

Wiedza Prawnicza 1/2010

SPIS TREŚCI:

- | | | |
|---|--|----|
| 1 | Obrót wierzytelnościami w świetle obecnych i proponowanych przepisów polskiej ustawy o podatku od towarów i usług | 3 |
| | <i>Michał Gargul</i> | |
| 2 | Tymczasowe aresztowanie na tle unormowań konstytucyjnych i międzynarodowych | 13 |
| | <i>Tomasz Wójt</i> | |
| 3 | Odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania podatkowe | 18 |
| | <i>Katarzyna Fiałkowska</i> | |
| 4 | Quasi – list żelazny | 25 |
| | <i>Marcin Ziółkowski</i> | |
| 5 | Problem bezkarności za poważne naruszenia praw człowieka | 33 |
| | <i>Tomasz Lewandowski</i> | |
| 6 | Struktura sądownictwa amerykańskiego | 45 |
| | <i>Joanna Paulina Kufel</i> | |
| 7 | Problematyka aktu zgody oraz jej braku w świetle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego | 52 |
| | <i>Rafał Jerzy Kruszyński</i> | |

REDAKCJA I WYDAWCA: 91-015 Łódź, ul. Gandhiego 20/29

REDAKTOR NACZELNY I WYDAWCA: Kamil Łukasz Deptuła (0-604959545)

KIEROWNIK SEKCJI PUBLIKACJI: Aleksandra Kwapiszewska

KIEROWNIK SEKCJI ORGANIZACYJNEJ: Mariusz Stobiecki

KIEROWNIK SEKCJI DRUKU: Katarzyna Karska

WSPÓŁPRACA:

- Izabela Marta Florczak

MIEJSCE I DATA WYDANIA NUMERU 1/2010 : Łódź, 28 lutego 2010 roku

DRUK: Drukarnia Cyfrowa „PIKTOR” s.c.

NUMER ISSN: 2080-4202

NUMER WPISU DO REJESTRU CZASOPISM: 1095

ADRES INTERNETOWY: www.wiedzaprawnicza.pl

ADRES E-MAIL: redakcja@wiedzaprawnicza.pl

Obrót wierzytelnościami w świetle obecnych i proponowanych przepisów polskiej ustawy o podatku od towarów i usług

Michał Gargul

Przedmiot analizy

W toku prowadzonej działalności gospodarczej wiele podmiotów gospodarczych dokonuje incydentalnych sprzedaży swoich wierzytelności innym podmiotom niezajmującym się ściąganiem długów i obrotem wierzytelnościami. Artykuł porusza wątpliwości rodzące na płaszczyźnie ustawy o podatku od towarów i usług wobec sprzedawcy i nabywcy wierzytelności, w szczególności momentu pojawienia się u stron transakcji obowiązku płatności podatku od towarów i usług. Jednocześnie zwrócono uwagę na możliwe skutki wobec obrotu wierzytelnościami w świetle proponowanych zmian legislacyjnych względem ustawy o podatku od towarów i usług.

Pojęcie wierzytelności i klasyfikacja obrotu wierzytelnościami jako usługi opodatkowanej VAT

Wierzytelność jest prawem majątkowym, będącym przedmiotem obrotu gospodarczego. Zgodnie z art. 510 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.),

przeniesienie wierzytelności następuje na podstawie umowy sprzedaży, zamiany, darowizny lub innej umowy zobowiązującej do przeniesienia wierzytelności. W wyniku przelewu wierzytelności prawa przysługujące dotychczasowemu wierzycielowi przechodzą na nabywcę wierzytelności, przy czym sam stosunek zobowiązaniowy nie ulega zmianie.

Ustawodawca wymienia w art. 510 § 1 trzy rodzaje umów nazwanych, powodujących przelew, a mianowicie: sprzedaż, zamianę i darowiznę. Pojawia się kwestia, jakie inne umowy nazwane z Kodeksu cywilnego mogą tu wejść w grę. Bez wątplenia umową taką może być umowa spółki cywilnej. Z art. 861 § 1 wynika, że wkład wspólnika może polegać między innymi na wniesieniu do spółki własności lub innych praw. Takimi prawami mogą być wierzytelności wspólnika, a ich wniesienie następuje w trybie przelewu z chwilą zawarcia umowy spółki (art. 510 § 1).¹ Na umowie spółki cywilnej nie kończy się katalog umów, przenoszących wierzytelność w trybie art. 510 § 2.

¹ K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2009, Wydanie: 5, str. 1308.

Oprócz nich umowami zobowiązującymi, w rozumieniu art. 510, mogą być umowy nienazwane (zgodnie z zasadą swobody umów), jeżeli tylko strony tych umów wykreują zobowiązanie do przeniesienia wierzytelności. Zasada swobody w stosunku do kreatywnej konstrukcji umowy może pozwolić stronie na takie ukształtowanie relacji, która wyłącza obowiązek płatności podatku od towarów i usług.²

Z podatkowego punktu widzenia, problematyka dotycząca opodatkowania podatkiem od towarów i usług cesji wierzytelności sprawia wiele trudności stronom transakcji. Istnieje w tym przedmiocie wiele rozbieżnych stanowisk zarówno organów podatkowych, jak też rozstrzygnięć sądów administracyjnych i poglądów wyrażonych w doktrynie.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004, Nr 54, poz. 535, zwana dalej „ustawa o VAT”), opodatkowaniu podatkiem VAT podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Ustawa definiuje towary jako: rzeczy ruchome, jak również wszelkie postacie energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty.

Wierzytelność jest prawem podmiotowym - roszczeniem, czyli uprawnieniem danego podmiotu do domagania się od dłużnika spełnienia określo-

nego zobowiązania w związku z czym nie jest towarem w rozumieniu ustawy o VAT.

Umiejscawiając cesję wierzytelności na łamach ustawy o VAT, należy wskazać treść art. 8 ust. 1 ustawy o VAT, który stanowi, iż przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7, w tym również:

- 1) przeniesienie praw do wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na formę, w jakiej dokonano czynności prawnej;
- 2) zobowiązanie do powstrzymania się od dokonania czynności lub do tolerowania czynności lub sytuacji;
- 3) świadczenie usług zgodnie z nakazem organu władzy publicznej lub podmiotu działającego w jego imieniu lub nakazem wynikającym z mocy prawa.

Meritum problemu sprowadza się, zatem do ustalenia czy w związku z powyższym cesja wierzytelności może być potraktowana w kategorii odpłatnego świadczenia usług w rozumieniu ustawy o VAT, a jeżeli tak, to czy usługa taka podlega zwolnieniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług - jako usługa pośrednictwa finansowego gdzie indziej niesklasyfikowanego.

W ocenie większości organów podatkowych przelew wierzytelności polegający na zakupie wierzytelności, doprowadza do sytuacji, gdzie nabywca świadczy na rzecz zbywcy usługę pośrednictwa finansowego, której celem jest uwolnienie sprzedawcy wierzytelności od ciężaru jej egzekwowa-

² Ibidem., str. 1308.

nia.³ Zaznaczyć należy tutaj, iż czynność sprzedaży wierzytelności osobie trzeciej w celu dochodzenia przez nią tych wierzytelności, nie jest samodzielnym świadczeniem usługi w rozumieniu przepisów ustawy o VAT. Z gospodarczego punktu widzenia sedno takiej operacji tkwi w tym, że w istocie dominująca rola w omawianym zakresie przypada nabywcy wierzytelności. Punkt ciężkości analizowanej operacji gospodarczej leży po stronie nabywcy. To on dokonując takiego zakupu kreuje usługę, w której mieści się cywilnoprawna instytucja przelewu wierzytelności (cesji). Dlatego też, sprzedaż wierzytelności własnej przez podmiot nie mieści się w zakresie przedmiotu opodatkowania tym podatkiem.⁴ Zatem nabywcą wierzytelności będzie strona umowy, na której mogą ciążyć obowiązki względem płatności podatku od towarów i usług.

Idąc dalej usługa pośrednictwa finansowego jest to usługa sklasyfikowana według PKWiU w dziale 65 - „Usługi pośrednictwa finansowego”. Usługi pośrednictwa finansowego wymienione są w poz. 3 załącznika nr 4 do ustawy o VAT i korzystają ze zwolnienia od podatku VAT z wyjątkiem usług wymienionych w pkt 1-9 poz. 3 tego załącznika. Nabycie wierzytelności może przy tym być dokonane w celu ściągania długu lub może mieć postać umowy faktoringu, która ma szerszy zakres przedmiotowy niż umowa cesji wierzytelności.

Usługi nabycia wierzytelności w celu ściągania długu lub w celu świadczenia usługi faktoringu jako usługi wymienione w poz. 3 pkt 5 załącznika

³ Interpretacja indywidualna nr IPPP1-443-2041/08-2/BS z dnia 6 lutego 2009 r. Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie.

⁴ Wyrok WSA w Warszawie w wyroku z dnia 18 czerwca 2009 r., sygn. akt III SA/Wa 696/09.

nr 4 do ustawy o VAT, są wyłączone ze zwolnienia od podatku i podlegają opodatkowaniu według stawki 22%.

Zatem problem opodatkowania danej czynności podatkiem od towarów i usług sprawdza się do ustalenia czy z umowy zawartej między stronami wynika, iż świadczona usługa jest nabyciem wierzytelności w celu ściągania długu lub w celu świadczenia usługi faktoringu.

Modele umów transferu wierzytelności a podatek VAT

W analizie opodatkowania podatkiem od towarów i usług nabycia wierzytelności należy zwrócić główną uwagę na model przyjętej transakcji zbycia – nabycia wierzytelności przez podmioty transakcji.

Jak wskazano powyżej zgodnie z treścią art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi wymienione w załączniku nr 4 do ustawy. W załączniku tym pod poz. 3 wymienione są usługi pośrednictwa finansowego. Jednakże z treści tego załącznika do ustawy VAT wynika, że od powyższej zasady są wyjątki. Usługi wyraźnie wymienione w punktach od 1 do 9 zostały wyłączone ze zwolnienia spośród ogółu usług pośrednictwa finansowego sklasyfikowanych w sekcji J symbol 65-67. W punkcie 5 mowa jest o usługach ściągania długów oraz faktoringu.

1) Model umowy a usługa faktoringu

Jak wskazano powyżej w pierwszej kolejności istotne jest wyłączenie z czynności zwolnionych usług polegających na ściąganiu długów i faktoringu.

gu, co jest rozwiązaniem w pełni zgodnym z uprzednio obowiązującym przepisem art. 13(B)(d)(3) VI Dyrektywy. Warto przy tym zaznaczyć, iż odpowiadający powołanej regulacji obecnie obowiązujący przepis art. 135 ust. 1 lit. d) Dyrektywy 2006/112 nie wymienia wprost – w żadnej wersji językowej - faktoringu, przewidując, *explicite*, że zwolnienie przedmiotowe określone w tym przepisie nie dotyczy windykacji należności. Podkreślenie to jest o tyle istotne, iż uprzednio w angielskiej i szwedzkiej wersji językowej usługi faktoringu zostały wymienione wprost obok usług windykacji należności. W pozostałych wersjach językowych faktoring nie był wprost wymieniony. Niemniej jednak nie oznaczało to zwolnienia z VAT faktoringu.⁵

Ani ustawa, ani Dyrektywa nie podejmują próby zdefiniowania pojęcia faktoringu, podczas gdy w praktyce gospodarczej istnieją co najmniej dwa wyraźnie różne typy usługi faktoringu, czyli faktoring właściwy (*true factoring*) i niewłaściwy (*quasi-factoring*), których podstawowym kryterium rozróżnienia jest kryterium przejęcia ryzyka niewypłacalności dłużnika.

Jednakże na gruncie VAT-u rozróżnienie to nie ma szczególnego znaczenia, zważywszy na fakt, że ustawodawca, podążając za powołanym przepisem VI Dyrektywy, nie dokonuje rozróżnienia pomiędzy różnymi typami faktoringu, tym samym traktując je w sposób tożsamy.

W rozstrzygnięciu w sprawie C-305/01 (*MKG-Kraftfahrzeuge – Factory GmbH*) ETS podkreślił, że podstawową funkcją faktoringu jest uwolnienie faktoranta od konieczności egzekwowania wierzy-

⁵ Wyrok ETS z 26.6.2003 r. w sprawie C-305/01 *MKG Kraftfahrzeuge Factoring GmbH*.

telności, w przypadku zaś faktoringu właściwego także przejęcie ryzyka niewypłacalności dłużnika. W rozstrzygnięciu tym trybunał uznał, iż działalność gospodarcza polegająca na nabywaniu wierzytelności, przy jednoczesnym przejęciu ryzyka niewypłacalności dłużnika, i obciążenie klienta stosowną prowizją stanowi ściąganie długów i faktoring w rozumieniu art. 13(B)(d)(3) VI Dyrektywy i jako takie jest wyłączone ze zwolnienia z opodatkowania.

Mając na uwadze powyższe, należy zaznaczyć, że nie wszystkie transakcje, których przedmiotem są wierzytelności będą podlegały opodatkowaniu VAT jako usługi faktoringu. Istnieje, bowiem grupa czynności, w przypadku których zastosowanie będzie mogło znaleźć zwolnienie z VAT.⁶

Biorąc pod uwagę powyższe, z faktoringiem nie mamy do czynienia w sytuacji, gdy zawierana jest umowa cesji wierzytelności, w której cesjonariusz nie zobowiązuje się, poza nabyciem wierzytelności, do jakichkolwiek innych czynności na rzecz cedenta (ściągnięcia długu, administrowania płatnościami itd.).

Powyższy pogląd wyrażony jest w orzecznictwie sądowym, gdzie m. in. twierdzi się, iż transakcja zawierana pomiędzy cedentem a cesjonariuszem dotyczy jedynie przelewu wierzytelności z cedenta na cesjonariusza. (...) z umowy cesji wierzytelności nie wynika, aby podatnik zobowiązywał się do jakichkolwiek działań polegających na ściąganiu długu na rzecz innego podmiotu. Jest to zresztą logiczne, skoro nabywając we własnym imieniu i na własny rachunek cudzą wierzytelność za własne środki finansowe, podatnik wchodzi

⁶ J. Martini, P. Skorupa, M. Wojda, VAT 2009. Komentarz, C.H.Beck 2009, Wydanie: 1.

w miejsce dotychczasowego wierzyciela. Z tą chwilą wykonana zostaje transakcja pomiędzy cedentem a cesjonariuszem. Dalsze losy są poza tą transakcją.⁷

Ponadto należy zauważyć, że z usługą faktoringową nie mamy do czynienia w przypadku transakcji dotyczących pakietu wierzytelności nabywanych od banku (lub innej instytucji finansowej, np. spółki leasingowej) w ramach umowy sekurytyzacji wierzytelności.⁸

Dodatkowo wskazać trzeba, iż sprzedaż wierzytelności własnych (tj. takich, w stosunku do których pierwotnym wierzycielem jest jej zbywca) nie stanowi, z punktu widzenia zbywcy wierzytelności, transakcji opodatkowanej VAT. Stanowisko takie potwierdziła Komisja Europejska w powołanym już wcześniej piśmie z 11.11.2004r. skierowanym do Ministra Finansów. Pogląd taki akceptowany jest również w orzecznictwie sądowym, gdzie wskazuje się, że:

1. Sprzedaż "wierzytelności własnej" nie jest świadczeniem usług przez jej zbywcę, a zatem nie powstaje u niego z tego tytułu obowiązek podatkowy w zakresie podatku od towarów i usług.

2. Mimo, że wierzytelność nie jest towarem i nie jest też usługą to jej nabycie przez podmiot zajmujący się skupowaniem wierzytelności i dochodzeniem ich od dłużników stanowi świadczenie przez nabywcę wierzytelności na rzecz jej zbywcy usługi w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy o VAT z 2004 r.

⁷ Wyrok WSA w Łodzi z 27.2.2007 r., sygn. I SA/Łd 1239/06,

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 3.9.2008 r., sygn. III SA/Wa 783/08 oraz Wyrok WSA w Warszawie z 19.5.2008r. (sygn. III SA/Wa 252/08).

