej za trzy miesiące – odbędzie się już w oparciu o znacząco bardziej obszerny materiał dowodowy. Sędziowska „pewność moralna” stanowi więc przeciwieństwo oparcia ustaleń na podstawie „niepewnych”, a więc nie do końca prawdziwych dowodów. Daje ona także oskarżonemu i jego obrońcy gwarancję, że rzeczywiście sędzia orzekał będzie zgodnie z własnym sumieniem i przy poszanowaniu zawartej w art. 2 § 2 k.p.k. zasady prawdy materialnej, oceniając jednocześnie duże prawdopodobieństwo popełnienia przez oskarżonego przestępstwa zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, wyrażoną w art. 7 k.p.k.

ABSTRACT

dr Marek Skwarcow

The author is a judge of the Regional Court in Gdańsk, a lecturer at the Faculty of Law and Administration of the University of Gdańsk.

The prerequisite of existence of an evidentiary basis as a prerequisite for pre-trial detention

In the publication, the author discusses the general prerequisite for using preventive measures, including the most onerous one – pre-trial detention, which prerequisite

is that there exist an evidentiary basis. In Article 249(1) of the Polish Code of Criminal Procedure, it is described as "high probability of a crime being committed by the accused". The probability of a crime being committed is tested primarily on the basis of a comparison of the other terms used by the legislator to determine recognition of the suspect as the perpetrator of an act at a specific stage of the proceedings, from the moment of initiation of the investigation, the possible detention of the suspect, charging them, application of pre-trial detention, then continued application of this preventive measure in jurisdiction proceedings after the indictment has been filed with the court, until the accused is proven guilty in the final conviction. In the writer's opinion, the prerequisite of high probability – understood in this way – is not the determining factor, because the evidentiary basis in point exists primarily in the sphere of procedural facts, which are decisive for determining whether or not appropriate forms of taking evidence were complied with. In the case of pre-trial detention and continuation of such detention, especially during investigation, adducing evidence is discretionary, as it is based in principle on the judge's examination of the case files, while proof is always the result of formalized evidentiary proceedings typical of court proceedings. Hence the use of a custodial preventive measure must be preceded by the judge having what Professor Stefan Glaser describes as the state of "moral certainty", i.e., the certainty that the person charged with a specific crime is indeed the perpetrator. Only such certainty will allow the judge to make a decision to apply pre-trial detention.

Keywords: *pre-trial detention, evidentiary basis, high probability of committing a crime, proving the commission of a crime, moral certainty of the judge*

dr Marek Skwarcow

Autor jest sędzią Sądu Okręgowego w Gdańsku, wykładowcą współpracującym z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

ORCID: 0000-0003-0626-2661; e-mail: marek.skwarcow@prawo.ug.edu.pl

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Buchała Kazimierz, *Podstawy stosowania aresztu tymczasowego w ustawie i praktyce*, „Nowe Prawo” 1957/7–8

Cieślak Marian, *Areszt tymczasowy w świetle obecnego i w perspektywie przyszłego ustawodawstwa*, „Państwo i Prawo” 1954/12

- Cieślak Marian**, *Dzieła wybrane*, t. 1, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, red. S. Waltoś, Kraków 2011
- Cieślak Marian**, *Przemiany w zakresie polityki stosowania tymczasowego aresztowania (w ujęciu prawnoporównawczym)*, „*Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne*” 1977/7
- Cieślak Marian**, *Środki zapobiegawcze w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1968 r.*, „*Państwo i Prawo*” 1969/1
- Dąbkiewicz Krzysztof**, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012
- Dudka Katarzyna, Janicz Małgorzata, Kulesza Cezary, Matras Jarosław, Paluszkiewicz Hanna, Skowron Barbara**, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2022
- Hochberg Leo, Murzynowski Andrzej, Schaff Leon**, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959
- Hofmański Piotr**, *Głosa do postanowienia SN z 15.04.1983 r.*, II Kz 31/83, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 1984/7–8
- Izydorczyk Jacek**, „*Prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa*” oraz *jego stopnie w polskim procesie karnym na podstawie k.p.k. z 1997 r.* (w: *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011
- Kalinowski Stefan, Siewierski Mieczysław**, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1966
- Karłowicz Jan, Kryński Adam, Niedźwiecki Władysław**, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1908, t. 4
- Kmiecik Romuald**, *Uprawdopodobnienie w procesie karnym*, „*Nowe Prawo*” 1983/3
- Komar-Zabłocka Magdalena**, *Stopnie prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa w postępowaniu przygotowawczym w świetle zasady legalizmu* (w: *Zasada legalizmu w procesie karnym*, red. B. Dudzik, J. Kosowski, E. Kruk, I. Nowikowski, Lublin 2015, t. 2
- Marszał Kazimierz, Stachowiak Stanisław, Zgryzek Kazimierz**, *Proces karny*, Katowice 2003
- Murzynowski Andrzej**, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegawcze uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963
- Murzynowski Andrzej**, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994
- Nelken Jan**, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970

- Nelken Jan**, *Uprawdopodobnienie w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1970/4
- Pacyna Michał**, *Duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa jako przesłanka stosowania środków zapobiegawczych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008/2
- Pikulski Stanisław, Szczechowicz Krystyna**, *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w świetle praw i wolności obywatelskich*, Olsztyn 2004
- Prusak Feliks**, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego (drugie półrocze 1983 r.)*, „Nowe Prawo” 1984/5
- Siewierski Mieczysław, Tylman Janusz, Olszewski Marek**, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971
- Skorupka Jerzy**, *Pojęcie i rodzaje przesłanek środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2022/1
- Skorupka Jerzy**, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006/12
- Skorupka Jerzy**, *Tymczasowe aresztowanie w praktyce stosowania prawa*, „Palestra” 2021/1
- Skwarcow Marek**, *Obawa mactwa procesowego jako przesłanka stosowania tymczasowego aresztowania*, „Palestra” 2023/1–2
- Stefański Ryszard A.**, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1996 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/2
- Stefański Ryszard A.**, *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997/3–4
- Stefański Ryszard A.**, *Tymczasowe aresztowanie i związane z nim środki przymusu w nowym kodeksie postępowania karnego (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze, nr 6*, Warszawa 1997
- Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr**, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018
- Żbikowska Małgorzata**, *Prawdopodobieństwo w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2018/3

Pojęcia kluczowe: *zniesławienie, prawo karne, Kodeks karny, dekryminalizacja
zniesławienia*

Artykuły

Łukasz Breguła

DEKRYMINALIZACJA ZNIESŁAWIENIA. ANALIZA KRYTYCZNA

Artykuł porusza kwestię zasadności funkcjonowania w polskim systemie prawnym norm sankcjonujących zniesławienie. Celem rozważań jest ustalenie, czy potencjalne uchylenie przepisów o zniesławieniu jest zasadne, czy też jest to rozwiązanie zbyt daleko idące. Artykuł zawiera analizę motywów wskazanych w uzasadnieniu projektu ustawy z 7.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw, przewidującego uchylenie przepisów art. 212–215 k.k. Rozważania dotyczą także kwestii ustalenia, czy wszystkie kategorie zniesławienia powinny być traktowane jednolicie, czy przeciwnie – należy traktować je odrębnie, z uwzględnieniem specyfiki różnych odmiennych kategorii zniesławienia.

WSTĘP

Poselski projekt ustawy z 7.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw (dalej: Projekt) przewiduje uchylenie przepisów art. 212–215 k.k. i tym samym zakłada całkowite zniesienie odpowiedzialności za zniesławienie¹. W uzasadnieniu projektu wskazuje się m.in., że „o potrzebie depenalizacji zniesławienia wypowiadają się najważniejsze podmioty i instytucje życia społecznego zarówno na forum krajowym, jak i zagranicznym”². Projektodawcy przytaczają stanowisko Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy³, które

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

² Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

³ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego RE nr 1577 (2007): Towards Decriminaliation of Defamation z 4.10.2007 r., <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?file->

zakłada dekriminalizację zniesławienia, oraz powołują się na tożsamy pogląd wyrażany przez Organizację Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz Radę Praw Człowieka ONZ. W ocenie projektodawców o potrzebie zniesienia odpowiedzialności za zniesławienie przesądzają także standardy wyrażane w judykatach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. W uzasadnieniu projektu przywoływany jest również argument z zakresu komparatystyki prawniczej. Projektodawcy wskazują bowiem przykłady państw takich jak m.in. Estonia, Rumunia czy też Irlandia, w których doszło do całkowitej dekriminalizacji zniesławienia. Jako argument za uchyleniem przepisów art. 212–215 k.k. w uzasadnieniu projektu przywoływany jest także postulat Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczący ograniczenia odpowiedzialności za pomówienie wyłącznie do przypadków, kiedy sprawca obejmuje swoją świadomością nieprawdziwość zarzutu⁴. Projektodawcy odnoszą się również do statystyk dotyczących skazań za zniesławienie, wskazując, że w praktyce w większości przypadków stosowane są wyłącznie kary nieizolacyjne – co ich zdaniem ma przemawiać za całkowitą dekriminalizacją zniesławienia. W uzasadnieniu przytacza się także stanowisko w przedmiocie uchylenia przepisu art. 212 k.k. wyrażane przez środowisko dziennikarskie reprezentowane przez Izbę Wydawców Prasy⁵ oraz Główne Stowarzyszenie Dziennikarzy Polskich⁶.

Postulat zawarty w projekcie nowelizacji powinien stać się asumptem do rozważenia, czy wyeliminowanie z polskiego systemu prawnego przepisów art. 212–215 k.k. rzeczywiście jest zasadne, czy też przeciwnie – jest to postulat zbyt daleko idący. Zasadne jest zweryfikowanie, czy całkowite uchylenie przepisów o zniesławieniu nie doprowadzi do zbyt dużej – z punktu widzenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności – ingerencji w ochronę dóbr prawnie chronionych w postaci czci i dobrego imienia. Konieczne jest także precyzyjne rozważenie zasadności zmian w odpowiedzialności za zniesławienie, z uwzględnieniem specyfiki różnych kategorii zniesławienia.

id=17588&lang=eng (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

⁴ Art. 212. Rzecznik proponuje zmiany w przepisach o zniesławieniu (brpo.gov.pl) (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

⁵ http://iwp.pl/wpcontent/uploads/2019/05/20190522/Stanowisko_IWP_ws_nowelizacji_art_212/pdf (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

⁶ <http://old/sdp/pl/informacje/16563,zarząd-główny-stowarzyszenia-dziennikarzy-polskich-stanowczo-protestuje-przeciwko-zaostrzeniu-art-212-kk-i-apeluje-do-senatu-i-prezydenta-o-wycofanie-sie-z-tej-zmiany,1558440906> (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

STANOWISKO W PRZEDMIOCIE DEKRYMINALIZACJI ZNIESŁAWIENIA WYRAŻANE W DOKTRYNIE PRAWA KARNEGO ORAZ W ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO I TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Postulat całkowitego zniesienia przepisu art. 212 k.k. (pomimo sugestii projektodawców, że o dekriminalizacji zniesławienia wypowiadają się najważniejsze podmioty i instytucje życia społecznego) nie jest i nigdy nie był istotnym głosem w polskim dyskursie prawniczym. Dominująca część przedstawicieli nauki prawa karnego opowiada się bowiem w sposób jednoznaczny za zasadnością kryminalizacji tego przestępstwa. Wskazać należy m.in. jednego ze współtwórców obowiązującego Kodeksu karnego – A. Zolla, który dostrzega, że „przepis art. 212 k.k. umożliwi zachowanie odpowiedniego poziomu debaty publicznej”⁷. Także inni autorzy koncentrujący swoją uwagę na przestępstwie zniesławienia opowiadają się za zasadnością kryminalizacji tego przestępstwa. A. Gaberle podnosi, że „wyeliminowanie z Kodeksu karnego odpowiedzialności za zniesławienie może doprowadzić do sytuacji, w której spośród praw osobistych gwarantowanych w Konstytucji Rzeczypospolitej tylko za naruszenie czci nie groziłaby odpowiedzialność karna”⁸. A. Nowicka podkreśla natomiast, że: „należy się stanowczo sprzeciwić tezie, że penalizacja zniesławienia godzi w wolność słowa (wolność prasy). (...) ani Konstytucja, ani Konwencja, ani inna umowa międzynarodowa nie zapewniają wolności bezprawnego naruszania czci”⁹. W. Kulesza, odnosząc się do kryminalizacji zniesławienia, dostrzega m.in., że obie płaszczyzny, tj. płaszczyzna prawa cywilnego i prawa karnego, mogą się wzajemnie uzupełniać, ale nie powinny się zastępować¹⁰. Również I. Zgoliński akcentuje, że odpowiedzialność za zniesławienie jest komplementarna względem odpowiedzialności cywilnej¹¹.

Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wyrażano się pozytywnie na temat funkcjonowania przepisu art. 212 k.k. w polskim systemie prawnym. W uzasadnieniu wyroku z 17.03.2015 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że uprawnienie do krytyki nie może być utożsamiane z prawem do zniesławiania, a oceny krytyczne powinny być wyrażane we właściwej formie. Sąd Najwyższy podał: „Iak bowiem, jak każdy człowiek ma prawo do wolności wyrażania opinii, tak również każdy człowiek ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, a prawo do wolności wyrażania opinii zasadnie może

⁷ A. Zoll, *Wykreślić art. 212 k.k.?, „Na Wokandzie”* 2012/1.

⁸ A. Gaberle, *Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe, „Państwo i Prawo”* 2007/11, s. 19 i n.

⁹ A. Nowicka, *Pomawianie a cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych (w:) Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego*, red. A.J. Szwarc, Gniezno 2008, s. 70.

¹⁰ W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 162.

¹¹ I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013, s. 271–287.

podlegać ograniczeniom ze względu, m.in. na ochronę dobrego imienia i praw innych osób”¹².

Znamienne jest, że w uzasadnieniu projektu ustawy przewidującym uchylene przepisów art. 212–215 k.k. przytoczono orzeczenie Sądu Najwyższego z 9.05.2023 r. (III KK 433/22), w którym wprost wskazano, że „gwarantowana w art. 212 k.k. ochrona dóbr osobistych jest realizacją obowiązku państwa w zakresie stworzenia podstaw dla zapewnienia bezpieczeństwa wartościom istotnym dla poszczególnych jednostek i grup społecznych, w różnych jego aspektach, zwłaszcza tych, wynikających wprost z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., która gwarantując wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli (art. 5) przyjmuje zasadę, że godność człowieka jest nienaruszalna (art. 30). Normy konstytucyjne mają w tym zakresie oparcie w systemie reguł prawa międzynarodowego: Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10.12.1948 r. (art. 12); Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. (art. 16); Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (art. 8)”¹³. Tymczasem projektodawcy, którzy powołują się na wskazane orzeczenie, pomijają tę kluczową informację zawartą już w pierwszym akapicie uzasadnienia ww. wyroku.

Również Trybunał Konstytucyjny (w czasie kiedy jeszcze funkcjonował w sposób niebudzący wątpliwości konstytucyjnych) w uzasadnieniu przytaczanego przez projektodawców wyroku z 30.10.2006 r. (P 10/06) podkreślił (czego nie eksponują projektodawcy), że „w świetle aktów prawa międzynarodowego – ochrona dobrego imienia przed «samowolnymi» atakami na dobre imię i cześć jest obowiązkiem władz publicznych, w tym ustawodawcy i przez pryzmat tej powinności patrzeć należy przede wszystkim na art. 212 § 1 i 2 k.k.”¹⁴ Tym samym Trybunał Konstytucyjny nie tylko dopuszczał możliwość ograniczenia prawa do wolności słowa na rzecz ochrony czci i dobrego imienia, ale wyraźnie akcentował, że ochrona tych wartości poprzez przepisy karne jest uzasadniona realizacją konstytucyjnych obowiązków państwa.

POSTULATY ZGROMADZENIA PARLAMENTARNEGO RADY EUROPY, ORGANIZACJI BEZPIECZEŃSTWA I WSPÓŁPRACY W EUROPIE ORAZ RADY PRAW CZŁOWIEKA ONZ

W uzasadnieniu projektu przytacza się również postulat zawarty w rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy nr 1577 (2007) „Ku dekriminalizacji zniesławienia”¹⁵. Rezolucja ta wzywa do zniesienia kary za przestępstwo znie-

¹² Wyrok SN z 17.03.2015 r. (V KK 301/14), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015/6, poz. 15.

¹³ Wyrok SN z 9.05.2023 r. (III KK 433/22), orzeczenie udostępniane przez Referat do spraw dostępu do informacji publicznej SN.

¹⁴ Wyrok TK z 30.10.2006 r. (P 10/06), OTK-A 2006/9, poz. 128.

¹⁵ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy nr 1577 (2007): Towards Decriminalisation of Defamation z 4.10.2007 r., [PALESTRA 9/2023](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?file-</p></div><div data-bbox=)

slawienia, wskazując jednocześnie, że konieczne jest zapewnienie odpowiednich środków ochrony cywilnej w przypadku naruszenia dobrego imienia. Podobny postulat formułowany jest także w przytaczanych przez projektodawców stanowiskach Komitetu Praw Człowieka ONZ oraz Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie.

Projektodawcy, odnosząc się do proponowanych przez wskazane wyżej podmioty rozwiązań, skupiają się wyłącznie na jednym aspekcie ich stanowiska, tj. na sugestii wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie. Ignorują jednak całkowicie konieczność rozważenia, czy skuteczna ochrona czci i dobrego imienia może być realizowana na gruncie norm prywatnoprawnych. Wydaje się natomiast, że zapewnienie skutecznej ochrony czci poprzez normy cywilnoprawne jest traktowane przez wskazane wyżej organizacje jako warunek *sine qua non* ewentualnej dekryminalizacji zniesławienia. Tymczasem *de lege lata* błędny jest pogląd, że ochrona czci mogłaby być skutecznie realizowana wyłącznie na gruncie przepisów cywilnoprawnych. Praktyka pokazuje, że procesy dotyczące ochrony dóbr osobistych są na ogół przewlekłe, a strony postępowania cywilnego nie mają wystarczających możliwości ustalenia sprawców pomówień, z których mogą korzystać organy państwa w oparciu o przepisy procedury karnej. W postanowieniu Sądu Najwyższego z 7.05.2008 r. (III K 234/07) trafnie podkreślono, że „w przypadku Internetu mamy do czynienia ze skrajną nierównością stron. Pokrzywdzony niezależnie od tego, czy dotknięty został zniesławieniem czy zniewagą, stoi w obliczu anonimowego dla niego sprawcy przestępstwa. (...) Próba obrony przed zniesławiającymi lub znieważającymi treściami jest praktycznie niemożliwa, a ustalenie sprawcy właściwie niewykonalne”¹⁶. Także wysokość zasądzanych w polskich realiach kwot z tytułu zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych może nie stanowić wystarczającej motywacji do zaniechania przez sprawcę dalszych pomówień. Trafnie dostrzega P. Józwiak, że potencjalny zysk związany ze sprzedażą dużej liczby egzemplarzy prasy zawierającej zniesławiającą, ale zarazem sensacyjną informację byłby o wiele większy niż ewentualne zadośćuczynienie orzeczone przez sąd cywilny¹⁷.

STANOWISKO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU W PRZEDMIOCIE FUNKCJONOWANIA NORMY KRYMINALIZUJĄCEJ ZNIESŁAWIENIE

Chybione jest twierdzenie projektodawców, jakoby Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu definitywnie wykluczał możliwość funkcjonowania przepisów przewidujących kryminalizację zniesławienia. Z całą stanow-

id=17588&lang=eng (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

¹⁶ Postanowienie SN z 7.05.2008 r. (III K 234/07), LEX nr 444478.

¹⁷ P. Józwiak, *Prawnokarna ochrona czci a postulaty uchylecia bądź rewizji art. 12 Kodeksu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009/3, s. 84.

czością należy wskazać, że ETPCz dopuszczał do tej pory możliwość stosowania sankcji karnej za zniesławienie. W wyroku z 19.12.2006 r. w sprawie *Dąbrowski przeciwko Polsce* (skarga nr 18235/02) ETPCz nie zakwestionował obowiązywania art. 212 k.k., a jedynie wskazał, że przy ocenie proporcjonalności ingerencji konieczne jest uwzględnienie charakteru i surowości wymierzonej kary¹⁸. Również w wyrokach, które zapadły w sprawach *Maciejewski przeciwko Polsce* z 13.01.2015 r. (skarga nr 3447/05)¹⁹ oraz *Długolecki przeciwko Polsce* z 24.02.2009 r. (skarga nr 23806/03)²⁰, ETPCz dokonywał oceny proporcjonalności sankcji i zastosowania standardów wolności słowa przez sądy krajowe, nie kwestionując przy tym samego art. 212 k.k. jako podstawy prawnej penalizowania zniesławienia. Zaznaczenia wymaga, że wskazywane przez projektodawców jako przemawiające za dekriminalizacją zniesławienia orzeczenie, które zapadło w sprawie *Długolecki przeciwko Polsce* z 24.02.2009 r. (skarga nr 23806/03), nie dotyczyło bezpośrednio skazania na podstawie przepisu art. 212 k.k. W przypadku tej sprawy sąd krajowy uniewinnił bowiem oskarżonego od popełnienia czynu z art. 212 k.k. W konsekwencji Trybunał, badając ten przypadek jedynie pośrednio – opisując standard zachowania dziennikarza i obowiązek zachowania wolności słowa w demokratycznym państwie, odniósł się do czynu z art. 212 k.k., koncentrując jednak swoją uwagę na ocenie skazania za zniewagę. Z kolei w wyroku z 13.01.2015 r., który zapadł w sprawie *Łozowska przeciwko Polsce*, Trybunał w Strasburgu wskazał wprost, że nie może uznać, że przepisy dopuszczające odpowiedzialność karną z tytułu zniesławienia są, z uwagi na swój charakter, nieproporcjonalne do celu, jaki miały osiągnąć²¹.

Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 8 ust. 1 EKPC zawiera normę, zgodnie z którą „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”²². Na mocy wskazanego przepisu na państwie ciąży zatem pozytywne obowiązki niezbędne dla skutecznego poszanowania życia prywatnego, rodzinnego, domu i korespondencji. Pozytywny obowiązek państwa odpowiedniej reakcji mającej na celu ochronę życia prywatnego pojawia się np., gdy wypowiedzi mogące oznaczać zamach na dobre imię skarżącego przekroczyły granice krytyki dopuszczalnej z punktu widzenia art. 10 Konwencji. Co więcej, Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w przepisie art. 10 pkt 2 *expressis verbis* dopuszcza ograniczenia w zakresie wolności wypowiedzi na rzecz ochrony dobrego imienia i praw innych osób. Literalne brzmienie przepisów konwencyjnych

¹⁸ Wyrok ETPCz z 19.12.2006 r., *Dąbrowski przeciwko Polsce*, skarga nr 18235/02.

¹⁹ Wyrok ETPCz z 13.01.2015 r., *Maciejewski przeciwko Polsce*, skarga nr 3447/05.

²⁰ Wyrok ETPCz z 24.02.2009 r., *Długolecki przeciwko Polsce*, skarga nr 23860/03.

²¹ Wyrok ETPCz z 13.01.2015 r., *Łozowska przeciwko Polsce*, skarga nr 62716/09.

²² Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.).

w żadnym wypadku nie wyklucza zatem karania za zniesławienie w systemach krajowych.

Obowiązujący stan normatywny dotyczący zniesławienia rzeczywiście nie w pełni koresponduje ze standardami wyrażonymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Stanowisko ETPCz jest jednak diametralnie bardziej złożone, niż przedstawiają to projektodawcy. W orzeczeniach Trybunału związanych ze skazaniami za zniesławienie Europejski Trybunał Praw Człowieka podnosi przede wszystkim, że osoby wypowiadające się na istotne społecznie tematy powinny korzystać z możliwie dużej swobody wypowiedzi²³. Trybunał podkreśla także, że istnieje dopuszczalność używania określeń na wyrost, oraz zaznacza, że ustawodawstwa krajowe nie powinny przewidywać kryminalizacji wypowiedzi ocennych mających oparcie w faktach²⁴. Europejski Trybunał Praw Człowieka akcentuje także, że nie we wszystkich sytuacjach należy wymagać udowodnienia prawdziwości stawianych przez pomawiającego zarzutów²⁵. Takie wytyczne powinny być kluczowe przy redefiniowaniu zakresu odpowiedzialności za zniesławienie. Stworzenie właściwego modelu odpowiedzialności jest jednak znacznie bardziej skomplikowane niż proponowane przez projektodawców wykreślenie odpowiedzialności za zniesławienie w każdym przypadku.

OCENA ANALIZY PRAWNOPORÓWNAWCZEJ ZAWARTEJ W UZASADNIENIU PROJEKTU ZAKŁADAJĄCEGO WYKREŚLENIE PRZEPISU ART. 212 K.K.

Należy zwrócić uwagę, że dokonywana przez autorów projektu analiza prawno-porównawcza jest niepełna. W uzasadnieniu projektu nie scharakteryzowano w żadnym zakresie, jakie środki prawne przysługują ofiarom pomówienia w systemach prawnych, do których dokonywano odniesień. Projektodawcy zdają się jednocześnie nie dostrzegać faktu, że zniesławienie jest kryminalizowane w większości krajów Unii Europejskiej. Z przeprowadzonej przez P. Józwiaka analizy regulacji prawnych wybranych krajów wynika, że w wielu wypadkach sankcje są surowsze od tych przewidzianych w art. 212 k.k.²⁶ Fakt, że normy dotyczące zniesławienia o stosunkowo wysokim zagrożeniu ustawowym występują w kodeksach karnych krajów takich jak Norwegia czy Niemcy, świadczy o tym, że ocena intensywności represji karnej nie wynika jedynie z faktu kryminalizacji zniesławienia. Jak pokazuje ten przykład, samo uchylenie przepisu art. 212 k.k. nie jest jedyną drogą do poprawy sytuacji osób zabierających głos w debacie na istotne społecznie tematy, takich jak m.in. dziennikarze.

²³ Wyrok ETPCz, *Sürek przeciwko Turcji*, skarga nr 26682/95.

²⁴ Wyrok ETPCz z 23.05.1991 r., *Oberschlick przeciwko Austrii*, Seria A nr 204, § 57.

²⁵ Wyrok ETPCz z 29.03.2005 r., *Sokołowski przeciwko Polsce*, skarga nr 75955/01.

²⁶ P. Józwiak, *Prawnokarna...*, s. 79.

