

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039-3312

2 (218)
2019

W numerze:

- Rola reżimów regionalnych w ochronie niematerialnego dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych – przykład Afrykańskiej Regionalnej Organizacji Własności Intelektualnej (ARIPO)
- Leki weterynaryjne jako produkty lecznicze w rozumieniu ustawy. Prawo farmaceutyczne – zagadnienia wybrane
- Dopuszczalność uzależnienia skutków czynności prawnej od warunku zależnego od woli strony czynności prawnej
- Przybicie w toku egzekucji z nieruchomości
- Pozycja procesowa oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego w Polsce i Anglii – rozważania prawnoporównawcze
- Zasada jawności a jawność wewnętrzna w procesie karnym
- Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako nieobyczajny wyryk (art. 140 Kodeksu wykroczeń)

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2019

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039-3312

2 (218)
2019

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2019



KOMITET REDAKCYJNY:

Andrzej Bierć, Władysław Czaplński, Lech Gardocki, Ewa Łętowska,
Małgorzata Król-Bogomilska, Maria Kruk-Jarosz, Igor Martynienko, Joanna Mucha-Kujawa,
Celina Nowak, Gino Scaccia, Jan Skupiński, Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski,
Monika Szwarc, Elżbieta Tomkiewicz, Arkadiusz Wudarski, Roman Wieruszewski,
Tadeusz Wiśniewski, Andrzej Wróbel

KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca redaktora naczelnego
Joanna Mucha-Kujawa – sekretarz redakcji

Za każdą publikację naukową w kwartalniku „Studia Prawnicze”
Autor otrzymuje **11 punktów**.

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (**CEJSH**).

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access, są dostępne na platformie czasopisma i w bazie **ICI World of Journals** (wskaźnik **ICV 42.84**).

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

© Copyright 2018 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00–330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Publikacja „Studiów Prawniczych INP PAN” online
– zadanie finansowane w ramach umowy nr 557/P-DUN/2018.

Redakcja i korekta: Olga Kłós

Skład i przygotowanie do druku: Adrian Szatkowski

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

Nakład: 135 egz.



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego



SPIS TREŚCI

Mgr Małgorzata Babik

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

1. Wstęp	9
2. NDK jako przedmiot ochrony międzynarodowo-prawnej	12
2.1. Zagadnienia definicyjne	12
2.2. Prawo własności intelektualnej a ochrona NDK	13
2.3. NDK a prawa człowieka	15
2.4. Rola i mandat UNESCO w kształtowaniu reżimu ochrony prawnej NDK	17
3. Ochrona NDK a ludy tubylcze	19
3.1. Międzynarodowo-prawny status ludów rdzennych	19
3.2. Konwencja UNESCO z 2003 roku a ludy rdzenne	20
3.3. Deklaracja Praw Ludów Tubylczych (UNDRIP)	21
3.4. Światowa Organizacja Własności Intelektualnej (WIPO)	22
3.5. Zastrzeżenia ludności rdzennej dotyczące międzynarodowych regulacji i rekomendacji podjętych do 1993 r.	26
4. ARIPO – próba wypracowania kompleksowych rozwiązań w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego	27
4.1. Organizacja: członkowie, struktura	28
4.2. Protokół ze Swakopmund	28
4.3. Inne inicjatywy ARIPO	31
5. Refleksje końcowe	35
Bibliografia	39

Dr Damian Kaczan

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wprowadzenie	46
Dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu oraz badania kliniczne	47
Wytwarzanie (import) i reklama produktów leczniczych	50
Obrót farmaceutykami	54
Konkluzje	59
Bibliografia	60

Mgr Paweł Siwerski

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wstęp	67
2. Cechy zdarzenia	68
2.1. Pojęcie zdarzenia w znaczeniu obiektywnym i subiektywnym ...	68
2.2. Przesłanka przyszłości zdarzenia	69
2.3. Przesłanka niepewności zdarzenia	70
2.4. Wystąpienie zdarzenia a wola stron	71
2.5. Zewnętrzność zdarzenia od treści czynności prawnej	73
2.6. Stanowisko restrykcyjne (przeciwne dopuszczalności uzależnienia skutku czynności prawnej od warunku potestatywnego)	74
2.7. Stanowisko liberalne (za dopuszczalnością uzależnienia skutku czynności prawnej od warunku potestatywnego)	75
2.8. Krytyka ustanawiania ponadnormatywnych przesłanek rozumienia warunku	76
2.9. Wykonanie zobowiązania jako warunek potestatywny	77
2.9.1. Pogląd restrykcyjny	77
2.9.2. Pogląd liberalny	78
3. Wnioski końcowe	79
Bibliografia	81

Dr Jarosław Świeczkowski

Uniwersytet Gdański

Bibliografia	93
--------------------	----

Dr hab. Hanna Kuczyńska, prof. INP PAN

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wstęp	98
2. Prawo do milczenia i jego ograniczenia	100
3. Środek dowodowy: wyjaśnienia vs. zeznania	106
4. Różne formy i procesowe konsekwencje przyznania się do winy	112
5. Podsumowanie	119
Bibliografia	122

Dr hab. prof. UŚ Radosław Koper

Uniwersytet Śląski w Katowicach

1. Uwagi wprowadzające	130
2. Poglądy doktryny w przedmiocie klasyfikacji jawności wewnętrznej	131
3. Problem zasadności wyodrębnienia zasady jawności wobec stron oraz jej relatywizacji.	132
4. Jawność wewnętrzna w aspekcie konstytucyjnym i prawnomiędzynarodowym	134
5. Jawność wewnętrzna a jawność zewnętrzna w aspekcie funkcji i adresatów	136
6. Jawność wewnętrzna a zasada kontrydiktoryjności	140
7. Inne argumenty za unifikacją obu aspektów jawności	144
Bibliografia	148

Dr hab. Jan Kulesza

Uniwersytet Łódzki

I. Wstęp.	154
II. Obyczajność publiczna jako przedmiot ochrony art. 140 k.w.	154
III. Moralność publiczna oraz porządek publiczny jako materialne przesłanki ingerencji.	161
IV. Pojęcie wybryku (nieobyczajnego)	163
V. Ochrona małoletnich	165
VI. Stosunek art. 140 do art. 141 k.w.	168
VII. Podsumowanie	169
Bibliografia	170
Netografia.	171

Zasady zgłaszania materiałów do publikacji 175

Szczegółowe zalecenia edytorskie dla autorów 176

Procedura recenzyjna 179



Mgr Małgorzata Babik*
Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie
malgorzata.babik@onet.eu

Rola reżimów regionalnych w ochronie niematerialnego dziedzictwa kulturowego ludów rdzennych i społeczności tradycyjnych – przykład Afrykańskiej Regionalnej Organizacji Własności Intelektualnej (ARIPO)

The role of regional regimes in protecting the intangible
cultural heritage of indigenous populations and the
traditional community – case of African Regional Intellectual
Property Organization (ARIPO)

Abstrakt

Celem artykułu jest analiza doświadczeń afrykańskich w kształtowaniu ochrony prawnej dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych jako przykładu rozwiązań regionalnych o większej skuteczności, niż obowiązujący, tj. zgodny z reżimem UNESCO oraz WIPO.

W szczególności analizie poddane zostały, z użyciem metody historycznej i prawnego-dogmatycznej, istniejące mechanizmy prawa międzynarodowego, oparte o rozwiązania zaczerpnięte z prawa ochrony własności intelektualnej oraz szeroko pojętego prawa do kultury. Podstawowe pytanie, jakie przyświeca

* Autorka pragnie podziękować dr. Andrzejowi Jakubowskiemu z Instytutu Nauk Prawnych za szereg cennych uwag do niniejszego artykułu.

podjętym tu rozważaniom odnosi się do kwestii adekwatności takiej kompilacji reżimów prawa międzynarodowego do ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego i wskazania istotnych luk artykułowanych przez przedstawicieli ludów rdzennych.

W badaniach przeprowadzono komparatywną analizę rozwoju legislacji w krajach członkowskich. Pozwala to wysnuć wniosek, iż ARIPO, wprowadzając rozwiązania systemowe oparte o system *sui generis* miało wpływ na kształtowanie świadomości, jakie jest znaczenie ochrony szeroko pojętych praw własności intelektualnej dla twórców, dla kultury i gospodarki krajowej, a wiele z zastosowanych rozwiązań może być wskazówką dla innych regionów świata w kształtowaniu adekwatnej i skutecznej ochrony dziedzictwa kulturowego lokalnych społeczności.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the African experience in developing legal protection for the cultural heritage of indigenous populations as a more effective solution than the measures relying on the prevailing UNESCO and WIPO paradigm.

Historical and doctrinal legal research methodologies are applied to examine, in particular, the existing international law mechanisms adapted from the sphere of intellectual property law and – broadly understood – right to culture. The primary purpose of this paper is to assess the adequacy of protection of intangible cultural heritage afforded in those regimes compilation to the nature of ICH, and to identify the significant gaps that have been raised by indigenous populations representatives themselves.

The research includes a comparative analysis of the development of relevant legislation in particular member countries. This analysis leads to a conclusion that ARIPO while introducing *sui generis* systemic solutions was instrumental to building the awareness of significance of the broadly defined intellectual property rights for the creators, cultures and national economies, and many of its solutions can serve as guidelines for other regions of the world in creating adequate and effective protection systems for the cultural heritage of their local communities.

1. Wstęp

W prawie międzynarodowym niematerialne dziedzictwo kulturowe (NDK) zostało zdefiniowane dopiero w Konwencji UNESCO o ochronie niematerialnego dziedzictwa kulturowego z 17 października 2003 r. (Konwencja z 2003 r.¹). W art. 2 tej konwencji określa się je jako: „praktyki, wyobrażenia, przekazy, wiedzę i umiejętności, jak również związane z nimi instrumenty, przedmioty, artefakty i przestrzeń kulturową, które wspólnoty, grupy i – w niektórych przypadkach – jednostki uznają za część własnego dziedzictwa kulturalnego.” Definicja ta uwzględnia postępującą od lat 90. XX w. kulturyzację wielu obszarów prawa międzynarodowego, w szczególności systemu ochrony praw człowieka². Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, podkreślają konieczność osadzenia międzynarodowych praw człowieka w szerszym kontekście – interpretacja, orzecznictwo i zadośćuczynienie za naruszenia powinny być rozpatrywane na zasadzie multilateraryzmu; w odniesieniu do konkretnego przypadku i specyficznych ludzkich potrzeb, jakie powinny być zaspokojone³. Kulturyzacja jest więc próbą przystosowania uniwersalnych standardów praw człowieka do konkretnych przypadków tak, aby jego działanie było bardziej efektywne⁴. Szczególne znaczenie odegrał tu proces dekolonizacji, którego jednym z elementów było upodmiotowienie ludów rdzennych oraz ochrona ich tożsamości kulturowej.

Choć kultury ludów rdzennych, a także samo NDK są przedmiotem zainteresowania nauki europejskiej od XVIII w.⁵, to głębsze badania w tym obszarze wiążą się z rozwojem antropologii kulturowej na początku XX w. Wraz z końcem epoki kolonialnej, od lat 60. XX w., problematyka ludów rdzennych i społeczności tradycyjnych, w tym kwestie ochrony i zachowania NDK, pojawiły się w międzynarodowym dyskursie prawnym, zarówno w kontekście ich szczególnego znaczenia dla zachowania tożsamości tych społeczności, ale także jako istotny element rozwoju społeczno-ekonomicznego nowych państw. Zagadnienia te stały się też przedmiotem wielu kontrowersji. Społeczność międzynarodowa wyrażała bowiem niepokój o przewidywany wzrost kosztów dostępu do dotychczas darmowych dóbr, natomiast władze państwowe w krajach postkolonialnych obawiały się, iż przyznanie autonomii kulturowej społecznościom rdzennym i tubylczym może spowodować eskalację żądań niepodległościowych

1 Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego, sporządzona w Paryżu 17 października 2003 r., Dz.U. z 2011 r., nr 172, poz. 1018.

2 Zob. F. Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford 2014.

3 Tamże.

4 Tamże.

5 A. K. Gogacz, *Antropologia kulturowa*, Łódź, 2011, s. 2–3; H. Schreiber, *Międzynarodowa ochrona kultury i dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych*, „Stosunki Międzynarodowe” 2007, t. 35, nr 1–2, s. 141 i n.

i próby oderwania części terytorium od struktury państwowej⁶. Ponadto, dorobek kulturowy społeczności tubylczych i lokalnych stał się także ostatnio przedmiotem zintensyfikowanej komercjalizacji, zarówno w kontekście receptur medycyny naturalnej zawłaszczanych przez międzynarodowe koncerny, ale jednocześnie dziedzictwo kulturowe ludności tubylczej spotkało się z zagrożeniami dotychczas niewystępującymi, a wynikającymi m.in. z: globalizacji prowadzącej do ujednolicania wzorców kulturowych i zanikania lokalnych treści kultury, migracji ludności – oderwania jednostek od własnych społeczności i ich dziedzictwa, industrializacji skutkującej nieopłacalnością wyrabiania produktów tradycyjnymi metodami, zaniku przekazu międzypokoleniowego spowodowanego brakiem zainteresowania młodego pokolenia dziedzictwem oraz przekształcania się tradycyjnych praktyk i rytuałów i uroczystości w komercyjne spektakle rozrywkowe skierowane na potrzeby przemysłu turystycznego.

Ochrona prawna NDK jest dziedziną stosunkową nową w prawie międzynarodowym i chociaż jest głęboko związana z ochroną własności intelektualnej, znacznie wykracza poza instrumenty stosowane do ochrony tej własności oraz tradycyjnie pojmowanego folkloru. NDK jest bowiem ze swej natury kolektywne, żywe, rozwijające się w czasie, nie posiada jednego autora, nie ma często udokumentowanej formy materialnej. Natomiast prawa własności intelektualnej są z zasady indywidualistyczne i koncentrują się na aspekcie zidentyfikowanego autora i innowacyjności, a więc są nieadekwatne dla wartości większości rdzennych i tradycyjnych społeczności. Są także oparte o ekonomiczny imperatyw wspierania kreatywności i innowacyjności poprzez ochronę praw ekonomicznych.

Szczególnym wyzwaniem jest ochrona NDK ludów rdzennych i społeczności tradycyjnych, ponieważ stanowi jedną z elementarnych cech ich tożsamości i możliwości samostanowienia tych społeczności. Ochrona odrębności kulturowej tych wspólnot to warunek konieczny zachowania ich bytu. Prawo do własnej kultury ludów rdzennych i społeczności tradycyjnych to jedno z podstawowych praw człowieka. Zważywszy na rzadko uznawaną podmiotowość tych społeczności (zarówno przez władze ich kraju zamieszkania, jak i społeczność międzynarodową), brak reprezentacji przed organami krajowymi i międzynarodowymi, a czasami wręcz brak kontaktów takich społeczności ze światem zewnętrznym, skuteczna ochrona ich NDK wymaga współpracy na poziomie krajowym, regionalnym i międzynarodowym przy aktywnym zaangażowaniu samych zainteresowanych. Skuteczna ochrona dziedzictwa ludów rdzennych i tubylczych przy jednoczesnym zapewnieniu ludzkości dostępu do tych dóbr kultury wymaga zatem zmiany „zachodniego” sposobu postrzegania tego dziedzictwa w kategoriach

⁶ Zob. L. Lixinski, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford 2013, s. 1 i n.

klasycznych dóbr intelektualnych, chronionych w ramach klasycznego prawa własności intelektualnej. Taka zmiana nie jest zaś możliwa, bez udziału zainteresowanych społeczności, ich realnego wpływu na wypracowanie adekwatnych instrumentów ochrony tego dziedzictwa uwzględniających specyfikę tego rodzaju dobra i dostosowujących propozycje legislacji do jego natury⁷.

Celem niniejszego artykułu jest wykazanie, że skuteczne formy ochrony NDK ludów tubylczych i rdzennych powinny być oparte o rozwiązania systemowe. Mimo licznych prób adaptacji rozwiązań zaczerpniętych z prawa własności intelektualnej (np. WIPO-UNESCO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions⁸ i Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej TRIPS⁹), istniejące mechanizmy prawa międzynarodowego są nieadekwatne do ochrony NDK, ze względu na ich instrumentalne wykorzystywanie przez państwa – służą one często do realizacji ich priorytetowych interesów, pozostawiając im swobodę uznania zarówno, jakie przejawy dziedzictwa powinny być chronione, oraz jakie narzędzia ochrony należy wdrożyć. Koncepcja ochrony NDK adekwatna do jego natury, tj. oparta o reżim *sui generis* delegujący kompetencje do zarządzania tą sferą społecznościom rdzennym wprost podważa tradycyjne pojęcie suwerenności. Dlatego napotyka na brak akceptacji na forum międzynarodowym. Natomiast na gruncie regionalnym, uwzględniając specyfikę regionu i jego poszczególnych krajów możliwe jest przyjęcie rozwiązań systemowych, adekwatnych do natury chronionego dobra. Takim przykładem jest Afrykańska Regionalna Organizacja Własności Intelektualnej (ARIPO¹⁰), która w sposób kompleksowy a jednocześnie efektywny – czerpiąc z regulacji i deklaracji międzynarodowych – stworzyła uniwersalny, a jednocześnie uwzględniający specyfikę polityczno-ekonomiczną państw-sygnatariuszy system ochrony NDK, oparty o prawa zwyczajowe społeczności rdzennych i tradycyjnych. Wypracowane przez ARIPO rozwiązania łączą często sprzeczne oczekiwania interesariuszy: państwa i społeczności rdzennych. Mogą więc stanowić „drogowskaz” dla kolejnych regulacji regionalnych skutecznie chroniących i promujących NDK jako istotny czynnik różnorodności kulturowej, bezpieczeństwa i zrównoważonego rozwoju.

W pierwszej części artykułu przedstawiony zostanie rys historyczny rozwoju ochrony NDK ze szczególnym uwzględnieniem reżimu konwencyjnego

⁷ Zob. m.in. Rekomendację Stałego Forum Narodów Zjednoczonych ds. Problemów Ludności Tubylczej (UNPFII) nr 027 z 2004 r., UN Doc. E/C.19/2004/23. (UNPFII jest organem doradczym wysokiego szczebla Rady Ekonomiczno-Społecznej ONZ).

⁸ UNESCO/WIPO/FOLK/AR/2, 20.06.1985.

⁹ Załącznik do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu 15 kwietnia 1994 r., Dz.U. z 1996 r., nr 32, poz. 143.

¹⁰ Ang. *African Regional Intellectual Property Organization*.

UNESCO, następnie analizie poddane zostanie znaczenie skutecznej ochrony tego dziedzictwa dla egzystencji ludów rdzennych i ich tożsamości oraz ich międzynarodowo-prawny status. W kolejnych sekcjach zostaną wskazane luki w obecnym systemie międzynarodowej ochrony prawnej NDK, a także analizie poddany zostanie przykład ARIPO jako próby wprowadzenia skutecznego systemowego mechanizmu ochrony tego dziedzictwa na poziomie regionalnym. We wnioskach omówione zostaną główne ograniczenia obecnych międzynarodowych systemów ochrony prawnej NDK oraz możliwe rozwiązania tego problemu.

2. NDK jako przedmiot ochrony międzynarodowo-prawnej

2.1. Zagadnienia definicyjne

Podstawowym problemem związanym z przedmiotem ochrony NDK jest zakres definicyjny tego pojęcia w odniesieniu do różności kultur, szczególnie tubylczych. Mililiani Trask¹¹, współtwórczyni Deklaracji praw ludów tubylczych NZ (UNDRIP¹²), wskazywała wielokrotnie, że dziedzictwo kultury „to wszystko, co określa naszą odrębną tożsamość jako ludu¹³”. Wskazuje przy tym na konieczność bardzo szerokiej definicji dziedzictwa, odbiegającej od tradycyjnie przyjmowanych w prawie międzynarodowym kategorii form wyrazu kulturowego, ujętych w osobne reżimy ochronne: „nie można podzielić dziedzictwa kulturowego rdzennej ludności na części składowe. Dziedzictwo kulturowe ludności rdzennej powinno być traktowane jako jedno zintegrowane i współzależne w całości. Ludy rdzenne nie kategoryzują dziedzictwa kulturowego na różne części (na przykład naukowe, duchowe, artystyczne), ani nie rozróżniają poziomów ochrony na różne aspekty ich dziedzictwa. Wszystkie aspekty są równe i wymagają jednakowego szacunku i ochrony¹⁴”. Cytowana już definicja z art. 2 Konwencji UNESCO z 2003 r. odzwierciedla większość tych postulatów. Jak zauważa Lucas

¹¹ Mililiani Trask jest przywódczynią hawajskiego ruchu suwerenności, politycznym mówcą i prawnikiem, współpracowała z ONZ w kwestiach dotyczących ludności rdzennej na świecie, była wiceprzewodniczącą Zgromadzenia Ogólnego Narodów Niereprezentowanych (UNPO).

¹² Rezolucja ZO NZ 61/295 z 13.09.2007 r. UN Doc. A/RES/61/295.

¹³ Cyt. za: L. Lenzerini, *Reparations for Wrongs against Indigenous Peoples' Cultural Heritage* [w:] A. Xanthaki i in. (red.), *Indigenous Peoples' Heritage: Rights, Debates, Challenges*, Boston-Leiden 2017, s. 327.

¹⁴ Tamże, s. 327.

Lixinski¹⁵, jest to z pewnością definicja „przyszłościowa”, obejmująca możliwie szerokie spektrum przejawów NDK. Mimo pewnych ograniczeń wynikających z tej definicji (np.: ograniczenie pojęcia dziedzictwa do „wyłącznie takiego niematerialnego dziedzictwa kulturowego, które pozostaje w zgodzie z istniejącymi instrumentami w dziedzinie międzynarodowych standardów praw człowieka, jak również z wymogami wzajemnego szacunku między społecznościami, grupami i jednostkami oraz zasadą zrównoważonego rozwoju”) obejmuje ona najszerszy kontekst dziedzictwa kulturowego i będzie punktem odniesienia dla dalszych rozważań. Badaniu poddane zostaną kwestie związane z ochroną aspektów dziedzictwa kulturowego w rozumieniu praw autorskich, z wyłączeniem zagadnień własności przemysłowej, ponieważ społeczności rdzenne i tradycyjne nie cieszą się jeszcze minimalnym poziomem ochrony praw autorskich, co wydaje się warunkiem koniecznym ewentualnej przyszłej zrównoważonej komercjalizacji ich dziedzictwa kulturowego.

2.2. Prawo własności intelektualnej a ochrona NDK

System międzynarodowej ochrony własności intelektualnej, oparty przede wszystkim o reżim Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 r.¹⁶ oraz o porozumienie TRIPS, przyjęte w ramach systemu Światowej Organizacji Handlu (WTO), ma niewielkie zastosowanie do większości elementów NDK. Należy zauważyć, iż porozumienie TRIPS, choć zawarte w okresie rozwoju praw kulturalnych, jest oparte całkowicie na koncepcji własności intelektualnej jako pewnej idei przez co napotyka na problem pełnego „umiędzynarodowienia”.

Wprowadzenie TRIPS było wynikiem intensywnego lobbingu ze strony Stanów Zjednoczonych, wspieranego przez kraje rozwinięte, takie jak państwa członkowskie Unii Europejskiej i Japonia. To była kulminacja kilku czynników w globalizującej się gospodarce w latach 80. XX w. Po pierwsze, technologia stała się coraz ważniejsza w międzynarodowej konkurencji¹⁷. Cel TRIPS został określony w preambule i obejmuje „ograniczenie zakłóceń i przeszkód w handlu międzynarodowym”, promowanie skutecznej i odpowiedniej ochrony praw własności intelektualnej oraz „zapewnienie, że środki i procedury egzekwowania praw własności intelektualnej nie stają się barierami dla legalnego handlu”. Ogólnie

¹⁵ L. Lixinski, *Intangible Cultural...*, s. 9.

¹⁶ Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych (zwana też konwencją berneńską) zawarta w Bernie 9 września 1886 r., Dz.U. z 1935 r., nr 84, poz. 515.

¹⁷ C. Correa, *Intellectual property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, s. 3.

rzecz biorąc, cel ten został osiągnięty poprzez połączenie praw własności intelektualnej zgodnie ze wspólnym międzynarodowym zestawem przepisów i ustanowienie minimalnych standardów ochrony praw własności intelektualnej, co pozwoli na transgraniczny przepływ technologii. Porozumienie – ze względu na uniwersalny cel – ograniczenie barier w handlu międzynarodowym – oferuje nieadekwatny standard poszczególnym krajom – korzystają głównie kraje wysoko rozwinięte gospodarczo. Kraje rozwijające się potrzebują różnych strategii wprowadzania ochrony praw własności intelektualnej, w zależności od aktualnego poziomu rozwoju gospodarczego. Ponadto, porozumienie pozostawia sygnatariuszom dużą swobodę w interpretacji poszczególnych postanowień traktatu. TRIPS opiera się na koncepcji ochrony dzieł o zidentyfikowanym autorstwie i określonym czasie ochrony, tym samym poza obszarem regulacji pozostaje niezwykle obszerna sfera niematerialnego dziedzictwa.

Prawo ludów rdzennych do ochrony i korzystania z ich dziedzictwa kulturowego jest rozpoznawane w licznych instrumentach międzynarodowych, w tym Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPCz¹⁸), Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Kulturalnych i Społecznych (MPPGSiK¹⁹) oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP²⁰), Konwencji nr 169 Międzynarodowej Organizacji Pracy²¹ oraz Deklaracji ONZ w sprawie praw ludności tubylczej. Jednak charakter własności intelektualnej rdzennej ludności, która jest często nierozzerwalnie związana z duchowymi, kulturowymi, społecznymi i ekonomicznymi aspektami życia, a pojęcie zbiorowej własności takiego dobra nie jest odpowiednio uwzględnione w istniejących instrumentach międzynarodowego prawa własności intelektualnej.

Porozumienie TRIPS ustanawia minimalne standardy ochrony własności intelektualnej i zapewnia minimalną ochronę własności intelektualnej ludności rdzennej, nie obejmując wszelkich aspektów dziedzictwa niematerialnego.

Zgodnie z umową, państwa członkowskie WTO są zobowiązane do zapewnienia obywatelom innego państwa taką samą ochronę, jaką zapewniają swoim obywatelom. Oznacza, że chroniona własność intelektualna rdzennych mieszkańców zależy od tego, czy rządy przyjmą skuteczne krajowe przepisy, które wyraźnie chronią własność intelektualną rdzennej ludności na ich własnych terytoriach.

¹⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez ZO ONZ 10 grudnia 1948 r. w Paryżu, Dz.U. z 1989 r. nr. 29, poz. 155.

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych przyjęty przez ZO ONZ 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku, Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169.

²⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez ZO ONZ 16 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r., nr. 38, poz. 167.

²¹ <http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k169ang.html>, [dostęp: 10.06.2019].

2.3. NDK a prawa człowieka

Ochrona tożsamości kulturowej jest najczęściej obecnie przywoływanym uzasadnieniem ochrony NDK, a ochrona tożsamości kulturowej jest celem w zakresie praw człowieka jako element samostanowienia. Ochrona praw człowieka stanowi fundament Konwencji z 2003 r.

Prawne regulacje dotyczące ludności rdzennej i tubylczej czerpią z art. 2 i art. 27 PDPCz., stanowiących odpowiednio, iż każdy jest uprawniony do korzystania z wszystkich praw i wolności ogłoszonych w niniejszej Deklaracji na zasadzie niedyskryminacji, w tym „nie powinno się czynić żadnego rozróżnienia na podstawie statusu politycznego, prawnego lub międzynarodowego kraju lub terytorium, do którego dana osoba przynależy, bez względu na to, czy ów kraj lub terytorium jest niepodległe, powiernicze, zależne albo poddane jakimkolwiek ograniczeniom suwerenności”. Każdy „ma prawo do swobodnego uczestnictwa w życiu kulturalnym wspólnoty, do korzystania ze sztuki oraz do współuczestnictwa w postępie naukowym i płynących zeń korzyściach. Każdy ma prawo do ochrony jego interesów moralnych i majątkowych wynikających z jakiegokolwiek twórczości naukowej, literackiej lub artystycznej, której jest autorem”.

Mimo tak szeroko zakreślonych podstaw kulturalnych praw człowieka, społeczność międzynarodowa po II wojnie światowej skupiła się głównie na mechanizmach dotyczących dziedzictwa materialnego, jego restytucji i zapobieganiu dalszej destrukcji²². Choć zakończenie wojny przyniosło niepodległość wielu byłym koloniom, dziedzictwo kulturowe rdzennych społeczności byłych kolonii nie było przedmiotem zainteresowania społeczności międzynarodowej²³. Również w art. 15 MPPGSiK uznaje się prawo każdego człowieka do udziału w życiu kulturalnym oraz prawo ochrony interesów moralnych i materialnych wynikających z wszelkiej działalności twórczej (art. 15 ust. 1). Mimo uznania praw do kultury, państwom-sygnatariuszom nadal pozostawiono pełną swobodę uznania, kto jest podmiotem, i co jest przedmiotem ewentualnej ochrony (art. 15 ust. 2). Z kolei w art. 27 MPPOiP znajduje się odniesienie wprost do osób należących do mniejszości etnicznych, religijnych lub językowych, które „nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy”. Mimo, iż brak w powyższym zapisie odniesienia wprost do społeczności tubylczych, zastosowanie tego postanowienia do tych społeczności nie budzi wątpliwości.

Społeczność międzynarodowa podejmuje próby zastosowania koncepcji ochrony praw człowieka do ochrony NDK od lat 60. ubiegłego wieku;

²² A. Jakubowski, *State Succession in Cultural Property*, Oxford 2015, s. 139 i n.

²³ Zob. H. Schreiber, *Międzynarodowa ochrona kultury...*, s. 152–153.

pierwszym aktem była Konwencja o ochronie dóbr kultury w sytuacji konfliktów zbrojnych²⁴, Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego²⁵, Konwencja z 2003 r. oraz Konwencja UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego z 2005 r.²⁶. Jest to stopniowe poszerzanie zakresu ochrony kultury przez dodawanie i definiowanie kolejnych jej aspektów. Każdy kolejny akt przesuwają ciężar ochrony: od pojedynczego elementu, jakim jest „dobro kulturalne” (konwencje z 1954 i 1970 r.) ku coraz szerszej traktowanemu „dziedzictwu” (od konwencji z 1972 r., przez konwencję z 2001 r., aż do konwencji z 2003 r.), a wreszcie do „kultury” i jej różnorodnych manifestacji (konwencja z 2005 r.). Zastanawiając się nad granicami praw człowieka i zastosowaniem ich do ochrony „kultury”, należy zwrócić także uwagę na dychotomię dotyczącą regulowania praw zbiorowości i praw jednostki. Konwencja z 2003 r. promuje „prawo do kultury” jako jedno z podstawowych praw człowieka, ujmując je w szerszym, antropologicznym wymiarze; zarówno w Preambule Konwencji, jak i w rat. 2 ustęp 1 znajduje się odwołanie do PDPCz., MPPGSK oraz MPPOP. Jednocześnie Konwencja przede wszystkim wzmacnia prawa zbiorowości (art. 15), a nie jednostki. Ponadto, ochrona NDK wynikająca z systemu praw człowieka jest ograniczona z powodu kontrowersji pomiędzy uniwersalnym standardem a relatywizmem kulturowym – przyznanie społeczności prawa do zachowania własnych instytucji i zwyczajów najczęściej następuje pod warunkiem, że nie są one sprzeczne z prawami podstawowymi określonymi przez krajowy system prawny oraz z międzynarodowo uznanymi prawami człowieka. Można zatem uznać, że jest to swoista cenzura kultury i dziedzictwa kulturowego różnych społeczności, których rytuały oraz zwyczaje stoją w sprzeczności z zachodnią wykładnią praw człowieka. Tworzy wyraźny podział na dziedzictwo kulturowe zgodne z prawami człowieka i praktyki kulturowe, których wykonywanie może naruszać te prawa²⁷.

²⁴ Konwencja o ochronie dóbr kultury w sytuacji konfliktów zbrojnych, podpisana w Hadze 14 maja 1954 r., Dz.U. z 1957 r., nr 46, poz. 212.

²⁵ Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjęta w Paryżu 16 listopada 1972 r., Dz.U. z 1976 r., nr 32, poz. 190.

²⁶ Konwencja UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego, sporządzona w Paryżu 20 października 2005 r., Dz.U. z 2007 r., nr 215, poz. 1585.

²⁷ F. Francioni, L. Lixinski, *Opening the Toolbox of International Human Rights Law in the Safeguarding of Cultural Heritage* [w:] A. Durbach, L. Lixinski (red.), *Heritage, Culture and Rights. Challenging Legal Discourses*, Oxford-Portland 2016, s. 24.

2.4. Rola i mandat UNESCO w kształtowaniu reżimu ochrony prawnej NDK

Aktywizacja rządów państw oraz społeczności lokalnych dla idei ochrony dziedzictwa kulturowego i naturalnego, współpracy w dziedzinie nauki i edukacji oraz tworzenia społeczeństwa informacyjnego to dzisiaj jedne z podstawowych celów UNESCO²⁸. W tym kontekście, Konwencję w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturowego i naturalnego (Konwencja z 1972 r.) można określić jako przełomową i wyjątkową w stosunku do poprzednich traktatów, zawartych w ramach mandatu tej organizacji,²⁹ ponieważ zastępuje określenie „dobra kultury” bardziej obszernym pojęciem „dziedzictwo kulturowe”. Mimo, iż Konwencja z 1972 r. odnosi się jedynie do dziedzictwa materialnego i pozostawia państwom-sygnatariuszom pełną swobodę definiowania dziedzictwa i określania sposobów jego ochrony, jest pierwszym tak powszechnie przyjętym (192 sygnatariuszy) aktem prawa międzynarodowego zobowiązującym sygnatariuszy do wprowadzenia do swoich polityk krajowych problematyki ochrony dziedzictwa³⁰.

W sposób oczywisty kluczową rolę w ochronie NDK odgrywa Konwencja UNESCO z 2003 r. Główne jej cele to: 1) zachowanie NDK, 2) zapewnienie poszanowania dziedzictwa wspólnot, grup i jednostek, 3) podniesienie świadomości odnośnie wartości dziedzictwa na poziomie lokalnym, krajowym i międzynarodowym, 4) stworzenie ram współpracy i pomocy międzynarodowej.

Konwencja nakłada na sygnatariuszy obowiązek zinventaryzowania NDK na swoim terytorium (art. 12) oraz przekazywania cyklicznych sprawozdań Międzyrządowemu Komitetowi ds. Ochrony Niematerialnego Dziedzictwa Kulturowego. Podobnie jak w przypadku Konwencji z 1972 r., twórcy Konwencji z 2003 r. również zdecydowali się na utworzenie dwóch list: Reprezentatywnej listy niematerialnego dziedzictwa ludzkości (art. 16) oraz Listy niematerialnego

²⁸ Szerzej na temat reżimu Konwencji z 2003 r., zob. m.in. J. Blake, *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, London 2006; w jęz. polskim: H. Schreiber, *Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego sporządzona w Paryżu dnia 17 października 2003 r.* [w:] K. Zalańska (red.), *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 392–463.

²⁹ Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze w 14 maja 1954 r., Dz.U. z 1957 r. nr 46, poz. 212, oraz Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu 17 listopada 1970 r., Dz.U. z 1974 r. nr 20, poz. 106.

³⁰ Zob. K. Zalańska, *Building Bridges Between the 1972 and 2003 Conventions – Searching for an Integrated Protection of Cultural Heritage under UNESCO’s Cultural Conventions System*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017, t. 3, nr 2, s. 77–90.

dziedzictwa kulturowego wymagającego pilnej ochrony (art. 17). Mimo wielu argumentów przeciwko wprowadzeniu idei list ze strony niektórych krajów, słusznie wskazujących, iż tworzą one podział na dziedzictwo warte ochrony i takie, które jej nie potrzebuje, czyli wartościowanie tego dziedzictwa, w ostatecznym tekście Konwencji odzwierciedlenie znalazła idea list³¹.

Konwencja z 2003 r. ma wiele aspektów pozytywnych i nowatorskich: uznała synergie pomiędzy niematerialnym i materialnym dziedzictwem kulturowym, stwierdzając, iż niektóre materialne elementy dziedzictwa kulturowego są wprost zależne od niematerialnych, ponieważ to właśnie z nich się wywodzą (art. 2). Definicja NDK jest szeroka, elastyczna i uwzględniająca szereg różnych jego elementów i przejawów. W Konwencji zrównoważono prawa społeczności i grup z prawami jednostki oraz wskazano na konieczność udziału zainteresowanych przedstawicieli tych pierwszych w tworzeniu ram prawnych zarządzania ich dziedzictwem.

Uznając przełomową rolę Konwencji w postrzeganiu i zachowaniu NDK, należy jednak podkreślić również aspekty, które świadczą o wielu kompromisach, które towarzyszyły jej powstaniu. Konwencja nie jest systemem prawnym ochrony i zachowania NDK, ale raczej systemem opartym – mimo wszystko – o wpis na listy, edukację, podnoszenie świadomości. Nie sposób nie zauważyć nadmiernej koncentracji na suwerenności państw-sygnatariuszy; przekazana im została wyłączna kontrola nad definiowaniem NDK na swoim terytorium, decydowania, jakie aspekty zasługują na ochronę, a jakie nie, zgłaszania obiektów do wpisu na jedną z list. Fakt, iż to Zgromadzenie Ogólne, składające się z przedstawicieli państw-sygnatariuszy, decyduje o interpretacji Konwencji z 2003 r., również podkreśla nadrzędną rolę państw, a nie społeczności lokalnych. Istotne znaczenie dla ochrony NDK ma również Konwencja UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego, ma także przywoływana już konwencja z 2005 r.

Odwołuje się ona do praw człowieka stwierdzając, iż różnorodność kulturowa jest ich pełnym urzeczywistnieniem. W preambule tej konwencji uznano m.in. „znaczenie tradycyjnej wiedzy, a zwłaszcza systemów wiedzy ludów autochtonicznych, jako źródła bogactwa niematerialnego i materialnego oraz jej pozytywnego wkładu w trwałe i zrównoważony rozwój, a także konieczność zapewnienia jej odpowiedniej ochrony i promocji”. Uznana została również rola różnorodności kulturowej w zwiększaniu potencjału krajów rozwijających się i konieczność współpracy międzynarodowej celem wspierania tego rozwoju.

Trzy omówione powyżej konwencje UNESCO dotyczące ochrony dziedzictwa kulturowego wskazują zarówno na ewolucję postrzegania jedynie dziedzictwa

³¹ C. Duvelle, *“We Need to Make Synergies between the Conventions. This is the Next Step for UNESCO...”*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017, t. 3, nr 2, s. 23.

materialnego poprzez dostrzeżenie i uwzględnienie roli NDK i synergii pomiędzy nimi, uznania praw podmiotów zbiorowych (społeczności lokalne, rdzenne i tubylcze), docenienie roli kultur i dziedzictwa ludów tubylczych dla zrównoważonego rozwoju na świecie i konieczności ich zachowania i przekazania następnym pokoleniom. Duże znaczenie ma także rola edukacyjna, którą pełnią organy wykonawcze poszczególnych konwencji. Jednakże, mimo docenienia roli kultur i dziedzictwa ludów tubylczych, wszystkie wspomniane konwencje przede wszystkim podporządkowane są imperatywowi suwerenności państwa-sygnatariusza, które ma wyłączne prawo decydowania, jakie przejawy dziedzictwa należy chronić, jakimi metodami i w jakim zakresie. Rola społeczności lokalnych i tubylczych w procesie legislacji i kształtowania mechanizmów ochrony dziedzictwa jest zmarginalizowana.

3. Ochrona NDK a ludy tubylcze

Sformalizowanie debaty o statusie ludności rdzennej/tubylczej w perspektywie prawa międzynarodowego rozpoczęło się zaledwie w latach 70. XX w., na forum ONZ. Określenie „ludy tubylcze/rdzenne” przez stulecia używane było wyłącznie w odniesieniu do ludności zamieszkującej kolonizowane tereny. Obecnie jest ono stosowane także wobec ludów, które nie doświadczyły „klasycznej” europejskiej kolonizacji, jak niektóre kraje Azji lub Afryki. Jednym z elementów debaty o ludności rdzennej/tubylczej było ich dziedzictwo kulturowe, początkowo głównie w kontekście materialnych przejawów tego dziedzictwa.

3.1. Międzynarodowo-prawny status ludów rdzennych

W prawie międzynarodowym nie ma jednolitej, legalnej definicji ludności rdzennej, w związku z tym w debacie publicznej i literaturze funkcjonuje szereg roboczych definicji³². Najpełniejsza z nich znajduje się w Raporcie Specjalnego Sprawozdawcy NZ José Martíneza Cobo, wieńczącym prace Podkomisji ONZ ds. zapobiegania dyskryminacji i ochrony mniejszości. Raport ten zawiera stworzoną na jego potrzeby definicję ludu tubylczego, która do tej pory służy jako robocza definicja na forum UNESCO i innych agend ONZ³³:

³² Zob. P. Daranowski, *Ludność rdzenna – prawo do samostanowienia – Grenlandia*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2014, t. 5, s. 144.

³³ J.R. Martinez Cobo, *A Study of the Discrimination Against Indigenous Peoples*, UN Doc. E.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987), s. 5.

„za rdzenne społeczności, ludy i narody uważa się te, które zachowują historyczną ciągłość ze społecznościami zamieszkującymi ich tereny przed okresem najazdu i kolonializmu, uważające się albo za odrębne od innych grup społecznych albo za część tych grup. Tworzą one obecnie mniejszościowe grupy społeczne, które są zdecydowane zachować, rozwijać i przekazywać przyszłym pokoleniom tożsamość etniczną i ziemie odziedziczone po przodkach, stanowiące podstawę ich dalszego istnienia jako ludu, w zgodzie z ich własnymi wzorcami kulturowymi, instytucjami społecznymi oraz systemem prawnym³⁴”.

Międzynarodowa Organizacja Pracy oraz Bank Światowy także wypracowały swoje definicje ludności rdzennej na potrzeby prowadzonych projektów. Wszystkie one mają charakter roboczy, żadna nie jest oficjalnie powszechnie przyjęta; nie są one wyczerpujące i nie uwzględniają różnorodności ponad 5000 grup etnicznych 350 milionów ludności rdzennej w 70 krajach świata, co stanowi 6% całej ludności na świecie. Uznanie, jakie grupy społeczne stanowią społeczność tubylczą, pozostaje w gestii organów państwa danego terytorium.

3.2. Konwencja UNESCO z 2003 roku a ludy rdzenne

Konwencja UNESCO z 2003 r. wprowadziła nie tylko pojęcie i definicję NDK, ale także koncepcję, iż nie jest to sfera zastrzeżona jedynie dla państw, ale stanowi także kompetencję decyzyjną społeczności, grup, „a w określonych przypadkach” – nawet jednostek. Co więcej, podkreśla (art. 2), że „niematerialne dziedzictwo kulturowe jest przekazywane z pokolenia na pokolenie i stale odtwarzane przez społeczności i grupy w odniesieniu do ich środowiska oraz jako efekt ich oddziaływania na przyrodę i historię. Zapewnia im ono poczucie tożsamości i ciągłości, w ten sposób promując poszanowanie różnorodności kulturowej i twórczej działalności człowieka”. Tak jak już wspomniano, definicja ta ujmuje możliwie bogate spektrum przejawów NDK. Dodatkowo podkreśla konieczność podejmowania i inspirowania działań mających na celu ochronę żywego dziedzictwa (Preambuła). W Konwencji zastosowano model ochrony oparty o wpis na jedną z dwóch list: Listę niematerialnego dziedzictwa wymagającego pilnej ochrony (art. 17) lub Listę reprezentatywną niematerialnego dziedzictwa kulturowego ludzkości (art. 16). Na państwa-sygnatariuszy Konwencji nałożono dwa obowiązki: tworzenie spisów niematerialnego dziedzictwa kulturowego na swoich terytoriach oraz obowiązek zaangażowania wspólnot, grup i jednostek będących depozytariuszami dziedzictwa w proces jego identyfikacji (art. 11 i 12). Istotnym novum jest nacisk na ochronę żywego dziedzictwa poprzez proces

³⁴ Tamże.

transmisji międzypokoleniowej i edukację (art. 14). Mimo, iż Konwencja uznaje konieczność udziału grup i społeczności lokalnych w tworzeniu ram prawnych zarządzania ich NDK, ich rola została ograniczona jedynie do poziomu krajowego, bez możliwości występowania na poziomie międzynarodowym. Społeczności najbardziej zainteresowane ochroną swojego dziedzictwa zostały zatem zmarginalizowane do roli obserwatorów.

3.3. Deklaracja Praw Ludów Tubyliczych (UNDRIP)

Kolejną inicjatywą społeczności międzynarodowej w odniesieniu do ochrony dziedzictwa kultury ludów tubyliczych jest UNDRIP. W tym kontekście NDK ludów tubyliczych i rdzennych stanowi „przypadek specjalny” w sferze ochrony dziedzictwa kulturowego, ponieważ jest to pojęcie o wiele bardziej pojemne. Zgodnie z postanowieniami UNDRIP dziedzictwo to nie może być odseparowane od kwestii dotyczących praw do ziemi, kontroli nad zasobami naturalnymi i prawa do samookreślenia.

UNDRIP została uchwalona po prawie 24 latach negocjacji 29 czerwca 2006 r. na pierwszym posiedzeniu Rady Praw Człowieka ONZ w Genewie. Po roku negocjacji i zmodyfikowaniu najbardziej kontrowersyjnych zapisów UNDRIP została ostatecznie przyjęta 13 września 2007 r. przez 144 państwa, przy sprzeciwie USA, Kanady, Australii i Nowej Zelandii – krajów o największej populacji ludności tubyliczej.

W preambule UNDRIP podkreśla się, że Deklaracja odwołuje się do zasad Karty NZ, MPPGSiK oraz MPPOiP; znajduje się tam także wyraźne odwołanie do czasów kolonizacji i uznanie tego faktu za niesprawiedliwość historyczną. Jednakże już na samym początku tego dokumentu nie udało się uniknąć oczywistej sprzeczności. Podczas gdy art. 1 stanowi, że: „ludność rdzenna, zarówno jednostki, jak i całość, ma prawo do pełnego korzystania z praw człowieka i fundamentalnych wolności, uznanych w Karcie Narodów Zjednoczonych, Deklaracji Praw Człowieka i w prawie międzynarodowym”, natomiast w artykule 2 stwierdza się, że: „ludność rdzenna i każda osoba do niej należąca jest wolna i równa każdemu innemu ludowi i każdej innej osobie oraz ma prawo być wolna od jakiegokolwiek dyskryminacji, w korzystaniu ze swoich praw, w szczególności od dyskryminacji na podstawie swojego pochodzenia i tożsamości”. Pytanie, jakie należy zadać w kontekście powyżej przywołanych artykułów brzmi: jeśli prawa i zwyczaje tubylicze okażą się niezgodne z tzw. międzynarodowymi standardami praw człowieka, czy powinny zostać pozbawione ochrony, jaka przysługuje innym prawom i zwyczajom społeczności rdzennych?

W tekście UNDRIP podkreślono prawo ludności rdzennej do samostanowienia – decydowania o własnym statusie, rozwoju społecznym, ekonomicznym

i kulturalnym (art. 3 i 4). W art. 8 pojawia się nowy zakaz „ethnocydu”, czyli nie poddawania ludności rdzennej przymusowej asymilacji, wykraczając znacznie poza zakres ludobójstwa, o którym mowa w art. 7 Deklaracji. W tekście UNDRIP wskazano również, iż ludność tubylcza ma prawo do przynależności do własnej grupy, w sposób zgodny z jej tradycją i zwyczajami (art. 9). Prawo do życia we własnej kulturze jest wieloaspektowe (art. 11–20) i obejmuje m.in.: prawo do praktykowania i rewitalizacji zwyczajów i tradycji kulturowych, prawo do zachowania ochrony i rozwijania przeszłych, obecnych i przyszłych przejawów takich kultur (art. 11), prawo do manifestowania, praktykowania i rozwijania, nauczania duchowych i religijnych tradycji, zwyczajów, ceremonii, jak również restytucji i repatriacji przedmiotów ceremonialnych i ludzkich szczątków (art. 12). W art. 13 zagwarantowano ludom rdzennym prawo do ożywiania, rozwijania i przekazywania przyszłym pokoleniom ich historii, języków, tradycji ustnych, filozofii itp., jednocześnie wzywając państwa-sygnatariuszy do podjęcia skutecznych środków w celu zapewnienia ochrony tego prawa. W art. 15 określono, że rdzenne ludy mają prawo do swoich kultur, tradycji, historii, aspiracji, odpowiednio odzwierciedlone w edukacji, informacji publicznej a władze państwowe mają obowiązek zwalczania uprzedzeń i dyskryminacji w tym zakresie.

UNDRIP jako efekt dwóch dekad negocjacji, kontrowersji, sprzecznych interesów zaangażowanych państw i grup ludności tubylczej jest kompromisem, w którym nie uniknięto sprzeczności, a liczba trudnych do zaakceptowania przez poszczególne państwa zapisów uświadamia, że przyjęcie nawet aktu prawnie niewiążącego, jakim jest deklaracja, staje się niezwykle skomplikowane, a idea „sprawiedliwości historycznej” i „sprawiedliwości międzykulturowej” w przypadku ludów tubylczych ma na forum międzynarodowym nadal długą drogę do przebycia.

3.4. Światowa Organizacja Własności Intelektualnej (WIPO)

Mimo oczywistej dychotomii pomiędzy mandatem WIPO skierowanym na zastosowanie mechanizmów prawa własności intelektualnej do ochrony folkloru, wiedzy tradycyjnej a bardziej „holistycznym” podejściem ze strony UNESCO, obie organizacje rozpoczęły współpracę w 1976 r. celem wypracowania wspólnego rozwiązania w zakresie ochrony NDK. Przyjęły wtedy Tunezyjską Ustawę Modelową o korzystaniu z praw autorskich do ochrony folkloru³⁵ (Tunis Model Law) w krajach rozwijających się. Ustawa modelowa z Tunisu, opracowana przez UNESCO i WIPO w 1976 r., jest aktem „soft law” i propozycją wdrożenia dla krajów rozwijających się szablonu Konwencji berneńskiej o ochronie

³⁵ Tunis Model Law on Copyright for developing countries, WIPO/GRTKF/IC/7/3.

dział literackich i artystycznych, z uwzględnieniem ustawodawstwa krajowego³⁶. Tunis Model Law wyraźnie stwierdza, że narodowy folklor jest przedmiotem ochrony praw autorskich. Proponuje również model ochrony, poprzez który częściowo moralne i ekonomiczne prawa autorów są wykonywane przez właściwy organ. Mimo, że z jednej strony społeczność międzynarodowa uznała i zaakceptowała znaczenie narodowego folkloru, koncepcja jego ochrony jest nadal ograniczona do „zachodniego” reżimu praw autorskich, które nie zawsze są adekwatne do ochrony przejawów i wyrazów folkloru.

W 1985 r. WIPO i UNESCO przedstawiły projekt modelowego uregulowania dotyczącego ochrony przejawów folkloru do adaptacji przez zainteresowane kraje: Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions (Model Provisions z 1985 r.³⁷) W preambule tego dokumentu podkreślono znaczenie folkloru jako istotnej części dziedzictwa narodowego, zwłaszcza dla krajów rozwijających się, które uznają folklor jako środek wyrazu i tożsamości społecznej. Wyróżniono dwie główne kategorie aktów, przeciwko którym wyobrażenia folkloru są chronione; a mianowicie, „nielegalne wykorzystywanie” i „inne działania bezprawne” (sekcja 1). Nielegalna eksploatacja ekspresji folkloru jest rozumiana w dokumencie (sekcja 3) jako każde wykorzystanie dokonane zarówno z zamiarem zysku, jak i poza tradycyjnym lub zwyczajowym kontekstem folkloru, bez zezwolenia właściwego organu lub danej społeczności. Oznacza to, że wykorzystanie – nawet z zyskiem – w tradycyjnym lub zwyczajowym kontekście nie powinno podlegać autoryzacji. Z drugiej strony wykorzystanie, nawet przez członków społeczności, w których wyrażenie zostało opracowane i utrzymane, wymaga autoryzacji, jeśli jest dokonywane poza takim kontekstem i przynosi korzyści. Wyobrażenie folkloru jest wykorzystywane w jego tradycyjnym kontekście, jeśli pozostaje w swoim artystycznym środowisku opartym na ciągłym używaniu przez społeczność. Na przykład, użycie rytualnego tańca w jego tradycyjnym kontekście oznacza wykonanie go w rzeczywistych ramach odpowiedniego obrzędu. Z drugiej strony, termin „kontekst zwyczajowy” odnosi się raczej do wykorzystania ekspresji folkloru zgodnie z praktykami życia codziennego wspólnoty, takimi jak sprzedawanie kopii namacalnych wyobrażeń folkloru przez lokalnego rzemieślnika. Zwyczajowy kontekst może się rozwijać i zmieniać szybciej niż tradycyjny.

Autorzy projektu Model Provisions 1985 r. podkreślają, iż nie należy utrudniać społecznościom rdzennym korzystania z ich tradycyjnego dziedzictwa

³⁶ J. Fraser, *Intellectual Property Watch*, 1.05.2014.

³⁷ Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, <https://wipolex.wipo.int/en/text/186459>, [dostęp 29.05.2019].

kulturowego w tradycyjny i zwyczajowy sposób oraz w rozwijaniu go poprzez ciągłe naśladownictwo. Zachowanie tradycyjnej sztuki popularnej jest ściśle związane z reprodukcją, recytacją lub wykonywaniem tradycyjnych wyobrażeń we wspólnocie. Nieograniczony wymóg zezwolenia na adaptację, aranżację, reprodukcję, recytację lub wykonanie takich dzieł może stanowić barierę naturalnej ewolucji folkloru i nie może być racjonalnie egzekwowany w społecznościach, w których folklor jest częścią codziennego życia. W ten sposób zapisy w projekcie mają – zgodnie z intencją autorów – umożliwić każdemu członkowi społeczności swobodne powielanie lub wykonywanie wyrażen folkloru własnej społeczności w ich tradycyjnym lub zwyczajowym kontekście, niezależnie od tego, czy robi to dla uzyskania lub bez korzyści majątkowych³⁸.

Jako propozycja ramowej regulacji prawnej do zaadaptowania przez zainteresowane kraje projekt Model Provisions z 1985 r. stanowi jedynie wskazówkę, nie zawiera natomiast koncepcji prawdziwie holistycznego podejścia do ochrony NDK, jakim jest folklor, ani odniesienia się do praw zwyczajowych społeczności, które folklor rozwijają.

W 2000 r. w ramach WIPO powstał organ, którego celem miało być wypracowanie nowych międzynarodowych regulacji odnośnie wiedzy tradycyjnej, zasobów genetycznych i folkloru; w skrócie nazywany IGC – Międzyrządowy Komitet ds. własności intelektualnej, zasobów genetycznych, wiedzy tradycyjnej i folkloru³⁹. Dla krajów rozwijających się sam fakt powołania specjalnie dedykowanego organu był symbolicznym i ważnym krokiem, nawet, jeżeli IGC nie otrzymał klarownego mandatu ustawodawczego. IGC nie jest ciałem stałym przy WIPO, otrzymuje 2-letni mandat, każdorazowo odnawiany przez kraje członkowskie WIPO, raportuje do Zgromadzenia Ogólnego WIPO.