3. W tej sytuacji, kiedy sprzedaż wierzytelności własnej nie stanowi usługi w rozumieniu ustawy o VAT, a usługę świadczy nabywca wierzytelności, po stronie sprzedawcy nie powstaje obrót z tytułu dokonanej czynności sprzedaży.⁹

Zatem należy dojść do wniosku, że incydentalne transakcje dotyczące wierzytelności (gdy nabywca nie zobowiązuje się do wykonywania dodatkowych czynności na rzecz cedenta) nie mogą być traktowane jako świadczenie usług faktoringu, dzięki czemu mogą one być zaklasyfikowane jako usługi pośrednictwa finansowego zaklasyfikowane w poz. 3 załącznika nr 4 do ustawy o VAT - korzystające ze zwolnienia od podatku VAT.

2) Model umowy, a usługa ściągania długów

Jak wskazano wcześniej w przyjmowanym przez strony modelu transakcji nabycia wierzytelności, główną rolę odgrywają zapisy świadczące o tym, czy w ramach umowy usługodawca zobowiązuje, poza nabyciem wierzytelności, do jakichkolwiek innych czynności na rzecz cedenta, tj. ściągnięcie długu, administrowanie wierzytelnością za odpowiedzialnością prowizję. W takich przypadkach klasyfikowano umowę i świadczoną usługę jako Faktoring. Z analogicznymi przesłankami mamy do czynienia w przypadku usług świadczenia ściągnięcia długu. Tutaj również główny punkt statuujący, iż mamy do czynienia z taką umową, spoczywa na zobowiązaniu się strony do ściągnięcia długu w imieniu drugiej strony w zamian za wynagrodzenie. W takim przypadku zachodzi twierdzenie, że konsumentem usługi (usługobiorcą) jest ten podmiot, który korzysta z usługi wykonywanej przez kontrahenta, co oznacza,

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 15.10.2007 r., sygn. III SA/Wa 1202/07.

że usługodawca ściąga dług dla usługobiorcy, a nie dla siebie.¹⁰

Transakcja zawierana pomiędzy cedentem a cesjonariuszem, dotycząca przelewu wierzytelności z cedenta na cesjonariusza, z jednoczesnym zobowiązaniem do działań polegających na ściąganiu długu na rzecz innego podmiotu wypełnia całkowicie znamiona usługi nabycia wierzytelności w celu ściągania długu. W związku z czym, jako usługi wymienione w poz. 3 pkt 5 załącznika nr 4 do ustawy o VAT, są wyłączone ze zwolnienia od podatku i podlegają opodatkowaniu według stawki 22%.

3) Zwolnienie cesji wierzytelności z obowiązku płatności podatku VAT

Mając na uwadze powyższe, aby nie doszło do zakwalifikowania danej umowy jako wyłączonej od zwolnienia od podatku VAT - należy stanowczo wskazać w zawieranej umowie, iż podmiot nabywa we własnym imieniu i na własny rachunek cudze wierzytelności za własne środki finansowe. W takim przypadku podatnik wchodzi w miejsce dotychczasowego wierzyciela. Z tą chwilą wykonana zostaje transakcja pomiędzy cedentem a cesjonariuszem, a dalsze losy wierzytelności są poza tą transakcją. Dalsze podjęcie przez podatnika działań zmierzających do ściągania długu nie będzie już wynikało z transakcji zawartej wcześniej z cedentem. Istniejący nadal dług podatnik będzie ściągał dla siebie, a nie dla innego podmiotu.

¹⁰ Wyrok WSA z dnia 3 września 2008 r., sygn. akt III SA/Wa 783/08.

Niewykluczone, że decydując się na takie kroki podatnik zawrze kolejną transakcję z innym podmiotem, który zobowiąże się do ściągania długu na rzecz podatnika (aktualnego wierzyciela), ale wtedy będzie to inna transakcja, a wykonawcą usługi ściągania długu (usługodawcą) będzie ten inny podmiot, zobowiązany do opodatkowania świadczonej usługi.¹¹

Powyższy model transakcji polegający na nabyciu wierzytelności na własny rachunek, nie może być utożsamiany z umową nabycia wierzytelności w celu ściągania długów czy faktoringu. Wobec tego takowa usługa korzystać będzie ze zwolnienia od podatku od towarów i usług.

Powyższe stanowisko w całości potwierdza linia orzecznicza organów podatkowych, która stanowi, iż w przypadku, gdy umowa sprzedaży wierzytelności nie jest obwarowana żadnymi innymi, poza zapłatą ceny, obowiązkami na rzecz cedenta, to takie przeniesienie wierzytelności nie stanowi usługi ściągania długów oraz faktoringu, przez co jest to czynność zwolniona od podatku VAT.¹²

Proponowane zmiany w ustawie o VAT, a obrót wierzytelnościami

W obecnie prowadzone są prace legislacyjne nad zmianami w ustawie o podatku od towarów i usług, między innymi na płaszczyźnie pośrednic-

¹¹ Wyrok WSA w Łodzi z 27.2.2007 r., sygn. I SA/Łd 1239/06.

¹² Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu nr ILPP2/443-39/09-2/MN z dnia 19 marca 2009 r., Wyrok WSA z dnia 19.05.2008r., sygn. akt III SA/Wa 252/08, z dnia 27.02.2007r, sygn. akt I SA/ŁD 1239/06, z dnia 37.04.2007.

twa – obrotu wierzytelnościami. W projekcie zmian ustawy o VAT proponuje się aby w art. 43 ust. 1 dodać pkt. 17)-40), w których stanowić będzie, iż zwalnia się od podatku VAT: usługi, łącznie z pośrednictwem, w zakresie depozytów środków pieniężnych, prowadzenia rachunków pieniężnych, wszelkiego rodzaju transakcji płatniczych, przekazów i transferów pieniężnych, długów, czeków i innych zbywalnych instrumentów finansowych. Jednakże dodaje się również art. 43 ust. 16, w którym będzie mowa, iż zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 36 – 40, nie mają zastosowania do:

- 1) czynności ściągania długów, w tym factoringu oraz innych czynności, w wyniku których następuje przejście ryzyka niewywiązania się przez dłużnika ze zobowiązania;
- 2) usług doradztwa;
- 3) usług w zakresie leasingu.

Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu zmian w ustawie o VAT, propozycje dotyczą dostosowania jedynie zapisów ustawy o podatku od towarów i usług wykorzystujących odwołania do klasyfikacji statystycznej (obecnie jest to Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług, wprowadzona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. - Dz. U. Nr 42, poz. 264, z późn. zm. - PKWiU 1997) do klasyfikacji obecnie obowiązującej w statystyce.

W dzisiejszych przepisach o podatku od towarów i usług, towary i usługi w obrocie krajowym, co do zasady, są identyfikowane przy wykorzystaniu klasyfikacji statystycznych (z wyjątkami).

Ma to zastosowanie zwłaszcza przy wyznaczaniu zakresu przedmiotowego stosowania stawek obniżonych (0%, 3% i 7%) oraz zwolnień

od podatku. Dla ww. potrzeb w obrocie krajowym wykorzystywana jest nieobowiązująca już dla potrzeb statystycznych Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług, z 1997 r. Wynika to zarówno z przepisu art. 41 ust. 14 ustawy o podatku od towarów i usług, jak i rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) - Dz. U. Nr 207, poz. 1293. W statystyce, ewidencji i dokumentacji oraz rachunkowości od dnia 1 stycznia 2009 r. stosowana jest Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług wprowadzona ww. rozporządzeniem z dnia 29 października 2008 r. (PKWiU 2008).

De facto w obrębie tematyki pośrednictwa finansowego (obroty wierzytelnościami) w projekcie ustawy proponuje się likwidację załącznika nr 4 do obecnej ustawy, zawierającego wykaz usług zwolnionych od podatku i przeniesienie uregulowań dotyczących tej tematyki do treści ustawy. Przy określaniu zakresu zwolnień, które dotychczas były ujęte w załączniku nr 4 odstąpiono od ich identyfikacji przy pomocy klasyfikacji statystycznych, określając ich zakres z wykorzystaniem treści zapisów prawa unijnego i krajowego oraz orzecznictwa sądów.

Jednakże warto zauważyć, iż w treści wyjątków od zwolnienia od usług pośrednictwa finansowego (proponowany art. 43 ust. 16) dodano zapis, iż nie podlegają zwolnieniu od płatności podatku VAT czynności ściągania długów, w tym factoringu oraz inne czynności, w wyniku których następuje przejście ryzyka niewywiązania się przez dłużnika ze zobowiązania.

Zatem przedmiotowy zapis rozszerzony został o nieoznaczony zakres czynności, na podstawie których nabywca długu przejmuje ryzyko niewy-

wiązywania się przez osobę trzecią – zobowiązana z długu.

Powyżej zaznaczono, iż na podstawie obecnie obowiązujących przepisów i w oparciu o dotychczasową linię orzeczniczą działanie podmiotów polegające na zawarciu umowy, gdzie podmiot nabywa we własnym imieniu i na własny rachunek cudze wierzytelności za własne środki finansowe, jest zaliczane jako pośrednictwo finansowe i zwolnione z opodatkowania VAT.

Głównym obdarowaniem dla rozróżnienia samego obrotu wierzytelnościami od obrotu razem ze ściąganiem długów lub umowy faktoringu jest przyjęcie, iż nabywany dług oraz jego dalsza egzekucja jest we własnym imieniu nabywcy nie na zlecenie drugiej strony. Ponadto w zapisach umownych brak jest innych ubocznych świadczeń na rzecz zbywającego.

Zatem całość transakcji zawiera się w generalnym, całościowym przekazaniu wierzytelności jako aktywa finansowego. Oczywistym jest, iż w przypadku obrotu i nabycie wierzytelności strona nabywająca wchodzi w miejsce dotychczasowego wierzyciela oraz przejmuje całość ryzyka związanego z wypłacalnością dłużnika. Jednakże to pozostawało poza stosunkiem umownym oraz uregulowaniami podatku od towarów i usług.

Natomiast w przeciwieństwie do powyższego proponowane zapisy chcą objąć wyłączeniem od zwolnienia VAT czynności, na podstawie których nabywca długu przejmuje ryzyko niewywiązywania się przez osobę trzecią – zobowiązana z długu. Zatem istnieje wysokie – jeśli nie oczywiste – ryzyko, iż wszelkie czynności polegające na cesji

długu, wierzytelności będą zaliczane wprost do powyższych czynności.

Jak wskazano powyżej w uzasadnieniu projektu zmian w ustawie, celem zmian zaproponowanych w projekcie jest przede wszystkim uwzględnienie w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług oraz załącznikach do tej ustawy, nomenklatury oraz symboli statystycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług z 2008 r. Zmiana ta ma pozwolić podatnikom podatku VAT na prowadzenie jednolitych zasad ewidencji zarówno dla potrzeb podatku od towarów i usług, jak i w dokumentacji statystycznej. Zaznaczono, iż zmiany są głównie dyktowane przepisami Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 347/1 z późn. zm.). Oparcie zatem przepisów dotyczących zwolnienia usług pośrednictwa finansowego od podatku na opisach tych usług zawartych w ww. dyrektywie, ma pozwolić na zapewnienie zgodności regulacji krajowych z przepisami Dyrektywy.

Jednakże należy wskazać, iż w zasadniczej treści artykułu 13(B)(d)3 VI Dyrektywy wynika, że państwa członkowskie zwalniają transakcje, łącznie z negocjacjami, dotyczące depozytu i bieżących rachunków (...), za wyjątkiem jednakże odzyskiwania długów i faktoringu, natomiast w nowej Dyrektywie 2006/112/WE w art. 135 ust. 1 lit. d) stanowi się, iż państwa członkowskie zwalniają transakcje, łącznie z pośrednictwem, dotyczące rachunków depozytowych, rachunków bieżących, płatności, długów, czeków i innych zbywalnych instrumentów finansowych z wyłączeniem windykacji należności.

Sformułowanie to w budzi pewne wątpliwości. Oczywiście w zakresie własnej suwerenności ustawodawcy mają możliwość rozwinięcia zapisu „Windykacja wierzytelności” poprzez, jak np. w Polsce, wyszczególnienie umowy faktoringu. Jednakże biorąc pod uwagę powyższą analizę należy dostrzec, iż dochodzi w Dyrektywie do pewnego rozróżnienia: pośrednictwa finansowego dotyczącego obrotu długami (obrót wierzytelnościami) oraz czynności skupiających się na windykacji wierzytelności (uwidocznione w ustawie Polskiej, jako ściąganie długów oraz faktoring). Jest to logiczne rozróżnienie wynikające z Dyrektywy a odpowiednio zmodyfikowane i przyjęte w Polskiej ustawie o podatku od towarów i usług (jak w załączniku nr 4 do Ustawy).

W proponowanych nowych przepisach jednakże widnieje zapis, który w interpretacji kwalifikuje wszelkie czynności polegające na cesji długu, wierzytelności jako wyjątki wyłączone od zwolnienia z opodatkowania podatkiem VAT.

Dlatego przyjmując powyższy tok myślenia oraz wypracowane stanowisko orzecznicze bazujące na obecnym stanie prawnym należy wskazać, iż błędem byłoby przyjęcie proponowanej treści przepisu art. 43 ust. 16 który mówi, iż zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 36 – 40, nie będą miały zastosowania do czynności w wyniku których następuje przejście ryzyka niewywiązania się przez dłużnika ze zobowiązania. Kluczi się to, bowiem z bezpośrednimi zapisami w VI Dyrektywie i oraz podniesionym uzasadnieniu o chęci ujednolicenia ustawy z zapisami Unijnymi.

Idąc dalej, można pokusić się również o przemyślenie prawidłowości zastosowania zapisu wyłączającego ze zwolnienia z podatku VAT umowę faktoringu.

Jak zaznaczono powyżej w VI Dyrektywie uwidoczniony jest zapis wykazujący brak zwolnienia przy windykacji wierzytelności. Pod tym pojęciem można rozróżnić wiele sytuacji, stosunków prawnych. Jednakże warto wskazać, iż tylko judykatura polska, angielska i szwedzka wyszczególniła w tym zakresie umowę faktoringu (dot. też umowę inkasa), natomiast reszta systemów podatkowo prawnych państw członkowskich nie wspomina w swych uregulowaniach o tego rodzaju usługach. Dlatego kontrowersje prawne wynikają także z obecnego przepisu w ustawie VAT o wyszczególnieniu umowy faktoringu na tle innych ustawodawców. Jednakże analiza tego problemu zasługuje na osobną publikację.

Podsumowanie

Należy zauważyć, iż w świetle opodatkowania podatkiem VAT sprzedaży nabycia wierzytelności głównym punktem odniesienia do uznania obowiązku podatkowego jest przyjęty przez strony model umowy.

Przyjęty model umowy wykazujący jedynie działanie podmiotów, polegające na zawarciu umowy, gdzie podmiot nabywa we własnym imieniu i na własny rachunek cudze wierzytelności za własne środki finansowe, jest zaliczane jako pośrednictwo finansowe zwolnione z opodatkowania VAT. Natomiast głównym punktem zwrotnym dla rozróżnienia samego obrotu wierzytelnościami od obrotu razem ze ściąganiem długów lub umowy faktoringu jest przyjęcie, iż nabywany dług oraz że jego dalsza egzekucja następuje we własnym imieniu nabywcy nie na zlecenie drugiej strony.

Ponadto w zapisach umownych powinien być brak jest innych ubocznych świadczeń na rzecz zbywającego.

Zatem całość transakcji zwolniona z VAT zawiera się w generalnym, całościowym przekazaniu wierzytelności jako aktywa finansowego. Potwierdza to cały szereg orzecznictwa. Jednakże mając na uwadze proponowane zapisy art. 43 ust. 16 do ustawy o VAT, należy przyjąć założenie, iż w momencie wejścia w życie zapisu mówią-

cego, iż w przypadku czynności, w których strona nabywająca wierzytelności wchodzi w miejsce dotychczasowego wierzyciela oraz przejmuje całość ryzyka związanego z wypłacalnością dłużnika, może dojść do całkowitej zmiany w orzecznictwie oraz w systemie obrotu wierzytelnościami w Polsce. Wtedy generalny obrót wierzytelnościami może zostać wyłączony spod zwolnienia oraz opodatkowany stawką 22 % w podatku VAT.