ANALIZA ARGUMENTÓW ZAWARTYCH W PROPOZYCJI RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH, ZAKŁADAJĄCEJ UTRZYMANIE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ WYŁĄCZNIE W PRZYPADKU UMYŚLNEGO OSZCZERSTWA

W uzasadnieniu projektu zakładającego całkowite zniesienie przepisów art. 212–215 k.k. przytoczono także propozycję Rzecznika Praw Obywatelskich, który sformułował postulat zastąpienia odpowiedzialności za zniesławienie odpowiedzialnością za tzw. oszczerstwo²⁷. Według postulowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich brzmienia przepisu o pomówieniu odpowiedzialność karna wiązałaby się wyłącznie z umyślnym sformułowaniem nieprawdziwego zarzutu. Projektodawcy, mimo że przytaczają ten pogląd, jednocześnie nie decydują się na zaproponowanie takiego rozwiązania. Zaznaczenia wymaga, że proponowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich rozwiązanie zakłada, że osoba pomawiająca, nawet całkowicie bezzasadnie przekonana o racji swoich twierdzeń, zostałaby uwolniona od odpowiedzialności. W przypadku kryminalizacji oszczerstwa sama tylko subiektywna dobra wiara strony byłaby bowiem wystarczająca do uniewinnienia. Postulowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich rozwiązanie stwarzałoby zatem liczne niedogodności, związane m.in. z trudnością przeprowadzenia dowodów koniecznych do wykazania znamion strony podmiotowej po stronie sprawcy.

PRZEWAGA KAR NIEIZOLACYJNYCH ORZEKANYCH NA PODSTAWIE PRZEPISU ART. 212 K.K. W PRAKTYCE ORZECZNICZEJ A ZASADNOŚĆ CAŁKOWITEJ DEKRYMINALIZACJI ZNIESŁAWIENIA

W uzasadnieniu projektu ustawy zakładającej zniesienie odpowiedzialności za zniesławienie projektodawcy posłużyli się argumentem, że w praktyce stosowania przepisów o zniesławieniu przez sądy w większości przypadków orzekane są wyłącznie kary nieizolacyjne. W uzasadnieniu projektu wskazano, że kara pozbawienia wolności za przestępstwo zniesławienia w latach 2018–2022 orzekana była z częstotliwością między 0 a 2 rocznie i we wskazanym przedziale czasowym miały miejsce zaledwie cztery przypadki takich skazań. Należy zauważyć, że argument tego rodzaju mógłby być zasadnie podnoszony w debacie na temat wyeliminowania zagrożenia karą bezwzględnego pozbawienia wolności z przepisu art. 212 § 2 k.k. Nie wydaje się jednak, aby fakt ten mógł w jakikolwiek sposób przemawiać za zupełną dekriminalizacją zniesławienia.

²⁷ Art. 212. Rzecznik proponuje zmiany w przepisach o zniesławieniu (brpo.gov.pl) (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

OCENA POSTULATÓW CAŁKOWITEGO WYKRĘŚLENIA ART. 212 K.K., FORMUŁOWANYCH PRZEZ ŚRODOWISKO DZIENNIKARSKIE, W TYM IZBĘ WYDAWCÓW PRASY I GŁÓWNE STOWARZYSZENIE DZIENNIKARZY POLSKICH

Postulat całkowitego wyłączenia odpowiedzialności za zniesławienie formułowany jest najczęściej w środowiskach dziennikarskich. Taki właśnie postulat, przytaczany przez projektodawców, sformułowany został przez Izbę Wydawców Prasy²⁸ i Główne Stowarzyszenie Dziennikarzy Polskich²⁹. Założeniem tego postulatu jest zagwarantowanie swobodnego głosu prasie. Należy jednak wskazać, że nie jest to postulat adekwatny. Konsekwencje przyjęcia takiego stanowiska wykraczają bowiem swoim oddziaływaniem znacząco poza środowisko dziennikarskie i obejmują zakresem także takie zachowania przestępcze, które nie są w żadnej mierze związane z działalnością prasową, a ich naganność nie może budzić żadnych wątpliwości. Przedstawiciele środowisk dziennikarskich (tak jak projektodawcy), formułując tak daleko idące postulaty, tracą całkowicie z pola widzenia, że odpowiedzialność za zniesławienie nie jest zawężona wyłącznie do wypowiedzi osób, których zadaniem jest realizacja interesu społecznego, takich jak np. dziennikarze. Odpowiedzialność za zniesławienie nie ogranicza się także jedynie do wypowiedzi formułowanych podczas debaty publicznej na tematy istotne dla społeczeństwa. W praktyce naruszenia czci i dobrego imienia stanowiące zniesławienie mogą być dokonywane z przyczyn, które nie zasługują na ochronę i są całkowicie niepożądane w demokratycznym państwie prawnym. Konieczne jest zatem wyodrębnienie poszczególnych kategorii zniesławienia i rozważenie zasadności potraktowania ich w sposób odmienny.

Podkreślenia wymaga, że w konsekwencji usunięcia przepisów art. 212–215 k.k. nawet podnoszenie nieprawdziwych zarzutów, dotyczących najbardziej newralgicznych sfer życia prywatnego lub rodzinnego (i to nawet w przypadku osób niezaangażowanych jakkolwiek w życie publiczne), nie będzie już wiązało się z reakcją karną. Takie ograniczenie odpowiedzialności z całą pewnością nie jest słuszne. Trudno o wskazanie przyczyn, dla których formułowanie pomówień z zakresu życia prywatnego i rodzinnego miałyby pozostawać bezkarne. Brak należytej ochrony w tym zakresie może budzić istotne wątpliwości natury konstytucyjnej. W obowiązującym nadal stanie prawnym osoba stawiająca

²⁸ http://iwp.pl/wpcontent/uploads/2019/05/20190522/Stnowisko_IWP_ws_nowelizacji_art_212/pdf (dostęp: 6.06.2023r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

²⁹ <http://old/sdp/pl/informacje/16563,zarząd-główny-stowarzyszenia-dziennikarzy-polskich-stanowczo-protestuje-przeciwko-zastrzeżeniu-art-212-kk-i-apeluje-do-senatu-i-prezydenta-o-wycofanie-sie-z-tej-zmiany,1558440906> (dostęp: 6.06.2023 r.); cyt. za: Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych ustaw z 7.07.2023 r. nr EW-020-1307/23.

publicznie pomawiający zarzut dotyczący życia prywatnego lub rodzinnego podlega odpowiedzialności, nawet jeśli zarzut ten jest prawdziwy, a możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności poprzez przedstawienie dowodu prawdy jest ograniczona tylko do sytuacji, gdy taki zarzut ma zapobiec niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia człowieka albo demoralizacji małoletniego.

Koncepcja uchylenia przepisu art. 212 k.k. jest szczególnie niebezpieczna w aktualnych warunkach społecznych. Tylko bowiem dzięki przepisowi art. 212 k.k. udaje się stworzyć mechanizm pozwalający na walkę z niekorzystnymi zjawiskami funkcjonującymi w Internecie, gdzie powszechne jest zjawisko pomawiania innych osób m.in. za pośrednictwem anonimowych kont internetowych. Bez możliwości wszczęcia postępowania karnego z przyczyn dowodowych znacznie utrudnione byłoby chociażby przeciwdziałanie pomówieniom dokonywanym za pośrednictwem tzw. botów (czyli programów komputerowych, których zadaniem jest wykonywanie zautomatyzowanych działań w sieci), czy też pomówieniom związanym z funkcjonowaniem tzw. farm trolli (tj. organizacji zrzeszających osoby, którym zleca się nagłaśnianie w sieci określonego przekazu). Dokonując obecnie analiz z zakresu odpowiedzialności karnej za zniesławienie, trzeba mieć koniecznie na uwadze, że występująca w dobie Internetu łatwa dostępność środków umożliwiających komunikowanie pociąga za sobą znaczne możliwości naruszania czci. Jak dostrzega m.in. M. Kornak, „specyfika Internetu, jego popularność, łatwa dostępność a przede wszystkim znaczna anonimowość osób zamieszczających w nim swoje sądy sprawiają, że możliwość publicznego zniesławiania w ten sposób staje się nieporównywalnie większa niż w przypadku jakiegokolwiek innego medium, w tym prasy”³⁰.

Przepis art. 212 k.k. pozwala także ograniczać zjawisko mowy nienawiści (tzw. *hate speech*). Przepisy art. 256 k.k. i 257 k.k. nie są w stanie zapewnić należytej ochrony chociażby z uwagi na trudność z właściwym sformułowaniem znamion takich przestępstw. Dekryminalizacja zniesławienia doprowadziłaby do prawnej akceptacji szykany, jeśli podniesione zarzuty nie wyczerpywałyby znamion przestępstw z art. 256 i 257 k.k. Powyższe jest o tyle istotne, że w przypadku zachowań motywowanych nienawiścią powstają trudności dowodowe na etapie stosowania przepisów prawa.

Powyższe przykłady wskazują, że nie jest uzasadniona całkowita dekryminalizacja zniesławienia co do wszystkich przypadków. Ewentualna modyfikacja powinna nastąpić wyłącznie w odniesieniu do osób biorących udział w debacie społecznej na istotne dla społeczeństwa tematy, w tym w odniesieniu do dziennikarzy. Funkcjonowanie przepisów o zniesławieniu nie może być jednak kwestionowane co do zasady wyłącznie z tego powodu, że jedynie w odnie-

³⁰ M. Kornak, *Glosa do postanowienia SN z 29.06.2010 r., IKZP 7/10*, Glosy, LEX/el. 2010.

sieniu do części podmiotów istnieją przesłanki przemawiające za łagodniejszą odpowiedzialnością.

UCHYLENIE PRZEPISU O ZNIESŁAWIENIU W ODNIESIENIU DO DZIENNIKARZY I INNYCH PODMIOTÓW BIORĄCYCH UDZIAŁ W DEBACIE SPOŁECZNEJ CZY MODYFIKACJA ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI TYCH OSÓB ZA ZNIESŁAWIENIE?

Także w odniesieniu do dziennikarzy (i innych osób biorących udział w debacie społecznej na istotne tematy) nie jest zasadne całkowite wyłączenie odpowiedzialności za zniesławienie. Osoby te powinny – chociaż na zmienionych, uwzględniających specyfikę pracy dziennikarza zasadach – ponosić jednak odpowiedzialność za zniesławienie w przypadku rażącej nierzetelności i braku staranności przy formułowaniu pomawiającego zarzutu. Niczym nieograniczona swoboda wypowiedzi mogłaby bowiem doprowadzić do sytuacji, w której przedstawiciele prasy mieliby prawo do celowego pomawiania innych osób czy też swobodnego kreowania rzeczywistości i nie ponosiliby za to odpowiedzialności karnej. Również zatem w odniesieniu do dziennikarzy odpowiedzialność za zniesławienie nie powinna być *a priori*, tj. bez analizy poszczególnych przypadków, wyłączona.

Możliwe jest stworzenie modelu odpowiedzialności za zniesławienie w sposób adekwatny do norm konstytucyjnych oraz zobowiązań prawnomiędzynarodowych, w tym do wymogów wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, bez konieczności wykreślenia przepisu art. 212 k.k. z Kodeksu karnego. Dookreślenie podstaw odpowiedzialności dziennikarzy za zniesławienie jest zadaniem judykatury, nauki prawa oraz ewentualnie ustawodawcy. Zmiany odpowiedzialności w tym zakresie nie muszą jednak następować przez całkowite wykreślenie przepisów o zniesławieniu.

PODSUMOWANIE

Postulat, zgodnie z którym względ na dobro krytyki przemawia za całkowitym wyeliminowaniem czynu zabronionego w postaci zniesławienia z Kodeksu karnego, jest zbyt daleko idący. Proponowana w projekcie ustawy zmiana stanowi uproszczenie złożonego problemu, który wymaga dogłębnej analizy i formułowania wyważonych sądów. Ewentualna decyzja o zmianie Kodeksu karnego w zakresie odnoszącym się do przepisów art. 212–215 k.k. powinna zostać poprzedzona rzetelnym wyważeniem pozostających w konflikcie wartości konstytucyjnych, tj. czci i dobrego imienia oraz wolności wypowiedzi. Ważenie wskazanych dóbr prawnych powinno zostać dokonane w oparciu o przepis

art. 31 ust. 3 Konstytucji³¹, co zapewni, że ograniczenie jednej wartości konstytucyjnej kosztem drugiej nastąpi wyłącznie w uzasadnionych przypadkach.

Projektodawcy powinni szczegółowo rozważyć, w jakim zakresie i w odniesieniu do jakiej kategorii zniesławienia zasadne jest złagodzenie lub zniesienie odpowiedzialności, a jakie przypadki zniesławienia powinny nadal być kryminalizowane. Z całą pewnością taka analiza nie może być zastąpiona bezkrytycznym pozbyciem się z porządku prawnego tej istotnej, chroniącej cześć i dobre imię na gruncie karnoprawnym normy.

Niezaprzeczalnie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powinno stymulować sądy czy też ustawodawcę do zmian w zakresie odpowiedzialności za zniesławienie w odniesieniu do osób uczestniczących w debacie społecznej na istotne dla społeczeństwa tematy. Zmiana zasad odpowiedzialności w takich przypadkach pomoże kształtować demokratyczny system polityczny oraz obnażać patologie życia publicznego. Zasadne jest wobec tego szczególnie dookreślenie i ewentualne zredefiniowanie zasad odpowiedzialności dziennikarzy oraz innych podmiotów biorących aktywny udział w debacie społecznej. Nawet jednak w odniesieniu do tych podmiotów nie wydaje się zasadne całkowite wyłączenie odpowiedzialności za zniesławienie i zrezygnowanie z oceny jakości publikowanych treści. Właściwe określenie zasad odpowiedzialności w takich przypadkach jest zadaniem orzecznictwa, doktryny oraz ewentualnie ustawodawcy.

Zmiana zasad odpowiedzialności za zniesławienie powinna jednak nastąpić wyłącznie w odniesieniu do tych podmiotów, w przypadku których jest to uzasadnione. Nie jest natomiast trafna dekriminalizacja zniesławienia co do wszystkich przypadków. Trudno bowiem uznać, aby cześć i dobre imię mogły ustępować wolności wypowiedzi, w sytuacji gdy podnoszony zarzut jest niczym nieuzasadnioną szykaną. W razie uchwalenia ustawy – w brzmieniu proponowanym w projekcie – na gruncie prawa karnego dopuszczalne staną się nawet najbardziej drastyczne pomówienia, odnoszące się chociażby do sfery życia prywatnego. Bez konsekwencji karnoprawnych będzie można posądzić kogoś np. o popełnienie czynu zabronionego, o uzależnienie narkotykowe, chorobę psychiczną czy niekompetencję zawodową. Co więcej, w postulowanym przez projektodawców stanie prawnym, w przypadku pomówień dokonanych przez anonimowych użytkowników Internetu, pokrzywdzeni nie będą mieli wystarczających możliwości ustalenia danych osób pomawiających, co w konsekwencji uniemożliwi im wytaczanie powództw cywilnych.

³¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

ABSTRACT

adw. Łukasz Breguła

Advocate, member of the Katowice Bar Association, a PhD student at the Institute of Law of the University of Silesia in Katowice.

Decriminalization of defamation. A critical analysis

The article addresses the issue of justification for the presence of norms establishing sanctions for defamation in the Polish legal system. The aim of the reflections is to determine whether the potential repeal of provisions on defamation is justified or whether it is an overly radical solution. The article includes an analysis of the reasons indicated in the justification of the bill of 7 July 2023 amending the Penal Code and other statutes, which foresees the repeal of Articles 212-215 of the Penal Code. The deliberations also concern the question whether all categories of defamation should be treated in the same way, or conversely, whether they should be treated distinctly, taking into account the particularities of various distinct categories of defamation.

Keywords: *defamation, criminal law, Penal Code, decriminalization of defamation*

adw. Łukasz Breguła

Adwokat, członek Izby Adwokackiej w Katowicach, doktorant w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Śląskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Gaberle Andrzej, *Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe*, „Państwo i Prawo” 2007/11

Jóźwiak Piotr, *Prawnokarna ochrona czci a postulaty uchylecia bądź rewizji art. 212 kodeksu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009/3

Kornak Magdalena, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 29.06.2010 r.*, I KZP 7/10, Glosy, LEX/el. 2010

Kulesza Witold, *Zniesławienie i zniewaga (ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984
Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego, red. A.J. Szwarc, Gniezno 2008

Zgoliński Igor, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2013

Zoll Andrzej, *Wykreślić art. 212 k.k.?*, „Na Wokandzie” 2012/1

Pojęcia kluczowe: prawo karne, przepadek, korzyść majątkowa

Artykuły

Alicja Limburska

KOSZTY POMNIEJSZAJĄCE ROZMIARY KORZYŚCI MAJĄTKOWEJ OBJĘTEJ PRZEPADKIEM

Artykuł ma na celu weryfikację tezy, zgodnie z którą wydatki poniesione przez sprawcę w związku z przestępstwem nie podlegają uwzględnieniu przy ustalaniu rozmiarów korzyści majątkowej podlegającej przepadkowi. Autorka staje na stanowisku, że koszty stanowiące szeroko pojęte następstwo sytuacji, w której sprawca znalazł się w związku z przestępstwem, mogą – pod pewnymi warunkami – rzutować na ocenę charakteru przysporzenia pochodzącego z przestępstwa, prowadząc ostatecznie do redukcji rozmiarów korzyści (a w zasadzie jej równowartości) *in concreto* podlegającej przepadkowi.

Na pierwszy rzut oka tytuł niniejszego opracowania może zdziwić Czytelnika, któremu znany jest ugruntowany pogląd – wyrażany zarówno w doktrynie, jak i judykaturze – zgodnie z którym korzyścią majątkową osiągniętą z przestępstwa w rozumieniu art. 45 § 1 k.k. są wszelkie składniki majątkowe pochodzące z popełnienia danego przestępstwa, a nie tylko osiągnięty przez sprawcę czysty dochód¹. Każdy pogląd, również ten ugruntowany, wymaga jednak weryfikacji.

I. POJĘCIE KORZYŚCI MAJĄTKOWEJ NA GRUNCIE PRZEPISÓW REGULUJĄCYCH INSTYTUCJĘ PRZEPADKU

W orzecznictwie i literaturze przedmiotu powszechnie uważa się, że ewentualne wydatki poniesione przez sprawcę w związku z przestępstwem nie pod-

¹ Wyrok SN z 22.10.2015 r. (V KK 154/15), LEX nr 1820406; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 22.07.2021 r. (II AKa 333/20), LEX nr 3401999; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.03.2013 r. (II AKa 58/13), LEX nr 1313472; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 374; J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej” w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1981/1, s. 68; J. Raglewski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, komentarz do art. 45, nt. 8.

legają uwzględnieniu przy ustalaniu rozmiarów korzyści majątkowej (bądź jej równowartości) podlegającej przypadkowi². Niekiedy wskazuje się wprost, że na gruncie przepisów regulujących problematykę przypadku korzyści majątkowej „nie chodzi o ustalenie kwoty zysku pomniejszonego o koszty jego uzyskania, a więc rozumianego w kategoriach prowadzonej działalności gospodarczej, tak jak legalnie działające podmioty gospodarcze”³. Takie postawienie sprawy jest motywowane niewątpliwie słuszną ideą pozbawienia sprawcy wszelkich profitów uzyskanych z przestępstwa, niezależnie od tego, czy w całości stanowią one jego zysk, czy też w jakimś stopniu zostały pochłonięte przez sam przestępny proceder.

Przed próbą zweryfikowania trafności powołanego stanowiska stwierdzić należy, że na gruncie Kodeksu karnego⁴ pojęcie korzyści majątkowej pojawia się w różnych kontekstach i pełni zróżnicowane funkcje⁵. Artykuł 115 § 4 k.k. zawiera przy tym jedynie niepełną definicję zakresową pojęcia korzyści majątkowej, przesądzając wyłącznie, że jest nią nie tylko korzyść dla siebie, lecz także dla kogoś innego⁶. Chcąc ustalić zawartość treściową terminu „korzyść majątkowa”, należy zatem odwołać się do dorobku wieloletniego dyskursu doktrynalnego, który doprowadził do wykrystalizowania się poglądu, zgodnie z którym na gruncie przepisów prawa karnego pojęcie to rozumieć należy w sposób szeroki, jako wszystko to, co – z jednej strony – ma zdolność do zaspokajania ludzkich potrzeb, a przy tym – z drugiej strony – prezentuje wartość ekonomiczną (daje się wyrazić w pieniądzu) i prowadzi bądź to do zwiększenia aktywów, bądź to

² A. Czwojda, *Przepadek korzyści majątkowej w polskim prawie karnym*, Wrocław 2018, s. 41; M.J. Szewczyk, *Przepadek korzyści majątkowej*, „Palestra” 2009/3–4, s. 74.

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 18.10.2016 r. (II AKa 96/16), LEX nr 2593055. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 31.03.2015 r. (II AKa 34/15), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015/4, poz. 84; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.06.2018 r. (II AKa 28/18), LEX nr 2583966; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 25.06.2015 r. (II AKa 253/14), LEX nr 1761766; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 29.05.2014 r. (II AKa 145/14), LEX nr 1477401; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 30.09.2013 r. (II AKa 95/13), LEX nr 1388760; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 29.10.2012 r. (II AKa 212/12), LEX nr 1294812; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 27.09.2012 r. (II AKa 83/12), LEX nr 1220567; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 13.06.2012 r. (II AKa 163/12), LEX nr 1213774; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.12.2007 r. (II AKz 815/07), LEX nr 578201; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 24.01.2007 r. (II AKa 420/06), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007/5, poz. 97.

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), dalej: k.k.

⁵ W tym kontekście wskazać należy, że korzyść majątkowa przede wszystkim (1) pełni funkcję znamienia poszczególnych typów czynów zabronionych – i to przynależąc zarówno do strony podmiotowej (jako określenie celu działania sprawcy), jak i przedmiotowej (jako określenie przedmiotu czynności wykonawczej), (2) jest kluczowym elementem regulacji tzw. grzywny kumulatywnej, a także (3) stanowi jądro regulacji instytucji przypadku korzyści majątkowej – zob. J. Majewski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, komentarz do art. 115 § 4 k.k., nt. 9.

⁶ J. Majewski (w:) *Kodeks karny...*, komentarz do art. 115 § 4 k.k., nt. 2.

do zmniejszenia pasywów w majątku danego podmiotu⁷. Z punktu widzenia instytucji przepadku korzyści majątkowej kwestią kluczową jest nadto bezprawny (przestępny) sposób uzyskania przez sprawcę korzyści, co wynika wprost z *ratio legis* analizowanej instytucji⁸. Środek ten nakierowany jest wszak właśnie na pozbawienie sprawcy korzyści pozyskanych (bezpośrednio albo pośrednio) w drodze przestępstwa, co nie tylko ma czynić popełnianie przestępstw nieopłacalnym⁹, ale również – przynajmniej w ocenie autorów projektu obowiązującego obecnie Kodeksu karnego – „oddziałuje prewencyjnie znacznie skuteczniej niż nawet surowe kary”¹⁰.

II. KATEGORIE WYDATKÓW ZWIĄZANYCH Z PRZESTĘPSTWEM

Truizmem jest stwierdzenie, że zaangażowanie w działalność przestępczą – choćby nawet sprowadzała się ona do jednokrotnego popełnienia czynu zabronionego – może wiązać się z pewnego rodzaju kosztami. Nie tylko osiągnięte z przestępstwa korzyści majątkowe, ale także czynione przez sprawcę wydatki składają się na ekonomiczną stronę jego przestępnej aktywności. Koszty ponoszone w związku z przestępstwem nie stanowią przy tym kategorii jednolitej: mogą następować chociażby w różnej relacji czasowej do dokonanego czynu, a także służyć odmiennym celom. Dostrzegając zróżnicowanie ciężarów finansowych, które mogą obciążać sprawcę czynu zabronionego, na potrzeby analizy ich statusu na gruncie instytucji przepadku korzyści majątkowej warto wyróżnić dwie podstawowe kategorie.

Pierwszą grupę tworzą sytuacje, w których sprawca angażuje określoną sumę pieniężną, czyniąc w ten sposób swego rodzaju inwestycję w przestępny proceder. Ujmując tę kwestię bardziej obrazowo: mowa o wydatkach, od których poniesienia uzależniona jest bądź to sama możliwość popełnienia przestępstwa, bądź to jego skala czy przebieg przestępnej akcji. W takich przypadkach łatwo dostrzec silny związek o charakterze funkcjonalnym (celowościowym) pomiędzy ponoszonymi kosztami a realizacją znamion przestępstwa. Poczynienie pewnych wydatków – w zależności od wariantu sytuacyjnego – pozwala bo-

⁷ Zob. O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (Problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978/4, s. 109–110; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1972, s. 375; J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej”...*, s. 67 i n.; K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 115.

⁸ A. Czwojda, *Przepadek korzyści...*, s. 44; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19.10.2016 r. (II AKa 244/16), LEX nr 2157803.

⁹ W. Filipkowski, *Instytucja przepadku w kodeksie karnym z 1997 r. (w:) Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, red. E. Guzik-Makaruk, Warszawa 2012, s. 211.

¹⁰ *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego (w:) Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 145; J. Brylak, *Znaczenie przepadku korzyści majątkowej w walce z przestępczością zorganizowaną*, „Prokuratura i Prawo” 2010/7–8, s. 31. Zob. sceptyczne uwagi M. Kulika w tym względzie [Zmiany przepisów dotyczących przepadku przedmiotów i przepadku korzyści majątkowych w kodeksie karnym z 1997 r. (w:) *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, Lublin 2006, s. 81].

wiem na podjęcie konkretnych zachowań odpowiadających znamieniu czynnościowemu, a co najmniej ułatwia ich wykonanie. Doskonałym przykładem tego rodzaju obciążeń są koszty związane z zakupem narzędzi i środków służących popełnieniu przestępstwa ponoszone w ramach szeroko pojętych czynności przygotowawczych, a także nakłady finansowe konieczne do wytworzenia i wprowadzenia określonych substancji do obrotu wbrew przepisom ustawy (m.in. koszty zakupu półproduktów, koszt paliwa czy zapłata dla kurierów)¹¹.