Po siódmej sesji IGC, w listopadzie 2004 r., projekty legislacji zostały złożone. Projekty nie zostały przyjęte ani zatwierdzone przez IGC, pozostają nadal w dyskusji. Projekty legislacji obejmują postulaty: 1) uznania zbiorowego charakteru praw ludów tubylczych i rdzennych do NDK i wiedzy tradycyjnej na równi z innymi dziełami; 2) zapobiegania przyznawaniu nienależnych praw własności intelektualnej nieuprawnionym stronom; 3) wzmocnienia pozycji rdzennych posiadaczy wiedzy w celu zapobieżenia sprzeniewierzeniu; 4) sankcje dotyczące sprzeniewierzenia wiedzy tubylczej i innego nieuczciwego wykorzystania; 5) konieczność zapewnienia uprzedniej świadomej zgody na wykorzystanie (ang. *prior informed consent*).

W trakcie piętnastu lat swojego działania IGC wysyłał sprzeczne komunikaty do krajów rozwijających się, ludności rdzennej i społeczności lokalnych.

³⁸ Tamże.

³⁹ The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, <https://www.wipo.int/tk/en/igc>.

Z jednej strony podejmował próby uznania praw i oczekiwań tych krajów i grup ludności, a z drugiej strony usiłował dostosować propozycje regulacji do już istniejących modeli praw własności intelektualnej, jasno określając, iż jego priorytetem jest przestrzeganie mandatu, czyli oczekiwania ludności rdzennej i lokalnej muszą być „bardziej realistyczne⁴⁰”. Najbardziej jaskrawym przykładem jest kwestia roli praw zwyczajowych w tworzeniu nowych regulacji dotyczących ochrony praw do wiedzy tradycyjnej, zasobów genetycznych i folkloru. Przedstawiciele krajów rozwijających się od początku argumentowali, że prawa zwyczajowe muszą być uwzględnione w nowych regulacjach, jako że znajdują się najbliżej wiedzy tradycyjnej. Początkowo IGC uznało ten argument, jednakże od 2014 r. większość odniesień do praw zwyczajowych usunięto z projektów regulacji, zastępując je odniesieniami do norm i praktyk kulturalnych – terminów nieznanymi prawu międzynarodowemu. IGC odszedł od systemu *sui generis* zastępując go swego rodzaju hybrydą – tzw. trójwarstwowym systemem IGC. W ramach tej konstrukcji IGC podzielił wiedzę tradycyjną, zasoby genetyczne i folklor na trzy grupy o różnym zakresie ochrony: 1) tzw. święte i sekretne zasoby wiedzy tradycyjnej – najwyższy poziom ochrony, wymagający udzielenia uprzedniej świadomej zgody i uzgodnionych warunków umowy, 2) wiedza nie-święta i nie-tajemna, ale nieupowszechniana szeroko – konieczność zawarcia w porozumieniu dwustronnym zasady sprawiedliwego podziału zysków powstałych w wyniku wykorzystania, c) szeroko dzielona wiedza tradycyjna – do korzystania bezpłatnie pod warunkiem respektowania praw moralnych „właścicieli”.

Jednocześnie IGC nie zaproponował definicji tych trzech grup zasobów, ani też sposobów/metod ich klasyfikacji. Dlatego należy uznać, że prace WIPO nad międzynarodowym uniwersalnym instrumentem ochrony NDK powinny być skorelowane z innymi międzynarodowymi inicjatywami, zwłaszcza z propozycjami UNESCO, w przeciwnym wypadku nie będą ani uniwersalne, ani nie zyskają powszechnej akceptacji społeczności międzynarodowej.

⁴⁰ *Assemblies of Member States of WIPO Fifty-Fifth Session*, October 5 to 14. 2015, WO/GA/49/18, EU Proposal for IGC Mandate 2018/2019.

3.5. Zastrzeżenia ludności rdzennej dotyczące międzynarodowych regulacji i rekomendacji podjętych do 1993 r.

Zarówno postulaty i wnioski wyrażone w Deklaracji Mataatua⁴¹, jak i Joint Statement of Indigenous Consultative Forum⁴², podkreślają zdecydowanie, iż ludy tubylcze świata mają prawo do samostanowienia i w ramach jego wykonywania muszą być uznane za wyłącznych właścicieli ich kulturowego i intelektualnego dziedzictwa. Jednocześnie stwierdza się, że mimo, iż ludy tubylcze są w stanie zarządzać swoim dziedzictwem samodzielnie, chcą udostępnić je całej ludzkości, pod warunkiem, że ich podstawowe prawa dotyczące definiowania, co jest dziedzictwem i w jaki sposób zostanie udostępniane i chronione będą respektowane przez społeczność międzynarodową (Preambuła Deklaracji Mataatua). Twórcy Deklaracji Mataatua podkreślają dodatkowo, iż tradycyjnie zajmowane przez ludy tubylcze ziemie muszą im zostać zwrócone celem prowadzenia tradycyjnej produkcji rolniczej, a wszystkie ludzkie szczątki i towarzyszące pochówkom artefakty będące w posiadaniu muzeów także powinny powrócić do ludów tubylczych⁴³.

W obydwu dokumentach stwierdza się, iż istniejące mechanizmy ochrony dziedzictwa są nieadekwatne do ochrony praw własności intelektualnej ludów tubylczych (art. 1.2 Deklaracji Mataatua), głównie z następujących powodów: 1) prawo autorskie chroni ideę przekształconą w określony, materialny format, a NDK to ekspresja przekonań, praktyk i wartości danej społeczności nieposiadająca formy materialnej, udokumentowanej; 2) prawo autorskie wymaga zachowania pewnych stałych parametrów dzieła, a NDK z natury jest zmienne, ewoluujące; 3) prawo autorskie stawia wymóg identyfikacji autora oraz oryginalności dzieła; w przypadku NDK niemożliwy do spełnienia; 4) prawa autorskie są ograniczone odnośnie czasu ochrony; 5) rejestracja znaku towarowego lub patentu często przekracza możliwości finansowe lokalnych społeczności; 6) inna jest koncepcja własności niektórych społeczności – np.: nie istnieje pojęcie indywidualnej czy kolektywnej własności gruntu, który często postrzegany jest jako dar od bóstwa albo bóstwo samo w sobie, co oznacza, że nikt nie może być właścicielem gruntu; 7) w nowych regulacjach ludność rdzenna i społeczności lokalne

⁴¹ *The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples* – deklaracja wieńcząca pierwszą międzynarodową konferencję poświęconą prawom kulturalnym ludów tubylczych, zorganizowaną w czerwcu 1993 roku w Nowej Zelandii przez 9 grup tubylczych, zawierająca postulaty skierowane do ONZ, <http://www.ngaaho.maori.nz/cms/resources/mataatua.pdf>.

⁴² *Joint Indigenous Statement* – nieformalne uwagi i zastrzeżenia reprezentantów ludności tubylczej odnośnie adekwatności ochrony NDK zaprezentowane podczas zamknięcia jedenastej sesji IGC (WIPO/GRTKF/IC/11/5(a)).

⁴³ <http://www.ngaaho.maori.nz/cms/resources/mataatua.pdf>, [dostęp 29.05.2019].

muszą być uznane za prawnych opiekunów ich własnej wiedzy, kultury i folkloru wraz z wyłącznym prawem do kontroli i zarządzania; 8) konieczność zawarcia w nowych regulacjach wymogu uzyskania świadomej, uprzedniej zgody władających dziedzictwem na jego wykorzystanie⁴⁴.

4. ARIPO – próba wypracowania kompleksowych rozwiązań w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego

ARIPO powstała w 1976 r. na mocy porozumienia z Lusaki⁴⁵, ale jej historia sięga początków lat 70. XX w. i seminarium w Nairobi na temat patentów i praw autorskich dla anglojęzycznych krajów afrykańskich, którego efektem było zalecenie utworzenia regionalnej organizacji własności przemysłowej⁴⁶. W 1973 r. Komisja Gospodarcza Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Afryki (UNECA⁴⁷) oraz WIPO odpowiedziały na prośbę tych krajów ustanawiając regionalną organizację i przygotowując projekt umowy o utworzeniu organizacji zajmującej się własnością przemysłową dla anglojęzycznych krajów afrykańskich, początkowo pod nazwą English Speaking African Regional Intellectual Property Organization (ESARIPO⁴⁸), obecnie ARIPO.

Przykład ARIPO w rozważaniach dotyczących holistycznego podejścia do kwestii ochrony dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych został wybrany ze względu na specyfikę regionu – kraje post-kolonialne, o bardzo zróżnicowanym stopniu rozwoju społeczno-ekonomicznego oraz dużej liczbie ludności rdzennej i różnorodności dziedzictwa kulturowego. Ponadto, wiele elementów dziedzictwa kulturowego tych społeczności stanowi podstawę ich bytu ekonomicznego (medycyna tradycyjna, tradycyjne metody hodowli zwierząt i uprawy roślin). Próba wypracowania uniwersalnego systemu ochrony dziedzictwa kulturowego spełniającego oczekiwania wszystkich zainteresowanych stron w tak skomplikowanym pod względem społeczno-politycznie i kulturowo regionie warta jest analizy pod kątem jej replikacji w innych obszarach świata.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ The Lusaka Agreement, <http://www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-7>, [dostęp: 29.05.2019].

⁴⁶ www.aripo.org/index.php/about-aripo [dostęp: 29.05.2019].

⁴⁷ *United Nations Economic Commission for Africa*, <https://www.uneca.org/> [dostęp: 29.05.2019].

⁴⁸ www.aripo.org/index.php/about-aripo [dostęp: 29.05.2019].

4.1. Organizacja: członkowie, struktura

Misją organizacji jest promowanie harmonizacji i rozwoju praw własności intelektualnej dostosowanych do potrzeb swoich członków oraz regionu jako całości. Obecnie 19 krajów (Botswana, Gambia, Kenia, Lesotho, Malawi, Mozambik, Namibia, Sierra Leone, Liberia, Rwanda, Wyspy Św. Tomasza i Książęca, Somalia, Sudan, Suazi, Tanzania, Uganda, Zambia, Zimbabwe) to członkowie ARIPO, natomiast 12 to obserwatorzy (Algieria, Angola, Burundi, Egipt, Erytrea, Etiopia, Libia, Mauritius, Nigeria, Seszele, Afryka Południowa, Tunezja). Organy ARIPO to Rada Ministrów – najwyższy organ, składający się z ministrów krajów członkowskich odpowiedzialnych za kwestie własności intelektualnej, który decyduje o polityce organizacji, Rada Dyrektorów, zrzeszająca dyrektorów instytutów krajowych zarządzających własnością intelektualną – odpowiada za wdrażanie polityki organizacji, zatwierdza budżet i program działań, Komisja Odwoławcza oraz Sekretariat.

Wsparcie ONZ i WIPO przy tworzeniu ARIPO, zaznaczone w Artykule V „Organizacja powinna ustanowić i utrzymywać bliską i uczciwą współpracę z Komisją Gospodarczą ONZ ds. Afryki, Światową Organizacją Własności Intelektualnej”, a także obecna współpraca niewątpliwie powodują, iż pozycja międzynarodowa tej organizacji regionalnej jest silniejsza, niż innych tego typu, ale rodzą też ryzyko wywierania wpływu i nacisku społeczności międzynarodowej na ostateczny kształt legislacji regionalnej.

4.2. Protokół ze Swakopmund

ARIPO zaproponowała szereg rozwiązań ukierunkowanych na uporządkowanie kwestii praw własności intelektualnej w regionie, jak np.: Protocol on Patents and Industrial Designs⁴⁹, przyjęty w 1982 r. w Harare, Banjul Protocol on Marks, przyjęty w Banjul⁵⁰ w 1993 r., Arusha Protocol for the Protection of New Varieties of Plants⁵¹, przyjęty w 2015 r., co świadczy o kompleksowym i wyczerpującym podejściu do kwestii regulacji praw własności intelektualnej. Jednakże, jako iż tematem niniejszego artykułu jest ochrona dziedzictwa kulturowego, szczegółowej analizie poddany zostanie *Swakopmund Protocol On The Protection Of*

⁴⁹ Harare [dostęp: 14.05.2019].

⁵⁰ The Banjul Protocol on Marks z 19.11.1993, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-4 [dostęp: 14.05.2019].

⁵¹ Arusha Protocol for the Protection of New Varieties of Plants z 6.07.2015, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-6 [dostęp 14.05.2019].

Traditional Knowledge And Expressions Of Folklore (Protokół⁵²), przyjęty 9 sierpnia 2010 roku, ratyfikowany dotychczas przez 9 członków ARIPO (Botswana, Gambia, Liberia, Malawi, Namibia, Rwanda, Zambia, Zimbabwe).

W preambule podkreślona jest wartość handlowa i edukacyjna wiedzy tradycyjnej, tradycyjnych kultur i folkloru; na uwagę zasługuje wyartykułowana wprost wartość handlowa NDK dla sygnatariuszy Protokołu. Jednocześnie wskazuje się na konieczność poszanowania i uznania zwyczajowej opieki społeczności lokalnych i rdzennych nad NDK, przy czym wiedza tradycyjna i folklor są zdefiniowane osobno; folklor jako wszelkie formy, materialne lub niematerialne, w których tradycyjna kultura i wiedza są wyrażane, pojawiają się lub są manifestowane (Sekcja 2.1).

Definicja wiedzy tradycyjnej jest szeroka, odnosi się ona do wszelkiej wiedzy pochodzącej od społeczności lokalnych lub rdzennych, będącej rezultatem działalności intelektualnej w tradycyjnym kontekście, jak: know-how, innowacje, praktyki, nauka wpisane w tradycyjny styl życia społeczności, przekazywany z pokolenia na pokolenie. Ponadto, nie wymienia enumeratywnie i zawężająco poszczególnych pól eksploatacji, stwierdzając, iż może obejmować wiedzę rolniczą, środowiskową, medyczną lub związaną z zasobami genetycznymi. Także w definicji beneficjentów (sekcja 6 Protokołu) zastosowano nowatorskie podejście poprzez stwierdzenie, iż depozytariuszami praw są posiadacze tradycyjnej wiedzy, tj. rdzenna lub tradycyjna społeczność, uznane jednostki w takich społecznościach, które tworzą, przechowują i przekazują w kontekście tradycyjnym i międzypokoleniowym wiedzę tradycyjną i folklor. Podjęto się zatem próby zbalansowania prawa zbiorowości i prawa jednostki. Jednocześnie zabrakło definicji lokalnej lub rdzennej społeczności, co może rodzić problemy interpretacyjne – jakie społeczności można uznać za rdzenne lub tradycyjne.

Ochrona wiedzy tradycyjnej i folkloru powinna następować *per se*, bez wymogu spełnienia jakichkolwiek kroków formalnych (Sekcja 5.1), co jest niewątpliwie innowacyjnym konceptem, aczkolwiek praktycznie raczej trudno wykonalnym, ponieważ zakłada uznanie swego rodzaju prawa zwyczajowego przez wszelkich interesariuszy, bez sankcji i możliwości jego wyegzekwowania.

Depozytariuszom wiedzy tradycyjnej przyznano wyłączne prawo do udzielania podmiotom trzecim zezwolenia na wykorzystanie tej wiedzy oraz prawo uniemożliwienia jej wykorzystania bez zezwolenia (Sekcja 7). Depozytariusze wiedzy tradycyjnej mają prawo do zawierania umów licencyjnych odnośnie wykorzystania tej wiedzy, ale tylko wtedy, jeżeli należy ona do jednostki, a nie

⁵² Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) z 9.08.2010, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-5, [dostęp: 14.05.2019].

społeczności lokalnej lub tubylczej. Takie umowy muszą być zawierane na piśmie pod rygorem nieważności, a dodatkowo ARIPO tworzy rejestr wszystkich umów licencyjnych zawartych w państwach-sygnatariuszach (Sekcja 8).

Kwestia okresu ochrony została rozwiązana w Protokole w niezwykle holistyczny sposób; wiedza tradycyjna podlega ochronie tak długo, jak spełnia kryteria ochrony określone w sekcji 4 Protokołu, czyli dotyczy: 1) wiedzy wytworzonej, zachowywanej i przekazywanej w kontekście tradycyjnym i międzypokoleniowym; 2) wiedzy wyraźnie związanej ze społecznością lokalną lub tradycyjną; 3) wiedzy stanowiącej integralną część tożsamości kulturowej społeczności lokalnej lub tradycyjnej, która to społeczność uznana została za kuratora lub opiekuna zbiorowego formalnie lub nieformalnie poprzez zwyczajowe praktyki, prawa lub protokoły. W przypadku wiedzy tradycyjnej należącej do osoby fizycznej okres ochrony wynosi 25 lat po wykorzystaniu wiedzy tradycyjnej poza jej tradycyjnym kontekstem przez tę osobę. Sposób zdefiniowania wiedzy tradycyjnej „żywej” gwarantuje ochronę tym wszystkim elementom NDK, które są dla danych społeczności istotne, nadal praktykowane i określają jej tożsamość, eliminując jednocześnie ochronę tych aspektów dziedzictwa, które utraciły znaczenie dla tych społeczności.

Kwestią uregulowaną w Protokole odrębnie jest ochrona folkloru, któremu taka ochrona przysługuje niezależnie od formy i rodzaju. Ustawodawca w kreatywny i adekwatny do natury chronionego dobra sposób rozwiązał kwestię autorstwa, stwierdzając, iż „folklor stanowi produkt kreatywnej i kumulatywnej aktywności intelektualnej, takiej jak: twórczość zbiorowa lub twórczość indywidualna, w której tożsamość jednostki nie jest znana” (Sekcja 16). Dodatkowo folklor określono jako produkt kreatywnej i kumulatywnej aktywności intelektualnej, charakterystyczny dla tożsamości kulturowej i tradycyjnego dziedzictwa danej społeczności, utrzymywany i wykorzystywany przez taką społeczność zgodnie ze zwyczajowymi prawami i praktykami tej społeczności. Wyraźne nawiązanie do związku pomiędzy dziedzictwem a tożsamością społeczności i podkreślenie roli praw zwyczajowych w „zarządzaniu” folklorem to – jak się wydaje – udana próba dostosowania pewnych elementów praw własności intelektualnej (nowa definicja przedmiotu i podmiotu praw autorskich, elastyczny czas ochrony, rozwiązanie problemu nieznanego autorstwa i warunku oryginalności dzieła) znanych prawu międzynarodowemu do specyfiki i natury dobra niematerialnego, jakim jest folklor.

W Sekcji 19 Protokołu ustawodawca nakłada na państwa-sygnatariuszy szczególne obowiązki odnośnie ochrony folkloru przed bezprawnym użyciem i wszelkim formom zniekształcenia. W odniesieniu do ekspresji folkloru o szczególnej kulturalnej lub duchowej wartości lub znaczeniu dla społeczności, umawiające się państwa muszą wdrożyć odpowiednie i skuteczne prawne oraz praktyczne środki w celu zapewnienia, że konkretne społeczności będą mogły

zapobiec nielegalnym działaniom poprzez wcześniejsze wyrażenie (lub niewyrażenie) uprzedniej, świadomej zgody. Mimo, że obowiązek nałożony jest na państwo-sygnatariusza, wymaga ścisłej współpracy ze społecznością lokalną lub tubylczą i tej społeczności pozostawia ostateczną decyzję; państwo-sygnatariusz ma obowiązek zbudować odpowiednie mechanizmy prewencji i postawić je do dyspozycji zainteresowanych społeczności. Jest to zapis zdecydowanie odróżniający się od aktów prawa międzynarodowego, które zawsze decyzje odnośnie sposobu i formy realizacji postanowień, a także definicji podmiotów i przedmiotów ochrony prawno-autorskiej pozostawiają państwu.

Rola depozytariuszy folkloru została dodatkowo wzmocniona w sekcji 22 Protokołu, gdzie stanowi się, iż zezwolenia na wykorzystanie wyobrażeń folkloru przez podmioty trzecie uzyskuje się od właściwego organu krajowego, który działa w imieniu i na rzecz zainteresowanych społeczności i po obowiązkowej konsultacji ze społecznością odnośnie zakresu i warunków zezwolenia. Zainteresowane społeczności – zgodnie z postanowieniami Protokołu – zyskują status faktycznych decydentów w zakresie zarówno ochrony, jak i warunków, na jakich zainteresowane podmioty trzecie mogą wykorzystywać folklor, a rolą państwa-sygnatariusza jest wdrożenie adekwatnych instrumentów prawno-administracyjnych i udostępnienie ich zainteresowanym społecznościom – jest to faktycznie upodmiotowienie tych grup i zdecydowany prymat praw zbiorowości nad prawami jednostki.

Na uwagę zasługuje postanowienie Sekcji 14.3 przewidujące także rejestrację wielokulturowych i transgranicznych przejawów folkloru i wiedzy tradycyjnej w celu rozwiązania niepewności związanych z własnością tej wiedzy, która może być przechowywana przez więcej niż jedną społeczność w tym samym lub sąsiednim kraju.

4.3. Inne inicjatywy ARIPO

Kolejną nowatorską – ze względu na wartość edukacyjną – inicjatywą ARIPO jest Draft CopyRight Awerness Rising Guide⁵³, przyjęty w 2014 r. na 38. sesji Rady Administracyjnej, czyli swego rodzaju „podręcznik” podnoszenia świadomości na temat praw autorskich w państwach członkowskich.

ARIPO prezentuje przewodnik jako realizację swojej misji, którą jest promowanie harmonizacji i rozwoju praw własności intelektualnej, w sposób adekwatny dla każdego z państw członkowskich i regionu. W przewodniku przedstawione

⁵³ Copyright Awareness Raising Guide for ARIPO Member States, 17–21.11.2014, www.aripo.org/publications/copyright-publications/item/152-copyright-awareness-raising-guide-for-aripo-member-states [dostęp 12.03.2019].

są najważniejsze wyzwania dla państw członkowskich na drodze harmonizacji praw własności intelektualnej, a także praktyczne narzędzia i metody implementacji nowych rozwiązań. Jako jeden z najistotniejszych warunków autorzy przewodnika wskazują konsultacje z interesariuszami i konieczność zaangażowania ich w proces tworzenia i wdrażania programów i projektów. Interesariusze wskazani są jako szeroka grupa, obejmująca, m.in.: twórców, legislatorów, posiadaczy praw (autorów, artystów, wydawców), ich stowarzyszenia, organizacje zarządzania zbiorowego, inne agendy rządowe regulujące kwestie twórczości, użytkowników, ale także sektor prywatny, media i opinię publiczną – jest to pozycjonowanie kwestii praw własności intelektualnej jako wyzwania ogólnokrajowego, a nie dotyczącego wąskiej grupy zainteresowanych⁵⁴.

ARIPO wskazuje także konkretne przykłady strategii, jakie mogą zastosować poszczególne kraje członkowskie, takie jak: tworzenie partnerstw z posiadaczami praw, z agendami rządowymi, tworzenie partnerstw publiczno-prywatnych, wykorzystanie liderów opinii publicznej, tworzenie krajowych komitetów wszystkich zainteresowanych stron, współpracę międzynarodową. ARIPO słusznie sugeruje, podobnie, jak twórcy EKPA⁵⁵, iż powiązanie kreatywności z kulturą i z różnymi gałęziami gospodarki z jednej strony może motywować twórców, dając im poczucie bezpieczeństwa oraz komfort tworzenia, z drugiej zaś strony jej zadaniem jest umożliwienie korzystania w takim samym zakresie z utworów na skalę ponadnarodową, czemu jak dotąd na przeszkodzie stoi brak jednolitych, uniwersalnych regulacji oraz zasada terytorialności, a dodatkowo bardzo różnorodne systemy prawno-administracyjne krajów członkowskich. Odbiorcy przewodnika otrzymują także szereg szczegółowych narzędzi, gotowych do zastosowania, wraz z przykładami ich zastosowania oraz, oczywiście, wsparcie techniczne samej ARIPO.

ARIPO podpisała szereg porozumień bilateralnych dotyczących ochrony praw autorskich i praw pokrewnych, jak np.: Cooperation Agreement between African Intellectual Property Organization (OAPI) and ARIPO on Harmonization of Intellectual Property in Africa, porozumienie pomiędzy ARIPO Japan Patent Office (JPO) and OAPI⁵⁶, porozumienie z Europejskim Urzędem Patentowym z 2007 r.⁵⁷, porozumienie z Chińskim Urzędem Patentowym (SIPO)⁵⁸ z 2007 r. i wiele innych. Buduje też skutecznie kompetencje regionalne w zakresie harmonizacji i rozwoju ochrony własności intelektualnej we współpracy i przy wsparciu społeczności międzynarodowej – przykładem jest pionierska

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ Europejski Kodeks Prawa Autorskiego (ang. European Copyright Code) z 26.04.2010 r., www.copyrightcode.eu [dostęp: 10.05.2019].

⁵⁶ <https://www.aripo.org/cooperation-agreements> [dostęp: 10.05.2019].

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ Tamże.

inicjatywa organizacji, czyli stworzenie wydziału Master of Intellectual Property na Uniwersytecie w Zimbabwe⁵⁹, przy wsparciu WIPO oraz Japońskiego Urzędu Patentowego. Od czasu utworzenia wydziału, około 100 nowych ekspertów wspiera zarówno samą ARIPO, jak i organy zarządzające własnością intelektualną w poszczególnych krajach-sygnatariuszach. ARIPO organizuje i bierze udział w kilkunastu konferencjach i seminariach międzynarodowych dotyczących kwestii własności intelektualnej rocznie, z udziałem WIPO, innych krajowych i regionalnych urzędów patentowych oraz organizacji zbiorowego zarządzania prawami.

W 2018 roku ARIPO zapoczątkowała „cyfrową rewolucję” w swojej działalności, uruchamiając bezpłatną regionalną bazę danych własności intelektualnej w swojej siedzibie w Harare w Zimbabwe (ARIPO Regional IP Database). Regionalna baza danych IP, która znajduje się na etapie wdrażania, zawiera informacje na temat zgłoszeń do rejestracji patentów, projektów i znaków towarowych przeprowadzanych przez większość państw członkowskich ARIPO. Zawiera również informacje na temat zgłoszeń krajowych przeprowadzanych w państwach członkowskich.

Rozwój regionalnej bazy danych IP, która jest bezpłatna i łatwa w dostępie do wyszukiwania przez agentów IP i każdego, kto chce uzyskać informacje lub zarejestrować patent, wzór przemysłowy lub znak towarowy w 13 państwach członkowskich, jest wspierany i administrowany przez WIPO, który dostarczył oprogramowanie dla regionalnej bazy danych IP, a także pomógł w ekstrakcji opublikowanych danych IP z systemu automatyzacji własności przemysłowej w tych trzynastu państwach członkowskich.

Regionalna baza danych IP została zaprojektowana, aby skutecznie służyć kilku celom: udostępnianie opublikowanych danych IP online; zachęcanie do handlu regionalnego, badania naukowe w zakresie własności intelektualnej, ochrona praw własności intelektualnej i jej egzekwowanie w regionie ARIPO oraz zrównoważony rozwój własności intelektualnej. Utworzenie regionalnej bazy danych IP może przyczynić się do poprawy wykorzystania instrumentów IP w regionie ARIPO przez 19 państw członkowskich, zwiększając z czasem liczbę lokalnych i regionalnych aplikacji IP.

Analizując raporty roczne ARIPO za 2015 i 2016 rok⁶⁰ możemy ocenić mierzalny liczbowo efekt działań organizacji w postaci zgłoszonych i zarejestrowanych wniosków patentowych, znaków towarowych i wzorów przemysłowych.

⁵⁹ Master in Intellectual Property (MIP) offered jointly by The World Intellectual Property Organization (WIPO), The African Region Intellectual Property Organization (ARIPO) and Africa University (AU), with Financial Assistance from The Government of Japan, https://welc.wipo.int/uploads/MIP_AFRICA_2017.pdf.

⁶⁰ ARIPO Annual Report 2015; ARIPO Annual Report 2016, www.aripo.org.

W 2015 ARIPO otrzymała 780 wniosków o rejestrację patentów, a 429 zostało ostatecznie udzielonych, 362 wnioski o rejestrację znaku towarowego, a 338 zarejestrowano, 155 wniosków o rejestrację wzoru przemysłowego, a 103 zarejestrowano. W 2016 r. było to odpowiednio: 697 aplikacji patentowych i 468 udzielonych patentów, 297 aplikacji dotyczących znaku towarowego, a 213 zarejestrowanych oraz 124 wnioski o rejestrację wzoru przemysłowego i 119 zarejestrowane. Zważywszy, iż organizacja zrzesza zaledwie 19 państw, liczby te są na pewno znaczące, a dodatkowo warto podkreślić, iż większość zarejestrowanych patentów, znaków towarowych i wzorów przemysłowych dotyczy wnioskodawców z USA, Afryki Południowej, Niemiec, a następnie Japonii, Chin i Wielkiej Brytanii. Świadczy to o skutecznej współpracy ARIPO na arenie międzynarodowej, skuteczności zawartych porozumień bilateralnych, a także rzetelnej ocenie zgłoszonych wniosków i odmowie rejestracji w niektórych przypadkach.

W oparciu o komparatywną analizę rozwoju legislacji w krajach członkowskich, przeprowadzoną przez ARIPO⁶¹, należy stwierdzić, iż w większości krajów członkowskich zarówno legislacje, jak i ustanowienie instytucji państwowych zarządzających szeroko pojętą własnością intelektualną, jak też powstanie organizacji zbiorowego zarządzania prawami miało miejsce po powstaniu ARIPO i przystąpieniu tych krajów do organizacji. Pozwala to wysnuć wniosek, iż ARIPO miało wpływ na kształtowanie świadomości, jakie jest znaczenie ochrony szeroko pojętych praw własności intelektualnej dla twórców, dla kultury i gospodarki krajowej. Kenia, Uganda, Sierra Leone, Ghana, Botswana i Rwanda zawarły w swoich ustawach krajowych obowiązek ochrony folkloru, a także aspekt ochrony nie tylko materialnych, ale także osobistych praw autorów.

Trzydzieścioro państw ratyfikowało porozumienie TRIPS (Kenia, Uganda, Sierra Leone, Ghana, Botswana, Rwanda, Lesotho, Liberia, Swaziland, Mozambique, Gambia, Ghana, Zimbabwe), ale zaledwie trzy (Ghana, Kenia, Botswana) porozumienia WCT i WPPT⁶². Mimo, że poziom ratyfikacji traktatów międzynarodowych przez członków ARIPO jest niski, należy podkreślić, iż wszystkie wprowadziły legislacje dotyczące praw autorskich i praw pokrewnych, a część z nich także ochronę prawną folkloru.

Połowa członków ARIPO ratyfikowała Protokół ze Swakopmund – możemy postrzegać ten fakt jako porażkę i sukces jednocześnie; jest to zaledwie 9 krajów z 19. Jednakże zważywszy na skomplikowaną sytuację polityczną i ekonomiczną

⁶¹ Comparative Study on Copyright Laws of ARIPO Member States, ARIPO Comparative Studies, vol. 2, www.aripo.org.

⁶² Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r. Dz.U. z 2004 nr 41. poz. 375, Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o Prawie Autorskim, sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2005 nr 3 poz. 12.

regionu, gdzie ochrona NDK nie jest postrzegana powszechnie jako priorytet rozwojowy, sukcesem ARIPO jest przekonanie tych 9 krajów, iż NDK, wiedza tradycyjna, folklor mają wartość materialną dla kraju. Jest to argument, który – zdaniem autorki – wpłynął na ratyfikację Protokołu przez te konkretne kraje.

Niewątpliwą przewagą ARIPO w porównaniu z innymi tego typu organizacjami, jest przemyślana i uwzględniająca specyficzne i często sprzeczne interesy wszystkich uczestników tego procesu strategia. Z jednej strony, ARIPO zapewniła sobie współpracę, wsparcie i poparcie społeczności międzynarodowej (ONZ, WIPO), unikając jednocześnie dominacji i nadmiernego wpływu tych organizacji na własną politykę oraz kształt proponowanych rozwiązań. Na szczególne uznanie zasługuje polityka ARIPO wobec własnych członków – polegająca przede wszystkim na budowaniu świadomości, budowaniu kompetencji krajowych i regionalnych, edukacji, współpracy z szerokimi grupami interesariuszy (NGO's, przedsiębiorcy, legislatorzy, posiadacze praw), a w końcowym etapie przekonywaniu do akceptacji proponowanych rozwiązań. Najlepszym podsumowaniem jest cytat z ostatniego magazynu ARIPO⁶³: „głównym wyzwaniem dla rozwoju ARIPO będzie pomóc decydentom zrozumieć, w jaki sposób ochrona własności intelektualnej może pomóc w rozwoju kontynentu” – ARIPO prezentuje swoim członkom argumenty korzyści, które są skuteczniejsze, aniżeli tylko działania polityczno-legislacyjne.

5. Refleksje końcowe

Problematyka ludów tubylczych i rdzennych, w tym aspekt ochrony i zachowania ich NDK pojawiły się na forum międzynarodowym wraz z końcem epoki kolonialnej, na początku lat 60. XX w. Na początku XXI w. zyskały nowy, nieznanym dotąd aspekt związany z globalizacją – koniecznością zapewnienia zrównoważonego rozwoju, zachowania różnorodności kulturowej i bioróżnorodności, co uplasowało je wysoko w agendzie międzynarodowej polityki. Dlatego społeczność międzynarodowa, głównie w ramach mandatu ONZ (UNESCO) oraz WIPO podjęła szereg inicjatyw, zarówno w zakresie „soft law”, jak i wiążących traktatów – opisanych w pierwszej części artykułu, celem zagwarantowania ochrony praw ludności rdzennych i tubylczych, w tym szeroko pojętego prawa do kultury (zachowania i ochrony swojego dziedzictwa materialnego i niematerialnego) jako elementu praw człowieka – prawa do zachowania swojej tożsamości i odrębności. Mimo dużej aktywności i wielu inicjatyw społeczności międzynarodowej ostateczny efekt w postaci pełnej ochrony dziedzictwa kulturowego społeczności rdzennych i tubylczych nie został osiągnięty. Analizując powody

⁶³ „ARIPO Magazine” 2018, vol. 8, nr 2, www.aripo.org.

nieadekwatności obecnych mechanizmów międzynarodowych w ochronie NDK ludów rdzennych i tubylczych, warto wskazać przyczyny zarówno polityczne, jak i formalno-prawne oraz ekonomiczne.

Wśród przyczyn politycznych jedną z najważniejszych przeszkód jest obawa zwłaszcza tych krajów, które posiadają największy odsetek ludności rdzennej i tubylczej, iż przyznanie jej prawa do odrębności kulturowej, związanego z prawem własności zajmowanych ziem wraz z ich bogactwami naturalnymi, może doprowadzić do ruchów separatystycznych i prób oderwania od kraju-gospodarza. W przypadku krajów rozwijających się ten aspekt jest szczególnie newralgiczny, ponieważ zagraża niedawno osiągniętej niezależności i integralności post-kolonialnej.

Kolejnym wyzwaniem dla osiągnięcia konsensusu międzynarodowego w pełnej ochronie praw ludności tubylczych i rdzennych, w tym prawa do kultury i dziedzictwa, jest sektor międzynarodowego biznesu, zainteresowany minimalizowaniem kosztów operacyjnych, w tym pozyskiwaniem surowców, receptur tradycyjnej medycyny, zasobów biologicznych, wzorów sztuki prymitywnej itp. po minimalnych kosztach, które skutecznie wpływają na stanowiska swoich rządów w kwestii ratyfikacji adekwatnych regulacji⁶⁴.

Przyczyny formalno-prawne także utrudniają skuteczną ochronę dziedzictwa kulturalnego ludów tubylczych i rdzennych. Większość instrumentów międzynarodowych mających zastosowanie do NDK oparta jest o system ochrony praw własności intelektualnej, nieadekwatny do ochrony dziedzictwa niematerialnego, wyłączający prawa zwyczajowe. Międzynarodowe mechanizmy ochrony NDK zależne są od koncepcji instrumentalnego wykorzystania tego dziedzictwa przez zainteresowane państwa, które wpływają na kształt zarówno regulacji, jak i „soft law”. Również wiążące sygnatariuszy traktaty i konwencje międzynarodowe kształtują regulacje ochrony NDK uwzględnieniem priorytetowych interesów państwa-sygnatariusza, pozostawiając mu swobodę uznania zarówno, jakie przejawy dziedzictwa powinny być chronione oraz jakie narzędzia i instrumenty ochrony należy wdrożyć.

Kolejnym problemem jest często niejasny prawnie status społeczności rdzennych i lokalnych – ich upodmiotowienie należałoby zacząć od budowania ich kompetencji – merytorycznych, logistycznych i finansowych – aby to one same decydowały, jak chronić i rozwijać swoje dziedzictwo kulturowe, jakimi środkami i narzędziami, aby uzyskać autonomię działania i decydowania we własnym imieniu, a z aparatu państwa korzystały jedynie celem zapewnienia sobie wsparcia technicznego czy finansowego. Proces budowania kompetencji powinien być obowiązkiem wszystkich aktorów na scenie międzynarodowej

⁶⁴ D. Zuzek, *Spoleczna odpowiedzialność biznesu a zrównoważony rozwój przedsiębiorstw*, „Zeszyty Naukowe Małopolskiej Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Tarnowie” 2012, t. 21, nr 2.

(rządy państw, biznes, społeczności rdzenne i lokalne), jednakże obowiązek ciążyący na wszystkich powoduje, iż nikt nie czuje się odpowiedzialny za jego realizację. Dlatego powinno być to celem działania organizacji międzynarodowych oraz NGO's, które reprezentują lub wspierają ludność tubylczą i rdzenną. Dodatkowo organizacje reprezentujące ludność rdzenną i tubylczą powinny dążyć do budowania świadomości publicznej na temat roli i znaczenia dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych i rdzennych, ich praw, a także znaczenia zachowania tego dziedzictwa dla całej ludzkości. Przykładem takiej organizacji jest Międzynarodowy Związek Ludów Tubylczych i Plemiennych Lasów Tropikalnych (IAITPTF⁶⁵) – światowa sieć organizacji reprezentujących ludy tubylcze i plemienne zamieszkujące regiony lasów tropikalnych (Afryka, kraje Azji i Pacyfiku oraz Ameryki). Sojusz został założony w 1992 r. podczas krajowej konferencji w Malezji, gdzie przyjęto Kartę Przymierza i od tego czasu nieustannie walczy o prawa ludności rdzennej i plemiennej, także poprzez współpracę z międzyrządowymi organizacjami międzynarodowymi, w tym z WIPO.

ARIPO rozpoczęła budowanie kompetencji lokalnych i regionalnych, poprzez na przykład stworzenie wydziału Master of Intellectual Property na Uniwersytecie w Zimbabwie, przy wsparciu WIPO oraz Japońskiego Urzędu Patentowego. Od czasu utworzenia wydziału, około stu nowych ekspertów wspiera zarówno samą ARIPO, jak i organy zarządzające własnością intelektualną w poszczególnych krajach-sygnatariuszach. Także duża aktywność ARIPO na arenie międzynarodowej (udział i organizacja konferencji, seminariów) przyczynia się niewątpliwie do pozycjonowania wśród społeczności międzynarodowej kwestii dziedzictwa ludów tubylczych i rdzennych oraz ich praw. Kolejnym naturalnym krokiem w rozwoju działalności ARIPO wydaje się zainicjowanie powstania lub nawiązanie współpracy z organizacją reprezentującą ludność rdzenną i tubylczą Afryki w szerszym aspekcie, to znaczy prawa tej ludności do dziedzictwa materialnego, niematerialnego, zasobów biologicznych, prawa do zajmowania terytorium, praw do odrębności kulturowej i etnicznej. Taka relacja z NGO mogłaby być punktem zwrotnym we współpracy ze społecznością międzynarodową, pod warunkiem, że aktywny udział wezmą w niej bezpośrednio zainteresowani – przedstawiciele społeczności rdzennych i lokalnych, którzy „odzyskają głos”, a ich racje i rekomendacje nie będą prezentowane i zniekształcane przez pośredników.

W ciągu ostatnich 40 lat działalności ARIPO, cel organizacji zmienił się z początkowych prób harmonizacji regulacji dotyczących własności intelektualnej w skuteczny system zarządzania i ochrony praw własności intelektualnej w imieniu swoich członków.

⁶⁵ *International Alliance of Indigenous and Tribal Peoples of the Tropical Forests*, www.onlinevolunteering.org/fr/node/387090 [dostęp: 10.03.2019].

Na przykładzie ARIPO i implementacji regulacji i zaleceń w krajach członkowskich widać wyraźnie, iż rozwój systemu *sui generis* może przybrać dwie formy: jednolitego kompleksowego systemu, takiego jak np.: w Kenii, obejmującego wiedzę tradycyjną, zasoby genetyczne i folklor – The Protection Of Traditional Knowledge And Cultural Expressions Act⁶⁶, ale taki system, aby był skuteczny, musi być interaktywny i partycypacyjny dla wszystkich zainteresowanych stron. Druga forma ochrony mogłaby obejmować zestaw określonych systemów dostosowanych do różnych form wiedzy tradycyjnej lub poprzez inkorporację do istniejących regulacji dotyczących danego rodzaju wiedzy tradycyjnej, jak np.: w Namibii, poprzez dedykowane regulacje, jak: The Traditional Authorities Act No 25 z 2000 r.⁶⁷ (definicja wiedzy tradycyjnej analogiczna z definicją w Protokole ze Swakopmund) czy The Environmental Management Act no 7 z 2007 r.⁶⁸ (odpowiedzialność tradycyjnych społeczności za środowisko i zasoby naturalne). Ta druga forma wymaga szczegółowego audytu istniejących regulacji i wprowadzenie odpowiednich nowelizacji.

Skuteczna ochrona dziedzictwa ludów rdzennych i tubylczych przy jednoczesnym zapewnieniu ludzkości dostępu do tych dóbr kultury nie będzie możliwa bez zmiany „zachodniego” sposobu postrzegania tego dziedzictwa w kategoriach klasycznych dóbr intelektualnych, chronionych w ramach klasycznego prawa własności intelektualnej. Taka zmiana nie jest zaś możliwa bez udziału zainteresowanych społeczności, ich realnego wpływu na wypracowanie adekwatnych instrumentów ochrony tego dziedzictwa. ARIPO jest przykładem organizacji, która stosuje adekwatną strategię wdrażania skutecznej ochrony dziedzictwa ludów tubylczych i rdzennych, z jednej strony uwzględniając specyfikę tego rodzaju dobra i dostosowując propozycje legislacji do jego natury, z drugiej strony skłaniając państwa-sygnatariuszy do akceptacji tych rozwiązań w sposób optymalny dla specyfiki społeczno-ekonomicznej kraju, wreszcie budując kompetencje lokalne i włączając zainteresowane społeczności w proces kształtowania legislacji. Mimo, że ARIPO jest w trakcie procesu, z pewnością wiele z zastosowanych rozwiązań może być wskazówką dla innych regionów świata w kształtowaniu adekwatnej i skutecznej ochrony dziedzictwa kulturowego lokalnych społeczności.

⁶⁶ The Protection Of Traditional Knowledge And Cultural Expressions Act No. 33 of 2016.

⁶⁷ The Traditional Authorities Act No 25 of 2000.

⁶⁸ The Environmental Management Act No 7 of 2007.

Bibliografia

- Blake J., *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, London 2006.
- Correa C., *Intellectual property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, ChicagoDistrib, 2000.
- Daranowski P., *Ludność rdzenna – prawo do samostanowienia – Grenlandia*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2014, t. 5.
- Durbach A., Lixinski L., *Heritage, Culture and Rights. Challenging Legal Discourses*, Oxford-Portland 2016.
- Duvelle C., *We Need to Make Synergies between the Conventions. This is the Next Step for UNESCO...*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017, t. 3, nr 2.
- Francioni F., Lixinski L., *Opening the Toolbox of International Human Rights Law in the Safeguarding of Cultural Heritage* [w:] A. Durbach, L. Lixinski (red.), *Heritage, Culture and Rights. Challenging Legal Discourses*, Oxford-Portland 2016
- Fraser J., *Intellectual Property Watch*, 1.05.2014.
- Gogacz A., *Antropologia kulturowa*, Łódź, 2011.
- Jakubowski A., *State Succession in Cultural Property*, Oxford 2015.
- Lenzerini F., *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford 2014.
- Lenzerini L., *Reparations for Wrongs against Indigenous Peoples’ Cultural Heritage*, Boston-Leiden 2017.
- Lixinski L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford 2013.
- Martinez Cobo J.R., *A Study of the Discrimination Against Indigenous Peoples*, UN Doc. E.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987).
- Schreiber H., *Intangible Cultural Heritage and Soft Power – Exploring the Relationship*, „International Journal of Intangible Heritage” 2017, vol. 12.
- Schreiber H., *Międzynarodowa ochrona kultury i dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych*, „Stosunki Międzynarodowe” 2007, t. 35, nr 1–2.
- Zalasińska K., *Building Bridges Between the 1972 and 2003 Conventions – Searching for an Integrated Protection of Cultural Heritage under UNESCO’s Cultural Conventions System*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017.
- Zuzek D., *Spółeczna odpowiedzialność biznesu a zrównoważony rozwój przedsiębiorstw*, „Zeszyty Naukowe Małopolskiej Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Tarnowie” 2012, t. 21, nr 2.

Akty normatywne, zalecenia, rekomendacje:

African Model legislation for the Protection of the rights of local communities, farmers and breeders and the regulation of access to biological resources,

- Organization of African Unity, Scientific, Technical and Research Commission (OAU/STRC).
- ARIPO Annual Report 2016: Fostering creativity and innovation for economic growth in Africa, 2016
- ARIPO Guidelines for the Domestication of the Marrakesh Treaty (ISBN 978-0-7974-7516-8).
- Arusha Protocol for the Protection of New Varieties of Plants z 6.07.2015, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-6.
- Arusha Protocol for the Protection of New Varieties of Plants, <http://www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-6>.
- Assemblies of Member States of WIPO Fifty-Fifth Session*, October 5 to 14. 2015, WO/GA/49/18, EU Proposal for IGC Mandate 2018/2019.
- Comparative Study on Copyright Laws of ARIPO Member States and their Adherence to International Instruments on Copyright and Related Rights.
- Copyright Awareness Raising Guide for ARIPO Member States, 17–21.11.2014, www.aripo.org/publications/copyright-publications/item/152-copyright-awareness-raising-guide-for-aripo-member-states.
- Europejski Kodeks Prawa Autorskiego (ang. European Copyright Code) z 26.04.2010 r., www.copyrightcode.eu [dostęp: 10.05.2019].
- Harare Protocol on Patents and Industrial Designs z 10.12.1982, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-3.
- Human Rights of Indigenous Peoples, Report of the seminar on the draft principles and guidelines for the protection of the heritage of indigenous people (Geneva, 28 February – 1 March 2000), Chairperson-Rapporteur: Mrs. Erica-Irene Daes, E/CN.4/Sub.2/2000/26.
- International Alliance of Indigenous and Tribal Peoples of the Tropical Forests*, www.onlinevolunteering.org/fr/node/387090 [dostęp: 10.03.2019].
- Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych (zwana też konwencją berneńską) zawarta w Bernie 9 września 1886 r., Dz.U. z 1935 r., nr 84, poz. 515
- Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu 17 listopada 1970 r., Dz.U. z 1974 r. nr 20, poz. 106.
- Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze w 14 maja 1954 r., Dz.U. z 1957 r. nr 46, poz. 212
- Konwencja o ochronie dóbr kultury w sytuacji konfliktów zbrojnych, podpisana w Hadze 14 maja 1954 r., Dz.U. z 1957 r., nr 46, poz. 212.

- Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego, sporządzona w Paryżu 17 października 2003 r., Dz.U. z 2011 r., nr 172, poz. 1018.
- Konwencja UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego, sporządzona w Paryżu 20 października 2005 r., Dz.U. z 2007 r., nr 215, poz. 1585.
- Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjęta w Paryżu 16 listopada 1972 r., Dz.U. z 1976 r., nr 32, poz. 190.
- Master in Intellectual Property (MIP) offered jointly by The World Intellectual Property Organization (WIPO), The African Region Intellectual Property Organization (ARIPO) and Africa University (AU), with Financial Assistance from The Government of Japan, https://welc.wipo.int/uploads/MIP_AFRICA_2017.pdf.
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych przyjęty przez ZO ONZ 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku, Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169.
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez ZO ONZ 16 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r., nr. 38, poz. 167.
- Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, <https://wipolex.wipo.int/en/text/186459>.
- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez ZO ONZ 10 grudnia 1948 r. w Paryżu, Dz.U. z 1989 r. nr. 29, poz. 155.
- Rekomendacja Stałego Forum Narodów Zjednoczonych ds. Problemów Ludności Tubylczej (UNPFII) nr 027 z 2004 r., UN Doc. E/C.19/2004/23
- Rezolucja ZO NZ 61/295 z 13.09.2007 r. UN Doc. A/RES/61/295.
- Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) z 9.08.2010, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-5.
- The Banjul Protocol on Marks z 19.11.1993, www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-4.
- The Environmental Management Act No 7 of 2007.
- The Lusaka Agreement, <http://www.aripo.org/resources/laws-protocols/member-states-copyright-legislation-7>.
- The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, <http://www.ngaaho.maori.nz/cms/resources/mataatua.pdf>.
- The Protection Of Traditional Knowledge And Cultural Expressions Act No. 33 of 2016.
- The Traditional Authorities Act No 25 of 2000.

- Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o Prawie Autorskim, sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2005 nr 3 poz. 12.
- Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r. Dz.U. z 2004 nr 41. poz. 375.
- Tunis Model Law on Copyright for developing countries, WIPO/GRTKF/IC/7/3.
- Tunis Model Law on Copyright for developing countries, WIPO/GRTKF/IC/7/3.
- UN Doc. E.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987).
- UNESCO/WIPO/FOLK/AR/2, 20.06.1985.
- United Nations Economic Commission for Africa, <https://www.uneca.org/>.
- WO/GA/49/18, EU Proposal for IGC Mandate 2018/2019.
- www.wipo.int/tk/en/igc/.
- Załącznik do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu 15 kwietnia 1994 r., Dz.U. z 1996 r., nr 32, poz. 143.

STRESZCZENIE

W artykule poddano analizie rolę reżimów regionalnych w kształtowaniu ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego (NDK) ludów rdzennych i społeczności tradycyjnych na przykładzie Afrykańskiej Regionalnej Organizacji Własności Intelektualnej (ARIPO). W pierwszej części artykułu przedstawiony został rys historyczny rozwoju ochrony NDK ze szczególnym uwzględnieniem reżimu konwencyjnego UNESCO, następnie analizie poddane zostało znaczenie skutecznej ochrony tego dziedzictwa dla egzystencji i tożsamości ludów rdzennych. Następnie przeanalizowano, w jaki sposób kultyuryzacja wielu obszarów prawa międzynarodowego, w szczególności postępujące zbliżanie reżimów międzynarodowej ochrony dziedzictwa kultury oraz praw człowieka, wpłynęła na kształtowanie międzynarodowej ochrony NDK. W kolejnych sekcjach wskazano luki w obecnym systemie międzynarodowej ochrony prawnej NDK oraz główne przyczyny jego nieadekwatności do natury chronionego dobra, m.in. poprzez analizę zastrzeżeń i postulatów ludności rdzennej. Przeprowadzona komparatywna analiza rozwoju legislacji w krajach członkowskich pozwala wysnuć wnioski, iż była ona inspirowana systemem regionalnym wprowadzonym przez ARIPO. Stwierdzono, iż w większości tych krajów zarówno legislacje, jak i ustanowienie instytucji państwowych zarządzających szeroko pojętą własnością intelektualną, jak też powstanie organizacji zbiorowego zarządzania prawami miało miejsce po powstaniu ARIPO i przystąpieniu tych krajów do organizacji. ARIPO miało wpływ na kształtowanie świadomości, jakie jest znaczenie ochrony szeroko pojętych praw własności intelektualnej dla twórców, dla kultury i gospodarki krajowej. We wnioskach przykład ARIPO – będącego nadal w trakcie procesu implementacji reżimu ochrony NDK, opartego o reżim *sui generis* – i stosowanych przez organizację rozwiązań wskazano jako drogowskaz dla innych regionów świata w kształtowaniu adekwatnej ochrony NDK lokalnych społeczności.

Słowa kluczowe: niematerialne dziedzictwo kulturowe, ludy rdzenne i społeczności tradycyjne, Afrykańska Regionalna Organizacja Własności Intelektualnej, WIPO, UNESCO

SUMMARY

The paper analyzes the role of regional legal regimes in developing legal protection for the intangible cultural heritage (ICH) of indigenous and tribal populations on an example of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO).

The first part of the paper summarizes the historical development of ICH protection with particular attention to the UNESCO convention regime, then it focuses on the significance of effective protection of that heritage for the indigenous populations and their identities.

The author then proceeds to analyze how the enculturation of various areas of the international law, in particular the ongoing convergence of the international cultural heritage protection and human rights regimes, affects the development of the international ICH protection.

Further sections highlight the gaps in the existing system of international legal ICH protection and the main reasons for its inadequacy to the nature of the goods to be protected. This analysis is based, among other things, on the reservations and propositions voiced by the indigenous populations themselves.

The following comparative analysis of relevant legislation development in ARIPO member countries leads to the conclusion it has been inspired by the ARIPO regional system. As a result in the majority of the countries concerned both the relevant legislation and the relevant governmental institutions responsible for the management of broadly defined intellectual property, as well as the establishment of collective IP rights management organizations, only occurred after the establishment of ARIPO, and after those countries joined the organization. This leads to the conclusion that ARIPO played a role in building the awareness of how significant the protection of broadly defined intellectual property rights is for the creators, cultures and national economies.

In conclusions of the paper, ARIPO's example – an organization still being in the process of implementing a *sui generis* ICH protection system – and the solutions applied by this organization are pointed out as guidelines for other regions of the world in developing adequate ICH protection for local populations.

Keywords: intangible cultural heritage, Indigenous and tribal populations, ARIPO – African Regional Intellectual Property Organization, WIPO, UNESCO



Dr Damian Kaczan
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
kaczan.damian@gmail.com

Leki weterynaryjne jako produkty lecznicze w rozumieniu ustawy – Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia wybrane

The veterinary medicinal product as medicinal product within
the meaning of polish Pharmaceutical Law Act: selected issues

Abstrakt

Zasady prowadzenia badań klinicznych, postępowania w sprawie dopuszczenia do obrotu, wytwarzania, importu, reklamy i obrotu weterynaryjnymi produktami leczniczymi często stanowią drugorzędny przedmiot zainteresowania przedstawicieli doktryny prawa farmaceutycznego. Trudno to krytykować ze względu na priorytetowe znaczenie ochrony życia i zdrowia pacjentów oraz znaczne podobieństwo stosownych unormowań do przepisów regulujących funkcjonowanie rynku leków przeznaczonych dla ludzi. Problematyki owej nie należy jednak pomijać. Medykamenty stosowane w weterynarii mogą zagrażać nie tylko zwierzętom, ale i aplikujących je osobom, konsumentom żywności pochodzenia zwierzęcego oraz środowisku naturalnemu. Celem artykułu jest zbadanie wybranej materii w tym kontekście z uwzględnieniem postulatu wiążomości tekstu prawnego. Wykorzystano w związku z tym metody: dogmatyczną, aksjologiczną i prawno-porównawczą.