Tymczasowe aresztowanie na tle unormowań konstytucyjnych i międzynarodowych

Tomasz Wójt

„Wolność polega na możliwości czynienia wszystkiego, co nie szkodzi drugiemu. Jej źródłem jest natura, jej zasadą – sprawiedliwość, jej gwarancją – ustawa”¹³. Przytoczony fragment Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, wchodzący w skład Konstytucji Francji z 24 czerwca 1793 r. trafnie oddaje pojęcie wolności. Także Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r.¹⁴ w art. 41 ust. 1 zapewnia każdemu człowiekowi nietykalność i wolność osobistą. W miejscu tym należy wymienić akty prawa międzynarodowego, podnoszące kwestię wolności osobistej człowieka. Art. 9 Powszechnej Deklaracji

Praw Człowieka, przyjętej 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ stanowi, że nikt nie może być poddany arbitralnemu zatrzymaniu i aresztowaniu lub wygnaniu z kraju. Art. 9 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., który wszedł w życie 23 marca 1976 r., a został ratyfikowany przez Polskę 3 marca 1977 r.¹⁵, stanowi, że nikt nie może być samowolnie aresztowany lub zatrzymany. Najważniejszym aktem prawa międzynarodowego jest Europejska Konwencja o Ochronie Praw

Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁶ sporządzona w Rzymie dnia 14 listopada 1950 r. i ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r.¹⁷ Konwencyjny standard tymczasowego aresztowania powinien być odczytywany nie tylko przy uwzględnieniu tekstu samej konwencji, ale także dynamicznie rozwijającego się orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka¹⁸. Polska złożyła deklarację o uznaniu kompetencji Komisji i Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dniem 1 maja 1993 r.¹⁹ 1 listopada 1998 r. wszedł w życie 11 protokół dodatkowy do konwencji, podpisany przez państwa - członków Rady Europy, mocą którego przestała istnieć Europejska Komisja Praw Człowieka, a jej funkcję przejął Trybunał Praw Człowieka²⁰. Polski sąd apelacyjny w jednym z orzeczeń podkreślił rolę Trybunału. Stwierdził, że instytucja tymczasowego aresztowania nie może być nadużywana i nie można pomijać przyjętych w Europie standardów demokratycznego państwa, jak i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²¹.

¹⁶ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej przytaczana jako Konwencja.

¹⁷ Dz. U. z 1993 r., nr 63, poz. 284 i 285.

¹⁸ J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, PiP 2007, nr 7, s. 59.

¹⁹ Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 286.

²⁰ Dalej przytaczany jako Trybunał.

²¹ Post. SA w Katowicach z dnia 5 stycznia 2007 r. (II AKz 833/06), KZS 2007, nr 5, poz. 81.

¹³ P. Sarnecki, *Najstarsze konstytucje z końca XVIII i połowy XIX wieku*, Warszawa 1997, s. 18.

¹⁴ Dz. U. Nr 78, poz. 483.

¹⁵ Dz. U. z 1997 r., nr 38, poz. 167.

Istotnym zagadnieniem dla ochrony praw osoby aresztowanej, jest rola i dopuszczalność bezpośredniego powoływania się na przepisy konwencji. Możliwość taką przewidują przepisy ustawy zasadniczej. Art. 9 Konstytucji RP stanowi, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego. Jest to jednak tylko dyrektywa i pewnego rodzaju domniemanie przestrzegania norm międzynarodowych²², dlatego dopiero art. 91 ust. 1 Konstytucji zawiera legitymację dopuszczalności powoływania się na przepisy konwencji. Zgodnie z tym art. ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana. W myśl ust. 2 art. 91 Konstytucji, umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Europejska Konwencja Praw Człowieka dotyczy wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji, dlatego też do jej ratyfikacji w myśl art. 89 ust. 1 Konstytucji, wymagana była uprzednia zgoda wyrażona w ustawie.

Zasadą przedstawioną w Konwencji jest to, że nikt nie może być pozbawiony wolności z wyjątkiem enumeratywnie wymienionych przypadków i w trybie ustalonym przez prawo. Z jej art. 5 ust. 1 lit. c wynika, że w świetle Konwencji istnieją trzy różne podstawy tymczasowego aresztowania, tj. uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, konieczność zapobieżenia czynu zagrożonego karą oraz uniemożliwienie ucieczki po dokonaniu takiego czynu. W świetle Konwencji tymczasowy areszt jest środkiem o charakterze

procesowym, gdyż jego celem jest zgodnie z przepisami prawa zapobieganie uchylaniu się od wymiaru sprawiedliwości²³.

W jednym z wyroków²⁴ Trybunał wskazał ogólne zasady stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji. W orzeczeniu tym podkreśla, że odmowa zwolnienia z aresztu może nastąpić wyłącznie z powodu niebezpieczeństwa, że oskarżony nie będzie stawiał się na rozprawę albo, że w razie zwolnienia będzie podejmował działania szkodzące wymiarowi sprawiedliwości lub popełni nowe przestępstwo. Kwestia, czy okres pozbawienia wolności jest rozsądny, nie może być oceniana *in abstracto*²⁵, a kontynuacja pozbawienia wolności może być uzasadniona tylko, jeżeli zachodzą konkretne przesłanki rzeczywistej potrzeby interesu publicznego, które przeważają nad zasadą poszanowania wolności oskarżonego²⁶. Jedno z ważniejszych zaleceń Trybunału głosi, że sprawa oskarżonego aresztowanego powinna być rozpoznana w pierwszej kolejności, ze szczególną starannością²⁷.

Wyroki Trybunału, gdy są ostateczne, mają powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Mają one charakter zapatrywań prawnych i nierzadko stają się bezpośrednim impulsem do podjęcia odpo-

²³ Z. Świda, *Podstawy i tryb stosowania tymczasowego aresztowania w świetle reguł prawa międzynarodowego, obowiązującego kodeksu postępowania karnego i projektu zmian kodeksu postępowania karnego z 2002 roku (w:) Współczesny polski proces karny - księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi pod redakcją S. Stachowiaka*, Poznań 2002, s. 176.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie 46133/99 *Smirnov v. Rosja*, Lex nr 80332.

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2001 r. w sprawie 27504/95 *Itowiecki v. Polsce*, Lex nr 48936.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2005 r. w sprawie 9190/03 *Becciev v. Mołdawia*, Lex nr 157757.

²⁷ J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard...*, s. 59.

²² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 140.

wiednich działań legislacyjnych²⁸, zmierzających do zmiany sprzecznych z Konwencją przepisów ustawodawstwa krajowego. Wpływ orzeczeń Trybunału na postępowanie karne bezpośrednio normuje art. 540 § 3 k.p.k. – postępowanie (sądowe, zakończone prawomocnym orzeczeniem) wznawia się na korzyść oskarżonego, gdy potrzeba taka wynika z rozstrzygnięcia organu międzynarodowego działającego na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską.

Zgodnie z postanowieniami Konstytucji RP wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Jednak w demokratycznym państwie nie mogą istnieć prawa i wolności o charakterze bezwzględny i absolutny²⁹. Polska ustawa zasadnicza w art. 31 ust. 3, dopuszcza ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Powyższe unormowanie stanowi konstytucyjną legitymację dla organów procesowych do stosowania środków zapobiegawczych, w tym tymczasowego aresztowania. Formalną przesłanką jest wymóg wyłączności ustawy w ustanawianiu ograniczeń, a materialną przesłanką – konieczność ograniczeń tylko dla ochrony jednej z sześciu wartości enumeratywnie wymienionych w tym przepisie³⁰. Zakres ograniczeń jest więc limitowany. Trybunał Konstytucyjny stwierdził w jednym z orzeczeń, że przesłanka konieczności ograniczenia powinna być rozumiana, jako wymóg stosowania skutecznych środków prawnych i niezbędnych, a więc rzeczywiście służących realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. W przypadku tymczasowego aresztowania tym celem będzie zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania. Z kolei niezbędność należy rozumieć jako korzystanie z środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których wolność ulegnie ograniczeniu. Ingerencja w sferę wolności osobistych oskarżonego powinna pozostawać w odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie³¹. W innym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny orzekł o przydatności odpowiedzi na trzy pytania przez ustawodawcę - czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostaną w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela³². Prawidłowo rozumiana przesłanka konieczności zawiera zatem postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń³³. Trafnie wskazuje się w doktrynie prawa konstytucyjnego, że ograniczenia, o których stanowi art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, muszą być obiektywnie uzasadnione³⁴. Taki pogląd wywodzi się przez odesłanie do art. 2 Konstytucji, stanowiącego, że Rzec-

tuczny stwierdził w jednym z orzeczeń, że przesłanka konieczności ograniczenia powinna być rozumiana, jako wymóg stosowania skutecznych środków prawnych i niezbędnych, a więc rzeczywiście służących realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. W przypadku tymczasowego aresztowania tym celem będzie zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania. Z kolei niezbędność należy rozumieć jako korzystanie z środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których wolność ulegnie ograniczeniu. Ingerencja w sferę wolności osobistych oskarżonego powinna pozostawać w odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie³¹. W innym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny orzekł o przydatności odpowiedzi na trzy pytania przez ustawodawcę - czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostaną w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela³². Prawidłowo rozumiana przesłanka konieczności zawiera zatem postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń³³. Trafnie wskazuje się w doktrynie prawa konstytucyjnego, że ograniczenia, o których stanowi art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, muszą być obiektywnie uzasadnione³⁴. Taki pogląd wywodzi się przez odesłanie do art. 2 Konstytucji, stanowiącego, że Rzec-

²⁸ S. Waltoś, *Proces*, s. 570.

²⁹ Zob. wyrok S.A. w Lublinie z 24 sierpnia 1998 (II AKz 306/98), OSA 1999, nr 9, poz. 66.

³⁰ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 101.

³¹ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r. (P 2/98), OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2.

³² Wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1995 r. (K 11/94), OTK 1995 cz. I, poz. 12.

³³ J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard...*, s. 57.

³⁴ D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 109.

pospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Stosowanie tymczasowego aresztowania implikuje jeszcze jeden problem konstytucyjno-prawny. Mianowicie, w jaki sposób pogodzić stosowanie tego środka z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności polegającą na tym, że każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu³⁵. Zasada ta wywodząca się z prawa rzymskiego i przyjętego założenia uczciwości każdego obywatela (*praesumptio boni viri*)³⁶, znajduje swój wyraz także w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zgodnie z którą każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą, uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą³⁷. Kodeks postępowania karnego w podobny sposób, jak Konstytucja, normuje zasadę domniemania niewinności. W art. 5 § 1 k.p.k. czytamy, że oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem. W przeciwieństwie do k.p.k. z 1969r., obecny kodeks formułuje tę zasadę w formie pozytywnej. Treścią tej zasady jest domniemanie prawne i wzruszalne (*praesumptio iuris tantum*) o dwóch aspektach. W aspekcie procesowym zasada ta obowiązuje od chwili skierowania postępowania przeciwko określonej osobie, aż do uprawomocnienia się wyroku skazującego. Jej aspekt pozaprocesowy oznacza, że jej adresatem jest całe społeczeństwo ze szczególnym akcentem na organy władzy publicznej oraz szeroko rozumiane środki

masowego przekazu³⁸. O tym, jak często w tym ostatnim aspekcie przełamywana jest ta zasada, w barwny sposób napisał S. Waltoś: „Wierzyć w skłonność społeczeństwa do powstrzymywania się od pochopnego osądu osób pozostających pod podejrzeniem o przestępstwo, to tak, jak spodziewać się śniegu na równiku”³⁹. W orzecznictwie panuje trafne przekonanie, że zasada domniemania niewinności nie sprzeciwia się stosowaniu wobec oskarżonego środków zapobiegawczych⁴⁰, a jedynie doznaje ograniczenia z przyczyn pragmatycznych⁴¹.

Wynika to z tzw. koncepcji obiektywistycznej domniemania niewinności⁴², polegającej na tym, że organy procesowe powinny traktować oskarżonego, jak niewinnego dlatego, że ustawa tak nakazuje, a nie dlatego, że tak o nim myślą. Gdyby aresztowania nie stosować, to nie dałoby się niekiedy rozstrzygnąć kwestii zasadniczej dla procesu – zasadności oskarżenia, ponieważ oskarżeni mogliby dowolnie blokować przebieg procesu, czemu aresztowanie ma zapobiegać. Ustawodawca, jako warunek konieczny stosowania środków zapobiegawczych, wymaga istnienia dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa. Nie ma więc miejsca przełamanie zasady domniemania niewinności, gdyż prawodawca nie wymaga istnienia pełnego dowodu

³⁸ Zob. szerzej S. Waltoś, *Domniemanie niewinności w świecie mediów (w:) Problemy stosowania prawa sądowego* – Lublin 2007.

³⁹ S. Waltoś, *Zasada domniemania niewinności a środki masowego przekazu*, *Studia Iuridica* 1997, nr 33, s. 223.

⁴⁰ Post. SA w Katowicach z dnia 2 kwietnia 2003 r. (II AKz 268/03), OSA 2004, nr 4, poz. 23.

⁴¹ Post. SA w Krakowie z dnia 23 lipca 2003 r. (II AKz 300/03), KZS 2003, nr 7-8, poz. 60.

⁴² T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie*, 2005, s. 140.

³⁵ Art. 42 ust. 3 Konstytucji RP.

³⁶ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 136 i n.

³⁷ Art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

winy⁴³. Co więcej, domniemanie niewinności nie oznacza subiektywnego przekonania organu prowadzącego postępowanie, że oskarżony jest niewinny⁴⁴. Łatwo zauważyć, że stosowanie tymczasowego aresztu celem zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania w sposób faktyczny ogranicza zasadę domniemanie niewinności, ale jej nie przełamuje. Ograniczenie zasady do-

domniemanie niewinności przejawia się w zawężeniu możliwości obrony swoich praw, z powodu osadzenia w areszcie śledczym. Inna jest jednak sytuacja, gdy stosuje się ten środek zapobiegawczy w oparciu o istnienie podstaw o charakterze represyjnym. W takim przypadku, zastosowanie tymczasowego aresztowania godzi w zasadę domniemanie niewinności⁴⁵.

⁴³ F. Rosengarten, *Tymczasowe aresztowanie a gwarancje procesowe*, Palestra. 1973, nr 9, s. 44.

⁴⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym – komentarz*, Warszawa 2008, s. 58.

⁴⁵ P. Kruszyński, *Podstawy tymczasowego aresztowania – de lege lata i de lege ferenda*, *Studia Iuridica* 1997, nr 33, s. 153.

Odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania podatkowe

Katarzyna Fiałkowska

Odpowiedzialność za cudzy dług została wprowadzona do Ordynacji podatkowej w celu ochrony wierzyciela, jakim, w przypadku zobowiązań publicznoprawnych, jest Skarb Państwa albo Skarb jednostek samorządu terytorialnego.

Co do zasady podstawą tej odpowiedzialności jest istnienie pewnego związku ekonomicznego między podatnikiem, płatnikiem czy inkasentem oraz pobieranie pewnych korzyści majątkowych z tytułu tego związku. W przypadku członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, podstawą odpowiedzialności jest kierowanie pewnym podmiotem posiadającym osobowość prawną i wykonywanie związanych z tym obowiązków⁴⁶. Odpowiedzialność ta jest ponoszona niezależnie od przysporzenia majątkowego (członkowie zarządu mogą pobierać wynagrodzenie za swoją pracę, jeśli umowa spółki nie stanowi inaczej to znaczy, że mogą oni wykonywać swoje obowiązki nieodpłatnie)⁴⁷.

Członek zarządu jako osoba trzecia.

Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki wynika z art. 299 Kodeksu spółek handlowych⁴⁸, natomiast odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe wynika wprost z art. 107 ordynacji podatkowej. Odpowiedzialność ta jest określana mianem „odpowiedzialności osób trzecich”, która dotyczy również innych podmiotów, które są enumeratywnie wymienione z rozdziale 15 Ordynacji podatkowej⁴⁹ (żadne inne podmioty nie mogą ponosić odpowiedzialności za cudzy dług).

Odpowiedzialność osób trzecich ma miejsce wówczas, gdy jest konieczne zastępcze wykonanie zobowiązania podatkowego, ale również w sytuacji, gdy realizacja zobowiązania przez pierwotnego dłużnika nie daje gwarancji pełnego wykonania zobowiązania podatkowego i zachodzi konieczność wydania orzeczenia o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej⁵⁰.