Druga kategoria przypadków obejmuje z kolei nakłady, które – jakkolwiek związane z przestępstwem – nie służą jednak jego popełnieniu. Mówiąc konkretniej: chodzi o wydatki, które nie pozostają w relacji funkcjonalnej z podejmowanymi przez sprawcę zachowaniami odpowiadającymi znamieniu czynnościowemu określonego typu czynu zabronionego, lecz jawią się raczej jako pochodna sytuacji, w której sprawca znajduje się w związku z przestępstwem. Fakt ich poniesienia w sensie czysto kauzalnym spowodowany jest właśnie przez dokonanie czynu zabronionego (lub podjęcie zachowań zmierzających do jego dokonania), co sprawia, że stanowią one szeroko pojętą konsekwencję przestępnej aktywności sprawcy.

Bez większego wahania stwierdzić należy, że brak dostatecznych racji, które uzasadniałyby uznawanie wydatków zaliczanych do pierwszej kategorii – a więc takich, które służą popełnieniu przestępstwa – za koszt redukujący korzyść majątkową podlegającą przepadkowi. Teza ta znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, zgodnie z którym „za nieuprawnione należy uznać wyliczanie kosztów, jakie sprawca zaangażował w przestępczy proceder (...), a potem pomniejszanie o tę wartość osiągniętej z przestępstwa korzyści, bo tego typu ekonomiczne kalkulacje w aspekcie zysku i strat są nie do przyjęcia”¹². Tego rodzaju nakłady finansowe w istocie postrzegać należy raczej w kategoriach narzędzia, środka do celu, jakim jest uzyskanie w sposób bezprawny określonych profitów. Fakt ich poniesienia nie tylko w najmniejszym stopniu nie odbiera uzyskanej następnie korzyści bezprawnego charakteru, ale wręcz – przynajmniej do pewnego stopnia – warunkuje jej osiągnięcie na drodze przestępstwa.

Sprawa nie jest natomiast tak oczywista w przypadku drugiej z wyróżnionych kategorii, grupującej koszty stanowiące szeroko pojęte następstwo sytuacji, w której sprawca znalazł się w związku z przestępstwem. Zapewne znaczna ich część jest ponoszona niejako w złej wierze, a więc chociażby w celu zatarcia śladów przestępstwa, pozornej legitymizacji osiągniętej korzyści majątkowej

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 31.03.2015 r. (II AKa 34/15), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015/4, poz. 84.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.12.2006 r. (II AKa 394/06), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007/5, poz. 57; J. Raglewski (w:) *Kodeks karny...*, komentarz do art. 45, nt. 8. Zob. też wyrok SN z 22.10.2015 r. (V KK 154/15), LEX nr 1820406; postanowienie SN z 25.05.2022 r. (V KK 505/21), LEX nr 3447115; wyrok SN z 22.10.2015 r. (V KK 154/15), LEX nr 1820406; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 22.07.2021 r. (II AKa 333/20), LEX nr 3401999; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 26.09.2012 r. (II AKa 257/12), LEX nr 1238642.

czy maksymalizacji przestępnego zysku. Co więcej, nierzadko towarzyszą one popełnieniu kolejnego czynu zabronionego, takiego jak paserstwo lub pranie pieniędzy. W tym kontekście zwrócić należy jednak szczególną uwagę na stosunkowo wąską grupę wydatków, które są czynione przez sprawcę w wykonaniu zobowiązania skutecznie zaciągniętego w związku z popełnieniem przestępstwa, z którego osiągnięto korzyść majątkową¹³. Nie ma wszak wątpliwości, że realizacja takiego zobowiązania (np. wykonanie umowy na roboty budowlane będącej przedmiotem przetargu publicznego, o którym mowa w art. 305 § 1 i 2 k.k.) niejedenkrotnie pociągnie za sobą konieczność poczynienia przez sprawcę określonych nakładów finansowych, takich jak – trzymając się powyższego przykładu – koszty zakupu materiałów budowlanych czy wynagrodzenie dla podwykonawców. Twierdzę, że ów specyficzny rodzaj kosztów obciążających sprawcę – pod pewnymi warunkami – może rzutować na ocenę (bez)prawnego charakteru przysporzenia pochodzącego z przestępstwa, co nie powinno pozostawać bez znaczenia przy określaniu rozmiarów korzyści majątkowej *in concreto* podlegającej przepadkowi.

III. STATUS WYDATKÓW WYNIKŁYCH Z ZOBOWIĄZAŃ ZACIĄGNIĘTYCH W ZWIĄZKU Z POPEŁNIENIEM PRZESTĘPSTWA

Chcąc umotywić powyższą tezę, stwierdzić należy – w pierwszej kolejności – że jako relewantne z perspektywy określania rozmiarów korzyści majątkowej objętej przepadkiem jawią się nie tylko zachowania sprawcy odpowiadające znamionom danego czynu zabronionego, ale również jego aktywność jedynie pośrednio związana z wartościowanym czynem (w tym także następująca już po popełnieniu przestępstwa). Na gruncie art. 45 § 1 k.k. ustawodawca niewątpliwie dopuszcza uwzględnianie takich zmian w majątku sprawcy, które nie mają bezpośredniego związku z jego przestępczą działalnością, o czym najlepiej świadczy zakres przedmiotowy analizowanej instytucji. Wszak objęte przepadkiem są także korzyści odniesione „choćby pośrednio” z popełnienia przestępstwa, a więc – innymi słowy – takie, których uzyskanie oprócz realizacji znamion czynu zabronionego wymaga wykonania dodatkowych czynności o charakterze faktycznym lub prawnym¹⁴. Skoro zatem zachowania sprawcy inne niż odpowiadające znamionom danego typu czynu zabronionego mogą prowadzić do zwiększenia wartości korzyści *in concreto* podlegającej przepadko-

¹³ Pamiętać wszak należy, że przestępny sposób działania sprawcy może doprowadzić do zawarcia ważnej, nieobarczonej sankcją nieważności umowy – tak jak to ma chociażby miejsce w przypadku tak zwanej zmywy przetargowej, a w niektórych układach sytuacyjnych także występku oszustwa. Nawet oświadczenie woli złożone pod wpływem błędu, w tym również wywołanego przez sprawcę podstępnie, nie jest przecież nieważne z mocy prawa i może skutkować zaciągnięciem przez strony określonych zobowiązań.

¹⁴ J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej”...*, s. 65; J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przepadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 99.

wi, to potencjalnie nie jest wykluczone, że w konkretnym przypadku – niejako na zasadzie symetrii – będą one skutkować pomniejszeniem jej rozmiarów.

Jak wspomniano na wstępie, istotą instytucji przepadku korzyści majątkowej nie jest odebranie sprawcom wszelkich korzyści, jakie osiągnęli z popełnionych przestępstw, lecz wyłącznie pozbawienie ich przysporzeń o charakterze bezprawnym¹⁵. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z instytucją drakońską, której bliżej byłoby do odrzucanej w demokratycznym państwie prawa, mającej charakter globalny konfiskaty mienia przestępcy¹⁶. Wystarczy wyobrazić sobie sprawcę, który dzięki przestępnym zabiegom zostaje zatrudniony na określonym stanowisku. Całość pobranego przezeń wynagrodzenia – choćby nawet stanowiło ekwiwalent jego wieloletniej rzetelnej pracy – będzie przecież korzyścią pośrednio pochodzącą z przestępstwa. Nie ma jednak wątpliwości co do tego, że wypracowany w ten sposób majątek sam w sobie nie stanowi przysporzenia uzyskanego z naruszeniem prawa i tym samym brak podstaw do przejścia go przez Skarb Państwa. Odmienne rozumiany przepadek w sposób oczywisty naruszałby rygory zasady proporcjonalności, znacznie wykraczając poza wymogi konieczności i należytej proporcji pomiędzy korzyścią społeczną ze stosowania tego środka a ciężarem nakładanym na sprawcę czynu zabronionego. Trzeba przeto zdawać sobie sprawę, że profity pochodzące – bezpośrednio i pośrednio – z przestępstwa nie zawsze w sposób automatyczny mogą zostać *en bloc* zakwalifikowane jako bezprawne i podlegające przepadkowi. Nie każda korzyść uzyskana w wyniku przestępnych zabiegów stanowić będzie bowiem po stronie sprawcy przysporzenie nienależne, pozbawione podstawy prawnej – a więc takie, którego powinien on zostać słusznie pozbawiony.

Mając na uwadze, że na gruncie art. 45 § 1 k.k. jako w pełni dopuszczalne jawi się objęcie przepadkiem jedynie pewnej części zysku osiągniętego z przestępstwa, stwierdzić należy, że z tego rodzaju sytuacją możemy mieć do czynienia wówczas, gdy w wyniku przestępnych zabiegów dochodzi do skutecznego wykreowania stosunku prawnego, na podstawie którego sprawca jest obowiązany do – zgodnego z prawem – świadczenia na rzecz drugiej strony. Z natury rzeczy stosunek zobowiązaniowy, którego stroną jest sprawca czynu zabronionego, może stanowić podstawę prawną przynajmniej dla części uzyskanego przezeń przysporzenia majątkowego. Tak będzie chociażby w przypadku zawarcia umowy o świadczenie usług, która ze względu na przewidziane w niej wygórowane wynagrodzenie po stronie zlecającego stanowi niekorzystne rozporządzenie mieniem, o którym mowa w art. 286 § 1 k.k. W takim wypadku – jak zauważa

¹⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.08.2020 r. (II AKz 746/20), „Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach” 2020/4, poz. 14. Zakres zastosowania przepadku korzyści majątkowej oraz *ratio legis* tej instytucji w literaturze często określane są także z wykorzystaniem pojęcia „korzyść nienależna” – zob. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, *Instytucja przepadku w polskim prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 89.

¹⁶ I. Rzeplińska, *Konfiskata mienia*, Warszawa 1997, s. 96.

Sąd Najwyższy w wyroku z 17.05.1972 r.¹⁷ – prawnokarnie relewantną korzyścią nie jest całe pobrane przez sprawcę wynagrodzenie, lecz tylko ta część, która została zwiększona w wyniku popełnionego przestępstwa. Z punktu widzenia prawa karnego tylko w tym zakresie przysporzenie ma charakter nienależny i bezprawny (pod tym, rzecz jasna, warunkiem, że sprawca wywiązał się z zobowiązania, a co najmniej miał taki zamiar w chwili zaciągnięcia zobowiązania). Pozostała część pobranego wynagrodzenia, stanowiąca słuszny ekwiwalent wykonanego przez sprawcę świadczenia, nie może zostać uznana za korzyść nielegalną, co zarazem wyklucza objęcie jej przepadkiem¹⁸.

Uważam, że podobnie rzecz się ma, jeżeli chodzi o status, jaki na gruncie przepisów o przepadku korzyści majątkowej przyznać należy kosztom poniesionym przez sprawcę w toku realizacji zobowiązania zaciągniętego w związku z przestępstwem. Mówiąc konkretniej: w tym zakresie, w jakim przychód sprawcy stanowi równowartość poczynionych przezeń wydatków, przysporzenie majątkowe powinno zostać uznane za godziwe, należne i posiadające podstawę prawną¹⁹. Jeżeli bowiem charakterystyka (treść, istota) powstałego stosunku prawnego przesądza, że w wykonaniu zaciągniętego zobowiązania konieczne jest poniesienie przez sprawcę określonych kosztów, to można powiedzieć, że w tej części osiągnięty zysk niejako z góry przeznaczony jest na wydatki immanentnie związane z zobowiązaniem. Pozbawienie sprawcy korzyści majątkowej (a właściwie jej równowartości) w tej części, w której została ona faktycznie zużyta „zgodnie z przeznaczeniem” wynikającym z charakterystyki stosunku prawnego, jawiłoby się jako niezgodne z *ratio legis* instytucji przepadku i nieproporcjonalne. Łatwo przecież dostrzec, że objęcie przepadkiem pełnej kwoty korzyści pochodzącej z przestępstwa oznaczałoby w takiej sytuacji nie tyle pozbawienie sprawcy przestępnego zysku (którego w części wyzbył się on już w związku z realizacją zobowiązania), ile skutkowałoby powstaniem dodatkowej (zmultiplikowanej) straty w jego majątku. Z pola widzenia nie należy również tracić tego, że analizowana kategoria wydatków co do zasady służy realizacji zaciągniętego zobowiązania (a zatem – innymi słowy – oddziałuje korzystnie na sytuację prawną drugiej strony stosunku prawnego), co tym bardziej uzasadnia twierdzenie o braku podstaw do objęcia przepadkiem ich równowartości.

Zajęcie odmiennego stanowiska w tej kwestii prowadzi do niedającego się zaakceptować wniosku, że w lepszej sytuacji znalazłby się sprawca, który poniechał wykonania tego, do czego był zobligowany, i tym samym nie poniósł

¹⁷ Wyrok SN z 17.05.1972 r. (III KR 67/72), OSNKW 1972/10, poz. 157.

¹⁸ Zob. D. Gruszecka (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, komentarz do art. 45, nt. 4.

¹⁹ W orzecznictwie podobny pogląd – niestety bez szerszego uzasadnienia – został wyrażony chyba wyłącznie w wyroku SN z 17.05.1972 r. (III KR 67/72), OSNKW 1972/10, poz. 157. Aprobującą wobec tezy powołanego judykatu D. Bunikowski, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, „Prokuratura i Prawo” 2008/5, s. 62; D. Gruszecka (w:) *Kodeks karny...*, komentarz do art. 45, nt. 4.

żadnych dodatkowych kosztów. W tym kontekście przywołać można przykład sprawcy czynu z art. 305 § 1 k.k., który co prawda wygrał przetarg na roboty budowlane, lecz nawet nie przystąpił do realizacji zlecenia. Jest oczywiste, że w przypadku orzeczenia przepadku korzyści majątkowej utraciłby on jedynie pełną kwotę przysporzenia w postaci pobranego wynagrodzenia. Tymczasem sprawca, który wykonał ciężące na nim zobowiązanie – a więc wykonał roboty budowlane zgodnie z zawartą umową – nie dość, że poczynił w tym celu określone nakłady finansowe, to jeszcze zostałby pozbawiony nominalnej wartości korzyści pochodzącej z przestępstwa, która wskutek orzeczenia przepadku przeszłaby na własność Skarbu Państwa.

IV. PODSUMOWANIE

Chcąc syntetycznie podsumować powyższe uwagi, wskazać należy, że wbrew powszechnej opinii przynajmniej w pewnym zakresie koszty poniesione przez sprawcę czynu zabronionego mogą być uwzględniane na gruncie przepisów regulujących instytucję przepadku korzyści majątkowej, prowadząc do redukcji rozmiarów korzyści (a w zasadzie jej równowartości) *in concreto* podlegającej przepadkowi. Dotyczy to jednak – jak się zdaje – jedynie wąskiej kategorii wydatków poczynionych przez sprawcę w wykonaniu zobowiązania zaciągniętego w związku z popełnieniem przestępstwa. Uznanie ekwiwalentu tego rodzaju kosztów za korzyść należną i posiadającą stosowną podstawę prawną uzależnione jest od trzech podstawowych warunków. Rzecz w tym, że ich uwzględnienie przy kalkulacji korzyści majątkowej objętej przepadkiem jest możliwe wówczas, gdy – po pierwsze – w związku z przestępstwem doszło do skutecznego powstania stosunku zobowiązaniowego (stanowiącego źródło osiągniętej przez sprawcę korzyści majątkowej), na podstawie którego sprawca jest obowiązany do wykonania świadczenia na rzecz drugiej strony, po drugie – potrzeba poniesienia określonych kosztów wynikała z treści lub charakteru (istoty) powstałego stosunku prawnego, a nadto – po trzecie – koszty te zostały faktycznie poniesione przez sprawcę.

ABSTRACT

adw. dr Alicja Limburska

The author is a member of the Bar Association in Wrocław; she also cooperates with the Department of Substantive Criminal Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław.

Costs reducing the size of the financial gain to be forfeited

The article aims to verify the thesis according to which the costs incurred by the perpetrator in connection with the crime are not taken into account when determining

the size of the financial gain to be forfeited. The author claims that the costs constituting a broadly understood consequence of the situation in which the perpetrator found themselves as a result of the crime may – under certain conditions – affect the assessment of the nature of the proceeds of crime, ultimately leading to a reduction in the size of the financial gain (or its equivalent) that is to be forfeited.

Keywords: *criminal law, forfeiture, financial gain*

adw. dr Alicja Limburska

Autorka jest adwokatem Izby Adwokackiej we Wrocławiu, a także współpracuje z Katedrą Prawa Karnego Materialnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

ORCID: 0000-0002-6722-0249

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Andrejew Igor, Świda Witold, Wolter Władysław, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1972

Brylak Joanna, *Znaczenie przypadku korzyści majątkowej w walce z przestępczością zorganizowaną*, „Prokuratura i Prawo” 2010/7–8

Bunikowski Dawid, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, „Prokuratura i Prawo” 2008/5, s. 62

Czwojda Anna, *Przepadek korzyści majątkowej w polskim prawie karnym*, Wrocław 2018

Filipkowski Wojciech, *Instytucja przypadku w kodeksie karnym z 1997 r. (w:) Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, red. E. Guzik-Makaruk, Warszawa 2012

Górniok Oktawia, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (Problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978/4

Gruszecka Dagmara (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021 (art. 45)

Konarska-Wrzosek Violetta, Lachowski Jerzy, *Instytucja przypadku w polskim prawie karnym*, Warszawa 2020

Kulik Marek, *Zmiany przepisów dotyczących przypadku przedmiotów i przypadku korzyści majątkowych w kodeksie karnym z 1997 r. (w:) Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, Lublin 2006

Majewski Jarosław (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 2, Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016 (art. 115 § 4 k.k.)

Makarewicz Juliusz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932

Postulski Kazimierz, Siwek Marek, *Przepadek w polskim prawie karnym*, Kraków 2004

Raglewski Janusz (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 1, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016 (art. 45)

Raglewski Janusz, *Materialnoprawna regulacja przepadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005

Rzeplińska Irena, *Konfiskata mienia*, Warszawa 1997

Szewczyk Marcin, *Przepadek korzyści majątkowej*, „Palestra” 2009/3–4

Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego (w:) Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997

Waszczyński Jan, *O „korzyści majątkowej” w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1981/1

Pojęcia kluczowe: *dziedzictwo kulturowe, szczątki ludzkie, repatriacja*

Artykuły

Piotr Stec, Natalia Lichwa

REPATRIACJA ZWŁOK I SZCZĄTKÓW LUDZKICH JAKO PROBLEM PRAWA DZIEDZICTWA KULTUROWEGO

Przedmiotem artykułu jest analiza sytuacji prawnej szczątków ludzkich znajdujących się w zbiorach muzealnych. W przypadku tych szczególnych eksponatów konieczne jest pogodzenie interesu społeczności, do których należeli zmarli, których szczątki eksponowano, z potrzebą ochrony dziedzictwa kulturowego i swobodą prowadzenia badań naukowych. W tekście przeanalizowano sposoby repatriacji szczątków z muzeów do krajów pochodzenia, wskazano problemy powstające w związku z ewentualną repatriacją szczątków z polskich muzeów oraz zaproponowano kierunki działań w związku ze stworzeniem reguł repatriacji szczątków, jakie ewentualnie mogłyby się znajdować na terytorium Polski.

WPROWADZENIE

Częścią czegoś, co można nazwać „kulturą muzealną”, jest zbieranie informacji o tym, jak żyją inni. Stąd sporą popularnością cieszą się zawsze wystawy pokazujące sposób życia innych kultur. Sam ten sentyment trudno uznać za naganny, jednak pojawia się pytanie o granice tego, co może i powinno być wystawione. Czy prawo prowadzenia badań i wykładania ma być nieograniczone? Gdzie postawić granicę między prawem do edukacji a prawem innych kultur do poszanowania ich odrębności i prywatności? *Prima facie* szacunek do zwłok i szczątków ludzkich jest głęboko zakorzeniony w naszej kulturze. Tak głęboko, że zbezczeszczenie grobu jest penalizowane niemal od zawsze; pamiętamy o naszych zmarłych, a przy tym wątpliwości społeczne potrafi wzbudzić wykonanie sekcji zwłok czy pobranie narządów na przeszczepy. Ten szacunek do własnych zmarłych nie zawsze oznacza szacunek dla „innych”: chęć zobaczenia „osobliwości” często przeważała, stąd ekspozycje muzealne nie tylko

egipskich mumii czy neolitycznych cmentarzy, ale i panoptykony ze spreparowanymi głowami ludzkimi, zdeformowanymi płodami czy nawet wystawianie na widok publiczny spreparowanych zwłok ludzkich. Ta niewrażliwość łączyła się zwykle z przekonaniem o własnej wyższości cywilizacyjnej, tak dużej, że pozwalała sprowadzać ludzi z innych kontynentów po to, by pokazywać ich w „ludzkich zoo”.

W tym artykule chcemy pokazać, jaki jest obecnie stan dyskusji nad zwrotami szczątków ludzkich w prawie dziedzictwa kulturowego¹. Podejmiemy próbę pokazania, w jaki sposób wyważamy interesy, decydując o repatriacji szczątków i zwłok ludzkich, i jak radzimy sobie, jeśli repatriacja nie jest możliwa. Wreszcie postaramy się odpowiedzieć na pytanie, czy prawo polskie jest przygotowane na ewentualne roszczenia repatriacyjne dotyczące muzealiów znajdujących się w zbiorach krajowych.

Szczególony status zwłok i szczątków sprawia, że używamy w kontekście ich powrotu do kraju pochodzenia słowa „repatriacja”. Oczywiście „zwrot” czy „restytucja” byłyby też językowo poprawne, jednak stosujemy je zwykle w odniesieniu do rzeczy, którymi szczątki i zwłoki ludzkie przecież co do zasady nie są. Przyjęta przez nas konwencja terminologiczna jest więc wyrazem szacunku do osoby ludzkiej i pozwala pamiętać, że mamy tu do czynienia z obiektami szczególnego rodzaju.

STATUS PRAWNY ZWŁOK I SZCZĄTKÓW LUDZKICH W PRAWIE DZIEDZICTWA KULTUROWEGO

Status prawny szczątków i zwłok ludzkich jest, z perspektywy prawa cywilnego, skomplikowany. Nie regulują go ani przepisy Kodeksu cywilnego, ani przepisy szczególne, w tym zwłaszcza te o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Problem ten, jak postaram się pokazać, ma charakter nie tylko krajowy.

W doktrynie przeważa pogląd, że szczątki ludzkie i części ciała nie są co do zasady rzeczami i nie mogą być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego. Należy przy tym odnotować dwa stanowiska skrajne: zgodnie z pierwszym z nich przetworzone części ciała ludzkiego, na przykład w postaci preparatów anatomicznych, mumii, plastynatów (technika pozwalająca na tworzenie zatopionych w polimerach preparatów, a nawet tworzenie „rzeźb” z martwych ciał)², tracą swój szczególny charakter i stają się „zwykłymi” rzeczami. W konsekwencji z perspektywy muzealnika czy handlarza antykami nie pojawiają się problemy prawne ani etyczne w przypadku sprzedaży np. mumii czy książki oprawionej w ludzką skórę, co jednak budziłoby wątpliwości etyczne nie tylko u czyteln-

¹ Na potrzeby niniejszego tekstu przyjmujemy szerokie rozumienie pojęć „zwłoki” i „szczątki”, obejmujące ciało osoby zmarłej lub jego fragmenty, przeznaczone do pochówku lub wypreparowane do innych celów.

² C. Horst i in., *History and development of plastination techniques*, „Anatomia, Histologia, Embryologia” 2019/6, s. 512 i n.

ników *Medalionów* Nałkowskiej. Na drugim biegunie znalazłoby się, również skrajne, stanowisko, zgodnie z którym wszystkie szczątki ludzkie podlegają tej samej regulacji przepisów o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Ten również skrajny pogląd miałby również daleko idące konsekwencje. Jego przyjęcie prowadziłoby nie tylko do obowiązku utylizacji relikwii pierwszego stopnia (szczątków) świętych Kościoła katolickiego czy Kościołów prawosławnych, lecz także do ogołocenia sporej części zbiorów muzealnych, w których znajdują się mumie, szczątki ludzkie pochodzące z wykopalisk archeologicznych czy inne przedmioty wykonane przez przedstawicieli kultur, w których wykorzystanie części ciała ludzkiego do celów kultowych lub utylitarnych nie budzi wątpliwości etycznych.

Najnowszy głos w tym przedmiocie to praca A. Jagielskiej-Burduk poświęcona statusowi dóbr kultury jako „hybrydy prawnej” trudnej do wpisania tak w reguły prawa publicznego, jak i prywatnego. Autorka postuluje poddanie dóbr kultury nowemu, szczególnemu reżimowi prawnemu, pozwalającemu także uwzględnić wrażliwość różnych kultur na kwestie związane z szacunkiem do zwłok³. Widzimy także, co pokażemy niżej, że problematyka ta zaczyna pojawiać się w przepisach o ochronie dziedzictwa kulturowego i w kodeksach etycznych. Nie wchodząc na razie w szczegółową analizę, można wskazać, że od współczesnego zarządcy zbiorów wymaga się dokonania oceny odnośnie do tego, czy mogą być one w dalszym ciągu wystawiane.

W dalszej części tekstu spróbujemy pokazać tworzący się zbiór reguł odnośnie do repatriacji zwłok i szczątków ludzkich znajdujących się w muzeach, zbiorach uczelnianych czy instytutach naukowych oraz zastanowimy się, jak z ewentualnymi roszczeniami repatriacyjnymi powinni sobie radzić polscy dysponenci zabytków ruchomych.

SZCZĄTKI I ZWŁOKI LUDZKIE JAKO EKSPONATY

Przegląd stanów faktycznych zaczniemy od pokazania podejścia do artefaktów należących do szeroko pojętego europejskiego kręgu kulturowego, by następnie przejść do problematyki zwrotów (post)kolonialnych i związanych z II wojną światową. Obecność w zbiorach muzealnych szczątków i zwłok ludzkich nie należy do rzadkości, choć w przypadku większości z nich problemy etyczne związane z ich udostępnianiem dają się rozwiązać bez konieczności formułowania propozycji regulacji prawnej.