Abstract

The principles of conducting clinical trials, the marketing authorization procedure, manufacturing, importing, advertising and marketing of veterinary medicinal products are often secondary subjects of interest of pharmaceutical law doctrine's representatives. It is difficult to criticize it, because of the priority importance of patients' protection and the significant similarity of relevant regulations to regulations governing the functioning of the market of medicines for people. However, this problem should not be ignored. Medicines used in veterinary medicine may pose a threat not only to animals, but also to people applying them, consumers of food of animal origin and the environment. The aim of the article is to research mentioned matter in this context, taking into account the requirement of conciseness of the legal text. The following methods were used: dogmatic, axiological and comparative.

Wprowadzenie

Na mocy art. 2 pkt 34 ustawy z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (dalej pr. far.)¹ produkty lecznicze weterynaryjne (dalej nazywane także lekami weterynaryjnymi) to takie produkty lecznicze, które są stosowane wyłącznie u zwierząt. Ustawodawca w powołanym przepisie odwołuje się więc do ogólnego pojęcia produktu leczniczego². Mając na względzie dyrektywę *lex specialis derogat legi generali* należy zatem stwierdzić, że unormowania odnoszące się do farmaceutyków bez jakiegokolwiek rozróżnienia dotyczą również leków weterynaryjnych, chyba że ustawa stanowi inaczej³. Powyższe pozwala uniknąć nadmiernego rozbudowywania tekstu prawnego, względnie konieczności obowiązywania dwóch obszernych aktów normatywnych o bardzo zbliżonych postanowieniach – ostatnie rozwiązanie przyjęto w prawie Unii Europejskiej⁴. Wiąże się jednak

¹ Dz.U. z 2017 r., poz. 2211, t.j.

² Stosowną definicję legalną medykamentu *sensu stricto* zawarto w art. 2 pkt 32 pr. far. Warto też zasygnalizować możliwość szerszego rozumienia tego pojęcia – D. Kaczan, *Cywilno-prawne aspekty prawa farmaceutycznego* [niepublikowana rozprawa doktorska], Toruń 2018, s. 63–65.

³ Słuszność owego rozumowania potwierdza treść szeregu przepisów pr. far. – m.in. art. 3 ust. 4 pkt 6 w zw. z ust. 1, art. 65 ust. 4 pkt 2 w zw. z ust. 3 oraz art. 71 ust. 1. Zob. M. Krokora [w:] tenże, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2012, s. 45; R.J. Kruszyński, *Obrót produktem leczniczym w ramach rynku wewnętrznego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 7, s. 15; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 256–258, 269–272.

⁴ Obowiązują bowiem: dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. WE L z 2001 r., Nr 311, s. 67 (dalej dyrektywa

z koniecznością zachowania ostrożności przy redagowaniu poszczególnych przepisów. Z jednej strony należy bowiem uwzględnić podobieństwo mechanizmów działania i celów stosowania medykamentów przeznaczonych dla ludzi oraz farmaceutyków weterynaryjnych⁵. Z drugiej strony trzeba mieć na uwadze oczywiste różnice występujące pomiędzy człowiekiem oraz zwierzęciem⁶. Pomimo to regulacje określające zasady funkcjonowania rynku preparatów wykorzystywanych w medycynie weterynaryjnej nie stanowiły dotąd przedmiotu wnikliwych badań. Szczegółowych rozważań poświęconych wszelkim konsekwencjom normatywnego uznania leków weterynaryjnych za produkty lecznicze nie sposób ująć w publikacji w formie artykułu. Dlatego dalsze wywody ograniczono do analizy węzłowych zagadnień prawnych w wybranym zakresie.

Dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu oraz badania kliniczne

Co do zasady, produkt leczniczy może pojawić się na polskim rynku dopiero po wydaniu pozwolenia na dopuszczenie go do obrotu (art. 3 ust. 1–2 pr. far.). Na gruncie prawa krajowego RP organem właściwym do podjęcia stosownego rozstrzygnięcia jest Prezes Urzędu Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej odpowiednio Prezes UPL oraz Urząd)⁷. Zadania i sposób działania Prezesa UPL oraz Urzędu unormowano w ustawie z 18 marca

2001/83/WE) oraz dyrektywa 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, Dz. Urz. WE L z 2001 r., Nr 311, s. 1 (dalej dyrektywa 2001/82/WE). Zob. § 4 ust. 1 i 3, § 23 ust. 2 § 147 oraz § 156 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. z 2016 r., poz. 283, t.j. (dalej z.t.p.); M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008, s. 60.

⁵ Zob. J. Vetulani [w:] W. Kostowski, P. Kubikowski (red.), *Farmakologia. Podstawy farmakoterapii i farmakologii klinicznej. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1991, s. 76, 91, 149–160; I.L. O. Buxton, *Farmakokinetyka i farmakodynamika. Dynamika wchłaniania, dystrybucji, działania i eliminacji leku*, tłum. K. Kramkowski, [w:] L.L. Brunton, J.S. Lazo, K.L. Parker (red.), *Farmakologia Goodmana & Gilmana. Tom I*, tłum. W. Buczko, T.F. Krzemiński, S.J. Czuczwar, Lublin 2007, s. 36; B.F. Kania, *Nowoczesna farmakologia weterynaryjna i terapia*, Wrocław 2011, s. 30–49; Z. Roliński, *Farmakologia i farmakoterapia weterynaryjna*, Warszawa 2008, s. 30–47.

⁶ Zob. M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 15–22; A. Elżanowski, T. Pietrzykowski, *Zwierzęta jako nieosobowe podmioty prawa*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1, s. 18 i nast.

⁷ Zob. R. Stankiewicz, *Model racjonalizacji dostępu do produktu leczniczego. Zagadnienia publicznoprawne*, Warszawa 2014, s. 229 i nast.

2011 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej u.u.p.l.)⁸ – zob. art. 1 tego źródła prawa.

Zaprezentowane rozwiązanie *prima facie* wydaje się racjonalne. Czynności, podjęcia których prawodawca powinien wymagać od organu administracji publicznej przed wydaniem decyzji w badanym zakresie, w niewielkim stopniu zależą od rodzaju organizmów, jakie mają być poddawane farmakoterapii przy użyciu danej substancji albo mieszaniny⁹. Nie ma też potrzeby znacznego różnicowania wymogów formalnych wniosków o dopuszczenie do obrotu preparatów porównywanych typów oraz dołączanej do nich dokumentacji (por. art. 10 ust. 1–2 z ust. 2a–2b pr. far.). Konkluzje te uzasadnia – wskazane w uwagach wprowadzających – podobieństwo mechanizmów działania leków przeznaczonych dla ludzi i medykamentów weterynaryjnych (farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne – art. 2 pkt 32 pr. far.). Model przyjęty w polskim prawie budzi jednak zastrzeżenia. Osoba piastująca stanowisko Prezesa UPL musi dysponować specjalistyczną wiedzą, aby należycie wykonywać swe zadania. Dlatego ustawodawca wymaga, by dysponowała tytułem zawodowym lekarza lub magistra farmacji (art. 3 ust. 2 pkt 1 u.u.p.l.). Priorytetowe znaczenie dla niego ma zatem ochrona zdrowia pacjentów, co trudno krytykować. Prezes UPL nie jest natomiast w stanie fachowo ocenić danych odnoszących się do produktu leczniczego weterynaryjnego – zwłaszcza, gdy nie dysponuje doświadczeniem zdobytym dzięki zatrudnieniu w administracji weterynaryjnej właściwej w zakresie bezpieczeństwa żywności i pasz (art. 3 ust. 2 pkt 3 lit. c *in fine* u.u.p.l.)¹⁰. W ich przypadku potrzebuje wsparcia Wiceprezesa Urzędu do spraw Produktów Leczniczych Weterynaryjnych (powinien nim być lekarz weterynarii – art. 5 ust. 3 pkt 2 u.u.p.l.) oraz Komisji do Spraw Produktów Leczniczych Weterynaryjnych (składającej się z przedstawicieli nauk weterynaryjnych – art. 7 ust. 9 u.u.p.l.), ale stosowne opinie nie wiążą go (art. 7 ust. 1 u.u.p.l.). Teoretycznie może się zatem zdarzyć, iż Prezes UPL rozstrzygnie o dopuszczeniu

⁸ Dz.U. z 2016 r., poz. 1718, t.j.

⁹ Obejmują w szczególności weryfikację danych zawartych we wniosku i załączonej dokumentacji, a niekiedy też zażądanie złożenia wyjaśnień przez wnioskodawcę i skierowanie leku do odpowiednich badań – zob. art. 8 ust. 1 pr. far. Oznacza to przede wszystkim analizę przedstawionych wiadomości o farmaceutyku zebranych w wyniku przeprowadzenia badań klinicznych (art. 37a i nast. pr. far.). Zob. A. Siwiec, *Off-label use of medicinal products*, „Ius Novum” 2018, nr 1, s. 14–15.

¹⁰ Wynika to z odmiennych zakresów czynności zawodowych wykonywanych przez lekarzy, farmaceutów oraz lekarzy weterynarii, a także z zakazu jednoczesnego wykonywania zawodu farmaceuty i zawodu lekarza, lekarza dentyisty albo lekarza weterynarii – art. 2 oraz art. 30 i nast. ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty, Dz.U. z 2018 r., poz. 617, t.j.; art. 2a i 5 ustawy z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, Dz.U. z 2016 r., poz. 1496, t.j.; art. 1 ustawy z 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, Dz.U. z 2016 r. poz. 1479 – t.j. (dalej u.z.l.w.).

leku weterynaryjnego do obrotu niezgodnie ze wskazaniami wiedzy weterynaryjnej – np. w wyniku błędnej interpretacji oceny merytorycznej dokonanej przez właściwą Komisję. Podobne działanie stwarza zagrożenie nie tylko dla dobrostanu zwierząt i ekonomicznych interesów ich właścicieli, ale również dla zdrowia i życia ludzi. Pojawienie się farmaceutyku weterynaryjnego niekorzystnie oddziałuje niekiedy na konsumentów spożywających żywność pochodzenia zwierzęcego (ze względu na ryzyko pojawienia się w nich pozostałości w rozumieniu przyjętym w art. 2 pkt 25 pr. far.), a nawet na inne osoby (w związku ze skażeniem środowiska lub wykonywaniem czynności prowadzących do zaaplikowania leku zwierzęciu)¹¹. Podsumowując, zdaje się, że kompetencje Prezesa UPL dotyczące medykamentów weterynaryjnych powinny przysługiwać innemu organowi administracji publicznej.

Realizacja postulatu sformułowanego w poprzednim akapicie wymagałaby dodania do pr. far. zastrzeżenia wyrażającego dyrektywę, zgodnie z którą przepisy tej ustawy stanowiące o Prezesie UPL należałoby odpowiednio stosować do nowego organu.

Powyższe rozważania odnoszą się także do administracyjnoprawnych aspektów badań klinicznych¹². W przypadku eksperymentalnego podawania leków wydają się one nawet bardziej uzasadnione. Warto bowiem zauważyć, że w definicji legalnej wyrażenia „badany produkt leczniczy weterynaryjny” (art. 2 pkt 2d pr. far.) nie odwołano się do pojęć produktu leczniczego lub produktu leczniczego weterynaryjnego. Zbiór jego desygnatów nie mieści się w całości w zakresie wyliczonych nazw¹³. Obejmuje m.in. niewykazujące działania farmakologicznego, immunologicznego ani metabolicznego substancje (mieszanki) wykorzystywane jako preparat referencyjny w doświadczeniach, w których badacz i pozostali członkowie zespołu badawczego nie wiedzą, do jakiej grupy terapeutycznej należy dany osobnik włączony do badania¹⁴. Ma to istotne znaczenie w kontekście katalogu zadań Komisji do Spraw Produktów Leczniczych Weterynaryjnych określonego w art. 7 ust. 6 u.u.p.l. W powołanym przepisie

¹¹ Zob. W. Zieliński [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 86, 102–103; M. Kondrat [w:] tamże, s. 113–114; M. Ożóg, *System handlu produktem leczniczym i produktami pokrewnymi*, Warszawa 2010, s. 237–239.

¹² Zob. W. Masełbas [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz...*, s. 51. O właściwości rzeczowej Prezesa UPL w tym zakresie stanowią art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 4 u.st. 1 pkt 1 lit. d-f u.u.p.l. oraz art. 37b ust. 2 pkt 1, art. 37l-37m i 37ah pr. far.

¹³ Zob. O. Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*, Warszawa 2012, s. 66–74, 77–87.

¹⁴ Por. J. Borysowski, A. Górski [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System Prawa Medycznego. Tom 2. Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018, s. 92; M. Krekora [w:] tenże, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo...*, s. 23–24; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 71, 110. Zob. też § 14 pkt 7 Ministra Zdrowia z 2 maja 2012 r. w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej, Dz.U. poz. 489.

mowa wyłącznie o „produktach leczniczych weterynaryjnych”. Wymieniona Komisja nie powinna zatem wykonywać zadań związanych z badanymi produktami leczniczymi weterynaryjnymi niemającymi statusu leków przeznaczonych jedynie dla zwierząt – nawet na podstawie zlecenia Prezesa UPL.

Kończąc rozważania zawarte w niniejszej części artykułu, warto poczynić dwa spostrzeżenia.

Po pierwsze, skrótowość tekstu pr. far. w analizowanym zakresie prawodawca polski osiągnął w ograniczonym stopniu. W Rozdziałach 2–2a badanej ustawy odrębnie unormował: wymogi formalne wniosków o dopuszczenie leku do obrotu i katalogi załączników do nich (art. 10 ust. 1–2b pr. far.), treść Charakterystyki Produktu Leczniczego i Charakterystyki Produktu Leczniczego Weterynaryjnego – dalej odpowiednio ChPL i ChPLW (art. 11 pr. far.) – zasady dopuszczania farmaceutyku do obrotu na podstawie niepełnej dokumentacji (art. 15–16a pr. far.) oraz obowiązki podmiotu odpowiedzialnego i importera równoległego w ramach nadzoru nad bezpieczeństwem farmakoterapii (art. 24 oraz art. 36b i nast. pr. far.). Powołane regulacje są bardzo rozbudowane. Ponadto, ustawodawca wyłączył stosowanie przepisów o badaniach klinicznych z udziałem ludzi do badań klinicznych weterynaryjnych. Prowadzi się je zgodnie z postanowieniami art. 37ah–37ak pr. far. – art. 37a ust. 1 pr. far.¹⁵

Po drugie, definicja badacza (art. 2 pkt 2a pr. far.) błędnie sugeruje, że zwierzę także ma status pacjenta. Na mocy tej regulacji definiowane pojęcie oznacza m.in. o lekarza weterynarii dysponującego „doświadczeniem w pracy z pacjentami, niezbędnym do prowadzenia [...] badania klinicznego weterynaryjnego¹⁶”. Przedmiotowe postanowienie pr. far. pozostaje niespójne z treścią art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁷, *ergo* trzeba postulować jego zmianę.

Wytwarzanie (import) i reklama produktów leczniczych

Reżim prawny wytwarzania (importu) oraz reklamy medykamentów weterynaryjnych ukształtowano zgodnie z postulatem zwięzłości tekstu prawnego. W Rozdziałach 3–3a pr. far. ustawodawca modyfikuje zasady ogólne w odniesieniu do leków przeznaczonych dla zwierząt głównie poprzez wskazanie, które przepisy stanowiące o produktach leczniczych (substancjach czynnych i pomocniczych)

¹⁵ Zob. L. Ogiegło [w:] tenże (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 377–380.

¹⁶ Zob. tamże, s. 149.

¹⁷ Dz.U. z 2017 r., poz. 1318, t.j; zob. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 209–215.

bez jakiegokolwiek rozróżnienia znajdują (albo nie) zastosowanie w analizowanym zakresie (art. 51a pkt 2 i art. 511 pkt 1). W Rozdziale 4 pr. far. szczególne postanowienia dotyczące farmaceutyków wykorzystywanych w weterynarii sprowadzają się do: odwołania się do treści ChPLW zamiast ChPL (m.in. art. 54 ust. 1), uwzględnieniu udziału ministra właściwego do spraw rolnictwa w procesie wydawania rozporządzenia określającego techniczne wymogi prowadzenia promocji preparatu (art. 59) i powierzenia nadzoru nad reklamą medykamentów Głównemu Lekarzowi Weterynarii – dalej GLW – a nie Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu – dalej GIF (art. 62 ust. 1). Należy zgłosić dwa zastrzeżenia odnośnie do sposobu, w jaki ustawodawca osiągnął swój cel¹⁸.

Po pierwsze, jak zauważono, w art. 52 i nast. pr. far. brak wyraźnego zastrzeżenia, iż przepisy ujęte w Rozdziale 4 badanej ustawy generalnie stosuje się (albo nie) do produktów leczniczych weterynaryjnych. Rozwiązanie owo konweniuje z zaprezentowaną wyżej wykładnią art. 2 pkt 34 pr. far. Jego wadą pozostaje jednak to, iż nie wszystkie regulacje określające zasady prowadzenia reklamy farmaceutycznej mogą zostać zastosowane wprost do promocji leków wykorzystywanych w weterynarii – art. 55 ust. 2 pkt 3 i 4 pr. far.¹⁹ Dlatego warto rozważyć dodanie do analizowanego źródła prawa jednostki redakcyjnej stanowiącej o odpowiednim stosowaniu unormowań Rozdziału 4 pr. far. do marketingu odnoszącego się do medykamentów weterynaryjnych. Wówczas należałoby uchylić takie ich postanowienia, które stanowią o ChPLW, a dyrektywy wynikające art. 59 i art. 62 ust. 1 pr. far. powinno się uznawać za wyjątki od zasady wyrażonej w postulowanym przepisie.

Po drugie, w art. 51a pkt 2 pr. far. *expressis verbis* potwierdzono, iż regulacje Rozdziału 3 przedmiotowego aktu normatywnego stosuje się do leków przeznaczonych dla zwierząt – z pewnymi wyjątkami²⁰. Wobec braku zastrzeżenia o odpowiednim zastosowaniu wymienionych unormowań jego redakcja błędnie sugeruje, iż przedmiotowe medykamenty nie mają statusu produktów leczniczych. Dlatego dyrektywę konstruowaną przez art. 51a pkt 2 pr. far. powinna raczej wyrażać odrębna podstawowa jednostka redakcyjna o brzmieniu zbliżonym do art. 511 pkt 1 pr. far. – przykładowo: „Do produktów leczniczych weterynaryjnych nie stosuje się [...]”.

Analiza przepisów powołanych w trzech poprzednich akapitach pozwala stwierdzić, że ustawodawca przede wszystkim dąży do zmniejszenia ryzyka doznania uszczerbku przez osoby bezpośrednio poddawane działaniu medykamentów.

¹⁸ Zob. D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 194.

¹⁹ Mowa w nich o: błędnej autodiagnozie i graficznym przedstawianiu zmian chorobowych, obrażeń ludzkiego ciała lub działania produktu leczniczego na ludzkie ciało lub jego części.

²⁰ Są nimi art. 42 ust. 1 pkt 9 lit. b, pkt 10–13 i ust. 1a, art. 42a oraz art. 48 ust. 5.

Wytwórcy (importerzy) leków przeznaczonych dla zwierząt oraz wytwórcy (importerzy) materiałów wyjściowych używanych do produkcji takich farmaceutyków zostali bowiem zwolnieni z części obowiązków służących zagwarantowaniu prawidłowego przebiegu procesu przemysłowego prowadzącego do powstawania poszczególnych egzemplarzy produktów leczniczych²¹. Szczególnie istotnymi z punktu widzenia bezpieczeństwa farmakoterapii jawią się trzy spośród nich.

Po pierwsze, wyliczeni przedsiębiorcy mogą wykorzystywać w swej działalności substancje czynne dystrybuowane niezgodnie z „Dobłą Praktyką Dystrybucyjną – dalej DPD – substancji czynnych” (art. 42 ust. 1 pkt 9 lit. b w zw. z art. 51a pkt 2 pr. far.). Nie sposób racjonalnie uzasadnić powołanego wyłączenia. Można je bowiem rozumieć jako akceptację powstawania leków weterynaryjnych ze składników nabytych, przechowywanych lub dostarczonych bez dochowania należytej staranności, mimo że w stosunkach innego rodzaju jest to wymagane (art. 355 kodeksu cywilnego – dalej k.c.²²). Zwiększa więc ryzyko wyrządzenia szkody osobie aplikującej lek zwierzęciu, konsumentowi spożywającemu żywność pochodzenia zwierzęcego oraz skażenia środowiska naturalnego²³. Ponadto, analizowane postanowienie pozostaje niespójne z regulacjami dotyczącymi nadzoru sprawowanego przez Głównego Lekarza Weterynarii – np. art. 118 ust. 2 pr. far. Organ ów dysponuje m.in. kompetencją do wydania decyzji o zakazie wprowadzenia lub o wycofaniu z obrotu produktu leczniczego przeznaczonego wyłącznie dla zwierząt lub substancji czynnej wykorzystywanej do produkcji leków weterynaryjnych. Dokonując ewentualnej zmiany krytykowanego rozwiązania trzeba uwzględnić brak w pr. far. upoważnienia do określenia szczegółowych reguł DPD substancji czynnych „weterynaryjnych” drogą rozporządzenia. Dlatego zmodyfikować trzeba art. 42 ust. 1 pkt 9 lit. b, a nie art. 51a pkt 2 tej ustawy. W nowym brzmieniu przepis powinien stanowić o rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 51b ust. 13 pkt 2 pr. far.

Po drugie, ustawodawca nie obliguje wytwórcy weterynaryjnego produktu leczniczego do prowadzenia audytów u podmiotów zaopatrujących go w czynny składnik medykamentu w celu weryfikacji przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Wytwarzania (dalej DPW) i DPD substancji czynnych (art. 42 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 51a pkt 2 pr. far.). Również i ta dyrektywa zasługuje na negatywną ocenę. Prawodawca polski – słusznie – nie wyłączył bowiem zastosowania art. 42 ust. 1 pkt 9 lit. a pr. far. do wytwórcy medykamentu przeznaczonego dla

²¹ Por. R. Stankiewicz [w:] tenże (red.), *Instytucje rynku farmaceutycznego*, Warszawa 2016, s. 26–27, 187–188; art. 2 pkt 4a, 7–7¹ pr. far.

²² DPD zdefiniowano w art. 2 pkt 4a pr. far.

²³ Zob. M. Ożóg, *System...*, s. 322–323. Por. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 435–438; D. Opalska, *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 5, s. 231, 234–236.

zwierząt. Przedsiębiorca ów musi więc stosować substancje czynne wytworzone zgodnie z DPW. Bez sprawdzenia, jak przebiega proces przemysłowy u dostawcy połączony z każdorazowym zbadaniem autentyczności i jakości otrzymanych materiałów wyjściowych, nie sposób jednak poprawnie wykonywać przedmiotowego obowiązku. Dlatego niezrozumiałym wydaje się wyliczenie w art. 51a pkt 2 pr. far. także art. 42 ust. 1 pkt 13 badanej ustawy. Ustawodawca zdaje się dostrzegać zaprezentowaną zależność, ale jedynie w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Wytwarzania²⁴ (w pkt 5.27–5.31, 5.33–5.35 i 5.38–5.39) – dalej r.d.p.w. Do powołanego aktu normatywnego *implicite* odsyła art. 42 ust. 1 pkt 8 pr. far. Rozstrzygnięcie owej sprzeczności ułatwia uwzględnienie aksjologii prawa farmaceutycznego. Jak już zauważono, reżim leków weterynaryjnych ukształtowano na wzór reżimu medykamentów przeznaczonych dla ludzi, ale ma on być bardziej liberalny. Wynika to zapewne z zasygnalizowanej już okoliczności, iż farmaceutyki stosowane w weterynarii stwarzają tylko pośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi. Konkludując, wytwórca ma obowiązek kontrolowania dostawców substancji czynnej oraz otrzymywanego składnika farmaceutyku jedynie w razie istnienia niebezpieczeństwa, że nieprawidłowości w tym zakresie mogą doprowadzić do śmierci, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia człowieka. Zasadność podobnego rozumowania uzasadnia też treść pkt 5.29 zd. 5 załącznika nr 2 do r.d.p.w.²⁵

Po trzecie, wytwórca produktu leczniczego weterynaryjnego *prima facie* nie ma obowiązku zapewnienia wytworzenia wykorzystywanych substancji pomocniczych zgodnie z DPW substancji pomocniczych. Warto jednak zauważyć, że art. 42 ust. 1 pkt 11 pr. far., wyrażający przeciwną normę w odniesieniu do wytwórców innych leków, stanowi o dokonywaniu tego w oparciu o ocenę ryzyka zgodnie z wytycznymi ujętymi we właściwych przepisach wykonawczych²⁶. Do obrony pozostaje zatem teza, iż wyłączenie stosowania powołanego przepisu na mocy art. 51a pkt 2 pr. far. oznacza jedynie brak konieczności uwzględniania postanowień rozporządzenia wydanego na podstawie art. 51b ust. 13 pkt 3 pr. far., a nie zupełne zwolnienie z przedmiotowej powinności (*argumentum a contrario*)²⁷. Jeżeli przyjąć drugi kierunek wykładni, wytwórca medykamentu

²⁴ Dz.U. poz. 1979.

²⁵ Ponadto, pozostaje ono zgodne ze wstępem do wyliczenia zawartego w art. 50 dyrektywy 2001/82/WE. Prawodawca unijny określił w nim katalog obowiązków, jakie ustawodawcy krajowi powinni nałożyć na posiadacza pozwolenia na wytwarzanie medykamentów stosowanych u zwierząt, ale nie wykluczył obciążenia go do innych czynności. W regulacji tej posłużono się bowiem sformułowaniem „jest co najmniej zobowiązany”.

²⁶ Obecnie w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie oceny producenta substancji pomocniczych oraz substancji pomocniczych, Dz.U. poz. 1975.

²⁷ Por. L. Morawski, *Zasady...*, s. 223–229, 245–248.

przeznaczonego dla zwierząt ponosi odpowiedzialność także za to, jak wytworzono wykorzystaną przez niego substancję pomocniczą. Wydaje się on racjonalny z punktu widzenia ochrony życia i zdrowia konsumentów, osób stosujących preparaty weterynaryjne, dobrostanu zwierząt i środowiska naturalnego. Ponadto, konweniuje z zaprezentowaną interpretacją art. 42 ust. 1 pkt 13 pr. far. dotyczącego nie tylko substancji czynnych, ale także substancji pomocniczych.

Redakcja powyższych fragmentów art. 51a pr. far. najprawdopodobniej wzorowana jest na brzmieniu art. 50 dyrektywy lit. f 2001/82/WE, porównywanym z brzmieniem art. 46 lit. f-i dyrektywy 2001/83/WE, choć nie wynika to z uzasadnienia ustawy z 19 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw²⁸, na mocy której badanemu przepisowi nadano treść niemal identyczną ze współczesną (art. 1 pkt 19 aktu nowelizującego²⁹). Analiza wyliczonych regulacji unijnych pozwala jednak stwierdzić, iż w prawie Unii Europejskiej wyznaczono jedynie minimalny standard wymogów należytej staranności wytwórców farmaceutyków. Na gruncie krajowych systemów normatywnych może on zostać podwyższony i nie musi być niższy w przypadku podmiotów wytwarzających medykamenty weterynaryjne³⁰.

Niezależnie od regulacji stanowiących przedmiot rozważań zawartych w niniejszej części pracy prawdopodobieństwo zastosowania wadliwego materiału wyjściowego do produkcji produktu leczniczego stosowanego w weterynarii zmniejsza obawa wytwórców przed koniecznością naprawienia ewentualnych szkód na podstawie art. 449¹ i nast. k.c.³¹ Oceniając regulacje pr. far. należy brać pod uwagę ową okoliczność.

Obrót farmaceutykami

Normatywne znaczenia pojęć obrotu produktem leczniczym oraz poszczególnych jego etapów nie zostały zmodyfikowane w odniesieniu do leków weterynaryjnych. Podobnie jest, jeżeli chodzi o zasady ogólne tego obrotu wynikające z art. 65 ust. 1 i art. 66–67 pr. far.³² Znaczące różnice dotyczą natomiast

²⁸ Dz.U. z 2015 r., poz. 28.

²⁹ Sejm VII kadencji, druk nr 2708.

³⁰ Zob. przypis nr 25.

³¹ Do przesłanek odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny nie zalicza się wina, ani nawet bezprawność. Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 297–305.

³² Odpowiednio – ograniczenie swobody umów w zakresie spraw uregulowanych w badanej ustawie (por. z art. 353¹ k.c.), zakaz prowadzenia obrotu medykamentami przeterminowanymi i nieodpowiadającymi ustalonym wymaganiom jakościowym oraz obowiązek zniszczenia takich preparatów, o ile właściwy organ nie zezwolił na wykorzystanie lub zużycie ich w innym celu.

szczegółowych reguł prowadzenia obrotu hurtowego i detalicznego. W obydwu przypadkach zasadniczo niedozwolone jest bowiem jednoczesne prowadzenie handlu farmaceutykami stosowanymi u ludzi oraz preparatami przeznaczonymi dla zwierząt.

Na gruncie przepisów o obrocie hurtowym rozróżniono hurtownie farmaceutyczne oraz hurtownie farmaceutyczne produktów leczniczych weterynaryjnych. Uruchomienie każdego z tych przedsiębiorstw wymaga uzyskania zezwolenia innego organu administracji publicznej – odpowiednio: GIF oraz GLW (art. 74 ust. 1–3 pr. far.). Ponadto, katalogi dodatkowego asortymentu, którego obrót wolno w nich prowadzić, niemal nie mają elementów wspólnych – z wyjątkiem środków higienicznych³³. Nie oznacza to, że wszelkie przepisy stanowiące o „hurtowniach farmaceutycznych” nie znajdują zastosowania do „hurtowni farmaceutycznych produktów leczniczych weterynaryjnych” – np. art. 72 ust. 1 pr. far. wyłączający legalność prowadzenia farmaceutycznego obrotu hurtowego poza odpowiednimi hurtowniami³⁴. Ze względów funkcjonalnych część takich regulacji nie powinna jednak normować wprost sytuacji prawnej podmiotu prowadzącego drugi rodzaj przedsiębiorstwa. Przykładowo w art. 72 ust. 6 pr. far. mowa o prowadzeniu hurtowego obrotu środkami zaopatrzenia technicznego przydatnymi w pracy szpitali, aptek, punktów aptecznych oraz placówek obrotu pozaaptecznego w hurtowniach farmaceutycznych bez określenia typu placówki. W analizowanej ustawie brak analogicznego postanowienia w odniesieniu do sprzętu używanego w zakładach leczniczych dla zwierząt. Mając więc na względzie, iż przedsiębiorców prowadzących ogólny albo weterynaryjny farmaceutyczny obrót hurtowy zobligowano do przestrzegania odmiennych postanowień Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej³⁵, *de lege lata* trzeba zaproponować najwyżej odpowiednie stosowanie art. 72 ust. 6 pr. far. i podobnych przepisów do hurtowni farmaceutycznych produktów leczniczych

³³ Pozostałe produkty wyliczono odpowiednio w art. 72 ust. 5 i 7 pr. far. Zob. T. Bekrycht, M. Korycka-Zirk, K. Dobrzeńcki, *Logiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Toruń 2014, s. 142–143; B. Nowak-Chrząszczyk [w:] W.L. Olszewski (red.), *Prawo...*, s. 780–782.

³⁴ Przepis szczególnie może jednak stanowić inaczej. Przykładowo przywiezienie leków z zagranicy spełnia przesłanki obrotu hurtowego, chyba że medykamenty są próbkami transportowanymi przez podmiot odpowiedzialny w celach reklamowych (art. 65 ust. 2, art. 68 ust. 5 oraz art. 72 ust. 3 i 4 pr. far.). Prowadzi go zatem m.in. również importer (art. 2 pkt 7a-7b pr. far.). W dystrybucji hurtowej uczestniczą też w ograniczonym zakresie podmioty odpowiedzialne i wytwórcy – zob. D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 277–278.

³⁵ Zależą one od tego, czy dany podmiot dostarcza produkty lecznicze przeznaczone dla ludzi, czy medykamenty weterynaryjne. Przedmiotowe wymogi określono w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 13 marca 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej, Dz.U. z 2017 r., poz. 509, t.j. oraz w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 28 października 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej produktów leczniczych weterynaryjnych, Dz.U. poz. 1952 w zw. z art. 79 pr. far.

weterynaryjnych. Nie jest to rozwiązanie pozbawione wad. Stoi w sprzeczności z regułą *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* oraz przeważnie bezwzględnie wiążącym charakterem norm dotyczących działalności prowadzonej przez profesjonalnych uczestników rynku farmaceutycznego³⁶. Dlatego należy postulować interwencję ustawodawcy. Powinna ona polegać na odrębnym uregulowaniu przedmiotowej materii w odniesieniu do poszczególnych rodzajów hurtowni farmaceutycznych – zastąpieniu art. 72 ust. 6 pr. far. kolejnymi punktami ust. 5 i 7 tego samego unormowania o stosownej treści³⁷.

Kierunkowi wykładni zaprezentowanemu w poprzednim akapicie można zarzucić, iż pozostaje niezgodny z art. 74 ust. 3 zd. 2 pr. far. interpretowanym *a contrario*. Wnioskowanie z przeciwności w przypadku powołanego unormowania nie pozwala jednak jednoznacznie ustalić treści konstruowanej przez niego normy prawnej, a jego możliwe wyniki nie wydają się spójne z pozostałymi przepisami pr. far. Z jednej strony kategoryczna redakcja badanej regulacji zdaje się bowiem sugerować wolę ustawodawcy nadania katalogowi postanowień ogólnie stanowiących o hurtowniach farmaceutycznych stosowanych do przedsiębiorstw hurtowego obrotu lekami przeznaczonymi dla zwierząt charakteru zamkniętego. Takie rozumowanie pozostaje sprzeczne z dyrektywami wynikającymi z art. 74 ust. 3 zd. 1 i art. 118 ust. 2 zd. 1 pr. far. W art. 74 ust. 3 zd. 2 pr. far. nie wyliczono m.in. art. 72 ust. 1 oraz art. 80 i nast. pr. far. Z drugiej strony brak wyrażenia „w szczególności” lub podobnego przemawia za rekonstruowaniem z analizowanego przepisu nakazu odpowiedniego zastosowania tylko wyliczonych w nim przepisów – zwłaszcza, że ma bardzo podobną treść do art. 118 ust. 2 zd. 2 pr. far. Przyjęcie ostatniego stanowiska oznaczałoby konieczność stosowania wprost unormowań, w których mowa o hurtowniach farmaceutycznych bez jakiegokolwiek rozróżnienia do przedsiębiorstw hurtowego handlu lekami weterynaryjnymi w pozostałym zakresie, co – jak wskazano – budzi wątpliwości natury funkcjonalnej³⁸.

Niezależnie od powyższego, celność argumentu z art. 74 ust. 3 zd. 2 pr. far. trzeba uznać za dyskusyjną z powodu posłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „hurtowni farmaceutycznej produktów leczniczych weterynaryjnych”

³⁶ Konkluzję tę uzasadnia m.in. norma wynikająca z art. 65 ust. 1 oraz kontekst art. 72 ust. 5–7 pr. far. Por. M. Jagielska, A. Wojtczyk [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo...*, s. 687; R.J. Krużyński, *Obrót produktem...*, s. 18; W. Robaczyński, P. Księżak, *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jako czyn niedozwolony* [w:] M. Nesterowicz (red.), *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów. Toruń 24–25 czerwca 2011 r.*, Warszawa 2012, s. 334–347.

³⁷ Zob. D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 268, 282.

³⁸ Por. A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 54, 182–183; J. Stefańczyk-Kaczmarczyk [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo...*, wyd. II, s. 879.

w art. 75 ust. 1 (we wstępie do wyliczenia oraz w pkt 4), ust. 2 pkt 4 i pkt 7 lit. a, ust. 3 pkt 2 i ust. 4, art. 76 ust. 4, a także w art. 78 ust. pkt 12, ust. 2 i 4 pr. far. W tym kontekście literalna interpretacja badanej regulacji prowadzi do absurdalnego wniosku, iż ustawodawca nakazuje odpowiednie stosowanie do przedmiotowych placówek także unormowań wyraźnie o nich stanowiących. Wyników wykładni językowej analizowanego przepisu nie należy jednak zupełnie pomijać z uwagi na zakaz dokonywania wykładni *per non est*. Przykładowo w art. 74 ust. 3 zd. 2 pr. far. *expressis verbis* wyliczono wyłącznie ustęp 1 artykułu 77 pr. far. Trudno uznać podobne działanie prawodawcy za błąd legislacyjny. Brak dodatkowych zastrzeżeń dotyczących pozostałych elementów krytykowanego katalogu można uzasadnić niedostrzeżeniem zaprezentowanej sprzeczności przez prawodawcę dążącego do zrealizowania postulatu zwięzłości ustawy. Wyraźne odesłanie tylko do jednego z dwóch elementów konkretnej jednostki redakcyjnej raczej świadczy natomiast o jego woli wyłączenia drugiej części unormowania z zakresu dyrektywy wynikającej z przepisu odsyłającego³⁹. Dlatego *de lege lata* lekarz weterynarii prowadzący hurtownię farmaceutyczną produktów leczniczych weterynaryjnych nie może osobiście pełnić w niej funkcji Osoby Odpowiedzialnej (kierownika), nawet jeżeli spełnia wymagania określone w art. 84 ust. 2 pr. far. *De lege ferenda* należałoby dopuścić taką praktykę ze względu na konstytucyjną zasadę równości wobec prawa. Nie ma racjonalnego powodu przemawiającego za korzystniejszym ukształtowaniem sytuacji prawnej farmaceutów niż lekarzy weterynarii w przedmiotowym zakresie (art. 32 Konstytucji RP z 1997 r.⁴⁰).

Jeżeli chodzi o detaliczny obrót medykamentami, to podział placówek wedle kryterium znajdowania się leków weterynaryjnych w asortymencie nie jest tak wyraźny, jak przypadku obrotu hurtowego. Zależy od kategorii dostępności i sposobu produkcji farmaceutyku.

Detalicznym obrotem medykamentami stosowanymi u ludzi wydawanymi wyłącznie na podstawie recepty zajmują się przedsiębiorcy prowadzący apteki ogólnodostępne (art. 68 ust. 1 pr. far.), a w ograniczonym zakresie – także punkty apteczne (art. 70 ust. 1 i art. 71 ust. 3 pkt 2 pr. far.). W przypadku produktów leczniczych weterynaryjnych niedostępnych bez recepty zasadniczo są to podmioty wykonujące działalność gospodarczą w ramach zakładu leczniczego dla zwierząt (art. 68 ust. 2 pr. far.)⁴¹. Definicje legalne leków aptecznych

³⁹ Por. L. Morawski, *Zasady...*, s. 72–92, 122–123, 152–153; L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawnoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 35 i nast.

⁴⁰ Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 94–96 i powołane tam orzecznictwo.

⁴¹ W powołanym przepisie zastrzeżono, iż dotyczy on tylko preparatów „zakupionych w hurtowni farmaceutycznej produktów leczniczych weterynaryjnych”. Zastrzeżenie to wydaje się błędnie sugerować, iż przedmiotowa norma nie znajduje zastosowania do sprzedaży

i recepturowych (art. 2 pkt 10 i 12 pr. far.) uzasadniają jednak stwierdzenie, iż wolno je nabyć jedynie w aptece. Tylko tam mogą być bowiem sporządzone. Ponadto, nieprzemysłowe przygotowywanie medykamentów nie zalicza się do czynności weterynaryjnych, ani usług weterynaryjnych, o których mowa w art. 1 ust. 1–2 u.z.l.w. oraz w art. 2 ust. 1 u.z.l.z.⁴²

Ustawodawca akceptuje też włączanie weterynaryjnych produktów leczniczych do asortymentu placówek obrotu pozaaptecznego. Wymaga, aby leki miały wówczas kategorię dostępności OTC i zostały wyliczone w stosownym wykazie określonym przez ministra właściwego do spraw rolnictwa na podstawie art. 71 ust. 4 pkt 2 pr. far. (art. 71 ust. 1a w zw. z art. 68 ust. 2 pr. far.⁴³). Analogiczne rozwiązanie dotyczy pozostałych leków wydawanych bez recepty (art. 71 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 71 ust. 1 i art. 68 ust. 1 pr. far.). Nie ma zatem przeszkód, by w tym samym sklepie ogólnodostępnym, sklepie zielarsko-medycznym albo sklepie specjalistycznym zaopatrzenia medycznego znajdowały się jednocześnie farmaceutyki przeznaczone wyłącznie dla zwierząt i pozostałe produkty lecznicze. Na 7 dni przed podjęciem działalności w zakresie zbywania pierwszej grupy preparatów konieczne jest tylko dokonanie zgłoszenia swego zamiaru wojewódzkiemu lekarzowi weterynarii (art. 71 ust. 1a pr. far.). Podobny nakaz nie wynika z art. 71 ust. 1 pr. far.

Redakcja powołanych przepisów oraz ich systematyka błędnie sugeruje, iż produkty lecznicze weterynaryjne OTC wolno włączyć do asortymentu apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego⁴⁴. Przeciw słuszności takiego kierunku wykładni przemawia – zauważony już – rozdział zawodów farmaceuty i lekarza

bezpośredniej medykamentów wykorzystywanych w weterynarii i mogą one wówczas trafić do apteki ogólnodostępnej. Przeciwny kierunek wykładni uzasadniają jednak trzy argumenty. Po pierwsze, kwestionowane stanowisko nie koresponduje z funkcjami apteki oraz zakładu leczniczego dla zwierząt jako placówki odpowiednio: ochrony zdrowia publicznego (ludności) oraz ochrony zdrowia i dobrostanu zwierząt – art. 86 ust. 1 pr. far. oraz art. 1 ustawy z 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt, Dz.U. z 2019 r., poz. 24 (dalej u.z.l.z.). Po drugie, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.l.z. wykonywanie detalicznego obrotu produktami leczniczymi weterynaryjnymi w zakresie zastrzeżonym dla lekarzy weterynarii stanowi usługę weterynaryjną, a nie usługę farmaceutyczną. Po trzecie, nie obowiązuje przepis uzasadniający uznanie świadczenia jej za legalną działalność dodatkową prowadzoną w aptece. Zob. szerzej R. Beaglehole [w:] tenże (red.), *Global Public Health. A New Era*, Oxford 2003, s. VII–VIII; T. McMichael, R. Beaglehole [w:] tamże, s. 1–19; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 301–304, 308–309.

⁴² Zob. tamże.

⁴³ Obecnie zawiera go rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 3 kwietnia 2008 r. w sprawie warunków, jakie powinny spełniać podmioty, które prowadzą obrót detaliczny produktami leczniczymi weterynaryjnymi wydawanymi bez przepisu lekarza, kryteriów klasyfikacji tych produktów oraz ich wykazu, Dz.U. z 2015 r., poz. 1382, t.j.

⁴⁴ W art. 71 ust. 1 pr. far., do którego nawiązuje ust. 1a tej samej regulacji, mowa ogólnie o przedsiębiorcy, a w ust. 3 pkt 2 owego unormowania wyliczono także punkty apteczne.

weterynarii oraz brzmienie art. 68 ust. 2 pr. far., uzasadniające stwierdzenie, że dopuszczalność prowadzenia obrotu lekami weterynaryjnymi poza zakładami leczniczymi dla zwierząt uznawać trzeba za wyjątek (*exceptiones non sunt extendendae*⁴⁵).

Z powyższych uwag wynika, iż do detalicznego obrotu medykamentami wykorzystywanymi wyłącznie w weterynarii zastosowania – nawet odpowiedniego – nie znajdują art. 86 i nast. pr. far. (por. art. 70 ust. 4 i 5a pr. far.). Szczegółowych zasad przedmiotowej działalności nie uregulowano też w innych ustawach, lecz w rozporządzeniach wydanych na podstawie art. 71 ust. 4 pkt 2 pr. far. oraz art. 7 ust. 2, art. 8 ust. 2, art. 9 ust. 3 i art. 10 ust. 5 u.z.l.z. Ich postanowienia nie są rozbudowane w analizowanym zakresie. Istotne znaczenie mają więc wymogi zachowania szczególnej staranności – jeżeli chodzi o lekarzy weterynarii (art. 4 u.z.l.w.) – względnie należytej staranności – w przypadku pozostałych podmiotów (art. 355 k.c.).

Konkluzje

Rozważania zawarte w niniejszym artykule pozwalają sformułować trzy tezy. Po pierwsze, cel ustawodawcy zasygnalizowany w ramach uwag wstępnych nie został w pełni osiągnięty. Po drugie, polski prawodawca częściowo nie uwzględnił specyfiki farmaceutyków przeznaczonych wyłącznie dla zwierząt. Po trzecie, zaliczenie leków weterynaryjnych do produktów leczniczych w rozumieniu art. 2 pkt 32 pr. far. powoduje liczne i poważne wątpliwości interpretacyjne.

Zasadność pierwszego stwierdzenia potwierdza w szczególności obowiązywanie obszernych unormowań dotyczących dopuszczenia do obrotu tylko medykamentów przeznaczonych wyłącznie dla zwierząt oraz badań klinicznych weterynaryjnych.

Druga konkluzja wynika z przyznania Prezesowi UPL kompetencji do wydawania pozwoleń na dopuszczenie leków weterynaryjnych do obrotu albo na przeprowadzenie eksperymentu weterynaryjnego oraz z nadmiernego ograniczenia zastosowania art. 38 i nast. pr. far. do wytwórców produktów leczniczych weterynaryjnych i ich składników czynnych.

Trzeci wniosek uzasadniają zauważone w pracy niedoskonałości redakcyjne współczesnych regulacji – zwłaszcza szczegółowych unormowań określających zasady prowadzenia farmaceutycznego obrotu hurtowego.

⁴⁵ Por. B. Nowak-Chrząszczyk [w:] W.L. Olszewski (red.), *Prawo...*, s. 743–744; D. Kaczan, *Cywilnoprawne...*, s. 309, L. Morawski, *Zasady...*, s. 202–203.

Bibliografia

Literatura

- Beaglehole R. (red.), *Global Public Health. A New Era*, Oxford 2003.
- Bekrycht T., Korycka-Zirk M., Dobrzeniecki K., *Logiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Toruń 2014.
- Błachut M., Gromski W., Kaczor J., *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008.
- Bosek L., Wnukiewicz-Kozłowska A. (red.), *System Prawa Medycznego. Tom 2. Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018.
- Buxton I.L.O., *Farmakokinetyka i farmakodynamika. Dynamika wchłaniania, dystrybucji, działania i eliminacji leku*, tłum. K. Kramkowski [w:] L.L. Brunton, J.S. Lazo, K.L. Parker (red.), *Farmakologia Goodmana & Gilmana. Tom I*, tłum. W. Buczko, T.F. Krzemiński, S.J. Czuczwar (red.), Lublin 2007.
- Elżanowski A., Pietrzykowski T., *Zwierzęta jako nieosobowe podmioty prawa*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2010.
- Goettel M., *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013.
- Kaczan D., *Cywilnoprawne aspekty prawa farmaceutycznego (niepublikowana rozprawa doktorska)*, Toruń 2018.
- Kania B.F., *Nowoczesna farmakologia weterynaryjna i terapia*, Wrocław 2011.
- Karkowska D., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009.
- Kondrat M. (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kostowski W., Kubikowski P. (red.), *Farmakologia. Podstawy farmakoterapii i farmakologii klinicznej. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1991.
- Krekora M., Świerczyński M., Traple E., *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2012.
- Kruszyński R. J., *Obrót produktem leczniczym w ramach rynku wewnętrznego*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 7.
- Malinowski A., *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014.
- Nawrot O., *Wprowadzenie do logiki dla prawników*, Warszawa 2012.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.
- Ogiegło L. (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Olejniczak A. (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014.
- Opalska D., *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 5.

- Ozóg M., *System handlu produktem leczniczym i produktami pokrewnymi*, Warszawa 2010.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018.
- Robaczyński W., Księżak P., *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jako czyn niedozwolony*, [w:] M. Nesterowicz (red.), *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów. Toruń 24–25 czerwca 2011 r.*, Warszawa 2012.
- Roliński Z., *Farmakologia i farmakoterapia weterynaryjna*, Warszawa 2008.
- Siwiec A., *Off-label use of medicinal products*, „Ius Novum” 2018, nr 1.
- Stankiewicz R., *Model racjonalizacji dostępu do produktu leczniczego. Zagadnienia publicznoprawne*, Warszawa 2014.
- Stankiewicz R. (red.), *Instytucje rynku farmaceutycznego*, Warszawa 2016.

Akty normatywne

- Dyrektywa 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, Dz. Urz. WE L z 2001 r., Nr 311, s. 1.
- Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. WE L z 2001 r., Nr 311, s. 67.
- Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 3 kwietnia 2008 r. w sprawie warunków, jakie powinny spełniać podmioty, które prowadzą obrót detaliczny produktami leczniczymi weterynaryjnymi wydawanymi bez przepisu lekarza, kryteriów klasyfikacji tych produktów oraz ich wykazu, Dz.U. z 2015 r., poz. 1382, t.j.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 maja 2012 r. w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej, Dz.U. poz. 489.
- Rozporządzenia Ministra Zdrowia z 13 marca 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej, Dz.U. z 2017 r., poz. 509, t.j.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 28 października 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej produktów leczniczych weterynaryjnych, Dz.U. poz. 1952.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie oceny producenta substancji pomocniczych oraz substancji pomocniczych, Dz.U. poz. 1975.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Wytwarzania, Dz.U. poz. 1979.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. z 2016 r., poz. 283, t.j.

- Ustawa z 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, Dz.U. z 2016 r. poz. 1479, t.j.
- Ustawa z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, Dz.U. z 2016 r., poz. 1496, t.j.
- Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2018 r., poz. 617, t.j.
- Ustawa z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz.U. z 2017 r., poz. 2211, t.j.
- Ustawa z 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt, Dz.U. z 2019 r., poz. 24.
- Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.
- Ustawa z 18 marca 2011 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Dz.U. z 2016 r., poz. 1718, t.j.
- Ustawa z 19 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 28.

STRESZCZENIE

Artykuł poświęcony jest konsekwencjom prawnym uznania leków weterynaryjnych za produkty lecznicze w rozumieniu ustawy z 6 września 2001 r. – Prawo Farmaceutyczne. Praca ma na celu zaprezentowanie zalet i wad obowiązujących regulacji. Artykuł został podzielony na pięć części. Część pierwsza zawiera uwagi wprowadzające. W tej części artykułu sformułowano też cel badawczy. Druga część poświęcona jest kompetencjom i kwalifikacjom Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W części trzeciej zaprezentowano przepisy regulujące wytwarzanie weterynaryjnych produktów leczniczych materiałów wyjściowych używanych do ich wytwarzania. Ta część pracy jest poświęcona również reklamie farmaceutycznej. Część czwarta dotyczy handlu weterynaryjnymi produktami leczniczymi. Ostatnia część zawiera konkluzje.

Słowa kluczowe: produkt leczniczy, weterynaryjny produkt leczniczy, prawo farmaceutyczne, dopuszczenie do obrotu, badania kliniczne, wytwarzanie, reklama, obrót

SUMMARY

The article is devoted to legal consequences of recognition of veterinary medicines as medicinal products within the meaning of Polish Pharmaceutical Law Act. It is aimed at presenting advantages and disadvantages of current regulation. The article is divided into five sections. The first part contains introductory remarks. In this section research objectives were formulated. The second part is devoted to competences and qualifications of the President of the Office for Registration of Medicinal Products, Medical Devices and Biocidal Products. In the third part regulations governing the production of veterinary medicinal products and starting materials used for their production were presented. This part is also devoted to pharmaceutical advertisement. The fourth part concerns the trade of veterinary medicinal products. The last section contains conclusions.

Keywords: medicinal product, veterinary medicinal product, pharmaceutical law, marketing authorization procedure, clinical trials, manufacture, advertising, marketing



Mgr Paweł Siwerski
Instytut Nauk Prawnych PAN

Dopuszczalność uzależnienia skutków czynności prawnej od warunku zależnego od woli strony czynności prawnej

Admissibility to depend effects of legal actions from actions
dependent from will of the parties

Abstrakt

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie zagadnienie dopuszczalności uzależnienia skutków czynności prawnych¹ od zdarzeń zależnych od woli stron, w tym szczególnego przypadku, gdy zdarzenie jest zależne wyłącznie od woli strony (warunek potestatywny). Zagadnienie jest istotne dla obrotu gospodarczego, ponieważ uczestnicy tego obrotu przeważnie uzależniają skutek podejmowanych czynności prawnych od warunku. W przypadku, gdyby strony czynności prawnej za warunek uznały zdarzenie przeciwne ustawie, to skutkować to będzie nieważnością czynności prawnej (gdy warunek jest zawieszający) lub bezskutecznością zastrzeżenia warunku, gdy warunek jest rozwiązujący (art. 94 KC). Częste jest zastrzeżenie warunku zależnego od strony czynności prawnej (jak np. wykonanie zobowiązania, pozytywny wynik badania prawnego czy udzielenie kredytu). W orzecznictwie zaobserwować można ewolucję poglądu SN

¹ Za czynność prawną uznają zdarzenie, w skład którego wchodzi co najmniej jedno oświadczenie woli złożone przez osobę posiadającą zdolność do czynności prawnych zmierzające do wywołania skutku prawnego w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego. E. Marszałkowska-Krześ [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 102.

od restrykcyjnego (niedopuszczającego warunku zależnego od woli strony) do stanowiska liberalnego, dopuszczającego uznanie powstania lub ustania skutku czynności prawnej od warunku zależnego od strony czynności prawnej².

Wskutek analizy obowiązującego brzmienia art. 89 KC zaprezentowany zostanie w niniejszym artykule pogląd za dopuszczeniem uzależnienia skutków czynności prawnej od zdarzeń zależnych od strony czynności prawnej.

Abstract

Subject of this article shall be an issue of admissibility to depend effects of legal actions from actions dependent from will of the parties, in particular when the event is dependent solely on will of the party (condition potestative). The issue at hand is crucial for economic relations due to fact that participants of the trade make dependant effect of undertaken legal actions from the condition. In the event parties of the legal action would consider as condition action contrary to statute, it would affect validity of legal action (in case condition is precedent) or ineffectiveness of reserving such condition (as e.g. carrying out of obligation, positive result of legal due diligence or granting loan). In judiciary evolution of Supreme Court standpoint could be observed from restrictive (not permitting condition dependant of will of party) to liberal, allowing creation or cessation of effect of legal action from condition dependent from condition dependant on party of legal action.

As result of analysis of applicable currently wording of art. 89 of the Civil Code, there would be presented in this article a standpoint admitting making dependant of effects of the legal action from events dependant from the party of legal action.