⁴⁶ Mastalski Ryszard, Prawo podatkowe, Warszawa 2006, s. 267-271;

⁴⁷ Mariański Adam, Krolak Adam, Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. w świetle przepisów prawa handlowego i podatkowego, Warszawa 2004, s. 155;

⁴⁸ Ustawa z dn. 15.09.2000r - Kodeks Spółek Handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.; ost. zm. Dz. U. 2009, Nr 13 poz. 69).

⁴⁹ Ustawa z dn. 29.08.1997 r. - Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 Nr 8, poz. 60 ze zm., ost. zm. Dz. U. 2009, Nr 168, poz. 1323).

⁵⁰ Tamże, 266.

Podstawy odpowiedzialności.

Z uwagi na niekorzystną regulację odpowiedzialności członków zarządu jako osób trzecich można zaobserwować pewne elementy stopniowego łagodzenia ostrości regulacji art. 116 Ordynacji podatkowej, służące ochronie członka zarządu i polepszeniu jego sytuacji. Celowi temu niewątpliwie służy z jednej strony znaczne uściślenie niektórych pojęć i zwrotów użytych w treści tego artykułu, z drugiej – wskazywana powszechnie potrzeba ustalania w konkretnym przypadku realnego wpływu członka zarządu na dokonanie przezeń we właściwym czasie zgłoszenia wniosku o upadłość spółki.

Jednym z podstawowych problemów w stosunku do rozważanego rozwiązania odpowiedzialności członków zarządu pozostaje kwestia bezskuteczności egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która stanowi bezpośrednią podstawę wytoczenia powództwa przeciwko członkom zarządu spółki. Członek zarządu może być bowiem pociągnięty do odpowiedzialności za zobowiązania publicznoprawne spółki dopiero wtedy, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się w całości lub w części bezskuteczna. Pojęcie egzekucji nie jest jednak zdefiniowane wprost w przepisach prawa podatkowego, a ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁵¹ wskazuje jedynie na pojęcie czynności egzekucyjnej - są to wszelkie podejmowane przez organ egzekucyjny działania zmierzające do zastosowania lub zrealizowania środka egzekucyjnego. Pojęcie egzekucji wiąże się z przymusowym ściąganiem

należności. O bezskuteczności lub skuteczności egzekucji decydują podjęte czynności egzekucyjne. O skuteczności egzekucji można mówić wówczas, gdy zostanie osiągnięty oczekiwany rezultat w postaci wyegzekwowania kwoty długu. Bezskuteczność egzekucji zachodzi w sytuacji, w której nie ma wątpliwości, że nie zachodzi żadna możliwość zaspokojenia egzekwowanej wierzytelności z jakiegokolwiek części majątku spółki. Dawniej wierzyciel dochodząc realizacji należnych mu zobowiązań nie musiał wykazać, iż wykorzystał wszystkie możliwe środki egzekucji. Wystarczyło chociażby samo wykazanie, że majątek spółki nie daje możliwości zaspokojenia kosztów postępowania egzekucyjnego. Obecnie takie działanie nie wystarczy tzn. nieudana egzekucja tylko z części majątku lub przeprowadzona z wykorzystaniem jednego ze sposobów egzekucji⁵². Poprzednia regulacja silniej chroniła interesy wierzyciela, ponieważ nawet, jeżeli pozostało jakieś mienie spółki, z którego wierzyciel mógłby zostać zaspokojony, to zostanie ono ujawnione w przez członków zarządu, którzy chcąc uwolnić się od odpowiedzialności, będą dążyli do wykazania powyższego mienia⁵³. Co do formy wykazania bezskuteczności egzekucji w jednym z wyroków zwrócono uwagę, że ustawodawca nie wymaga, by bezskuteczność egzekucji stwierdzona była w sposób formalny⁵⁴, to jednak, formalny akt organu egzekucyjnego w postaci postanowienia komornika o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z powodu bezskuteczności egzekucji stanowi

⁵² Wyrok WSA z dn. 06.09.2007 r., III SA/Wa 3951/06, niepubl., MoP 2009, nr 1.

⁵³ Orzeczenie SN z dn. 09.06.1937r., C I 1927/36, OSNC 1938, Nr 4, poz. 184; uchwała SN z 09.08.1993r., III CZP 116/93, MoP 1994, Nr 1, s. 11.

⁵⁴ Wyrok WSA z dn. 10.05.2007 r. sygn. I SA/ Gd 693/06, Lex nr 253947.

⁵¹ Ustawa z dn. 17.06.1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jednolity: Dz.U. 2005, Nr 229, poz. 1954 ze zm., ost. zm. Dz.U. 2009, Nr 39, poz. 308).

istotną gwarancję zabezpieczającą osobę trzecią przed przedwczesnym i nieuzasadnionym orzeczeniem jej odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki⁵⁵.

Pomimo wzorowania przesłanek odpowiedzialności podatkowej na regulacji określonej w art. 299 § 1 Kodeksu spółek handlowych, ustawodawca wyraźnie zaostrzył odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania podatkowe spółek kapitałowych. NSA wskazał, że organ podatkowy prowadzący postępowanie obowiązany jest do podjęcia wszelkich działań w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym a także do wyczerpującego rozpatrzenia całego materiału dowodowego, również w odniesieniu do ustalenia przesłanki bezskuteczności egzekucji w całości lub w części⁵⁶. Należy więc uznać, że dla stwierdzenia zaistnienia przesłanki bezskuteczności egzekucji konieczne jest wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Jego przeprowadzenie daje możliwość dokładniejszego poznania sytuacji majątkowej spółki oraz wyegzekwowania długu od podatnika, czyli osoby, na której ciąży obowiązek podatkowy. Natomiast potwierdzeniem wykazania powyższej bezskuteczności powinno być wydane przez organ prowadzący postępowanie w tym zakresie, stosowne postanowienie. Praktyka pokazuje jednak, że takie rozwiązanie nie zawsze jest celowe. Katalog środków za pomocą, których dopuszczalne jest wykazanie bezskuteczności egzekucji z majątku spółki jest katalogiem otwartym. Dowodem w tym zakresie mogą być np.: księgi rachunkowe, sprawozdania finansowe, wyjawienie majątku w trybie

art. 913 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁷. Stąd też, możliwe jest zastosowanie każdego środka, który wykaże, że jeżeli zostałyby przeprowadzone postępowanie egzekucyjne, to okazałyby się ono bezskuteczne. Najczęściej stosowaną przesłanką w tym zakresie jest dowód, z którego wynika w sposób oczywisty, że wartość majątku spółki nie jest w stanie zaspokoić wszystkich wierzycieli w równym zakresie. Konkludując, nie trzeba wszczynać postępowania egzekucyjnego w celu wykazanie bezskuteczności egzekucji, jeżeli istnieją inne środki w okolicznościach danej sprawy, które mogą osiągnąć taki sam rezultat.

Kolejną istotną kwestią jest określenie zakresu podmiotowego tej odpowiedzialności. Co do zasady odpowiedzialność ponoszą członkowie zarządu powołani do pełnienia tej funkcji uchwałą zgromadzenia wspólników, którzy po zapoznaniu się z sytuacją finansową spółki nie podjęli stosownych działań zmierzających do zaspokojenia wierzycieli spółki. Powyższa sytuacja wydaje się być problematyczna, przede wszystkim dlatego, że przepisy w żaden sposób nie regulują pojęcia „pełnienia funkcji członka zarządu”. Należy w tym zakresie odwoływać się do potocznego znaczenia tych słów. Okazuje się, że jest to termin wieloznaczny: może, bowiem oznaczać pełnienie, sprawowanie, wykonywanie określonych czynności bądź funkcji, ale także obejmowanie, bądź piastowanie jakiegoś stanowiska⁵⁸. Interpretując zakres pojęcia "pełnienie obowiązków" w rozumieniu art. 116 § 2 Ordynacji podatkowej należy więc rozstrzygnąć, czy chodzi tu o formalne (bierne) sprawowanie

⁵⁵ Wyrok WSA z dn. 7.11.2007r., sygn. I SA/Ol 276/07, Lex nr 361345.

⁵⁶ Uchwała NSA z dn. 08.12.2008, sygn. II FPS 6/08, ONSAiWSA 2009, nr 2, poz. 19.

⁵⁷ Dulęba D., Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 Kodeksu spółek handlowych, s. 21.

⁵⁸ Markowski A. (red.), Słownik poprawnej polszczyzny, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 1999.

funkcji członka zarządu, czy też rzeczywiste (czynne) wykonywanie związanych z tą funkcją czynności. Obecna linia orzecznicza zakłada jednak, że nie ma znaczenia, czy funkcja ta była faktycznie wykonywana, czy też członkowie zarządu biernie przyglądali się funkcjonowaniu spółki. Istotny jest sam fakt powołania przez Zgromadzenie wspólników na stanowisko członka zarządu. Należy również pamiętać, że na bazie przepisów Ordynacji podatkowej, w odróżnieniu od regulacji Kodeksu spółek handlowych, odpowiedzialność członków zarządu nie jest odpowiedzialnością na zasadzie winy – w tym zakresie bierze się pod uwagę należyte wykonywanie swoich obowiązków i w związku z tym wykazanie należytej staranności. Jednakże, czy można pociągnąć do odpowiedzialności tych członków zarządu, którzy ze względu na wewnętrzne regulacje spółki nie mieli w ogóle dostępu do dokumentacji finansowej spółki, a zwłaszcza do ksiąg rachunkowych? Czy należy wymagać od każdego członka zarządu, aby posiadał informacje o bieżącej sytuacji finansowej spółki? Jeżeli przeglądanie dokumentacji spółki nie należy do zadań danego podmiotu, nie może on skutecznie zgłosić wniosku o ogłoszenie upadłości w celu przywrócenia równowagi finansowej spółki. Należy więc uznać to za przesłankę braku winy w niepodjęciu powyższych działań, bowiem takim członkom zarządu nie można postawić zarzutu niedbalstwa. Z drugiej jednak strony prawo do prowadzenia spraw spółki, a zatem również posiadania informacji o stanie majątkowych spółki, jest jednocześnie obowiązkiem ustawowym członka zarządu spółki, wynikającym z art. 201 Kodeksu spółek handlowych. Dlatego też nie wydaje się, moim zdaniem, możliwe takie skonstruowanie umowy spółki lub też dokumentu określającego sposób działania

zarządu spółki, które wyłącza całkowicie możliwość członka zarządu spółki do zasięgnięcia informacji o zasadniczych danych dotyczących finansów spółki. Byłoby to, bowiem sprzeczne z ustawą.

Z zakreśleniem kręgu członków zarządu spółki odpowiedzialnych za jej zobowiązania wiąże się dość istotne pytanie odnoszące się do tego, czy okres bycia członkiem zarządu należy liczyć od dnia powołania przez właściwy organ spółki na funkcję członka zarządu, czy też od dnia wpisu tego członka zarządu do rejestru przedsiębiorców. W zasadzie nie ma sporu, co do tego, że ze względu na deklaracyjny charakter wpisu członka zarządu do tego rejestru, o ponoszeniu odpowiedzialności nie decyduje fakt, czy dana osoba figuruje, czy figurowała, jako członek zarządu w rejestrze przedsiębiorców. Zadaniem organu podatkowego w tym zakresie jest, więc przede wszystkim przeprowadzenie kompleksowego postępowania wyjaśniającego i skompletowanie wystarczającego materiału dowodowego, w celu ustalenia okoliczności i czasu pełnienia funkcji członka zarządu, przez podmiot, przeciwko któremu powyższe postępowania są prowadzone. W postępowaniu administracyjnym funkcjonuje zasada obarczenia ciężarem dowodzenia podmiotu, który z danego faktu wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Zasada ta nie ma jednak zastosowania w przypadku powyższego postępowania. Zgodnie z art. 122 Ordynacji podatkowej w toku postępowania to właśnie organy podatkowe podejmują wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym. "W postępowaniu administracyjnym nie obowiązuje formalna teoria dowodowa, wg której daną okoliczność można udowodnić wyłącznie przy pomocy takiego,

a nie innego środka dowodowego, ani też zasada, że rola organu orzekającego to rola biernego podmiotu oczekującego na dowody zaoferowane przez stronę. Wręcz przeciwnie, rządząca postępowaniem administracyjnym zasada oficjalności (art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego⁵⁹) wymaga, by w toku postępowania organy administracji publicznej podejmowały wszelkie kroki niezbędne do wyjaśnienia i załatwienia sprawy i dopuszczały jako dowód wszystko, co może przyczynić się do jej wyjaśnienia, a nie jest sprzeczne z prawem, a więc by z urzędu przeprowadzały dowody służące ustaleniu stanu faktycznego sprawy.⁶⁰ Powyższe obowiązki organu podatkowego w zakresie aktywności w prowadzonym postępowaniu podatkowym nie mają jednak na celu wzmoczenie bierności strony powyższego postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy nieudowodnienie określonej okoliczności faktycznej może prowadzić do rezultatów dla strony niekorzystnych. Niestety w praktyce, to właśnie członek zarządu musi wykazać, za jaki okres czasu ponosi on odpowiedzialność za zaległości podatkowe w charakterze osoby trzeciej. Dzieje się tak, iż to właśnie wskazany podmiot posiada największą wiedzę z zakresu wykonywania mandatu członka organu reprezentatywnego w spółce. Organ podatkowy w celu ujawnienia wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności zobowiązany jest współpracować z członkiem zarządu, w celu wyjaśnienia wszelkich niejasności. Problem pojawia się jednak w sytuacji, gdy członek zarządu nie będzie w stanie potwierdzić daty powołania i odwołania z funkcji członka zarządu.

⁵⁹ Ustawa z dn. 14.06.1960 r. - Kodeks Postępowania Administracyjnego (tekst jednolity: Dz.U.00, Nr 98, poz. 1071 ze zm., ost. zm. Dz.U. 2008, Nr 229, poz. 1539).

⁶⁰ wyrok NSA z dn. 29.11.2000 r., sygn. akt V SA 948/00; LEX nr 50114.

Czy w takiej sytuacji funkcje posiłkową będzie pełniła data wpisu i wykreślenia z rejestru handlowego?

Wyłączenie odpowiedzialności.

Istotną kwestią do rozważenia w zakresie odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki są również przesłanki egzoneracyjne. W tym zakresie ustawodawca wyraźnie wskazał możliwości, z jakich może skorzystać członek zarządu w tym zakresie. Prawo, aby było skuteczne musi być precyzyjne. Niekiedy jednak pewne regulacje są niepotrzebne, bądź też wzajemnie się wykluczają. Ma to właśnie miejsce w zakresie przesłanek wyłączających odpowiedzialność członków zarządu w charakterze osoby trzeciej. Jak wykazałam powyżej, Ordynacja podatkowa przewiduje w tym zakresie trzy przesłanki. Jedną z nich jest możliwość wskazania przez członka zarządu mienia, z którego możliwe jest zaspokojenie zobowiązania wierzyciela w znacznej części. Mimo, iż przepisy prawa powinny być precyzyjne, w taki sposób, aby nie było żadnych luk w prawie, ustawodawca posłużył się w tej regulacji pojęciem nieostrym. Trudno, bowiem określić, co oznacza zaspokojenie roszczenia wierzyciela w znacznej części. Konstrukcja definicji powyższego określenia dokonywana jest każdorazowo przez organ podatkowy, po zebraniu i ocenie materiału dowodowego. Z jednej strony daje to możliwość dostosowania konstrukcji terminu „znaczna część zobowiązania” do rzeczywistej wartości wierzytelności w danym przypadku. Z drugiej jednak strony, osoba trzecia zdana jest całkowicie na „łaskę” organu podatkowego, który w powyższej sytuacji korzysta w władztwa państwowego. Niekiedy może działać

to na niekorzyść podatnika, jednak kwestia ta nie jest najważniejsza w tym zakresie. Podstawowym warunkiem wyłączenia odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki jest skuteczność egzekucji z majątku pierwotnego dłużnika. Co oznacza, że spółka posiada majątek, w wyniku czego egzekucja z majątku członka zarządu nie będzie brana pod uwagę. W sytuacji, gdy spółka nie posiada majątku, w celu dokonania powyższej czynności, członek zarządu ponosi odpowiedzialność zamiast spółki. Warunkiem wyłączenia tej odpowiedzialności jest w pewnym zakresie zaprzeczenie wcześniej wykazanej bezskuteczności i ujawnienie majątku spółki, z którego wierzyciel może zostać choć w pewnym zakresie zaspokojony. Skoro wcześniej nie można było wskazać mienia spółki pozwalającego na zaspokojenie wierzycieli spółki to, jakie są szanse wskazanie mienia, który chociaż w niepełnym zakresie zaspokoi powyższych wierzycieli? Jedno zdarzenie zaprzecza drugiemu. Można by było w tym zakresie wnioskować, że spółka zataiła przed wierzycielem część swojego majątku, tym samym działała sprzecznie z prawem. W takiej sytuacji członek zarządu, nie będący związany ze spółką żadnymi więzami lojalnościowymi a jedynie stosunkiem zatrudnienia (umowa o pracę, umowy cywilne), będzie zmierzał do wykazania istnienia powyższego majątku, w celu ochrony własnego interesu.