Pierwszymi problematycznymi muzealiami mogą być relikwie pierwszego stopnia, to jest szczątki ciała, a nawet kompletne szkielety świętych Kościoła katolickiego i Kościołów wschodnich. Nie miejsce w tym artykule na szczegółową analizę relikwii jako przedmiotów stosunków cywilnoprawnych, ograniczymy się więc do przytoczenia najważniejszych „reguł gry” odnoszących się do tych

³ A. Jagielska-Burduk, *Cultural Heritage as a Legal Hybrid*, Cham 2022, s. 65. Tam też przegląd stanowisk w doktrynie polskiej.

szczególnych dóbr kultury. Przede wszystkim, niezależnie od tego, jak dziś podchodzimy do tzw. relikwii pierwszego stopnia, czyli szczątków ludzkich, ich kult jest obecny w Kościele katolickim praktycznie od pierwszych wieków chrześcijaństwa. Wierze w szczególną moc szczątków świętych towarzyszyły ich przemieszczenia, ekshumacje i eksponowanie w kościołach. Jednocześnie te praktyki były połączone z szacunkiem należnym pamięci osób zmarłych⁴. Współcześnie kult relikwii przybiera mniej intensywne formy niż w średniowieczu, jednak jest wciąż obecny i stanowi istotną część kultury katolickiej. Jednocześnie przepisy prawa kanonicznego, których nie będziemy tu szczegółowo analizować, gdyż wykracza to poza zakres niniejszego artykułu i kompetencji autorów, wprowadzają szczególną ich ochronę. Zgodnie z kanonem 1190 CIC przede wszystkim „nie godzi się sprzedawać relikwii”. Nadto, w myśl tego samego przepisu, relikwie nie mogą być trwale alienowane ani przenoszone bez zgody Stolicy Apostolskiej. Sposób postępowania z relikwiami regulują dodatkowo instrukcje papieskie⁵. O ile możemy przypuszczać, że większość takich obiektów znajduje się we władaniu kościelnych osób prawnych, o tyle ich obecność w zbiorach muzealnych nie budzi wątpliwości. Nie budzi też wątpliwości eksponowanie ich, o ile odbywa się to z szacunkiem należnym zmarłym.

Podobnie, jak się wydaje, jest w przypadku „starożytności” przywożonych przez podróżników w XIX i na początku XX w., jak np. zachowana w muzeum w Cieszynie dłoń mumii, oprawy księzek czy pergamin wykonane z ludzkiej skóry. W przypadku tych obiektów nie bez znaczenia dla ewentualnej procedury zwrotowej jest to, że są to zwykle muzealia „osierocone” w tym sensie, że nie ma państwa, wyznania czy grupy ludzi mających choćby moralną legitymację do żądania zwrotu. Brak ten nie zwalnia oczywiście muzeum z dbałości o takie eksponaty, przeciwnie, uważamy wręcz, że na muzealnikach spoczywa tu szczególnie obowiązek moralny działania w interesie tych, o których już nikt się nie upomni. Podejście takie widać zresztą we współczesnym muzealnictwie odchodzącym od prezentacji zwłok jako szokujących ciekawostek na rzecz uświadamiania publiczności, że ogląda nie ciekawostkę naukową, a ludzi mających własną tożsamość i historię⁶.

Jeszcze innym przykładem podejścia do zwłok i szczątków ludzkich są muzea dokumentujące martyrologię ofiar II wojny światowej. Również i tu nie wdajemy się w szczegółową analizę, odsyłając czytelników do literatury przedmiotu⁷.

W praktyce polskiej mamy też do czynienia z repatriacjami zwłok postaci ważnych dla naszej historii. Ostatnim przykładem takiej praktyki jest repatriacja

⁴ R. Wiśniewski, *The beginnings of the cult of relics*, Oxford 2019, *passim*.

⁵ L. Fiejdasz-Buczek, *Pojęcie relikwii oraz kanoniczne rozpoznanie, przeniesienie i konserwacja doczesnych szczątków sług Bożych według instrukcji Kongregacji Spraw Kanonizacyjnych z 8.12.2017 roku*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2018/3, s. 196 i n.

⁶ E. Nieroba, *Eksponowanie szczątków ludzkich w przestrzenimuzealnej*, „Kultura Popularna” 2012/4, s. 151–157.

⁷ Z. Dziuban, *Muzeum-cmentarz. Kilka uwag o (infra)strukturalnej przemocy*, „Teksty Drugie” 2020, t. 4, s. 67–85.

z Francji i ponowny pochówek na Powązkach szczątków Maurycego Mochnackiego⁸. Wcześniej sprowadzano m.in. szczątki królów polskich pochowanych w miejscowościach, które po rewolucji październikowej znalazły się na terytorium Związku Radzieckiego. Najciekawszym z tych przypadków była sprawa pochówku Stanisława Leszczyńskiego. Szczątki króla spoczywały pierwotnie w Nantes, stamtąd zostały w XIX w. przewiezione do Polski, a następnie przejęte przez Rosjan i wywiezione do Petersburga. W dwudziestoleciu międzywojennym grupa Polaków, nie czekając na zakończenie rokowań polsko-radzieckich, wykrała skrzynkę z tym, co po przymusowych peregrynacjach pozostało z króla⁹. Ministerstwo kultury, nie wiedząc, co zrobić z przywiedzionym mu monarchą, postanowiło załatwić sprawę w typowo biurokratyczny sposób, odkładając problem dosłownie *ad acta*. Sprawa wyszła na jaw po opublikowanym w prasie codziennej artykule Stanisława Wasylewskiego pt. *Król w szafie* ujawniającym, gdzie polski minister trzyma królewskie szczątki. Innym niecodziennym przypadkiem jest repatriacja palca Aleksandra Fredry. Został on przywieziony do Polski przez wrocławskiego uczonego, który, odwiedzając miejsce, w którym byli pochowani Fredrowie, dostał go jako makabryczną „pamiątkę”¹⁰.

Oczywiście nawet najgłębszy szacunek do zmarłych nie wyklucza bardziej przyziemnego, merkantylnego podejścia do problemu eksponowania zwłok i szczątków ludzkich, a nawet do swoistej komodyfikacji takich zabytków. Przykładu dostarcza nam tutaj sprawa Ötziego – zмумifikowanych zwłok neolitycznego łowcy znalezionych na lodowcu na granicy austriacko-włoskiej. O ile sama mumia jest dobrze zbadana i opisana¹¹, o tyle towarzyszące jej spory prawne znane są chyba tylko z doniesień prasowych. Pierwszy z nich, na pierwszy rzut oka pomijalny z interesującej nas perspektywy, dotyczył przynależności terytorialnej mumii, została ona bowiem znaleziona w miejscu, gdzie granica była sporna¹². Jednakże położenie mumii decydowało o prawie właściwym dla dotyczących jej stosunków prawnych. *Lex loci* nabrała szczególnego znaczenia w związku z tym, że znalazcy Ötziego pozwali miejscową gminę o znaleźne. Prawo włoskie nie pozwala traktować zwłok ludzkich jako rzeczy, więc problematyczne było, czy znaleźne w ogóle się w tej sprawie należy¹³. Ostatecznie trwający niemal dekadę spór zakończył się ugodą, a znaleźne wyniosło

⁸ *Sprowadzenie szczątków Maurycego Mochnackiego do Polski – Polonia – Portal Gov.pl*, „Polonia”, <https://www.gov.pl/web/polonia/sprowadzenia-szczatkow-maurycego-mochnackiego-dopolski2> (dostęp: 11.06.2023 r.).

⁹ K. Gombin, *Pośmiertne peregrynacje Stanisława I Leszczyńskiego. Z dziejów poglądów na szczątki królewskie jako pamiątkę narodową i obiekt muzealny*, „Roczniki Humanistyczne” 2000/4, s. 171–194.

¹⁰ *Osobliwa pamiątka Wrocławia po Aleksandrze Fredrze – WP Wiadomości*, <https://wiadomosci.wp.pl/osobliwa-pamiatka-wroclawia-po-aleksandrze-fredrze-6027726834254465a> (dostęp: 11.06.2023 r.).

¹¹ A. Zink, *Der Mann aus dem Eis: Neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die Gletschermumie Ötzi*, „Biologie in unserer Zeit” 2020/6, s. 406–413.

¹² Südtiroler Archäologiemuseum, <https://www.iceman.it/il-ritrovamento/> (dostęp: 4.06.2023 r.).

¹³ *Rechtsstreit: Ötzi-Prozess: Finderlohn nach 17 Jahren*, Spektrum.de, <https://www.spektrum.de/news/oetzi-prozess-finderlohn-nach-17-jahren/968970> (dostęp: 11.06.2023 r.).

175.000 EUR¹⁴. Jak zatem widać, tam, gdzie eksponowane w muzeum szczątki ludzkie są „osierocone”, znacznie łatwiej przychodzi nam traktować je jak rzeczy.

Jednocześnie należy pamiętać, że nie wszystko, co znajduje się w muzeach, może i powinno być swobodnie wystawiane, tak ze względu na szacunek do zmarłych, jak i ze względu na obawę przekształcenia muzeum w panopticum – gabinet osobliwości. Między innymi z tego powodu np. muzea medycyny sądowej ograniczają dostępność zbiorów do specjalistów-badaczy oraz studentów uczęszczających na zajęcia z kryminalistyki lub medycyny sądowej¹⁵. Czasami jednak zasoby, którymi dysponują muzea, mają charakter szczególny i wymagają takiego podejścia. W tym miejscu nasuwa się przykład zwłok nazistowskiego zbrodniarza Josepha Mengele odpowiedzialnego za przeprowadzanie okrutnych eksperymentów medycznych w niemieckim nazistowskim obozie Auschwitz Birkenau. Mengele uciekł po II wojnie światowej do Ameryki Południowej i do śmierci ukrywał się tam pod fałszywym nazwiskiem. Po jego śmierci w latach osiemdziesiątych XX w. tożsamość zbrodniarza ustalono, korzystając z nowatorskich wówczas metod kryminalistycznych¹⁶. Ponieważ rodzina dr. Mengele nie zgodziła się na transport zwłok do Niemiec, szkielet nazisty pozostał w Instytucie Medycyny Sądowej Uniwersytetu w Sao Paulo w Brazylii. Władze instytutu zdecydowały, że powinien on pełnić funkcję „żywego zabytku” i obecnie studenci medycyny sądowej wykorzystują go jako eksponat do ćwiczeń¹⁷.

ZWROTY ZWŁOK I SZCZĄTKÓW LUDZKICH RDZENNYCH MIESZKAŃCÓW: REPATRIACJA DO SPOŁECZNOŚCI OJCZYSTYCH

Szczupłe ramy artykułu nie pozwalają na dokonanie pełnego przeglądu prawa i praktyki w zakresie zwrotów zwłok i szczątków ludzkich znajdujących się w muzeach wbrew woli społeczności, do których zmarli przynależeli za życia. Problem ten związany jest głównie z likwidacją skutków kolonializmu. Kolonizatorzy traktowali rdzennych mieszkańców często jako gorszy rodzaj człowieka, na niższym stopniu rozwoju, którego zdanie nie miało znaczenia. Praktykę tę, polegającą na infantyilizacji populacji rdzennych i odzieraniu ich z człowieczeństwa, afroamerykańska autorka Bernardette Atuahene nazwała *dignity takings*, co można na polski oddać jako „wywłaszczenia godnościowe”¹⁸.

¹⁴ Autonome Provinz Bozen – Südtirol, <https://news.provinz.bz.it/de/news-archive/336504>, (dostęp: 11.06.2023 r.).

¹⁵ Muzeum Medycyny Sądowej, Katedra i Zakład Medycyny Sądowej – Stowarzyszenie Muzeów Uczelnianych, <https://muzeauczelniane.pl/13936-2/> (dostęp: 4.06.2023 r.).

¹⁶ T. Keenan, E. Weizman, *Mengele's skull: the advent of a forensic aesthetics*, Berlin 2012, *passim*.

¹⁷ P. Dockrill, *The Skeleton of Infamous Nazi Doctor Josef Mengele Is Now a Teaching Aid For Medical Students*, „ScienceAlert”, <https://www.sciencealert.com/the-skeleton-of-infamous-nazi-doctor-josef-mengele-is-now-a-teaching-aid-for-medical-students> (dostęp: 4.06.2023 r.).

¹⁸ B. Atuahene, *We want what's ours: learning from South Africa's land restitution program*, Oxford 2016, *passim*; B. Atuahene, *Dignity Takings and Dignity Restoration: Creating a New Theoretical Framework*

Grabież kolonialna przybierała różne formy w interesującym nas zakresie, chodzi tu o wykorzystywanie ludzi, ich zwłok, szczątków, a nawet miejsc pochówku jako eksponatów muzealnych. Problem ten pokażemy na trzech przykładach: sprawa Afrykanki Saartje (Sarah) Baartmaan, pokazywanej za życia i po śmierci jako ciekawostka przyrodnicza, zmumifikowane głowy maoryskie z rytualnymi tatuażami (Mokomokai) oraz miejsca pochówków rdzennych mieszkańców USA i Australii.

Zwroty Mokomokai to interesujący przypadek także dlatego, że nowozelandcy Maorysi wywalczyli sobie mocną pozycję społeczną i mają własną reprezentację polityczną, co ułatwia procesy repatriacyjne¹⁹. Nie miejsce tu na szczegółową analizę tego procesu, warto chyba wzmiankować istnienie traktatu z Waitangi podpisanego z mieszkańcami Nowej Zelandii przez reprezentującego Koronę Brytyjską dowódcę jednej z pierwszych ekspedycji na wyspę. Ten jasno sformułowany dokument został uznany za wiążący przez Koronę i do dziś stanowi podstawę autonomii prawnej ludności maoryskiej.

Przechodząc do istoty problemu: spuścizna archeologiczna Nowej Zelandii była, pomimo zawartych porozumień, przedmiotem grabieży kolonialnej. Przechodziła ona różne stadia, od rabowania grobów przez hieny cementarne, przez zalegalizowanie wykopalisk aż po działalność dwuznacznych postaci, będących nieco mniej sympatycznymi wersjami Indiany Jonesa. Szczególnym elementem tego procederu był eksport z wyspy zmumifikowanych głów ludzkich. Mieszkańcy o wysokim statusie społecznym tatuowali swoje twarze, a w przypadku niektórych z nich rodziny po śmierci preparowały głowy, co miało znaczenie religijne. Ze względu na walory estetyczne oraz wspomnianą już przez nas modę na tworzenie gabinetów osobliwości Mokomokai stały się towarem eksportowym, sprzedawanym Europejczykom przez mniej przywiązanych do czci pamięci przodków miejscowych lub po prostu kradzionym. Popyt na zmumifikowane głowy był tak duży, że miejscowe gangi zaczęły tworzyć falsyfikaty – mumifikując i tatuując głowy odcięte Bogu ducha winnym ofiarom. Mokomokai trafiały do muzeów i prywatnych kolekcji praktycznie w całej Europie i w USA.

Czasem repatriowane szczątki to pojedynczy przypadek, będący jednak symbolem dla całej populacji. Tak jest ze sprawą Sary Bartmaan, Hotentotki przywiezionej do Europy w czasach, gdy zaczęły powstawać ludzkie ogrody zoologiczne, w których porwani mieszkańcy skolonizowanych krajów byli pokazywani tak jak zwierzęta, żeby zaspokoić ciekawość publiki chcącej popatrzeć na „dzikusów”. Większość tak wykorzystywanych ludzi nie jest nam znana

for Understanding Involuntary Property Loss and the Remedies Required, „Law & Social Inquiry” 2016/4, s. 796–823.

¹⁹ C. O'Hara, *Repatriation in Practice: A Critical Analysis of the Repatriation of Human Remains in New Zealand Museums*, 2012, <http://researcharchive.vuw.ac.nz/handle/10063/2415>.<http://researcharchive.vuw.ac.nz/handle/10063/2415> (dostęp: 4.06.2023 r.).

z imienia i nazwiska, większość też nie powróciła do swoich ojczyzn. Bartmaan była inteligentną kobietą, władającą kilkoma językami. Ze względu na charakterystyczne dla jej plemienia cechy fizyczne, jak odkładający się na pośladkach tłuszcz, była też traktowana jak ciekawostka cyrkowa, przedmiot niewybrednych żartów i karykatur o wyraźnym zabarwieniu seksualnym. Formalnie rzecz biorąc, nie była niewolnicą, jej „gospodarze” zmusili ją do podpisania fikcyjnej umowy spółki, którą sąd z radością uznał za skuteczną i umyśl ręce. Naprawdę była wykorzystywana jak niewolnica i nie zaznała spokoju nawet po śmierci. Przez lata jej szkielet i odlew nagiego ciała były wystawiane w jednym z francuskich muzeów, wypreparowano też jej mózg i części rodne²⁰. Z żądaniem repatriacyjnymi wystąpiła społeczność południowoafrykańska.

Last but not least należy wspomnieć o przenoszonych do muzeów i eksponowanych publicznie miejscach pochówków rdzennej ludności, głównie, choć nie tylko, północnoamerykańskiej. Groby te rozkopywano bez poszanowania dla lokalnych wierzeń czy tradycji plemiennych. Rabunek ten był w XIX w. wręcz wspierany przez władze federalne²¹, a jeszcze w latach 60. XX w. zdarzało się, że farmer, który wyorał na swoim polu indiańskie cmentarzysko, pakował kości i przekazywał je miejscowej uczelni²².

Jak z tym problemem poradziły sobie państwa, w których on się pojawił? Rozmaicie.

Francuskie podejście do repatriacji trudno nazwać przyjaznym. Generalnie repatriacja szczątków napotykała na opór administracyjny. Zwrot szczątków Sary Baartman wymagał uchwalenia specjalnej ustawy²³, samą zaś restytucję traktowano, jak wskazuje S. Vigneron, jako dokonaną *ex gratia*²⁴. Również w przypadku Mokokoi zwrot zrealizowano za pomocą ustawy szczególnej²⁵.

²⁰ *La Vénus hottentote: Entre Barnum et Muséum*, red. C. Blanckaert, Publications scientifiques du Muséum 2013; <https://www.abc.net.au/news/anna-kelsey-sugg/9833124>, <https://www.abc.net.au/radionational/marc-fennell/3010492>, *Sarah Baartman was taken from her home in South Africa and sold as a „freak show”. This is how she returned*, „ABC News” 2021; <https://www.abc.net.au/news/2021-11-17/stuff-the-british-stole-sarah-baartman-south-africa-london/100568276>; *Sarah Baartman's story*, „Saartjie Baartman Centre for Women and Children”, <http://www.saartjiebaartmancentre.org.za/about-us/saartjie-baartmans-story/> (dostęp: 11.06.2023 r.).

²¹ L. Jaffe, M. Hudetz, A. Ngu, G. L. Brewer, *America's Biggest Museums Fail to Return Native American Human Remains*, „ProPublica”, <https://www.propublica.org/article/repatriation-nagpra-museums-human-remains> (dostęp: 12.06.2023 r.).

²² S. Abdulahi, *Cornell Returns Ancestral Remains to Oneida Nation*, „Inside Higher Education”, https://www.insidehighered.com/quicktakes/2023/02/23/cornell-returns-ancestral-remains-oneida-nation?fbclid=IwAR3E9YdA9vLgh6dXoolnHO6KKdkmWMoumznuWRY_JzawmsIypUm3tghq9w (dostęp: 12.06.2023 r.).

²³ Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 *relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud*.

²⁴ S. Vigneron, *The Repatriation of Human Remains in France: 20 Years of (Mal)practice*, „Santander Art. and Culture Law Review” 2020/2, s. 322.

²⁵ Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 *visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*.

Podjęcie to kontrastuje z angielskim Human Tissues Act 2004, którego art. 47 daje radom powierniczym lub zarządczym wybranych muzeów możliwość podjęcia dyskrecjonalnej decyzji o wyłączeniu z kolekcji szczątków mających ponad tysiąc lat. W ten sposób problem zwrotów został przeniesiony na najniższy możliwy szczebel – dysponenta zabytku. Ten sposób pozostawia zainteresowanym dużo swobody, jeśli chodzi o negocjowanie sposobu i zakresu zwrotu.

Trzeci przykład w naszym przeglądzie dotyczy zwrotów dokonywanych w USA. Jak już wiemy, w tym przypadku nie chodzi o repatriację poza granice kraju, ale o zwrot właściwej grupie rdzennych mieszkańców obecnego terytorium USA. Sprawy te reguluje rozdział 32 Kodeksu USA dotyczący ochrony i repatriacji szczątków rdzennych mieszkańców Ameryki²⁶. Zakres przedmiotowy przepisów zwrotowych zakreślono bardzo szeroko: obejmuje on szczątki, miejsca pochówku, przedmioty związane z pochówkiem, obiekty kultu religijnego i pozostałe dziedzictwo kulturowe mające znaczenie dla rdzennych mieszkańców. Uprawnienie do żądania zwrotu mają w pierwszej kolejności krewni w linii prostej, a także plemiona indiańskie lub organizacje rdzennych Hawajczyków, z którymi związany był zmarły lub na których terytorium znaleziono szczątki. Agencje federalne i muzea mają obowiązek prowadzenia rejestru szczątków znajdujących się w ich zbiorach. Funkcjonowaniu ustawy poświęcona jest specjalna strona *National Park Service*²⁷, przeznaczona dla wszystkich interesariuszy. Praktyka repatriacyjna pokazuje jednak, że mimo wysiłków rządu federalnego²⁸ repatriacja szczątków następuje opornie, a niektórzy ich dysponenci grają na zwłokę lub szukają kruczków prawnych, byle tylko zachować je w swoim władaniu, niezależnie od tego, czy jest to uzasadnione np. potrzebami badawczymi²⁹.

Jak widać z powyższego przeglądu, państwa z problematyką repatriacyjną radzą sobie na różne sposoby, różne są też podstawy prawne repatriacji. Wynika to z nieujednoczenia systemów ochrony dziedzictwa kulturowego. Takie zróżnicowanie jest oczywiście normalne i nie rodzi większych problemów, poza ewentualną koniecznością zmiany prawa danego kraju. Zapewne możliwe byłoby podjęcie próby ujednoczenia reguł repatriacji na poziomie międzynarodowym, pytanie jednak, czy jest to konieczne. Analizujemy tu likwidację skutków niezbyt pięknej przeszłości Zachodu, wypadków, które nie zdarzą się zapewne w przyszłości. Znacznie ważniejsze jest ustalenie zasad postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi odnalezionymi w związku z prowadzonymi

²⁶ Chapter 32 USC – Native Americans Graves Protection And Repatriation.

²⁷ *Native American Graves Protection and Repatriation Act (U.S. National Park Service)*, <https://www.nps.gov/subjects/nagpra/index.htm> (dostęp: 12.06.2023 r.).

²⁸ *Efforts to Protect and Repatriate Native American Cultural Items and Human Remains U.S. GAO*, <https://www.gao.gov/blog/efforts-protect-and-repatriate-native-american-cultural-items-and-human-remains> (dostęp: 12.06.2023 r.).

²⁹ L. Jaffe, M. Hudetz, A. Ngu, G.L. Brewer, *America's Biggest Museums Fail to Return Native American Human Remains*, 2023, <https://www.propublica.org/article/repatriation-nagpra-museums-human-remains> (dostęp: 12.06.2023 r.).

współcześnie badaniami, głównie archeologicznymi³⁰. Tu można wykorzystać *soft law* w postaci kodeksów etycznych tworzonych przez Światowy Kongres Archeologiczny (World Archaeological Congress). Postępowania ze szczątkami dotyczą porozumienie z Vermillon (*Vermillon Accord*) w sprawie szczątków ludzkich z 1989 r. oraz porozumienie z Tamaki Makau-rau (Auckland) w sprawie wystawiania szczątków ludzkich i przedmiotów kultu religijnego (*The Tamaki Makau-rau Accord on the Display of Human Remains and Sacred Objects*) z 2005 r.³¹ Pierwszy z tych dokumentów wprowadza zasadę poszanowania szczątków ludzkich niezależnie od ich pochodzenia, rasy, religii itd., zasadę respektowania woli zmarłych co do sposobu pochówku, zasadę uzgadniania sposobu postępowania ze szczątkami z przedstawicielami społeczności, do których należeli zmarli, ich rodziną i opiekunami prawnymi oraz zasadę ważenia interesów – naukowego i szacunku do zwłok i szczątków ludzkich. Drugie porozumienie odnosi się do szczątków i do szeroko rozumianych przedmiotów kultu religijnego. Podobnie jak w przypadku porozumienia z Vermillon, podkreśla się w nim szacunek do szczątków i do różnych kultur. Istotną nowością jest uzgadnianie z przedstawicielami społeczności, do których należą szczątki ludzkie i przedmioty kultu religijnego, sposobu ich badań, zwrotu i eksponowania. Wola „kustoszy” – przedstawicieli danej kultury odpowiedzialnych za pieczę nad tymi obiektami – powinna mieć decydujące znaczenie, także jeśli postanowią oni o konieczności ich zwrotu.

Oba te przykłady *soft law* stanowią dobrą podstawę do wprowadzania wewnętrznych, muzealnych kodeksów postępowania, mogłyby też być przeniesione nie tylko do prawa krajowego, ale nawet stanowić podstawę przyszłej prawnomiędzynarodowej ochrony tej szczególnej części dziedzictwa kultury.

PROBLEM PREPARATÓW MEDYCZNYCH WYKONANYCH ZE SZCZĄTKÓW OFIAR NAZIZMU

Na kartach historii zapisały się zbrodnie popełnione przez nazistów w czasie II wojny światowej. Okres okupacji stanowił dla nich idealną okazję do praktycznego zastosowania teorii higieny rasowej, co zapoczątkowało liczne nadużycia medyczne.

Zbrodni wojennych dopuszczali się przedstawiciele niemieckiej inteligencji, do której zaliczał się wybitny profesor anatomii Hermann Voss. W 1941 r. został on dyrektorem Instytutu Anatomii nazistowskiego Uniwersytetu w Poznaniu, położonego na terenach bezprawnie anektowanych z Polski. Jako wzorowy obywatel Rzeszy zajmował się ochroną rasy panów przed społeczeństwem nieczystych. Z wielkim zapałem wykorzystywał uczelniany piec, aby pozbywać się ciał rozstrzelanych przez gestapo Polaków, o czym relacjonował w pamiętniku.

³⁰ Głównie, bo nie możemy wykluczyć sytuacji nadzwyczajnych, jak odnalezienie w szafie któregoś z ministerstw kolejnych szczątków monarszych.

³¹ *Code of Ethics – World Archaeological Congress*, <https://worldarch.org/code-of-ethics/> (dostęp: 10.06.2023 r.).