² Przeciwno możliwości zastrzeżenia warunku potestatywnego: wyrok SN z 24.06.2005 r., V CK 799/04, niepubl.; wyrok SN z 10.06.2005 r., II CK 712/04, niepubl.; wyrok SN z 5.01.2005 r., II CK 343/04, niepubl.; wyrok SN z 10.04.2003 r., III CKN 1335/00, niepubl.; wyrok SN z 11.10.2002 r., II CKN 1044/00, niepubl.; wyrok SN z 5.06.2002, II CKN 701/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124; wyrok SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 11, poz. 213. Odmienne: postanowienie SN (7) z 22.03.2013 r., III CZP 85/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 11, poz. 132; wyrok SN z 31.03.2005 r., V CK 490/04, niepubl.; wyrok SN z 8.03.2000 r., III CKN 748/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 3, poz. 37; wyrok SN z 27.06.1999 r., I CR 7/95, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 12, poz. 183.

1. Wstęp

W pierwszej kolejności wskazać wypada, iż ustawodawca uregulował warunek w dziale V poświęconym tej instytucji zawartym w księdze pierwszej (Część ogólna) ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny („KC³”). Art. 89 KC stanowi, iż: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek).” Słownik języka polskiego rozróżnia następujące znaczenia słowa „warunek”: 1) „to, od czego jest uzależnione istnienie czego innego”, 2) „wymaganie, żądanie stawiane przy zawieraniu jakiejś umowy; zastrzeżenie, od którego zależy dotrzymanie, zrealizowanie czego”, 3) „zespół cech koniecznych komu, czemu do bycia kim, czym, do wykonywania czego⁴”.

Kodeks cywilny precyzuje zakres znaczenia słowa „warunek” o przesłanki, jakie czynnik (stan rzeczy) winien spełniać, aby zdarzenie mogło zostać uznane za warunek w rozumieniu art. 89 KC. Warunek w tym znaczeniu ogranicza: 1) „czynnik, od którego uzależnione jest istnienie lub zajście” do zdarzeń przyszłych i niepewnych, a 2) „istnienie lub zajście czegoś” do skutków czynności prawnej. W artykule przyjęto znaczenie warunku w rozumieniu art. 89 KC ograniczone konstytucyjnie cechą: 1) niedokonania (zdarzenie przyszłe), 2) niemożliwych do usunięcia wątpliwości czy do dokonania dojście (zdarzenie niepewne), oraz 3) niezależności od woli stron.

W przypadku spełnienia przez określone zdarzenie tych przesłanek z art. 89 KC za warunek określony w tym przepisie uznać można także warunek prawny i zastrzeżenie umowne, co wymaga bliższego omówienia w dalszej części niniejszego artykułu.

Warunek prawny uzależnia skuteczność czynności prawnej od określonej normy prawnej (ustanawiającej wymóg uzyskania zgody organu administracji publicznej, zachowania szczególnej formy czynności prawnej lub posiadania pełnej zdolności do czynności prawnej osoby składającej oświadczenie woli). Warunkiem w rozumieniu art. 89 KC⁵ będzie warunek prawny powiązany ze zdarzeniem przyszłym i niepewnym (np. doręczenie decyzji administracyjnej⁶).

W przypadku zastrzeżenia umownego wskazać wypada, że warunkiem określane są w tym wypadku przesłanki zaistnienia następstw prawnych

³ Dz.U. z 2017 r., poz. 459.

⁴ W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1967, s. 856.

⁵ W dalszej części artykułu pojęcie warunku przywoływane będzie jako warunek w rozumieniu art. 89 KC.

⁶ M. Chomiuk, *Spór o dopuszczalność zastrzegania warunku potestatywnego na tle obojętnych regulacji warunku w Kodeksie cywilnym*, „Monitor Prawa Handlowego” 2012, nr 4, s. 34.

wywołanych działaniem strony stosunku zobowiązaniowego. Takie znaczenie warunku nie mieści się w ścisłym znaczeniu tego słowa określonym w art. 89 KC. Dlatego też nie może zostać uznane za warunek postanowienie umowne określające: 1) następstwa wykonania lub niewykonania zobowiązania, oraz 2) uprawnienia dłużnika lub wierzyciela w ramach stosunku zobowiązaniowego, o ile wykonanie zobowiązań lub skorzystanie z uprawnień pozostaje pod wyłączną kontrolą strony czynności prawnej (i nie jest zdarzeniem niepewnym).

Za właściwy przykład warunku uzależniającego skutek czynności prawnej od działania strony stosunku zobowiązaniowego uznać należy przewłaszczenie na zabezpieczenie. W tym przypadku zobowiązanie do przeniesienia z powrotem własności rzeczy uzależnione jest od spłaty długu przez dłużnika. Stosowne postanowienie umowne w takim wypadku stwierdzać może, iż wierzyciel przeniesie powrotnie własność rzeczy na dłużnika „pod warunkiem” uprzedniej spłaty przez niego należnego długu⁷. SN dopuścił traktowanie tego zdarzenia jako warunku rozwiązującego uznając spłatę długu za zdarzenie przyszłe i niepewne, które według treści art. 89 KC może stanowić warunek⁸.

2. Cechy zdarzenia

2.1. Pojęcie zdarzenia w znaczeniu obiektywnym i subiektywnym

Na początku warto zauważyć, iż zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego zdarzeniem jest „to, co się zdarzyło”⁹. Zastosowanie słowa „to” i wprowadzenie w art. 89 KC wyłącznie takich kategorii zdarzeń jak przyszłe i niepewne bez dalszego doprecyzowania znaczenia słowa „zdarzenie” prowadzi do wniosku, że rozumieć je należy szeroko i odnosić można zarówno do oświadczeń woli lub wiedzy strony czynności prawnej, osoby trzeciej, organu władzy publicznej, czy też zjawisk przyrody ożywionej lub nieożywionej.

Kategorie zdarzeń przyszłych i niepewnych rozpatrywać można w aspekcie subiektywnym oraz obiektywnym. W piśmiennictwie wskazano jednak na pewne ograniczenia pojmowania warunku w zależności od tego, czy zdarzenie pojmowane jest obiektywnie czy też subiektywnie. Rozróżnienie to jest istotne z tego względu, że w przypadku subiektywnym piśmiennictwo odmawia uznania

⁷ Zob. wyrok SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 11, poz. 213.

⁸ Zob. wyrok SN z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2008, nr 12, poz. 125.

⁹ Zob. L. Drabik, E. Sobol, *Słownik Języka Polskiego, Tom 2*, Warszawa 2007, s. 820.

zdarzenia za warunek stwierdzając, że „W świetle przepisów art. 155 § 1 *in fine* KC w zw. z art. 89 KC, nie można ekspektatywę uzyskania decyzji uważać za warunek – w rozumieniu prawa cywilnego. Wszystkie czynności i zdarzenia, które poprzedzają wydanie decyzji z art. 10 ust. 1 i 3 ustawy [z 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości], są dowolne i nie przedstawiają żadnej doniosłości¹⁰”.

Ujęcie subiektywne oznacza, iż o tym czy zdarzenie faktycznie spełnia niżej omówione cechy zdarzenia „przyszłego” i „niepewnego” zależy wyłącznie od uzgodnień stron czynności prawnej. Przyjęcie obiektywnego punktu widzenia przy ocenie przesłanek decydujących o tym, czy określone zdarzenie może być warunkiem oznacza przypisywanie im znaczenia niezależnego od zapatrywania strony czynności prawnej.

Wskazać przy tym należy, że zasada swobody umów nie powinna prowadzić do uznania zdarzenia w pełni zależnego od woli stron za warunek (w ramach ujęcia subiektywnego¹¹). Dzieje się tak, ponieważ strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania wyłącznie, jeśli cel lub treść nie jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Wymóg, by zdarzenie uzależniające skutki czynności prawnej było przyszłe i niepewne ustanawia przepis o charakterze *iuris cogentis* (art. 89 KC w zw. z art. 353¹ KC). W rezultacie bezwzględnego obowiązywania przywołanego przepisu uznać należy, iż subiektywnie strony czynności prawnej nie są swobodne w decyzji, co mogą uznać za warunek czynności. W rezultacie uznać należy, iż element obiektywizmu zawsze powinien zostać uwzględniony przy ocenie tego, czy określone zdarzenie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC.

2.2. Przesłanka przyszłości zdarzenia

Słownikowa definicja pojęcia „przyszłe” oznacza „takie, które nastąpi lub ma nastąpić¹²”. Także przesłankę przyszłości zdarzenia (tak jak samo zdarzenie) można rozpatrywać w ujęciu obiektywnym i subiektywnym.

Zgodnie z obiektywnym ujęciem zdarzenie przyszłe nie może istnieć w chwili dokonywania czynności prawnej, której skutki powiązane ze zdarzeniem¹³. Brak wiedzy strony dokonującej czynności prawnej o tym, że zdarzenie zaistniało, pozostaje bez znaczenia. W myśl omawianego stanowiska to

¹⁰ A. Oleszko, *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent” 1992, nr 10, s. 93.

¹¹ Zob. wyrok SN z 5.06.2002 r., II CKN 701/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124.

¹² Zob. L. Drabik, E. Sobol, *Słownik...*, s. 486.

¹³ Z. Radwański [w:] tenże (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*. Tom 2, Warszawa 2001, s. 270.

zdarzenie nie mogło stanowić warunku w ścisłym znaczeniu tego słowa wyznaczonym brzmieniem art. 89 KC.

Natomiast subiektywny sposób oceny zdarzenia przyszłego i niepewnego przypisuje decydujące znaczenie wiedzy strony czynności prawnej dla rozstrzygnięcia, czy uznać określone zdarzenie za „przyszłe”. W takim wypadku – brak wiedzy strony czynności prawnej o zaistnieniu zdarzenia w chwili jej dokonania pozwala, by uznać je za warunek.

Za przyjęciem stanowiska obiektywnego przemawia literalne brzmienie art. 89 KC. Brak jest podstaw do przyjęcia odmiennej wykładni tego pojęcia wykraczającej wbrew literalnemu brzmieniu przepisu. W rezultacie nie można uznać za warunek zdarzenie, które już nastąpiło, o czym zastrzegający warunek nie wiedział¹⁴.

2.3. Przesłanka niepewności zdarzenia

Zdarzenie „niepewne” wedle definicji zawartej w słowniku języka polskiego oznacza zdarzenie, które „zawiera ryzyko lub jest trudne do przewidzenia¹⁵”. Niepewność sprowadzać się może do braku wiedzy o tym czy zdarzenie zaistnieje (np. co do wygranej na loterii) lub kiedy określone zdarzenie będzie miało to miejsce (gdy wystąpienie zdarzenia jest pewne, a termin nie jest znany jak w przypadku śmierci¹⁶). Ocena niepewności powinna uwzględniać rozsądne ramy ludzkich oczekiwań i prognoz¹⁷ oraz być dokonywana w oparciu o powszechnie dostępną wiedzę¹⁸. Urzeczywistnienie zdarzenia może w określonym stopniu zależeć od zapatrywania stron. Nie może jednak wykraczać poza ramy wyznaczone przez rozsądne oczekiwania.

Również w przypadku rozpatrywania tej przesłanki odrzucić należy możliwość przyjęcia stanowiska subiektywnego. Strony czynności prawnej nie będą mogły całkowicie swobodnie uznać za niepewne tych zdarzeń, które w ramach racjonalnie uzasadnionych oczekiwań są pewne. Przy określeniu stopnia

¹⁴ S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 322.

¹⁵ H. Szymczak, *Słownik Języka Polskiego PWN*, Warszawa 1995, s. 329.

¹⁶ A. Janas [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, 2018, s. 838.

¹⁷ J. Strzebińczyk [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 354; postanowienie SN z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1999, nr 9, poz. 160.

¹⁸ A. Janas [w:] M. Fras, M. Habdas Magdalena (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 838.

prawdopodobieństwa nie jest konieczne rozstrzygnięcie na podstawie specjalistycznej wiedzy naukowej¹⁹.

Powyższą problematykę ukazuje przykład czynności prawnej dokonywanej pod warunkiem nadejścia końca świata w określonym dniu (np. 21 grudnia 2012 r.). Przy tym przykładzie odpowiedzi należałoby twierdząco na pytanie czy dokonanie czynności prawnej pod warunkiem rozwiązującym, iż koniec świata nie nadejdzie w określonym dniu oznacza, że warunek ten w myśl art. 94 KC uznać należy za niezastrzeżony. W świetle definicji z art. 89 KC, wspomniany warunek był niemożliwy do spełnienia. Przykład ten w jaskrawy sposób unaocznia konieczność zachowania pewnych rozsądnych i obiektywnych proporcji przy decydowaniu o tym, co rozumieć należy za zdarzenie niepewne.

Zauważyć wypada przy tym, iż każde zdarzenie należy oceniać odrębnie odpowiadając na pytanie czy: 1) strona czynności prawnej przez okres związania warunkiem posiadać będzie pełną kontrolę nad przebiegiem zdarzenia, 2) osoby trzecie mogą wpłynąć na przebieg zdarzenia, 3) możliwe jest wystąpienie czynników o charakterze nadzwyczajnym. Za niepewne uznać należałoby zdarzenie w przypadku odpowiedzi twierdzącej na którekolwiek z powyższych pytań. Przeprowadzana analiza (w celu odpowiedzi na wskazane pytania) nie może być oderwana od istotnych elementów stanu faktycznego i powinna brać pod uwagę chwilę podejmowania przez stronę czynności prawnej. Tytułem przykładu podać można zdarzenie w postaci kandydowania przez stronę czynności prawnej do wyborów samorządowych. Po pierwsze, strona czynności prawnej ma kontrolę nad przebiegiem zdarzenia. Po drugie, osoby trzecie mają wpływ na przebieg zdarzenia – wymagane jest zebranie odpowiedniego poparcia. Po trzecie, wybory mogą zostać odwołane z powodu stanu nadzwyczajnego. Wydaje się, że analizowane zdarzenie pozostaje niepewne do momentu uzyskania przez kandydata odpowiedniego poparcia, o ile w tej chwili nie są znane przesłanki wystąpienia czynników o charakterze nadzwyczajnym. Tak zarysowany test pozwala z dużym prawdopodobieństwem określić jakie zdarzenie będzie spełniało kryterium niepewności pozwalające na uznanie tego zdarzenia za warunek.

2.4. Wystąpienie zdarzenia a wola stron

Do pierwszej kategorii zdarzeń zaszeregować należy sytuacje, gdy spełnienie warunku zależy tylko od przypadku (łac. *conditiones causales*). Taki warunek wiąże powstanie albo ustanie skutku czynności prawnej od zdarzenia lub zjawiska, którego nie da się przewidzieć i na powstanie którego osoba realnie nie ma żadnego wpływu (np. wynik zawodów sportowych lub wyborów, warunki

¹⁹ J. Strzebińczyk [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 241.

atmosferyczne). Możliwe jest skuteczne uzależnienie powstania czynności prawnych od zastrzeżenia tego rodzaju warunku. Decyzja, czy w takim przypadku zdarzenie pozostaje zależne od woli stron opierać może się na kryterium obiektywnym albo subiektywnym (analogicznie jak przy interpretacji terminu zdarzenie „przyszłe” oraz „niepewne”). Zdarzenie niepewne może, lecz nie musi, być niezależne od woli stron. Na marginesie wskazać można, iż także zdarzenia pewne mogą być niezależne od woli stron. Do zdarzeń takich zalicza się na przykład wschód słońca. Zdarzenie to jest pewne i niezależnie od woli stron. Pomimo tych cech, nie może być uznane za warunek.

Do drugiej kategorii zdarzeń wskazać należy takie przypadki, gdy warunki uzależniają skutki czynności prawnej od określonego, świadomego zachowania strony (np. zawarcia związku małżeńskiego, określonego zachowania – rzucenie nałogu, podjęcie studiów lub pracy zarobkowej). Takie warunki noszą miano warunków potestatywnych (łac. *conditiones potestativae*). W przypadku tej kategorii warunków występuje możliwość zastrzeżenia wystąpienia skutku czynności prawnej od zaistnienia zdarzenia zależnego od woli stron. Te przypadki powodują rozbieżności w doktrynie²⁰. Kontrowersja sprowadza się do kategorii zdarzeń zależnych wyłącznie od woli strony, ponieważ zdaniem przedstawicieli nauki przez uzależnienie wystąpienia tych zdarzeń od woli stron tracą te zdarzenia cechę niepewności.

W świetle przeprowadzonej analizy należałoby opowiedzieć się za poglądem, iż zdarzenia w pełni zależne od woli stron i nie pozostawiające żadnego aspektu czynności przypadkowi nie są zdarzeniami niepewnymi. Takiego zdarzenia nie można uznać za warunek, ponieważ nie uzależnia skutków czynności prawnej od zdarzenia niepewnego²¹. Rzadko spełnienie określonego warunku zależy wyłącznie od woli osoby. Jako przykład podać można podjęcie studiów, zawarcie związku małżeńskiego, zdobycie medalu na olimpiadzie, wydanie decyzji przez organ administracji w ramach uznania administracyjnego (w przypadku, gdy nie jest on związany wnioskiem strony²²), czy też uzyskanie zgody organu spółki²³. Dla porządku zauważyć należy, że te zdarzenia nie obejmują przypadków, gdy zdarzenie pozostaje pod kontrolą stron czynności prawnej, ale dodatkowo wystąpienie zdarzenia zależy w jakimkolwiek stopniu od wystąpienia elementu losowości.

²⁰ Szerzej w: Z. Radwański [w:] tenże (red.), *System...*, s. 265.

²¹ Zob. postanowienie SN z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1999, nr 9, poz. 160.

²² Na przykład uzyskanie koncesji na sprzedaż napojów alkoholowych, gdzie oprócz składanego wniosku, uzyskanie koncesji zależy także od uznania organu administracji. M. Chomiuk, *Spór...*, s. 35.

²³ B. Janiszewska, *Zgoda rady nadzorczej spółki z o.o. jako przedmiot warunku*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2000, nr 7–8, s. 13.

Element losowości odnaleźć można w trzeciej i ostatniej kategorii warunków. Warunek mieszany (łac. *conditiones mixtae*) łączy cechy warunku zależnego i niezależnego od woli stron stosunku zobowiązaniowego. W części określone zdarzenie następuje w wyniku działania strony czynności prawnej. Jednak samo działanie strony nie wystarcza. Wymagane jest wystąpienie okoliczności poza kontrolą podmiotu, aby określone zdarzenie wystąpiło. Za taki przypadek przytoczyć można uzależnienie wejścia w życie umowy najmu od uzyskania przez najemcę koncesji na sprzedaż alkoholu²⁴.

W orzecznictwie SN podniesiono, iż opisany wyżej rodzaj warunku nie jest warunkiem potestatywnym zależnym wyłącznie od woli stron²⁵. Nie jest możliwe jednoznaczne rozstrzygnięcie, w jakim stopniu warunek mieszany powinien uwzględniać przypadek, by nie można było uznać tego warunku za potestatywny. Gdyby przyjąć, że wszystkie zdarzenia zależne są wyłącznie od przypadku, to prowadzenie działalności gospodarczej (lub pomyślnie zwieńczenie innego ukierunkowanego działania) byłoby niemożliwe. Za właściwe wydaje się rozstrzygnięcie każdego zdarzenia z uwzględnieniem towarzyszących okoliczności. Okazać się wtedy może, iż brak spłaty długu, np. z powodu nieprzewidzianej upadłości głównego zleceniodawcy dłużnika, usprawiedliwia przyjęcie elementu losowości. W efekcie, w tym konkretnym przypadku, dokonanie spłaty długu mogłoby zostać uznane za warunek. Przyjęcie tego stanowiska oznacza wprowadzenie kolejnego elementu niepewności (oceny, czy w określonych okolicznościach wykonanie zobowiązania było zależne wyłącznie od strony).

2.5. Zewnętrzność zdarzenia od treści czynności prawnej

KC nie precyzuje, czy zdarzenie może stanowić element czynności prawnej. SN wskazał na konieczność odróżnienia warunku potestatywnego od zastrzeżenia umownego uzależniającego skutek czynności prawnej od skorzystania przez stronę z uprawnienia lub wykonania obowiązku²⁶. Pogląd ten podzielono w doktrynie, gdzie wyrażono stanowisko, że zdarzenie nie należy do składników czynności prawnej. W myśl poglądów wyrażonych w nauce prawa warunek powinien być sprzężony ze zdarzeniem oddziałującym na skuteczność czynności za

²⁴ M. Chomiuk, *Spór...*, s. 34.

²⁵ Zob. wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136; wyrok SN z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07; wyrok SN z 31.03.2005 r., V CK 490/04, niepubl.

²⁶ Zob. postanowienie SN z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1999, nr 9, poz. 160.

pośrednictwem czynników nienależących do treści czynności i pochodzących spoza stosunku prawnego²⁷.

W efekcie wypowiedzieć należałoby się za poglądem, iż zastrzeżenie umowne, stanowiące część składową czynności prawnej, nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC.

2.6. Stanowisko restrykcyjne (przeciwnie dopuszczalności uzależnienia skutku czynności prawnej od warunku potestatywnego)

Na wstępie przytoczyć należy wzmiankę o historycznej ewolucji stanowiska dotyczącego możliwości uzależnienia skutku czynności prawnej od warunku potestatywnego. Otóż we wcześniejszej nauce prawa wskazywano, iż warunku nie może stanowić zdarzenie, którego ziszczenie się zależy wyłącznie od woli strony czynności prawnej²⁸. W judykaturze też wyrażono pogląd przeciwko dopuszczalności uzależnienia skutku czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i zależnego od woli stron²⁹.

Pogląd restrykcyjny uzasadniano tym, że dopuszczalność zastrzeżenia umownego uzależniającego powstanie zobowiązania wyłącznie od woli dłużnika w formule „zapłacę, jeśli zechcę” (tzw. warunku „*si voluero*”³⁰) wymaga wykładni woli stron w celu weryfikacji, czy oświadczenia woli zostały złożone w sposób na tyle stanowczy, by doszło do zawarcia umowy. Pogląd ten zdaje się być zgodny ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie prawa niemieckiego, gdzie uważa się, iż w przypadku zastrzeżenia warunku zależnego wyłącznie od woli strony nie dochodzi do skutecznego złożenia oświadczenia woli, ponieważ wola strony nie zostaje wyrażona w sposób wystarczająco stanowczy³¹.

²⁷ S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego...*, s. 358.

²⁸ A. Kunicki, *Umowne prawo odstąpienia*, Lwów 1939, s. 31 i nast. oraz 84 i nast.; R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Poznań 1938, s. 107 i nast.; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 351 i n.

²⁹ Zob. wyrok SA w Warszawie z 21.10.2016 r., VI ACa 1467/16, niepubl.; wyrok SA we Wrocławiu z 30.11.2012 r., I ACa 1146/12, niepubl.; wyrok SN z 11.08.2011 r., I CSK 605/10, niepubl.; wyrok SN z 10.04.2003 r., III CKN 1335/00, niepubl.; postanowienie z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1999, nr 9, poz. 160; wyrok z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 11, poz. 213; wyrok SN z 5.06.2002 r., II CKN 701/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124 (z głosą krytyczną Z. Radwańskiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124, s. 518–520).

³⁰ Jeśli zechcę (łac.).

³¹ M. Chomiuk, *Spór...*, s. 35.

2.7. Stanowisko liberalne (za dopuszczalnością uzależnienia skutku czynności prawnej od warunku potestatywnego)

Obecnie w doktrynie i w orzecnictwie przeważa pogląd dopuszczający uzależnienie skutku czynności prawnej od zastrzeżenia warunku potestatywnego³². Dotyczy to tylko sytuacji, gdy strony uzależniają skuteczność umowy od zdarzenia przyszłego i niepewnego, na którego ziszczenie się ma wpływ jedna ze stron. Na marginesie wskazuje się, że takie zdarzenie powinno być równocześnie zewnętrzne względem stosunku powstałego w wyniku zawarcia umowy warunkowej.

Aktualne stanowisko znajduje uzasadnienie w wykładni literalnej, ponieważ art. 89 KC ustanawia wyraźnie, jakie przesłanki potrzebne są do uznania zdarzenia za warunek. W związku z jasnym sformułowaniem tego przepisu, dalsza jego interpretacja nie jest konieczna. W świetle zasady „*clara non sunt interpretanda*”³³ odwoływanie się do ponadnormatywnych przesłanek jest zbędne.

Jednoznaczne sformułowanie art. 89 KC nie pozwala na interpretowanie przesłanek nieznajdujących się w tym przepisie. Skoro powołany przepis KC umożliwi uzależnienie powstania lub ustania skutku czynności prawnej od każdego zdarzenia (byle było niepewne i przyszłe), to należy unikać dalszego rozróżnienia typów zdarzeń.

Za dopuszczalnością zastrzeżenia warunku potestatywnego przemawia również wykładnia systemowa. Przejawem tej wykładni jest regulacja zawarta w art. 592 KC, gdzie przewidziano możliwość zawarcia umowy sprzedaży na próbę albo z zastrzeżeniem zbadania rzeczy przez kupującego, pod warunkiem zawieszającym, że kupujący uzna przedmiot sprzedaży za dobry. Nie ulega wątpliwości, iż uznanie przez kupującego, iż rzecz spełnia jego oczekiwania, zależy wyłącznie od kupującego. We wskazanym przypadku oświadczenie kupującego stanowi oświadczenie wiedzy kupującego. W świetle treści art. 89 KC to rozróżnienie zdaje się nie mieć praktycznie znaczenia. Cytowany przepis uzależnia powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, bez rozróżnienia, czy tym zdarzeniem jest oświadczenie wiedzy czy woli. W przypadku, gdyby intencją ustawodawcy było uzależnienie powstania

³² M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do artykułów 1–449*¹¹, Warszawa 2008, s. 445; Z. Radwański, *System...*, s. 275; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, 1998, s. 324; A. Janiak [w:] A. Kidyba (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Tom I*, Warszawa 2009, s. 539; S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, 2009, s. 385; G. Bieniek, *Dodatkowe zastrzeżenia umowne w praktyce notarialnej*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2009, nr 2, poz. 5, s. 5; wyrok SN (7) z 22.03.2013 r., III CZP 85/12, „Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 11, poz. 132.

³³ Normy, które są jasne, nie wymagają interpretacji (łac.).

lub ustania skutków czynności prawnej wyłącznie od czynności prawnych, to zostałyby to wyrażone *expressis verbis* w art. 89 KC.

Podobną regulację przewidziano w ustawie z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych („KSH³⁴”). W art. 444 i n. KSH wprowadzono instytucję warunkowego podwyższenia kapitału zakładowego uzależniającą skuteczność tej czynności prawnej od uchwały zarządu (czynności pozostającej praktycznie pod wyłączną kontrolą członków zarządu).

Przeprowadzona analiza skłania do wniosku, iż aktualne brzmienie przepisów KC o warunku oraz KSH dopuszcza uzależnienie powstania lub ustania skutków czynności prawnej od warunku potestatywnego.

2.8. Krytyka ustanawiania ponadnormatywnych przesłanek rozumienia warunku

Przed wszystkim podkreślić należy, iż art. 89 KC stanowi jedynie, że warunkiem może być zdarzenie przyszłe i niepewne. W orzecnictwie wyrażono pogląd, iż wprowadzenie jakichkolwiek dalszych przesłanek, ograniczających możliwość uznania określonego zdarzenia za warunek, stanowi niedozwoloną prawotwórczą działalność sądów³⁵. Zdaniem SN brak jest podstaw, w szczególności do wprowadzania wymogu zewnętrżności zdarzenia wobec treści czynności prawnej oraz wymogu niezależności wystąpienia zdarzenia od woli którejkolwiek ze stron. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że każde zdarzenie spełniające kryteria wymienione w art. 89 KC (czyli każde zdarzenie przyszłe i niepewne) może stanowić warunek³⁶. Przy dokonywaniu oceny konkretnych zdarzeń należy mieć na względzie jedynie konstytutywne cechy warunku wymienione w art. 89 KC³⁷. Również w nauce prawa aktualnie przeważa pogląd przeciwko możliwości uzupełnienia przesłanek z art. 89 KC o dodatkowe kryteria uniemożliwiające uznanie zdarzeń jako warunków zależnych od woli stron³⁸.

Brak jest podstaw, by nadmiernie ingerować w zasadę swobody umów i obciążać strony w możliwości ułożenia przez nich stosunku zobowiązaniowego

³⁴ Tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 1577 ze zm.

³⁵ Zob. postanowienie SN (7) z 22.03.2013, III CZP 85/12, „Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 11, poz. 132, wyrok SN z 6.02.2018 r., IV CSK 72/17, niepubl.

³⁶ Zob. wyrok SN z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2008, nr 12, poz. 125.

³⁷ Zob. wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136.

³⁸ Zob. P. Sobolewski [w:] K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2013, s. 775.

zgodnie z ich wolą. Pogląd taki podziela Rzecznik Praw Obywatelskich wskazując, iż prawotwórcza działalność judykatury, ustanawiająca nowe przesłanki, które winien spełnić warunek, godzi w swobodę działalności gospodarczej, ponieważ może zostać uznana za nieuprawnioną próbę ograniczenia prawa podmiotowego gwarantowanego konstytucją³⁹.

Dodawanie dalszych cech, jak zewnętrzność w stosunku do czynności prawnej oraz niezależność jego wystąpienia lub niewystąpienia od woli stron, jest w istocie zabiegiem prowadzącym do uzupełnienia hipotezy przepisu⁴⁰. W demokratycznym państwie prawa działanie takie nie wydaje się pożądane, ponieważ prowadzi do niestabilności systemu prawa (różne sądy w inny sposób uzupełniają mogą hipotezy tych samych przepisów prawnych).

2.9. Wykonanie zobowiązania jako warunek potestatywny

2.9.1. Pogląd restrykcyjny

SN odmawiał wykonywaniu zobowiązań elementu niepewności stwierdzając, iż w takim wypadku skutek czynności prawnej zależy od tego, czy strona skorzysta z uprawnienia lub zechce zobowiązanie wykonać (tj. spełnić świadczenie). Zdaniem SN takie zastrzeżenie uzależnia powstanie skutków prawnych czynności prawnej wyłącznie od woli stron i jest elementem składowym treści zawieranej umowy. Nie jest więc to zdarzenie zewnętrzne, przyszłe i niepewne, przez co nie może być kwalifikowane jako warunek w rozumieniu art. 89 KC⁴¹.

W świetle poglądu wyrażonego przez SN uzależnienie skutku prawnego od decyzji jednej lub obu stron umowy, czy strona swoje zobowiązanie wykona, jest zależne od woli strony i jako dotyczące samego wykonania umowy nie może być kwalifikowane jako warunek⁴². Przytoczony pogląd uzasadniono tym, iż zachowanie się jednej ze stron stosunku prawnego jest niepewne dla drugiej strony. Skoro to zdarzenie (zachowanie) zależy od woli strony, to nie może być dla niej niepewne, nawet jeśli pozostaje nieznanne pozostałym stronom czynności prawnej⁴³. Z powyższych powodów SN odmawiał uznania za warunek takich zdarzeń

³⁹ Uzasadnienie pytania prawnego Rzecznika Praw Obywatelskich do SN z 3.10.2012 r., s. 7–8, http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia_prawne/NewForm/III-CZP-0085_12_p.pdf, [dostęp: 26.08.2018].

⁴⁰ Wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136, wraz z glosą A. Szlęzaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 5, poz. 47.

⁴¹ Zob. wyrok SN z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1999, nr 9, poz. 160.

⁴² Zob. wyrok SN z 13.01.2011 r., III CSK 116/10, niepubl.

⁴³ Zob. wyrok SA w Warszawie z 21.10.2016 r., VI ACa 1467/16, niepubl.

jak zapłata ceny w wykonaniu zobowiązania⁴⁴, czy też złożenie zamówienia i zapłata zaliczki⁴⁵. Doktryna uzupełniła powyższy katalog zdarzeń niemogących być warunkami w rozumieniu art. 89 KC o zgodę rady nadzorczej⁴⁶. W świetle zarysowanej linii orzeczniczej, a także w nauce prawa, wykonanie zobowiązania ma zależeć wyłącznie od dłużnika i jego woli oraz okoliczności od niego zależnych⁴⁷.

Jako dodatkowy argument przeciwko uznaniu wykonania zobowiązania za warunek podaje się, że wykonanie zobowiązania należy do treści czynności prawnej. W szczególności stan zadłużenia dłużnika nie jest zdarzeniem „zewnętrznym” względem czynności prawnej⁴⁸. W rezultacie wykluczona będzie możliwość zakwalifikowania takiego zdarzenia jak wykonanie zobowiązania (powstanie zadłużenia) jako warunku⁴⁹.

2.9.2. Pogląd liberalny

W orzecznictwie dopuszcza się uznanie niewykonania zobowiązania przez dłużnika za warunek. Zauważa się, że wykonanie zobowiązania nie jest zależne wyłącznie od woli strony czynności prawnej, lecz od szeregu zewnętrznych i niezależnych od woli stron okoliczności⁵⁰. Jako przykład zdarzenia podawana jest zapłata dokonywana przez jedną ze stron czynności prawnej. Miałoby to być zdarzenie nie zawsze całkowicie zależne od woli dłużnika, ponieważ dokonanie zapłaty zależy również od wielu innych okoliczności pozostających poza jego kontrolą (takich jak w szczególności poziom przychodu lub stan majątku zależny od koniunktury gospodarczej czy udzielenie kredytu⁵¹).

W nauce prawa dominuje pogląd dopuszczający traktowanie zdarzenia polegającego na świadczeniu jako warunek, ze względu na przywołany wyżej

⁴⁴ Zob. wyrok SN z 5.01.2005 r., II CK 343/04, niepubl. oraz wyrok z 23.02.2011 r., V CSK 277/10, niepubl.

⁴⁵ Zob. wyrok SN z 10.05.2005 r., II CK 712/04, niepubl.

⁴⁶ Krytyczna glosa Z. Kuniewicza, „Rejent” 2000, nr 3, s. 138 do wyroku SN z 20.05.1998 r., I CKN 683/97, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 1, poz. 8.

⁴⁷ Zob. wyrok z 11.08.2011 r., I CSK 605/10, niepubl.; wyrok SA w Krakowie z 6.05.2015 r., I ACa 264/15, niepubl.

⁴⁸ Zob. wyrok SN z 26.05.2000 r., III CKN 246/00, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 11, s. 708; wyrok SN z 5.06.2002 r., II CKN 701/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, s. 124.

⁴⁹ Zob. wyrok SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 11, poz. 213.

⁵⁰ „(...) nie tylko wola dłużnika, ale też inne okoliczności faktyczne, tworzące razem stan odpowiadający pojęciu warunku jako niepewnego zdarzenia, które ujawnią się w przyszłości.” Wyrok SN z 8.03.2002 r., III CKN 748/00 z glosą T. Szanciło, „Palestra” 2004, nr 1–2, s. 240; Por. wyrok SA w Katowicach z 14.09.2017 r., I ACa 329/17, niepubl.

⁵¹ Zob. wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136.

argument, iż niewykonanie zobowiązania co do zasady pozostaje zależne od splotu wielu okoliczności, w tym pozostających poza kontrolą dłużnika⁵².

W świetle przytoczonego poglądu liberalnego spełnienie świadczenia można traktować jako odrębne od dokonania czynności prawnej zdarzenie prawne. W rezultacie dopuszczalne byłoby uzależnienie skutku czynności prawnej od spełnienia świadczenia⁵³.

3. Wnioski końcowe

Przeprowadzone badania prowadzą do wniosku, iż prezentowane w doktrynie i orzecznictwie stanowiska uległy zmianie stopniowo, uznając złożoność obrotu gospodarczego i wpływ przypadku (czynnika niezależnego od strony czynności prawnej) na wykonanie zobowiązania. Ujęcie zastrzeżenia dotyczącego warunku jako elementu czynności prawnej po początkowej restrykcyjności przyjętych zapatrywań z czasem ustąpiły na rzecz liberalnych poglądów. O ile wcześniej prezentowane poglądy zakładały wyraźne rozgraniczenie wąsko rozumianego warunku od innych zastrzeżeń umownych, to obecnie nie odchodzi się od tak ścisłego rozgraniczenia warunku od czynności prawnej.

Przejawem obecnie przeważającego poglądu liberalnego jest, iż w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw do uzupełnienia, wyszczególnionych w art. 89 KC przesłanek decydujących o tym, czy określone zdarzenie może być warunkiem w rozumieniu tego przepisu o ponadnormatywne ograniczenia w postaci „zewnętrzności” oraz „niezależności od woli stron”.

Obecnie podnoszone wątpliwości co do tego, czy dane zdarzenie uznać należy za warunek, nie dotyczą tego, czy jest to zdarzenie w pełni zależne od woli stron. Kontrowersja sprowadza się do tego, czy określone, zastane w stanach faktycznych zdarzenia zawierają w swej istocie element przypadkowości, wystarczający do uznania ich za zdarzenia niepewne. Problem sprowadzić należy do konieczności poddania stanu faktycznego testowi, w jakim stopniu na zdarzenie będzie mieć wpływ także czynnik pozostający poza kontrolą strony czynności prawnej.

W efekcie przeprowadzanego badania należy uznać, że w interesie strony czynności prawnej jest uzależnienie zastrzeżenia umownego od zdarzeń jednoznacznie niepewnych, których spełnienie pozostaje w części niezależne od

⁵² M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 445–446; Z. Radwański, *System...*, s. 265–266; A. Bieranowski, *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent” 2003, nr 7–8, poz. 57, s. 59–60; A. Szlęzak, *Głosa do Wyroku SN z 17.03.2011 r.*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 5, poz. 47.

⁵³ Zob. wyrok SN z 9.10.2003 r., V CK 285/02, niepubl.; wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136.

decyzji strony czynności prawnej. Taki warunek zmniejsza ryzyko zakwestionowania skuteczności takiego zastrzeżenia, jako warunku w rozumieniu art. 89 KC.

Z powyższych względów, badanie kwestii dopuszczalności uznania warunku zależnego od woli strony za warunek w rozumieniu art. 89 KC przeprowadzane być powinno w odniesieniu *ad casu* do określonego zdarzenia. Analizie podlegać powinna: 1) złożoność elementów składających się na zdarzenie ustanawiające warunek, oraz 2) zależność od woli stron czynności prawnej albo pozostawanie pod kontrolą działania osoby trzeciej.

Na koniec podsumowania przejść należy do wniosków na przyszłość. W tym celu wypada przytoczyć propozycję Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości regulującą instytucję warunku potestatywnego. Zgodnie z art. 128 § 1 projektu Kodeksu Cywilnego: „Jeżeli ziszczenie się warunku zależy wyłącznie od woli jednej ze stron i w umowie nie określono terminu, z upływem którego warunek ma się ziścić, druga strona może wyznaczyć rozsądny termin; po jego bezskutecznym upływie uważa się, że warunek się nie ziścił⁵⁴.” Za trafne uznać wypada *de lege ferenda* wprowadzenie, zaproponowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, postanowienia przewidującego dopuszczalność zastrzegania warunków, których ziszczenie się jest zależne wyłącznie od woli jednej ze stron. W świetle przytoczonej tu analizy obowiązujący art. 89 KC dopuszcza możliwość zastrzeżenia warunku zależnego wyłącznie od woli stron, o ile zaistnienie zdarzenia pozostaje niepewne. Cytowana propozycja posiada te walory, iż jednoznacznie rozstrzyga o możliwości ustanowienia warunku zależnego wyłącznie od woli stron, a ponadto przyznaje uprawnienie do wyznaczenia terminu, w którym ten warunek powinien się ziścić. Projekt zasługuje na aprobatę, ponieważ normuje aktualnie przeważające stanowisko doktryny i orzecznictwa. Ponadto, konstrukcja wyznaczenia terminu pozwala uniknąć nieograniczonej w czasie niepewności do treści i skutku czynności prawnej.

⁵⁴ P. Machnikowski (red.), *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Księga pierwsza kodeksu cywilnego: projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009, s. 136.

Bibliografia

- Bieniek G., *Dodatkowe zastrzeżenia umowne w praktyce notarialnej*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2009, nr 2.
- Bieranowski A., *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent” 2003, nr 7–8, poz. 57.
- Chomiuk M., *Spór o dopuszczalność zastrzegania warunku potestatywnego na tle obowiązujących regulacji warunku w Kodeksie cywilnym*, „Monitor Prawa Handlowego” 2012, nr 4.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2002.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1967.
- Drabik L., Sobol E., *Słownik Języka Polskiego. Tom 2*, Warszawa 2007.
- Fras M., Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, 2018.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Janiszewska B., *Zgoda rady nadzorczej spółki z o.o. jako przedmiot warunku*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2000, nr 7–8.
- Kalina-Prasznic U. (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007.
- Kidyba A. (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Tom I*, Warszawa 2009.
- Kunicki A., *Umowne prawo odstąpienia*, Lwów 1939.
- Kuniewiczza Z., *Glosa do wyroku SN z 20.05.1998 r., I CKN 683/97*, „Rejent” 2000, nr 3.
- Longchamps de Bérier R., *Zobowiązania*, Poznań 1938.
- Machnikowski P. (red.), *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Księga pierwsza kodeksu cywilnego: projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009.
- Oleszko A., *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent 1992”, nr 10.
- Osajda K., *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2013.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, Warszawa 2008.
- Radwański Z., *Glosa do wyroku SN z 5.06.2002 r., II CKN 701/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124.
- Radwański Z., *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. Tom 2*, Warszawa 2001.
- Szanciło T., *Glosa do wyroku SN z 8.03.2002 r., III CKN 748/00*, „Palestra” 2004, nr 1–2.
- Szer S., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967.
- Szłęczak A., *Glosa do wyroku SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 5, poz. 47.
- Szymczak H., *Słownik Języka Polskiego PWN*, Warszawa 1995.

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne*, 1998.

Wykaz orzeczeń

- Wyrok SN z 20.05.1998 r., I CKN 683/97, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 1, poz. 8.
- Postanowienie SN z 5.03.1999 r., I CKN 1069/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1999, nr 9, poz. 160.
- Wyrok SN z 27.06.1999 r., I CR 7/95, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 12, poz. 183.
- Wyrok SN z 8.03.2000 r., III CKN 748/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 3, poz. 37.
- Wyrok SN z 26.05.2000 r., III CKN 246/00, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 11.
- Wyrok SN z 29.05.2000 r., III CKN 246/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 11, poz. 213.
- Wyrok SN z 8.03.2002 r., III CKN 748/00, niepubl.
- Wyrok SN z 5.06.2002, II CKN 701/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 10, poz. 124.
- Wyrok SN z 11.10.2002 r., II CKN 1044/00, niepubl.
- Wyrok SN z 10.04.2003 r., III CKN 1335/00, niepubl.
- Wyrok SN z 9.10.2003 r., V CK 285/02, niepubl.
- Wyrok SN z 5.01.2005 r., II CK 343/04, niepubl.
- Wyrok SN z 10.05.2005 r., II CK 712/04, niepubl.
- Wyrok SN z 31.03.2005 r., V CK 490/04, niepubl.
- Wyrok SN z 10.06.2005 r., II CK 712/04, niepubl.
- Wyrok SN z 24.06.2005 r., V CK 799/04, niepubl.
- Wyrok SN z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2008, nr 12, poz. 125.
- Wyrok SN z 13.01.2011 r., III CSK 116/10, niepubl.
- Wyrok z 23.02.2011 r., V CSK 277/10, niepubl.
- Wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136.
- Wyrok SN z 11.08.2011 r., I CSK 605/10, niepubl.
- Wyrok SA we Wrocławiu z 30.11.2012 r., I ACa 1146/12, niepubl.
- Postanowienie SN (7) z 22.03.2013 r., III CZP 85/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 11, poz. 132.
- Wyrok SA w Krakowie z 6.05.2015 r., I ACa 264/15, niepubl.
- Wyrok SA w Warszawie z 21.10.2016 r., VI ACa 1467/16, niepubl.
- Wyrok SA w Katowicach z 14.09.2017 r., I ACa 329/17, niepubl.
- Wyrok SN z 17.03.2011 r., IV CSK 358/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 12, poz. 136.

STRESZCZENIE

Art. 89 kodeksu cywilnego przewiduje możliwość uzależnienia powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek). W ramach tego przepisu poglądy doktryny i orzecznictwa na początku odrzucały możliwość takiego sformułowania warunku, który byłby zależny wyłącznie od woli strony czynności prawnej z uwagi na brak spełnienia przesłanki niepewności zastrzeżanego warunku. Z czasem dostrzeżono złożoność czynników składających się na możliwość wypełnienia zobowiązań. Potwierdzono, iż wypełnienie zobowiązań przez stronę czynności prawnej rzadko kiedy jest pewne ze względu na dynamicznie zmieniające się otoczenie gospodarcze. Przeprowadzona analiza pozwala na potwierdzenie dopuszczalności uzależnienia powstania lub ustania skutku czynności prawnej od działania strony, o ile to działanie choćby w niewielkiej części pozostawać będzie niezależne od strony czynności prawnej.

Słowa kluczowe: czynność prawa, strona czynności prawnej, warunek

SUMMARY

Art. 89 of the Civil Code stipulates that commencement or the cessation of the consequences of the juridical act may be made contingent on a future and uncertain event (condition). Within scope of the stipulation legal doctrine and jurisprudence at the very beginning denied possibility to delineate wording of the condition in such manner that it would be dependant solely on will of the party of the juridical act due to fact that such juridical act would not be uncertain. In course of time lapse it was noticed that fulfilling of obligations rarely is certain due to dynamic changes of commercial surrounding. Performed analysis allows to confirm that it is possible to make dependant commencement or the cessation of the consequences of juridical act from activity of its party provided that such juridical act at least in part will remain non-dependant of the party.

Keywords: legal action, part, condition



Dr Jarosław Świeczkowski
Uniwersytet Gdański
jaroslaw.swieczkowski@prawo.univ.gda.pl

Przybicie w toku egzekucji z nieruchomości

The real estate enforcement

Abstrakt

W artykule analizie poddano skutki wydania postanowienia o przybiciu w toku egzekucji z nieruchomości ze szczególnym uwzględnieniem argumentacji za przywróceniem regulacji dotyczących instytucji nadlicytacji obowiązujących w Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r. Cel badania stanowiło wykazanie, że powrót do tych regulacji wyeliminowałby zawieranie nieformalnych porozumień pomiędzy licytantami oraz dałoby potencjalnemu nabywcy więcej czasu na podjęcie decyzji o nabyciu nieruchomości. W artykule podjęto również próbę wykazania, że spełnienie postulatów *de lege ferenda* przez ustawodawcę w tym zakresie pozwoliłoby na uzyskiwanie wyższej ceny za nieruchomość, będącą przedmiotem przetargu.

Abstrakt

The article analyzes real estate execution with particular emphasis on the arguments for restoring the regulation of post-litigation institutions in the Civil Procedure Code of 1930. The purpose of the study was to show that a return to these regulations would eliminate informal agreements between bidders and give the potential buyer more time to take decision to purchase real estate. The article also attempts to show that compliance with the postulates by the legislator in this respect would allow obtaining a higher price for the real estate being the subject of the auction.

Przybicie stanowi pierwszą z czynności dokonywanych przez sąd jako organ egzekucyjny w toku egzekucji z nieruchomości. Postanowienie co do przybicia na rzecz licytanta, który zaofiarował najwyższą cenę, po wysłuchaniu tak jego, jak i obecnych uczestników, wydaje po zamknięciu przetargu na posiedzeniu jawnym sąd w osobie sędziego albo referendarza sądowego¹, pod którego nadzorem odbywa się licytacja (art. 987 k.p.c.).

Zasadą jest, że postanowienie o przybiciu ogłasza się niezwłocznie po ukończeniu przetargu. Możliwe jest jednak odroczenie ogłoszenia najdalej na tydzień, jeżeli zgłoszono skargę, której natychmiastowe rozstrzygnięcie nie jest możliwe, jak również z innych ważnych przyczyn (art. 988 § 1 k.p.c.). Jak przy tym zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z 17 listopada 1984 r., III CZP 68/84², uchybienie tygodniowemu terminowi z art. 988 § 1 k.p.c. przez ogłoszenie postanowienia o udzieleniu przybicia nieruchomości po jego upływie nie pozbawia tego orzeczenia skuteczności.

Ponadto, ustawodawca przewidział możliwość wstrzymania przez sąd wydania postanowienia co do udzielenia przybicia, jeżeli skargi lub zażalenia wniesione w toku postępowania egzekucyjnego nie są jeszcze prawomocnie rozstrzygnięte (art. 988 § 2 k.p.c.). Do uznania sądu zatem ustawodawca pozostawił decyzję co do ewentualnego wstrzymania się z wydaniem postanowienia o przybiciu, jeśli skargi lub zażalenia nie są prawomocnie rozstrzygnięte³. Jak słusznie jednak zauważono w piśmiennictwie⁴, sąd nie może wstrzymać się z wydaniem postanowienia o udzieleniu przybicia aż do czasu uprawomocnienia się wyroków w powództwach z art. 840 i 841 (powództwa przeciwegzekucyjne), jeżeli sąd rozpoznający takie powództwo nie udzielił zabezpieczenia poprzez zawieszenie egzekucji z nieruchomości (art. 755 § 1 pkt 3 k.p.c.).

W przypadku, gdy przejęcie nieruchomości na własność ma nastąpić po niedojściu do skutku drugiej licytacji, sąd udzieli przybicia na rzecz przejmującego nieruchomość, po wysłuchaniu wnioskodawcy oraz uczestników, jeżeli stawią się na posiedzenie (art. 989 k.p.c.).

W postanowieniu o przybiciu wymienia się imię i nazwisko nabywcy, oznaczenie nieruchomości⁵, datę przetargu i cenę nabycia (art. 990 k.p.c.). Słusznie

¹ Nowe brzmienie art. 987 k.p.c., zgodnie z którym referendarz sądowy będzie mógł sprawować nadzór nad licytacją oraz udzielić przybicia, wszedł w życie z dniem 1.01.2019 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 771).

² Uchwała SN z 17.11.1984 r., III CZP 68/84, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ulbezpieczeń Społecznych” 1985, nr 8, poz. 107.

³ Por. J. Korzonek, *Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Część druga Kodeksu postępowania cywilnego, tom II* (art. 598–864), Warszawa 1934, s. 1071–1072.

⁴ Por. Z. Hahn, *Postanowienie sądu co do przybicia nieruchomości*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 12–13, s. 374.

⁵ Szerzej w judykaturze wyjaśniono, że treść postanowienia o udzieleniu przybicia w zakresie oznaczenia nieruchomości powinna odpowiadać oznaczeniu nieruchomości

zauważa J. Korzonek⁶, jak i H. Langa-Bieszki, iż należy przyjąć, że również w postanowieniu o odmowie przybicia powinny się znaleźć elementy wymienione w ww. przepisie, mimo że w art. 990 k.p.c. ustawodawca wyraźnie określił, iż chodzi o postanowienie o udzieleniu przybicia, przy czym w miejsce nabywcy należy wskazać licytanta, który zaoferował najwyższą cenę, a zamiast ceny nabycia najwyższą ofertę⁷. Trafnie podkreśla H. Pietrzkowski, że poglądy przeciwstawne⁸ są nieuzasadnione, ponieważ z uwagi na względy praktyczne, a nadto – prawne, należy art. 990 k.p.c. stosować również do postanowienia o odmowie przybicia przede wszystkim z uwagi na ewentualną kontrolę instancyjną postanowienia o odmowie przybicia⁹.

Według obecnie obowiązującego k.p.c., skutki przybicia są odmienne od przewidzianych w k.p.c. z 1930 roku¹⁰. Przede wszystkim, w myśl art. 729 § 1 dawnego k.p.c. już od dnia ogłoszenia lub doręczenia postanowienia o przybiciu własność nieruchomości przechodziła na nabywcę i od tego również dnia należały do niego pożytki osiągnięte z nieruchomości. Jak jednak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 7 czerwca 1947 r., C.III.124/47¹¹, nabywca nieruchomości na licytacji staje się jej właścicielem dopiero z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności. Przybicie ma tylko to znaczenie, że jeżeli nabywca, na rzecz którego nastąpiło przybicie, uzyska przysądzenie własności, to przysądzenie ma moc wsteczną i działa od dnia ogłoszenia albo doręczenia nabywcy postanowienia o przybiciu (art. 729 § 1).

Natomiast obecnie obowiązujący k.p.c. przewiduje przeniesienie własności dopiero z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności (art. 999 § 1 k.p.c.). Przybicie jest więc obecnie jedynie aktem wstępnym do przysądzenia własności, a nie aktem procesowym, który decyduje o przeniesieniu

w protokole opisu i oszacowania sporządzonym przez komornika, a więc powinna zawierać informacje o położeniu nieruchomości, o obszarze nieruchomości (w miarę możliwości), numerze księgi wieczystej lub zbiorze dokumentów, częściach składowych, przynależnościach oraz prawach związanych z jej własnością i prawach obciążających nieruchomość [...]. Treść postanowienia o przybiciu w zakresie oznaczenia nieruchomości winna również odpowiadać przepisom ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Jeżeli stwierdzone zostaną niezgodności pomiędzy danymi zawartymi w księdze wieczystej a opisem i oszacowaniem, sąd oznaczy nieruchomość według danych z protokołu opisu i oszacowania (Postanowienie SO w Gliwicach z 9.01.2018 r., III Cz 1489/17, LEX nr 2458666).

⁶ J. Korzonek, *Postępowanie egzekucyjne...*, s. 1075.

⁷ H. Lange-Bieszki, *Przybicie i przysądzenie własności nieruchomości*, „Zagadnienia Egzekucji Sądowej w Polsce” 1994, nr 5, s. 81 i nast.

⁸ Z. Świeboda, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część druga. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, s. 369.

⁹ H. Pietrzkowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, wyd. V, Warszawa 2016.

¹⁰ Por. Z. Świeboda, *Sąd jako organ egzekucyjny*, Warszawa 1980, s. 102.

¹¹ „Państwo i Prawo” 1948, nr 9–10, s. 158; z krytyczną głośną W. Siedleckiego.

własności nieruchomości¹². Oznacza to, że odmiennie niż w dawnym stanie prawnym różne są skutki przybicia udzielonego w toku egzekucji z nieruchomości i przybicia w trakcie egzekucji z ruchomości. W przypadku egzekucji z ruchomości bowiem, z chwilą przybicia dochodzi do skutku sprzedaż ruchomości na rzecz nabywcy. Od tego czasu należą do niego pożytki ruchomości (art. 869 § 1 k.p.c.). Wspomniana niespójność terminologiczna, a także wprowadzone w stosunku do uregulowań zawartych w k.p.c. z 1930 roku zmiany w zakresie skutków przybicia nie wydają się uzasadnione i powodują znaczne przedłużanie egzekucji z nieruchomości.