W zakresie odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki zastosowanie mają również przepisy prawa upadłościowego⁶¹. Przedmiotem zainteresowania w tym zakresie jest przede wszystkim sama upadłość oraz okoliczności, które

zmuszają do jej zgłoszenia. Ogłoszenie upadłości powinno nastąpić w ciągu dwóch tygodni od dnia pojawiania się przesłanek uzasadniających stwierdzenie niewypłacalności spółki. Zapoznanie się z dokumentacją spółki może jednak trwać dłużej niż dwa tygodnie. Przeszkodami w tym zakresie mogą być różne wypadki losowe - nieprawidłowości w księgach rachunkowych, nieobecności osób odpowiedzialnych za ich prowadzenie itp. Członkowie zarządu mimo zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości zostaną pociągnięci do odpowiedzialności - nawet, jeśli wykażą brak winy w opóźnieniach, i tak poniosą odpowiedzialność za same koszty postępowania. Członek zarządu może odpowiadać za długi podatkowe spółki, jeśli we właściwym czasie nie zgłosi wniosku o upadłość. Nie można jednak uznać, że tym właściwym czasem jest okres dwóch tygodni od jednej konkretnej daty, w jakiej wystąpiły przyczyny wnioskowania o upadłość. Żaden, bowiem przepis nie zabrania wnioskowania później.

Niestety nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek odstępstwo od powyższego terminu, a możliwość taka nie wynika też z żadnego przepisu, co wynika z wyroku NSA⁶². W ocenie sądu nie można jednak przyjąć, że właściwy czas związany jest z jednorazową sytuacją, czyli że jest to jakiś konkretny dzień, czy dwa tygodnie od tego dnia. Żaden przepis nie zabrania zgłoszenia wniosku później i zdaniem sądu każdy członek zarządu, bez względu na czas, w jakim pełni on swoją funkcję, powinien działać z należytą starannością i troszczyć się interesy spółki, którą reprezentuje lub reprezentował.

Sporne wydaje się również samo pojęcie niewypłacalności, które nie zostało dostatecznie

⁶¹ Ustawa z dn. 28.02.2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jednolity: Dz. U. 2009, Nr 17, poz.1361 ze zm., ost. zm. Dz.U. 2009, Nr 191, poz. 1484).

⁶² Wyrok NSA z dn. 06.07.2006, sygn. I FSK 1115/05, niepublikowany, MoPod 2007, nr 5.

określone w przepisach prawa. Nieprecyzyjne zdefiniowanie tego terminu niekiedy powoduje problemy w ocenie sytuacji oraz czynników, które powinny być identyfikowane jako uzasadniające ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania układowego z wierzycielami. W orzecznictwie nie ma zgody w tym zakresie. Niewypłacalność może być, bowiem identyfikowana z dwiema sytuacjami, po pierwsze, gdy zobowiązania spółki przekraczają wartość jej aktywów, mimo to spółka wywiązuje się na bieżąco z ciężących na niej zobowiązań, po drugie, gdy spółka nie jest w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań, ani bieżących ani przyszłych albo tylko przyszłych. Są to dwie różne sytuacje, w których jedna jest następstwem drugiej. Spółka staje się niewypłacalna w toku pewnego procesu, nie traci ona całego swojego majątku z dnia na dzień. Celem zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości i przeprowadzenie postępowania układowego jest zaspokojenie wierzycieli, jednakże to na członkach zarządu ciąży obowiązek zainicjowania powyższych działań. Konieczne jest więc ustalenie, jak daleko idąca niewypłacalność spółki jest w tym zakresie brana pod uwagę. Im szybciej zostanie zgłoszony wniosek tym większe prawdopodobieństwo, że wierzyciele zostaną zaspokojeni.

Co leży zarówno w interesie samej spółki, jak i w interesie członków zarządu.

Podsumowanie

Jak widać powyżej, regulacje dotyczące odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki ulegają coraz większemu złagodzeniu. Zresztą zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej skonkretyzowanej w art. 187 Ordynacji podatkowej, organy podatkowe mają obowiązek zebrania oraz rozpatrzenia w sposób wyczerpujący całego materiału dowodowego pomimo, iż to członkowie zarządu muszą wykazać istnienie przesłanek egzoneracyjnych. Obowiązek ten pełni funkcję posiłkową względem materiału zebranego przez członków organów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Członek zarządu może być, więc pociągnięty do odpowiedzialności dopiero, gdy organ podatkowy wykaże, iż członek władz spółki ponosi winę w wyniku nie zgłoszenia stosownego wniosku o ogłoszeniu upadłości spółki lub otwarcia postępowania układowego, a ponadto wierzyciel spółki nie uzyskał zaspokojenia z majątku spółki⁶³. Jest to zarówno ochrona praw członków zarządu spółki, jak i gwarancja przestrzegania zasad demokratycznego państwa prawnego.

⁶³ Mariański Adam, Krolak Adam, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. w świetle przepisów prawa handlowego i podatkowego*, Warszawa 2004, s. 237.

Quasi – list żelazny

Marcin Ziólkowski

Tradycyjnie pomoc prawna w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych oparta jest na wachlarzu instrumentów prawnych. Działają one za zwyczaj na zasadzie wniosku kierowanego przez jedno państwo do drugiego. Obecny etap współpracy w gromadzeniu dowodów, a zwłaszcza w ramach współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej, odwołuje się do wzajemnego uznawania decyzji w sprawach karnych⁶⁴. Takie rozwiązanie ma na celu przyspieszenie i ułatwienie postępowania. Jednakże zastosowanie takiej procedury wiąże się z pewnymi trudnościami. Najważniejszym mankamentem owej instytucji jest brak bezpośredniego kontaktu z materiałem dowodowym, uniemożliwiającym ich swobodną ocenę przez sędziego. Trafnie Sąd Najwyższy zauważył, że: „ dla oceny dowodu, zwłaszcza osobowego, ważna jest nie tylko treść wypowiedzi, lecz także ocena osoby ją wyrażającej, jej właściwości charakteru, zasad, poziomu intelektualnego i moralnego, stanu emocjonalnego w czasie spostrzegania i przesłuchiwania, zdolności do spostrzegania i zapamiętywania oraz odtwarzania spostrzeżeń”⁶⁵. A zatem dowody zyskują prawidłowe znaczenie tylko w przypadku, gdy sąd samodzielnie może zaobserwować określone działania,

wypowiedzi świadków i biegłych. Umożliwia to wyrobienie sobie poglądu przez sąd na temat kompetencji biegłych i świadków oraz możliwość postrzegania przez nich okoliczności sprawy. Tymczasem dowody pochodzące z innego państwa członkowskiego są wyrwane z kontekstu sprawy oraz stanowią odstępstwo od zasady bezpośredniości⁶⁶. Mając na uwadze powyższe, instytucja quasi – listu żelaznego, będącego instrumentem pomocy prawnej w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych, jest nadal aktualną i sprawdzoną instytucją pozwalającą na realizację naczelných zasad procesu karnego w Polsce.

Polski ustawodawca podstawy i warunki stosowania quasi – listu żelaznego unormował w art. 589 kodeksu postępowania karnego⁶⁷, będącego dosłownym powtórzeniem obowiązującego poprzednio art. 522 k.p.k. z 1969 r.⁶⁸ Jednakże nie jest to jedyne źródło, które sądy mogą zastosować w przypadku pojawienia się potrzeby zastosowania tego „swoistego immunitetu”. Ochrona świadka i biegłego przewidziana jest także w umowach międzynarodowych, których Polska jest stroną:

⁶⁴ Założenia wypracowane na posiedzeniu Rady Europejskiej w Tempere w dniach 15 – 16 października 1999 r.

⁶⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 października 1980 r., V KRN 96/80, OSNKW 1981, z. 36.

⁶⁶ H. Kuczyńska, Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej, Warszawa 2008, s. 131.

⁶⁷ Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555.

⁶⁸ Dz. U. z 1969 r., nr 13, poz. 96.

1). Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzona w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r.⁶⁹ (dalej konwencja NZ z 1988 r.).

2). Europejskiej Konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych, sporządzonej w Strasburgu dnia 20 kwietnia 1959 r.⁷⁰ (dalej EKPPSK z 1959 r.). Rozwiązania przyjęte w wyżej wymienionych aktach normatywnych różnią się jednak od regulacji przyjętej na gruncie art. 589 k.p.k.

Instytucja uregulowana w art. 589 k.p.k. nie jest nazywana jednolicie, w doktrynie najczęściej używa się określenia quasi – list żelazny⁷¹, a także gwarancja dla świadka i biegłego⁷² oraz swoisty immunitet⁷³.

Przepis ten zawiera szczególne unormowanie sytuacji prawnej i procesowej świadka i biegłego. *Ratio legis* owej instytucji polega na skłonieniu osób przebywających za granicą do stawienia przed polskim sądem i wystąpienia w charakterze świadka lub biegłego⁷⁴. Zapewnienie nietykalności osobistej osobie, do której kierowane jest wezwanie umożliwia realizację zasady prawdy materialnej oraz zasady bezpośredniości.

⁶⁹ Dz. U. z 1995 r., nr 15, poz. 69.

⁷⁰ Dz. U. z 1999 r., nr 76, poz. 854.

⁷¹ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 979; M. Jachimowicz, *Quasi list żelazny*, *Gazeta Sądowa* 2006, nr 1; M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 367.

⁷² S. Waltoś, *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 437.

⁷³ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks Postępowania Karnego, komentarz, t. III*, Warszawa 2007, s. 478.

⁷⁴ S. Steinborn (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom II, Kraków 2006, s. 530.

Zakres osobowy immunitetu został ograniczony tylko do osób nieposiadających obywatelstwa polskiego. Nie ma zatem zastosowania do świadka lub biegłego przebywającego za granicą, a który jest obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, chociażby posiadał również obce obywatelstwo. Natomiast nie ma wpływu na możliwość użycia tej instytucji fakt, że osoba wezwana tylko czasowo przebywa za granicą, a jej stałe miejsce zamieszkania znajduje się w Polsce. Zakres podmiotowy quasi – listu żelaznego nie dotyczy oskarżonego, któremu sąd okręgowy może wydać list żelazny w przypadku spełnienia przez niego przesłanek z art. 281 – 283 k.p.k. A zatem przyjęta przez polskiego ustawodawcę instytucja unormowana w art. 589 k.p.k. zawiera liczne ograniczenia.

Swoisty immunitet dotyczy wyłącznie świadka oraz biegłego nieposiadających obywatelstwa polskiego pomimo, że stosownie do treści art. 204 § 3 k.p.k. przepisy dotyczące biegłych, stosuje się odpowiednio do tłumacza. Zgodnie z brzmieniem art. 206 §1 k.p.k. przepisy dotyczące biegłych stosuje się odpowiednio do specjalistów z wyjątkiem art. 194, 197, 200 i 202 k.p.k. Regulacja w tym przedmiocie wskazuje na „niedopatrzanie ustawodawcy”. Brak bowiem jakichkolwiek negatywnych przesłanek ku temu, aby uprawnienie wywodzone z art. 589 k.p.k. rozszerzyć również na tłumacza i specjalistę⁷⁵.

Quasi – list żelazny w odróżnieniu od listu żelaznego wynika z ustawy, a nie z decyzji organu procesowego⁷⁶. Warunkiem uzyskania ochrony wynikającej z komentowanego przepisu jest dobrowolne stawienie się świadka lub biegłego

⁷⁵ M. Jachimowicz, *Quasi list żelazny*, *Gazeta Sądowa* 2006, nr 1, s. 25.

⁷⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1218

przed sądem na jego wezwanie. Natomiast samo przybycie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i niestawienie się w sądzie w charakterze świadka lub biegłego nie stwarza ochrony przewidzianej w art. 589 k.p.k. Wersja zaprezentowana przez polskiego ustawodawcę zawiera dość kontrowersyjne ograniczenie polegające na „obowiązku” stawienia się przed sądem, podczas gdy tożsame instytucje zawarte w umowach międzynarodowych, opierają się na szerszym pojęciu „organów sądowych”⁷⁷. Pod terminem „organu sądowego” w przypadku EKPPSK z 1959r., zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Polskę rozumie się, także prokuratora. Zdaniem M. Płachty brak jest merytorycznych podstaw przemawiających za tak wąskim ujęciem tego przepisu. Ponieważ sąd nie ma jakichkolwiek podstaw do wydawania decyzji przyznającej gwarancję podmiotom wskazanym w ustawie, nie może także odwołać tego immunitetu⁷⁸. Omawiana instytucja może mieć zastosowanie zarówno w postępowaniu jurysdykcyjnym w pierwszej, jak i w drugiej instancji. Nie można, także wykluczyć możliwości jej użycia w przypadku przesłuchania świadka w postępowaniu przygotowawczym przez sąd w trybie art. 316 § 3 k.p.k.

Świadek lub biegły, będąc wezwany w celu stawienia się przed sądem w momencie przekraczania granicy polskiej automatycznie uzyskuje gwarancje wynikające z tej normy. Wprawdzie przepis stanowi, że należy „stawić się dobrowolnie przed sądem”, jednakże nie oznacza to, iż z dobrodziejstwa korzysta dopiero ten,

⁷⁷ M. Płachta (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2003, s. 505.

⁷⁸ T. Grzegorzczak, Zapewnienie świadkowi, biegłemu lub oskarżonemu nietykalności osobistej w procesie karnym, Prokuratura i prawo 1996, nr 9, s. 30.

kto stawi się fizycznie w sądzie⁷⁹. Takie rozumienie przepisu pozbawiałoby sensu opisaną instytucję i mogłoby powodować pewnego rodzaju „wynaturzenia” polegające na możliwości zatrzymania albo aresztowania świadka lub biegłego, a następnie przymusowe doprowadzenia go do sądu. Dla zabezpieczenia swoich praw osoba objęta działaniem gwarancji powinna przedstawić odpowiedniemu organowi (Policji czy Straży Granicznej) wezwanie wydane przez sąd, które zostało doręczone świadkowi lub biegłemu wraz z pouczeniem o treści § 1 – 3 omawianego przepisu. Zatrzymanie lub tymczasowe aresztowanie wbrew omawianemu przywilejowi stanowi podstawę do domagania się odszkodowania za niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. W przypadku, gdy podmiot objęty działaniem normy zawartej w art. 589 k.p.k. po przekroczeniu granicy nie może od razu stawić się fizycznie w sądzie z przyczyn od niego niezależnych (z powodu choroby czy wypadku) zgodnie z ratio legis przepisu nadal przysługuje mu immunitet nietykalności.

Zakres gwarancji przyznanej świadkowi czy biegłemu jest stosunkowo szeroki. Zapewniono, bowiem, że nie będzie on ani ścigany, ani zatrzymany (pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno zatrzymanie w trybie art. 244 k.p.k. oraz przymusowe doprowadzenie na podstawie art. 285 § 2 k.p.k.), ani tymczasowo aresztowany w związku z przestępstwem będącym przedmiotem postępowania, w którym ma składać swoje oświadczenie dowodowe, a także w związku z jakimkolwiek innym przestępstwem popełnionym przed przekroczeniem granicy Rzeczypospolitej Polskiej.

⁷⁹ Ibidem.

Ponadto wobec tej osoby nie może być wykonana jakakolwiek kara za przestępstwo, która została już prawomocnie orzeczona. A zatem świadek lub biegły uzyskuje gwarancję nieodpowiedzialności przed polskimi organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości za jakiekolwiek przestępstwo popełnione przez niego przed przybyciem do Polski. W doktrynie pojawia się jednak wątpliwość, czy ustawodawca w § 1 wymienił wyczerpująco wszystkie formy pozbawienia wolności, również krótkotrwałego. Dlatego też podnosi się, iż należałoby zastosować ogólne sformułowanie, które oprócz zakazu ścigania i wykonania kary generalnie zakazywałoby pozbawienia wolności w każdej formie⁸⁰.