W wyniku ucieczki przed Armią Czerwoną w styczniu 1945 r. pamiętnik pozostał w Polsce, a obecnie znajduje się w archiwum Instytutu Zachodniego w Poznaniu. W tomie obejmującym lata 1932–1942 Voss podaje: „Polacy stali się ostatecznie znowu bardziej bezczelni, więc nasz piec ma wiele pracy. Jakby było pięknie, gdyby można było to całe towarzystwo przepędzić przez takie piece”³². W lipcu 1941 r. Voss zawarł z gestapo porozumienie zezwalające nie tylko na kremację ciał, ale też wykorzystanie ich do maceracji i badań³³. Od tego momentu zwłoki dostarczane do poznańskiego Instytutu poddawano sekcji na zajęciach akademickich. W ekspertyzie przeprowadzonej na 48 ciałach odnalezionych w wypełnionych formaliną kadziach Collegium Anatomicum stwierdzono, że egzekucji dokonywano nie tylko poprzez rozstrzelanie. Śmierć następowała za sprawą niedożywienia, przemęczenia, powieszenia, stosowanych tortur i przemocy³⁴.

Uzyskane w procesie preparowania czaszki i szkielety wykorzystywał do celów naukowych, ale też przekazywał do muzeów. Jednym z nich było Muzeum Historii Naturalnej w Wiedniu, które weszło w posiadanie szczątków Polaków i Żydów za sprawą porozumienia zawartego z Instytutem Anatomii Rzeszy w Poznaniu. Dopiero 12.02.1998 r. muzeum wiedeńskie poinformowało o tym fakcie polską Główną Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu³⁵. Kierownik Wydziału Biologii Archeologicznej i Antropologii dr Maria Teschler-Nicola skierowała do ambasady RP w Austrii pismo w sprawie „pozostałości szkieletów straconych polskich działaczy ruchu oporu”³⁶. Z archiwaliów wynika, że negocjacje z dr. Josefem Wastlem, dyrektorem działu antropologicznego muzeum w Wiedniu, prowadził jeden z pracowników Vossa dr Gustav von Hirschheydt. Pragnął pozyskać jak największą liczbę różnorodnych czaszek Polaków, niezbędnych do urozmaicenia muzealnej wystawy³⁷. Ożywiony handel czaszkami i szkieletami sprawiał, że kości trafiały do Wrocławia, Lipska, Wiednia, Królewca i Hamburga. Ponadto mogą nadal znajdować się w uniwersytetach, muzeach oraz w instytutach naukowych. Portier Collegium Anatomicum Józef Jendykiewicz w 1945 r. pisał, że „głowy transportowanych

³² Cytat z pamiętnika Hermanna Vossa z 15.04.1941 r. (w:) H. Szoldrska, *Walka z kulturą polską. Uniwersytet Poznański podczas okupacji*, Poznań 1948, *passim*.

³³ G. Aly, P. Chroust, C. Pross, *Cleansing the Fatherland, Nazi medicine and racial hygiene*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1994, s. 132.

³⁴ G. Aly, P. Chroust, C. Pross, *Cleansing...*, s. 136.

³⁵ Z referatu prof. dr hab. W. Kuleszy: „Niemieccy lekarze w okresie wojny – prof. Hermann Voss i dr Hans Münch w świetle śledztw prowadzonych przez prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej” wygłoszonego na konferencji „Zbrodnie medycyny XX wieku. Zaprzeczanie – Wyjaśnianie – Nauczanie”, która odbyła się w dniach 21–22.05.2004 r. w Warszawie (w:) *Zbrodnie bez kary – śledztwo dziennikarzy Deutsche Welle, Wirtualnej Polski i Interii ujawnia powojenne kariery zbrodniarzy hitlerowskich*, Obiektyw 2022, legimi.pl.

³⁶ A. Wawrzyńczak, *Czaszki Polaków i Żydów oferują po umówionej cenie. Zbrodnie bez kary – śledztwo dziennikarzy Deutsche Welle, Wirtualnej Polski i Interii ujawnia powojenne kariery zbrodniarzy hitlerowskich*, Obiektyw 2022, legimi.pl.

³⁷ Oddziałowa Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Poznaniu S1/01/2N; A. Wawrzyńczak, *Czaszki Polaków...*

ofiar wrzucano do koszy jak gdyby buraki czy brukiew i wożono na III piętro do macerowni. Tutaj zostały one spreparowane, a później zużyto je w tutejszym Zakładzie Anatomii, gdzie niektóre z nich znajdują się do dziś, a inne wysyłano do poszczególnych uniwersytetów w Niemczech³⁸. Za dopłatą Voss udostępnił również istotne dla badań dane, dotyczące daty i miejsca urodzenia ofiary³⁹.

Jego dziennik pełni ważną funkcję – obrazuje nam niepoahamowaną żądzę wiedzy napędzaną przez nienawiść do zwykłych ludzi i chęć ich zniszczenia. Granica etyczna przestała istnieć, a krematorium w Reichsuniversitat Posen było w stanie urzeczywistnić najgłębsze pragnienia anatoma.

Procedura restytucji szczątków z czasów nazistowskich odbywa się po zawiadomieniu Instytutu Pamięci Narodowej i przeprowadzeniu śledztwa prokuratorskiego⁴⁰. Zgodnie z art. 53b ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej⁴¹ Instytut zajmuje się poszukiwaniem miejsc spoczynku osób, które „straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem totalitarnym lub wskutek represji totalitarnych lub czystek etnicznych w okresie od 8.11.1917 r. do 31.07.1990 r. (...), a w przypadku odnalezienia zwłok, szczątków lub prochów ludzkich identyfikuje tożsamość tych osób”⁴². Jeżeli w wyniku przeprowadzonych prac lub podejrzenia okaże się, że zwłoki, szczątki lub prochy ludzkie znajdują się w określonym miejscu, Prezes Instytutu Pamięci zawiadamia o tym prokuratora należącego do właściwej miejscowo oddziałowej komisji⁴³. Ten informuje Prezesa Instytutu Pamięci o zarządzeniu ekshumacji, określając jej miejsce i czas dokonania⁴⁴. Zwłoki, szczątki lub prochy osób o zidentyfikowanej tożsamości należy pochować zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁴⁵. W sytuacji gdy nie ustalono kręgu osób legitymowanych do pochówku albo zwłoki pozostały anonimowe, to „miejsce ich pochowania określa Prezes Instytutu Pamięci, po przeprowadzeniu konsultacji z organizacjami społecznymi zajmującymi się upamiętnieniem i otaczaniem opieką miejsc pamięci narodowej. Organizacja pochówku i pokrycie jego kosztów należą do Instytutu Pamięci”⁴⁶. Czaszki z wiedeńskiego muzeum spoczęły w masowym grobie Cmentarza Bohaterów Polskich w Poznaniu. Komisja Badań Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, po przeprowadzonym śledztwie, sporządziła

³⁸ M. Olszewski, *Straty i martyrologia ludności polskiej w Poznaniu, 1939–1945*, Poznań 1973, s. 41.

³⁹ A. Elon, *Death for Sale: Masks, an Attempt about Shoah*, New York Review of Books, November 20, 1997.

⁴⁰ Ustawa z 18.12.1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2023 r. poz. 102), art 45, dalej: u.IPN.

⁴¹ Art. 53b u.IPN

⁴² Art. 53b u.IPN.

⁴³ Art. 53d pkt 1 u.IPN.

⁴⁴ Art. 53d pkt 2 u.IPN.

⁴⁵ Art. 53e u.IPN w związku z art. 10 ust. 1 ustawy z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1947).

⁴⁶ Art. 53e pkt 2 u.IPN.

listę zawierającą 38 nazwisk ofiar, do których mogły należeć sprzedane szczątki, jednak wiele z nich pozostało anonimowych⁴⁷.

Hermann Voss za swoje zbrodnie nie poniósł żadnej kary, pomimo że w czasie jego „kariery” pomiędzy rokiem 1941 a 1944 doszło do zbrodni na ponad pięciu tysiącach ludzi⁴⁸. W 1946 r. wydał *Podręcznik do anatomii*, a w 1952 r. autobiografię *The artum anatomicum meum*. Pracował jako wykładowca i preparator w Halle, następnie w Jenie. Zmarł w Hamburgu, zaznając w wieku dziewięćdziesięciu trzech lat upragnionej ciszy i spokoju⁴⁹.

Działalność Hermanna Vossa wpisywała się w sposób, w jaki III Rzesza traktowała przeciwników politycznych, przedstawicieli „ras niższych” i inne „osoby niepożądane”. Wraz z rosnącą po dojściu Adolfa Hitlera do władzy liczbą egzekucji proces dostarczania zwłok instytutom anatomicznym został ubrany w ramy prawne. Wśród zbadanych przez niemieckich uczonych przypadków przeciwników politycznych, których ciała zostały po egzekucji, znaleźli się między innymi członkowie „Białej Róży”⁵⁰. Nie oznacza to oczywiście, że w ten sposób traktowano wyłącznie ofiary nazizmu⁵¹. Przykładowo badania przeprowadzone w Halle wykazały, że preparowano tam wyłącznie zwłoki przestępców pospolitych. Prowadzone po II wojnie światowej w RFN prace identyfikacyjne dotyczyły zasadniczo niemieckich ofiar nazizmu, choć zidentyfikowano także ofiary-robotników przymusowych. Problem niechlubnej spuścizny III Rzeszy „rozwiązano” w latach 1988–1992, usuwając preparaty „zanieczyszczające” (*polluting*) niemieckie zbiory anatomiczne. Wbrew nielicznym głosom protestu uznano, że priorytet ma pozbycie się problemu przez spalenie lub pochówek szczątków w zbiorowej mogile, a nie identyfikacja ofiar⁵². Należy jednak zauważyć, że wraz ze zmianą pokoleniową i objęciem katedr przez uczonych, dla których II wojna światowa pozostaje historią, zmienia się podejście do tej problematyki. Świadczą o tym badania przeprowadzone na początku tego stulecia w Jenie, obejmujące próbę identyfikacji ofiar i ich upamiętnienie przeprowadzone z zachowaniem pełnej transparentności⁵³. Oznacza to, że zmienia się wrażliwość społeczna, a podejście do rozwiązania kwestii repatriacji szczątków

⁴⁷ TVP, Ekspozaty wiedeńskiego muzeum, 1999, AIPN, BU 1300/63/CD/2; A. Wawrzyńczak, *Czaszki Polaków...*

⁴⁸ S. Hildebrandt, C. Redies, *Anatomie im Nationalsozialismus*, „Deutsche Arzteblatt” 2012/109 (48).

⁴⁹ Instytut Zachodni w Poznaniu, I.Z. Dok. V-412, opracowanie A. Wawrzyńczak.

⁵⁰ T. Noack, *Anatomical departments in Bavaria and the corpses of executed victims of National Socialism*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, s. 286 i n.

⁵¹ Jak zauważa M. Viebig: „(...) the cadaver can be placed at your disposition here.” – M. Viebig, *Legal, administrative basis of the transfer of cadavers in the Third Reich, its traces in archival sources*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, s. 267 i n.

⁵² P. Weindling, „Cleansing” anatomical collections: The politics of removing specimens from German anatomical and medical collections 1988–92, „Annals of anatomy – Anatomischer Anzeiger: official organ of the Anatomische Gesellschaft” 2012/3, s. 237 i n.

⁵³ C. Redies i in., *Dead bodies for the anatomical institute in the Third Reich: An investigation at the University of Jena*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, s. 298 i n.

ofiar nazizmu (tych, które nie zostały zniszczone) i ich upamiętnienia zbliża się do podejścia charakterystycznego dotychczas tylko dla zwrotów rdzennym mieszkańcom Ameryki, Australii, Oceanii⁵⁴ czy dawnych niemieckich kolonii⁵⁵. Choć, jak się wydaje, pełna repatriacja szczątków ofiar nazizmu preparowanych przez Vossa jest niemożliwa, to jednak można próbować przynajmniej zidentyfikować ich część: na tych uczelniach, gdzie zachowały się wykazy zwłok, bądź tam, gdzie zachowały się dodatkowe informacje wysyłane razem z preparatami, powinno to być możliwe. Uważamy, że należałoby też pomyśleć o symbolicznym zadośćuczynieniu pamięci ofiar po stronie niemieckiej. Jedną z możliwości byłoby umieszczenie na terenie instytutów anatomicznych wykorzystujących preparaty z ofiar III Rzeszy stosownych dwujęzycznych tablic pamiątkowych. Drugą, niesprzeczną z pierwszą – włączenie do podręczników i programu studiów lekarskich oraz kierunków pokrewnych informacji o działalności Vossa. Byłoby to zgodne z duchem Traktatu Dobrosąsiedzkiego⁵⁶, opierającego regulację spraw w zakresie kultury w duchu porozumienia i pojednania⁵⁷.

REPATRIACJA SZCZĄTKÓW ZE ZBIORÓW POLSKICH – CZY MAMY PROBLEM?

Analiza problemu repatriacji szczątków ludzkich nie może być pełna bez próby odpowiedzi na pytanie, czy problem ten dotyczy także polskich muzeów i uczelni jako dysponentów takich wrażliwych dóbr kultury. Na to pytanie nie można jednoznacznie odpowiedzieć bez przeprowadzenia szczegółowej analizy zbiorów muzealnych. Niewątpliwie problem ten został dostrzeżony przez muzealników, rozważających zasady eksponowania szczątków i części ciała ludzkiego. Analizuje się też zasady eksponowania zagadnień związanych ze śmiercią w kontekście muzeów martyrologicznych. Jak dotąd nie pojawiły się natomiast (a przynajmniej nie są nam znane) informacje o szczątkach pierwotnych mieszkańców Ameryki, Australii czy Oceanii, które mogłyby podlegać zwrotowi. Nie oznacza to jednak, że takie roszczenia repatriacyjne nie pojawią się w przyszłości. Należy też pamiętać, że Polska na skutek zmiany granic otrzymała ziemie znajdujące się przed 1945 r. w granicach III Rzeszy wraz ze znajdującymi się na nich muzeami i pozostałymi placówkami naukowymi. Zostały one przejęte na rzecz Skarbu Państwa razem z innymi składnikami tzw. mienia poniemieckiego na mocy art. 2 dekretu z 8.03.1946 r. o majątkach opuszczo-

⁵⁴ A. Winkelmann, *Repatriations of human remains from Germany – 1911 to 2019*, „Museum and Society” 2020/1, t. 18, s. 40 i n.

⁵⁵ J.J. Garsha, *Expanding Vergangenheitsbewältigung? German Repatriation of Colonial Artefacts and Human Remains*, „Journal of Genocide Research” 2020/1, s. 46 i n.

⁵⁶ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z 17.06.1991 r. (Dz.U. z 1992 r. nr 14 poz. 56).

⁵⁷ P. Stec, *The Problem of Restitution of Cultural Goods and Archival Records in Light of the Treaty on Good Neighbourliness and Friendly Cooperation (w:) Breakthrough and challenges: 20 years of the Polish-German Treaty on Good Neighbourliness and Friendly Relations*, red. W.M. Góralski, Warszawa 2011, s. 339 i n.

nych i poniemieckich⁵⁸. Jeśli więc w zbiorach tych znalazły się szczątki ludzkie, to Skarb Państwa, a następnie inne państwowe osoby prawne, w tym muzea, przejęły te dobra jako posiadacze samoistni, jeśli nie ich właściciele⁵⁹. Podobnie mogło się stać w odniesieniu do muzeów przejmujących zbiory po państwach zaborczych. Fakt, że wejście w posiadanie tych obiektów nastąpiło nie w ramach planowej polityki akwizycji zbiorów, nie zwalnia nas jednak ze znalezienia rozwiązania dla problemu. Należałoby więc rozpocząć od sprawdzenia, czy w inwentarzach muzealnych znajdują się obiekty nabyte w sposób etycznie wątpliwy. Następnie należałoby dokonać selekcji zbiorów i wyodrębnić trzy grupy eksponatów:

- te z nich, co do których istnieją potencjalne roszczenia repatriacyjne (już zgłoszone, prawdopodobne albo podlegające zwrotowi *ex aequo et bono*);
- zbiory co do zasady niepodlegające repatriacji, a co do których należy rozważyć ograniczony dostęp publiczności;
- zbiory niebudzące wątpliwości co do etyczności ich pozyskania i wystawiania⁶⁰.

Następnym krokiem powinno być przygotowanie protokołu dla zwrotu szczątków ludzkich do ich krajów i kultur macierzystych. Przygotowując taki protokół, można by się wzorować na wspomnianych wyżej przepisach ekshumacyjnych dotyczących szczątków ofiar totalitaryzmów, zwłaszcza jeśli chodzi o udział w pracach społeczności, do których należały repatriowane szczątki.

Podjęcie decyzji o repatriacji szczątków lub zwłok ludzkich wiąże się także z koniecznością ich deakcesji – skreślenia z inwentarza i przekazania osobom trzecim.

Obecnie procedura ta może przebiegać w oparciu o art. 24 ustawy o muzeach⁶¹. Zostaje zainicjowana na wniosek dyrektora muzeum państwowego lub samorządowego skierowany do ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Pozwolenia w formie decyzji administracyjnej udziela on obligatoryjnie, w sytuacji gdy zostaną spełnione przesłanki wskazane w ust. 1 omawianego artykułu. Może mieć to miejsce w okolicznościach niebudzących wątpliwości, a więc na skutek prawomocnego wyroku sądu, prawomocnej i ostatecznej decyzji albo umowy.

Skreślenia muzealiów z inwentarza muzeum publicznego dokonuje się także na podstawie pozwolenia na stały wywóz za granicę, w przypadkach wskazanych w ustawie o restytucji narodowych dóbr kultury⁶². Dzieje się tak, gdy

⁵⁸ Dekret z 8.03.1946 r. o majątkach opuszczonych i poniemieckich (Dz.U. z 1946 r. nr 13 poz. 87), art. 2.

⁵⁹ Czy można tu mówić o pełnym prawnym władztwie nad szczątkami, jest sporne ze względu na niejasny status szczątków będących muzealiami.

⁶⁰ Jedynie na marginesie należy zauważyć, że podobną inwentaryzację należałoby przeprowadzić także pod kątem proveniencji i ewentualnych roszczeń restytucyjnych w odniesieniu do innych zbiorów.

⁶¹ Ustawa z 21.11.1996 r. o muzeach (Dz.U. z 2022 r. poz. 385), art. 24.

⁶² Ustawa z 25.05.2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury (Dz.U. z 2019 r. poz. 1591), art. 39 ust. 1 (dalej: u.r.n.d.k).

posiadacz lub dzierżyciel dobra kultury uznał roszczenie państwa Unii Europejskiej o zwrot lub zawarł ugodę obejmującą obowiązek jego zwrotu, albo na skutek wyroku sądu polubownego w przedmiocie zwrotu na terytorium państwa Unii Europejskiej. Zwrot może nastąpić także na podstawie przepisów prawa międzynarodowego⁶³.

Jak się wydaje, choć może to być sporne, sama deakcesja nie rozwiązuje problemu. Szczątki ludzkie podlegające zwrotowi społecznościom pierwszych mieszkańców przechodzą wprawdzie pod ich władanie, nie przestają jednak być dobrami kultury. Choć z perspektywy socjologicznej można twierdzić inaczej i odmówić im waloru pamiątki przeszłości, to *de iure* dalej mamy do czynienia z artefaktami podlegającymi przepisom o ochronie zabytków. Oznacza to, że ich wywóz, niezależnie od tego, czy dane muzeum zwróciło je przedstawicielom konkretnej grupy etnicznej, czy nie, będzie podlegał ograniczeniom wynikającym z przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Obecnie nie przewidują one szczególnej regulacji dotyczącej repatriacji zwłok, będą więc podlegać zasadom ogólnym. Może zatem się zdarzyć, choć w tym kontekście jest to mało prawdopodobne, że mimo deakcesji minister właściwy do spraw kultury odmówi zgody na stały wywóz ze względu na szczególne znaczenie danego dobra kultury dla dziedzictwa kulturowego⁶⁴. Należy też pamiętać, że w przypadku szczątków będących zabytkami archeologicznymi prawo własności może przysługiwać wyłącznie Skarbowi Państwa lub, wyjątkowo, muzeum, w którego depozycie się znajdują⁶⁵. Przepis ten nie przewiduje wyjątków w zakresie repatriacji szczątków – zabytków archeologicznych. O ile pojawiające się i zapewne nieliczne sprawy repatriacyjne da się chyba rozwiązać przy właściwym, przyjaznym stronom, stosowaniu przepisów, o tyle należałoby zapostulować wprowadzenie zasad dokonywania repatriacji szczątków *de lege ferenda*. Ramy tego artykułu nie pozwalają na przedstawienie całościowej propozycji, wydaje się jednak, że procedura ta powinna przebiegać na drodze koncyliacyjnej, z udziałem zainteresowanych podmiotów: muzeum, społeczności, do której ma nastąpić repatriacja, oraz ministra właściwego do spraw kultury. Proces ten mógłby się kończyć ugodą, której zawarcie obligowałoby ministra do wydania zgody na wywóz szczątków na stałe.

WNIOSKI

Podsumowując dotychczasowe rozważania, możemy stwierdzić, że repatriacja szczątków ludzkich do społeczności pochodzenia staje się stopniowo uznaną zasadą prawa dziedzictwa kulturowego. Jak każda zasada jest ona obwarowana kilkoma warunkami, jak istnienie społeczności uprawnionej do zwrotu, religijne

⁶³ Art. 43 ust. 1 u.r.n.d.k.

⁶⁴ Art. 52 ust. 1 ustawy z 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2022 r. poz. 840 ze zm.) dalej: u.o.z.

⁶⁵ Art. 35 ust. 1 u.o.z. Szerzej zob. K. Zalaśńska, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami: komentarz*, komentarz do art. 35 (Legalis 2020).

lub kulturowe uzasadnienie zwrotu czy gwarancja należytego pochówku po repatriacji. Jak się wydaje, można także mówić o pewnej gradacji naszego stosunku do szczątków ludzkich będących jednocześnie dobrami kultury, uwzględniającej sposób ich pozyskania, przeznaczenie czy to, jak dana społeczność traktuje ich eksponowanie lub wykorzystywanie do celów badawczych. Z perspektywy polskiej widać, że nasz system ochrony dziedzictwa kulturowego jest przygotowany do repatriacji szczątków ludzkich, jednakże przydatne byłoby wprowadzenie rozwiązań systemowych dotyczących identyfikacji muzealiów podlegających potencjalnie zwrotowi i wprowadzenie zmian w przepisach wywozowych ułatwiających repatriację. Niezależnie od tego, że zapewne chodzi tu o niewielką liczbę obiektów.

Tekst powstał w ramach realizacji grantu NCN OPUS 35 Prawne formy zarządzania dziedzictwem kulturowym w Europie w perspektywie prawnoporównawczej, nr projektu UMO-2019/35/B/HS5/02084

ABSTRACT

mgr Natalia Lichwa

A graduate of legal studies at the Faculty of Law and Administration of the University of Opole and first-cycle studies in the field of Artistic Education in the discipline of fine arts at the Faculty of Art of the University of Opole.

dr hab. Piotr Stec

Professor of the University of Opole, research and teaching employee at the Institute of Legal Sciences of the University of Opole. Attorney at law.

Repatriation of human corpses and remains as a problem of cultural heritage law

The paper analyses the legal issues connected with human remains in museum collections. In the case of these particular exhibits, it is necessary to reconcile the interests of the communities to which the deceased whose remains are displayed belonged with the need to protect cultural heritage, and with the freedom of scientific research. The text examines methods of repatriating remains from museums to their countries of origin, identifies issues arising from the potential repatriation of remains from Polish museums, and proposes courses of action towards establishing repatriation rules for remains that may be located within the territory of Poland.

Keywords: *cultural heritage, human remains, repatriation*

mgr Natalia Lichwa

Absolwentka studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego oraz studiów I stopnia na kierunku Edukacja artystyczna w zakresie sztuk plastycznych na Wydziale Sztuki Uniwersytetu Opolskiego.

dr hab. Piotr Stec, prof. UO

Profesor Uniwersytetu Opolskiego, pracownik badawczo-dydaktyczny w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Opolskiego. Radca prawny.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Abdulahi Safia, *Cornell Returns Ancestral Remains to Oneida Nation*, „Inside Higher Education”, https://www.insidehighered.com/quick-takes/2023/02/23/cornell-returns-ancestral-remains-oneida-nation?fbclid=IwAR3E9YdA9vLgh6dXoolnHO6KKdkkmWMoumznuW-RY_JzawmslypUm3tghq9w, dostęp: 12.06.2023 r.

Aly Götz, Chroust Peter, Pross Christian, *Cleansing the Fatherland, Nazi medicine and racial hygiene*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1994

Code of Ethics – World Archaeological Congress, <https://worldarch.org/code-of-ethics/>, dostęp: 10.06.2023 r.

Dockrill Peter, *The Skeleton of Infamous Nazi Doctor Josef Mengele Is Now a Teaching Aid For Medical Students*, „ScienceAlert”, <https://www.sciencealert.com/the-skeleton-of-infamous-nazi-doctor-josef-mengele-is-now-a-teaching-aid-for-medical-students>, 12.01.2017 r., dostęp: 4.06.2023 r.

Dziuban Zuzanna, *Muzeum-ementarz. Kilka uwag o (infra)strukturalnej przemocy*, „Teksty Drugie”, 2020, t. 4, DOI: 10.18318/td.2020.4.5

Efforts to Protect and Repatriate Native American Cultural Items and Human Remains | U.S. GAO, <https://www.gao.gov/blog/efforts-protect-and-repatriate-native-american-cultural-items-and-human-remains>, dostęp: 12.06.2023 r.