W okresie obowiązywania dawnego k.p.c., tak jak i w obecnym stanie prawnym, skutki przybicia nie ustawały nawet w przypadku uwzględnienia powództwa o zwolnienie nieruchomości lub jej części, lub późniejszego uwzględnienia skargi na czynności komornika zarzutów lub zażaleń. Według k.p.c. z 1930 roku, wygaśnięcie skutków przybicia mogło spowodować jedynie zrzeczenie się nabycia przez nabywcę, który miał taką możliwość w ciągu tygodnia po licytacji, jeżeli przedmiot nabycia uległ w ciągu ostatnich trzech dni przed ukończeniem licytacji takiemu pogorszeniu, że stracił na wartości więcej niż dziesiątą część sumy oszacowania (art. 703 dawnego k.p.c.), nadlicytacja (art. 740 § 2 dawnego k.p.c.). Obecnie obowiązujący k.p.c. nie przewiduje zrzeczenia się nabycia przez nabywcę i nadlicytacji. Ponadto w myśl dawnego k.p.c. skutki przybicia wygasały, w razie niewykonania warunków licytacyjnych (art. 701 § 1 dawnego k.p.c.) lub uchylene postanowienia o przybiciu na skutek wniesionego zażalenia i odmowa przybicia¹³. Również w obecnym stanie prawnym skutki przybicia wygasają, w razie niewykonania w terminie warunków licytacyjnych przez nabywcę (art. 969 k.p.c.), natomiast skutki prawne wywołuje prawomocne postanowienie o przybiciu, stąd uchylene nieprawomocnego postanowienia o przybiciu nie wywołuje żadnych zmian w zakresie skutków udzielonego przybicia.

Nadlicytację nieruchomości przewidziano w art. 739 § 1 dawnego k.p.c. W myśl zawartej tam regulacji, w ciągu tygodnia od dnia przybicia, każdy, kto ma prawo do uczestniczenia w przetargu, mógł w piśmie złożonym sądowi, zaofiarować za nieruchomość cenę co najmniej o jedną czwartą część wyższą od ceny, za którą udzielono przybicia. Jak przy tym zastrzeżono w § 2, zgłaszający zaofiarowanie wyższej ceny (nadlicytant) powinien złożyć jednocześnie do depozytu sądowego, rękojmię w wysokości piątej części ceny, którą zaoferował. Od złożenia rękojmi nikt nie jest zwolniony (§ 3). Przy czym podanie spóźnione lub złożone bez rękojmi albo z rękojmią niewystarczającą sąd niezwłocznie odrzuci

¹² Por. E. Wengerek, *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1978, s. 230.

¹³ Por. Z. Hahn, *Skutki przybicia nieruchomości*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 16–17, s. 512.

(§ 4). Dopóki podanie nadlicytanta nie zostało odrzucone, podlega zawieszeniu bieg terminu do uiszczenia ceny nabycia przez licytanta, który uzyskał przybicie (§ 5).

Następnie w myśl art. 740 § 1 dawnego k.p.c., pismo zawierające wniosek nadlicytanta należało doręczyć licytantowi, który uzyskał przybicie. Jednocześnie wyznaczany był termin posiedzenia, na które wzywano do sądu licytanta i nadlicytanta. Nikt inny oprócz nich do współubiegania się nie był dopuszczony. Według § 2, przybicie ostateczne było udzielane temu, który zaoferuje najwyższą cenę. Wskutek udzielenia tego przybicia przestało obowiązywać poprzednie przybicie. Jak przy tym wskazano w art. 741 dawnego k.p.c. poza tym, do nadlicytacji stosuje się ogólne przepisy dotyczące licytacji i przybicia, jeżeli nie są sprzeczne z przepisami szczególnymi o nadlicytacji.

Warto rozważyć *de lege ferenda* przywrócenie regulacji dotyczących nadlicytacji, co w szczególności wyeliminowałoby zawieranie nieformalnych porozumień pomiędzy licytantami, powodujących, że część z nich za otrzymaną od licytanta zainteresowanego nabyciem za najniższą cenę, gratyfikację, odstępuje od udziału w przetargu. Ponadto nadlicytacja pozwala na uzyskanie wyższej ceny za nieruchomość, daje też potencjalnemu nabywcy więcej czasu na podjęcie decyzji o nabyciu, w trakcie przetargu musi on bowiem podejmować decyzję o zaoferowaniu wyższej ceny w bardzo krótkim czasie, najczęściej w ciągu kilku minut, co nie sprzyja osiągnięciu wyższej ceny w trakcie dokonywania sprzedaży w tym trybie.

Decyzja sądu w przedmiocie przybicia może być udzielająca przybicia, bądź odmawiająca udzielenia przybicia. Przy czym użyte w treści art. 991 k.p.c. sformułowania „sąd odmówi przybicia” oznacza obowiązek sądu, a nie tylko możliwość odmowy przybicia¹⁴. Odmowa udzielenia przybicia może nastąpić wyłącznie z przyczyn wskazanych w ustawie¹⁵. Przyczynami tymi są:

1. naruszenie przepisów w toku licytacji, jeżeli uchybienia te mogły mieć istotny wpływ na wynik przetargu (art. 991 § 1 k.p.c.);
2. jeżeli postępowanie podlegało umorzeniu lub zawieszeniu (art. 991 § 2 k.p.c.);
3. jeżeli uczestnik nie otrzymał zawiadomienia o licytacji, chyba że z tego powodu nie nastąpiło naruszenie jego praw, albo że będąc na licytacji nie wystąpił ze skargą na to uchybienie.

Jak wskazuje H. Langa-Bieszki, wszystkie przyczyny wskazane w art. 991 k.p.c. sąd powinien uwzględnić z urzędu niezależnie od tego czy strony podniosły zarzuty. Nie dotyczy to tylko sytuacji niezawiadomienia uczestnika o licytacji, ponieważ sąd uchybienie to uwzględni dopiero na zarzut uczestnika. W każdej

¹⁴ Por. Z. Świeboda, *Sąd jako organ egzekucyjny...*, s. 105.

¹⁵ Por. Z. Hahn, *Odmowa przybicia*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 20–21, s. 627.

jednak sytuacji, oceny, czy uchybienie przepisom postępowania w toku licytacji mogło mieć istotny wpływ na wynik przetargu, dokonuje sąd przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego przypadku – co istotne – bierze pod uwagę nie tylko sytuacje, gdy uchybienia wywarły niekorzystny wpływ na wynik przetargu, ale również takie sytuacje, w których nie można wykluczyć, że istnieje taka możliwość i bez tego uchybienia wynik przetargu byłby inny¹⁶.

W doktrynie wyrażono pogląd¹⁷, że zawarte w k.p.c. wyliczenie powodów odmowy przybicia należy traktować jako przykładowe, a nie wyczerpujące. Zwolennicy tego stanowiska na jego poparcie wskazują, że na przykład niedostrzeżony przez sprawujący nadzór nad egzekucją z nieruchomości fakt pominięcia przez komornika publicznego ogłoszenia obwieszczenia o licytacji nie uzasadniałby odmowy przybicia, natomiast niedoręczenie zawiadomienia o licytacji uczestnikom powoduje taką odmowę. Przy czym przyjęcie, że podstawą odmowy przybicia mogą być także wadliwości powstałe w czasie przed licytacją, nie stanowi przeszkody wyłączenia zarzutów, podniesienie których powodowałoby zaczeplenie rozstrzygnięć, które już się uprawomocniły. Z tego względu nie jest dopuszczalne podnoszenie zarzutów co do prawidłowości opisu i oszacowania w zakresie, w jakim objęty on jest prawomocnością (art. 950 i 951 k.p.c.).

Pogląd ten nie wydaje się uzasadniony. Wykładnia językowa i celowościowa art. 991 § 1 k.p.c. nie daje podstaw do jego rozszerzającej wykładni. Należy mieć na uwadze, że uczestnik ma możliwość ochrony swych praw poprzez wskazywanie wszelkich uchybień korzystając z przysługującego mu prawa do wniesienia skargi na czynności komornika, ponadto wadliwe czynności komornika mogą być korygowane w ramach sprawowanego przez sąd nadzoru w trybie art. 759 § 2 i i 960 k.p.c.¹⁸ Nie jest przy tym uzasadniony argument podnoszony w piśmiennictwie na poparcie poglądu dopuszczającego rozszerzającą wykładnię art. 991 § 1 k.p.c., że na przykład pominięcie przez komornika publicznego ogłoszenia obwieszczenia o licytacji nie uzasadniałoby odmowy przybicia, zaś niedoręczenie zawiadomienia o licytacji uczestnikom skutkowałoby odmową przybicia, co prawda sąd uchybienie dotyczące ogłoszenia obwieszczenia o licytacji

¹⁶ H. Lange-Bieszki, *Przybicie i przesądzenie...*, s. 81 i nast.

¹⁷ Tak M. Tyczka [w:] E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 565; Z. Świeboda, *Sąd jako organ egzekucyjny...*, s. 106; A. Zieliński [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1519; H. Pietrzowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2012, s. 593.

¹⁸ Por. M. Sitkiewicz, *Przybicie w egzekucji z nieruchomości*, „Problemy Egzekucji. Magazyn komorników sądowych” 2001, nr 10, s. 52; M. Brulińska [w:] J. Gołaczyński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 661; A. Adamczuk [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. II (art. 506–1217)*, Warszawa 2011, s. 718.

powinien dostrzec wcześniej w ramach sprawowanego nadzoru, nie można jednak wykluczyć, że nie zwrócił na nie uwagi¹⁹.

Zgodnie z art. 960 k.p.c. komornik po dokonaniu obwieszczeń o licytacji obowiązany jest przedstawić akta sądowi. W razie spostrzeżenia niedokładności lub wadliwości sąd poleca komornikowi ich usunięcie. Sąd ma zatem możliwość zbadania, czy ogłoszono obwieszczenia w sposób prawidłowy, nie ma jednak na tym etapie postępowania informacji, czy wszyscy uczestnicy zostali o licytacji w sposób prawidłowo zawiadomieni. Stąd takie zróżnicowanie, które wprowadził ustawodawca. Ewentualnie wadliwie sprawowany przez sąd nadzór na podstawie art. 960 k.p.c. nie uzasadnia dokonywania wykładni art. 991 § 1 k.p.c. *contra legem*.

W piśmiennictwie²⁰ wskazano przykłady naruszenia przepisów w toku licytacji, które mogły mieć istotny wpływ na wynik przetargu, przy czym niektóre spośród wymienianych uznać należy co najmniej za dyskusyjne. Zaliczyć do nich należy:

1. rozpoczęcie licytacji z dużym opóźnieniem;
2. uwzględnienie nieprawidłowego postąpienia, które okazało się ostatnim (art. 978 k.p.c.).

Przytoczony przykład rozpoczęcia licytacji z dużym opóźnieniem nie wyjaśniają jakie opóźnienie uznają za duże. Jednak znaczne, nawet kilkugodzinne opóźnienia, zdarzają się w sądach często i są związane z przedłużaniem rozpoznawania innych spraw. Nie sposób jednak dopatrzeć się związku pomiędzy opóźnieniem a wynikiem przetargu, podobnie jak związku opóźnieniem rozpoczęcia rozprawy i wpływem tego opóźnienia na rozstrzygnięcie sądu.

Natomiast w kwestii uwzględnienia nieprawidłowego, ostatniego postąpienia wypowiedział się już Sąd Apelacyjny w Poznaniu w czasie obowiązywania k.p.c. z roku 1930 i pogląd ten zasługujący na aprobatę pozostaje aktualny. Sąd ten w orzeczeniach z 14 marca 1936 r., II CZ (d) 228/36, i z 14 stycznia 1937 r., II CZ (d) 1164/36²¹, stwierdził, że zgłoszenie – z powodu oczywistej pomyłki – oferty o 88 groszy niższej od ceny wywołania (wynoszącej ponad 33,000 zł) nie może być poczytywane za brak licytantów (...), ponieważ nabywca niewątpliwie zgłosiłby ofertę o 88 gr wyższą, gdyby mu podano do wiadomości prawidłowo obliczoną cenę wywołania. Przeciwna wykładnia byłaby jaskrawo sprzeczna

¹⁹ Tak M. Tyczka [w:] E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz...*, s. 565; Z. Świeboda, *Sąd jako organ egzekucyjny...*, s. 106.

²⁰ Por. E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II i III k.p.c.*, red. M. Romańska, Warszawa 2009, s. 580; H. Ciepla [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. IV, art. 730–1088*, Warszawa 2011, s. 576–577.

²¹ Z. Stasiński (red.), *Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w sprawach cywilnych za lata 1920–1937*, Warszawa [1937].

z oczywistym poczuciem słuszności i nieracjonalna, skoro prawa dłużnika znajdują należytą ochronę przez to, że nabywca dodatkowo uiści owe 88 groszy, dla prawidłowego wykonania warunków licytacyjnych, pod rygorem odmówienia mu przysądzenia własności [...]

Jak wylicza H. Ciepła za innymi autorami, przykładami naruszenia przepisów postępowania w toku egzekucji, które mogą wywierać istotny wpływ na wynik przetargu są również bezprawne usunięcie z licytacji osób, które były uprawnione do udziału w niej, niezłożenie rękojmi przez licytanta, na rzecz którego ma nastąpić przybicie, oznaczenie za niskiej ceny wywołania, jeżeli cena nabycia wskutek tego nie osiągnęła prawidłowo ustalonej ceny wywołania, niedopuszczenie do przetargu osoby mogącej wystąpić jako licytant, licytowanie nieruchomości w innej kolejności niż dłużnik oznaczył (art. 975 k.p.c.), kontynuowanie licytacji mimo uzyskania ze sprzedaży części nieruchomości ceny wystarczającej na zaspokojenie wierzycieli (w zakresie przybicia nieruchomości, które nie powinny zostać sprzedane – art. 979 k.p.c.), zamknięcie przetargu już po drugim obwieszczeniu ceny zaoferowanej (art. 980 k.p.c.²²).

²² H. Ciepła [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, dz. cyt., s. 576–577 i powołana tam literatura.

Bibliografia

- Dolecki H., T. Wiśniewski T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. IV, art. 730–1088*, Warszawa 2011.
- Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, wyd. V, Warszawa 2016.
- Gołaczyński J. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Hahn Z., *Odmowa przybicia*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 20–21.
- Hahn Z., *Postanowienie sądu co do przybicia nieruchomości*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 12–13.
- Hahn Z., *Skutki przybicia nieruchomości*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 16–17.
- Korzonek J., *Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Część druga Kodeksu postępowania cywilnego, tom II (art. 598–864)*, Warszawa 1934.
- Lange-Bieszki H., *Przybicie i przysądzenie własności nieruchomości*, „Zagadnienia Egzekucji Sądowej w Polsce” 1994, nr 5.
- Manowski M. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. II (art. 506–1217)*, Warszawa 2011.
- Siedlecki W., *Głosa do wyroku SN z 7 czerwca 1947 r.*, „Państwo i Prawo” 1948, nr 9–10.
- Sitkiewicz M., *Przybicie w egzekucji z nieruchomości*, „Problemy Egzekucji. Magazyn komorników sądowych” 2001, nr 10.
- Stasiński Z. (red.), *Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w sprawach cywilnych za lata 1920–1937*, Poznań [1937].
- Świeboda Z., *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część druga. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, Warszawa 2004.
- Świeboda Z., *Sąd jako organ egzekucyjny*, Warszawa 1980, s. 102.
- Wengerek E. (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 1972.
- Wengerek E., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne: komentarz do części II i III k.p.c.*, Warszawa 2009.
- Wengerek E., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne: komentarz do części drugiej kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 1972.
- Wengerek E., *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1978.
- Zieliński A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012.

STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono zagadnienia związane przede wszystkim z udzieleniem przybicia w toku egzekucji z nieruchomości, jak również, choć w mniejszym zakresie – przysądzenia własności nieruchomości. Opisano moment, w którym sąd jest zobligowany do wydania postanowienia o przybiciu, a także elementy tego postanowienia. Wskazano na różnice co do skutków przybicia, porównując regulacje zawarte w Kodeksie postępowania cywilnego z 1964 i 1930 roku, w tym na okoliczność, że obecnie przeniesienie własności nieruchomości następuje dopiero z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności, a przybicie jest jedynie aktem wstępnym do przysądzenia własności. Kolejno skupiono się na analizie niefunkcjonującej już w polskim systemie prawnym instytucji nadlicytacji, wskazując na jej pozytywne aspekty i wpływ na postępowanie egzekucyjne z nieruchomości pod rządami Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 roku. W dalszej części artykułu przedstawiono zagadnienia dotyczące odmowy udzielenia przybicia, polemizując jednocześnie z poglądami doktryny w tym zakresie. Zwrócono także szczególną uwagę na kwestię nadzoru sądu nad prowadzoną przez komornika egzekucją z nieruchomości oraz samym przebiegiem licytacji.

Słowa kluczowe: licytacja, licytacja z nieruchomości, kodeks postępowania cywilnego

STRESZCZENIE

The article presents issues related to real estate enforcement. The moment at which the court issues orders in relation to this execution is described. Differences were indicated by comparing the regulations contained in the Code of Civil Procedure of 1964 and 1930. Subsequently, the analysis focused on the analysis of the post-litigation institution of bailout not functioning in the Polish legal system, pointing to its positive aspects and the impact on the enforcement proceedings of real estate under the rules of the Civil Procedure Code of 1930. The next part of the article presents issues regarding the auctioning and further stages of real estate executions, at the same time polemicising with the views of the doctrine. Special attention was also paid to the court's supervision over the execution of real estate carried out by the bailiff.

Keywords: bailiff, Code of Civil Procedure, estate executions



Dr hab. Hanna Kuczyńska, prof. INP PAN
Instytut Nauk Prawnych PAN
hkuczynska@gmail.com

Pozycja procesowa oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego w Polsce i Anglii – rozważania prawno-porównawcze¹

The position of the accused in criminal trial as a personal
source of evidence on the example of legal systems of Poland
and England in comparative legal considerations

Abstrakt

W artykule przedstawiono problematykę pozycji oskarżonego w procesie jako osobowego źródła dowodowego i procesowe konsekwencje tej pozycji, związane z formą depozycji oraz znaczeniem, jakie im się nadaje. Pozycja oskarżonego stanowi jedną z głównych różnic między tradycjami prawa anglosaskiego i kontynentalnego. Analizie zostaną poddane te różnice na przykładzie dwóch systemów prawnych: polskiego i angielskiego. W pierwszej kolejności omówiony zostanie zakres prawa do milczenia oskarżonego i jego ograniczenia w prawie angielskim. Następnie, analizie zostanie poddana forma składania przez niego oświadczeń w procesie. W ramach rozważań prowadzonych w artykule znajdzie się też analiza odmienności między formą i procesowymi konsekwencjami przyznania się

¹ Niniejszy projekt badawczy został zrealizowany ze środków przyznanych przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie umowy nr UMO-2016/21/B/HS5/02061 na realizację projektu pt. „Kryteria oceny wewnętrznej spójności modelu procedury karnej. Analiza porównawcza”.

do winy. Rozważania zostaną podsumowane analizą powiązań pozycji procesowej oskarżonego z innymi elementami postępowania karnego, które w powiązaniu ze sobą wpływają na to, czy jest to pozycja korzystna.

Abstract

The article presents the position of the accused in criminal trial as a personal source of evidence and its procedural consequences. This position is one of the main differences between the adversarial and continental models of procedural criminal law which will be presented on the example of legal systems of Poland and Germany, and England. First of all, the scope of the right to silence and its possible limitations will be discussed – when the accused has no wish to become a personal source of evidence at all. Then, if the accused decides to give up this right, a question arises as to the form by which he makes statements in criminal trial. One of the forms of breaking the silence is e.g. confessing (either in trial or outside trial). Finally, the relationship with other elements of the criminal proceedings will be presented, related to the defendant's trial position, which influence the procedural position of the accused. The considerations will be summarized by the attempt to answer a question, in which legal tradition the position of the accused is in fact more favorable and why it is not possible to give a definite answer to such a question

1. Wstęp

W literaturze został przyjęty sposób prowadzenia badań prawno-porównawczych na podstawie tradycyjnie stosowanego podziału na państwa należące do tradycji prawa anglosaskiego, *common law*, która przedstawiana jest także jako model procesu ściśle kontrydiktoryjnego (tzw. *adversarial system*) oraz państwa należące do tradycji prawa kontynentalnego (*civil law*), tzw. modelu kontrydiktoryjności ograniczonej lub mieszanego (*non-adversarial*), przez przedstawicieli tej pierwszej tradycji zwanego też modelem inkwizycyjnym². Podział na systemy prawne należące do tradycji *common law* i tradycji prawa kontynentalnego jest już obecnie powszechnym punktem odniesienia w badaniach prawno-porównawczych. Mimo że uproszczone, stał się sposobem opisywania i porównywania

² W doktrynie amerykańskiej często używa się sformułowania „inkwizycyjny” (*inquisitorial*), zrównując obecny kształt procesu karnego z sądami kapturowymi i sądami państw totalitarnych. Zob. m.in. L.L. Fuller, *The Adversary System* [w:] H.J. Berman (red.), *Talks On American Law*, New York 1971, s. 43–44; J. Thibaut, L. Walker, E.A. Lind, *Adversary presentation and bias in legal decisionmaking*, „Harvard Law Review” 1972–1973, nr 86, s. 390.

modeli procedury karnej, niosącym istotne możliwości wyjaśniania różnic i podobieństw³.

Jednocześnie, niektóre rozwiązania stały się wspólne dla obu tradycji prawnych. W szczególności chodzi o zasady procesowe, które zyskały zasięg globalny. Dzięki przynależności do tych samych źródeł kulturowych oraz kręgu prawa europejskiego (zarówno do Rady Europy, jak i Unii Europejskiej), określone prawa jednostki w procesie karnym nie stanowią już wyróżnika konkretnej tradycji prawnej, a stały się fundamentalne dla procesu karnego wszystkich państw europejskich. Chociaż jednak prawa jednostki zostały uregulowane w EKPC⁴, jak również w prawie pierwotnym UE (KPP)⁵ i w dyrektywach unijnych⁶, które wprowadzają wspólny standard praw oskarżonego zarówno do prawa angielskiego, jak i polskiego, to jednocześnie pozycja procesowa oskarżonego zasadniczo się różni w tych państwach.

Tematem niniejszego artykułu będą różnice między pozycją procesową jako osobowego źródła dowodowego oskarżonego w dwóch systemach prawnych: Polski oraz Anglii i Walii, a także wynikające z nich konsekwencje. Rola, jaką odgrywa oskarżony w procesie jako osobowe źródło dowodowe i jej procesowe konsekwencje: czyli forma depozycji oraz znaczenie, jakie nadaje się jego oświadczeniom, stanowi jedną z głównych różnic między tradycjami prawnymi. Odmienna pozycja procesowa oskarżonego stanowi wręcz jeden z podstawowych

³ Mirjan Damaška wskazywał, że ten podział używany był już w XII w., a obecnie wszedł do kanonu porównawczego procesu karnego. M. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven-London-Yale 1986, s. 3; także: M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations. The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, „Harvard International Law Journal” 2004, nr 1(45), s. 7–8.

⁴ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r.*, Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

⁵ Dz. Urz. UE C 326, z 26.10.2012, s. 391–407.

⁶ Jak np. dyrektywa parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz. Urz. UE L 294/1 z 6.11.2013; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 280/1 z 26.10.2010; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 142/1 z 1.06.2012; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 65 z 11.03.2016; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, Dz. Urz. L 297 z 4.11.2016

elementów decydujących o przynależności do danej rodziny prawa. Przedstawione zostaną trzy elementy pozycji oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego. W pierwszej kolejności omówiony zostanie zakres prawa do milczenia i jego ograniczenia w prawie angielskim i w polskim. Następnie, przedstawione zostaną dwie formy składania przez oskarżonego oświadczeń wiedzy w procesie, która jest inna w każdym z tych państw. Wreszcie, przedstawiony zostanie związek pozycji procesowej oskarżonego jako osobowego źródła informacji z innymi elementami postępowania karnego, które w powiązaniu ze sobą wpływają na to, czy jest to pozycja korzystna.

2. Prawo do milczenia i jego ograniczenia

Z orzecnictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika podstawowa zasada procesowa – prawo do milczenia uważane jest za emanację prawa do obrony, zasady domniemania niewinności i zasady rzetelnego procesu⁷. Co do zasady prawo do milczenia jest łączone z prawem do nieoskarżania się – zwłaszcza w orzecnictwie ETPC – oba wynikają z potrzeby poszanowania przez organy państwowe godności i autonomii oskarżonego⁸. Stanowi ono właśnie przykład fundamentalnej zasady każdego procesu karnego. Oskarżony w obu tradycjach prawnych objęty jest zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur* (w prawie angielskim jest to *nemo tenetur prodere se ipsum*⁹), która wprowadza wolność od dostarczania dowodów przeciwko sobie – jest ona jednak odmiennie rozumiana i stosowana w obu systemach.

W kontynentalnym modelu mieszanym (procesie kontradiktoryjno-inkwizycyjnym) oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia. Złożenie wyjaśnień pozostaje prawem, a nie obowiązkiem, a więc z art. 175 k.p.k. wynika też

⁷ Tak np. w sprawie rozstrzyganej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z 17 grudnia 1996 r. w sprawie *Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 19187/91, LEX nr 79874 czy też wyroku z 25 lutego 1993 r. w sprawie *Funke przeciwko Francji*, skarga nr 10828/84, LEX nr 80675.

⁸ J.D. Jackson, S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012, s. 283.

⁹ Warto wspomnieć na samym wstępie, że prawo do nieoskarżania się, jako prawo procesowe, jak się przyjmuje, pochodzi właśnie z angielskiego *common law* – w 1641 r., gdy zniesiono *Star Chamber* (Sąd Gwiazdzisty) wraz z obowiązkiem składania przysięgi przez oskarżonych mówienia całej prawdy. Jednak istnienie tej samej zasady można tropić aż do początków chrześcijaństwa i średniowiecznego prawa kanonicznego. Zob. J.D. Jackson, S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence...*, s. 241, powołując się na: J.H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston 1940, § 2250; zob. także: G. Horowitz, *The Privilege against Self-Incrimination – How Did It Originate*, „Temple Law Quarterly” 1957–1958, nr 31, s. 121.

fundamentalne dla oskarżonego prawo do odmowy składania wyjaśnień, bez podania powodów lub odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania. W orzecznictwie sądów polskich przyjmuje się, że odmowa składania wyjaśnień nie wymaga uzasadnienia, nie może być też uznana za milczące przyznanie się do winy lub wzmocnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa, jak też okoliczność obciążająca przy wymiarze kary¹⁰. Skoro odmowa złożenia wyjaśnień lub udzielenia odpowiedzi na poszczególne pytania jest prawem oskarżonego, to skorzystanie z tego prawa nie może być uznane za okoliczność obciążającą. Stąd można wysnuć wniosek, że jest to prawo absolutne, którego istota i zakres nie budzi żadnych wątpliwości.

W anglosaskim modelu ściśle kontradyktoryjnym prawo do obrony oskarżonego w ujęciu materialnym (formalne prawo do obrony nie będzie tu przedmiotem rozważań) kojarzone jest głównie z jego prawem do milczenia. Oskarżony ma niezbywalne konstytucyjne prawo do zachowania milczenia: wybór między zachowaniem milczenia a zeznawaniem na rozprawie jako świadek – należy do niego. Prawo podejrzanego i oskarżonego do nieodpowiadania na pytania oraz do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść nie jest jednak prawem nieograniczonym. Właśnie te ograniczenia stanowią o fundamentalnie odmiennym rozumieniu tego prawa.

Pierwszym ograniczeniem tego prawa jest obowiązek przedstawienia linii obrony i ujawnienia dowodów na swoją niewinność w ramach procedury ujawniania dowodów (*disclosure of evidence*) jeszcze przed rozprawą, pod rygorem niedopuszczenia danego dowodu w postępowaniu sądowym¹¹. Charakterystyczny dla systemów anglosaskich jest obowiązek zawiadomienia oskarżenia o zamiarze podniesienia alibi lub okolicznościach wyłączających (zdaniem obrony) odpowiedzialność karną. Zgodnie ze zmienioną ustawą *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (sekcja 6A¹²), oskarżony musi złożyć pisemne oświadczenie (tzw. *defence statement*). W tym oświadczeniu przedstawia w ogólny sposób linię obrony, w szczególności wylicza kwestie sporne z oskarżeniem i wyjaśnia podstawy tego sporu, a także prezentuje kwestie prawne, na podstawie których oskarżony będzie dowodził swoich racji. W razie przedstawienia alibi należy podać

¹⁰ Zob. m.in. uchwała SN z 20 września 2007 r., IKZP 26/07, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa” 2007, nr 10, poz. 71; wyroki SN: z 4 listopada 1977 r., V KR 176/77, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa” 1978, nr 1, poz. 7; z 14.09.2005, IV KK 160/05, LEX nr 157196; M. Błoński, *Znaczenie odmowy złożenia wyjaśnień przez oskarżonego na tle standardów rzetelnego procesu* [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warszawa 2011, s. 349; tenże: *Wyjaśnienia oskarżonego na tle prawno-porównawczym* [w:] D. Gil (red.), *Dowód w procesie karnym w perspektywie porównawczej*, Lublin 2016.

¹¹ Por. A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford 2010, s. 82.

¹² Na stronach: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/section/6A>, [dostęp 9.07.2018].

szczególony dowodów, na których opiera się to twierdzenie, m.in. nazwiska świadków zeznających na tę okoliczność. Oskarżony ma też obowiązek przedstawić do wiadomości sądu i prokuratora listę świadków obrony, których zamierza wezwać na rozprawę oraz wskazać, na jaką okoliczność będą zeznawać. Podobny obowiązek dotyczy wzywania biegłych. Taki obowiązek ma nie tylko zapobiec tzw. zasadce procesowej („*trial by ambush*”), czyli ujawnieniu dowodów obrony dopiero pod koniec rozprawy, gdy prokurator przedstawi już wszystkie znajdujące się w jego posiadaniu dowody, ale również (jak się twierdzi) ma pozytywne konsekwencje dla oskarżonego. Dzięki informacji o linii obrony prokurator ma możliwość przeanalizowania dowodów pod kątem tego, jakie informacje mogą być jeszcze użyteczne dla obrony i tym samym wymagają ujawnienia – na prokuratorze spoczywa bowiem obowiązek ujawnienia dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego, które znajdują się w posiadaniu oskarżenia¹³. Co do zasady, sankcją za niedochowanie tego obowiązku jest niemożność powołania takiego dowodu na rozprawie.

Drugie ograniczenie prawa do milczenia oskarżonego w postaci ustawowego dopuszczenia wyciągania negatywnych konsekwencji z milczenia oskarżonego przewiduje *Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA)*. W sekcjach 34–37¹⁴, w części zatytułowanej „Wnioski wyciągane z milczenia oskarżonego”, ujęte zostały cztery przypadki, w których można wyciągnąć niekorzystne wnioski z zachowania milczenia przez oskarżonego (*may draw such inferences from the failure as appear proper*):

- gdy oskarżony milczy podczas przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym, a wykazane zostało, że miał możliwość poinformowania o istniejących dowodach na swoją obronę w czasie poprzedzającym postawienie zarzutów lub w trakcie przesłuchania;
- gdy oskarżony milczy w czasie rozprawy – tj. odmawia przedstawienia dowodów albo po zaprzysiężeniu odmawia odpowiedzi na pytania, bez rozsądnego uzasadnienia – już po przedstawieniu materiału

¹³ R. Ward, A. Wragg, *English Legal System*, Oxford 2005, s. 574–575; A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process...*, s. 93–99.

¹⁴ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>, [dostęp 4.01.2017]. Nie można zapominać, że konsekwencje składania nieprawdziwych wyjaśnień są w zasadzie takie same, jak w przypadku świadków, o czym zawsze należy ostrzegać, używając tzw. *caution* (ostrzeżenia) o tych konsekwencjach: „Nie masz obowiązku mówienia. Może to jednak niekorzystnie wpłynąć na twoją obronę, jeśli zaczniesz wyjaśniać dopiero w sądzie. Wszystko, co powiesz, może zostać użyte przeciwko tobie”. Zob. rozważania w: H. Kuczyńska, *Rzeczny proces karny w orzecznictwie sądów angielskich* [w:] P. Wiliński (red.), *Rzeczny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 53. Zagadnienia przedstawione również przez autorkę w: *Prawo dowodowe w procesie karnym angielskim* [w:] J. Skorupka (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, Tom VIII. Dowody*, cz. 1, Warszawa 2019, s. 1190–1276.

dowodowego przez oskarżenie, a sąd poinformował oskarżonego (w obecności ławy przysięgłych), że nadszedł czas na przedstawienie dowodów na jego obronę. Przepis ten nie dotyczy oskarżonych, których fizyczny lub psychiczny stan, zdaniem sądu, czyni „niepożądanym” składanie przez nich wyjaśnień (*it appears to the court that the physical or mental condition of the accused makes it undesirable for him to give evidence*);

- gdy oskarżony odmawia wyjaśnień dotyczących obciążającego go dowodu rzeczowego znajdującego przy nim przez policję lub będącego w jego posiadaniu: przedmiotu, substancji, znaku (dotyczy to np. stanu ubrania i butów). Konieczne jest przy tym, by osoba przesłuchująca oskarżonego miała uzasadnione podstawy by przypuszczać, że obecność tego dowodu świadczyła o związku danej osoby z zarzucanym jej przestępstwem oraz by poinformowała o tym oskarżonego, który następnie odmówił ustosunkowania się do przyczyn posiadania tego przedmiotu;
- gdy oskarżony był obecny w pobliżu miejsca, w którym popełniono zarzucane mu przestępstwo. Chodzi o sytuację, gdy oskarżony został zatrzymany na miejscu popełnienia przestępstwa, a funkcjonariusz policji ma uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że jego obecność w tym miejscu w danym czasie może się wiązać z popełnieniem przez niego tego przestępstwa.

Oskarżony musi zostać pouczony przez sąd o możliwości zastosowania takiego trybu wnioskowania. Należy też zwrócić mu uwagę, iż zachowanie milczenia może zaszkodzić jego obronie – „*it may harm your defence*”¹⁵. Także prokurator może odmowę składania zeznań wobec ławy przysięgłych skomentować (s. 35 CJPOA 1994) – ale tylko, jeśli oskarżony odmawia ich „bez uzasadnionej przyczyny” (czyli np. nie tylko dlatego, że oczekuje na możliwość porozumienia się z obrońcą). Sędzia ma też obowiązek pouczyć ławę przysięgłych o tym, że może wyciągać negatywne konsekwencje z faktu milczenia oskarżonego. Pouczeniu temu powinna towarzyszyć informacja o tym, że (zgodnie ze wskazówkami ustalonymi przez Sąd Apelacyjny¹⁶) ciężar dowodzenia spoczywa na oskarżeniu, oskarżony ma prawo do milczenia, a także, że zanim będzie możliwe wyciągnięcie negatywnych wniosków z milczenia oskarżonego, ława przysięgłych/sędzia pokoju muszą być pewni, że sprawa oskarżenia jest zasadna (*there is a case to answer*).

¹⁵ PACE Code of Practice C, pkt 10.5. M.in. na stronach policji: [http://police.home-office.gov.uk/publications/operational-policing/2008_PACE_Code_C_\(final\).pdf?view=Binary](http://police.home-office.gov.uk/publications/operational-policing/2008_PACE_Code_C_(final).pdf?view=Binary), [dostęp 7.01.2018].

¹⁶ Sąd Apelacyjny w wyroku z 12 października 1995 r., w sprawie *R v Cowan, Gayle and Riccardi* [1995] 3 W.L.R. 818. Wszystkie orzeczenia sądów angielskich cytowane za bazą Thomson Reuters Westlaw. Zob. też H. Kuczyńska, *Prawo dowodowe...*, passim.

Nie bez powodu traktuje się te przepisy jako ograniczenie prawa do milczenia¹⁷. Oskarżony nie ma już wolnego wyboru między składaniem wyjaśnień a milczeniem, bowiem w pewien sposób wymusza się aktywność oskarżonego¹⁸. Chociaż ustawa nie odbiera całkowicie oskarżonemu prawa do zachowania milczenia, to niewątpliwie wprowadza pewną presję. Z pewnością milczenie nie jest ani dowodem obciążającym, ani odciążającym – zawsze musi być oceniane w świetle całokształtu materiału dowodowego. Zachowanie milczenia nie może samo w sobie niczego dowieść. Ława przysięgłych może natomiast wyciągnąć wnioski z faktu, że oskarżony w żaden sposób nie chce się ustosunkować do przedstawionych obciążających go dowodów. Wykładni sformułowania „odmawia odpowiedzi na pytania, bez rozsądnego uzasadnienia” dokonuje się w orzecznictwie – w którym stwierdza się, że w pewnych sytuacjach rozsądnie myślący człowiek powinien uznać, iż milczenie oskarżonego jest wynikiem tego, że nie ma nic do powiedzenia¹⁹. Sądy przyjmują także, że za każdym razem należy rozważyć obiektywne podstawy milczenia i ocenić je w świetle istniejących dowodów. Czynniki wpływającymi na ocenę „rozsądnosci” będą: czas przesłuchania, wiek oskarżonego oraz jego stan psychiczny, doświadczenia oskarżonego związane z kontaktem z policją czy też zakres ujawnionych przez policję oskarżonemu dowodów przeciwko niemu²⁰.

W doktrynie polskiej to rozwiązanie oceniane jest negatywnie – wskazuje się, że „regulacja procesowa, stawiająca oskarżonego w takiej sytuacji, nie może pretendować do miana uczciwej”. Oceniane jest jako konsekwencja przywiązywania nadmiernej (z kontynentalnego punktu widzenia) wagi do dowodowego wykorzystania oskarżonego w ogóle. Właśnie przed przykładaniem zbyt wielkiej wagi do oskarżonego jako źródła dowodowego oraz wyciągania negatywnych wniosków z jego milczenia ma chronić zapewnienie niekaralności za fałszywe wyjaśnienia²¹. Tymczasem z podejścia funkcjonującego w prawie angielskim

¹⁷ Tak np. J.R. Spencer, *Evidence* [w:] M. Delmas-Marty, J. Spencer (red.), *European Criminal Procedures*, Cambridge 2004, s. 614; A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process...*, s. 97. Te kwestie były też omawiane w: H. Kuczyńska, *Rzeczony proces karny...*, s. 46–51.

¹⁸ W doktrynie polskiej omawia się ten problem w: A. Świątłowski, *Prawo do milczenia we współczesnym angielskim procesie karnym*, „Palestra” 2002, nr 1–2, s. 15; A. Lach, *Współczesne tendencje w zakresie ograniczania prawa do milczenia w procesie karnym* [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004, s. 235.

¹⁹ Sąd Apelacyjny w wyroku z 21 marca 2003 r., w sprawie *R v Howell* [2003] EWCA Crim 1169 oraz w wyroku w sprawie *R v Argent* [1997] 2 Cr AppR 27.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z 4 kwietnia 2003 r., [2003] EWCA Crim 1154. Izba Lordów uznała to rozstrzygnięcie za słuszne – zob. wyrok z 28 lipca 2005 r., [2005] UKHL 55. Wszystkie sprawy omawiane w: H. Kuczyńska, *Rzeczony proces karny...*, s. 49–50.

²¹ M. Rusinek, *O „prawie do kłamstwa” (artykuł polemiczny)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4, s. 90–91.

płyną liczne niebezpieczeństwa, które dostrzegane były już od dawna w polskim procesie karnym²². W polskiej doktrynie wskazuje się także na rolę prawa do milczenia jako środka umacniającego pozycję procesową oskarżonego i wyrównującą jego szanse w starciu z oskarżycielem²³. Nie można bowiem twierdzić, że w każdym przypadku prawo do milczenia to gwarancja, która utrudnia organom ścigania dotarcie do prawdy i chroni prawdziwego przestępcę²⁴. Także dla osoby niewinnej może się okazać najlepszą strategią obrony – tymczasem sądy angielskie posługują się założeniem, że w normalnych okolicznościach osoba niewinna przemówiłaby w swojej obronie²⁵. W literaturze wskazuje się na pochodzenie prawa do nieoskarżania się – historycznie oskarżony miał obowiązek prowadzenia swojej obrony i prawo to nie obowiązywało. Wprowadzone zostało wraz z prawem do korzystania z pomocy obrońcy i uznawane jest za wynik „uprawnienia procesu (lawyerization of the trial)”²⁶. Warto także podkreślić, że ETPC zezwala na stosowanie takiego rozumowania przez sądy angielskie – pod warunkiem, że przekazanie oskarżonemu takiej informacji nie zostanie użyte jako środek przymuszenia go do samooskarżenia oraz pod warunkiem, że w dany system prawny wbudowane zostały gwarancje chroniące oskarżonego, m.in. posiada on prawo do obrońcy²⁷.

Jeśli chodzi o praktyczne konsekwencje tego rozwiązania, to ciekawe może być skonfrontowanie konsekwencji, jakie dla oskarżonego wywierają te dwa różne zestawy praw procesowych: w kontynentalnej Europie oskarżony rzadko milczy²⁸. Czemu miałby milczeć, skoro nic mu nie grozi za wyjaśnianie niezgodnie z prawdą, a zawsze istnieje szansa, że sąd uzna jego wyjaśnienia za wiarygodne? Nic nie traci, a może jedynie zyskać. Z kolei w modelu angielskim, wszystko wskazywałoby na to, że oskarżony zazwyczaj powinien zachować

²² tamże, s. 90–91 i wspomniana przez niego literatura, m.in. W. Nestorowicz, *Oskarżony i jego przysięga w rozwoju historycznym procesu karnego*, Warszawa 1933, s. 5.

²³ P.K. Sowiński, *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare teneatur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym* [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji (Krasiuczyn 15–16 października 2005 r.)*, Warszawa 2006, s. 169.

²⁴ Tak twierdził np. R. Kmiecik, *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej* [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej...*, s. 145–147.

²⁵ Pewne badania wskazują, że po wprowadzeniu takich przepisów w Północnej Irlandii, większa liczba oskarżonych zdecydowała się zeznawać: zob. J. Jackson, M. Wolfe, K. Quinn, *Legislating against Silence. The Northern Ireland Experience*, Belfast 2000.

²⁶ J.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2010, s. 267, 284.

²⁷ Zob. m.in. sprawa Averill przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 6 czerwca 2000 r., nr skargi 36408/97.

²⁸ M. Damaška, *Evidentiary Barriers and Two Models of Criminal Procedure. A Comparative Study*, „University of Pennsylvania Law Review” 1973, nr 121, s. 511, 527; J.D. Jackson, S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence...*, s. 245.

milczenie, skoro nie może zeznać fałszywie, a jego poprzednie oświadczenia mogą być na rozprawie odczytane. Jednak wraz z wprowadzeniem możliwości wyciągania negatywnych konsekwencji z milczenia oskarżonego sytuacja ta uległa zmianie: wyniki badań wskazują na to, że oskarżeni znacznie częściej rezygnują z milczenia w czasie przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym, jak również częściej decydują się zeznawać jako świadkowie²⁹.

3. Środek dowodowy: wyjaśnienia vs. zeznania

Jeśli oskarżony nie zechce skorzystać z prawa do milczenia, może wziąć aktywny udział w procesie karnym. Z prawa oskarżonego do milczenia wynika wspólna dla obu tradycji prawnych konsekwencja: w procesie karnym oskarżony występuje jako źródło dowodowe albo nie. Zależy to od jego decyzji. Żaden organ procesowy nie ma kompetencji, by na tę decyzję wpłynąć. Jednak zasady jego udziału są różne w omawianych tradycjach prawnych. Nie tylko zakres prawa do milczenia różni się w obu systemach, ale i sposób zabierania głosu.

W procesie kontynentalnym udział oskarżonego jako źródła dowodowego przybiera zawsze formę wyjaśnień – jest to środek dowodowy. Prawo do składania wyjaśnień ujęte jest w art. 175 § 1 k.p.k., który, chociaż mówi jedynie o tym, że oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia, niesie za sobą liczne procesowe konsekwencje. Po pierwsze więc, wyjaśnienia stanowią procesową formę składania oświadczeń wiedzy przez oskarżonego. Po drugie, należy wziąć pod uwagę, że oskarżony, zgodnie z art. 171 § 1 k.p.k., przesłuchiwany jest według tego samego schematu, co świadek. Po trzecie, wyjaśnienia mogą pełnić dwojaką rolę: realizacji prawa do obrony (wówczas, gdy oskarżony zaprzecza sprawstwu, przedstawiając np. alibi lub inny przebieg wydarzeń) lub środka oskarżania – gdy przyznaje się do winy³⁰. Oba te kierunki wyjaśnień traktowane są tak samo w sensie osobowego środka dowodowego³¹. Oskarżony więc nie może składać zeznań – zakaz występowania w charakterze świadka we własnej sprawie ma charakter formalny, skoro to ustawa określa w tym przypadku poszczególne osobowe źródła

²⁹ Zob. np. J. Jackson, M. Wolfe, K. Quinn, *Legislating against Silence.*, passim; J.D. Jackson, 'Silence and Proof. Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom', „The International Journal of Evidence and Proof” 2001, nr 5, s. 145.

³⁰ Zob. m.in. T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 599; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 345; Z. Muras, *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i prawie karnym materialnym*, Warszawa 2014, s. 73; M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 22 i n.

³¹ Na poparcie tej koncepcji: M. Cieślak, *Polska procedura karna: podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 427.

dowodowe³². W doktrynie polskiej żywy jest jednak nadal pomysł (który jednakowoż nie znalazł poparcia doktryny) J. Śliwińskiego wyrażony na kanwie przepisów kodeksu z 1928 r., który proponował, by oskarżonego można było przesłuchać jako świadka (bez wydzielania jego sprawy do odrębnego postępowania) w zakresie czynów innych współoskarżonych, za które on nie odpowiada³³. Wreszcie, czwartym elementem wpływającym na ocenę oskarżonego jako źródła dowodowego jest fakt, że przez składanie wyjaśnień należy również rozumieć prawo dokonywania oceny przeprowadzonego dowodu na bieżąco po jego przeprowadzeniu (wynikające z art. 175 § 2 k.p.k., nadal stanowiące oświadczenie wiedzy³⁴). Należy przy tym nadmienić, że istnieją dwie koncepcje co do zdefiniowania pojęcia „wyjaśnień”: szerokie i wąskie (które obecnie przeważa). Według koncepcji szerokiej, obok podstawowego znaczenia wyjaśnień, czyli dowodu (osobowego) uzyskiwanego podczas przesłuchania oskarżonego (podejrzanego) w związku ze stawianym mu zarzutem, wyjaśnienia mają też stanowić wszystkie inne niż oświadczenie dowodowe oświadczenia wiedzy, nawet pewne oświadczenia woli. Wąskie rozumienie tego pojęcia oznacza, że można je rozumieć jako oświadczenia wiedzy oskarżonego w zakresie wydarzeń stanowiących podstawę stawianych zarzutów, jednak już oświadczenia woli i oceny prawne nie stanowią wyjaśnień³⁵. Pozycję procesową oskarżonego należy bowiem rozważać w dwóch aspektach: jest nie tylko źródłem dowodowym, ale przede wszystkim stroną – i o ile zaistnienie jako to pierwsze zależy od jego decyzji, to status strony procesowej przysługuje mu z mocy prawa i prawo do aktywności w procesie wypływa z tego statusu niezależnie od składania wyjaśnień³⁶. Również w procesie angielskim oskarżony ma status strony postępowania, jednak ten status jest zupełnie niezależny od statusu oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego.

Jeśli chodzi o formę składania oświadczeń wiedzy przez oskarżonego w prawie angielskim, to nie istnieje odrębny środek dowodowy w postaci wyjaśnień oskarżonego. Nie oznacza to, że oskarżony w ogóle nie odgrywa roli jako osobowe źródło dowodowe. Jego oświadczenia, takie jak przyznanie się do winy, a nawet określone zachowanie, może stać się środkiem dowodowym. Przede wszystkim jednak oskarżony dostarcza dowodu w postaci zeznań, decydując się

³² M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 105.

³³ Zob. też, C.P. Kłak, Z. Sobolewski, P.K. Sowiński, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 152; wskazując na: J. Śliwiński, *Polski proces przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 640–642, także: M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 107.

³⁴ Tak: T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 399.

³⁵ Tak np. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony...*, s. 344. Podsumowanie tych poglądów przedstawia: I. Nowikowski, *Wyjaśnienia oskarżonego jako czynność procesowa (kwestie wybrane)* [w:], B. Bieńkowska, H. Gajewska-Kraczkowska, M. Rogacka-Rzewnicka (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 317.

³⁶ O tym pisze także: M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 16–17.

na wstąpienie w rolę świadka. Oskarżony w prawie angielskim składa zeznania jako „świadek we własnej sprawie”. Zgodnie z s. 53(1) YJCEA 1999 (*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*³⁷), oskarżony może być świadkiem obrony zdolnym do zeznawania (*competence of witnesses to give evidence*). Ma jednak prawo do odmowy składania zeznań (*not a compellable witness* – „świadek, którego nie można zmusić”). Jeśli już zdecyduje się zeznania składać, to składa je pod przysięgą i nie ma już wówczas możliwości odmówić odpowiedzi na niektóre pytania. Oskarżony na rozprawie przesłuchiwany jest według temu samego schematu, co świadkowie. Jednak oskarżony, jeśli już podejmie decyzję o zabraniu głosu jako świadek, ponosi poważne tego konsekwencje. Nie jest znane procesowi anglosaskiemu prawo do swobodnej wypowiedzi świadka. W konsekwencji, oskarżony nie siada na miejscu świadka tylko po to, by przedstawić swoją wersję wydarzeń i wyprzeć się winy; kiedy już tam zasiądzie, musi poddać się procesowi przesłuchania krzyżowego przeprowadzanego przez oskarżenie. Nie wolno mu wówczas uchylić się od odpowiedzi na pytania oskarżenia. Musi więc mówić nie tylko prawdę, ale całą prawdę – zarówno za kłamstwo, jak i przemilczenie prawdy grozi mu odpowiedzialność karna. Zgodnie z s. 1(2) *Criminal Evidence Act 1898* „oskarżony, który jest świadkiem w postępowaniu karnym, może zostać zapytany w przesłuchaniu krzyżowym o wszystko, co związane jest z czynem, o który jest oskarżony, mimo, iż odpowiedź na dane pytanie może być dla niego obciążająca³⁸”. Oskarżonemu przysługują wszystkie prawa i ciężą na nim obowiązki świadka, nie jest on traktowany w żaden szczególny sposób, i zeznaje pod groźbą poniesienia odpowiedzialności karnej za złożenie zeznań niezgodnych z prawdą.

Dlatego też w procesie angielskim decyzja o zeznawaniu powinna być starannie rozważona: decydując się na wystąpienie w charakterze świadka, pod uwagę należy brać szereg praktycznych czynników: np. czy oskarżony zeznając jako świadek będzie wyglądał na wiarygodnego, czy będzie zeznawał w kompetentny i przekonujący sposób, a także, czy będzie w stanie utrzymać swoją wiarygodność w przesłuchaniu krzyżowym. Podstawową przesłanką dokonania wyboru jest też dokładność i efektywność prowadzenia postępowania przygotowawczego – w obliczu niepodważalnych dowodów winy oskarżony może nie mieć tak naprawdę wyboru. Prawo do milczenia wykorzystuje się jako element taktyki obronnej, np. w sytuacji, gdy nie wiadomo, jakimi dowodami obciążającymi dysponuje policja. Taktyka stosowana przez obronę często nakazuje, by powstrzymać się od zeznawania, w sytuacji, gdy dowody przedstawione przez

³⁷ Ustawa dostępna na stronach: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/section/53>, [dostęp 4.01.2017].

³⁸ Tłum. za: A. Komar-Nalepa, *Wybrani uczestnicy postępowania karnego [w:] System prawa karnego procesowego. Tom II: Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawno-porównawczym*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2014, s. 699.

oskarżenie nie są przekonujące do tego stopnia, że nawet nie ma potrzeby przedstawiania dowodów obrony, by ława przysięgłych doszła do wniosku o niewinności oskarżonego (*there is no case to answer*). Naturalnie, taktyka podejmowania decyzji może znaleźć wspólny mianownik z decyzją w procesie kontynentalnym: także w Polsce, proponując oskarżonemu taktykę wyjaśniania albo milczenia należy brać pod uwagę m.in. materiał dowodowy zgromadzony w sprawie. Wydaje się bowiem, że im liczniejsze i bardziej kategoryczne są dowody, tym bardziej wskazane byłoby złożenie wyjaśnień (nawet kłamliwych), czy nawet przyznanie się i współpraca z organami ścigania czy wymiaru sprawiedliwości³⁹.

Oskarżony występuje jako pierwszy świadek, przed innymi świadkami obrony (s. 79 PACE 1984). Jest to oczywiste, bowiem w przeciwnym razie mógłby dostosować swoje zeznania do przedstawianej przez nich wersji⁴⁰. Jednak może zeznawać po świadku, którego zeznania nie podlegają dyskusji i nie są sporne. Przesłuchanie oskarżonego przybiera taki sam przebieg, jak każdego innego świadka: przesłuchanie główne przez obronę, przesłuchanie krzyżowe przez oskarżenie (*cross-examination*), przesłuchanie ponowne (*re-examination*). Pewnym odstępstwem od tej zasady jest możliwość przesłuchania oskarżonego „szczególnie wrażliwego” (*vulnerable defendants*). W stosunku do oskarżonego można bowiem zastosować specjalne środki ochrony dostępne dla innych świadków (s. 47 *Police and Justice Act 2006* zmieniające s. 33 YJCEA⁴¹). Wówczas oskarżony może zeznawać poprzez łącze video (lub pełnomocnika). Ubiegać się o ten tryb przesłuchania może oskarżony małoletni, cierpiący na chorobę psychiczną, ale również niezdatny z innych przyczyn do uczestniczenia w procesie, a także każdy oskarżony w sytuacji, gdy wymaga tego zapewnienie mu rzetelnego procesu (s. 47(4) i (5) PJA 2006 i s. 33 BA YJCEA).

Z powyższych informacji wynika, że istnieją fundamentalne różnice między konsekwencjami formy występowania jako osobowe źródło dowodowe w przedstawianych systemach prawnych. Pierwsza dotyczy tego, że w procesie kontynentalnym, z prawa do składania wyjaśnień wynika niekaralność oskarżonego (podejrzanego) za składanie fałszywych wyjaśnień (tzw. w uproszczeniu, „prawo do kłamstwa”). W doktrynie anglosaskiej to uprawnienie przedstawiane jest jako coś niezwykłego: „oskarżony nie składa przysięgi i dlatego może kłamać bez strachu przed odpowiedzialnością karną⁴²”. Chociaż przepis art. 175 § 1 k.p.k. jest sformułowany „dość lapidarnie”, to wniosku wynika z niego, że oskarżony ma prawo składać zarówno wyjaśnienia prawdziwe, jak i nieprawdziwe, czyli

³⁹ Zob. P. Girdwoyń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004, s. 72.

⁴⁰ R. Ward, A. Wragg, *English Legal System...*, s. 611.

⁴¹ Tekst ustawy dostępny na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/48/section/47>, [dostęp 4.01.2017].

⁴² J.D. Jackson, S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence...*, s. 245.

fałszywe⁴³. Nie chodzi przy tym o procesowe prawo do kłamstwa w znaczeniu prawa podmiotowego⁴⁴, lecz o niekaralność za złożenie fałszywych wyjaśnień. Jest to naturalnie podejście uproszczone, ponieważ rzeczywiste granice niekaralności wyznaczają przepisy prawa karnego materialnego, tj. obecnie art. 233 § 1a k.k. Należy się przy tym zgodzić, że oskarżony nie ma prawa do kłamstwa, chociaż jednocześnie nie grozi mu odpowiedzialność za składanie nieprawdziwych wyjaśnień. Wyjaśnienia takie składać może, tyle tylko, że „zachowanie takie nie jest realizacją przyznanej mu przez normę odtworzoną z przepisu art. 175 § 1 k.p.k. (zd. pierwsze) kompetencji⁴⁵”.