W piśmiennictwie pod pojęciem „ścigania” należy rozumieć prowadzenie postępowania oraz dokonywanie czynności procesowych wymierzonych przeciwko osobie, włącznie z postępowaniem w sprawach o wykroczenia⁸¹. Immunitet wskazany w art. 589 k.p.k. nie obejmuje natomiast zatrzymania lub tymczasowego aresztowania związanego z przestępstwem popełnionym po przybyciu do Polski, a także pozbawienia wolności w związku z jakimkolwiek wykroczeniem lub wykroczeniem skarbowym (zarówno popełnionym przed, jak i po przekroczeniu polskiej granicy).

W doktrynie pojawiają się wątpliwości dotyczące rozumienia znamienia „jakiekolwiek przestępstwo”. Zdaniem T. Grzegorzcyka sformułowanie to oznacza, iż chodzi o każde przestęp-

stwo – zarówno powszechne jak i skarbowe⁸². Należy jednak zauważyć, że pogląd ten został sformułowany na gruncie k.p.k. z 1969 r. Odmienne zdania jest S. Steinborn, który uważa, że owy immunitet nie rozciąga się na przestępstwa skarbowe. Swoją tezę argumentuje tym, iż ustawodawca wyraźnie traktuje przestępstwa i przestępstwa skarbowe jako dwie rozłączne kategorie czynów zabronionych. Podnosi, że czyni to zarówno na gruncie przepisów prawa materialnego wskazując dla przykładu art. 238 k.k. oraz art. 258 § 1 k.k., jak i procesowych wskazując art. 183 § 1 k.p.k. oraz art. 523 § 2 k.p.k.⁸³. Należy jednak stwierdzić, że zgodnie z treścią art. 113 kodeksu karnego skarbowego⁸⁴ stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k., jeżeli przepisy k.k.s. nie stanowią inaczej, a kodeks ten nie wyłącza stosowania art. 589 k.p.k. Dlatego w przypadku, gdy postępowanie dotyczy przestępstw skarbowych, świadek czy biegły nie może być ścigany, zatrzymany ani tymczasowo aresztowany z powodu przestępstw będących przedmiotem tego postępowania, czyli przestępstw skarbowych. Natomiast zgodnie z wykładnią językową immunitet nie obejmuje osób, które popełniły przestępstwo skarbowe, a zostały wezwane w celu złożenia oświadczenia dowodowego dotyczącego przestępstw powszechnych. Wydaje się jednak, iż zgodnie z celem, jakim immunitet ten ma służyć, czyli zachęcaniem osób do stawienia się przed polskim organem sądowym po to aby, złożyły oświadczenie dowodowe określonej treści, należy uznać, że gwarancja obejmuje

⁸⁰ A. Michór, Międzynarodowa pomoc prawna w sprawach karnych. Zagadnienia wybrane (w:) Nowa kodyfikacja prawa karnego, Tom XV, red. L. Bogunia, Wrocław 2004, s. 253.

⁸¹ M. Płachta (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2003, s. 505.

⁸² T. Grzegorzcyk, Zapewnienie świadkowi, biegłemu lub oskarżonemu nietykalności osobistej w procesie karnym, Prokuratura i prawo 1996, nr 9, s. 29.

⁸³ S. Steinborn (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2006, s. 532.

⁸⁴ Dz. U. z 2007 r., nr 111, poz. 765.

zarówno przestępstwa powszechne, jak i skarbowe. Należy podkreślić, że art. 589 k.p.k. stosowany jest w przypadku, gdy zeznania świadka, czy opinia biegłego mają duże znaczenie dla przebiegu procesu. Brak takiej gwarancji powodowałby, w świetle „zasady” nieudzielania pomocy w sprawach o przestępstwa skarbowe⁸⁵ obowiązującej w prawie międzynarodowym, znaczne utrudnienia w dążeniu do osiągnięcia celów postępowania karnego. Niestety, ustawodawca wprost przeniósł rozwiązanie, dotyczące tej instytucji, z k.p.k. z 1969 r., zapominając o innych zmianach wprowadzonych w ustawach z 1997 r. Natomiast przedstawione rozumowanie wynika z zastosowania wykładni celowościowej i systemowej w szerszym ujęciu. Poza tym należy zastanowić się nad sensem regulacji, która gwarantuje nieodpowiedzialność świadka lub biegłego w przypadku popełnienia zbrodni, czy występku zagrożonego wysoką karą pozbawienia wolności, a umożliwia ściganie, aresztowanie czy tymczasowe aresztowanie za przestępstwa skarbowe, które zagrożone są karą pozbawienia wolności do lat 5, a więc ich społeczna szkodliwość czynu jest zdecydowanie mniejsza. W opisanej sytuacji *de lege ferenda* należy postulować zastąpienie pojęcia „przestępstwo”, określeniem bardziej adekwatnym a mianowicie pojęciem „przestępstwa lub przestępstwa skarbowego” albo „czynu zabronionego”. Takie ujęcia wyeliminowałyby owy spór i sprawiłoby, że immunitet będzie „pełniejszy”, gdyż obejmowałby zarówno nieodpowiedzialności za przestępstwa powszechne i skarbowe, a także w przypadku wprowadzenia pojęcia „czynu zabronionego”, również wykroczenia i wykroczenia

skarbowe popełnione przed przekroczeniem granicy Rzeczypospolitej Polskiej.

Gwarancja przewidziana w art. 589 § 1 k.p.k. ma ściśle określony horyzont czasowy § 2 tego przepisu. Trwa ona przez cały okres pobytu świadka lub biegłego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także przez 7 dni od momentu, w którym sąd oznajmił, że jego obecność stała się zbędna. A zatem immunitet gaśnie z mocy samego prawa. Jeżeli podmiot objęty działaniem art. 589 nie opuścił Polski w ciągu 7 dni od pouczenia go przez sąd, że zrealizował swój obowiązek procesowy, może być ścigany, zatrzymany i tymczasowo aresztowany. W przypadku, gdy świadek lub biegły nie mógł opuścić terytorium Polski z przyczyn niezależnych od jego woli należy przyjąć, że termin 7 dniowy liczy się od dnia ustania owej przeszkody⁸⁶. Dotyczy to zarówno okoliczności w wyniku, których został dotknięty wypadkiem losowym czy chorobą, jak i sytuacji, gdy inne polskie organy uniemożliwiły mu wyjazd, np. stał się świadkiem przestępstwa w czasie pobytu w Polsce i był przesłuchiwany w tej sprawie, został aresztowany z uwagi na popełnienie przestępstwa w czasie tego pobytu⁸⁷. Gwarancja nie przysługuje w przypadku, gdy świadek lub biegły opuścił Rzeczpospolitą Polską, a następnie powrócił do Polski chyba, że został ponownie wezwany przez sąd⁸⁸.

Zgodnie z art. 589 § 4 k.p.k. w wezwaniu doręczonym świadkowi lub biegłemu przebywającym za granicą należy zamieścić następujące pouczenia: po pierwsze o treści immunitetu wyni-

⁸⁵ Wyrażonej m. in. w art. 2 EKPPSK z 1959 r.

⁸⁶ T. Grzegorzczak, Zapewnienie świadkowi, biegłemu lub oskarżonemu nietykalności osobistej w procesie karnym, Prokuratura i prawo 1996, nr 9, s. 31.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks Postępowania Karnego, Komentarz, Tom III, Warszawa 2007, s. 480.

kającego z § 1 omawianego przepisu, po drugie o zakresie czasowym gwarancji zgodnie z § 2, po trzecie o zasadach zwrotu kosztów podróży i pobytu, zwrotu utraconego zarobku, a w przypadku biegłego również o wynagrodzeniu za sporządzenie opinii w myśl § 3. Brak takiego pouczenia nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla uprawnionego, o czym stanowi art. 16 § 1 k.p.k. Oznacza to, że w przypadku nie spełnienia wyżej wymienionych wymogów uniemożliwi to ściganie, zatrzymanie oraz tymczasowe aresztowanie nawet po upływie 7 dni w ciągu, których świadek lub biegły jest zobowiązany do opuszczenia terytorium Polski. Należy przy tym pamiętać, że niezbędne jest dokonanie prawidłowego pouczenia zgodnie z wszystkimi ustawowymi wymaganiami, m. in. wezwaniem tłumacza⁸⁹. Szczegółowe kwestie dotyczące wezwania określa również § 32 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych⁹⁰. Natomiast w związku z brakiem szczególnych przepisów dotyczących zwrotu kosztów należy stosować przepisy dekretu z dnia 26 października 1950 r. o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym⁹¹ oraz akty wykonawcze wydane na jego podstawie.

Ustawodawca w art. 589 k.p.k. posłużył się terminem „wezwanie”, jednak nie może ono być traktowane w taki sam sposób, jak wezwanie kierowane do osób przebywających na teryto-

⁸⁹ M. Płachta (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2003, s. 506.

⁹⁰ Dz. U. z 2002 r., nr 17, poz. 164.

⁹¹ Dz. U. z 1950 r., nr 49, poz. 445.

rium Polski, albo będących obywatelami Polski. W literaturze wezwanie rozumie się, jako nakaz skierowany do określonej osoby, aby stawiła się w określonym czasie w celu dokonania czynności procesowej w określonym miejscu lub była obecna podczas takiej czynności⁹². Natomiast w § 4 zd. 2 zamieszczono dyrektywę, według której w wezwaniu nie należy zamieszczać zagrożenia stosowaniem środków przymusu z powodu niestawiennictwa. Ustawodawca nie wyposażył polskich organów procesowych w tym zakresie w jakiegokolwiek środki przymusu, za pomocą których mogłyby wymusić stawiennictwo przed sądem podmiotów wymienionych w art. 589 k.p.k. Wezwanie będące nakazem, które nie może być wyegzekwowane z użyciem środków przymusu, w międzynarodowej pomocy prawnej określa się jako „wezwanie do dobrowolnego stawiennictwa”⁹³. Brak możliwości stosowania środków przymusu w przypadku wezwania świadka lub biegłego z zagranicy wynika z XIX – wiecznej koncepcji ochrony obywateli przed uprawnieniami obcych państw⁹⁴, w związku z czym państwa powstrzymywały się od nakazywania swoim obywatelom stawienia się na terytorium obcego państwa. Jednak istnieją wyjątki od dobrowolnego stawiennictwa: tzw. „polegające na popchnięciu” (państwo pobytu stosuje środki mające na celu zmuszenia świadka do stawienia się w państwie wzywającym) oraz tzw. „polegające na popchnięciu” (państwo może zmusić świadka niezależnie

⁹² M. Płachta (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2003, s. 506.

⁹³ A. Michór, Międzynarodowa pomoc prawna w sprawach karnych. Zagadnienia wybrane (w:) Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. XV, red. L. Bogunia, Wrocław 2004, s. 253.

⁹⁴ A. Lach, Europejska pomoc prawna w sprawach karnych, Toruń 2007, s. 220.

od tego, czy dana osoba znajduje się pod jurysdykcją tego państwa czy też nie)⁹⁵.

Jak już wcześniej wspomniano norma zawarta w art. 589 k.p.k. nie jest jedyną, która reguluje kwestie stosowania quasi – listu żelaznego w Polsce. Istotne znaczenie w tej kwestii ma art. 12 EKPPSK z 1959 r., który zdaniem M. Płachty stanowi wzór dla regulacji zawartej w art. 522 k.p.k. z 1969 r.⁹⁶ Najważniejsze różnice tych dwóch unormowań polegają na tym, że:

- immunitet określony w art. 12 EKPPSK z 1959 r. ma szerszy zakres, ponieważ obejmuje świadka i biegłego wezwanego niezależnie od posiadanego obywatelstwa, a zatem dotyczy także obywateli polskich przebywających za granicą;
- działaniem quasi – listu żelaznego, zgodnie z ust. 2 art. 12 EKPPSK z 1959 r., został objęty także oskarżony na tych samych zasadach co świadek i biegły;
- osoby objęte tą normą mają stawić się przed organami sądowymi, a zgodnie z oświadczeniem złożonym przez stronę polską przez to pojęcie rozumie się sąd oraz prokuraturę;
- gwarancja ta obejmuje zakaz ścigania, zatrzymania, a także pozbawienia wolności osobistej w jakikolwiek inny sposób na terytorium państwa wzywającego, tym samym wyczerpująco określono wszystkie formy pozbawienia wolności;
- quasi – list żelazny dotyczy czynów popełnionych lub orzeczeń skazujących wydanych przed opuszczeniem państwa wzywa-

jącego, tym samym bezwąt্পienia obejmuje przestępstwa, przestępstwa skarbowe, wykroczenia, wykroczenia skarbowe, a także zakaz wykonania orzeczonej kary za wszystkie wymienione czyny zabronione;

- gwarancja ustaje z upływem 15 kolejnych dni od daty, w którym obecność podmiotów objętych tą normą nie była już wymagana.

Kolejnym aktem prawa międzynarodowego, w którym quasi – list żelazny jest wymieniony jako środek pomocy prawnej w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych, jest konwencja NZ z 1988 r. Immunitet określony w art. 7 pkt. 18 tej konwencji również ma szerszy zakres podmiotowy i przedmiotowy od instytucji zawartej w art. 589 k.p.k. Najważniejsze różnice tych dwóch unormowań polegają na tym, że:

- zakres podmiotowy quasi – listu żelaznego obejmuje świadka, biegłego, a także inne osoby, które wyraziły zgodę na złożenie zeznania bądź pomoc w postępowaniu; z regulacji tej wynika, że obejmuje również oskarżonego, tłumacza, specjalistę a także innych uczestników postępowania niezależnie od ich obywatelstwa;
- oświadczenie dowodowe osób objętych działaniem art. 7 pkt. 18 konwencji NZ z 1988 r. może zostać złożone w postępowaniu wyjaśniającym, przygotowawczym lub sadowym;
- podmiot wezwany nie może być prześladowany, uwięziony, ukarany, nie można ograniczać jego wolności osobistej na tym obszarze w związku z jego czynami, zaniechaniami, bądź wyrokami skazującymi,

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ M. Płachta (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom II, Kraków 2003, s. 504.

wydanymi do chwili jego odjazdu z obszaru państwa wzywającego;

- gwarancja ustaje z upływem 15 dni od daty, w której osoba objęta immunitetem została oficjalnie powiadomiona że jego obecność nie jest już wymagana lub z upływem innego terminu uzgodnionego między państwami.

Immunitet nie przysługuje, jeżeli osoba określona w art. 7 pkt. 18 konwencji NZ z 1988 r. pomimo, iż miała możliwość opuszczenia danego obszaru, pozostała w tym państwie dobrowolnie lub po jego opuszczeniu powróciła z własnej woli. Regulację taką przyjęła również EKPPSK z 1959 r. oraz polski ustawodawca.

Problem quasi – listu żelaznego w odniesieniu do świadków dotyczy też rekomendacja R (83) 12 Komitetu Ministrów Rady Europy, zwracająca szczególną uwagę na konieczność jasnego określenia w wezwaniu zakresu immunitetu przysługującego świadkowi. Pouczenie należy powtórzyć przed przesłuchaniem świadka z podkreślenia, że gwarancja nie obejmuje przestępstw popełnionych po przybyciu do państwa wzywającego, zwłaszcza zaś związanych z odpowiedzialnością za składanie fałszywych zeznań⁹⁷.

W razie wniosku skierowanego przez polskie organy do państwa obcego o pomoc prawną w formie doręczenia wezwania świadkowi lub biegłemu do osobistego stawienia się przed polskim organem możliwe będzie przyznanie immunitetu również obywatelowi polskiemu na podstawie art. 12 EKPPSK z 1959 r. Jedynym warunkiem niezbędnym do skorzystania z tej gwarancji jest przybycie na terytorium Polski

z innego państwa. W świetle art. 615 § 2 należy pamiętać, iż przepisów działu XIII k.p.k. nie stosuje się, jeżeli umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną stanowi inaczej. Zasada subsydiarności prawa krajowego jest konsekwencją art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, który stanowi, że umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.