Elon Amos, *Death for Sale: Masks, an Attempt about Shoah*, New York Review of Books, November 20, 1997

Fiejdasz-Buczek Lidia, *Pojęcie relikwii oraz kanoniczne rozpoznanie, przeniesienie i konserwacja doczesnych szczątków sług Bożych według instrukcji Kongregacji Spraw Kanonizacyjnych z 8.12.2017 roku*, DOI: 10.18290/rnp.2018.28.3-12

Garsha Jeremiah, *Expanding Vergangenheitsbewältigung? German Repatriation of Colonial Artefacts and Human Remains*, DOI: 10.1080/14623528.2019.1633791

Gombin Krzysztof, *Pośmiertne peregrynacje Stanisława I Leszczyńskiego. Z dziejów poglądów na szczątki królewskie jako pamiątkę narodową i obiekt muzealny*, „Roczniki Humanistyczne” 2000/4

- Hildebrandt Sabine, Redies Christoph**, *Anatomie im Nationalsozialismus*, „Deutsche Arzteblatt” 2012/109
- Horst Christoph, Hagens Rurik, Sora Constantin-Mircea, Henry Robert**, *History and development of plastination techniques*, „Anatomia, Histologia, Embryologia” 2019/6, DOI: 10.1111/ah.e.12497
- <https://www.abc.net.au/news/anna-kelsey-sugg/9833124>, <https://www.abc.net.au/radionational/marc-fennell/3010492>, *Sarah Baartman was taken from her home in South Africa and sold as a „freak show”. This is how she returned*, „ABC News” 2021, <https://www.abc.net.au/news/2021-11-17/stuff-the-british-stole-sarah-baartman-south-africa-london/100568276>
- Jaffe Logan, Hudetz Mary, Ngu Ash, Brewer Graham Lee**, *America’s Biggest Museums Fail to Return Native American Human Remains*, „ProPublica”, <https://www.propublica.org/article/repatriation-nagpra-museums-human-remains>, 11.01.2023 r., dostęp: 12.06.2023 r.
- Jagielska-Burduk Alicja**, *Cultural Heritage Forms: Legal Challenges* (w: *Cultural Heritage as a Legal Hybrid*, Cham 2022)
- Keenan Thomas, Weizman Eyal**, *Mengele’s skull: the advent of a forensic aesthetics*, Berlin 2012
- La Vénus hottentote: Entre Barnum et Muséum*, red. C. Blanckaert, Publications scientifiques du Muséum 2013
- Muzeum Medycyny Sądowej, Katedra i Zakład Medycyny Sądowej – Stowarzyszenie Muzeów Uczelnianych*, <https://muzeauczelniane.pl/13936-2/>, dostęp: 4.06.2023 r.
- Native American Graves Protection and Repatriation Act (U.S. National Park Service)*, <https://www.nps.gov/subjects/nagpra/index.htm>, dostęp: 12.06.2023 r.
- Nieroba Elżbieta**, *Eksponowanie szczątków ludzkich w przestrzeni muzealnej*, „Kultura Popularna” 2012/4
- Noack Thorsten**, *Anatomical departments in Bavaria and the corpses of executed victims of National Socialism*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, DOI: 10.1016/j.aanat.2012.02.012
- O’Hara Coralie**, *Repatriation in Practice: A Critical Analysis of the Repatriation of Human Remains in New Zealand Museums*, (2012), <http://researcharchive.vuw.ac.nz/handle/10063/2415>
- Olszewski Marian**, *Straty i martyrologia ludności polskiej w Poznaniu, 1939–1945*, Poznań 1973
- Osobliwa pamiątka Wrocławia po Aleksandrze Fredrze – WP Wiadomości*, <https://wiadomosci.wp.pl/osobliwa-pamiatka-wroclawia-po-aleksandrze-fredrze-6027726834254465a>, dostęp: 11.06.2023 r.

- Radies Christoph, Fröber Rosemarie, Viebig Michael, Zimmermann Susanne**, *Dead bodies for the anatomical institute in the Third Reich: An investigation at the University of Jena*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, DOI: 10.1016/j.aanat.2011.12.004
- Sarah Baartman's story*, „Saartjie Baartman Centre for Women and Children”, <http://www.saartjiebaartmancentre.org.za/about-us/saartjie-baartmans-story/>, dostęp: 11.06.2023 r.
- Sprowadzenie szczątków Maurycyego Mochnackiego do Polski – Polonia* – Portal Gov.pl, „Polonia”, <https://www.gov.pl/web/polonia/sprowadzenia-szczatkow-maurycyego-mochnackiego-do-polski2>, dostęp: 11.06.2023 r.
- Stec Piotr**, *The Problem of Restitution of Cultural Goods and Archival Records in Light of the German Treaty on Good Neighbourliness and Friendly Cooperation Breakthrough and challenges: 20 years of the Polish-German Treaty on Good Neighbourliness and Friendly Relations*, red. W.M. Góralski, Warszawa 2011
- TVP, Ekspozycja wiedeńskiego muzeum, 1999, AIPN, BU 1300/63/CD/2
- Viebig Michael**, „(...) the cadaver can be placed at your disposition here.” – *Legal, administrative basis of the transfer of cadavers in the Third Reich, its traces in archival sources*, „Annals of Anatomy – Anatomischer Anzeiger” 2012/3, DOI: 10.1016/j.aanat.2012.02.005
- Vigeneron Sophie**, *The Repatriation of Human Remains in France: 20 Years of (Mal)practice*, „Santander Art. and Culture Law Review” 2020/2, DOI: 10.4467/2450050XSNR.20.022.13025
- Wawrzyńczak Aneta**, *Czaszki Polaków i Żydów oferują po umówionej cenie, Zbrodnia bez kary – śledztwo dziennikarzy Deutsche Welle, Wirtualnej Polski i Interii ujawnia powojenne kariery zbrodniarzy hitlerowskich*, „Obiektyw” 2022
- Weindling Paul**, „Cleansing” anatomical collections: *The politics of removing specimens from anatomical and medical collections 1988–92*, „Annals of anatomy – Anatomischer Anzeiger: official organ of the Anatomische Gesellschaft” 2012/3, DOI: 10.1016/j.aanat.2012.02.003
- Winkelmann Andreas**, *Repatriations of human remains from Germany – 1911 to 2019*, „Museum and Society” 2020/1, DOI: 10.29311/mas.v18i1.3232
- Wiśniewski Robert**, *The beginnings of the cult of relics*, Oxford 2019
- Zalasińska Katarzyna**, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami: komentarz*, Warszawa 2020
- Zink Albert**, *Der Mann aus dem Eis: Neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die Gletschermumie Ötzi*, „Biologie in unserer Zeit” 2020/6, DOI: 10.1002/biuz.202010719

Przeгляд orzecznictwa

Marek Antoni Nowicki

ŚRODKI DISCYPLINARNE WOBEC SĘDZIEGO ZA PUBLICZNĄ KRYTYKĘ REFORMY SĄDOWNICTWA

*Tuleya przeciwko Polsce [wyrok z 6.07.2023 r.,
Izba (Sekcja I), skargi nr 21181/19 i 51751/20]*

Igor Tuleya jest sędzią orzekającym od 1996 r. Jego sprawa dotyczyła nowego systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów, a w szczególności pięciu dyscyplinarnych dochodzeń wstępnych wszczętych przeciwko niemu w 2018 r. z podejrzeniem popełnienia wykroczeń dyscyplinarnych. Jedno z nich, dotyczące rzekomego niedozwolonego ujawnienia informacji z akt śledztwa, doprowadziło do wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego po uchyleniu immunitetu przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego (SN) i zawieszenia go na pewien czas w czynnościach sędziego. Postępowanie karne przeciwko I. Tulei, jak się wydaje, nadal toczy się, natomiast żadne dochodzenie wstępne nie doprowadziło do wszczęcia wobec niego postępowania dyscyplinarnego.

W skardze do Trybunału, z powołaniem się na art. 6 ust. 1 Konwencji, sędzia I. Tuleya zarzucił, że Izba Dyscyplinarna SN, która orzekała o uchyleniu immunitetu i zawiesiła go w czynnościach sędziego, nie spełniała wymagań „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą”. Twierdził również, że podjęte wobec niego środki oznaczały nękanie prawne i podanie w wątpliwość jego reputacji zawodowej jako sędziego z naruszeniem art. 8 Konwencji i stanowiły zemstę za jego publiczną krytykę działań władz uderzającą w niezawisłość sędziowską z naruszeniem art. 10 Konwencji. W jego ocenie działania takie nie tylko miały zniechęcić go i zastraszyć, ale również objąć kontrolą sędziów. Ostatni zarzut dotyczył braku środka prawnego umożliwiającego mu reakcję na zamach KRS na jego prawo do prywatności (art. 13 Konwencji).

W związku z zarzutem na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji Trybunał przypominał, że zasady ogólne dotyczące zakresu oraz znaczenia koncepcji „sądu ustanowionego ustawą” zostały przyjęte w wyroku Wielkiej Izby *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia* (z 1.12.2020 r.). W tym samym wyroku Trybunał wypracował test progowy, na który składają się trzy kryteria traktowane łącznie, mające służyć ustaleniu, czy nieprawidłowości w konkretnej procedurze powołań sędziowskich były na tyle poważne, że prowadziły do naruszenia prawa do sądu ustanowionego ustawą oraz czy władze państwowe zapewniły równowagę konkurujących ze sobą zasad.

W tej sprawie zarzucone naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” dotyczyło Izby Dyscyplinarnej SN, która postanowiła uchylić immunitet skarżącego. Zdaniem skarżącego sędziowie tej Izby zostali powołani przez Prezydenta RP na podstawie wniosku nowej KRS z wyraźnym naruszeniem prawa krajowego w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie Trybunału.

Trybunał już wcześniej, w wyroku w sprawie *Reczkowicz v. Polska* (z 22.07.2021 r.), zbadał, czy fakt, że sprawa została rozpatrzona przez Izbę Dyscyplinarną SN, doprowadził do naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” w świetle trzystopniowego testu z wyroku *Guðmundur Andri Ástráðsson*.

W pierwszym etapie tego testu Trybunał w tamtej sprawie uznał, że doszło do wyraźnego naruszenia prawa krajowego, proces powołań sędziowskich do Izby Dyscyplinarnej był bowiem wadliwy z powodu udziału w nim KRS, a więc ciała, które nie jest niezależne od ustawodawcy i władzy wykonawczej. Trybunał wziął pod uwagę w szczególności przekonujące i mocne argumenty SN zawarte w wyroku z 5.12.2019 r. (nr III PO 7/18) oraz w uchwale połączonych Izb SN z 23.01.2020 r. oraz wnioski tego sądu, że procedura powołań do Izby Dyscyplinarnej była sprzeczna z prawem. Ich podstawą była dokładna i staranna ocena odpowiednich przepisów prawa polskiego z perspektywy fundamentalnych standardów Konwencji i prawa UE oraz wytycznych TSUE i orzecznictwa.

W związku z tym, z wielu powodów wskazanych w wyroku, Trybunał nie został przekonany, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.04.2020 r. (nr U 2/20), na który powoływał się rząd, pozbawił uchwałę Sądu Najwyższego znaczenia lub skutków dla orzeczenia przez Trybunał na tle art. 6 ust. 1 w kwestii, czy doszło do „wyraźnego naruszenia prawa krajowego”.

W drugim etapie Trybunał w wyroku *Reczkowicz* orzekł, że na podstawie ustawy nowelizującej z 2017 r., która pozbawiła sądownictwo prawa do wyboru członków sędziowskich KRS – prawa posiadanego przez nie na podstawie wcześniejszego ustawodawstwa i uznanego przez standardy międzynarodowe – władza ustawodawcza i wykonawcza osiągnęły decydujący wpływ na skład KRS. Ustawa ta w praktyce usunęła wcześniejszy system reprezentacji, ale również gwarancje niezależności sądownictwa w tym zakresie.

Trybunał doszedł do wniosku, że naruszenie prawa krajowego, wynikające z nieprzestrzegania zasady podziału władz i niezależności sądownictwa, w sposób naturalny osłabiło procedurę powołań, w rezultacie bowiem przedstawienie

kandydatów do Izby Dyscyplinarnej – warunek *sine qua non* powołania przez prezydenta RP – zostało powierzone KRS – ciału pozbawionemu wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Procedura powołania sędziów wskazująca na niewłaściwy wpływ władzy ustawodawczej i wykonawczej na powołania sędziów była *per se* niezgodna z art. 6 ust. 1 Konwencji i jako taka oznaczała zasadniczą nieprawidłowość, negatywnie wpływając na cały proces oraz narażając na szwank legalność sądu składającego się z sędziów w ten sposób powołanych.

W trzecim etapie Trybunał stwierdził, że w prawie polskim nie było procedury umożliwiającej skarżącemu kwestionowanie zarzuconych braków w procesie powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej SN.

W wyroku *Reczkowicz* Trybunał stwierdził w konkluzji, że doszło do wyraźnego naruszenia prawa krajowego, mającego negatywny wpływ na fundamentalne zasady procedury powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej SN, nastąpiło ono bowiem na podstawie wniosku KRS, utworzonej na podstawie ustawy nowelizującej z 2017 r., a więc ciała, które przestało oferować wystarczające gwarancje niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Nieprawidłowości w procesie powołań narażały na szwank legalność Izby Dyscyplinarnej w stopniu, który – w rezultacie z natury wadliwej procedury powołań sędziowskich – oznaczał, że była i nadal jest pozbawiona atrybutów „sądu” możliwego do uznania za „zgodny z prawem” dla celów art. 6 ust. 1. W ten sposób została naruszona istota tego prawa.

W rezultacie oceny ogólnej na podstawie opisanego trzystopniowego testu w sprawie *Reczkowicz* Trybunał orzekł, że Izba Dyscyplinarna SN nie była „sądem ustanowionym ustawą”, i stwierdził naruszenie w tym zakresie art. 6 ust. 1 Konwencji.

W niniejszej sprawie rząd kwestionował wnioski z wyroku *Reczkowicz*. Powołał się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10.03.2022 r. (nr K 7/21), który orzekł, że art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji, zgodnie z jego interpretacją przez Trybunał, jest niezgodny pod wieloma względami z szeregiem postanowień polskiej Konstytucji. Rząd twierdził, że wymieniony wyrok Trybunału Konstytucyjnego spowodował, że wyroki Trybunału w sprawach *Broda i Bojara*, *Reczkowicz*, *Dolińska-Ficek i Ozimek* oraz *Advance Pharma sp. z o.o.* nie posiadały cech przewidzianych w art. 46 Konwencji. Trybunał już wcześniej rozpatrzył sformułowane w podobny sposób argumenty rządu w sprawie *Juszczyszyn* i odrzucił je. Podstawy przyjętych tam przez Trybunał wniosków istnieją nadal, nie było więc potrzeby ich ponownego szczegółowego przytoczenia.

W podsumowaniu i z tych samych względów co w sprawach *Reczkowicz* i *Juszczyszyn* Trybunał orzekł, że Izba Dyscyplinarna SN, która zajmowała się sprawą skarżącego, nie była „sądem ustanowionym ustawą”. Poza tym na pytanie, czy nieprawidłowości te narażyły również na szwank niezawisłość i bezstronność tego samego sądu, Trybunał udzielił już wcześniej odpowiedzi twierdzącej i w rezultacie kwestia ta nie wymagała dalszego badania.

W rezultacie nastąpiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji w odniesieniu do prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą (sześć do jednego).

W części dotyczącej zarzutu na tle art. 8 Konwencji Trybunał w pierwszej kolejności musiał zająć się kwestią, czy miał on zastosowanie. Uznał, wbrew twierdzeniom rządu, że ze względu na długość okresu trwania rozmaitych negatywnych skutków wszczętego wobec skarżącego dochodzenia wstępnego w związku z jego wnioskiem o wydanie przez TSUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak również uchylenia immunitetu i zawieszenia skarżącego w czynnościach służbowych, zarzucone działania bardzo negatywnie wpłynęły na jego życie prywatne i w rezultacie miał do nich zastosowanie art. 8 Konwencji.

Jak ustalono powyżej, wszczęcie dochodzenia wstępnego w sprawie wniosku skarżącego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, podobnie jak uchylenie immunitetu i zawieszenie w czynnościach sędziego, miały bardzo znaczny negatywny wpływ na jego życie prywatne, stanowiły więc ingerencję w jego prawo do poszanowania życia prywatnego.

Przy ocenie, czy ingerencja była „przewidziana przez ustawę”, Trybunał przypomniał zasady ogólne obowiązujące w tym zakresie. Po pierwsze, zarzucony środek musi mieć podstawę w prawie krajowym, a poza tym istnieje obowiązek przestrzegania jego regulacji materialnych i proceduralnych.

Poza tym istotna jest jakość prawa wchodzącego w grę. Musi ono być zgodne z rządami prawa, dostępne dla osoby wchodzącej w grę i umożliwić jej przewidzenie skutków jego stosowania. Z tego m.in. wynika, że prawo krajowe musi być wystarczająco przewidywalne, dając jednostce odpowiednie wskazówki dotyczące okoliczności i warunków, w jakich władze mogą sięgać po środki dotykające jego praw na podstawie Konwencji.

Ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego musi więc być oparta na „prawie” zawierającym właściwe gwarancje zabezpieczające przed arbitralnością. Musi ono zapewnić, aby władza wykonawcza korzystała ze swojej swobody zgodnie z prawem i bez nadużyć. Zabezpieczenia wymagane na podstawie art. 8 zależne są, przynajmniej w pewnym stopniu, od natury i zakresu ingerencji.

Dochodzenie wstępne dotyczące wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) złożonego przez skarżącego w sprawie karnej, w której orzekał, zostało wszczęte, zastępca rzecznika dyscyplinarnego uważał bowiem, że doszło do tego z naruszeniem art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Zostało ono zamknięte w bliżej nieokreślonym czasie. Skarżący nie został poinformowany o tym fakcie i nie zostały mu postawione zarzuty dyscyplinarne.

Trybunał nie mógł się nie zgodzić z wnioskiem TSUE, że ingerencja w formie dochodzenia wstępnego w związku z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym była sprzeczna z art. 267 TFUE. Wniosek ten był równoznaczny z uznaniem, że art. 114 ust. 1 ustawy z 2001 r. zastosowany w sprawie skarżącego

był niezgodny z art. 267 TFUE, w sytuacji gdy art. 91 ust. 2 Konstytucji przewidywa, że umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, taka jak TFUE, ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Z tego wynikało, że ingerencja w prawo skarżącego do poszanowania życia prywatnego nie była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 Konwencji.

W związku z uchwałą Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. Trybunał stwierdził, że nawet jeśli decyzja o uchyleniu immunitetu skarżącego miała podstawę ustawową, należało ustalić, czy była zgodna z prawem dla celów Konwencji, a w szczególności czy zastosowane regulacje były przewidywalne i zgodne z rządami prawa.

Trybunał przypomniał, że wcześniej uznał na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji, że uchwała umożliwiająca odpowiedzialność karną skarżącego i jego zawieszenie została wydana przez ciało, którego nie można było uznać za „sąd” dla celów Konwencji, mimo wyraźnych wymagań art. 181 i art. 180 ust. 2 Konstytucji, aby decyzje tego rodzaju zostały podjęte przez sąd. Zarzucona ingerencja nie mogła więc być uznana za zgodną z prawem w rozumieniu art. 8 Konwencji, nie była bowiem oparta na „prawie” przyznającym skarżącemu właściwe gwarancje chroniące przed arbitralnością. Sam ten wniosek wystarczyłby do stwierdzenia przez Trybunał, że zarzucona ingerencja nie była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 Konwencji. Trybunał uznał jednak za właściwe zająć się tym zarzutem szerzej i ustalić, czy zostały również spełnione wymagania „jakości prawa”.

W dalszej kolejności Trybunał dokonał analizy, czy skarżący mógł przewidzieć możliwość uznania przez Izbę Dyscyplinarną ustnych motywów swojej decyzji z 18.12.2017 r. za powód do uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 241 ust. 1 k.k. Rząd twierdził, że uchwała Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. była zgodna z prawem, ustawa z 2001 r. przewidywała bowiem w takim przypadku uchylenie immunitetu sędziego umożliwiający jego odpowiedzialność karną.

W ocenie Trybunału odpowiedzialność karna lub jej zagrożenie w związku z działaniem związanym z wykonywaniem obowiązków sędziowskich należy uważać za środek wyjątkowy i wymagający restrykcyjnej interpretacji, z uwagi na zasadę niezawisłości sędziowskiej. Trybunał wskazał rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy skierowaną do państw członkowskich, aby interpretacja prawa, ustalenia dotyczące faktów lub ocena dowodów przez sędziów nie rodziły odpowiedzialności karnej, z wyjątkiem przypadków złośliwości.

Trybunał odnotował, że Izba Dyscyplinarna w uchwale z 18.11.2020 r. wykluczyła jakiegokolwiek realne zagrożenie dla interesu publicznego ustnego uzasadnienia przez skarżącego swojej decyzji. Izba Dyscyplinarna zauważyła również, że przy ocenie, czy istniało uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, wymagane jest również badanie stopnia szkodliwości społecznej zarzucanego czynu. Czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma, zgodnie

z art. 1 ust. 2 k.k. nie stanowi przestępstwa. Izba Dyscyplinarna w wymienionej uchwale nie zajęła się jednak tą kwestią. Nie wyjaśniła tego faktu, chociaż zgodnie z prawem polskim element ten jest jednym ze znamion przestępstwa.

W związku z tym Trybunał wskazał, że Izba Dyscyplinarna w uchwale z 22.04.2021 r. oddaliła w pierwszej instancji wniosek prokuratora o zgodę na zatrzymanie skarżącego. W tej decyzji doszła do ustaleń, które w kwestii uzasadnionego podejrzenia różniły się pod wieloma względami od zawartych w jej uchwale z 18.11.2020 r. Uznała, że stopień szkodliwości społecznej działań skarżącego był niewątpliwie znikomy. Wskazała na brak jakichkolwiek ich negatywnych skutków oraz podkreśliła motywy skarżącego w sprawie, która wywołała duże publiczne spory i odnosiła się do kwestii przejrzystości w życiu publicznym. W ocenie Izby prokurator Prokuratury Krajowej nie wskazał, jakie konkretne informacje miały być ujawnione przez skarżącego, chociaż miało to kluczowe znaczenie dla odpowiedzialności karnej. Podkreśliła, że wszelkie uznaniowe ograniczenia zakresu ustnego uzasadnienia sądu w publicznym postępowaniu prowadziłyby do zanegowania jego funkcji kontrolnej. Poza tym nie było podstaw do uznania, że skarżący działał z zamiarem ujawnienia informacji objętych tajemnicą śledztwa. Później Izba Odpowiedzialności Zawodowej SN orzekła, że działania skarżącego nie zawierały znamion przestępstwa z art. 241 k.k.

Trybunał ze swojej strony nie mógł dostrzec w działaniu skarżącego żadnego przejawu złej woli.

Trybunał podkreślił, że sprawę skarżącego należało oceniać w kontekście ogólnym reorganizacji sądownictwa w Polsce. W wyroku w sprawie *Grzęda v. Polska* (z 15.03.2022 r.) odnotował, że cały ciąg wydarzeń w Polsce żywo pokazał, że kolejne reformy sądowe miały na celu osłabienie niezawisłości sędziowskiej, poczynając od poważnych nieprawidłowości przy wyborze sędziów Trybunału Konstytucyjnego w grudniu 2015 r., a następnie przez przebudowę KRS i powołanie do życia nowych izb Sądu Najwyższego, przy jednoczesnym rozszerzeniu kontroli ministra sprawiedliwości nad sądami i wzmocnieniu jego roli w sprawach dyscyplinarnych sędziów. Wielka Izba w sprawie *Grzęda* zauważyła, że w rezultacie kolejnych reform sądownictwo – autonomiczna gałąź władzy państwowej – zostało narażone na ingerencję władzy wykonawczej i ustawodawczej i w rezultacie poważnie osłabione.

Przy badaniu zarzutu na podstawie art. 8 Trybunał musi zawsze pamiętać o niezawisłości sędziowskiej, jako podstawowym warunku rządów prawa. Potwierdził, że musi zwracać szczególną uwagę na ochronę sędziów przed środkami mogącymi stanowić zagrożenie dla ich niezawisłości sędziowskiej i autonomii, biorąc pod uwagę ważne miejsce sądownictwa wśród organów państwa w społeczeństwie demokratycznym i znaczenie podziału władz oraz konieczność ochrony niezależności sądownictwa. System Konwencji nie może właściwie funkcjonować bez niezawisłych sędziów. Zadanie państw Konwencji zapewnienia niezawisłości sędziowskiej ma więc kluczowe znaczenie.

Okoliczności niniejszej sprawy należało widzieć w kontekście ogólnym. Skarżący jest jednym z najbardziej otwartych krytyków reform sądownictwa w Polsce. W 2018 r. rzecznik dyscyplinarny i jego zastępcy – wszyscy powołani przez ministra sprawiedliwości będącego równocześnie prokuratorem generalnym – poddali działania skarżącego intensywnej kontroli, wszczynając pięć dochodzeń wstępnych. Ponadto w styczniu 2018 r. Prokuratura Krajowa wszczęła postępowanie w sprawie rzekomego niedozwolonego ujawnienia przez niego informacji ze śledztwa. Na potrzeby tego śledztwa prokurator wystąpił o uchylenie immunitetu skarżącego. W związku z tymi faktami Trybunał odnotował oświadczenie ministra sprawiedliwości/prokuratora generalnego – hierarchicznego przełożonego wszystkich prokuratorów – wydane w ślad za uchwałą Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r., w którym stwierdził, że „Sędzia Tuleya w sposób oczywisty złamał literę prawa (...) i, jeśli poważnie traktujemy zasadę równości przed prawem, każdy za złamanie normy karnej musi liczyć się z pociągnięciem do odpowiedzialności”.

Z tych względów oraz w świetle znacznych różnic między ustaleniami Izby Dyscyplinarnej i Izby Odpowiedzialności Zawodowej w kwestii istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa Trybunał uznał, że interpretacja art. 241 ust. 1 k.k. przez Izbę Dyscyplinarną w jej uchwale z 18.11.2020 r. była niemożliwa do przewidzenia. Skarżący nie mógł przewidzieć, że przedstawione 18.12.2017 r. na rozprawie ustne motywy jego decyzji mogły doprowadzić do uchylenia immunitetu i zawieszenia w czynnościach sędziego. W rezultacie nie został spełniony wymóg przewidywalności, a to oznaczało, że zarzucona ingerencja nie była „przewidziana przez ustawę”.

W tej sytuacji Trybunał nie musiał badać, czy realizowała ona któryś z uprawnionych celów, o których mowa w art. 8 ust. 2, i czy była konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Doszło więc do naruszenia art. 8 Konwencji (sześć do jednego).

W części dotyczącej art. 10 Konwencji Trybunał przypomniał, że w swojej pierwszej skardze (nr 21181/19) skarżący, zarzucając naruszenie z powodu wszczęcia przeciwko niemu przez rzecznika dyscyplinarnego różnych dochodzeń wstępnych, powołał się na art. 8 Konwencji. Trybunał postanowił jednak z własnej inicjatywy zakomunikować rządowi ten zarzut na podstawie art. 10 Konwencji. W drugiej skardze (nr 51751/20) skarżący twierdził, z powołaniem się na art. 10, że decyzja Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. o uchyleniu immunitetu i zawieszeniu go w czynnościach sędziego oznaczała naruszenie tego artykułu.