Należy jednak przypomnieć, że na mocy ostatnich nowelizacji kodeksu karnego zakres niekaralności został ograniczony. Art. 233 § 1a k.k. przewiduje odpowiedzialność karną osoby podejrzanej (czyli występującej jeszcze w charakterze świadka), która, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu⁴⁶. Jednocześnie jednak nadal obowiązuje art. 183 k.p.k., który zezwala na uchylenie się przez świadka od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzieleni odpowiedzi mogłoby go narazić na odpowiedzialność za przestępstwo. Skorzystanie z tego uprawnienia jednak zakłada, że nie może on składać fałszywych oświadczeń dopóki nie uzyskana procesowego statusu podejrzanego.

Takie podejście związane jest też z typowym dla kontynentalnego modelu procesu podziałem na „oskarżonego sensu largo” i „sensu stricto” – ta pierwsza definicja obejmuje osobę podejrzaną, czyli świadka, który dostarcza dowodów na swoją niekorzyść przed przedstawieniem zarzutów⁴⁷. Elementem odróżniającym osobę podejrzaną pozbawioną praw w procesie karnym od podejrzanego – będącego stroną procesu – jest element formalny w postaci wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. W obecnej formie więc art. 233 § 1a k.k. uzależnia karalność fałszywych zeznań od formalnej czynności postawienia zarzutów, której moment całkowicie zależny jest od decyzji organu postępowania

⁴³ Za: Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretyczno prawny*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6, s. 38.

⁴⁴ Zob. M. Rusinek, *O „prawie do kłamstwa”...*, s. 83; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony...*, s. 360–361; Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień...*, s. 38.

⁴⁵ Zob. tamże, s. 41.

⁴⁶ M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 306. O konieczności wprowadzenia takiej formalistycznej zasady pisali pomysłodawcy nowego brzmienia ustawy: J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12, s. 35–50.

⁴⁷ Zob. M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 17–18.

przygotowawczego⁴⁸. Organy zaś mogą zwlekać z przedstawieniem zarzutów, chcąc wykorzystać fakt, że świadek jest pozbawiony prawa do odmowy składania zeznań. Odwlekając przedstawienie zarzutów, co zdarza się często i jest w oczywisty sposób korzystne dla „efektywności” ścigania i „statystyk” organu procesowego, odwleka się również możliwość skorzystania z prawa do składania wyjaśnień. W procesie kontynentalnym jednak powinno się odejść od takiego formalizmu pojmowania oskarżonego/podejrzanego, wprowadzając rozwiązanie opierające się na statusie podejrzanego faktycznego⁴⁹. Takie rozwiązanie istnieje już w Niemczech, gdzie uważa się, że podejrzanym staje się osoba obiektywnie (ponieważ określone czynności procesowe są już skierowane przeciwko niej, np. poprzez formułowanie pytań „Gdzie znajduje się ciało?”) i subiektywnie (ponieważ organ ma przekonanie, że rozmawia ze sprawcą) podejrzewana przez organ⁵⁰. W Niemczech uzależnianie praw procesowych przysługujących podejrzanemu od decyzji organu procesowego uznano za rozwiązanie niekonstytucyjne⁵¹. Potrzeba przyjęcia takiego rozwiązania nie może zresztą obecnie ulegać wątpliwości, od kiedy obowiązuje w sposób bezpośredni w Polsce dyrektywa 2013/48/UE z 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym, która stanowi, że na etapie postępowania przygotowawczego jednostka może wystąpić o zapewnienie jej dostępu do adwokata przed przesłuchaniem w charakterze podejrzanego lub żądać przerwania czynności przesłuchania w momencie, gdy z toku przesłuchania wynika, iż organy uważają ją za osobę podejrzaną i zażądać kontaktu z adwokatem. W konsekwencji, z dyrektywy wynika, że to nawet nieformalne podejrzewanie osoby o sprawstwo powinno decydować o jej statusie procesowym jako podejrzanego. Należy przychylić się do poglądu, zgodnie z którym, aby zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* spełniała swoją rolę w rzetelny sposób powinno się przyjąć, że status podejrzanego powinien przysługiwać od momentu, od którego, organy śledcze podejrzewają daną osobę o możliwość popełnienia przestępstwa. Z pewnością ochrona w postaci uszanowania prawa do milczenia i niewyciągania negatywnych konsekwencji z jego zachowania powinna dotyczyć nie tylko podejrzanego

⁴⁸ P. Nowak, *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4, s. 81.

⁴⁹ Zob. S. Steinborn, *Status osoby podejrzanego w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1787. Inaczej: M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 20.

⁵⁰ Judgment of BGH, Urt. v. 3.7.2007, NJW 2007, 2706 – 1 StR 3/07 i komentarz S. Mikolajczyk, *Urteilsanmerkung: Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2007, nr 14, s. 566.

⁵¹ W. Beulke, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2005, s. 66; K. Volk, *Grundkurs.Strafprozessordnung*, München 2006, s. 36–37

i oskarżonego, ale także osoby podejrzewanej lub podejrzanej, pozostającej poza procesem karnym⁵².

Z niekaralności składania fałszywych wyjaśnień wynika także istnienie w procesie polskim koncepcji „odwołania wyjaśnień” lub dokonania ich zmiany – nieznaney procesowi anglosaskiemu. W procesie anglosaskim taka „zmiana” prowadziłyby do poniesienia odpowiedzialności karnej. Tymczasem w procesie kontynentalnym jest to prawo oskarżonego i skorzystanie z niego nie może być uznane za okoliczność obciążającą⁵³. Oskarżony stawia sąd przed koniecznością oceny, które z odmiennych wyjaśnień były zgodne z prawdziwym przebiegiem wydarzeń. Kwestia wiarygodności wyjaśnień albo zeznań oskarżonego jest zupełnie odrębnym problemem. Co do zasady przyjmuje się w doktrynie, że „oczywisty fakt zainteresowania oskarżonego wynikiem postępowania nie może być podstawą generalnego uważania wyjaśnień oskarżonego za dowód mniej wiarygodny⁵⁴” – powinien być uwzględniany na tle innych okoliczności, w ramach swobodnej oceny dowodów.

4. Różne formy i procesowe konsekwencje przyznania się do winy

Ostatnim, trzecim elementem pozycji procesowej oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego, jest uprawnienie do przyznania się do winy.

W procesie kontynentalnym przyznanie się do winy nie jest oświadczeniem woli, tylko wiedzy oskarżonego. Nie oznacza to jednak, że nie prowadzi do określonych konsekwencji procesowych. Następstwa przyznania się do winy mogą być różne, w zależności od etapu procesu, na którym zostało złożone: jeśli przed prokuratorem to będzie to art. 335 k.p.k. w zw. z art. 343 k.p.k., jeśli przed doręczeniem zawiadomienia o rozprawie – na podstawie art. 338a k.p.k. w zw. z art. 343a k.p.k., jeśli dopiero na etapie rozprawy, to art. 387 i art. 388 k.p.k. Fakt przyznania się może także wpłynąć na wymiar kary, w tym także przy zastosowaniu art. 60 § 3 k.k.⁵⁵. Przyznanie się do winy może być pełne lub

⁵² R. Kmiecik, *Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły nemo tenetur)*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 7–8, s. 17; P.C. Kłak, „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4, s. 60–61.

⁵³ Wyrok SN z 29.06.1979, III KR 169/79, Legalis.

⁵⁴ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 426.

⁵⁵ D. Gruszecka [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 406.

częściowe – odnoszące się tylko do niektórych elementów zdarzenia; wiarygodne lub niewiarygodne – bowiem sąd nadaje mu znaczenie wyłącznie na tle innych dowodów.

Pierwszą zasadniczą różnicą między omawianymi systemami prawnymi jest to, że w procesie ściśle anglosaskim oskarżony może wybrać jedną z dwóch form uczestnictwa: przyznanie się do winy lub zeznawanie. Nie można tych form utożsamiać ze sobą: przyznanie się do winy wyklucza bowiem możliwość zeznawania jako świadek – z tego chociażby powodu, że prowadzi do zakończenia postępowania karnego wyrokiem skazującym bez postępowania dowodowego. W oczywisty sposób zeznawanie przez oskarżonego jest wyłącznie środkiem obrony i zeznając, oskarżony usiłuje zawsze dowieść swojej niewinności. Należy jednak odróżnić procesowe przyznanie się do winy prowadzące do uznania swojej winy i poddania się karze (*guilty plea*), od przyznania się do winy niejako „niechcący” (*confession*). To pierwsze przyznanie się do winy nie stanowi środka dowodowego w procesie angielskim. Nie może stać się nigdy środkiem wykonywania prawa do obrony. Nie jest to dowód w ścisłym tego słowa znaczeniu – oświadczenie to nie ma mocy dowodowej, bowiem jest oświadczeniem woli, a nie wiedzy. Instytucja *guilty plea* jest formą porozumienia procesowego, a nie środkiem dowodowym. To drugie oświadczenie – może nim się stać, chociaż z pewnymi ograniczeniami. Tymczasem w procesie kontynentalnym przyznanie się do winy stanowi jedną z odmian składania wyjaśnień, które mogą się stać także dowodem na niekorzyść oskarżonego. Przyznanie się do winy zawsze stanowi dowód osobowy.

Jeśli chodzi o przyznanie się do winy w procesie angielskim prowadzące do zawarcia ugody procesowej, to było ono już przedmiotem rozważań w literaturze polskiej⁵⁶. Złożenie takiego oświadczenia skutkuje niemożnością prowadzenia postępowania dowodowego, a w konsekwencji zakończeniem się procesu orzekania o winie⁵⁷. Oskarżony może też złożyć *equivocal plea*, które oznacza, że jego oświadczenie co do winy nie jest jednoznaczne. Może tak się stać w sytuacji, gdy przyznaje on, że dopuścił się wprawdzie popełnienia przestępstwa, lecz zaprzecza, że wypełnił znamiona przestępstwa określonego w zarzutach (jego *essential elements*) – zwykle temu, że miał zamiar je popełnić⁵⁸. Zgodnie z zasadą, że do stwierdzenia przestępstwa należy udowodnić także *mens rea*, czyli zarzucalność danego czynu; oznacza to, że nie można mu tego przestępstwa przypisać.

⁵⁶ Np. A. Światłowski, *Plea bargaining (wytargowane przyznanie się do winy) w orzecznictwie amerykańskim*, „Palestra” 1997, nr 9–10, s. 115; A. Marek, „Porozumienia” w anglo-amerykańskim procesie karnym i w niektórych państwach Europy Zachodniej, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8, s. 61.

⁵⁷ A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process...*, s. 291.

⁵⁸ O tych zagadnieniach pisze też K. Girdwoyń, *Angielski proces karny* [w:] P. Kruszyński (red.), *System prawa karnego procesowego, Tom II: Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014, s. 729.

W przypadku złożenia takiego oświadczenia sędzia powinien wyjaśnić oskarżonemu treść przepisów i dociekać, czy nadal chce się przyznać do winy. Jeśli oskarżony nadal nie jest o tym przekonany – sąd powinien przyjąć, że jest to oświadczenie o nieprzyznaniu się do winy. Jakikolwiek wątpliwości co do zgodności oświadczenia o przyznaniu się do winy z rzeczywistą wolą oskarżonego muszą być interpretowane jako złożenie *plea of not guilty*. Ostatnią możliwością, którą ma oskarżony, jest złożenie oświadczenia *no indication of plea*, czyli odmowę złożenia jakiegokolwiek oświadczenia co do winy. Jeśli oskarżony nie składa takiego oświadczenia, bo np. odmawia jakiegokolwiek aktywności w procesie, ustawa zobowiązuje sąd do uznania, że złożył on *not guilty plea*⁵⁹.

W procesie kontynentalnym możliwe jest zaliczenie w poczet materiału dowodowego przyznania się do winy poczynionego poza procesem (*confessio extrajudicialis*) – w określonych sytuacjach. Nie jest jedynie możliwe skorzystanie z treści oświadczeń osoby, która złożyła je jeszcze przed uzyskaniem statusu oskarżonego/podejrzanego – jeśli taka osoba przyzna się w chwili zatrzymania do popełnienia przestępstwa, jednak po przedstawieniu zarzutów skorzysta z prawa do milczenia. W takiej sytuacji poprzednie oświadczenia nie mogą być dowodem w sprawie i nie mogą być odczytane (zob. art. 389 § 1 w zw. z art. 391 § 2 k.p.k.). Takie protokoły w ogóle nie powinny znajdować się w aktach sprawy i należy postulować, by były z nich usuwane – tylko w ten sposób można zapewnić rzetelne obowiązywanie tego zakazu dowodowego. Natomiast podjęcie decyzji o skorzystaniu z prawa do milczenia na późniejszym etapie postępowania karnego – czyli np. dopiero na etapie rozprawy – nie eliminuje z materiału dowodowego protokołów przesłuchania podejrzanego przyznającego się do winy w czasie postępowania przygotowawczego. Protokoły jego wcześniejszych przesłuchań mogą być bez żadnych przeszkód odczytane na rozprawie w sytuacji, gdy odmawia on składania wyjaśnień. Brak jednak reguł przesądzających o tym, w jaki sposób powinny być te odmienne sposoby reakcji procesowej oceniane przez sąd. Organ procesowy ocenia te dowody zgodnie z art. 7 k.p.k. – w kontekście całości materiału dowodowego.

Brak jednak przeszkód, by przesłuchać co do faktu przyznania się do winy osoby, którym oskarżony w którymkolwiek momencie (czy to po popełnieniu czynu zabronionego, czy też nawet w trakcie procesu) przyznał się do jego popełnienia. W procesie polskim nie tylko brak przeszkód, by świadkami byli „świadkowie ze słuchu” i by wykorzystać dowody pośrednie, ale brak w ogóle rozróżnienia procesowego między dowodami bezpośrednimi i pośrednimi. Możliwe jest nawet przesłuchanie w charakterze świadka policjanta, który dokonał zatrzymania tego oskarżonego, a ten wówczas, w trybie art. 244 § 3 k.p.k.,

⁵⁹ *Criminal Law Act 1967*, s. 6(1)(c), dostępny na stronach: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/6>, [dostęp 8.02.2017].

złożył „oświadczenie”, „wciągnięte” do protokołu zatrzymania. Wówczas policjant staje się świadkiem „ze słuchu”⁶⁰, (naturalnie, nie jest natomiast możliwe przesłuchanie osoby prowadzącej przesłuchanie świadka, który następnie stał się oskarżonym). *De lege ferenda* można wnioskować, by – pomimo braku ograniczeń w procesowym wykorzystaniu takiego dowodu – nie mogło być ono uważane za dowód obciążający. Słuszny jest wniosek o tym, by jedynie w zestawieniu z innymi dowodami zebranymi w sprawie mogło wskazywać na fakt główny w procesie, czyli sprawstwo oskarżonego⁶¹.

Z kolei w procesie anglosaskim możliwości wykorzystania przyznania się do winy w postaci „*confession*” są szerokie i równie szeroko omawiane w literaturze. Zgodnie z s. 82(1) PACE 1984⁶², *confession* jest to „każde oświadczenie częściowo lub całkowicie niekorzystne dla osoby, która go dokonała, czy to złożone wobec organu procesowego, czy nie, słownie lub inaczej”. W rezultacie, przyznaniem może się stać każde zachowanie i oświadczenie oskarżonego, złożone przed rozprawą, na którym prokuratura zdecyduje się oprzeć, przedstawiając sprawę oskarżenia. S. 76(1) PACE 1984 mówi o tym, że przyznanie się do winy przez oskarżonego może stanowić dowód obciążający, jeśli jest on istotny dla jakiegokolwiek kwestii rozstrzyganej w postępowaniu. Choć, co do zasady, jest dowodem pośrednim, to na zasadzie wyjątku uznaje się je za dopuszczalne. Oświadczenia oskarżonego złożone wobec policji stanowią tradycyjny wyjątek od zakazu wprowadzania dowodu pośredniego i mogą być użyte w celu podważania zeznań oskarżonego na rozprawie. Jeśli zostanie wykazane, że oskarżony kłamał w czasie tych zeznań, to może to zostać uznane za dowód jego winy⁶³. Możliwość użycia w procesie zeznań oskarżonego, które zostały złożone w obecności policji, w których oskarżony wprawdzie nie przyznał się do winy, jednak uczynił pewne konstatacje, które mogą zostać użyte przeciwko niemu, stanowi zasadniczy problem rozważany w nauce angielskiego prawa dowodowego.

Przyznaniu się do winy nadaje się w prawie angielskim wysoką wartość dowodową (*high probative value*⁶⁴). Dlatego też w wielu przypadkach przesłuchanie oskarżonego na komisariacie policji – w ramach jego pierwszego kontaktu z organami ścigania – jest tak zaplanowane, by takie przyznanie się do winy spowodować. Traktowanie przyznania się do winy jako „królowej dowodów” powoduje, że policja skupia się na uzyskaniu tego oświadczenia. Naturalnie, chodzi o zastosowanie odpowiednich technik psychologicznych, a zwłaszcza zachęcenie

⁶⁰ Zob. M. Błoński, *Znaczenie odmowy złożenia wyjaśnień...*, s. 354.

⁶¹ M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 73.

⁶² Tekst przepisu dostępny na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/82>, [dostęp 7.07.2018].

⁶³ R. Pattenden, *Using the overtly non-incriminating statement to incriminate. A theoretical framework*, „International Journal of Evidence & Proof” 1999, nr 3(4), s. 217–249.

⁶⁴ M. Hannibal, L. Mountford, *Criminal Litigation Handbook*, Oxford 2014–2015, s. 95

oskarżonego do mówienia, w nadziei, że ujawni jakiś element swojego udziału w przestępstwie. Dowód z zeznania świadka, któremu oskarżony przyznał się do winy, może stać się nawet jedynym dowodem obciążającym, prowadzącym do skazania oskarżonego⁶⁵. Istotną różnicę w porównaniu z instytucją *plea of guilty* (porozumieniem procesowym opierającym się na przyznaniu się do winy) stanowi fakt, że oskarżony wcale nie miał zamiaru przyznawać się do winy i korzystać z instytucji *guilty plea*, a przyznanie się do winy zostało uzyskane niejako wbrew woli oskarżonego. W tym przypadku takie przyznanie się winy staje się osobowym źródłem dowodowym, a nie stanowi jedynie oświadczenia woli.

Jednak reguły wykorzystanie takiego oświadczenia jest dopuszczalne tylko, jeśli jest ono legalnie zdobyte oraz wiarygodne. Można wyeliminować je z procesu, twierdząc, że zostało ono wydobyte przemocą (*oppression*) lub też, że okoliczności jego złożenia powodują, że stało się ono niewiarygodne (*unreliable*, s. 76(2) PACE 1984). Jeśli obrona podnosi takie twierdzenie, prokurator może przedstawić dowody potwierdzające wiarygodność i dobrowolność złożenia takiego oświadczenia. Podważanie dopuszczalności przedstawienia na rozprawie przyznania się do winy (podobnie, jak i innych dowodów, których dopuszczalność jest kwestionowana) odbywa się w czasie procedury znanej jako *voire dire*. Zwykle ustalenie wiarygodności i legalności uzyskania przyznania się do winy będzie wymagało przeprowadzenia innych dowodów: zazwyczaj powołania jako świadków przesłuchujących oskarżonego funkcjonariuszy⁶⁶. Może zeznawać także sam oskarżony, a nawet można przedstawiać opinie biegłych. Istotne jest podkreślenie, że przeprowadzenie tej procedury decydowania o dopuszczalności dowodu jest obowiązkowe dla sądu. Tak uznał Sąd Apelacyjny, stwierdzając, że w sytuacji, gdy obrona podniosła poważne wątpliwości co do wiarygodności przyznania się do winy przez oskarżonego, sąd powinien był przeprowadzić procedurę *voire dire*⁶⁷. W czasie procedury *voire dire* istotną zasadą jest niemożność

⁶⁵ R. Pattenden, *Should confessions be corroborated?*, „Law Quarterly Review” 1991, nr 107, s. 317; M. Hannibal, L. Mountford, *Criminal Litigation Handbook...*, s. 95.

⁶⁶ Z orzecnictwa wynika, że przyznanie się do winy nie zostanie uznane za wiarygodny dowód, jeśli zostało złożone w wyniku „podżegania” i wprowadzenia w błąd co do tego, że jeśli podejrzany się przyzna, to nie zostanie wezwana policja. W sprawie *R v Roberts (Neil Daniel)* podejrzany o kradzież i-Poda od swojego pracodawcy przyznał mu się do popełnienia tego czynu, ponieważ pracodawca obiecał mu, że nie wezwie policji – co jednak uczynił, wbrew obietnicy. Oskarżony podniósł, że nie było dopuszczalne wykorzystanie tego przyznania się do winy jako dowodu w procesie karnym. Z jego opinią zgodził się Sąd Apelacyjny. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego z 24 listopada 2011 r., [2011] EWCA Crim 2974. Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego z 21 listopada 2008 r., w sprawie *R v Sherif* [2008] EWCA Crim 2653.

⁶⁷ Tak m.in. Sąd Apelacyjny w wyroku z 9 czerwca 2010 r. w sprawie *R v Dhorajiwala (Bhavna)* [2010] EWCA Crim 1237, zob. też głosę do tego orzeczenia: T. Cotton, *Confession evidence and the circumstances requiring a voir dire*, „Journal of Criminal Law” 2010, nr 74(5), s. 402.

przedstawienia sądowi/ławie przysięgłych jakiegokolwiek innego obciążającego oskarżonego materiału dowodowego przez oskarżenie. Dlatego, jeśli przyznanie się do winy zawiera np. zeznania świadka ze słyszenia lub ujawnia wyroki skazujące oskarżonego, obrona powinna starać się o nakazanie „zredagowania” takiego dokumentu przed jego ujawnieniem sądowi. Chodzi tu np. o usunięcie (*editing*) takich informacji z taśmy zawierającej nagrane przyznanie się do winy – zgodnie z *Consolidated Practice Direction – Criminal Procedure Rules Part IV* (s. 43(2⁶⁸)).

Jeśli przyznanie się do winy nie zostanie uznane za niedopuszczalne na podstawie s. 76(2) PACE 1984, można próbować podważyć jego dopuszczalność na podstawie s. 78 PACE 1984 – czyli jako dowodu mogącego negatywnie wpływać na rzetelność procesu. Jeśli i to się nie powiedzie, a oskarżony nadal twierdzi, że przyznanie się do winy nie było zgodne z prawdą i złożył to oświadczenie jedynie z chęci uniknięcia odpowiedzialności karnej (lub z innych względów), to decyzję co do jego wiarygodności musi podjąć ława przysięgłych⁶⁹. Zgodnie z ustawą sędzia może w każdej sprawie uznać, że wskazane jest pouczenie ławy przysięgłych o tym, że istnieje ryzyko związane z tym, iż przyznanie się do winy może być niezgodne z prawdą. W jednym przypadku ma też taki obowiązek: s. 77 PACE 1984 przewiduje, że sąd musi udzielić pouczenia ławie przysięgłych na temat wiarygodności przyznania się do winy osoby niepełnosprawnej umysłowo, które to oświadczenie nie zostało złożone w obecności osoby przybranej (*independent person*). Jednak nie tylko w doktrynie, lecz także w orzecznictwie, proponuje się obecnie wprowadzenie obowiązku udzielenia ławie przysięgłych pouczenia w każdym przypadku, gdy oskarżenie przedstawiło przyznanie się do winy jako dowód obciążający. Takie pouczenie miałyby zawierać informacje o tym, że: w przeszłości wielokrotnie przyznania się do winy okazywały się nieprawdziwe; powinno się z ostrożnością podchodzić do możliwości skazania oskarżonego na podstawie wyłącznie jego przyznania się do winy. Sędzia powinien także wskazać, czy istnieją dowody, które mogą być uznane za dowód potwierdzający (*corroboration*) prawdziwość przyznania się do winy; wyszczególnić dowody, które mogłyby wskazywać, że przyznanie się do winy jest fałszywe, a zwłaszcza istniejące rozbieżności w materiale dowodowym; zwrócić uwagę ławy przysięgłych na okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone⁷⁰.

Omówione powyżej zasady uznania przyznania się do winy za dowód wiarygodny w procesie angielskim są o tyle istotne dla kontynentalnego czytelnika, że w procesie kontynentalnym podważanie wiarygodności przyznania się do

⁶⁸ M. Hannibal, L. Mountford, *Criminal Litigation Handbook...*, s. 99.

⁶⁹ J.R. Spencer, *Evidence...*, s. 605; R. Pattenden, *Should confessions...*, s. 331.

⁷⁰ Tamże, s. 338. O konieczności przedstawienia takiego pouczenia przez sędziego mówił Sąd Apelacyjny w wyroku z 30 lipca 2002 r., w sprawie *R v Mushtaq (Ashfaq Ahmed)* [2002] EWCA Crim 1943, i w tej samej sprawie Izba Lordów w wyroku z 21 kwietnia 2005 r., [2005] UKHL 25. Zob. też P. Roberts, A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford 2010, s. 526.

winy nie zostało „ustandaryzowane” za pomocą treści ustawy czy nawet orzecznictwa. Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, to rolę sądu jest ustalenie, czy przyznanie się do winy w postępowaniu przygotowawczym, zazwyczaj w czasie pierwszego przesłuchania przez policję, zostało złożone dobrowolnie i bez jakiegokolwiek formy nacisku, jak również ustalenie rzeczywistego stosunku oskarżonego do zarzucanego mu czynu. Brak regulacji w tym zakresie w procesie kontynentalnym powoduje, że wyniki pierwszego przesłuchania przez organy procesowe nie mogą być skutecznie podważone jako niewiarygodne – nawet, jeśli zostało to przesłuchanie przeprowadzone bez udziału obrońcy (co w obecnej chwili jest niezgodne z dyrektywą 2013/48/UE w sprawie prawa dostępu do adwokata i należy rozważać procesowe sposoby wyeliminowania takiego dowodu z procesu). Niezwykle rzadko sądy decydują się uznać przyznanie się do winy przed organem postępowania przygotowawczego za niewiarygodne – jako np. złożone pod przymusem. Tak naprawdę brak środków dowodowych, by – w braku obecności obrońcy i w braku obowiązku nagrywania przesłuchań przez organ procesowe – wykazać, że zostało ono wydobyte przemocą lub też, że okoliczności jego złożenia powodują, że stało się ono niewiarygodne. Warto zwrócić uwagę na to, że brak możliwości usunięcia z materiału dowodowego sprawy (akt sprawy) protokołu przesłuchania podejrzanego przyznającego się do winy nawet w przypadku, gdy to przyznanie się do winy zostało uznane za uzyskane pod przymusem. Brak bowiem w ogóle podstaw do usunięcia z akt sprawy dowodów zdobytych nielegalnie (art. 168a k.p.k.), w tym także przyznania się do winy uzyskanego np. w wyniku nielegalnego (tj. nie na podstawie ustawy) zastosowania podsłuchu (nawet, jeśli sądy powołują się na art. 6 EKPC, czy art. 6 k.p.k., to mogą jedynie ten dowód „wykluczyć” z materiału dowodowego, na podstawie którego orzekają, jednak już nie z akt sprawy⁷¹). W odniesieniu do tego aspektu pozycji procesowej oskarżonego można by *de lege ferenda* wnioskować, po pierwsze, o konieczności wprowadzenia podobnych zasad wykorzystania pozaprocesowego (lub na etapie postępowania przygotowawczego) przyznania się winy przez oskarżonego na rozprawie, a po drugie, o konieczności powrotu do zasady przesyłania do sądu przez prokuratora akt sprawy wyłącznie w zakresie, w którym mogą one być wykorzystane jako materiał dowodowy na poparcie określonych tez dowodowych.

⁷¹ Z pewnymi wyjątkami, wynikającymi obecnie z uchwały podjętej 28 czerwca 2018 r. przez Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów po rozpoznaniu w Izbie Karnej zagadnienia prawnego w sprawie I KZP 4/18: „Użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej» obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2017 r., poz. 2067 t. j. ze zm.).”

5. Podsumowanie

Odpowiedź na zadane na wstępie pytanie, w której tradycji prawnej pozycja oskarżonego jest w istocie bardziej korzystna, czyli w którym systemie oskarżony wolałby ponosić odpowiedzialność za swoje czyny przed sądem, nie jest oczywista. Pozycja ta jest powiązana z innymi elementami procesu karnego – m.in. z zakresem i znaczeniem prawa do milczenia. Nie można też jej rozważać bez odwołania się do momentu i sposobu stania się podejrzanym w znaczeniu procesowym. Związane jest z nią także różne znaczenie, jakie można nadać wyjaśnieniom w procesie kontynentalnym: zarówno środka oskarżenia, jak i obrony, wyjaśnień prawdziwych i nieprawdziwych. Istotny jest także czas występowania jako osobowe źródło dowodowe – w procesie kontynentalnym możliwe jest składanie wyjaśnień aż do zakończenia postępowania sądowego i w odniesieniu do każdego przedstawianego na rozprawie dowodu, w procesie anglosaskim – jedynie jako pierwszy występujący na rozprawie świadek. Z analizy tych elementów wynika, że by prawo do milczenia było realne i mogły być prawidłowo stosowane, muszą też istnieć w procedurze karnej odpowiednie gwarancje procesowe dla oskarżonego, w szczególności prawo do obrońcy, i to od pierwszego spotkania z organami procesowymi, oraz prawo do rzetelnej i zrozumiałej informacji o swoich prawach procesowych. Można nawet zaryzykować tezę, że posiadanie obrońcy może powodować, że prawo do milczenia jest wykorzystane w bardziej efektywny sposób⁷². I w jednym, i w drugim omawianym systemie prawnym, milczenie może być użyte jako broń procesowa – albo konsekwentnie, albo milczenie zostanie przerwane na rozprawie, by zrobić większe wrażenie na sędziach⁷³, ale też logiczne jest przerwanie milczenia dopiero w momencie, gdy znamy już wszystkie dowody oskarżenia. W modelu kontynentalnym ta ostatnia taktyka może się jednak nie sprawdzić, skoro sąd może aż do zakończenia przewodu sądowego powoływać dowody na niekorzyść oskarżonego.

Pomimo podobnych gwarancji procesowych (takich jak prawo do milczenia, prawo do nieoskarżania się i prawo do obrony) oraz fundamentalnego znaczenia prawa do rzetelnego procesu w obu omawianych systemach prawnych, w angielskim modelu anglosaskim kluczowe znaczenie będzie miało zawsze uzyskanie przyznania się do winy, będącego koronnym dowodem obciążającym, czy to jako oświadczenia woli, czy też jako dowodu pochodnego. Dlatego też procesowe prawo (także prawo orzecznicze) anglosaskie detalicznie reguluje kwestie związane właśnie z możliwością zdobycia przyznania się do winy oraz wyciąganie

⁷² J.D. Jackson, S.J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence...*, s. 284.

⁷³ A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, V. Tadros, *The Trial on Trial. Vol. III. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford-Portland-Oregon 2007, s. 206.

z milczenia negatywnych konsekwencji, którym to zagadnieniom prawo polskie nie poświęca wcale uwagi, a które poruszane są jedynie w orzecznictwie.

W kolejności perspektywie omawianego zagadnienia ocenie powinna podlegać pozycja oskarżonego jako źródła procesowego wyposażonego w określony „pakiet uprawnień” na rozprawie.

Oskarżony w modelu kontynentalnym posiada szerokie uprawnienia – może być aktywny na wiele sposobów w czasie rozprawy. Oskarżony jest nie tylko obecny w procesie karnym jako źródło dowodowe, równoważne (co do zasady) innym dowodom, takim jak świadek, ale i ma inne kompetencje. Może on nie tylko złożyć wyjaśnienia, ale także oświadczenia co do każdego z przeprowadzonych dowodów, może także zadawać pytania świadkom – na równi z występującym w jego sprawie obrońcą (art. 175 § 2 k.p.k.). Uprawnienia oskarżonego w procesie kontynentalnym obejmują także możliwość składania wniosków dowodowych, prawo do obecności przy czynnościach dowodowych, a także wyjaśnień w stosunku do czynności dowodowych przeprowadzonych pod jego nieobecność, np. art. 375 § 2, art. 377 § 5 w zw. z art. 375 § 2 k.p.k.⁷⁴ – i te uprawnienia obowiązują na każdym etapie procesu. Nie „kryje się” on więc za swoim obrońcą, ale jest aktywnym uczestnikiem sporu. Obrońca może przesłuchiwać świadka w imieniu oskarżonego, ale nie sprawia to, że oskarżony traci swoje prawo do przesłuchania tego świadka w swoim imieniu⁷⁵.

W przeciwieństwie do tak szerokiej gamy uprawnień procesowych, oskarżony w procesie anglosaskim ma bardziej ograniczone możliwości. Jako źródło dowodowe może wystąpić tylko w postaci świadka. Nie może składać oświadczeń, ponieważ jedyną formą jego wypowiedzi jest złożenie zeznań pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznania nieprawdziwe lub niepełne. Oskarżony nie może się odezwać w czasie całego toku procesu – z sądem może się komunikować jedynie za pośrednictwem obrońcy. Nie oznacza to jednak automatycznie, że brak tych uprawnień automatycznie wpływa na gorszą pozycję procesową. Oskarżony anglosaski nie musi składać wniosków dowodowych, a powołuje dowody samodzielnie (lub rękami obrońcy). To on jest więc odpowiedzialny za sprawę obrony i sprawuje nad nią kontrolę: jest ona pod jego całkowitą kontrolą (lub jego obrońcy), co umożliwia przedstawienie nie tylko określonych dowodów, ale i w określonej kolejności, przez określony czas i z określoną narracją. W momencie wejścia na salę sądową oskarżony może przedstawić opinie powołanych przez siebie biegłych, może w dowolny sposób decydować o doborze i sposobie przedstawienia dowodów (podczas gdy w procesie polskim często ani jeden wniosek dowodowy obrony nie jest uznawany za wart przeprowadzenia,

⁷⁴ D. Gruszecka [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*, s. 403.

⁷⁵ A. Ryan, *Comparative Procedural Traditions, Poland's journey from socialist to 'adversarial' system*, „The International Journal of Evidence & Proof” 2016, s. 21.

a każdy dowód przeprowadza sędzia, w sposób niekoniecznie zgodny z życzeniami oskarżonego). Zaczyna się też gra na emocjach ławy przysięgłych – która zresztą powoduje, że to ta właśnie forma ponoszenia odpowiedzialności karnej znajduje się w centrum zainteresowania społeczeństwa oraz doktryny prawa karnego.

W konsekwencji, oceniając całokształt pozycji procesowej oskarżonego nie sposób przesądzić, która pozycja jest bardziej korzystna dla oskarżonego. Zbyt wiele elementów wpływa na tę pozycję, by móc udzielić zgeneralizowanej odpowiedzi. Należałoby rozważyć pytanie zadane na wstępie w sposób kazuistyczny – w przypadku konkretnego oskarżonego i konkretnego zarzutu – a i wtedy mogłoby się okazać, że niektóre instytucje danego systemu postępowania karnego działają na jego korzyść, podczas gdy inne – na niekorzyść. Z pewnością najlepsza jest zawsze pozycja oskarżonego w znanym mu systemie prawnym, w którym zna swoje prawa i możliwe konsekwencje swoich decyzji procesowych.

Bibliografia

- Ashworth A., M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford 2010.
- Beulke W., *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2005.
- Błoński M., *Wyjaśnienia oskarżonego na tle prawno-porównawczym [w:] D. Gil (red.), Dowód w procesie karnym w perspektywie porównawczej*, Lublin 2016.
- Błoński M., *Znaczenie odmowy złożenia wyjaśnień przez oskarżonego na tle standardów rzetelnego procesu [w:] T. Grzegorzczak (red.), Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warszawa 2011.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Cotton T., *Confession evidence and the circumstances requiring a voir dire*, „Journal of Criminal Law” 2010, nr 74(5).
- Czabański J., M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12.
- Damaška M., *Evidentiary Barriers and Two Models of Criminal Procedure. A Comparative Study*, „University of Pennsylvania Law Review” 1973, nr 121.
- Damaška M., *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven-London-Yale 1986.
- Duff A., L. Farmer, S. Marshall, Tadros V., *The Trial on Trial. Vol. III. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford-Portland-Oregon 2007.
- Fuller L.L., *The Adversary System [w:] H.J. Berman (red.), Talks On American Law*, New York 1971.
- Girdwoyń K., *Angielski proces karny [w:] P. Kruszyński (red.), System prawa karnego procesowego, T. II: Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawno-porównawczym*, Warszawa 2014.
- Girdwoyń P., *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Hannibal M., Mountford L., *Criminal Litigation Handbook*, Oxford 2014–2015.
- Horowitz G., *The Privilege against Self-Incrimination – How Did It Originate*, „Temple Law Quarterly” 1957–1958, nr 31.
- Hungerford-Welch P., *Criminal Procedure and Sentencing*, London 2014.
- Jackson J., Wolfe M., Quinn K., *Legislating against Silence. The Northern Ireland Experience*, Belfast 2000.
- Jackson J.D., *‘Silence and Proof. Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom’*, „The International Journal of Evidence and Proof” 2001, nr 5
- Jackson J.D., Summers S.J., *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012.
- Kłak P.C., *„Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4.

- Klejnowska M., *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004.
- Klejnowska M., Kłak C.P., Sobolewski Z., Sowiński P.K., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2016.
- Kmieciak R., *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej* [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006.
- Kmieciak R., *Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły nemo tenetur)*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 7–8.
- Komar-Nalepa A., *Wybrani uczestnicy postępowania karnego* [w:] P. Kruszyński (red.) *System prawa karnego procesowego. Tom II: Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014.
- Kruszyński P. (red.), *System prawa karnego procesowego, Tom II: Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014
- Kuczyńska H., *Prawo dowodowe w procesie karnym angielskim* [w:] J. Skorupka (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, Tom VIII. Dowody, cz. 1*, Warszawa 2019.
- Kuczyńska H., *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów angielskich* [w:] P. Wiśniński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Lach A., *Współczesne tendencje w zakresie ograniczania prawa do milczenia w procesie karnym* [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004.
- Langbein J.H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2010.
- Langer M., *From Legal Transplants to Legal Translations. The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, „Harvard International Law Journal” 2004, nr 1(45).
- Marek A., „Porozumienia” w anglo-amerykańskim procesie karnym i w niektórych państwach Europy Zachodniej, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8.
- Mikolajczyk S., *Urteilsanmerkung: Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2007, nr 14
- Muras Z., *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i prawie karnym materialnym*, Warszawa 2014.
- Nestorowicz W., *Oskarżony i jego przysięga w rozwoju historycznym procesu karnego*, Warszawa 1933.
- Nowak P., *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, nr 4.
- Nowikowski I., *Wyjaśnienia oskarżonego jako czynność procesowa (kwestie wybrane)* [w:] B. Bieńkowska, H. Gajewska-Kraczkowska, M. Rogacka-Rzewnicka

- (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Pattenden R., *Should confessions be corroborated?*, „Law Quarterly Review” 1991, nr 107.
- Pattenden R., *Using the overtly non-incriminating statement to incriminate. A theoretical framework*, „International Journal of Evidence & Proof” 1999, nr 3(4).
- Pohl Ł., *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretyczno prawny*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6.
- Roberts P., Zuckerman A., *Criminal Evidence*, Oxford 2010.
- Rogacka-Rzewnicka M., *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007.
- Rusinek M., *O „prawie do kłamstwa” (artykuł polemiczny)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4.
- Ryan A., *Comparative Procedural Traditions, Poland’s journey from socialist to ‘adversarial’ system*, „The International Journal of Evidence & Proof” 2016.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Sowiński P.K., *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare tenetur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym* [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Warszawa 2006.
- Spencer J.R., *Evidence* [w:] M. Delmas-Marty, J. Spencer (red.), *European Criminal Procedures*, Cambridge 2004.
- Steinborn S., *Status osoby podejrzanej w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012.
- Śliwiński J., *Polski proces przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948.
- Świątłowski A., *Plea bargaining (wytargowane przyznanie się do winy) w orzecznictwie amerykańskim*, „Palestra” 1997, nr 9–10.
- Świątłowski A., *Prawo do milczenia we współczesnym angielskim procesie karnym*, „Palestra” 2002, nr 1–2.
- Thibaut J., Walker L., Lind E.A., *Adversary presentation and bias in legal decision-making*, „Harvard Law Review” 1972–1973, nr 86.
- Völk K., *Grundkurs.Strafprozessordnung*, München 2006.
- Ward R., A. Wragg, *English Legal System*, Oxford 2005.
- Wigmore J. H., *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston 1940.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006.
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d*, Warszawa 2017.

Wykaz aktów prawnych

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 280/1 z 26.10.2010.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 142/1 z 1.06.2012
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz. Urz. UE L 294/1 z 6.11.2013.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 65 z 11.03.2016.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, Dz. Urz. L 297 z 4.11.2016.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326, z 26.10.2012, s. 391–407.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.
- PACE Code of Practice C, pkt 10.5, [http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/2008_PACE_Code_C_\(final\).pdf?view=Binary](http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/2008_PACE_Code_C_(final).pdf?view=Binary) [dostęp 7.01.2018].

STRESZCZENIE

Tematem niniejszego artykułu są różnice między pozycją procesową oskarżonego w dwóch systemach prawnych: Polski oraz Anglii, a także wynikające z nich konsekwencje. Zostanie dokonana analiza roli, jaką odgrywa oskarżony w procesie jako osobowe źródło dowodowe i jej procesowe konsekwencje: czyli forma depozycji oraz znaczenie, jakie nadaje się jego oświadczeniom. Ten element procesu karnego stanowi jedną z głównych różnic między tradycjami prawnymi. Dlatego też należy uznać je za wyznacznik danego modelu postępowania karnego. W pierwszej sekcji omówione zostało prawo do milczenia i jego konsekwencje: oskarżony w obu tradycjach prawnych objęty jest zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*, która wprowadza wolność od dostarczania dowodów przeciwko sobie – jest ona jednak odmiennie rozumiana i stosowana w obu systemach. Przedstawione zostały także szczegółowo ograniczenia tego prawa w procesie anglosaskim i krytyka tego rozwiązania – jednak także orzecznictwo ETPC, z którego wynika, że takie ograniczenia są dopuszczalne. Praktycznymi konsekwencjami tego rozwiązania jest to, że w kontynentalnej Europie oskarżony rzadko milczy, skoro nie grożą mu za kłamliwe wyjaśnienia konsekwencje prawno-karne. Druga sekcja omawia dwa różne rodzaje składania depozycji w procesie karnym przez oskarżonego. Jeśli oskarżony nie zechce skorzystać z prawa do milczenia, może bowiem wziąć aktywny udział w procesie karnym. Z prawa oskarżonego do milczenia wynika wspólna dla obu tradycji prawnych konsekwencja: w procesie karnym oskarżony występuje jako źródło dowodowe albo nie. Ta część artykułu analizuje sposób przesłuchania oskarżonego na rozprawie w dwóch wybranych modelach prawnych. Trzecia sekcja omawia trzeci element pozycji procesowej oskarżonego jako osobowego źródła dowodowego, czyli uprawnienie do przyznania się do winy – podkreślając, że istnieje zasadnicza różnica między uznaniem go za oświadczenie wiedzy, czy oświadczenie woli oskarżonego. Przedstawia również możliwości i sposoby oceny (wartość dowodową) przez sąd pozaprocesowego przyznania się do winy i przyznania się do winy przed organem ścigania. W podsumowaniu przedstawiona jest odpowiedź na zadane na wstępie pytanie, w której tradycji prawnej pozycja oskarżonego jest w istocie bardziej korzystna, czyli w którym systemie oskarżony wolałby ponosić odpowiedzialność za swoje czyny przed sądem.

Słowa kluczowe: prawa oskarżonego, osobowe źródła dowodowe, procesowe prawo karne porównawcze, modele postępowania karnego

SUMMARY

In this article the differences between the legal position of the accused in two legal systems: Poland and England are presented, as well as the consequences resulting from these differences. It presents an analysis of the role played by the accused in criminal trial as a personal source of evidence and its procedural consequences: the form of deposition and the significance that is given to his statements. This element of the criminal process is one of the main differences between legal traditions. Therefore, they should be considered as an indicator of a given model of criminal trial. The first section discusses the right to remain silent and its consequences: the accused in both legal traditions is protected by the principle of *nemo se ipsum accusare tenetur*, which introduces freedom from providing evidence against oneself – but it is understood and applied differently in both systems. The limitations of this law in the Anglo-Saxon trial and the criticism of this solution are also presented in detail – but also the case law of the ECHR, which shows that such restrictions are in accordance with Article 6 of the Convention. The practical consequences of this solution are that in continental Europe, the accused is rarely silent, since he is not under the danger of criminal responsibility. The second section discusses two different types of depositions made in a criminal trial by the accused. If the accused does not want to exercise his right to silence, he may take an active part in the criminal trial. The law of the accused to remain silent results in a common consequence for both legal traditions: in the criminal process, the accused appears as a source of evidence or does not. This part of the article analyzes the manner of interrogating the accused at a hearing in the two selected legal models. The third section discusses the third element of the trial position of the accused as a personal source of evidence, i.e. the right to plead guilty – stressing that there is a fundamental difference between recognizing it as a statement of knowledge or a declaration of will of the accused. It also presents the possibilities and means of assessment (evidential value) by the court of non-trial confessions and confessions before the law enforcement authorities. The summary presents the answer to the question asked in the beginning, in which legal tradition the position of the accused is in fact more favorable, i.e. in which the accused would prefer to be responsible for his actions in court.

Keywords: rights of the accused, personal sources of evidence, comparative procedural criminal law, models of criminal trial



Dr hab. prof. UŚ Radosław Koper
Uniwersytet Śląski w Katowicach
radoslaw.koper@us.edu.pl

Zasada jawności a jawność wewnętrzna w procesie karnym

The principle of openness in criminal proceedings

Abstrakt

Zasada jawności, jako jedna z podstawowych zasad procesu karnego, jest realizowana – z wyjątkami – w toku całego postępowania. Nie jest jednak jednoznaczne, czy ta zasada obejmuje tylko jawność zewnętrzną rozumianą jako dostępność procesu dla społeczeństwa, czy także jawność wewnętrzną. Ten drugi aspekt jawności oznacza głównie dostępność procesu dla stron i ich przedstawicieli. Artykuł został poświęcony problemowi ujętemu w pytaniu: czy zasada jawności obejmuje także jawność wewnętrzną? Przedmiotem opracowania była analiza poglądów doktryny w tym przedmiocie. W konsekwencji autor zaprezentował też własne zapatrywania poparte szeroką argumentacją. Konkluzja artykułu polega na sformułowaniu tezy o potrzebie włączenia jawności wewnętrznej do zakresu zasady jawności.

Abstract

The principle of openness, as one of the basic principles in criminal proceedings, is realised – with exceptions – in the course of the entire process. However, it is not clear, whether this principle includes only openness external, being a form of the availability to the public of the proceedings, or it includes openness internal too. This second aspect of the openness is mainly the availability process for the parties and their representatives. The article is devoted to the issue contained

in question: does the principle of openness include also openness internal? The subject of the paper is the analysis of views of doctrine in this respect. The author focuses also on the presentation of his standpoints supported by broad argumentation. The conclusion of the paper is based on the formulation of the thesis on need to include openness internal to the scope of the principle of openness.

1. Uwagi wprowadzające

Truizmem jest twierdzenie akcentujące konieczność realizacji zasady jawności w procesie karnym. Ta niezbędność jest objęta powszechną aprobatą, a w rezultacie nikt w sumie nie neguje potrzeby udostępnienia procesu poprzez umożliwienie poznania rzeczywistości rozgrywającej się w jego ramach. W demokratycznym państwie prawnym postępowanie karne musi spełniać określone, minimalne standardy, wśród których niepoślednią rolę pełni jawność. Poza sporem pozostaje zaszeregowanie jawności w ramy zasady procesowej oraz objęcie jej zakresem aspektu zewnętrznego związanego z udostępnieniem procesu na rzecz społeczeństwa (publiczności obecnej na rozprawie oraz osób czerpiących informacje o procesie ze środków społecznego przekazu). Kwestia włączenia do zakresu zasady jawności jej aspektu wewnętrznego bezsporna już nie jest i właśnie jej zostało poświęcone niniejsze opracowanie.

Problem adekwatnego sklasyfikowania jawności wewnętrznej z pewnością należy do ważnych zagadnień karnoprosesowych. Słusznie w literaturze zaakcentowano, że stanowi ona podstawową dyrektywę procesu karnego, i to niezależnie od tego jak zostanie zaszeregowana w systemie zasad procesowych¹. Potrzeba zachowania jawności wewnętrznej w procesie jest oczywista i ściśle łączy się z zagadnieniem ochrony praw człowieka. Jawność w tym wymiarze trzeba bowiem definiować jako dostępność procesu głównie dla stron i ich przedstawicieli, jako podmiotów bezpośrednio zainteresowanych końcowym rozstrzygnięciem. W literaturze trafnie argumentuje się, że jawność wewnętrzna dotyczy wszystkich podmiotów, które bronią w procesie własnego interesu prawnego (nawet niebędących stronami) lub działają jako przedstawiciele procesowi tych osób².

¹ M. Błaszyk, H. Paluszkiwicz, *Jawność rozprawy głównej po nowelizacji kodeksu postępowania karnego* [w:] T. Grzegorzczuk, R. Olszewski (red.), *Verba volant. Scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 297.

² W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 211–216; T. Grzegorzczuk, *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 71.

Od razu należy podkreślić, że w potencjalnym poszerzeniu zasady jawności o aspekt wewnętrzny tego zjawiska nie stoi na przeszkodzie definicja zasady procesowej. Jakkolwiek pojęcie zasady procesowej jest poddawane różnym próbom eksplikacji i abstrahując też od tego, że na ogół w pewnych, węzłowych fragmentach, poszczególne definicje proponowane w doktrynie nie różnią się znacząco między sobą, na użytek tego opracowania jedną z tych definicji należy wszakże przyjąć. Pod tym pojęciem należy więc rozumieć normy prawne wyopowiadające określone idee, stanowiące podstawowe cechy (założenia) kształtujące dany model procesu karnego, które to założenia w historycznym rozwoju procesu przybierały postać przeciwstawnych wartości³.

Co się tyczy form realizacji jawności wewnętrznej, w pewnym zakresie w ślad za doktryną⁴, należy wyszczególnić trzy kategorie sytuacji: 1) udział w czynnościach postępowania, 2) dostęp do materiałów postępowania, w tym do akt sprawy, 3) informowanie uczestników procesu o jego przebiegu i wynikach w poszczególnych jego etapach (ale z wyłączeniem informowania o prawach i obowiązkach przysługujących tymże uczestnikom, ponieważ ta kwestia stanowi przejaw realizacji zasady rzetelnego procesu).

2. Poglądy doktryny w przedmiocie klasyfikacji jawności wewnętrznej

W literaturze można wskazać cztery stanowiska w kwestii usytuowania jawności wewnętrznej w systemie zasad procesowych. Wedle pierwszego poglądu, który ma charakter dominujący, zasada jawności obejmuje oba aspekty: zewnętrzny i wewnętrzny, a w konsekwencji uznaje się ten drugi element za niezbędny składnik tej zasady⁵. Kolejne stanowisko optuje za ograniczeniem zakresu zasady

³ K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 58. Por. inne definicje: A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1984, s. 85, 86–87; S. Waltoś, *Naczelné zasady procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 4–6. Por. wywody P. Wilińskiego, który po przeprowadzeniu wnikliwej analizy poglądów doktryny akcentuje brak konieczności formułowania uniwersalnej definicji zasady procesowej, wskazując właśnie na elementy wspólne w tej materii, zob. P. Wiliński, [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. T. III. Zasady procesu karnego*, Cz. 1, Warszawa 2014, s. 113–124.

⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 150; T. Grzegorzczak, *Jawność wewnętrzna postępowania...*, s. 71; R.A. Stefański, *Jawność wewnętrzna wobec pokrzywdzonego w polskim procesie karnym* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 179.

⁵ Tak np. A. Kaftal, *Jawność postępowania karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1969, nr 11–12, s. 1640, 1647; B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Łódź 1989, s. 9; J. Tylman, *Postępowanie przed sądem pierwszej instancji*, Warszawa 1999, s. 33; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne...*, s. 150, 151; M. Rogalski, *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000, s. 114;

jawności do wymiaru zewnętrznego (zasada publiczności) oraz za powiązaniem jawności wewnętrznej z zasadą kontradiktoryjności⁶. Zgodnie z trzecim zapatrywaniem, aspekt wewnętrzny jawności tworzy oddzielną zasadę procesową nazywaną zasadą udziału stron w postępowaniu lub zasadą jawności wobec stron i innych uczestników procesu⁷. Czwarte podejście w rozważanej kwestii opiera się na przyjęciu, że zarówno pierwsza jak i druga opcja są zasadne w zależności od preferowanego punktu widzenia, czyli w zależności od tego, które cechy wspólne obu aspektów jawności lub istniejące między nimi różnice zostaną wyeksponowane⁸.

3. Problem zasadności wyodrębnienia zasady jawności wobec stron oraz jej relatywizacji

Odnosząc się do zaprezentowanych poglądów, w pierwszej kolejności należy podjąć polemikę z trzecim i czwartym zapatrywaniem.

Nie wydaje się celowe wyodrębnianie osobnej zasady procesowej dotyczącej jawności w stosunku do uczestników postępowania. Zapewnienie stronom i innym uczestnikom procesowym udziału w czynnościach postępowania wykazuje wyraźne związki z zasadą jawności w jej wymiarze zewnętrznym, jak i z zasadą kontradiktoryjności. Tę drugą zasadę definiuje się bowiem powszechnie jako prowadzenie postępowania w formie sporu równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem⁹. Fakt istnienia takich powiązań rodzi obawy, że ujęcie jawności wewnętrznej w ramy odrębnej zasady procesowej może się okazać

M.J. Urbaniak, *Rozpoznawanie spraw pod nieobecność oskarżonego w polskim procesie karnym*, Poznań-Kalisz 2003, s. 18; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 119, 122; J. Grajewski [w:] J. Grajewski (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 114; Z. Świda [w:] Z. Świda (red.), *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 53; W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 380; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia...*, s. 119–120.

⁶ P. Corso (red.), *Commento al codice di procedura penale*, Piacenza 2008, s. 2226; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 180–181; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 317 i n.; B. Bieńkowska, *Spór stron przed sądem w świetle zasady jawności*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 3–4, s. 70; taż [w:] P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 77.

⁷ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973, s. 292; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. T.I. Zagadnienia ogólne*, Bydgoszcz 1999, s. 99–100; W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 142.

⁸ P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 422.