Quasi – list żelazny w literaturze określany jest, jako przejaw zasady specjalności, bądź też jako przywilej przeciwko samooskarżeniu⁹⁸. Jest również traktowany jako wyjątek od zasady rekwizycji⁹⁹. Instytucja gwarancji nietykalności zawarta w art. 589 k.p.k. powinna ulec gruntownej zmianie w celu likwidacji mankamentów podnoszonych przez doktrynę. Kształt quasi – listu żelaznego w większym stopniu powinien odpowiadać swojemu pierwowzorowi, a więc art. 12 EKPPSK z 1959 r. Quasi – list żelazny stanowi przeszkodę procesową¹⁰⁰ polegającą na tym, iż dopóki osoba objęta jest gwarancją nietykalności niedopuszczalne jest wszczęcie przeciwko niej postępowania karnego. Postępowanie, które już się toczy, należy umorzyć na podstawie art. 17 § 1 pkt. 11 zw. z art. 589 § 1 k.p.k.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ A. Michór, Międzynarodowa pomoc prawna w sprawach karnych. Zagadnienia wybrane (w:) Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. XV, red. L. Bogunia, Wrocław 2004, s. 252.

¹⁰⁰ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 120 – 121.

⁹⁷ A. Lach, Europejska pomoc prawna w sprawach karnych, Toruń 2007, s. 221

Problem bezkarności za poważne naruszenia praw człowieka

Tomasz Lewandowski

Wprowadzenie. Czym jest *impunity*?

W wielu krajach odpowiedzialni za popełnienie najpoważniejszych zbrodni przeciwko międzynarodowej społeczności pozostają nadal nieukarani. Przestępcy ci nie stają przed sądem lub nie można ich znaleźć. Władzom zaś brakuje woli, czy powodów by skutecznie stanąć na straży porządku. Właśnie ta sytuacja (niepowodzenie w ukaraniu pogwałceń ustanowionych norm) jest zwyczajowo definiowana, jako *impunity* – bezkarność.

W dziedzinie praw człowieka odnosi się ona do niezdolności do doprowadzenia sprawców zbrodni przeciwko prawom człowieka przed oblicze sprawiedliwości i jako taka odmawia ofiarom prawa do wynagrodzenia krzywd. Bezkarność występuje powszechnie w krajach o braku tradycyjnych rządów prawa, borykających się z korupcją, protekcjonizmem lub gdzie sądownictwo jest słabe, a członkowie sił bezpieczeństwa są chronieni przez specjalne przywileje.

*Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity*¹⁰¹, przedłożony przed dawną Komisją

¹⁰¹ Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity ("Impunity Principles"), U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, February 8, 2005. Tekst

Praw Człowieka 8 lutego 2005 r. definiuje bezkarność jako: niemożliwość, *de iure* lub *de facto*, pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców pogwałceń praw człowieka, w karnej, cywilnej, administracyjnej lub dyscyplinarnej procedurze, ponieważ nie są poddawani śledztwu, które mogłoby prowadzić do ich oskarżenia, aresztowania, osądzenia i w razie stwierdzenia winy skazania na odpowiednie kary oraz orzeczenia odszkodowań dla ich ofiar.

Z kolei *Brussels Principles Against Impunity and For International Justice*¹⁰² za bezkarność przyjmuje: niepowodzenie w złapaniu, oskarżeniu i osądzeniu osób fizycznych i prawnych winnych poważnych naruszeń praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego. Przez określenie poważnego naruszenia praw człowieka i prawa humanitarnego rozumieć należy w szczególności zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości, ludobójstwo, tortury, nielegalne egzekucje, oraz wymuszone zaginięcia.

Bezkarność wywołuje katastrofalne skutki: pozwala sądzić zbrodniarzom, że nie poniosą konsekwencji swoich działań, ignoruje rozpaczliwe

dostępny na: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/principles.html>.

¹⁰² *Brussels Principles Against Impunity and For International Justice*, na: <http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02.pdf>

położenie ofiar oraz zachęca do kolejnych zbrodni. Bezkarność osłabia także instytucje państwa, zaprzecza ludzkim wartościom i destabilizuje samo pojęcie człowieczeństwa. Posiada polityczne, prawne i moralne aspekty, jeżeli popełniane przestępstwa są poważne. Zapobiega ona pokojowej koegzystencji pomiędzy narodami oraz jest przeszkodą w procesie ewolucji demokracji.

Geneza kampanii przeciwko bezkarności

Już w Traktacie Wersalskim¹⁰³ pojawiła się norma nakazująca sądenie jednostki za naruszenie praw człowieka. W art. 227¹⁰⁴ zwycięskie mocarstwa postawiły w stan oskarżenia cesarza Wilhelma II za "najwyższą obrazę moralności międzynarodowej i świętej powagi traktatów". Ustanowiono specjalny trybunał dla oskarżonego władcy, składający się z 5 sędziów z USA, Wielkiej Brytanii, Francji, Włoch i Japonii. Zwrócono się ponadto do rządu Holandii z prośbą o wydanie cesarza (rozpatrzona odmownie). W art. 228-229 Niemcy zostały zobowiązane do przekazania na wniosek mocarstw osób oskarżonych o popełnienie w czasie wojny czynów uznanych za zbrodnicze, "sprzeczne z prawami i zwyczajami wojennymi". Oskarżeni o popełnienie czynów przeciwko obywatelom danego mocarstwa mieli być sądeni przed trybunałem tego państwa. Można więc mówić o powstaniu dwóch trybów sądenia zbrodniarzy: międzynarodowym oraz wewnętrznym (przed sądami krajowymi).

W trakcie II wojny światowej w 1942r. w Saint James podpisana została deklaracja państw

¹⁰³ Szerzej patrz: M. DROBNIK, *Pozycja prawna jednostki w prawie międzynarodowym* [w:] *Prawo wobec wyznań współczesności*, Poznań 2004, s. 341.

¹⁰⁴ Dz. U. z 1920, nr 35, poz. 200. Patrz: <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versa/versa6.html>

okupowanych, wyrażająca prośbę do społeczności międzynarodowej o ukaranie zbrodniarzy¹⁰⁵. Rok później trzy mocarstwa w imieniu owej społeczności podpisują Deklarację Moskiewską¹⁰⁶, stwierdzając, że po wojnie każdego zbrodniarza spotka kara. Każdy zbrodniarz miał być odesłany do państwa - miejsca popełnienia zbrodni, a w przypadku dwóch lub więcej państw osądzony wspólną decyzją mocarstw. 8 sierpnia 1945 r. zostaje zawarte porozumienie londyńskie o ściganiu i karaniu głównych przestępców wojennych¹⁰⁷. 20 listopada 1945 r. rozpoczyna się, trwający 10 miesięcy i 10 dni, proces norymberski, którego wyroki miały olbrzymi wpływ na powstanie reguł zwyczajowych karania zbrodniarzy¹⁰⁸.

Dnia 26 listopada 1968 r. zostaje przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych Konwencja o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości¹⁰⁹, natomiast w 1973 r. Zgromadzenie Ogólne wydaje rezolucję: Zasady współpracy międzynarodowej w sprawie ścigania, aresztowania, zatrzymania, ekstradycji i karania jednostek winnych zbrodni wojennych lub przeciwko ludzkości¹¹⁰.

W roku 1993 Rada Bezpieczeństwa ONZ wydaje rezolucję 827¹¹¹, powołując do istnienia

¹⁰⁵ UN Doc. A/CN.4/368.

¹⁰⁶ Tekst w: K. KOCOT, K. WOLFIE (oprac), *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław Warszawa 1972, s. 32-33.

¹⁰⁷ Tekst dostępny na: http://pl.wikisource.org/wiki/Porozumienie_w_przedmiocie_scigania_przestepstw_wojennych_Osi_Europejskiej.

¹⁰⁸ J. HEYDECKER, J. LEEB, *III Rzesza w świetle Norymbergi*, Warszawa 1979.

¹⁰⁹ Dz. U. z 1970 r., nr 26, poz. 208, załącznik i z 1971r., nr 7, poz. 85

¹¹⁰ Tekst dostępny na: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/p_extrad.htm

¹¹¹ Tekst dostępny na: http://www.un.org/icty/legal-doce/basic/statut/S-RES-827_93.htm

Trybunał Karny dla byłej Jugosławii, zaś w roku 1994 w ramach rezolucji 955 – Trybunał Karny dla Ruandy. W 2002 r. wszedł w życie statut Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Niewątpliwie istnieje związek pomiędzy zagadnieniem prawnomiędzynarodowej odpowiedzialności karnej jednostki, a kwestią *impunity*. Ów krótki rys dotyczył głównie kwestii odpowiedzialności jednostki za naruszenia praw człowieka. Ważnym natomiast w świetle tych rozważań jest rozwój i geneza samego problemu bezkarności oraz kampanii przeciwko niej.

Proces, w trakcie którego społeczność międzynarodowa stanęła przed świadomością potrzeby walki z bezkarnością, zachodził w czterech etapach. W latach siedemdziesiątych organizacje pozarządowe, adwokaci praw człowieka oraz w kilku krajach Ameryki Południowej, zmagających się wówczas z problemem dyktatur, demokratyczna opozycja rozpoczęły wysuwanie argumentów na rzecz amnestii dla więźniów politycznych. Wśród pionierów wskazać należy na takie organizacje, jak: *Amnesty Comitees* w Brazylii, *International Secretariat of Jurists for Amnesty* w Urugwaju, czy paragwajski *Secretariat for Amnesty and Democracy*. Amnestia, jako symbol wolności, stawała się tematem, który mobilizował rzesze opinii publicznej, przez co ułatwił połączenie wysiłków wielu ruchów na rzecz walki z dyktaturami.

W drugim etapie, w latach osiemdziesiątych, amnestia coraz częściej postrzegana była jako rodzaj „zabezpieczenia” bezkarności. Początkowo pojawiały się, a następnie upowszechniały przykłady tzw. *self-amnesty* (samoamnestii), proklamowanej przez upadające dyktatury wojskowe, po to by zagwarantować sobie bezkarność, póki był jeszcze na to czas. Sytuacja ta spowodowała gwałtowną

reakcję ich ofiar, które równocześnie tworzyły struktury organizacyjne, by zapewnić, że sprawiedliwości stanie się zadość. Przykładem może być działalność *Latin American Federation of Associations of Relatives of Disappeared Detainees* (FEDEFAM)¹¹².

Kolejnym, trzecim, etapem rozwoju kampanii przeciwko bezkarności był okres po zakończeniu zimnej wojny. Okres ten naznaczony był procesami demokratyzacji albo powrotu do demokracji, często kładących kres wewnętrznym konfliktom zbrojnym. W świetle debat dotyczących wzajemnych dialogów, tudzież pokojowych negocjacji pojawiło się zagadnienie bezkarności. Z zagadnieniem tym zmierzyć się musiały wielokrotnie nowe władze, poszukując kompromisu pomiędzy wolą byłych oprawców – by wszystko zostało zapomniane – a roszczeniami ofiar o sprawiedliwość.

W etapie czwartym natomiast, społeczność międzynarodowa uświadomiła sobie, jak ważną jest walka z bezkarnością. Istotnym wydarzeniem było stwierdzenie przez *Inter-American Court of Human Rights*, że amnestia wobec odpowiedzialnych za poważne pogwałcenia praw człowieka jest nie do pogodzenia z prawem każdej jednostki do sprawiedliwego procesu przed bezstronnym i niezawisłym sądem. Teza ta została poparta podczas Światowej Konferencji Praw Człowieka w Wiedniu, w 1993 r., a także została umieszczona w końcowym dokumencie tej konferencji – *Vienna Declaration and Programme of Action*¹¹³.

¹¹² *The Latin American Federation of Associations for Relatives of the Detained-Disappeared* (FEDEFAM) jest organizacją pozarządową stworzoną przez stowarzyszenia krewnych zaginionych w krajach Ameryki Południowej i Karaibów, w których praktykowano lub nadal praktykuje się wymuszone zaginięcia.

¹¹³ A/CONF.157/24, Part II, para. 91.

Walka z impunitą w świetle *Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*

Dokument ten powstał w wyniku badań L. Joineta, Specjalnego Sprawozdawcy dawnej Komisji Praw Człowieka¹¹⁴. Sporządził on raport, który podzielił na trzy części: *right to know*, *right to justice* oraz *right to reparation*. Katalog zasad otwiera jednakże pierwsza ogólna dyrektywa¹¹⁵ – obowiązki państwa względem podjęcia efektywnej walki z bezkarnością. Te generalne obowiązki państwa to:

- 1) przedsięwzięcie odpowiednich środków przeciwko sprawcom naruszeń (z poszanowaniem ich praw, zwłaszcza w sferze wymierzania sprawiedliwości); zapewnienie, że ci podejrzani zostaną oskarżeni, osądzeni i słusznie ukarani;
- 2) zapewnienie ofiarom efektywnego zadośćuczynienia, zwłaszcza w formie odszkodowań za doznane krzywdy;
- 3) zapewnienie prawa do prawdy o zbrodniach;
- 4) przedsięwzięcie innych, niezbędnych środków, w celu zapobiegnięcia powtórzeniu zbrodni.

¹¹⁴ Tytuł nadawany osobom pracującym z ramienia ONZ, które posiadają specjalny status nadawany przez dawną Komisję Praw Człowieka, by badać, monitorować oraz zalecać rozwiązania problemów z dziedziny praw człowieka. Wyróżniamy sprawozdawców tematycznych i krajowych.

¹¹⁵ Zasada ta pojawia się w aktualizacji *Set of Principles to Combat Impunity* autorstwa Diane Orentlicher, której zadanie to powierzył w sierpniu 2004 r. K. Annan. Niezależnym ekspertem była przez okres jednego roku.

Right to know dzieli się również na trzy sekcje: zasady ogólne, komisje śledcze oraz ochrona i dostęp do archiwów, świadczących o dokonanych zbrodniach.

Prawa do wiedzy nie należy utożsamiać z prawem każdej indywidualnej ofiary lub blisko związanej z nią osoby do wiedzy na temat tego, co się stało – prawem do prawdy. Prawo do wiedzy jest prawem zbiorowym, wytworzonym w procesie zapobiegania powtarzaniu się zbrodni w przyszłości. Jego następstwem jest obowiązek pamiętania – *duty to remember*, który państwo winno przyjąć, by bronić się przed przekłamaniami historycznymi, często występującymi pod sztandarem rewizjonizmu lub negacjonizmu. Świadomość i wiedza na temat zbrodni powinna stanowić część historycznego dziedzictwa, i jako takie powinny być chronione. Co? Kiedy? Jak? Dlaczego? Pytania te powinny być głównymi elementami tego zbiorowego prawa.

L. Joinet proponuje dwa środki, jakie należy przedsięwziąć w celu realizacji tego zamysłu. Pierwszym jest utworzenie, możliwie najszybciej, pozasądowych komisji śledczych w przekonaniu o ich znaczącej roli w dociekanii prawdy, bez której sądy nie mogłyby wymierzać sprawiedliwości. Drugim środkiem jest natomiast zabezpieczenie dokumentacji dotyczącej pogwałceń praw człowieka.

Działalność komisji śledczych skupia się przede wszystkim na dwóch celach. Pierwszym jest rozbicie sytemu, który pozwolił zbrodniczym naruszeniom praw człowieka stać się prawie rutyną, po to by zapewnić, że podobne przejawy zachowań nie powtórzą się. Drugim celem jest zachowanie dowodów dla sądów. Praktyka pokazała, że należy zwrócić uwagę na to, by nie pozwolić

na oddalenie komisji od ich celu - prawdy oraz nie dopuścić do sytuacji, w której sama działalność komisji śledczych staje się pretekstem dla nie dotarcia sprawy pod obrady sądu.

Praca tych komisji powinna być oparta na czterech głównych obszarach. Przede wszystkim komisje śledcze powinny być ustanawiane przez prawo. Powinny mieć zagwarantowaną bezstronność i niezawisłość w działaniu. Ich członkowie nie mogą być dymisjonowani w trakcie pracy, powinni posiadać immunitety. Jeżeli to potrzebne, komisje powinny mieć możliwość wsparcia ze strony organów policyjnych np. w celu wizytowania miejsc ważnych dla ich śledztwa. Należy jasno wskazać na to, że komisje nie są powiązane z system prawnym, ale co najwyżej pomagają mu w zabezpieczeniu świadectw i dowodów. Ich wiarygodność powinna być zapewniona także poprzez odpowiednie środki finansowe.