Trybunał wielokrotnie potwierdzał w swoim orzecznictwie zastosowanie art. 10 Konwencji do ogółu funkcjonariuszy publicznych, w tym do sędziów. W sprawach postępowań dyscyplinarnych przeciwko sędziom albo dotyczących ich odwołania lub powołania należy ustalić, czy zarzucony środek oznaczał ingerencję w korzystanie z wolności wypowiedzi – albo czy miał wyłącznie negatywny wpływ na korzystanie z prawa do pełnienia funkcji publicznej w wy-

miarze sprawiedliwości, które nie jest chronione w Konwencji. Ocena w tym zakresie musi uwzględniać konkretne fakty i przepisy wchodzące w grę.

W sprawach, w których zarzucone środki były wyłącznie lub głównie rezultatem korzystania przez skarżącego z wolności wypowiedzi, Trybunał uznawał, że doszło do ingerencji w prawo na podstawie art. 10 Konwencji. W innych – w których uważał, że odnosiły się one głównie do zdolności skarżącego do wykonywania określonych obowiązków zawodowych – uważał, że ingerencja na podstawie art. 10 nie miała miejsca. W swojej analizie bierze pod uwagę racje władz, musi jednak w sposób niezależny oceniać wszystkie dowody, w tym wnioski wynikające z całości faktów i przedłożeń stron. W szczególności nie może oceniać istotnych faktów w izolacji, ale jako sekwencję zdarzeń traktowanych jako całość.

Ponadto, o ile istnieją jakiegokolwiek dowody na pierwszy rzut oka (*prima facie*) na poparcie wersji skarżącego i wskazujące na związek przyczynowy między zarzucenymi środkami i wolnością wypowiedzi, do rządu należy udowodnienie, że zostały one podjęte z innych powodów, niż wskazuje skarżący.

Wśród środków stanowiących ingerencję w jego sprawie skarżący wskazał kilka dochodzeń wstępnych wszczętych przez rzecznika dyscyplinarnego oraz uchwałę Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. o uchyleniu mu immunitetu i zawieszającą go w czynnościach sędziego. Z dochodzeń wstępnych trzy były istotne dla oceny na podstawie art. 10 Konwencji – dochodzenie w sprawie wywiadu skarżącego w kanale telewizyjnym TVN24 17.07.2018 r. i dwa dotyczące udziału skarżącego w spotkaniach publicznych w Gdańsku i Lublinie 28 i 30.09.2018 r.

Skarżący, jako sędzia oraz członek Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia, wielokrotnie publicznie wyrażał swoje poglądy lub komentował w mediach reformy systemu sądownictwa i ich wpływ na funkcjonowanie sądów. Krytykował rozmaite ich aspekty jako niezgodne z Konstytucją, prawem UE i Konwencją oraz podkreślał wynikające z nich zagrożenia dla rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej.

Dochodzenia wstępne wszczęte przez rzecznika dyscyplinarnego dotyczyły wypowiedzi skarżącego i były zasadniczo rezultatem korzystania przez skarżącego z wolności wypowiedzi.

W związku z decyzją Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. Trybunał podkreślił, że skarżący był wśród polskich sędziów jednym z najaktywniejszych i otwartych krytyków reform rządowych dotyczących sądownictwa. Dowodem szczególnego zainteresowania władz jego działalnością było wszczęcie w związku z nią pięciu różnych dyscyplinarnych dochodzeń wstępnych. Dwa z nich były związane z wykonywaniem przez niego czynności sędziego i z tego powodu budziły szczególny niepokój z punktu widzenia ochrony niezawisłości sędziowskiej. Pierwsze dotyczyło zarzutu niedozwolonego ujawnienia w trakcie publicznej rozprawy w dniu 18.12.2017 r. informacji ze śledztwa w ustnych motywach decyzji, a drugie – wniosku do TSUE o wydanie orzeczenia w trybie

prejudycjalnym. Żadne z nich nie doprowadziło do postawienia skarżącemu zarzutów dyscyplinarnych. Z nagromadzenia tych dochodzeń w krótkim okresie (sierpień–październik 2018 r.) można było wywnioskować, że władze usiłowały stworzyć wokół skarżącego negatywną atmosferę i usiłowały ten stan przedłużyć, skarżący nie został bowiem poinformowany o zamknięciu wymienionych dochodzeń, pozostając w stanie niepewności.

W dniu 10.01.2018 r. Prokuratura Krajowa wszczęła śledztwo karne w sprawie zarzutu niedozwolonego ujawnienia przez skarżącego informacji ze śledztwa. W tym miejscu Trybunał odnotował związany z tą sprawą komentarz posła reprezentującego większość parlamentarną, który domagał się wszczęcia przeciwko skarżącemu postępowania przed Izbą Dyscyplinarną SN z powodu jego stronniczości i orzekania motywowanego politycznie.

Działania prowadzące do uchylenia immunitetu i zawieszenia skarżącego zostały podjęte przez prokuratorów Prokuratury Krajowej bezpośrednio podległych prokuratorowi generalnemu, a stosowna uchwała została wydana przez Izbę Dyscyplinarną SN, w odniesieniu do której Trybunał już wcześniej uznał, że nie spełniała wymagań sądu „niezawisłego i bezstronnego ustanowionego ustawą” przewidzianych przez art. 6 ust. 1 Konwencji.

W ocenie Trybunału istniały podstawy do uznania, że działanie władz, którego kulminacją była uchwała Izby Dyscyplinarnej SN z 18.11.2020 r., można było potraktować jako ukrytą sankcję za korzystanie przez skarżącego z wolności wypowiedzi. Istniały dowody, na pierwszy rzut oka, związku przyczynowego między korzystaniem przez skarżącego z wolności wypowiedzi a uchwałą Izby Dyscyplinarnej SN o uchyleniu immunitetu i zawieszeniu w czynnościach sędziego.

Wniosek ten znajdował wsparcie w wielu dokumentach przedstawionych przez skarżącego wskazujących na powszechne postrzeganie, że taki związek przyczynowy istniał. Były to nie tylko artykuły z prasy polskiej i międzynarodowej, ale również raporty przyjęte przez Komitet Monitorujący i Komitet Spraw Prawnych i Praw Człowieka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. Trybunał powołał się również na raport Centrum Praw Człowieka Amerykańskiego Stowarzyszenia Adwokatów.

Rząd twierdził, że zarzucone środki, a więc trzy dochodzenia wstępne wszczęte przez rzecznika dyscyplinarnego i uchwała Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r. o uchyleniu immunitetu i zawieszeniu w czynnościach sędziego, nie miały związku z korzystaniem przez skarżącego z wolności wypowiedzi albo stanowiły środki o neutralnym charakterze mające zastosowanie do wszystkich sędziów. Kontekst tej sprawy nie pozwalał jednak Trybunałowi uznać tych racji za przekonujące lub wsparte konkretnymi dowodami. Zgodził się więc ze skarżącym, że powodem działań władz były poglądy i publiczna krytyka wyrażana przez skarżącego jako sędziego. Działania te stanowiły więc ingerencję w korzystanie z prawa do wolności wypowiedzi zagwarantowanego w art. 10 Konwencji.

W związku z kwestią, czy była ona „przewidziana przez ustawę”, Trybunał zajął się w pierwszej kolejności trzema dochodzeniami wstępnymi dotyczącymi wypowiedzi publicznych skarżącego na telewizyjnym kanale informacyjnym oraz podczas dwóch spotkań publicznych. Zastępca rzecznika dyscyplinarnego wszczął te dochodzenia w lipcu–sierpniu i październiku 2018 r. i w każdym z nich skarżący został wezwany do złożenia pisemnych wyjaśnień. Zakończyły się one w nieokreślonym czasie, a skarżący nie został o tym fakcie poinformowany i żadne zarzuty dyscyplinarne nie zostały mu postawione. Rząd twierdził, że wszczęto je z powodu przekroczenia granic niezawisłości sędziowskiej. Nie przedstawił jednak żadnych szczegółów.

Dochodzenia wstępne zostały wszczęte na podstawie art. 114 ust. 1 ustawy z 2001 r. Przy ocenie zgodności ingerencji z wymaganiami „jakości prawa” należało odpowiedzieć na pytanie, czy prawo krajowe zapewniało skarżącemu odpowiednie zabezpieczenia przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych w korzystanie z wolności wypowiedzi.

Rzecznik dyscyplinarny wszczął dochodzenia, aby ustalić wstępnie, czy zostały popełnione wykroczenia dyscyplinarne. W tym postępowaniu należało zapewnić skarżącemu minimalne gwarancje proceduralne, w szczególności prawo do bycia poinformowanym o zamknięciu tych dochodzeń. Przy braku minimalnych zabezpieczeń rzecznik dyscyplinarny może nadużywać tego środka i wywierać presję na konkretnego sędziego w związku z korzystaniem przez niego z wolności wypowiedzi. Możliwość taka może wywołać efekt mrożący, powstrzymujący przed korzystaniem z tej wolności.

Zarzucona ingerencja w wolność wypowiedzi skarżącego w tej części nie mogła więc być uznana za „przewidzianą przez ustawę” w rozumieniu art. 10 Konwencji.

W związku z uchwałą Izby Dyscyplinarnej SN z 18.11.2020 r. o uchyleniu immunitetu i zawieszeniu w czynnościach sędziego Trybunał już wcześniej – w kontekście zarzutu na podstawie art. 8 Konwencji – stwierdził, że została wydana przez ciało, którego nie można uznać za „sąd” dla celów Konwencji, mimo wyraźnych wymagań na podstawie art. 181 i art. 180 ust. 2 Konstytucji. Te same racje odnosiły się do zarzutu na podstawie art. 10 Konwencji.

Brak było poza tym wymaganych gwarancji proceduralnych mających zapobiec arbitralnemu stosowaniu wchodzącego w grę prawa materialnego. Uchwała o uchyleniu immunitetu skarżącego i jego zawieszeniu została podjęta przez Izbę Dyscyplinarną SN, która nie spełniała wymagań „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą”.

Podstawą zarzuconej ingerencji nie było „prawo” zapewniające skarżącemu właściwe zabezpieczenia przed arbitralnością. Z tego wynikało, że nie była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 10 Konwencji.

W tej sytuacji Trybunał nie musiał badać, czy realizowała ona którykolwiek z uprawnionych celów, o których mowa w art. 10 ust. 2, oraz czy była konieczna

w społeczeństwie demokratycznym. Trybunał postanowił jednak ustalić, czy istniał jakiś uprawniony cel.

Trybunał zauważył, że skarżący jest jednym z najbardziej emblematycznych przedstawicieli społeczności sędziowskiej w Polsce, który konsekwentnie broni rządów prawa i niezależności sądownictwa. Skarżący wyrażał swoje poglądy i krytykę reform systemu sądownictwa oraz ich skutków. Jego wypowiedzi nie wykraczały poza krytykę ze ściśle zawodowej perspektywy. Skarżący powołał się na zasadę sformułowaną ostatnio w orzecznictwie Trybunału, z której wynika, że ogólne prawo do wolności wypowiedzi sędziów na temat funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości może przekształcić się w odpowiadający mu obowiązek wypowiadania się w obronie rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej zawsze, gdy te fundamentalne wartości są zagrożone. Okoliczności tej sprawy wskazywały, że działania władz można było uznać za realizację strategii zastraszenia (lub nawet uciszenia) skarżącego w związku z jego poglądami w obronie rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej. Zarzucone środki niewątpliwie miały „efekt mrozący”, musiały bowiem zniechęcać nie tylko skarżącego, ale również innych sędziów do udziału w debacie publicznej na temat reform w sądownictwie, a w kategoriach bardziej ogólnych dotyczących jego niezależności.

Uchwała Izby Dyscyplinarnej z 18.11.2020 r., stanowiąca jeden z istotnych elementów ingerencji w prawo skarżącego do wolności wypowiedzi, doprowadziła do uchylenia mu immunitetu i zawieszenia w czynnościach sędziego w związku z działaniem nieodłącznym od obowiązków sędziowskich. Ze względu na ważne miejsce sądownictwa wśród organów państwa w społeczeństwie demokratycznym Trybunał potwierdził znaczenie ochrony sędziów przed działaniami zagrażającymi niezawisłości i autonomii sędziowskiej. W kontekście ogólnym i w okolicznościach niniejszej sprawy Trybunał nie mógł zgodzić się, że w drodze zarzuconej ingerencji rząd realizował którykolwiek z uprawnionych celów wymienionych w art. 10 ust. 2.

W rezultacie nastąpiło naruszenie art. 10 Konwencji na tej podstawie, że ingerencja nie była „przewidziana przez ustawę” i nie realizowała żadnego z uprawnionych celów (jednogłośnie).

Trybunał uznał, że w świetle wniosków na podstawie art. 8 nie było potrzeby odrębnego rozpatrywania zarzutu skarżącego na podstawie art. 13. Konwencji (jednogłośnie).

Polska musi zapłacić skarżącemu 30 tys. euro jako zadośćuczynienie za krzywdę moralną oraz zwrócić mu poniesione koszty i wydatki.

Sędzia z ramienia Polski prof. Krzysztof Wojtyczek złożył zdanie odrębne w części dotyczącej zarzutów skarżącego na podstawie art. 6 i 8 Konwencji. Uważał, że należało je odrzucić jako niedopuszczalne. Zgodził się natomiast z większością, że w okolicznościach tej sprawy nastąpiło naruszenie art. 10 Konwencji.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is a non-practicing advocate (District Bar Association in Warsaw), an international expert in the field of human rights. During the period of martial law in 1982, he was one of the founders of the underground Helsinki Committee in Poland and co-author of all its reports, including on human rights in Poland during martial law (Madrid Report). Co-founder of the Helsinki Foundation for Human Rights. From 1993 to 1999 he adjudicated at the European Commission of Human Rights in Strasbourg. From 2000 to 2005, he was the international Ombudsman in Kosovo, and from 2007 to 2016 was president of the UN Advisory Board on Human Rights in Kosovo.

**Disciplinary measures against a judge
for public criticism of judicial reform Tuleya v. Poland
[Judgment of 6.07.2023, Chamber (Section I),
complaints No. 21181/19 and 51751/20]**

Igor Tuleya has been an adjudicating judge since 1996. His case concerned the new system of disciplinary liability for judges, and in particular five preliminary disciplinary investigations initiated against him in 2018 on suspicion of having committed disciplinary offences. One of them, concerning the alleged unauthorized disclosure of information from the investigation files, led to the initiation of criminal proceedings against him after the waiver of his immunity by the Disciplinary Chamber of the Supreme Court (SN) and his suspension for some time from the activities of a judge. Criminal proceedings against I. Tuleya appear to be ongoing and no preliminary investigation has led to disciplinary proceedings against him.

Keywords: European Court of Human Rights, disciplinary measures, judiciary

Marek Antoni Nowickie-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem niewykonującym zawodu (Izba Adwokacka w Warszawie), ekspertem międzynarodowym w dziedzinie praw człowieka. W okresie stanu wojennego w 1982 r. jeden z założycieli podziemnego Komitetu Helsińskiego w Polsce i współautor wszystkich jego raportów, w tym o prawach człowieka w Polsce w stanie wojennym (Raport Madrycki). Współzałożyciel Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. W latach 1993–1999 orzekał w Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu. W latach 2000–2005 był międzynarodowym Rzecznikiem Praw Obywatelskich w Kosowie, a w latach 2007–2016 – prezesem Izby Doradczej ONZ ds. Praw Człowieka w Kosowie.

R Recenzje

Michał Bieniak

RECENZJA KSIĄŻKI *100 LAT ADWOKATURY ŚLĄSKIEJ (1922–2022)*, J. KUDELKO, KATOWICE 2023

Dobrym zwyczajem adwokatury i jej izb jest publikacja rocznicowych opracowań poświęconych historii poszczególnych izb adwokackich. Ideę tę należy ze wszech miar pochwalić. Historii adwokatury i poszczególnym jej aspektom poświęcono bowiem już wiele opracowań (w szczególności kompleksowe opracowanie autorstwa A. Redzika i T.J. Kotlińskiego¹), pojawiały się też w przeszłości prace prezentujące sylwetki wybranych wybitnych postaci palestry². Rocznicowe opracowania poświęcone historii poszczególnych izb adwokackich mają jednak inny cel i wzbogacają nasz zasób wiedzy o historię lokalną, przed-

stawiając m.in. sylwetki osób mniej znanych powszechnie, które jednak odcisnęły piętno na losach kolejnych adwokackich pokoleń jako członkowie organów samorządowych, patroni, działacze lokalnych społeczności.

W tę tradycję doskonale wpisuje się książka adwokata Jana Kudelki, wydana z okazji 100-lecia Izby Adwokackiej w Katowicach. W pracy tej autor podjął się żmudnego trudu zgromadzenia materiałów i w oparciu o nie – przedstawienia losów Izby, począwszy od jej utworzenia wkrótce po tym, jak na skutek bohaterskich powstań śląskich do Katowic weszły regularne jednostki Wojska Polskiego.

Jak można wywnioskować z wprowadzenia, nie mamy tutaj do czynienia wyłącznie z chłodną analizą historyka. Autor sam jest adwokatem Izby katowickiej (dzisiaj już niewykonującym zawodu), który aplikację rozpo-

¹ A. Redzik, T.J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, Warszawa 2012; zob. też: T.J. Kotliński, A. Redzik, M. Zaborski, *Historia ustroju Adwokatury Polskiej w źródłach*, Warszawa 2013.

² Np. Z. Krzemiński, *Sławni warszawscy adwokaci*, Kraków 2000.

czął jeszcze w 1970 r. Nie tylko więc badał on wydarzenia „mędrca szkiełkiem i okiem”, lecz niejednokrotnie sam w nich uczestniczył i poznał osobie opisywane przez siebie postaci. Oczywiście opis historii przez uczestnika zdarzeń może niekiedy rodzić ryzyko braku obiektywizmu, z drugiej jednak strony – pozwala zapoznać się z nią niejako „z pierwszej ręki”, co niewątpliwie stanowi dodatkowy walor tego rodzaju opracowań.

Przedstawiona tutaj praca obejmuje dwa wątki. Na pierwszym miejscu aspekt organizacyjny – zaprezentowane zostały zmiany w funkcjonowaniu organów Izby oraz najważniejsze wydarzenia w jej historii. Obok tego przedstawiono jednak również postaci wybranych wybitnych śląskich adwokatów.

Książka Jana Kudelki została wyraźnie rozdzielona na dwie części. Cezurą podziału jest okres II wojny światowej. Podział taki jest niewątpliwie słuszny. Dramat wojenny, a następnie przemiany polityczne, gospodarcze i prawne drastycznie zmieniły sytuację adwokatury. W tym kontekście można się zastanawiać, czy w tym i w innych tego typu opracowaniach nie należy wyróżnić już kolejnego okresu w dziejach adwokatury, a mianowicie historii adwokatury

(czy poszczególnych jej izb) po 1989 r. Nowe realia społeczno-gospodarcze postawiły i stawiają nadal przed naszym środowiskiem nowe wyzwania, istotnie odmienne od tych, z którymi mierzyło się ono wcześniej.

Tęgo podziału dotyczy też chyba jedynie zarzut, jaki mógłbym postawić recenzowanemu opracowaniu, przy czym zarzut ten można traktować jako postulat skierowany do innych badaczy. Autor jedynie szcątkowo dotknął bowiem zagadnienia dziejów śląskich adwokatów w okresie II wojny światowej, sygnalizując jednak, że większość spośród nich poniosła śmierć w tym okresie. Wydaje się, że ich wojenne losy (podobnie jak szerzej – losy polskich adwokatów), podobnie jak funkcjonowanie tajnych organów adwokatury w okresie okupacji (w tym przypadku Tajnej Śląsko-Krakowskiej Izby Adwokackiej), zasługują na szersze zainteresowanie historyków, zwłaszcza że – jak wiemy – wielu przedstawicieli naszego zawodu działało czynnie w strukturach Polskiego Państwa Podziemnego.

Ten brak nie może jednak zmniejszać pozytywnej oceny książki adw. Jana Kudelki. Może ona być bowiem cennym źródłem dla wszystkich zainteresowanych historią polskiej adwokatury.

adw. dr Michał Bieniak

redaktor naczelny miesięcznika „Palestra”

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

MOMENTY ZWROTNE, CZYLI NOWE SPOJRZENIE NA HISTORIĘ ADWOKATURY

Historia adwokatury nie cieszy się, niestety, dużym zainteresowaniem – ani wśród szerokiej publiczności, ani wśród członków polskiej palestry. Na przeprowadzony niedawno konkurs dla aplikantów na esej w tej dziedzinie wpłynęło niewiele prac, sukcesu nie odniosły też inne inicjatywy zmierzające do popularyzacji wiedzy o dawnej palestrze. Można to tłumaczyć – jak zawsze – zapracowaniem i brakiem czasu na intelektualną rozrywkę *non profit*, ale ja raczej widziałbym w tym rezultat procesu odejścia od klasycznego niegdyś wzorca adwokata-humanisty na rzecz wymuszonego przez rynek modelu adwokat-fachowiec. W przypadku adwokatów istotne jest także, czy interesujące były zajęcia z historii palestry prowadzone w trakcie ich aplikacji. Jeśli – czego się obawiam – zapamiętali je jako monotony wykład, a naukę do kolokwium tylko jako wkuwanie faktów i nazwisk, to tym trudniej oczekiwać później ich

zainteresowania tym przedmiotem. Warto wreszcie rozważyć nadanie tym zajęciom formy ćwiczeń, gdzie aplikanci interpretują wybrane teksty źródłowe i wokół nich prowadzą dyskusję, a opanowanie podręcznika pozostawić im jako zadanie domowe.

Dzieje palestry mogą być dla współczesnych historyków atrakcyjnym przedmiotem badań. Nie do przecenienia jest opracowanie podręcznika *Historia adwokatury* pióra prof. dr. hab. Adama Redzika i adw. dr. Tomaszka J. Kotlińskiego (wyd. 2012 r.) oraz zbioru *Historia ustroju Adwokatury Polskiej w źródłach* przez dwóch wymienionych badaczy i adw. dr. Marcina Zaborskiego (wyd. 2013 r.). Trzeba też zwrócić uwagę na pracę prof. M. Marteniak-Pawłowskiej *Adwokatura II Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawno-ustrojowe* (Poznań 2009).

Teraz z uznaniem trzeba powitać pracę zbiorową gdańskich historyków prawa i adwokatów, powstałą z inicja-

tywy „Biblioteki Palestry” pt. *Momenty zwrotne w dziejach polskiej adwokatury* (autorzy: dr hab. Michał Gałędek – redaktor naukowy, dr Piotr Kitowski, dr Jacek Wałdoch, adw. Anna Rutkowska-Gałędek, wyd. Arche 2023). W założeniu ma to być podręcznik, ale o tyle „nieklasyczny”, że zamiast wykładu przedstawiającego chronologicznie konkretny okres dziejów palestry mamy tu opisy siedmiu zagadnień – wycinków czasowych o przełomowym znaczeniu dla adwokatury. Autorzy słusznie zastrzegają, że ich „ustalenia mają charakter wstępny, a ich potwierdzenie wymaga przeprowadzenia dodatkowych badań, dokonania nowych ustaleń i odkryć. Historia adwokatury wciąż jest pełna tajemnic” (s. 7), co odczytuję jako zachętę do dalszych badań i do polemiki. I proponuję, aby za momenty zwrotne uznać też umożliwienie adwokatom wykonywania zawodu w formie spółek osobowych, jak i zakazanie im prawie 30 lat wcześniej zajmowania stanowisk radcy prawnego (uchwała RM z 13.12.1961 r.).

„Wyspowe” ujęcie w podręczniku wydaje się atrakcyjne, gdyż odchodzimy od typowego modelu nauczania, gdzie nabywa się wiedzę głównie o faktach i postaciach, a nie o problemach i mechanizmach. Po raz pierwszy mamy do czynienia z próbą oceny pewnych zjawisk i procesów, co pozwala stawiać dalej otwarte pytania. Dyskusyjna jest już kwestia trafności wyboru momentów zwrotnych i interpretacji tego terminu, co wszakże postrzegam jako walor, a nie zarzut.

Pierwsze dwa „momenty” to powstanie rozbudowanej regulacji

prawnej dotyczącej zawodowych pełnomocników, począwszy od Statutów Wiślickich, i początek „samoświadomości adwokackiej”, tj. postrzegania się przez pełnomocników jako zawodowej wspólnoty. Trudno nie zgodzić się, że obok odpłatnego charakteru usług kwestie te stanowią o zawodowym charakterze tej pracy. Piotr Kitowski zwraca tu też uwagę na regulacje w prawie miejskim, co rozszerza pole badawcze.

Kolejne „momenty zwrotne” to splot takich wydarzeń, jak Zjazd Adwokatów Polskich w 1914 r., założenie Związku Adwokatów Polskich, powołanie Delegacji Adwokatury Warszawskiej w 1915 r., wreszcie ogłoszenie obowiązującego od 1.01.1919 r. dekretu Naczelnika Państwa w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego, skutkujące utworzeniem samorządu zawodowego. „Tak zorganizowany samorząd adwokacki był przedsięwzięciem nie tylko nowym na ziemiach polskich – zauważa Jacek Wałdoch – ale wręcz innowacyjnym w skali Europy. *Novum* stanowiło powołanie Naczelnej Rady Adwokackiej, będącej organem zwierzchnim całej palestry. Nie funkcjonowała ona wcześniej w zachodniej Europie, a zaczęto ją wprowadzać dopiero po doświadczeniach polskich, np. we Włoszech i Bułgarii” (s. 89).

Warto spojrzeć na historię adwokatury przez pryzmat jej relacji z państwem. Im bardziej państwo rozszerza swoje imperium w relacjach z obywatelami, tym bardziej adwokatura zdaje się mu zawadzać, aż staje się jego antagonistą. Dochodzi do konfliktu, bo państwo dąży do

ograniczenia adwokackiej niezależności i samorządności, a adwokatura stara się je utrzymać. I tak, kiedy po przewrocie majowym państwo stało się autorytarne, palestra musiała – z lepszym lub gorszym skutkiem – bronić swoich samorządowych zdobyczy. Rozporządzenie Prezydenta RP z 7.10.1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury i ustawa z 4.05.1938 r. o tej samej nazwie zdobyły te odbierały i był to moim zdaniem raczej proces niż moment zwrotny. Proces, który już pod innym szyldem miał swoją kontynuację po wojnie. Przyjęcie dekretu z 24.05.1945 r. o tymczasowych przepisach uzupełniających prawo o adwokaturze z 1938 r. to nie początek, ale kontynuacja pozbawiania adwokatury samorządu przy zachowaniu niektórych fasadowych jego organów. Ustawę z 1938 r. zastąpiono jeszcze bardziej restrykcyjną ustawą z 27.06.1950 r. o ustroju adwokatury.