⁹ Np. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys...*, s. 282–285; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia...*, s. 116; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 161–162; B. Bieńkowska, [w:] P. Kruszyński (red.), *Wykład...*, s. 66.

sztucznym zabiegiem. W literaturze wspomina się nawet, że byłoby to nadmierne uszczegółowienie materii, a poza tym jawność wewnętrzna nie spełnia wymogu autonomiczności prawnych i społecznych funkcji w systemie zasad procesowych¹⁰. Pierwszy z tych argumentów należy podzielić, bo w istocie mnożenie liczby tych zasad grozi dezawuowaniem należytego postrzegania ich rangi. W doktrynie już wiele lat temu skonstatowano, że liczba zasad procesowych nie powinna być zbyt duża, bo ich znaczenie i praktyczna użyteczność ulegają wtedy deprecjacji, ale łatwo w tym względzie o przesadę, skoro większość przepisów prawa karnego procesowego ma charakter mniej lub bardziej ogólny i tworzy pewne zasady postępowania o szerszym lub węższym zakresie działania¹¹. Przeciwno wyodrębnianiu wspomnianej zasady przemawia także fakt, że zagadnienie jawności wewnętrznej plasuje się wyraźnie w strefie wpływów zasad procesowych posiadających ugruntowaną pozycję w systemie karnopprocesowym. Nie ma potrzeby tworzenia oddzielnych zasad, które dublują inne zasady procesowe albo są konieczną konsekwencją ich istnienia¹². Drugi argument również wydaje się trafny. Jawność wewnętrzna spełnia co prawda istotną funkcję gwarancyjną w przedmiocie zabezpieczenia praw osób bezpośrednio zainteresowanych końcowym rozstrzygnięciem, co nie pozostaje bez śladów oddziaływania w relacjach społecznych, niemniej jednak tożsama funkcja może być – równie dobrze – realizowana przez zasady: jawności i kontradyktoryjności.

Uzasadniając słuszność przyjęcia nazwy „jawność wobec stron”, w doktrynie dokonano zróżnicowania struktury obu elementów jawności w aspekcie sytuacji prawnej ich adresatów, zauważając, że jawność wobec społeczeństwa stwarza obywatelom wyłącznie uprawnienie do uczestnictwa w rozprawie, natomiast jawność względem stron może oznaczać prawo, ale w określonych wypadkach również obowiązek ich udziału w konkretnych czynnościach¹³.

Nie sposób nie zgodzić się z przedstawioną tezą. Nie musi to wszak oznaczać aprobaty dla wyodrębnienia zasady jawności wobec uczestników postępowania. Rzeczywiście jawność zewnętrzna kreuje bezwarunkową w dużej mierze możliwość poznania głównie przebiegu rozprawy¹⁴, zaś aspekt wewnętrzny jawności opiera się na spełnieniu licznych wymogów, wśród których możliwość wyboru sposobu zachowania się przekształca się niekiedy w obowiązek wykluczający podjęcie swobodnej decyzji w kwestii udziału w czynnościach procesowych. Złożoność wielu sytuacji prawnych w jakich znajdują się różni uczestnicy procesowi, jako wypadkowa rozmaitych powiązań karnopprocesowych, sprawia

¹⁰ B. Bienkowska, *Spór...*, s. 75–76.

¹¹ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 89.

¹² Tamże, s. 90, 101.

¹³ M. Cieślak, *Polska procedura karna.*, s. 292.

¹⁴ Abstrahując od oczywistych ograniczeń podmiotowych motywowanych względami porządkowymi – art. 356 k.p.k.

jednak, że omawiana okoliczność nie wydaje się wystarczającym argumentem, aby wydzielić w grupie zasad procesowych odrębną zasadę jawności wobec stron.

Podsumowując ten wątek rozważań: przeciwko wydzieleniu tej zasady przemawia brak elementów identyfikujących zasadę procesową¹⁵. W szczególności nie jest spełniony element istnienia oryginalnych cech konstytutywnych, tzn. odmiennych od innych zasad procesowych. Znamienne jest ponadto, że w historycznym rozwoju procesu karnego jawność wewnętrzna nie została *de facto* ukształtowana w antynomii do tajności. Chodzi w tym zakresie o brak istnienia samoistnego konfliktu wartości, których wyrazem mogą być instytucje procesowe. Tymczasem ów konflikt, polegający na zderzeniu wartości, może stanowić istotny czynnik sprzyjający kreowaniu zasady procesowej¹⁶. Pierwotnie jawność procesu miała w pierwszym rzędzie stanowić antidotum na tajność procesu inkwizycyjnego, czyli łączyła się pierwszoplanowo z zagwarantowaniem publiczności procesu. W tym sensie jawność wewnętrzna, nawet jeśli została zapewniona razem z jawnością zewnętrzną, nie posiadała autonomicznej „wartości opozycyjnej” (skontrastowanej tylko z jawnością zewnętrzną), wobec której pozostawałaby w sytuacji kolizyjnej.

Przeciwko czwartemu zapatrywaniu można podnieść argument w postaci relatywizacji miejsca (a poniekąd bardziej: znaczenia) jawności wewnętrznej w systemie zasad procesowych. Stosowne kryterium przyjmowane w danej sytuacji ma być bowiem czynnikiem przesądzającym o ulokowaniu kwestii udziału stron w postępowaniu albo w ramach zasady jawności albo zasady kontrydiktoryjności. Taka relatywizacja wydaje się niewskazana nie tylko ze względu na potrzebę zachowania porządku pojęciowego, lecz również z uwagi na nierozstrzygnięcie rozważanego dylematu. Tymczasem związki jawności wewnętrznej z obiema zasadami wymagają wyraźnego zaakcentowania, która z tych relacji jest na tyle silna, że uzyskuje przewagę nad drugą, a tym samym determinuje włączenie aspektu wewnętrznego jawności w obręb danej zasady procesowej.

4. Jawność wewnętrzna w aspekcie konstytucyjnym i prawnomiędzynarodowym

Pozostaje do rozważenia pierwszy i drugi z przedstawionych wyżej poglądów.

Treść art. 45 ust. 1 Konstytucji nie zawiera bezpośrednich wskazówek w tym kierunku. Występujący w tym przepisie zwrot językowy „jawne rozpatrzenie sprawy” dotyczy w istocie bardziej jawności zewnętrznej. Trybunał

¹⁵ W kwestii tych elementów i w ogóle w kwestii kryteriów kreacji zasad procesowych szeroko P. Wiliński [w:] P. Wiliński (red.), *System...*, s. 197–213 i powoływana tam literatura.

¹⁶ Tamże, s. 212.

Konstytucyjny przyjął wszak, że wymóg jawnego rozpatrzenia sprawy w rozumieniu tego przepisu to obowiązek zapewnienia publiczności wstępu na rozprawę sądową, co jednak nie prowadzi do odrzucenia gwarancji wynikających z drugiego znaczenia zasady jawności – jawności wewnętrznej, a w rezultacie prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych stanowi istotny element sprawiedliwej procedury sądowej. Zdaniem TK, jawność wewnętrzna postępowania sądowego, rozumiana m.in. jako prawo do wzięcia udziału w postępowaniu, jest nieodłącznym elementem pojęcia *fair trial* i powinna być rozpatrywana przede wszystkim z punktu widzenia art. 45 ust. 1 Konstytucji¹⁷. Jeśli standard gwarancyjny w zakresie jawności wewnętrznej ma odniesienie konstytucyjne (a powinien mieć), to trudno byłoby jednak uznać, że został on określony wyłącznie lub przede wszystkim przez wskazany przepis¹⁸. Innymi słowy, konstytucjonalizacja jawności wewnętrznej musi być wtedy szersza. W każdym razie Konstytucja zapewnia minimalny standard ochrony praw człowieka, stąd brak wyraźnego (wprost) odniesienia do gwarancji zapewnianych przez jawność wewnętrzną nie powinien być równoznaczny z ograniczaniem na gruncie procesu karnego zakresu zasady jawności do jej aspektu zewnętrznego¹⁹. Nawet jeśli z kolei umieścimy gwarancje jawności wewnętrznej w strukturze zasady rzetelnego procesu, tak w warstwie konstytucyjnej jak i procesowej, to taki zabieg jeszcze nie przesądza o mocniejszych powiązaniach jawności wewnętrznej z zasadą kontrydiktoryjności.

Warto podkreślić, że normatywizacja jawności wewnętrznej jest bardziej jednoznaczna w aktach prawa międzynarodowego. Może jednak świadczyć o pewnym rozluźnieniu wobec zasady jawności pojmowanej w sensie reguły publiczności. Zarówno na gruncie MPPOiP jak i na gruncie EKPC, można mówić o wyszczególnieniu praw będących wyrazem jawności wewnętrznej, ale nastąpiło

¹⁷ Wyrok TK z 11.06.2002 r., SK 5/02, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2002, nr 4, poz. 41; Wyrok TK z 6.12.2004 r., SK 29/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2004, nr 11, poz. 114; por. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 141.

¹⁸ P. Kardas, *Jawność wewnętrzna i zewnętrzna postępowania przygotowawczego* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013, s. 19–20; zob. także J. Skorupka, *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy jawności procesu karnego* [w:] tegoż (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 93–94. Należy odnotować stanowisko, wedle którego treść wskazanego przepisu dotyczy obu wymiarów jawności: D. Kala, *Jawność postępowania o wydanie wyroku łącznego* [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 654.

¹⁹ R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 51.

to odrębnie wobec normy proklamującej prawo do publicznego rozpatrzenia sprawy (art. 14 ust. 3 MPPOiP, art. 6 ust. 3 EKPC²⁰).

5. Jawność wewnętrzna a jawność zewnętrzna w aspekcie funkcji i adresatów

Bardziej szczegółową konfrontację obu aspektów jawności należałoby rozpocząć od wskazania racji uzasadniających prawną egzystencję tych elementów.

W literaturze wyrażono pogląd, że jawność wobec społeczeństwa służy realizacji innych celów niż jawność wobec stron, ponieważ w pierwszym wypadku chodzi zasadniczo o zagwarantowanie kontroli społecznej nad procesem, natomiast w drugim rzecz tyczy się stworzenia odpowiednich warunków do prowadzenia sporu wyznaczonego treścią zasady kontradycytorności²¹.

Nie sposób zakwestionować trafności przytoczonego poglądu o odmiennych celach do realizowania w obu aspektach jawności. Udostępnienie postępowania karnego ogółowi jest przede wszystkim podyktowane potrzebą społecznej weryfikacji, czy wymiar sprawiedliwości prawidłowo wykonuje swą działalność. Funkcja kontrolna jawności ma charakter zasadniczy, ponieważ powinna przyczyniać się do wzmocnienia zaufania opinii publicznej do wymiaru sprawiedliwości, stanowiąc gwarancję niezawisłości i bezstronności sędziego oraz sprzyjając dotarciu do prawdy w procesie²². Osobom biorącym udział w procesie ta funkcja też służy, ale tylko pośrednio. Analogiczny wniosek można sprecyzować, gdy idzie o funkcję informacyjną jawności, ponieważ wiąże się ona z obiegiem informacji pomiędzy społeczeństwem a procesem karnym. W ten sposób ta funkcja, jako emanacja istotnej roli informacji we współczesnym świecie, pośrednio zapewnia stronom i innym uczestnikom procesu powzięcie wiadomości dotyczących jego przebiegu i wyników.

Z urzeczywistnieniem jawności wewnętrznej wiąże się natomiast wprost funkcja gwarancyjna jawności²³. Polega ona na stworzeniu stronom procesu swoistej rękojmi w zakresie ochrony ich praw i interesów, współtworząc (razem

²⁰ Jawność wewnętrzna jest gwarantowana jako element rzetelnego procesu karnego, zob. J. Skorupka, *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy...*, s. 44–45, 61–62; P. Kardas, *Jawność wewnętrzna i zewnętrzna...*, s. 19–20.

²¹ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 181; P. Kardas, *Jawność wewnętrzna i zewnętrzna...*, s. 17; B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 8; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe...*, s. 100; R. Koper, *Skazanie oskarżonego bez rozprawy a zasady procesowe*, „*Studia Prawnicze*” 2002, nr 4, s. 137.

²² Szerzej na ten temat np. R. Koper, *Jawność...*, s. 55–65 i podana tam literatura. Zob. także H. Kuczyńska [w:] P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 71.

²³ Szeroko w tej kwestii: R. Koper, *Jawność...*, dz. cyt., s. 77–79 i podana tam literatura.

z innymi mechanizmami proceduralnymi) rozbudowany system gwarancji zabezpieczających jednostkę przed absolutną dominacją organów procesowych. Gdyby właśnie w tym kontekście spojrzeć na zagadnienie jawności w procesie karnym, to może się okazać, że twierdzenie o autonomicznym charakterze funkcji prawnych i społecznych jawności zewnętrznej oraz jawności wewnętrznej, nie jest w pełni uzasadnione. Nawet można odnieść wrażenie, że ta teza załamuje się. Funkcja gwarancyjna jawności przenika bowiem całą strukturę jawności jako takiej, oddziałując na oba jej aspekty. Jest kwestią oczywistą, że zabezpieczenie praw i interesów stron postępowania jest bezpośrednio wpisane w konstrukcję jawności wewnętrznej, a nawet trudno byłoby mówić o niej, gdyby nie zagwarantowano uczestnikom procesu możliwie jak najlepszej pozycji prawnej w stosunku do organów procesowych. To właśnie stopień przyznania stronom uprawnień będących wyrazem dostępności procesu wpływa proporcjonalnie na zakres realizacji funkcji gwarancyjnej w aspekcie wewnętrznym jawności. Tymczasem funkcja gwarancyjna zapewnia ochronę interesów stron także w wymiarze zewnętrznym jawności. Otwarcie rozprawy dla społeczeństwa zostało w pierwszej kolejności pomyślane jako forma publicznej weryfikacji działań władzy sądowej, ale realizacja tego zadania umożliwiła dalej zagwarantowanie ochrony uprawnień uczestników postępowania. Funkcja gwarancyjna przejawia się w tym wypadku w ochronie przed tajnością, która potencjalnie mogłaby zagrozić bezstronności organów procesowych i stworzyć dogodne pole do nadużyć oraz błędów, które mogłyby wyrzucić ujemny wpływ na sytuację procesową stron²⁴. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie oskarżonego, dla którego jawność – także ta zewnętrzna – może stanowić sposób rehabilitacji społecznej (gdy jest niewinny), a poza tym w ogóle może stanowić gwarancję jego prawa do obrony w kierunku zmniejszenia zakresu jego odpowiedzialności karnej czy odpierania stawianych mu zarzutów²⁵. Funkcję gwarancyjną jawności można więc rozpatrywać przez pryzmat obu wymiarów jawności, a to oznacza, że nie można zasadnie twierdzić o zasadniczo odmiennych funkcjach jawności w obu generalnych wypadkach. Funkcja gwarancyjna jest wspólna i istotna dla jawności wewnętrznej i zewnętrznej.

Nie analizując szeroko w tym miejscu charakteru powiązań jawności wewnętrznej z zasadą kontradiktoryjności (nastąpi to w dalszej części rozważań), nie sposób jednak zanegować tych relacji. Bez wątpienia faktem jest, że istnieją niebagatelne związki jawności wewnętrznej i zasady kontradiktoryjności.

²⁴ Wyroki ETPC omawiane w: G. Uberris, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2000, s. 29; M. Tugendhat, I. Christie, *The Law of Privacy and Media*, Oxford 2002, s. 480.

²⁵ Przykładowo: M. Cieślak, *Polska procedura karna...*, s. 315; P. Kruszyński, *Realizacja prawa do obrony na rozprawie głównej*, „*Studia Iuridica*” 1985, nr 13, s. 96.

Chodzi o należyte zabezpieczenie praw i interesów stron postępowania, osiągnięte głównie, choć nie tylko, w wyniku udziału w czynnościach procesowych²⁶, gwarantujące z kolei efektywne prowadzenie sporu w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia. Oczywiście, podstawowym warunkiem dyspozycyjności stron, czyli ich prawa do wpływania swym zachowaniem na przebieg i wynik procesu²⁷, jest dysponowanie określonym zakresem uprawnień. Tymczasem, jak to już wyżej wskazano, jawność wewnętrzna nie obejmuje wszystkich uprawnień procesowych stron.

Analiza racji obowiązywania zasady jawności stanowi konsekwencję dociekań w płaszczyźnie wyznaczonej głównie ramami procesu karnego. Gdyby na omawianą kwestię spojrzeć szerzej i bardziej ogólnie, w wymiarze wykraczającym poza obszar karnoprosesowy, okaże się, że oba rodzaje jawności posiadają wspólny mianownik w postaci jawności życia publicznego. Podstawą takiej konstatacji są bowiem także rozmaite uwarunkowania społeczno-kulturowe. Nie powinno wtedy budzić zastrzeżeń traktowanie idei jawności życia publicznego jako nadrzędnej podstawy nie tylko jawności wobec społeczeństwa, ale także jawności wewnętrznej. Działania mające miejsce w procesie karnym są przecież zlokalizowane w sferze publicznej, co powoduje możliwość i powinność zarazem w zakresie udostępnienia tego postępowania dwukierunkowo: w stronę ogółu oraz na rzecz osób będących jego uczestnikami. Strony oraz inni uczestnicy postępowania otrzymują w ten sposób zapewnienie, że w granicach określonych przez ustawodawcę będą mogli korzystać z dobrodziejstwa, jakie stwarza jawność działań organów władzy publicznej. Inna rzecz, że korzyści osiągnięte z tego tytułu przez uczestników procesowych są zupełnie inne niż korzyści lub bardziej cele, które są udziałem publiczności obecnej na rozprawie czy osób zapoznających się z przebiegiem postępowania na skutek relacji prasowych. Ta dyferencjacja stanowi jednak rezultat odmienności dotyczących charakteru pozycji prawnych (w tym także procesowych) podmiotów należących do obu grup adresatów jawności w procesie karnym.

Zaprzeczanie istnienia różnic w tym zakresie graniczyłoby z absurdem. Różnice te uwidaczniają się aż nadto w wymiarze podmiotowym i przedmiotowym. Z jednej strony w toku postępowania lub poza nim pojawiają się osoby, które nie posiadają statusu uczestnika procesu, a ich rola sprawdza się jedynie

²⁶ W pełni trafna teza wypowiedziana przy okazji rozpatrywania niektórych przejawów wspomnianego udziału, zob. B. Budner, *Udział stron w postępowaniu karnym odwoławczym*, „Nowe Prawo” 1981, nr 1, s. 86; B. Wójcicka, *Udział stron w posiedzeniach sądu I instancji w sprawach karnych*, „Palestra” 1983, nr 3–4, s. 96; por. także H. Paluszkiwicz, *Pierwszoinstancyjne wyrokowanie merytoryczne poza rozprawą w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 275; R. Ponikowski, *Granice jawności wewnętrznej i zewnętrznej przygotowawczego stadium postępowania karnego* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 44.

²⁷ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys...*, s. 285.

do obserwowania określonej rzeczywistości i dokonywania stosownych spostrzeżeń. Z drugiej strony, proces karny tworzą zachowania podmiotów, które korzystając z szerszego lub węższego zakresu koncesji przyznanych im przez ustawodawcę, zostały zaliczone do grupy uczestników postępowania i dzięki temu mogą korzystać z przysługujących im uprawnień.

Nawiązując do poglądów doktryny, można powiedzieć, że pozycję pierwszej kategorii podmiotów wyznacza obecność, zaś w drugiej sytuacji elementem dystynktywnym jest udział²⁸. Innymi słowy, jawność wobec społeczeństwa wyznacza mu rolę bierną podczas lub w związku z procesem karnym, natomiast jawność wobec uczestników postępowania zakłada przyjęcie aktywnej lub pasywnej postawy w trakcie procesu, w zależności od istniejącej sytuacji (w sensie prawnym i faktycznym) oraz przyjętej taktyki zachowania. Co ciekawe, obie generalne grupy podmiotów mogą występować obok siebie (np. w trakcie rozprawy), ale zasadniczy brak zbieżności ich pozycji procesowej, a w rezultacie także zakresu dopuszczalnych zachowań, rzutują na brak jakichkolwiek formalnych współzależności między nimi.

Znaczące różnice w kwestii wyodrębnienia adresatów obu aspektów jawności nie mogą wszakże definitywnie decydować o uczynieniu z jawności wewnętrznej elementu zasady kontrydiktoryjności. Skoro bowiem naczelną dyrektywą w odniesieniu do jawności zewnętrznej oraz tej wobec stron jest jawność życia publicznego, powody o charakterze funkcjonalnym, a także ranga zasady jawności jako fundamentalnej reguły całego porządku prawnego, przemawiają za połączeniem obu elementów jawności w jedną zasadę procesową. Warto zauważyć, że zbliżone podejście jest zauważalne w literaturze angielskiej. W Wielkiej Brytanii publiczne sprawowanie wymiaru sprawiedliwości uznaje się za zasadę nadrzędną, precyzując, że jej następstwo polega na prawie obserwatorów procesu i jego uczestników do uzyskania informacji o faktach i zdarzeniach mających miejsce w toku postępowania²⁹. To zapatrywanie stanowi *de facto* potwierdzenie dwuaspektowego pojmowania zasady jawności w ramach wyraźnego rozdziału ról w procesie: obecność – udział.

²⁸ P. Hofmański, *O jawność posiedzeń sądowych w procesie karnym* [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004, s. 128.

²⁹ M. Tugendhat, I. Christie, *The Law of Privacy and Media...*, s. 478.

6. Jawność wewnętrzna a zasada kontrydiktoryjności

Sformułowanie konkluzji dotyczącej rozpatrywanego problemu byłoby jednak przedwczesne. W dalszej kolejności bliższej analizy wymaga kwestia związków zachodzących między jawnością wewnętrzną a zasadą kontrydiktoryjności.

W literaturze zauważono, że jawność wobec stron stanowi gwarancję realizacji wspomnianej zasady, ponieważ prowadzenie przez strony sporu, wypowiedzenie się w każdej kwestii rozpatrywanej i rozstrzyganej przez organy procesowe, wymaga umożliwienia stronom obecności przy przeprowadzaniu czynności procesowych oraz zapewnienia dostępu do akt – inaczej mówiąc, aby toczyć spór, trzeba brać w nim udział³⁰.

Trudno odmówić słuszności tym stwierdzeniom. Jawność wewnętrzna należy do warunków, dzięki którym zasada kontrydiktoryjności może być we właściwy sposób urzeczywistniona w konkretnych okolicznościach karnoprocesowych. Jak jednak trafnie konstatuje się w doktrynie, fakt, że mamy do czynienia z warunkiem i gwarancją realizacji innych zasad procesowych, nie oznacza jeszcze, że jest to przejaw czy element składowy tych zasad³¹. Każdy system prawny charakteryzują na ogół tak złożone powiązania, że możliwa i zarazem dopuszczalna jest sytuacja, w której określona zasada zawiera się w zbiorze gwarancji innej zasady, a jednocześnie nie jest pozbawiona autonomicznego charakteru w systemie prawnym. Wskazane zależności nie omijają postępowania karnego. Wszak zasada procesowa, jako norma ogólna, ma charakter określonej deklaracji prawnej, której realizacja we wszystkich fragmentach procesu wymaga zabezpieczenia przez bardziej szczegółowe normy prawa karnego procesowego³². W ten sposób powstają gwarancje zasad procesowych (środki prawne zabezpieczające ich realizację), przy czym w tej roli mogą występować niekiedy także inne zasady procesowe. Niektóre zasady procesowe stanowią więc gwarancje czy warunki realizacji innych zasad procesowych (np. zasada bezpośredniości w stosunku do zasady prawdy, zasada kontrydiktoryjności względem zasady prawa do obrony, zasada jawności względem zasady niezawisłości sędziowskiej), a pomimo tego są wyodrębniane osobno i nie zostały pochłonięte przez inne zasady.

Twierdzenie o uczynieniu z jawności wewnętrznej składnika zasady kontrydiktoryjności zostaje również osłabione z uwagi na brak istnienia między nimi bezwzględnego związku. Nie zawsze prawnej możliwości toczenia sporu przez strony towarzyszy jawność wobec nich oraz nie w każdym przypadku zagwarantowanie jawności wewnętrznej łączy się z prawem stron do prowadzenia walki

³⁰ Np. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 181; B. Bieńkowska [w:] P. Krużyński (red.), *Wykład...*, s. 77.

³¹ B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 8.

³² A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 92.

procesowej, czyli między tą jawnością a wspomnianą zasadą zachodzi stosunek krzyżowania³³. Możliwa jest więc jawność wobec stron bez dopuszczenia do sporu, ale – wbrew temu co przyjmuje się w doktrynie³⁴ – można mówić o sporze także tam, gdzie nie zapewniono jawności wewnętrznej. Oznacza to, że jawność wewnętrzna nie zawsze jest nieodzownym elementem realizacji zasady kontrydiktoryjności³⁵.

Przed dokonaniem egzemplifikacji w tej materii należy podkreślić, że analiza zasygnalizowanego wątku powinna się opierać na tożsamości czynności procesowej będącej przedmiotem rozważań z obu punktów widzenia (jawności wewnętrznej i kontrydiktoryjności). Oznacza to, że stwierdzenie występowania elementów jawności wewnętrznej i kontrydiktoryjności lub ich braku powinno mieć miejsce w odniesieniu do tego samego zachowania procesowego, natomiast nie może być wynikiem uwzględnienia szerszego kontekstu towarzyszącego dokonaniu danej czynności. Tylko bowiem taki sposób podejścia w tej kwestii daje gwarancję właściwych ustaleń, także co do istnienia stosunku krzyżowania, o którym wyżej nadmieniono. Na marginesie wypada zauważyć, że ta tożsamość przedmiotowa będzie zachowana np. w razie generalnego udziału strony w rozprawie – jest to klasyczny przejaw kontrydiktoryjności i jawności wewnętrznej zarazem.

W literaturze wskazano, że podejrzany i obrońca w postępowaniu przygotowawczym posiadają prawo wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, natomiast mogą się spotkać z odmową udostępnienia im akt sprawy³⁶. Przedstawiona sytuacja procesowa miałaby przykładowo dowodzić realności wypadku, w którym kontrydiktoryjność nie idzie w parze z jawnością wobec stron. W istocie znajomość akt sprawy jest niebagatelnym warunkiem uczynienia skutecznym zażalenia wnoszonego w kwestii stosowania środków zapobiegawczych³⁷, niemniej jednak podany przykład dotyczy dwóch różnych czynności, a zatem nie spełnia warunku tożsamości w odniesieniu do analizowanego zachowania.

Wskazany wymóg będzie spełniony, gdy przedmiotem analizy będzie wyłącznie zaskarżenie zażaleniem postanowienia dotyczącego środka zapobiegawczego.

³³ B. Wójcicka, *Problemy zasady jawności w procesie karnym*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 68; P. Hofmański [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. T. III. Zasady procesu karnego*. Cz. 1, Warszawa 2014, s. 687.

³⁴ B. Bięńkowska, *Spór...*, s. 76.

³⁵ Tak również R. Ponikowski, *Granice jawności wewnętrznej i zewnętrznej...*, s. 133.

³⁶ B. Wójcicka, *Problemy...*, s. 64. Odmawiając dostępu do akt, prokurator może się powołać na przesłanki określone w art. 156 § 5 k.p.k.

³⁷ Pomijając w tym miejscu kwestię znajomości akt w związku ze stosowaniem lub przedłużaniem tymczasowego aresztowania, ponieważ ta kwestia podlega szczególnemu reżimowi określone w art. 156 § 5a k.p.k.

Jest ono zatem przejawem kontrydktoryjności, ale trudno się doszukać w tej sytuacji elementów jawności. Ten przykład pozwala na sformułowanie wniosku, że jawność wewnętrzna nie może polegać na dokonywaniu przez stronę wszelkich czynności procesowych, przy wykorzystaniu przysługujących jej uprawnień, a tylko takich, które zmierzają bezpośrednio do uzyskania określonych informacji niezbędnych dla zabezpieczenia interesów strony. Z kolei sam dostęp do akt sprawy, obwarowany pozytywną decyzją organu procesowego, stanowi przykład sytuacji będącej przejawem jawności, przy braku elementów kontrydktoryjności. Przejrzenie akt procesowych jest jedynie formą działania ukierunkowanego na zapewnienie dogodnych warunków w zakresie toczenia sporu, a zatem nie kreuje zachowań, które byłyby *de facto* prowadzeniem walki procesowej. Widać wyraźnie, że uprawnienia wypełniające treść jawności wewnętrznej nie wyczerpują w całości istoty zasady kontrydktoryjności. Zresztą sama jawność procesu, bez konkretyzacji szczególnych uprawnień i możliwości korzystania z nich w celu inicjowania czynności procesowych, wpływania na ich przebieg, skarżenia decyzji i czynności, jeszcze nie uruchamia walki procesowej³⁸.

Korzystanie z informacji o procesie (wiedzy o rodzaju i treści czynności i decyzji), jak również aktywne włączanie się w przebieg procesu i spór procesowy poprzez korzystanie z posiadanych praw, jest zawsze jedyne uprawnieniem, a nie obowiązkiem strony³⁹. Nie ma obowiązku prowadzenia walki procesowej, bo przecież zasada kontrydktoryjności takiego obowiązku nie wprowadza. Skoro tak, strona procesowa z różnych względów może zrezygnować ze sporu, ale nie zrezygnować z gwarancji jawności wewnętrznej. Innymi słowy, strona może być zainteresowana uzyskaniem informacji dotyczących podejmowanych w postępowaniu decyzji lub dokonywanych czynności, ale nie po to, aby wdawać się w spór procesowy, ponieważ nie jest tym z góry zainteresowana albo powzięta wiedza skłania ją do rezygnacji z prowadzenia walki procesowej. Biorąc pod uwagę, że jawność procesu jest wartością samą w sobie⁴⁰ i potwierdza się przyjęta wyżej teza, że jawność wewnętrzna niekoniecznie występuje w roli niezbędnego elementu zasady kontrydktoryjności, pojawia się konkluzja o występowaniu w określonym zakresie niezależności jako wyznacznika relacji obu dóbr.

Fakt braku pełnej korelacji jawności wewnętrznej i kontrydktoryjności nasuwa też refleksję, że pewne obszary tego aspektu jawności pozostają poza zakresem oddziaływania tej zasady. Gdyby więc zakładać, że jawność wewnętrzna nie kształtuje treści zasady jawności jako takiej, albowiem mieści się w wyłącznie w ramach kontrydktoryjności, pojawia się sytuacja, w której pewne przejawy jawności wewnętrznej są pozbawione punktu odniesienia. Byłaby to

³⁸ R. Ponikowski, *Granice jawności wewnętrznej...*, s. 133.

³⁹ Tamże.

⁴⁰ Tamże.

niekorzystna sytuacja z punktu widzenia interesów stron, ponieważ obniżałaby rangę należytej ochrony ich praw w toku postępowania, skoro brak byłoby zasadniczej dyrektywy, która wzmacniałaby system stosownych gwarancji. Uwidacznia się tym sposobem istotne praktyczne znaczenie ujęcia obu aspektów jawności w jedną zasadę procesową.

Zwolennicy ujmowania jawności wewnętrznej w obrębie zasady kontryktoryjności argumentują ponadto, że obie te wartości idą ze sobą w parze z innego powodu. Akcentują, że obecność publiczności na rozprawie wywiera niekwestionowany wpływ na kształt sporu (np. jego dynamikę, postawę stron), jaki toczy się przed sądem, a poza tym kontryktoryjność może niekiedy wymagać niejawnego rozpatrzenia sprawy⁴¹.

Należy ostrożnie podzielić to zapatrywanie. Bez wątpienia zasada jawności w jej aspekcie zewnętrznym może stymulować strony procesowe do większej aktywności, ale może też oddziaływać demobilizująco i w ten sposób wyznaczać charakter toczącego się sporu. Podstawą rezygnacji ze sporu w pewnym zakresie w tym drugim wypadku może być chociażby obawa naruszenia dóbr osobistych jednostki na jawnej rozprawie. W grę wchodzi cześć, ale także obawa ujawnienia na rozprawie okoliczności ze sfery prywatnej, w tym zwłaszcza tych o charakterze intymnym. Niekoniecznie musi być to niebezpieczeństwo naruszenia dóbr osobistych strony, ponieważ hamująco może na nią oddziaływać ryzyko upublicznienia informacji dotyczących osoby dlań najbliższej (w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.). Nawiasem mówiąc, ten mechanizm zachowania, związany z powściągliwością strony w zakresie aktywnego prowadzenia sporu lub nawet przyjęciem postawy wycofania w tej kwestii, jest widoczny niejednokrotnie w związku z rejestracją audiowizualną przebiegu rozprawy. Ta swoista „jawność rozszerzona” sprawia wtedy, że fakt rejestrowania rozprawy za pomocą specjalistycznej aparatury oraz świadomość dotarcia relacji z procesu do szerokiej, nieoznaczonej grupy osób, działają na stronę procesową blokująco. Jeśli realne są więc sytuacje, w których publiczne rozpoznawanie sprawy stwarzałoby trudności w prowadzeniu sporu, to konieczność zapewnienia odpowiedniej kontryktoryjności wyklucza jawność. Wyklucza jednak tylko jawność zewnętrzną, bo w razie wyłączenia jawności rozprawy aspekt wewnętrzny zachowuje aktualność. Inna rzecz, że nawet brak jawności wewnętrznej nie wykluczyłby całkowicie i kategorycznie sporności, chociaż walka procesowa stałaby się wtedy ułomna⁴². Brak powszechnego charakteru powiązań łączących – w przedstawionym kontekście – element publiczności oraz zasadę kontryktoryjności przemawia przeciwko włączaniu jawności wewnętrznej do zakresu wspomnianej

⁴¹ B. Bieńkowska, *Wybrane zagadnienia „prawa stron do sporu” w polskim procesie karnym*, „Studia Iuridica” 1997, nr 33, s. 24; *taż*, *Spór...*, s. 70, 71.

⁴² R. Ponikowski, *Granice jawności wewnętrznej i zewnętrznej...*, s. 134.

zasady. Skoro bowiem nie w każdych okolicznościach obecność publiczności na rozprawie sprzyja prowadzeniu sporu między stronami, to niekoniecznie aspekt zewnętrzny jawności powinien być skontrastowany z aspektem wewnętrznym w taki sposób, że jawność wobec stron uległaby „przesunięciu” w stronę zasady kontrydiktoryjności i mogłaby stanowić jej składową.

Innym argumentem sprzeciwiającym się lokowaniu jawności wobec uczestników postępowania w obrębie kontrydiktoryjności jest dwukierunkowe działanie zasad: bezpośredniości i ustności, obejmujące w sposób jednorodny oba aspekty jawności. Wymienione zasady procesowe stanowią rękojmię realizacji jawności wobec stron i wobec publiczności, ponieważ pozwalają jednej i drugiej grupie osób śledzić przebieg rozprawy oraz kontrolować działalność sądu w zakresie postępowania dowodowego⁴³. Zasady bezpośredniości i ustności także pełnią funkcję gwarancji kontrydiktoryjności, co powoduje, że przedstawiony na tym tle argument dotyczący złączenia obu wymiarów jawności w jedną zasadę może mieć co najwyżej charakter pomocniczy.

7. Inne argumenty za unifikacją obu aspektów jawności

Uzupełniającą rolę podczas motywowania unifikacji obu aspektów jawności może ponadto odgrywać odwołanie się na zasadzie analogii do regulacji postępowania cywilnego. Przepis art. 9 § 1 k.p.c. stanowi m.in. następująco: „Rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Strony i uczestnicy postępowania mają prawo przeglądać akta sprawy i otrzymywać odpisy lub wyciągi z tych akt”. Zacytowany przepis obejmuje oba przejawy jawności, a więc powołana norma może dostarczać dodatkowego argumentu na rzecz przyjmowania szerokiego rozumienia jawności na gruncie procesu karnego⁴⁴, zwłaszcza gdy przypomni się o systemowym charakterze tej zasady. Zasadnicze odmienności w zakresie ukształtowania obu procedur: karnej i cywilnej oraz autonomiczny charakter przepisów k.p.k. oraz k.p.c. regulujących jawność postępowania mogą wszakże zmniejszać siłę zaprezentowanej argumentacji.

Biorąc pod uwagę sposób uregulowania jawności wewnętrznej w przepisach k.p.k., nie należy przykładać większej wagi do analizy tych przepisów w celu odnalezienia kolejnych racji mogących wesprzeć twierdzenie aprobujące szerokie pojmowanie jawności. Obowiązujący k.p.k. nie zawiera przepisu, który wprost proklamowałby jawność wobec stron. W k.p.k. można natomiast dostrzec wiele przepisów będących przejawem respektowania tej jawności, a dotyczących

⁴³ B. Wójcicka, *Problemy...*, s. 65.

⁴⁴ Tak również: tamże, s. 67; B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 67.

udziału w czynnościach postępowania (np. art. 315, art. 316, art. 339 § 5, art. 384 § 2 k.p.k.) czy udostępnienia akt (art. 156 § 1–5a, art. 321 § 1 k.p.k.). W doktrynie podjęto słuszną próbę wykładni systemowej przepisów rozdziału 42 k.p.k. (*Jawność rozprawy głównej*), uznając centralne znaczenie w ramach tej interpretacji przepisów z art. 355 (reguła jawności rozprawy), art. 356 (wskazanie osób, które mogą być obecne w rozprawie, obok osób biorących w niej udział), 361 § 1 (dopuszczenie do obecności na rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności tzw. osób zaufania jako namiastki publiczności, obok uczestników postępowania) k.p.k., aby tym sposobem zaakcentować dwojaki charakter postrzegania jawności w przepisach karnoprocesowych⁴⁵. Przyznać jednak trzeba, że wykładnia wyszczególnionych przepisów może prowadzić do innego rezultatu od tego wyżej założonego.

Kwestia relacji jawności wewnętrznej do zasady jawności wymaga jeszcze rozpatrzenia w kontekście różnicowania chronionych interesów.

Jak już wynika z dotychczasowych wywodów, jawność wewnętrzna służy przede wszystkim interesom stron i innych uczestników postępowania karnego. Aspekt zewnętrzny jawności wychodzi naprzeciw oczekiwaniom społeczeństwa oraz samego wymiaru sprawiedliwości. Reprezentacja państwa w postaci sądu oraz uczestnictwo społeczeństwa w procesie za pośrednictwem publiczności tworzą obszar wypełniony działaniem interesu społecznego⁴⁶. Pojawia się więc pytanie, czy istnienie prawa uczestnika postępowania sądowego do jawnego rozpatrzenia sprawy⁴⁷ modyfikuje sposób postrzegania sfer chronionych przez zasadę jawności? W konsekwencji, czy wywiera wpływ na rozstrzygnięcie analizowanego problemu związanego z pozycją jawności wewnętrznej w systemie zasad procesowych?

Próbując udzielić odpowiedzi na te pytania, należy najpierw odwołać się do dorobku doktryny innych państw. Trzy poprawki do Konstytucji USA gwarantują prawo do publicznego procesu, przy czym chroni ono dwie odrębne sytuacje: prawo publiczności do obecności w postępowaniu sądowym oraz prawo oskarżonego do uczestnictwa w procesie, który jest prowadzony w jego sprawie⁴⁸.

⁴⁵ B. Wójcicka, *Problemy...*, s. 67.

⁴⁶ G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1975, s. 490.

⁴⁷ Za wyodrębnieniem takiego uprawnienia przemawia treść art. 45 ust. 1 Konstytucji (także w powiązaniu z art. 45 ust. 2 Konstytucji) oraz powody o charakterze aksjologicznym, związane ze wzmocnieniem – w następstwie jawnego procedowania – pozycji jednostki w procesie i jej ochroną przed arbitralnością działań władzy sądowej, na ten temat szerzej R. Koper, *Jawność...*, s. 33–39 oraz wskazane tam orzecznictwo TK i organów strasburskich. Celnie ten problem ujęła H. Gajewska-Kraczkowska, akcentując, że tajność zaprzecza podmiotowości jednostki, zob. H. Gajewska-Kraczkowska, *Prawo do publicznego procesu jako element praw jednostki* [w:] M.P. Wędrychowski (red.), *Prawa jednostki a prawo karne*, Warszawa 1995, s. 54.

⁴⁸ J. Samaha, *Criminal Procedure*, Belmont 2005, s. 482; por. C. Nowak [w:] P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 83.

Zbliżone zapatrywanie można dostrzec w literaturze włoskiej. Przyjmuje się tam, że jawność jest przedmiotem fundamentalnego prawa oskarżonego (będącego gwarancją, na którą można się powoływać podczas realizowania generalnego prawa do rzetelnego procesu) oraz wyrazem interesu zbiorowości w weryfikowaniu prawidłowego wykonywania władzy sądowej, przy czym te tezy są w literaturze włoskiej szeroko aprobowane⁴⁹. Trudno powiedzieć, jak dalece przedstawione poglądy oscylują w kierunku sytuowania jawności wewnętrznej (ograniczonej do osoby oskarżonego) poza ramami zasady jawności. Gdyby jednak uwzględnić to, co jest wspólne w wypadku obu wyodrębnianych praw, mogłoby się okazać, że mamy do czynienia z dwoma odsłonami tego samego zjawiska, różniącymi się między sobą w aspekcie nade wszystko podmiotowym.

Prawo jednostki do publicznego rozpoznania sprawy stanowi przejaw ochrony interesu indywidualnego. Z elementem jawności zewnętrznej łączy to uprawnienie fakt kontrolowania przez uczestników postępowania jego przebiegu, wzmacniający istotnie ochronę ich praw oraz gwarantujący należyte zabezpieczenie interesów tych osób⁵⁰. Jest to sytuacja, w której jawność pomyślana pierwotnie jako forma kontroli społeczeństwa nad władzą sądowniczą, zaczyna pełnić rolę służebną także wobec osób bezpośrednio uwikłanych w postępowanie. Wspominano już wyżej, że także tym osobom sprzyja obecność reprezentacji społecznej na rozprawie, w sensie zapewnienia realnych korzyści wynikających z publicznego procedowania. Fakt, iż uczestnicy postępowania są wprost wprzęgnięci w proces i jego czynności, zbliża omawiane prawo do aspektu wewnętrznego jawności. Z uwagi jednak na mającą swe źródła w Konstytucji bliskość znaczeniową jawności zewnętrznej w relacji do tego uprawnienia („jawne rozpatrzenie sprawy”), jest oczywiste, że wspomniane prawo nie przynależy w pełni do zbioru sytuacji oznaczających jawność wobec stron. Nie sposób ponadto bez żadnych wątpliwości umieścić tego prawa w zakresie oddziaływania jawności zewnętrznej⁵¹, adresowanej – jak wiadomo – do szerszych kręgów społecznych niebiorących udziału w postępowaniu karnym.

Wydaje się zatem, że prawo do jawnego rozpatrzenia sprawy zajmuje częściowo obszar stanowiący jawność zewnętrzną oraz częściowo wyczerpuje pole działania jawności w aspekcie wewnętrznym. Mieszany charakter tego uprawnienia dowodzi istnienia wyraźnych związków obu elementów kojarzonych z jawnością. Okazuje się, że w rozważanym kontekście te elementy znajdują się w stanie wzajemnego oddziaływania, a ich całkowite odseparowanie jest

⁴⁹ M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino 2007, s. 397; M. Ciappi, *Pubblicità (principio della)*, „Digesto delle Discipline Penalistiche” 1995, nr 10, s. 458; D. Manzione [w:] M. Chiavario (red.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*. T. V, Torino 1991, s. 59.

⁵⁰ R. Koper, *Jawność...*, s. 52.

⁵¹ Tamże.

niemożliwe. Dopiero oba elementy razem wzięte (rozpatrywane) tworzą całościowy obraz określonej struktury⁵². Z tego powodu można polemizować z zapatrywaniem⁵³, że łączenie omawianych aspektów w jedną zasadę procesu opiera się tylko na pewnych zewnętrznych i formalnych podobieństwach. Wyodrębnienie prawa uczestnika procesu do publicznego rozpoznania sprawy znacząco implikuje możliwość traktowania jawności wewnętrznej w kategoriach jednego z dwóch zasadniczych składników jawności karnoprosesowej.

Całokształt zaprezentowanych wywodów prowadzi zatem do konkluzji podkreślającej dwuaspektowy charakter zasady jawności, a w rezultacie dualistyczne pojmowanie treści tej zasady w procesie karnym.

⁵² Tamże, s. 53.

⁵³ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu...*, s. 181.

Bibliografia

- Bieńkowska B., *Spór stron przed sądem w świetle zasady jawności*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 3–4.
- Bieńkowska B., *Wybrane zagadnienia „prawa stron do sporu” w polskim procesie karnym*, „Studia Iuridica” 1997, nr 33.
- Błaszyk M., Paluszkiewicz H., *Jawność rozprawy głównej po nowelizacji kodeksu postępowania karnego* [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant. Scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017.
- Budner B., *Udział stron w postępowaniu karnym odwoławczym*, „Nowe Prawo” 1981, nr 1.
- Chiavario M., *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino 2007.
- Ciappi M., *Pubblicità (principio della)*, „Digesto delle Discipline Penali”, 1995, nr 10.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973.
- Corso P. (red.), *Commento al codice di procedura penale*, Piacenza 2008.
- Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe. T. I. Zagadnienia ogólne*, Bydgoszcz 1999.
- Gajewska-Kraczkowska H., *Prawo do publicznego procesu jako element praw jednostki* [w:] M.P. Wędrychowski (red.), *Prawa jednostki a prawo karne*, Warszawa 1995.
- Grajewski J. (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007.
- Grzegorzczak T., *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014.
- Hofmański P., *O jawność posiedzeń sądowych w procesie karnym* [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004.
- Hofmański P. [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. T. III. Zasady procesu karnego. Cz. 1*, Warszawa 2014.
- Jasiński W., *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009.
- Jasiński W., *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Kaftal A., *Jawność postępowania karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1969, nr 11–12.

- Kala D., *Jawność postępowania o wydanie wyroku łącznego* [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, Warszawa 2009.
- Kardas P., *Jawność wewnętrzna i zewnętrzna postępowania przygotowawczego* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013.
- Koper R., *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010.
- Koper R., *Skazanie oskarżonego bez rozprawy a zasady procesowe*, „*Studia Prawnicze*” 2002, nr 4.
- Kruszyński P., *Realizacja prawa do obrony na rozprawie głównej*, „*Studia Iuridica*” 1985, nr 13.
- Kruszyński P. (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012.
- Kmieciak R., Skrętowicz E., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006.
- P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Leone G., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1975.
- Chiavario M. (red.), *Commento al nuovo codice di procedura penale. T. V*, Torino 1991.
- Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013.
- Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1984.
- Wiliński P. (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Paluszkiewicz H., *Pierwszoinstancyjne wyrokowanie merytoryczne poza rozprawą w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008.
- Ponikowski R., *Granice jawności wewnętrznej i zewnętrznej przygotowawczego stadium postępowania karnego* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Rogalski M., *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000.
- Skorupka J., *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy jawności procesu karnego* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Samaha J., *Criminal Procedure*, Belmont 2005.
- Stefański R. A., *Jawność wewnętrzna wobec pokrzywdzonego w polskim procesie karnym* [w:] W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego. Zagadnienia prawa polskiego i obcego*, Warszawa 2013.
- Sych W., *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kraków 2006.
- Świda Z. (red.), *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008.
- Tugendhat M., Christie I., *The Law of Privacy and Media*, Oxford 2002.
- Tylman J., *Postępowanie przed sądem pierwszej instancji*, Warszawa 1999.

- Ubertis G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2000.
- Urbaniak M. J., *Rozpoznawanie spraw pod nieobecność oskarżonego w polskim procesie karnym*, Poznań-Kalisz 2003.
- Waltoś S., *Naczelne zasady procesu karnego*, Warszawa 1999.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.
- Wiliński P., *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003.
- Wiliński P. (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. T. III. Zasady procesu karnego*. Cz. 1, Warszawa 2014.
- Wójcicka B., *Jawność postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Łódź 1989.
- Wójcicka B., *Problemy zasady jawności w procesie karnym*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 50.
- Wójcicka B., *Udział stron w posiedzeniach sądu I instancji w sprawach karnych*, „Palestra” 1983, nr 3–4.

STRESZCZENIE

Celem artykułu jest ustalenie, czy zasada jawności, jako podstawowa zasada procesu karnego, obejmuje swym zakresem także jawność wewnętrzną. W pierwszej części przedstawiono poglądy doktryny w kwestii klasyfikacji jawności wewnętrznej. W dalszej kolejności zaprezentowano problem zasadności wyodrębnienia zasady jawności wobec stron oraz jej relatywizacji. Następnie omówiono kwestię jawności wewnętrznej w aspekcie konstytucyjnym i międzynarodowym. W dalszej kolejności tematyka tytułowa została zaprezentowana przez pryzmat: jawność wewnętrzna a jawność zewnętrzna w aspekcie funkcji i adresatów. Kolejna, szósta część artykułu została poświęcona relacji: jawność wewnętrzna – zasada kontrydiktoryjności. Następnie wskazano argumenty za unifikacją obu elementów jawności. Konkluzja artykułu polega na sformułowaniu tezy o potrzebie włączenia jawności wewnętrznej do zakresu zasady jawności.

Słowa kluczowe: zasada, jawność, jawność wewnętrzna, strona procesowa, proces karny.

SUMMARY

The purpose of the article is to determine: if the principle of openness, as one of the basic principles in criminal proceedings, include also openness internal. In the first part of the article the views of doctrine related to the classification of openness internal were presented. Subsequently the problem of justifiability of isolation of principle openness to parties and its relativization was presented. Then issue of openness internal in the constitutional and international aspect was discussed. Subsequently the title theme was presented through a prism: openness internal and openness external in the aspect of functions and recipients. The next, sixth part of the article was devoted to the relation: openness internal – the adversarial principle. Then arguments for unification of both elements of the openness were indicated. The conclusion of the paper is based on the formulation of the thesis on need to include openness internal to the scope of the principle of openness.

Keywords: principle, openness, openness internal, party, criminal proceedings.



Dr hab. Jan Kulesza
Uniwersytet Łódzki
jkulesza@wpia.uni.lodz.pl

Publiczne prezentowanie zdjęć martwych płodów jako nieobyczajny wybryk (art. 140 Kodeksu wykroczeń)

Public presentation of dead human fetuses as ill-mannered
prank (Article 140 of the Polish Code of Petty Offences)

Abstrakt

Publiczne prezentowanie barwnych zdjęć zakrwawionych, martwych ludzkich płodów na ulicach, placach, parkingach czy przed cmentarzem w ramach aktywności działaczy pro-life stanowi wykroczenie z art. 140 k.w., w przypadku zakłócenia porządku lub spokoju publicznego bądź wywołania zgorszenia u choćby jednej osoby – z art. 51 k.w. W Polsce normy publicznego zachowania nie dopuszczają narzucania innym, przypadkowym osobom, zdjęć zakrwawionych zwłok ludzkich. Zatem zachowanie takie narusza obyczajność publiczną chronioną przez oba przepisy. Obyczajność ta nie dotyczy bowiem tylko zachowań odnoszących się do sfery seksualnej czy płciowej, lecz jakichkolwiek zachowań dostrzegalnych dla innych osób, które mogą wywołać zgorszenie, sprzeciw, gniew czy potępienie.

Abstract

Public presentation of colour photographs depicting bloody, dead human fetuses on the streets, squares, parking lots or in front of cemetery as part of the so-called pro-life defenders is an offense under Article 140 of the Polish Code of

Petty Offences. Also Article 51 of the Code of Petty Offences rules that Polish social standards of public behavior disallow all actions that may provoke outrage with at least one individual, which includes imposing on other, random people photos of bloody human bodies. Thus, such conduct violates public decency protected by both legal provisions named above. This standard of morality does not apply to behaviors relating to the sexual or sexual sphere alone, but also to any behavior visible to other people who may cause outrage, opposition, anger or condemnation.

I. Wstęp

Jednym ze sposobów zwrócenia uwagi na prezentowane poglądy jest posługiwanie się przez działaczy pro-life publicznie barwnymi, nierzadko wielkoformatowymi zdjęciami zakrwawionych, martwych płodów ludzkich, niekiedy rozczłonkowanych. Zachowania takie podlegają karze z art. 140 Kodeksu wykroczeń¹, jako tzw. nieobyczajny wybryk, jeśli zaś nastąpi skutek w postaci zakłócenia porządku lub spokoju publicznego bądź wywołania zgorszenia u przynajmniej jednej osoby, z art. 51 k.w. Nie jest również wykluczona kwalifikacja z art. 141 k.w. w związku z posłużeniem się nieprzyzwoitym ogłoszeniem.²

II. Obyczajność publiczna jako przedmiot ochrony art. 140 k.w.

Biorąc pod uwagę, że czynność sprawcza wykroczenia z art. 140 k.w. polega na publicznym dopuszczeniu się „nieobyczajnego wybryku”, należy zacząć od wyjaśnienia, czym jest owa obyczajność, której zagraża sprawca przez swój wybryk.

Przede wszystkim trzeba zauważyć, że wykładnia językowa wiąże czyn nieobyczajny z czynem niemoralnym³. Na gruncie doktryny wskazuje się zatem w kontekście Rozdziału XVI k.w. na czyn kolidujący z poczuciem publicznej moralności⁴. Także wykładnia historyczna wiąże obyczajność z publiczną moralnością.

¹ Ustawa z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2018 r., poz. 618 t.j., ze zm. – dalej k.w.

² Por. wyrok SR Lublin-Zachód w Lublinie z 2.04.2019 r., III W 1021/18, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

³ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2003, s. 1140.

⁴ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Kraków 1934, s. 48; D. Egierska, *Nowe wykroczenia*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969, nr 5, s. 21; M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Warszawa 1982, s. 170; tychże, *O nowym kodeksie wykroczeń*, Warszawa 1972, s. 190; M. Zbrojewska [w:]

W art. 280 Kodeksu karnego rosyjskiego z 1903 r., stanowiącym jeden z pierwowzorów obecnego art. 140 k.w. przewidziano, że: „Winny publicznego pogwałcenia przystojności przez wypowiedzenie słów bezwstydných lub przez postępek bezwstydný będzie karany... Jeżeli postępek bezwstydný polegał na lubieżnym lub innym przeciwnym moralności czynie, połączonym ze zgorzeniem innych osób, to winowajca, jeśli nie ulega karze surowszej za nierząd, będzie karany...” Przepis ten znajdował się w Części XIII „O pogwałceniu przepisów o nadzorze nad moralnością publiczną”, przy czym w rozdziale tym znajdowały się również przestępstwa, które obecnie należałoby kwalifikować jako naruszające porządek publiczny. Osobna Część XII stanowiła natomiast właśnie „O pogwałceniu przepisów, ochraniających spokój publiczny”. Również w toku prac nad Prawem o wykroczeniach z 1932 r. w kolejnych projektach odpowiedni przepis umieszczany był raz w rozdziale „Wykroczenia przeciwko moralności”, następnie zaś w rozdziale „Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej”.