Zgadzam się w pełni z prof. Gałędkiem, kiedy pisze: „Tendencje autorytarne i postępujący etatyzm, charakterystyczny dla lat trzydziestych, po wojnie uległy tylko pogłębieniu. Nacjonalistyczna ideologia państwowa charakteryzująca okres późnej sanacji w 1945 roku została zastąpiona radykalną retoryką lewicową odwołującą się do idei socjalistycznych i komunistycznych. (...) Starano się podążać drogą radziecką, podobnie jak w innych satelickich państwach bloku wschodniego tzw. demokracji ludowych” (s. 139–140). Przeprowadzono ponowną weryfikację adwokatów, otwarto drzwi do adwokatury osobom bez wykształcenia prawniczego (minister sprawiedliwości wpisywał

na listę adwokatów), a liczne funkcje samorządowe obsadzano w istocie komisarycznie.

Konflikt między państwem i adwokaturą osiągnął swoje apogeum. Michał Gałędek tak widzi oś tego konfliktu: „W tym też okresie z całą mocą zaczęły się ujawniać sprzeczne interesy i oczekiwania z jednej strony – władzy stalinowskiej dążącej do zmonopolizowania przestrzeni politycznej w imię nowej ideologii i walki klasowej – oraz – z drugiej strony – adwokatury pragnącej utrzymać swój niezależny i społecznie prestiżowy oraz elitarny charakter jako wolnego zawodu mającego wielkie aspiracje społeczne. Obopólna niechęć i atmosfera konfliktu były wpisane w ten układ, przy czym władza, korzystając ze środków propagandy, świadomie starała się deprecjonować adwokatów w społeczeństwie i przedstawiać ich jako zawodów społecznie podejrzany, skłonny do dbania o interes prywatny oraz nadużywania swojej pozycji. W tej konfiguracji nadzór ze strony państwa starano się przedstawić w kategoriach zabezpieczenia społecznego przed restytucją kasty adwokackiej zamkniętej w sobie i odgradzonej od społeczeństwa ciasnym interesem stanowym” (s. 143–144). Nowa ideologia prowadziła do wypaczenia instytucji obrońcy w procesie karnym. Władza uważała, że „adwokat obrońca powinien być przede wszystkim pomocnikiem państwa reprezentowanego przez sąd w wykrywaniu prawdy obiektywnej, a dopiero w dalszej kolejności pełnomocnikiem oskarżonego” (s. 146).

Nadzór nad adwokaturą miał w istocie prowadzić do zlikwidowania

samorządności, adwokatura bowiem „powinna zostać zaprzęgnięta w realizację zadań państwowych odgórnie jej wyznaczanych i wykonywanych pod ścisłą kuratelą ministerialną. Rozległe uprawnienia ministra sprawiedliwości miały stanowić gwarancję funkcjonowania w trudnym okresie pierwszych powojennych lat w sposób najbardziej zgodny z interesem Polski Ludowej oraz interesem mas pracujących. Nadzór ten miał stanowić administracyjny środek przekształcania i odradzania adwokatury, miał umożliwić dokonanie zasadniczego przestawienia funkcji adwokata, dostosowania go do nowych zadań ogólnopaństwowych i ogólnospołecznych” (s. 145). Zespół adwokacki jako najpierw pożądane, a następnie podstawowe miejsce wykonywania pracy miał być nie tylko formą reglamentacji zawodu, ale i narzędziem dyscyplinowania adwokatów.

Dalsza historia powojennej adwokatury to konsekwencja kolejnych wydarzeń politycznych. Adwokatury nie upaństwowiono, wprowadzona na fali październikowej odwilży zmiana ustawy o ustroju adwokatury z 19.11.1956 r. umożliwiła zwołanie zjazdu adwokatury w styczniu 1959 r., a ponownie restrykcyjny, ale nieporównywalny z okresem poprzednim, kurs władzy wobec palestry zwieńczony został uchwaleniem 19.12.1963 r. nowej ustawy o ustroju adwokatury. Przyjęcie tej ustawy to moim zdaniem moment zwrotny w historii adwokatury. Samorząd, choć ułomny, ocalał. Nastąpił okres 19-letniej stabilizacji, w której ukształtowała się adwokatura PRL-u, w zasadzie odpowiadająca

ideologicznym oczekiwaniom rządzących, ale podskórnie niezależna. Z jednej strony spełniano bowiem zapotrzebowanie na ideologiczne frazesy, propaństwową celebry i czyny społeczne, ale z drugiej nawet partyjni piastuni samorządowych funkcji bronili niejednokrotnie adwokackich imponderabiliów. Nie jest to historia pisana czernią i bielą, raczej wieloma odcieniami szarości.

Dlatego tezę, że poznański zjazd adwokatury ze stycznia 1981 r. stanowi kolejny formacyjny moment dla współczesnej adwokatury, przyjąłbym z tym zastrzeżeniem, że była to dzięki polityce efektywna, ale kontynuacja przeprowadzanych wielokrotnie w poprzednich latach prób nakłonienia rządzących do liberalnej zmiany ustawy o adwokaturze. Inaczej niż prof. Gałędek odczytuję też przebieg tego zjazdu. Uważam, że główny jego walor to możliwość wzajemnego poznania się i dyskusji adwokatów z różnych izb, poczucia wspólnoty i uświadomienia sobie swojej siły. Poparcie zjazdu dla żądanych przez środowisko zmian legislacyjnych nie miało wszakże mocy sprawczej. Sprawczość mieli natomiast zabiegający o to adwokaci zaangażowani w ówczesny system władzy, w szczególności adwokaci-posłowie sprawujący jednocześnie wysokie funkcje w samorządzie adwokackim. I wydaje się, że doszło do zawarcia swoistego kontraktu: adwokatura otrzyma liberalną ustawę istotnie rozszerzającą uprawnienia jej samorządu, a w zamian nie będzie sprawiać władzy kłopotu. Zgadzam się z prof. Gałędkiem, kiedy pisze:

„władza ludowa miała świadomość, że uchwalając ów projekt, idzie na wielkie ustępstwa, a czyniąc tak wiele ryzykuje” (s. 204). Wkrótce władza ta uznała, że się na adwokaturze zawiodła. Podjęcie przez Krajowy Zjazd Adwokatury w 1983 r. uchwał dotyczących praw i wolności obywatelskich uznała za brak dojrzałości politycznej i nadużycie zaufania. Zakazano publikacji materiałów zjazdowych, a w rezultacie przeprowadzonej potem nagonki z funkcji prezesa NRA ustąpiła adw. Maria Budzanowska. Z perspektywy czterdziestu lat można wyrazić opinię, że do rezygnacji doszło za sprawą samych adwokatów, a przebieg kolejnego zjazdu adwokatury AD 1986 nie wzbudził już gniewu rządzących.

Zgadzam się w pełni, że kolejny moment zwrotny to transformacja adwokatury w latach dziewięćdziesiątych, której konsekwencją była m.in. zmiana Prawa o adwokaturze z 22.05.1997 r., utrata monopolu na świadczenie usług prawnych i trudne relacje z samorządem radcowskim. I zgadzam się z następującą krytyczną oceną: „Wydaje się, że potencjał lat dziewięćdziesiątych nie do końca został przez ówczesne władze adwokatury wykorzystany w kontekście budowania jej nowej pozycji w zmiennej rzeczywistości. Przywiązana do tradycji palestra zamknęła się na szereg racjonalnych propozycji, choćby w zakresie wymagającego regulacji utrzymania odrębności bądź połączenia zawodu adwokata z zawodem radcy prawnego. (...) Brak otwartości na zmiany, nieumiejętność bardziej elastycznego dostosowania się do no-

wej rzeczywistości czy może nawet zwykły niedostatek czasu (wskutek nadmiaru innych obowiązków zawodowych) na to, by kompleksowo i w sposób ciągły zajmować się problematyką adwokatury jako całości skutkowały ostatecznie przegraniem walki o utrzymanie monopolu adwokackiego na tradycyjnie przypisane do tego zawodu obszary świadczenia usług” (s. 231). Ocenę tę uważam za wyważoną, bo równie zasadne może być stwierdzenie, że adwokatura dała się wtedy ograć, bo ówczesnym jej włodarzom zabrakło tak zaangażowania, jak i politycznego sprytu.

Ostatni moment zwrotny został trafnie określony przez Annę Rutkowską-Gałędek i Michała Gałędka jako „Otwarcie zawodów prawniczych – rewolucja 2005 r.” Przypominając prowadzone wówczas dyskusje wokół problemów adwokatury i wymiaru sprawiedliwości, autorzy wskazali, że „klimat społeczny był niekorzystny dla zawodów prawniczych, korporacje postrzegane były jako zamknięte grupy osób wykonujących określony zawód, broniące dostępu do swoich struktur poprzez utrzymywanie limitów przyjęć na aplikacje, które stanowiły podstawowy warunek późniejszego wykonywania zawodu. Podważało to zaufanie opinii publicznej do profesji, które ze swej istoty miały być zawodami zaufania publicznego. Powaga problemu zdawała się być dostrzeżona powszechnie, przy zasadniczo biernym zachowaniu władz samorządu adwokackiego” (s. 275–276). Ustawodawca musiał zareagować i Lex Gosiewski w 2005 r. otworzyło

zawody prawnicze, co nie pogorszyło jakości świadczonych usług, a pozwoliło działać prawom rynku. Jako aktywnemu uczestnikowi ówczesnych dyskusji wypada mi odnieść się do stawianego jeszcze dziś pytania, czy można było tego uniknąć. Moim zdaniem otwarcia zawodu nie można było uniknąć, ale trzeba było przeprowadzić je z inicjatywy adwokatury i z jej aktywnym udziałem w pracach legislacyjnych.

Otwarcie zawodu stanowiło poważne wyzwanie dla władz samorządu. „Musiało minąć trochę czasu – zauważają autorzy – nim władze samorządu adwokackiego w pełni uzmysłowiły sobie konieczność określenia swej roli na nowo i pod-

jęły próby zredefiniowania prowadzonej dotąd polityki wobec zmienionych potrzeb i oczekiwań nowej umasowionej adwokatury. Początek drugiej dekady stanowił więc niejako nowe otwarcie” (s. 283–284).

Momenty zwrotne to pierwsza od lat praca, która powinna w adwokaturze wywołać dyskusję, choćby z uwagi na krytyczne oceny władz adwokatury i wybór takich, a nie innych „momentów”. Łamy „Palestry” są – jak sądzę – otwarte na głosy w tej sprawie. Zachęcam także osoby prowadzące zajęcia z historii adwokatury na aplikacji, aby wykorzystwały ten nieklasyczny podręcznik do rozmowy z aplikantami o zachodzących w dziejach palestry procesach.

adw. Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem, członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej.

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

A CO Z WIATRAKAMI?

Jeszcze pół wieku temu powyższy tytuł kojarzył się ówczesnemu maturzyście z *Donkiszotem* i niezapomnianym dziełem Cervantesa. Ale czasy się zmieniły i zapewne dzisiejsi przeciętni maturzyści nie czytali tej lektury, a hasło „wiatraki” wywołuje u nich skojarzenia z zieloną energią i problemami z ustawą zezwalającą na ich rozmieszczenie.

A JAK BY NA TO PATRZYLI RZYMIANIE?

Niewątpliwie ruch powietrza w pewien sposób wpływa na otoczenie, czyli z punktu widzenia właścicieli sąsiednich nieruchomości narusza ich spokojne posiadanie. Z punktu widzenia prawa sąsiedzkiego stanowi więc immisję pośrednią. I choć w starożytnym Rzymie nie było wiatraków, to juryści w swoich rozważaniach rozpatrywali liczne sytuacje niekorzystnego wpływu działań jednego sąsiada na grunt drugiego zwane powszechnie *immisiones* od słowa *immittere* – wysłać, wypuszczać (por. dziś art. 144 k.c.). Wprowadzili też podziały tych immisji na immisje bezpośrednie i pośrednie. Te ostatnie ich zdaniem miały miejsce nie tylko w sytuacjach, gdy działanie podejmowane przez właściciela na własnym gruncie (*in suo*) niekorzystnie wpływało na szeroko pojmowany grunt sąsiedzki (*in alieno*), ale również w sytuacjach, kiedy niekorzystne oddziaływanie na grunt należący do osoby prywatnej pochodziło z gruntu publicznego. Do immisji pośrednich zaliczano emisję zapachów, dymu czy hałasu. W wypowiedziach jurystów umieszczonych w *Digestach* można znaleźć opisy różnych takich przypadków, poza typowo szkolnym kazusem zakłócania spokoju posiadacza gruntu poprzez „zapach” unoszący się z położonego w pobliżu warsztatu serowarskiego. Jednym z nich była sytuacja, w której właściciel położonego niżej

domu był zadymiany wskutek wędzenia przez właściciela domu wyższego (por. dzisiejsze grille na balkonie), w innym przypadku właściciel wyższego budynku wyrzucił coś lub wylał na sąsiedni niższy dom (nie tylko wtedy, gdy wyrzucenie czy wylanie spowodowało powstanie szkody materialnej – co regulowała *lex Aquilia*). W takich przypadkach, zgodnie z zasadą *nullius in alterius domum iniuriam facere* – D. 50,17,55, odmawiano skargi, której znamiona mogły wyczerpywać opisane wyżej działania. Za każdym razem jednak należało ocenić, czy działanie osoby powodującej immisję można uznać za normalne działanie związane z korzystaniem z nieruchomości i wykonywaniem prawa własności. Tematem rozważań rzymskich jurystów były też sytuacje, w których nieruchomość osoby prywatnej sąsiadowała z nieruchomością publiczną. Jedną z takich sytuacji przedstawia Seneka w swych listach do Lucylusza (6,56,1–2), w których barwnie opisuje swe męki spowodowane mieszkaniem nad łaźnią publiczną, z której wydobywały się najrozmaitsze odgłosy z rur, bulgotanie wody, krzyki korzystających z łaźni, a nawet nawoływania sprzedawców ciastek i kielbasek. Filozof, wręcz ze stoickim spokojem, godzi się jednak z tym, że mieszkanie w sąsiedztwie obiektów publicznych związane jest z koniecznością znoszenia opisanych zakłóceń wynikających z naturalnego funkcjonowania tychże miejsc i uznaje walkę z nimi za praktycznie niemożliwą (por. mieszkanie w PRL nad barami mlecznymi czy choćby w bloku, którego przedsiębiorczy mieszkaniec na dużą skalę prowadzi hodowlę kotów rasowych czy innych zwierząt wydzielających swoisty zapach).

W kontrowersyjnych przypadkach Rzymianie przede wszystkim brali pod uwagę *utilitas publica*, która była naczelną zasadą w interpretacji działań poszczególnych obywateli czy państwa. Jeśli jakieś działanie, jak. np. budowa akweduktu czy drogi publicznej, zakłócało spokojne korzystanie z prywatnej własności obywateli, priorytetem była dla nich korzyść planowanych przedsięwzięć dla dobra publicznego. Nawet pomimo wielkiej niechęci do ingerencji sfery publicznej we własność prywatną (por. opodatkowanie przez Dioklecjana gruntów italskich), w sytuacjach, w których realizowana inwestycja miała przynieść korzyści całej społeczności, *utilitas publica* zdecydowanie przeważała nad indywidualistycznie pojmowaną własnością prywatną.

Czy zatem kwestia rozmieszczenia wiatraków nie powinna być rozpatrywana z punktu widzenia dobra ogółu?

prof. dr hab. Maria Zabłocka

Autorka jest profesorem zwyczajnym w Katedrze Prawa Rzymskiego i Antycznego Uniwersytetu Warszawskiego.

Z życia adwokatury

Monika Strus-Wołos

NAJLEPSI ABSOLWENCI SZKOŁY PRAWA POLSKIEGO I EUROPEJSKIEGO Z UKRAINY NA STAŻU W RADOMIU

Zachodnioukraiński Uniwersytet w Tarnopolu i Uniwersytet Lwowski we współpracy z Uniwersytetem Jagiellońskim prowadzą Szkołę Prawa Polskiego i Europejskiego ciesząc się dużym powodzeniem wśród ukraińskich studentów. Mam zaszczyt wyklądać w tej szkole polskie postępowanie cywilne. Na początku wakacji koordynatorka tej instytucji zwróciła się do mnie z pytaniem, czy nie udało by się załatwić w Polsce stażu dla najlepszych absolwentów. Zawahałam się z odpowiedzią, ponieważ wiedziałam, jak duże jest to przedsięwzięcie organizacyjne i finansowe. Zadzwoeniłam do Dziekana ORA w Radomiu mec. Marka Jagielskiego, który jest człowiekiem niezwykle energicznym i otwartym na – wydawałoby się – szalone pomysły. Od razu powiedział z entuzjazmem: „Robimy to!”

Ustaliliśmy, że zorganizujemy dwutygodniowy pobyt dla sześciu osób. Ze względu na ukraińskie przepisy zakazujące wyjazdu młodym mężczyznom SPPiE wydelegowała do nas 6 pań. Dziekan Jagielski zadzwonił do kilku członków naszej Izby, ja z kolei ruszyłam „na żebry” w kręgu środowiska nauki polskiej. Już po kilku dniach z radością stwierdziliśmy, że będziemy w stanie pokryć pełen koszt noclegów studentek oraz wspomóc każdą z nich niewielkim stypendium. Oprócz datków od członków Izby pomogli nam bowiem koleżanka adwokat z Izby warszawskiej, Profesorowie i Doktorzy – znani procesualiści z Sekcji Praktyków Sporów w sprawach Cywilnych i Handlowych przy KIA, a także sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku. Nie angażowaliśmy żadnych środków samorządu, bo była to akcja



całkowicie oddolna. Bardzo pomogły nam natomiast w sprawach organizacyjnych Panie z biura ORA Radom.

Po krótkiej burzy mózgów zaprojektowaliśmy z dziekanem Markiem Jagielskim pobyt dziewczyn jako składający się z trzech części: dydaktycznej (wykłady z Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem pierwszej i drugiej instancji wraz z symulacją rozprawy, nauka pisania pism procesowych i wykład wraz z ćwiczeniami z prawa wekslowego), praktycznej (staże w kancelariach adwokackich wraz z uczestnictwem w rozprawach karnych i cywilnych w radomskich sądach) oraz kulturalnej, która objęła zwiedzanie Warszawy, warsztaty twórcze w Centrum Kultury „Elektrownia” w Radomiu, wyjazd do Centrum Rzeźby Polskiej w Orońsku i zwiedzanie Muzeum Malczewskiego w Radomiu. Chcieliśmy bowiem, aby nasi goście poznali także polską kulturę i historię. Przede wszystkim zaś chcieliśmy studentkom zapewnić urlop psychiczny od wojny – dosłownie tuż przed ich wyjazdem do Radomia miał miejsce atak rakietowy na Lwów, w którym zginęło kilka osób, a stało się to kilometr od mieszkania jednej z dziewcząt.

Na moich oczach stworzył się nagle niesamowity łańcuch ludzi dobrej woli. Ktoś załatwił dobre noclegi po specjalnej cenie, ktoś podstawił samochód kierowany przez członka rodziny jako pomoc logistyczną, ktoś uprosił w Muzeum Wilanowskim bezpłatne zwiedzanie z przewodnikiem i dużą zniżką na Zamku Królewskim, ktoś zorganizował warsztaty artystyczne, zwiedzanie Muzeum

Malczewskiego czy wyjazd na bezpłatne zwiedzanie w Orońsku, a ktoś nawet zaopatrzył studentki w pyszne wędliny. Dzięki życzliwości jednego z sędziów Sądu Najwyższego, który zgodził się przyjechać do SN w sobotę, aby nas oprowadzić, mogliśmy zwiedzić ten piękny gmach wraz z tarasami na dachu, a także posłuchać historii Sądu Najwyższego od jego utworzenia w 1917 roku.

Serce rośnie, gdy patrzyliśmy na zaangażowanie „naszych” dziewczyn w staż. Naszych – bo traktowaliśmy je trochę jak własne dzieci. Na wykładach i ćwiczeniach studentki były aktywne, ciągle o coś dopytywały, notowały, robiły zdjęcia ekranu. To wielka przyjemność dla wykładowcy, gdy ma zaangażowane audytorium. Na ich prośbę przekazałam im wszystkie prezentacje z procedury i zobowiązań, które zrobiłam dla studentów polskich, chciały bowiem jeszcze w domu uzupełniać wiedzę. Adwokaci, którzy przyjęli je w kancelariach na praktyki, chwalili je za punktualność i obowiązkowość. Panie wykazywały dużą kulturę osobistą. Niesamowitą, piękną niespodziankę sprawiły, gdy w dniu wyjścia do sądu okręgowego na rozprawy cywilne wszystkie stawiły się w bluzkach haftowanych ukraińskimi motywami ludowymi. Nie mogłam się napatrzeć.

Dziewczyny są dumne z tożsamości ukraińskiej i ze swoich bohaterów wojennych, pomagają im na różne sposoby. Ciągle znajdowały elementy wspólne dla Ukrainy i Polski, na przykład podczas zwiedzania Archikatedry Warszawskiej, gdy opowiadałam o prezydencie Warszawy Stefanie

Starzyńskim, który we wrześniu 1939 roku odmówił opuszczenia stolicy, od razu powiedziały: „To jak nasz Prezydent Zeleński!” Studentki wiele razy wyrażały szczerze podziękowania dla wszystkich, którzy pomogli w zorganizowaniu i sfinansowaniu ich pobytu. Gdy nadeszła chwila pożegnania, wszyscy byliśmy wzruszeni, a uściskom nie było końca. To jest właśnie budowanie mostów między naszymi Narodami. Z radością obserwowałam ich energię, pogodę ducha, wiarę w zwycięstwo i ciągly uśmiech. Jestem pewna, że z taką młodzieżą niepodległość i wolność Ukrainy są niezagrożone.

Wszystkim darczyńcom, dyrektorom i pracownikom instytucji kulturalnych oraz osobom, które włączyły

się w akcję swoją pracą i kontaktami, wyrażam ogromną wdzięczność. Ponieważ niektórzy prosili o nieujawnianie nazwisk, nie wymieniam Ludzi Dobrej Woli imiennie, ale zapewniam, że zawsze będę pamiętać dobro, które dali. Jestem również dumna, że jestem adwokatem Izby Adwokackiej w Radomiu. Skrzyknęliśmy się dosłownie w kilka osób i akcja ruszyła z kopyta. Nie byłoby to jednak możliwe, gdyby nie wspomniane na początku „Robimy to” naszego dziekana – właściwego człowieka na właściwym miejscu.

Sądzę, że dorzuciliśmy również kamyczek do budowania pozytywnego wizerunku Adwokatury, gdyż o naszej akcji dwukrotnie napisał znaczący portal.

adw. dr Monika Strus-Wołos

Autorka jest adwokatem w Izbie Adwokackiej w Radomiu.

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

<i>Michał Bieniak</i> 100th anniversary of the Bar Association in Katowice	5
---	---

INTERVIEWS

<i>Michał Bieniak</i> Interview with the Dean of the Bar Association in Katowice Adv. Roman Kusz	7
--	---

ARTICLES

<i>Rafał Kapkowski</i> The problem of legitim calculation in the light of the Act on Family Foundations	16
---	----

<i>Adam Bułat, Jarosław Wyrębski</i> The procedural consequences of failure to bring charges promptly ...	39
--	----

<i>Marek Skwarcow</i> The prerequisite of existence of an evidentiary basis as a prerequisite for pre-trial detention	59
---	----

<i>Łukasz Breguła</i> Decriminalization of defamation. A critical analysis	78
---	----

<i>Alicja Limburska</i> Costs reducing the size of the financial gain to be forfeited	91
--	----

<i>Piotr Stec, Natalia Lichwa</i> Repatriation of human corpses and remains as a problem of cultural heritage law	101
---	-----

CASE LAW REVIEW

<i>Marek Antoni Nowicki</i> Disciplinary measures against a judge for public criticism of judicial reform Tuleya v. Poland [Judgment of 6.07.2023, Chamber (Section I), complaints No. 21181/19 and 51751/20]	121
--	-----

REVIEWS

Michał Bieniak

Review of the book *100 Years of the Silesian Bar (1922–2022)*,
J. Kudelko, Katowice 2023 133

BOOK-LOVER LAWYER'S TALES

Andrzej Tomaszek

Turning moments, or a new look at the history of the bar 135

REPETITION FROM ROME

Maria Zabłocka

What about windmills? 141

CHRONICLE OF THE BAR

Monika Strus-Wołos

Top graduates of the School of Polish and European Law
from Ukraine on internship in Radom 143

W numerze między innymi:

Wywiad z Dziekanem Izby Adwokackiej w Katowicach
adw. Romanem Kuszem

RAFAŁ KAPKOWSKI

Problematyka obliczania zachowku
w świetle ustawy o fundacji rodzinnej

MAREK SKWARCOW

Warunek istnienia podstawy dowodowej
jako przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania

adw. ŁUKASZ BREGUŁA

Dekryminalizacja znieśławienia.
Analiza krytyczna

mLegitymacja



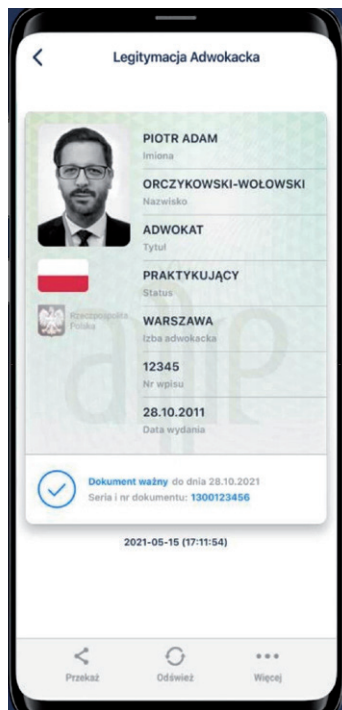
ADWOKATURA
POLSKA

adwokata
aplikanta adwokackiego

prawnika zagranicznego
adwokata niewykonującego
zawodu.

Cyfrowa wersja dokumentu
wydawanego
przez okręgową radę adwokacką.
Potwierdza uprawnienia
zawodowe jej właściciela.

mLegitymacja adwokacka
jest dostępna
w aplikacji mObywatel



pobierz
mLegitymację

www.gov.pl/web/mobywatel-w-aplikacji/legitymacja-adwokacka