Jak wyjaśniali Aleksander Mogilnicki i Emil Stanisław Rappaport, „przedmiotem przestępstwa z art. 280 jest moralność publiczna, dotknięta publiczną obrazą poczucia przystojności i wstydu⁵”. Nikolaj Tagancew wskazywał, iż „art. 280 odnosi się do wszystkich czynów niemoralnych, które gwałcą zasady przystojności publicznej zapomocą takiego postępowania publicznego, które obraża pojęcia moralności ogólnej i obejmuje on również postępowanie lubieżne oraz inne sposoby zaspakajania namiętności płciowych, jak np. sodomję, onanizm itp., jeżeli tylko czynów dokonano w okolicznościach, wywołujących zgorzenie innych osób⁶”. Wyjaśniał, że chodzi o zachowania, które „obrażają pojęcia dobrych obyczaj⁷”. Waław Makowski wskazywał na realizację znamion przestępstwa przez „użycie [...] nieprzystojnych, obrażających wstyd i moralność wyrażen w przemówieniu publicznem, przedstawieniu teatralnem itp., wykonywanie w tych warunkach gestów te same cechy posiadających⁸”. Pojęcie przystojności Waław Makowski tłumaczył w ten sposób, iż „pojęcie przystojności lub nieprzystojności wyrazu lub gestu jest z istoty rzeczy bardzo względne i rozciągle i nie można w sposób kategoryczny podać z góry określenia tego rodzaju

T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 647; M. Bojarski [w:] tenże, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 837; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 693; W.J. Jankowski [w:] M. Błaszczak, W.J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2013, s. 172.

⁵ A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Ustawy karne tymczasowo obowiązujące w okręgach sądów apelacyjnych w Warszawie, Lublinie i Wilnie*, t. 1, *Kodeks karny z ustawami dodatkowymi*, Warszawa 1928, s. 261; podobnie W. Makowski, *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. 2, Warszawa 1921, s. 338–339.

⁶ N. Tagancew, *Kodeks karny*, tłum. J. Dąbrowo, R. Lobman, Warszawa 1921, s. 244.

⁷ Tamże.

⁸ W. Makowski, *Kodeks...*, s. 339.

wyrazów i gestów. Przeciętą moralność społeczna, o ile można ją ustalić mocą przekonania sędziowskiego, stanowić powinna taki probierz, z uwzględnieniem, oczywiście, okoliczności indywidualnych wypadku, środowiska, widowni, charakteru i celu działania. Obnażenie ciała lub niektórych jego części może mieć cechy czynu bezwstydnego zależnie od warunków i celu w jakim je uczyniono, ale to samo obnażenie modela w szkole sztuk pięknych dla celów artystycznych nie będzie czynem nieprzystojnym i.t.p. Istotną cechą jest zgorszenie publiczne, które w ten sposób nie tylko mogłoby być wywołane, w innych warunkach, ale rzeczywiście jest właściwe działaniu w tych warunkach, w jakich się ono odbywa⁹”.

Już w tym momencie można zauważyć, że wykładni obyczajności publicznej i nieobyczajnego wybryku, nawet powiązanych z moralnością publiczną, nie należy ograniczać do sfery zachowań o konotacjach seksualnych czy intymnych. Czym innym jest już na gruncie art. 280 „postępek bezwstydnym”, czym innym zaś „czyn lubieżny lub inny przeciwny moralności”. Już pojęcie postępków bezwstydnego jest szersze. Stąd również w opinii sędziego SN Konrada Berezowskiego do projektu wstępnego Ustawy o wykroczeniach z 1929 r. mowa jest o karalności czynów bezwstydnymi, bo obrażających wstydlivość, również tych, które nie wynikają z pobudliwości płciowej i nie są skierowane na podniecenie owej pobudliwości¹⁰. Następnie w wersji z 1931 r. następuje wzbogacenie treści, wówczas art. 26, o publiczne dopuszczenie się, oprócz czynu obrażającego wstydlivość, również nieobyczajnego wybryku, wywołującego zgorszenie publiczne. Jak bowiem wyjaśnia Emil Stanisław Rappaport, istnieje trzecia kategoria czynów, oprócz czynów obrażających wstydlivość i czynów nierządnych, nastawionych na podniecenie pobudliwości płciowej (karalnych jako przestępstwo), w postaci właśnie nieobyczajnego wybryku. Ma on być pozbawiony jakiegokolwiek celu przestępnego, jednak sam przez się naruszać dobre obyczaje i wywoływać publiczne zgorszenie¹¹. Podobnie Jerzy Nisenon i Mieczysław Siewierski podkreślają, że „pod pojęciem nieobyczajnego wybryku podpadają także czyny, obrażające wstydlivość. Od wybryku w tym znaczeniu odróżnić należy dopuszczenie się publicznie czynu nierządnego, mającego na celu podniecenie pobudliwości płciowej¹²”. Wynika z tego, podobnie, jak to wprost wyraził Emil Stanisław

⁹ Tamże.

¹⁰ *Opinia artykułowana Sędziego Sądu Najwyższego Konrada Berezowskiego* [w:] E.S. Rappaport (oprac.), *Projekt wstępny Ustawy o wykroczeniach*, t. 4, z. 4, Warszawa 1929, s. 91.

¹¹ E.S. Rappaport, *Uzasadnienie* [w:] E.S. Rappaport, R. Lemkin (oprac.), *Projekt wstępny Ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z sumarycznym uzasadnieniem*, t. 5, z. 7, Warszawa 1931, s. 29.

¹² J. Nisenon, M. Siewierski, *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach*, Warszawa 1935, s. 177; M. Siewierski, *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 439;

Rappaport, że pojęcie nieobyczajnego wybryku jest najszersze i zawiera w sobie czyny obrażające wstydlivość, które jednak zakresu tego pojęcia nie wyczerpują.

Podobnie już odnośnie do art. 31 Prawa o wykroczeniach z 1932 r. wskazuje Juliusz Makarewicz, że „nieobyczajność jest pojęciem związanym z wywołaniem niekorzystnego wrażenia na otoczeniu – nie chodzi tu o czyn nierządny, oparty o popęd płciowy¹³”. Zatem pojęcie nieobyczajnego wybryku obejmuje najszerszy katalog zachowań, wykraczający poza czyny bezwstydne czy dotyczące sfery seksualnej i intymnej.

Również jeśliby się chciał odwołać do pojęcia „obyczajności” jako przedmiotu ochrony Rozdziału XXV Kodeksu karnego¹⁴, wykładnia ta jest niewystarczająca. Powszechnie bowiem przyjmuje się w piśmiennictwie¹⁵, że na gruncie Rozdziału XVI k.w. nie należy ograniczać się do wykładni sformułowanej przez SN w uchwale z 13.04.1977 r., zgodnie z którą obyczajność to podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych¹⁶. Judykat ten odnosi się do wykładni przedmiotu ochrony (obecnie) Rozdziału XXV k.k., a nie Rozdziału XVI k.w. Nie można pomijać faktu, że w Rozdziale XXV k.k. obyczajność towarzyszy wolności seksualnej, jako rodzajowemu przedmiotowi ochrony, i zarówno ten argument, jak i zakres kryminalizacji poszczególnych typów rodzajowych z tego rozdziału, uprawniają taką zawężającą wykładnię. Natomiast w Rozdziale XVI k.w. ograniczeń takich brak, zaś wykładnia językowa, historyczna, historyczna systemowa, systemowa oraz celowościowa wskazują na szerokie pojmowanie obyczajności.

Przez pojęcie obyczaju rozumieć należy powszechnie przyjętą w danym środowisku oraz tradycyjną formę zachowania się. Obyczaj oznacza coś zbiorowego, gromadnego, a zarazem usankcjonowanego, uświęconego tradycją, co panuje w pewnej warstwie, kraju, narodzie. Osoby znajdujące się wewnątrz grupy poddają się obyczajowi, uznają go. Obyczajność publiczna obejmuje formy

podobnie M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks...*, s. 170; M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *O nowym...*, s. 190–191.

¹³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 683; podobnie E.S. Rappaport, *Uzasadnienie...*, s. 29; J. Nisenon, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 177; M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 439; L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego, Prawa o wykroczeniach, Przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936, s. 652.

¹⁴ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2018 r., poz. 1600 t.j., ze zm. – dalej k.k.

¹⁵ W. Radecki, *Wybrane zagadnienia części szczególnej prawa wykroczeń* [w:] M. Bojarski, A. Gubiński, W. Radecki, S. Stachowiak, *Wybrane zagadnienia materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Warszawa 1986 (wkładka do „Zagadnień Wykroczeń” 1986, nr 4–5), s. 85; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 497; J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 573.

¹⁶ Uchwała SN z 13.04.1977 r., VII KZP 30/76, LEX nr 19263.

zachowania w obecności innych osób bądź w miejscu, do którego mają dostęp inne osoby¹⁷. Obyczajność publiczną należy zatem interpretować jako sposób zachowania się w określonej grupie społecznej, który jest wymagany przez tę grupę i którego naruszenie wywołuje negatywną reakcję tej grupy bądź jest zdolne do wywołania takiej reakcji¹⁸. Jak przyjmuje SN w orzeczeniu z 14.09.1936 r., odnosząc się do pojęcia nieobyczajnego wybryku, jest nim „zarówno czyn prostacki, grubiański i rubaszny, jako też czyn nieprzyzwoity, sprzeciwiający się w sposób rażący dobrem obyczajom, lekceważący otoczenie i wywołujący nastrój oburzenia i potępienia ze strony osób go spostrzegających”. Jednocześnie zaznacza, że „pojęcia tego „nieobyczajny wybryk” nie należy [...] utożsamiać z czynami kolidującymi z obyczajnością *sensu stricto*, naruszającymi skutkiem zmysłowości przedmiotowo poczucie publicznej moralności i wstydlivosti¹⁹”. Konweniujecie to ze sformułowanym powyżej wnioskiem cząstkowym odnośnie do szerokiej wykładni pojęcia obyczajności publicznej. Podzielając ją, Tadeusz Bojarski identyfikuje zachowanie naruszające obyczajność publiczną z zachowaniami wykraczającymi przeciwko normom kulturowym, zasadom współżycia społecznego, przyjętym zwyczajom i obyczajom zachowań jednostek w miejscu publicznym bądź publicznych. Jak pisze, ich istotę wyrazić można określeniem „prymitywizm” lub „wulgaryzm” obyczajowy. Jest on sprzeczny z normami kultury, odróżniającymi działalność człowieka od działania innych istot²⁰. Joanna Piórkowska-Flieger określa obyczajność publiczną jako zespół norm obyczajowych dotyczących ogółu społeczeństwa. Obejmować one mają różne sfery życia człowieka, także sferę intymną, w tym życia seksualnego i procesów fizjologicznych, jak również dopuszczalnych zachowań względem innych ludzi²¹. Dla Jerzego Bafii chodzi o naruszenie zasad współżycia społecznego w zakresie dobrych obyczajów i zdolność zachowania sprawcy do wywołania zgorszenia²². Jak wyjaśnia Marek Mozgawa, nieobyczajne zachowanie, poprzez naruszenie norm

¹⁷ W. Radecki, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej*, „Służba MO” 1976, nr 3, s. 310–312; W. Radecki, *Wybrane...*, s. 85; W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 692; J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 572.

¹⁸ W. Radecki, *Wykroczenia...*, s. 311; tenże, *Wybrane...*, s. 85; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 497.

¹⁹ 3. K. 1035/36, „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1937, poz. 48; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Prawo...*, s. 48; M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks...*, s. 170; tychże, *O nowym...*, s. 190–191; J. Bafia, [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980, s. 328.

²⁰ T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 195.

²¹ J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 572.

²² J. Bafia [w:] Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 328; J. Nisenon, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 177; M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 439; M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks...*, s. 170; M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *O nowym...*, s. 190–191.

obyczajowych wywołuje uczucie wstydu, zażenowania, zakłopotania²³. W judykacie z 2.12.1992 r. wskazuje z kolei SN na „przyjęte zwyczajowo normy współżycia ludzi”, „powszechnie akceptowane normy zachowania się” których naruszenie „wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i odczucia odrazy, gniewu, oburzenia²⁴”.

Reasumując, obyczajność publiczna chroniona przez art. 140 k.w. obejmuje powszechnie przyjęty i wymagany sposób zachowania w obecności innych osób bądź w miejscu, do którego mają dostęp inne osoby, którego naruszenie wywołuje negatywną reakcję innych osób w postaci zakłopotania, zażenowania, zgorzenia, gniewu, oburzenia, sprzeciwu, odrazy, potępienia bądź jest zdolne do wywołania takiej reakcji. Nieobyczajne zachowanie to takie, które sprzeciwia się w powyższym kontekście normom kulturowym, zasadom współżycia społecznego, przyjętym zwyczajom i obyczajom zachowań jednostek w miejscu publicznym bądź publicznych. W kontekście sformułowanego w tytule pracy zagadnienia należy zauważyć, że powszechnie przyjęty i wymagany w Polsce sposób zachowania nie dopuszcza wystawiania na widok publiczny zdjęć zakrwawionych zwłok ludzkich, niekiedy rozczłonkowanych, dodatkowo zdjęć barwnych i w ponadstandardowym formacie, nawet przydrożnego billboardu. Normy kulturowe, zasady współżycia społecznego, przyjęte zwyczaje i obyczaje nakazują otaczanie zwłok ludzkich szacunkiem, co wynika wprost z nauki Kościoła katolickiego²⁵ przyjmowanej przez przytłaczającą większość społeczeństwa polskiego, w tym działaczy pro-life, oraz z uniwersalnych zasad szacunku dla człowieka jako inkorporującego swą przyrodzoną i niezbywalną godność. Dlatego na placach, ulicach, parkingach, witrynach, billboardach itd. nie są wystawiane na widok publiczny wspomniane zdjęcia zakrwawionych ludzkich zwłok. W polskim społeczeństwie zarówno tematy śmierci, jak i aborcji, należą do tematów tabu.

Należy podkreślić, że dla kwalifikacji prezentowania zdjęć martwych płodów z art. 140 k.w. nie ma znaczenia możliwość uzyskania dostępu do jeszcze bardziej drastycznych treści w Internecie choćby z tego, choć nie jedyne, względu, że wymagają one intencjonalnego wyszukania. Natomiast widok inkryminowanych zdjęć jest każdej przypadkowej osobie w przestrzeni publicznej

²³ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 497.

²⁴ III KRN 189/92, LEX nr 162227; podobnie W.J. Jankowski [w:] M. Błaszczuk, W.J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie w sprawach...*, s. 172.

²⁵ Jak głosi Katechizm Kościoła Katolickiego: „Ciała zmarłych powinny być traktowane z szacunkiem i miłością wypływającą z wiary i nadziei zmartwychwstania” (KKK pkt 2300), co wynika wprost z szacunku dla godności każdej jednostki ludzkiej. Trudno przyjąć, by wielokrotne wystawianie na widok publiczny z jakąkolwiek intencją barwnych, nieraz wielkoformatowych zdjęć zakrwawionych ludzkich zwłok, nieraz rozczłonkowanych, realizowało nakaz traktowania z szacunkiem osoby, która została na takim zdjęciu utrwalona. Stanowi to instrumentalne potraktowanie tej osoby, sprzeczne z nakazem poszanowania jej godności.

narzucany. Natomiast działalność nadawców telewizyjnych, radiowych, działalność dziennikarska (również w Internecie) czy reklamowa, jest z kolei ściśle regulowana przez odpowiednie przepisy (o których, jedynie przykładowo, w części dalszej) również pod kątem obrazu obyczajności (moralności) publicznej oraz sankcjonowana. Z kolei kampanie społeczne, takie, jak „10 km mniej. Zwolnij!” czy „Użyj wyobraźni” pokazują zdarzenia wyreżyserowane, aktorzy są ucharakteryzowani, co nie budzi niczyich wątpliwości. Należy podkreślić, że żadna z nich nie posługuje się zdjęciami rzeczywistych ofiar wypadków, tym bardziej zdjęciami przedstawiającymi zakrwawione, rozerwane rzeczywiste ofiary. Treści takie nie pojawiały się także na plakatach przeznaczonych do umieszczenia w przestrzeni publicznej, w tym na billboardach. Zatem tego rodzaju kampanie społeczne w ogóle nie stanowią punktu odniesienia dla oceny naruszenia obyczajności (moralności) publicznej przez wystawianie na widok publiczny inkryminowanych zdjęć martwych płodów. Wreszcie zdjęcia ostrzegające przed szkodliwością palenia umieszczone na opakowaniach papierosów są nieporównywalne wielkością z wykorzystywanymi przez działaczy pro-life zdjęciami martwych płodów i są skierowane do osób, które chciałyby sięgnąć po papierosy, a nie każdej przypadkowej osoby. Ich dostrzeżenie w placówce handlowej i odbiór ze zrozumieniem treści, ze względu na ich wielkość, wymaga wysiłku, czego nie wymaga zauważenie inkryminowanych zdjęć, przybierających nawet rozmiary przydrożnych billboardów (tzw. format europejski to 12 mkw.). Należy podkreślić, że ostrzeżenie „Palenie zmniejsza płodność” posługuje się co prawda obrazem płodu ludzkiego, lecz obraz ten został usypany z popiołu spalonego papierosa – nie posłużono się zdjęciem rzeczywistego płodu. Również i ta kampania nie stanowi zatem punktu odniesienia dla oceny naruszenia obyczajności (moralności) publicznej przez wystawianie na widok publiczny zdjęć martwych płodów.

Nie może wobec tego dziwić, że posługiwanie się przez działaczy pro-life na ulicach, placach, parkingach czy przed cmentarzem inkryminowanymi zdjęciami powoduje negatywną reakcję innych osób w postaci zakłopotania, zażenowania, zgorzienia, gniewu, oburzenia, sprzeciwu, odrazy czy potępienia, co skutkuje zawiadomieniem organów ścigania o podejrzeniu popełnienia wykroczenia. Należy jednak przypomnieć, że dla odpowiedzialności z art. 140 k.w. nie jest konieczne nastąpienie opisanych skutków, ponieważ artykuł ten statuuje wykroczenie bezskutkowe. Nie jest zatem konieczne stwierdzenie naruszenia obyczajności (moralności) publicznej, wystarczy jej zagrożenie poprzez nieobyczajny wybryk. Odpowiedzialność z art. 140 k.w. nie jest wobec tego zależna ani od ocen osób jednocześnie obecnych na miejscu zdarzenia, oceny te nie muszą bowiem pokrywać się z ocenami społecznymi, ani od podjęcia przez nie reakcji w akcie sprzeciwu wobec prezentacji działaczy pro-life. Nie można zatem założyć, że nawet ewentualny brak reakcji innych osób powoduje niemożność

samodzielnej oceny podjętego zachowania przez organy ścigania, które ze swej istoty jest dostrzegalne dla bliżej nieokreślonej liczby osób, zatem nie tylko tych bezpośrednio obecnych. Poza tym brak reakcji nie może być interpretowany jako akceptacja dla określonego zachowania, może bowiem wynikać z innych przyczyn. Milczenie świadków zachowania nie oznacza akceptacji z punktu widzenia norm obyczajowych. Przykładem trafności powyższej argumentacji może być rozumowanie Danuty Egierskiej-Miłoszewskiej, przeprowadzone odnośnie do rozgraniczenia art. 140 i art. 51 k.w., przy ocenie załatwiania potrzeby fizjologicznej na ulicy. Jak pisze ta autorka, zachowanie takie na ulicy, nawet w obecności przechodniów, którzy jednak nie reagowali, stanowi czyn z art. 140 k.w. Jeśli jednak czyn sprawcy wywołał zgorzenie przechodniów, co wyrażało się w wypowiedzianych przez nich głośno uwagach, czyn taki należy kwalifikować z art. 51 k.w.²⁶ Tak samo w przypadku prezentowania inkryminowanych zdjęć płodów, brak reakcji przechodniów pozwala na postawienie zarzutu z art. 140 k.w., jeśli natomiast zaistniał skutek w postaci zakłócenia porządku lub spokoju publicznego bądź wywołania zgorzenia (wzbudzenia odrazy, oburzenia, potępienia itd.) u choćby jednej osoby, należy sięgnąć po art. 51 k.w.

III. Moralność publiczna oraz porządek publiczny jako materialne przesłanki ingerencji

Skoro wiąże się obyczajność publiczną z taką moralnością, możliwe jest wskazanie materialnej podstawy ingerencji w sferę praw i wolności jednostki, przybierającej postać art. 140 k.w., właśnie w moralności publicznej, wymienionej *in fine* w klauzuli limitacyjnej art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²⁷ oraz art. 10 ust. 2 EKPC²⁸. Pod pojęciem moralności publicznej rozumie się zaś zespół zasad, norm, wzorów postępowania i ocen pozwalających uznać jakieś postępowanie za akceptowane w społeczeństwie²⁹, przy czym podkreśla się, że chodzi o normy moralne

²⁶ D. Egierska-Miłoszewska, *Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce)*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1979, nr 4–5, s. 70.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., poz. 483 ze sprost. i zm. – dalej Konstytucja RP.

²⁸ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 – dalej Konwencja.

²⁹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 221; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 195; J. Karp, *Moralność publiczna (art. 31)* [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 236.

uznane w społeczeństwie polskim w danym momencie dziejowym³⁰. Pojęcie to dotyczy zasad moralnych dotyczących życia publicznego lub regulujących zachowania publicznie dostępne dla nieograniczonego kręgu osób³¹. Jak widać, wykładnia pojęcia moralności publicznej na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wspiera powyższą szeroką wykładnię obyczajności publicznej chronionej przez art. 140 k.w. i stanowi jej konstytucyjne tło.

Dopuszczalna, choć mniej trafna, jest również i taka interpretacja, która jako materialną przesłankę ingerencji wskazuje nie moralność publiczną, lecz porządek publiczny. Przemawia za nią przede wszystkim wspomniana powyżej wykładnia historyczna systemowa, która lokowała odpowiedniki art. 140 k.w. wśród wykroczeń przeciwko porządkowi publicznemu, co znajdowało odzwierciedlenie w doktrynie³². Pod pojęciem porządku publicznego rozumie się zaś takie ukształtowanie „stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwiał normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej [...] należyte, harmonijne współżycie członków społeczeństwa, co obejmuje zarówno ochronę interesów poszczególnych osób, jak i określonych dóbr społecznych³³”, „minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego³⁴”. Wskazuje się również, że przesłanka ta zorientowana jest na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego, nie jest bezpośrednio czy wyłącznie powiązana z państwem, lecz jest bliższa ochronie praw i wolności jednostek przed zagrożeniami³⁵.

Reasumując, niezależnie od przyjmowanej materialnej przesłanki ingerencji w sferę praw i wolności jednostki (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) w postaci moralności publicznej lub porządku publicznego, jako zawierających w sobie publiczną obyczajność, każda z nich stanowi konstytucyjne tło dla sformułowanego powyżej wniosku o niedopuszczalności z punktu widzenia norm kulturowych, zasad współżycia społecznego, przyjętych zwyczajów i obyczajów prezentowania publicznego bądź w miejscu publicznym zdjęć zakrwawionych ludzkich zwłok, w tym zwłok ludzkich płodów. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w definicjach

³⁰ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 133; K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 196.

³¹ B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 221.

³² W. Radecki, *Wykroczenia...*, s. 327; A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985, s. 336; J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 571; Z. Kocel-Krekora, *Rozdział VIII Kodeksu wykroczeń „Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu” w świetle reformy prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989, nr 3, s. 63.

³³ Wyrok TK z 12.01.1999 r., P 2/98, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 1999, nr 1, poz. 2.

³⁴ Wyrok TK z 11.10.2006 r., P 3/06, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A’ 2006, nr 9, poz. 121.

³⁵ L. Garlicki, K. Wojtyczek, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, s. 25.

obu przesłanek ingerencji. Należy podkreślić zwłaszcza sposób pojmowania przesłanki moralności publicznej, jako zespołu zasad, norm i wzorów postępowania dotyczących życia publicznego lub regulujących zachowania publicznie dostępne dla nieograniczonego kręgu osób, pozwalających uznać jakieś postępowanie za akceptowane bądź nieakceptowane w społeczeństwie polskim. Przy takim ujęciu przesłanki moralności publicznej, to w niej należy lokować przedmiot ochrony Rozdziału XVI k.w., w tym art. 140 k.w., jakim jest obyczajność publiczna, ponieważ lepiej oddaje ona istotę zachowań w nim umieszczonych. Nie jest jednak wykluczone powoływanie do balansowania wartości konstytucyjnych na gruncie zasady proporcjonalności *sensu stricto* również porządku publicznego, jako ogólniejszej materialnej przesłanki ingerencji. Jak widać bowiem z dotychczasowych rozważań, kwestie publicznego porządku i publicznej moralności przenikają się.

IV. Pojęcie wybryku (nieobyczajnego)

Jak przyjmuje Lech Falandysz, wybrykiem jest czyn rażąco odbiegający od przyjętych w danych okolicznościach norm zachowania się i okazujący lekceważenie ich przez sprawcę³⁶. Podobna definicja pojęcia wybryku została ujęta w wyroku Sądu Najwyższego z 2.12.1992 r.³⁷, którą należy wobec tego przytoczyć w interesującym zakresie *in extenso*: „wybryk to zachowanie się, jakiego wśród konkretnych okoliczności czasu, miejsca i otoczenia, ze względu na przyjęte zwyczajowo normy ludzkiego współżycia, nie należało się spodziewać, które zatem wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i uczucia odrazy, gniewu, oburzenia. Wybryk charakteryzuje więc ostra sprzeczność z powszechnie akceptowanymi normami zachowania się”. Definicję wybryku można wyprowadzić również z wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej – Trybunał) w sprawie *Gough v. Zjednoczone Królestwo*³⁸, w którym pokazywanie się nago w miejscach publicznych, a zatem nieobyczajny wybryk z punktu widzenia art. 140 k.w., scharakteryzował jako zachowanie, które „nie tylko jest [...] sprzeczne z normami akceptowalnego zachowania w miejscach publicznych w każdym współczesnym społeczeństwie demokratycznym, lecz także może budzić poruszenie oraz obrażać moralność lub inne uczucia u niczego niespodziewających się członków społeczeństwa, zajmujących się w tym czasie swoimi zwykłymi sprawami”.

³⁶ L. Falandysz, *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974, s. 30.

³⁷ III KRN 189/92, LEX nr 162227; D. Egierska [w:] Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 130; M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 328.

³⁸ Wyrok z 28.10.2014 r., skarga nr 49327/11.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na element niespodziewanego działania sprawcy, co wskazuje na zaskoczenie podjętym przezeń zachowaniem. To właśnie jawi się jako cel omawianej aktywności działaczy pro-life, którzy wiedząc, że nie jest dopuszczalne i przyjęte w przestrzeni publicznej prezentowanie zdjęć zakrwawionych ludzkich zwłok, zaskakują tymi zdjęciami przypadkowe osoby, prezentując je podczas pikiet na ulicach i placach, na billboardzie przy drodze, a nawet przed wejściem na cmentarz w związku z uroczystościami pogrzebowymi określonej osoby. Podobny charakter ma umieszczanie ich pod oddziałem położniczym szpitala, gdzie przeważnie przyjeżdża się w nadziei na pomyślne narodziny dziecka, nie spodziewając zdjęć zakrwawionych, martwych ludzkich płodów, stanowiących wymuszone, swoiste *memento*. Po drugie należy zwrócić uwagę na charakter potencjalnej reakcji społecznej: odraza, gniew, oburzenie, zatem reakcje o pewnym nasileniu emocjonalnym, o których występowaniu bądź jedynie, wystarczającej dla pociągnięcia do odpowiedzialności, możliwości wystąpienia, była mowa powyżej. Chodzi zatem o niespodziewane zachowanie pozostające w sprzeczności z normami społecznymi, sprzeczności, która wzbudza odrazę, gniew, oburzenie, obrzydzenie. Posłużenie się znamieniem wybryku sugeruje jednocześnie charakter owego znamienia jako zawierającego w sobie pewien element prowokacji ze strony sprawcy, jak to ujmuje Arnold Gubiński, wybryk stanowi „wyzwanie pod adresem społeczeństwa³⁹”. Jeśli bowiem wybrykiem jest niespodziewane złamanie norm obyczajowych, wzbudzające oburzenie, odrazę i gniew, to może z tego wynikać interpretacja wiążąca zachowanie sprawcy nie tylko ze świadomym, ale i celowym oraz skierowanym przeciwko tym normom zachowaniem. Wskazuje na taką interpretację również wykładnia językowa, skoro wybrykiem jest nie tylko postępek odbiegający od przyjętych obyczajów i norm zachowania, lecz również wyskok i eksces⁴⁰. Również ten element definicji wybryku znajduje odzwierciedlenie w omawianej aktywności działaczy pro-life. Sięgnięcie po tak drastyczne środki wydaje się wynikać właśnie z woli zwrócenia uwagi na prezentowane przez siebie poglądy, woli sprowokowania uwagi przypadkowych osób skonfrontowanych z krwawymi zdjęciami.

Należy jednak zauważyć, że ta przedstawiona powyżej, przyjmowana niemal powszechnie w doktrynie definicja wybryku, oparta w szczególności na poglądzie L. Falandysza i tezie Sądu Najwyższego jest całkowicie nieuprawniona, jak ostatnio słusznie wskazał P. Daniluk⁴¹. Nie ma żadnych podstaw w wykładni językowej, historycznej, historycznej celowościowej, zatem i samej celowościowej, prawnoporównawczej, jak również i systemowej, by ograniczać

³⁹ A. Gubiński, *Prawo...*, s. 344.

⁴⁰ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 5, Warszawa 2003, s., s. 233.

⁴¹ P. Daniluk, *O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17)*. „Państwo i Prawo” 2019, nr 1, *passim*.

pojęcie wybryku do „rażącego” naruszenia norm zachowania, „ostrej” sprzeczności z nimi zachowania sprawcy, jak również jako przejawu ich lekceważenia. Wybrykiem jest zachowanie, jakiego wśród danych okoliczności czasu, miejsca, otoczenia itp., ze względu na zwykłe normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać. Z licznych innych, w tym miejscu można wskazać ten choćby argument, że ilekroć ustawodawca chce ograniczyć zakres karalności, posługuje się znamionami takimi, jak „rażące lekceważenie” (art. 47 § 5 k.w.) czy „rażące naruszenie” (art. 105 § 1, 138c § 1 k.w.)⁴². Gdyby ustawodawca chciał z kolei zawęzić zakres karalności art. 51 § 1 k.w. do zachowań lekceważących normy zachowania się, uczyniłby to wprost, jak w art. 49 § 1 k.w. („demonstracyjnie okazuje lekceważenie”). Poprzez przyjęcie, że wybryk ma stanowić rażące lekceważenie norm zachowania się następuje również zatarcie różnicy między czynem z art. 51 § 1 k.w., a czynem o charakterze chuligańskim (art. 47 § 5 k.w. – „rażące lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego”), a co za tym idzie, § 1 i § 2 art. 51 k.w. Już choćby i z tych względów nie ma podstaw do zawężającej wykładni pojęcia wybryku, jaka prezentowana jest przez większość doktryny. Posługiwanie się w przestrzeni publicznej inkryminowanymi zdjęciami bez wątpienia stanowi zachowanie, jakiego ze względu na zwykłe normy ludzkiego współżycia nie należy się spodziewać na ulicy, placu, parkingu, chodniku czy pod cmentarzem, stanowi zatem wybryk.

V. Ochrona małoletnich

W kontekście oceny publicznego prezentowania kolorowych zdjęć martwych, zakrwawionych, nierzadko rozkawałkowanych ludzkich płodów, jako nieobyčajnego wybryku, zwłaszcza w kontekście ochrony publicznej obyczajności, nie można pominąć jednego aspektu, który zazwyczaj nie wysuwa się na plan pierwszy podczas stosowania art. 140 czy 51 k.w. Jest nim mianowicie ochrona osób małoletnich przez treściami czy zachowaniami, które mogą zaobserwować, a które nie są dla nich, ze względu na wiek, przeznaczone. Aspektem obyczajności publicznej, właśnie ze względu na działalnie sprawcy publiczne bądź w miejscu publicznym, są również te normy społeczne regulujące sposób zachowania, które nie dopuszczają w przestrzeni publicznej zachowań czy treści nieodpowiednich dla małoletnich. Jak zauważył Trybunał w wyroku *KaosGl v. Turcja*⁴³, „konieczność ochrony wrażliwości części społeczeństwa, a w szczególności osób nieletnich, jest dopuszczalna w ramach ochrony moralności publicznej”. W kontekście całego rozdziału daje się to lepiej zaobserwować na przykładzie

⁴² Tamże, s. 53–55.

⁴³ Wyrok z 22.11.2016 r., skarga nr 4982/07.

art. 141 k.w., który obejmuje sankcją umieszczenie w miejscu publicznym nieprzyzwoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku oraz używanie słów nieprzyzwoitych. Chodzi nie tylko o zgorszenie osób dorosłych, lecz przede wszystkim małoletnich. Podobnie *ratio legis* art. 142 k.w. stanowi, iż prostytutki „krzykliwość, wulgarność w miejscach publicznych obrażają nie tylko porządek publiczny, ale sięją także demoralizację przede wszystkim wśród młodzieży⁴⁴”. To w toku prac nad Prawem o wykroczeniach z 1932 r. rozważano wprowadzenie przepisu o treści: „Kto prowadzi reklamę w celach nierządu, lub w sposób przeciwny obyczajności reklamuje towary i wystawia na widok publiczny, ulega karze...” z tym uzasadnieniem, że „za obrażające wstydlivość uznać należy wystawianie na widok publiczny takich towarów, których sprzedaż nie może być zakazana, a których ujawnienie, zwłaszcza na wystawach sklepowych, w ogłoszeniach, w pismach lub inny sposób, dostępny dla osób niepowołanych, a przede wszystkim dla młodzieży, szerzy demoralizację i pośrednio przyczynia się do rozwijania pobudliwości płciowej, choćby wystawiający nie miał tego na celu⁴⁵”. Obyczajność publiczna chroniona przez Rozdział XVI k.w. obejmuje zatem również w szczególności ochronę osób małoletnich przed zachowaniami i treściami, z którymi nie powinny mieć styczności.

Takie określenie przedmiotu ochrony pozostaje w pełnej zgodzie z innymi normami systemu prawa polskiego, który w ten sposób wyraża ogólną zasadę przyjmowaną przez społeczeństwo polskie, którą jest ochrona małoletnich. Wskazując na kilka jedynie zespołów takich norm zacząć można od prawa karnego, na gruncie którego przejawem takiej ochrony przed kontaktem małoletniego z określonymi, szkodliwymi treściami czy zachowaniami, których mogą być świadkami, są art. 202 § 1, 200 § 3, 200 § 4 czy 200 § 5 k.k. W przypadku inkryminowanych zdjęć martwych płodów ich odbiór jest narzucany przez działaczy pro-life bez różnicy pełnoletnim, małoletnim i małoletnim poniżej lat 15, czyli dzieciom, mimo zamierzonej drastyczności tych obrazów.

Również, przykładowo, art. 18 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji⁴⁶ stwierdza kategorycznie, iż „Zabronione jest rozpowszechnianie audycji lub innych przekazów zagrażających fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich”, zaś „Audycje lub inne przekazy, zawierające sceny lub treści mogące mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich, inne niż te, o których mowa w ust. 4, mogą być

⁴⁴ M. Grendys, *Walor społecznej dyskusji*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 4–5, s. 10.

⁴⁵ *Uzasadnienie* [w:] *Projekt przygotowawczy Ustawy o wykroczeniach*, t. 5, z. 1, Warszawa 1929–1930, s. 62.

⁴⁶ Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz.U. z 2017 r., poz. 1414 t.j., ze zm.

rozpowszechniane wyłącznie w godzinach od 23 do 6” (ust. 5⁴⁷). Konsekwentne i analogiczne rozwiązania wprowadzono również do audiowizualnych usług medialnych na żądanie (art. 47e⁴⁸). Zatem psychiczny i moralny rozwój małoletnich jest chroniony bezwzględny zakazem rozpowszechniania treści mu zagrażających. Te zaś treści, które choćby mogłyby mu zagrozić, dopuszczalne są w czasie, w którym małoletni raczej nie powinni mieć z nimi styczności. Natomiast działacze pro-life narzucają odbiór inkryminowanych zdjęć o każdej porze, wszystkim małoletnim, którzy się na nie natkną.

Należy zauważyć, że nawet w przypadku prezentowania publicznego, jednak w zamkniętych pomieszczeniach wystaw, drastycznych zdjęć, wprowadza się ograniczenia minimalnego wieku dla zwiedzających, właśnie ze względu na drastyczność prezentowanych treści. Działacze pro-life zwykli nazywać terminację ciąży „ludobójstwem⁴⁹”, a dla wzmocnienia swojego przekazu posługiwać się inkryminowanymi zdjęciami. Jednak w przypadku zdjęć rzeczywistego ludobójstwa sugeruje się ich nieodstępność dla małoletnich. Już na samym swoim początku, w § 1 ust. 2 regulaminu zwiedzania Państwowego Muzeum na Majdanku w Lublinie i jego oddziałów w Bełżcu i Sobiborze (wspólnego dla muzeów na Majdanku, w Bełżcu i Sobiborze) „Nie zaleca się zwiedzania [...] przez dzieci poniżej 14 roku życia”. Podobnie w regulaminie zwiedzania Muzeum Treblinka (I i II) § 1 ust. 2 stwierdza, że „Zaleca się zwiedzanie terenów byłych obozów przez osoby, które ukończyły 14 lat”. Również zgodnie z § 1 regulaminu zwiedzania Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau „Nie zaleca się zwiedzania Muzeum przez dzieci poniżej 14 roku życia”. Natomiast działacze pro-life prezentują publicznie drastyczne, barwne zdjęcia martwych, zakrwawionych, niekiedy rozczłonkowanych płodów ludzkich bez ograniczeń – na ulicach, placach, parkingach, billboardach, nawet przed wejściem na cmentarz w związku z uroczystościami żałobnymi, narzucając ich odbiór każdemu przechodniowi, w tym małoletnim i dzieciom. Takie działanie pozostaje w sprzeczności z przyjętymi przez społeczeństwo polskie filozofią i systemem ochrony małoletnich przed kontaktem z treściami czy zachowaniami, które mogłyby wpłynąć negatywnie na ich psychiczny i moralny rozwój, znajdującymi odzwierciedlenie w systemie prawnym, w tym art. 140 i 51 k.w.

⁴⁷ W ust. 5a i 5b sformułowano konsekwentnie nakaz odpowiedniego oznaczania audycji wymienionych w ust. 5 oraz innych; poświęcono temu również rozporządzenie KRRiT z 23 czerwca 2005 r. w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich oraz audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi (Dz.U. z 2014 r., poz. 311 t.j.).

⁴⁸ Rozporządzenie KRRiT z 5 lutego 2013 r. w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie (Dz.U. z 2013 r., poz. 209).

⁴⁹ https://stopaborcji.pl/dolacz_do_nas/kursy-dla-proliferow/, [dostęp:16.02.2019].

VI. Stosunek art. 140 do art. 141 k.w.

Istnienie odrębnego art. 141 k.w. wpływa na zakres karalności art. 140 k.w. w ten tylko sposób, że zachowania polegające na umieszczaniu w miejscu publicznym nieprzyzwoitych ogłoszeń, napisów czy rysunków albo używaniu słów nieprzyzwoitych podlegają kwalifikacji z owego odrębnego przepisu. W pozostałym zakresie zachowania tego rodzaju, zatem czynione publicznie, jak również te, które nie są objęte zakresem art. 141 k.w., karalne są z art. 140 k.w. Jeśli sięgnąć do wykładni historycznej i historycznej systemowej należy rozpocząć od zdania sędziego SN Konrada Berezowskiego, który w swojej opinii do Projektu wstępnego Ustawy o wykroczeniach z 1929 r. wskazywał, iż podpadnie pod projektowany art. 32 „i wypowiedzenie słów bezwstydných, i postępek bezwstydných świadomie obrażający wstydlivość⁵⁰”. Stefan Glaser i Aleksander Mogilnicki, dokonując wykładni art. 31 Prawa o wykroczeniach z 1932 r., stwierdzali następnie, że „nieobyczajnym wybrykiem będzie nie tylko zachowanie się w sposób nieprzyzwoity, jak np. rozbieranie się w miejscu publicznym, do tego nie przeznaczonym, załatwianie w takim miejscu pewnych funkcij naturalnych itp., ale także wybryki innego rodzaju, jak np. publiczne śpiewanie nieprzyzwoitych piosenek, używanie nieprzyzwoitych wyrażen lub gestów, umieszczanie na ścianie domu lub płocie nieprzyzwoitych napisów lub rysunków itp.⁵¹”. Również Leon Peiper wyjaśniał, iż „pod pojęcie nieobyczajnego wybryku podpadnie także wypowiedanie słów nieobyczajnych lub bezwstydných, odczytywanie tego rodzaju utworów, pokazywanie tego rodzaju rycin, fotografii, rysunków itp.⁵²”. Mimo takiej jednoznacznej wykładni nowelizacją z 9.04.1946 r.⁵³ uzupełniono treść art. 31 Prawa o wykroczeniach z 1932 r. w ten sposób, że przyjął brzmienie: „Kto publicznie dopuszcza się nieobyczajnego wybryku lub używa słów nieprzyzwoitych, podlega karze...”. Następnie w Kodeksie wykroczeń wyodrębniono art. 141 k.w., ograniczony co do okoliczności modalnych (miejsce publiczne), jak i przedmiotów czynności wykonawczych (ogłoszenia, napisy, rysunki, słowa). Jak to ujmuje Arnold Gubiński: „art. 141 KW wyodrębnia z ram poprzedniego przepisu niektóre zachowania się⁵⁴”. Zachowania niewyodrębnione karalne są na podstawie art. 140 k.w. Wskazuje zatem Marek Mozgawa, że „typowym przykładem [...] wybryku może być prezentowanie nieobyczajnych wypowiedzi, utworów, rysunków itp.⁵⁵”. Również dla Jerzego Bafii „wykroczenie z art. 140 można popełnić

⁵⁰ *Opinia...*, s. 91.

⁵¹ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Prawo...*, s. 48.

⁵² L. Peiper, *Komentarz...*, s. 652.

⁵³ Dekret z 9 kwietnia 1946 r. o zmianie prawa o wykroczeniach, Dz.U. z 1946 r., nr 15, poz. 108.

⁵⁴ A. Gubiński, *Prawo...*, s. 336.

⁵⁵ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 497.

nie tylko za pomocą słów”, zaś jedną z form realizacji czynności sprawczej jest pokazywanie fotografii czy rysunków⁵⁶. Wreszcie Grzegorz Kasicki i Andrzej Wiśniewski wymieniają sposoby popełnienia czynu z art. 140 k.w.: „okazanie gestów, rysunków, fotografii, napisów, filmów bądź utworów muzycznych⁵⁷”. Zatem publiczne pokazywanie inkryminowanych zdjęć zakrwawionych, martwych ludzkich płodów mieści się w zakresie karalności art. 140 k.w. Art. 141 k.w. nie dotyczy zdjęć, nie może być zatem wątpliwości odnośnie do ewentualnego ich wyłączenia z zakresu karalności art. 140 k.w., w związku z zakresem karalności art. 141 k.w.

Nie należy jednak zapominać, że zdjęcia połączone z tekstem na plakacie działaczy pro-life mogą zostać również potraktowane jako „ogłoszenie” i wchodzić wówczas w zakres przedmiotów czynności wykonawczej wykroczenia z art. 141 k.w.

VII. Podsumowanie

Za podsumowanie niech posłuży cytata z wyroku Trybunału w sprawie *Gough*: „art. 10 (Konwencji – przyp. J.K.) nie idzie tak daleko, by umożliwić osobom, nawet osobom autentycznie przekonanim o wartości swych przekonań, wielokrotnego narzucania swego antyspołecznego zachowania innym, mimowolnym członkom społeczeństwa”. Prezentowanie publicznie lub w miejscach publicznych barwnych zdjęć martwych, zakrwawionych ludzkich płodów stanowi wykroczenie z art. 140 albo 51 k.w., za czym przemawia każdy z rodzajów wykładni, co wykazano powyżej. Należy podkreślić, że wszystkie zaprezentowane wnioski, o ile mogą być do niego odniesione, znajdują zastosowanie do art. 51 k.w. w zakresie spowodowania przez działaczy pro-life zakłócenia porządku lub spokoju publicznego bądź wywołania zgorszenia w miejscu publicznym. Dla pociągnięcia do odpowiedzialności wykroczeniowej wystarczające jest przy tym nastąpienie wspomnianych skutków po stronie jednej choćby osoby. Obyczajność (moralność) publiczna stanowi bowiem uboczny przedmiot ochrony art. 51 k.w.⁵⁸, właśnie ze względu na ten rodzaj zachowania w postaci wywołania zgorszenia.

⁵⁶ J. Bafia [w:] Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 328.

⁵⁷ G. Kasicki, A. Wiśniewski, *Kodeks...*, s. 362.

⁵⁸ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 324.

Bibliografia

- Bafia J., Egierska D., Śmietanka I., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Błaszczyc M., Jankowski W.J., Zbrojewska M., *Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2013.
- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012.
- Daniluk P., O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17). „Państwo i Prawo” 2019, nr 1.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2003.
- Egierska D., *Nowe wykroczenia*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969, nr 5.
- Egierska-Miłoszewska D., *Nieobyčajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce)*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1979, nr 4–5.
- Falandysz L., *Wykroczenie zakłócenia porządku publicznego*, Warszawa 1974.
- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016.
- Glaser S., Mogilnicki A., *Prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Kraków 1934.
- Grendys M., *Walor społecznej dyskusji*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1970, nr 4–5.
- Gubiński A., *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985.
- Karp J., *Moralność publiczna (art. 31) [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009.
- Katechizm Kościoła Katolickiego*, Poznań 1994.
- Kocel-Krekora Z., *Rozdział VIII Kodeksu wykroczeń „Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu” w świetle reformy prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989, nr 3.
- Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Grzegorzczak T. (red.), Warszawa 2013.
- Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Kulczycki M., Zduńczyk J., *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Warszawa 1982.
- Kulczycki M., Zduńczyk J., *O nowym kodeksie wykroczeń*, Warszawa 1972.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- Makowski W., *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. 2, Warszawa 1921.
- Mogilnicki A., Rappaport E.S., *Ustawy karne tymczasowo obowiązujące w okręgach sądów apelacyjnych w Warszawie, Lublinie i Wilnie*, t. 1, *Kodeks karny z ustawami dodatkowymi*, Warszawa 1928.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.

- Nisenon J., Siewierski M., *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach*, Warszawa 1935.
- Peiper L., *Komentarz do Kodeksu karnego, Prawa o wykroczeniach, Przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936.
- Radecki W., *Wybrane zagadnienia części szczególnej prawa wykroczeń* [w:] M. Bojarski, A. Gubiński, W. Radecki, S. Stachowiak, *Wybrane zagadnienia materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Warszawa 1986 (wkładka do „Zagadnień Wykroczeń” 1986, nr 4–5).
- Radecki W., *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej*, „Służba MO” 1976, nr 3.
- Rappaport E. S., *Uzasadnienie* [w:] Rappaport E.S., Lemkin R. (oprac.), *Projekt wstępny Ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z sumarycznym uzasadnieniem*, Warszawa 1931.
- Rappaport E.S. (oprac.), *Opinia artykułowana Sędziego Sądu Najwyższego Konrada Berezowskiego* [w:] *Projekt wstępny Ustawy o wykroczeniach*, t. 4, z. 4, Warszawa 1929.
- Siewierski M., *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965.
- Tagancew N., *Kodeks karny*, tłum. J. Dąbrowo, R. Lobman, Warszawa 1921.
- Uzasadnienie* [w:] *Projekt przygotowawczy Ustawy o wykroczeniach*, t. 5, z. 1, Warszawa 1929–1930.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.

Netografia

https://stopaborcji.pl/dolacz_do_nas/kursy-dla-proliferow.

STRESZCZENIE

W artykule wykazano, że publiczne prezentowanie barwnych zdjęć zakrwawionych, martwych ludzkich płodów na ulicach, placach, parkingach czy przed cmentarzem w ramach aktywności działaczy pro-life stanowi wykroczenie z art. 140 k.w. W przypadku zaś zakłócenia porządku lub spokoju publicznego bądź wywołania zgorzenia u choćby jednej osoby należy stosować kwalifikację z art. 51 k.w. Obyczajność publiczna chroniona przez oba te przepisy nie dotyczy bowiem tylko zachowań odnoszących się do sfery seksualnej czy płciowej, lecz jakichkolwiek zachowań dostrzegalnych dla innych osób, które mogą wywołać zgorzenie, sprzeciw, gniew czy potępienie. W Polsce normy publicznego zachowania nie dopuszczają zaś narzucania innym, przypadkowym osobom zdjęć zakrwawionych zwłok ludzkich. Dostępność drastycznych treści w Internecie nie uzasadnia narzucania odbioru takich treści w przestrzeni publicznej. Z kolei działalność nadawców telewizyjnych jest ściśle regulowana przez prawo. Zachowanie działaczy pro-life spełnia również definicję wybryku. Osoby te, wiedząc, że treści takie nie są prezentowane w miejscach publicznych, umyślnie się nimi posługują, łamiąc normę społeczną, po to, by sprowokować do zwrócenia uwagi na swoje poglądy.

Słowa kluczowe: działalność pro-life, wolność wypowiedzi, moralność publiczna, porządek publiczny, odpowiedzialność karna

SUMMARY

The article makes an argument against the public display of colorful photos of bloody, dead human fetuses on streets, squares, parking lots or in front of the cemetery as part of the so-called pro-life demonstrations defending the right to life is an offense under Article 140 of the Polish Code of Petty Offences when they cause or may cause outrage with at least one individual as well as fall within the scope of Article 51 of that same act that safeguards public decency. Public decency protected by both of these provisions does not apply only to behaviors relating to the sexual or gender sphere but to any behavior visible to other people which may cause outrage, opposition, anger or condemnation. In Poland, public behavior norms do not allow for the imposition of photos of bloody human corpses on other random individuals. The availability of drastic content on the Internet does not justify the imposition of such content in a public space. In turn, the activity of television broadcasters is strictly regulated by law. Behavior of the so-called pro-life defenders also meets the definition of public indecency. Those people, knowing that such content is not being presented in public spaces, deliberately use it in breaking the social norm in order to bring attention to their views.

Keywords: pro-life activity, freedom of speech, public morality, public order, criminal responsibility

ZASADY ZGŁASZANIA MATERIAŁÓW DO PUBLIKACJI

1. Propozycje artykułów naukowych można zgłaszać mailowo na adres studiaprawnicze@inp.pan.pl lub za pośrednictwem platformy ICI Publisher Panel <http://www.studia-prawnicze.publisherspanel.com>. Podpisaną własnoręcznie przez Autora wersję papierową tekstu należy przesłać na adres: kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa.
2. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
3. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
4. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.
5. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków łącznie ze spacjami (w tym przypisy).
6. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
7. Do artykułu należy dołączyć streszczenie w języku polskim i angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacjami), abstrakt w języku polskim i angielskim (do 800 znaków ze spacjami), słowa kluczowe w języku polskim i angielskim (od 5 do 10 słów) oraz bibliografię załącznikową, uwzględniającą wszystkie pozycje wskazane w przypisach.
8. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”. Pracownicy naukowci proszeni są o wskazanie afiliacji oraz informacji o źródle finansowania badań.
9. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwięzłej. Dopuszczalne są podtytuły.
10. W tekście należy stosować przypisy dolne.
11. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
12. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
13. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.

14. Autorzy, których teksty zostaną zaakceptowane do druku, będą zobowiązani podpisać **umowę licencyjną** (licencja nieodpłatna niewyłączna wraz z prawem do sublicencjonowania) ze zgodą na wydanie ich utworu w wersji papierowej oraz elektronicznej przez Redakcję „Studiów Prawniczych”.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst (łącznie z tabelami – jeśli są) należy przygotować wyłącznie w formie elektronicznej w programie Word, a tabele i wykresy w programie Excel.
2. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; justacja. Należy wprowadzić numerację stron.
3. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.
4. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. prima facie, de lege lata) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty - zapisać w cudzysłowach.
5. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostrokątnym tzw. francuskim (« ... »).
6. W tekście ani w przypisach nie należy przytaczać pełnej treści przepisów prawnych, w tym przepisów z konwencji międzynarodowych (w języku polskim lub angielskim), chyba że jest to absolutnie niezbędne i będzie stosowane na zasadzie wyjątku.
W przypadku odwoływania się w tekście do nazwisk innych autorów należy przytoczyć ich pełne imię oraz nazwisko.
7. W przypisach bibliograficznych i bibliografii załącznikowej należy podawać pełne tytuły czasopism, bez dokonywania ich skrótów.
8. Redakcja prosi o przygotowanie przypisów bibliograficznych zgodnie z wskazówkami poniżej (dostępnymi również na stronie <https://studia-prawnicze.publisherspanel.com/resources/html/cms/FORAUTHORSINFO>).

Monografie:

A. Siemaszko, *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.

J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2000.

H.S. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, tłum. O. Siara, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.

Artykuły w pracach zbiorowych:

A. Marek, *Powrót chuligańskiego charakteru czynu w prawie karnym* [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70-tej rocznicy urodzin profesora Andrzeja Gaberle*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

Czasopisma:

D. Wójcik, *Praca kuratora dla nieletnich w opinii sędziów sądów rodzinnych i kuratorów społecznych*, „Archiwum Kryminologii” 1988, t. XV.

S. Opatow, *Moral Exclusion and Injustice: An Introduction*, „Journal of Social Issues” 1990, t. 46, nr 1.

Źródła internetowe:

K. Iglicka, K. Gmaj, *Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and Trends cross Europe. Country report: Poland*, listopad 2008, http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/10/clandestino_report_poland_final_2.pdf [dostęp: 15.03.2011].

Dzienniki Ustaw:

do 2012 roku: Dz.U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107

po 2012 r. (bez podziału na numery): Dz.U. z 2016 r. poz. 2290

w przypadku odwoływania się do tekstu jednolitego, powyższe należy poprzedzić skrótem tj.

Kolejne powołania:

A. Siemaszko, *Granice tolerancji...*, s. XX.

9. Należy rozróżniać numerację tomów (volumes) oraz zeszytów (issues) przy czasopismach obcojęzycznych.
10. Jeśli tekst artykułu jest napisany w języku polskim, wszystkie elementy opisów bibliograficznych, nawet publikacji obcojęzycznych, powinny być w języku polskim.

Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, Routledge, London 2017, s. 3–22.

Rosenthal R., Jacobson L., *Pygmalion in the classroom*, „The Urban Review” 1968, t. 3, nr 1, s. 16–20.

11. Przywoływane w przypisach i wykazywane w bibliografii teksty anglojęzyczne należy zapisywać następująco: małymi literami (poza nazwami własnymi) tytuły artykułów z czasopism oraz artykułów z prac zbiorowych, wielkimi literami (poza przyimkami i spójnikami) – tytuły monografii i prac zbiorowych, np.

Sykes G., Matza D., *Techniques of neutralization. A theory of delinquency*, „American Sociological Review”, 1957, t. 22, nr 6, s. 664–670.

Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, Routledge, London 2017, s. 3–22.

Pascoe P., *What Comes Naturally. Miscegenation and the Making of Race in America*, Oxford University Press, Oxford 2010.

12. Dodatki do tytułów należy zapisywać po kropce, nie po dwukropku i nie po myślniku.
13. W przypadku powoływania się na źródła internetowe po podaniu linku do źródła należy w nawiasie kwadratowym zamieścić datę dostępu w następujący sposób: [dostęp: 28.02.2019].
14. Nazwy polskich aktów prawnych należy pisać od małej litery (z wyjątkiem Konstytucji RP). Nazwy konwencji międzynarodowych rozpoczynamy wielką literą, jednak nie zaznaczamy ich kursywą.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 6 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 42,00 zł (VAT 5%)