Drugim obszarem prac komisji powinno być zapewnienie bezpieczeństwa świadkom i ofiarom. Zeznania powinny być składane na zasadzie dobrowolności. Przez wzgląd na bezpieczeństwo mogą być składane anonimowo, pod następującymi warunkami: jest to wyjątkowa sytuacja¹¹⁶, przewodniczący i członek komisji są upoważnieni do zbadania przesłanek żądania anonimowości oraz poznania tożsamości świadka, odpowiedni zapis powinien znaleźć się w sprawozdaniu z przebiegu zeznań. Ponadto świadkowie oraz ofiary muszą mieć zapewnioną opiekę psychologiczną i socjalną w trakcie ich zeznań, zwłaszcza w przypadku, gdy byli torturowani lub wykorzystywani seksualnie. Należy im zwrócić poniesione w związku z zeznawaniem koszty.

¹¹⁶ Przykładami takich sytuacji są różnego rodzaju nadużycia seksualne.

Trzeci obszar dotyczy kwestii osób podejrzanych. Jeżeli komisja jest upoważniona do wyjawienia ich danych, osoby te powinny zostać wysłuchane lub przynajmniej wezwane do zeznań. Mogą również mieć zagwarantowane prawo do pisemnego odniesienia się do faktów badanych przez komisje śledcze. Pismo takie dołączane jest wtedy do akt.

Wreszcie ostatnim obszarem jest publikacja sprawozdań komisji, możliwie w jak najszerszy sposób.

Wracając do kwestii dokumentacji dotyczącej zbrodni, należy pamiętać, że prawo do wiedzy zakłada, że archiwa muszą być zabezpieczone, zwłaszcza w momencie ich przemieszczania. Kroki wymagane dla osiągnięcia tego celu to: zapobiegawcze, a nawet karne środki przeciwko usuwaniu, niszczeniu oraz nadużywaniu tych dokumentów; utworzenie systemów archiwów, włączając w to te w krajach trzecich, w celu zapewnienia transferu za ich zgodą; ponadto zarządzanie dostępem i konsultowania dokumentacji, w szczególności poprzez umożliwienie dodawania danych przez osoby, których dotyczą.

Prawo do sprawiedliwości (*right to justice*) składa się z dwóch elementów. Pierwszym z nich jest prawo do sprawiedliwej i efektywnej naprawy krzywdy. Zakłada się przez to, że wszystkie ofiary powinny mieć sposobność domagać się swoich praw i otrzymać stosowną rekompensatę za doznane krzywdy, ale również zapewnienie, że ich prześladowcy zostaną osądzeni. *Set of Principles* stwierdza, że nie ma mowy o trwałym pojednaniu bez realnej reakcji na potrzebę sprawiedliwości. Elementem pośrednim pojednania jest przebaczenie, które zakłada, że ofiara zna swojego

prześladowcę, który okazuje skruchę, stara się o wybaczenie.

Prawo do sprawiedliwości nakłada na państwa obowiązek przeprowadzenia dochodzenia, oskarżenia sprawców i gdy ich wina jest niepodważalna, ukarania ich. Chociaż decyzja o oskarżeniu wydawana jest z inicjatywy państw, jednocześnie procedury powinny pozwolić ofiarom korzystać z powództwa cywilnego, jeżeli władze nie wypełniają tego obowiązku.

W świetle badań L. Joineta powinno być regułą, że sądownictwo krajowe posiada kompetencje do orzekania w sprawach naruszeń praw człowieka, ponieważ każde trwałe rozwiązanie tej kwestii musi pochodzić od narodu. Jednak często mamy do czynienia z sytuacją, w której sądownictwo to nie jest jeszcze przygotowane do bezstronnego wymierzania sprawiedliwości lub nawet nie jest w stanie wymierzyć jej w ogóle. Pojawia się tu pytanie o rolę sądownictwa międzynarodowego. Czy powinno ono funkcjonować w formie trybunałów *ad hoc*, jak te: dla byłej Jugosławii i Ruandy, czy też w formie trybunału stałego, jak Międzynarodowy Trybunał Karny. Niezależnie od rozwiązania, za którym się opowiemy, procedury każdego z nich powinny opierać się na kryterium prawa do sprawiedliwego procesu. Ci, którzy osądzają zbrodniarzy, muszą robić to z poszanowaniem praw człowieka.

W końcu międzynarodowe traktaty dotyczące praw człowieka powinny zawierać klauzulę uniwersalnej jurysdykcji, wymagającą od państw sygnatariuszy bądź osądzenia, bądź ekstradycji

zbrodniarzy. Ważną rolę odgrywać tu musi wola państw, wymagająca przestrzegania tych klauzul¹¹⁷.

Drugim elementem *right to justice* jest odniesienie się do instytucji służących ograniczeniu karalności. Ograniczenia te mogą być stosowane w celu zwalczania zjawiska bezkarności. Głównym zaś celem państw powinna być ochrona przed wykorzystywaniem ich do wspierania tego zjawiska. Instytucje te to: przedawnienie, amnestia, prawo do azylu, ekstradycja, *ne bis in idem*, obowiązek posłuszeństwa (wykonywanie rozkazów), legislacja służąca ujawnieniu prawdy lub wyrażeniu skruchy za zbrodnie, sądy wojskowe, zasada nieusuwalności sędziów.

Przedawnienie nie ma racji bytu w przypadkach przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, takich jak zbrodnie przeciwko ludzkości. Nie może ono biec w przypadku, gdy nie można zagwarantować skutecznego wynagrodzenia krzywdy. Podobnie, nie można powoływać się na tę instytucję w przypadku cywilnych, administracyjnych lub dyscyplinarnych procesów wszczynanych z inicjatywy ofiar.

Amnestia nie może zostać ogłoszona wobec zbrodniarzy, zanim ofiarom nie zagwarantuje się sprawiedliwości poprzez odpowiednie odszkodowanie.

Sprawcom naruszeń nie przysługuje zarówno status uchodźcy, jak i azyl terytorialny oraz dyplomatyczny.

Polityczna natura przestępstwa nie może być wymówką wobec ekstradycji, czy też zasady nie-ekstradycji obywateli własnego państwa.

¹¹⁷ Na przykład postanowienia Konwencji Genewskich z 1949r. lub Konwencja w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Nieludzkiego lub Poniżającego Traktowania albo Karania są dotychczas trudnościami stosowane.

Oczywiście ekstradycja osób, względem których istnieje podejrzenie, że zostaną poddane karze śmierci lub torturom jest zakazana.

Ponadto fakt, iż osoba była już sądzona za zbrodnie nie może zapobiegać jej ponownemu oskarżeniu za te same pogwałcenia, jeżeli celem poprzedniego procesu była ochrona tej osoby przed karą lub osoba ta była sądzona stronnicy, po to by jej uniknąć.

Obowiązek wykonywania rozkazów nie może zwalniać z ponoszenia odpowiedzialności, w ostateczności może zostać wzięty pod uwagę, jako okoliczność ją łagodząca. Jednocześnie, jeżeli zbrodnie zostały popełnione przez podwładnych, nie może to zwalniać z odpowiedzialności ich przełożonych, którzy poprzez swój autorytet powinni zapobiec pogwałceniom, jak tylko się o nich dowiedzą, a nawet powstrzymać je w momencie, gdy dowiedzą się o samym zamiarze ich popełnienia.

Żadne ustawy, czy inne akty prawne wydane z ramienia zbrodniarzy, służące ujawnieniu prawdy, czy wyrażeniu skruchy, które zostały przyjęte jak część procesu powrotu do demokracji, nie mogą stanowić o całkowitym uniknięciu odpowiedzialności przez sprawców. W takich przypadkach mogą jedynie wpływać na zmniejszenie wymiaru kary. Ma to na celu zachęcenie do ujawniania informacji i przyznawania się do zbrodni przez przestępców.

Sądy wojskowe z kolei, nie posiadają takiego zakresu swobody, co sądownictwo powszechne. W związku z tym, ich jurysdykcja powinna być ograniczona do zbrodni wojennych popełnianych przez wojskowych, jednak z wyłączeniem spraw dotyczących pogwałceń praw człowieka. Te powinny być rozstrzygane przez sądy powszechne,

a w przypadku poważnych naruszeń prawa międzynarodowego przez sądy międzynarodowe.

Zasada nieusuwalności, jako podstawa niezawisłości sędziów, nie może mieć wpływu na bezkarność. W przypadku, gdy istnieje podejrzenie, że w swojej ocenie sędzia jest stronnicy oraz w przypadkach, gdy został mianowany niezgodnie z prawem, poprzez wcześniejsze podpisanie lojalności, może zostać usunięty. Jednak każdy podejrzany sędzia musi mieć zagwarantowaną możliwość oczyszczenia się z zarzutów w odpowiedniej procedurze, w świetle kryteriów niezawisłości i bezstronności, a jeżeli tak się stanie możliwość przywrócenia na stanowisko.

Right to reparation wymaga zarówno środków indywidualnych, jak i środków kolektywnych. Każda ofiara lub jej krewni mają prawo do odszkodowania ze strony państwa, ponadto mogą się jego domagać od bezpośrednich prześladowców. Skuteczne odszkodowanie powinno obejmować wszystkie krzywdy doznane przez ofiary. Ponadto procedury odszkodowawcze powinny być jawne i szeroko nagłaśniane poprzez media.

Środki zbiorowe, jakie należy podjąć to na przykład środki symboliczne, służące odszkodowaniu moralnemu, takie jak oficjalne stanowisko państwa wobec jego odpowiedzialności za zbrodnie albo deklaracje, których zadaniem jest rehabilitacja godności ofiar, odpowiednie uroczystości, nazywanie miejsc publicznych imionami ofiar, stawianie pomników, po to by wypełnić *duty to remember*.

Set of Principles to Combat Impunity określa też gwarancje niepowtarzalności zbrodni. Przyjąwszy zasadę, że te same przyczyny powodują te same skutki, należy przedsięwziąć trzy środki, w celu zapobiegnięcia nowym zbrodniom.

Zreformować instytucje państwa, zapewniając, że będą zorganizowane z poszanowaniem rządów prawa i ochrony praw człowieka. Przede wszystkim należy zdymisjonować osoby w jakikolwiek sposób zaangażowane w zbrodnie przeciwko prawom człowieka. Należy robić to jednak w duchu tych praw, poprzez odpowiednie procedury. Należy zapewnić sprawną, bezstronną pracę niezawisłych sądów, a także system kontroli społecznej nad instytucjami wojskowymi, czy bezpieczeństwa. Należy zapewnić procedurę skarg indywidualnych oraz ich skuteczne egzekwowanie. Szczególnie ważna jest edukacja funkcjonariuszy i innych osób związanych z instytucjami państwa z dziedziny ochrony i przestrzegania praw człowieka.

Kolejnym istotnym przedsięwzięciem jest rozproszenie zbrojnych sił paramilitarnych, a także demobilizacja i społeczna reintegracja dzieci – żołnierzy. Należy zapewnić dzieciom pomoc psychologiczną w powrocie do społeczeństwa.

Istotną jest również zmiana prawa na takie, które potwierdza prawa człowieka, chroni je i pozwala na ich wykonywanie. Powinno to odnosić się do implementacji praw i wolności zawartych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych. Należy zagwarantować poszanowanie tych wolności, jak również zasad demokracji.

Right to reparation w świetle Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations

of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law¹¹⁸

Dokument ten dnia 16 grudnia 2005r. został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ jako rezolucja 60/147. Powstał w wyniku prac profesora T. van Boven, również Specjalnego Sprawozdawcy dawnej Komisji Praw Człowieka w roku 1996. Założenia T. van Boven można podzielić na trzy rodzaje zalecanych akcji. Pierwszą jest restytucja, przez którą rozumie się próbę przywrócenia sytuacji ofiar do ich stanu poprzedniego, drugą jest kompensacja fizycznych i psychicznych krzywd, wliczając w to utracone możliwości, zniesławienie oraz koszty pomocy prawnej. W końcu rehabilitacja, łącznie z opieką psychologiczną i psychiatryczną.

Rezolucja zakłada ponadto obowiązek poszanowania międzynarodowego prawa humanitarnego oraz praw człowieka, zwłaszcza tych płynących z traktatów, których państwo jest stroną, zwyczajowego prawa międzynarodowego, a także prawa krajowego. Każde państwo powinno zagwarantować te prawa poprzez inkorporację systemu norm prawa międzynarodowego do swoich porządków prawnych, a także zapewnić, że porządek ten będzie gwarantował te prawa na przynajmniej takim samym poziomie. Stworzenie odpowiednich procedur pochodzenia tych praw, a zwłaszcza możliwość otrzymania adekwatnego, skutecznego i odpowiedniego wynagrodzenia krzywd, wliczając w to odszkodowania. Procedury te powinny zabezpieczać przed kolejnym naruszeniem norm. Państwa muszą

¹¹⁸ Tekst dostępny na: <http://www2.ohchr.org/english/issues/remedy/principles.htm>.

współpracować w karaniu przestępców winnych zbrodni międzynarodowych.

Dokument zawiera także definicję ofiary. Jest nią osoba, która indywidualnie lub grupowo doznała krzywd psychicznych i fizycznych, a także tych emocjonalnych i ekonomicznych. Została pozbawiona swoich podstawowych praw poprzez zbrodnicze akty pogwałceń międzynarodowego prawa praw człowieka i prawa humanitarnego. Za ofiarę przyjmuje się także rodzinę i osoby zależne od ofiary bezpośredniej oraz osoby, które doznały krzywd w związku z niesieniem jej pomocy. Ofiarą jest się niezależnie od tego, czy znana jest tożsamość prześladowcy, a także bez względu na relację rodzinną między ofiarą a prześladowcą. Poszkodowani powinni być traktowani z poszanowaniem ich godności i praw człowieka. Należy zagwarantować im bezpieczeństwo, stabilizację psychiczną, prywatność, odnosi się to także do ich najbliższych.

Państwo powinno zapewnić ofiarom dostęp do wszelkich informacji na temat zbrodni, a zwłaszcza do informacji dotyczących odszkodowań. Odszkodowania te powinny być proporcjonalne do doznanych krzywd poprzez określone wcześniej akcje: restytucji, kompensacji i rehabilitacji, a także powinny usatysfakcjonować ofiary. Przez usatysfakcjonowanie dokument rozumie podjęcie wszelkich działań w celu zakończenia zbrodniczych praktyk, weryfikację i publikację faktów, dotyczących tych praktyk, poszukiwanie zaginionych bliskich ofiar, a także identyfikację ciał oraz ich należyty pochówek. Określone zostały obowiązki państwa od strony zbiorowego wynagrodzenia krzywd, a także nie dopuszczenia do powtórzenia się sytuacji. Zasady te określone zostały w podobny sposób

w raporcie L. Joineta. Warto jednak podkreślić obowiązek ochrony osób związanych z ochroną ofiar, tj. lekarzy, prawników, wolontariuszy. Ostatnimi wskazówkami są zasady dotyczące powszechnego dostępu do informacji na temat zbrodni, zwłaszcza mechanizmów reparacji, a także zasady niedyskryminacji (w dostępie do odszkodowań), zakazu derogowania prawa do reparacji w jakichkolwiek przypadkach oraz zagwarantowanie stronie przeciwnej prawa do sprawiedliwego procesu.

Impunity i jej przeciwdziałanie wg. Brussels Principles Against Impunity and for International Justice

Kolejnym dokumentem¹¹⁹ odnoszącym się do kwestii bezkarności jest *Brussels Principles Against Impunity and for International Justice*. Został on stworzony przez międzynarodowe grono ekspertów z dziedziny praw człowieka¹²⁰ podczas konferencji *"The Fight Against Impunity: Stakes and Perspectives"* mającej miejsce w Brukseli w 2002 r.

Już w zasadzie pierwszej, obok definicji bezkarności, umieszczono zapis o obowiązku powstrzymywania zbrodni, który winien ponadto być normą *ius cogens* prawa międzynarodowego.

Zasada druga odnosi się do kwestii ofiar, podobnie zresztą, jak w dwóch poprzednich dokumentach: *„Fighting against impunity and for international justice implies the recourse to strategies*

¹¹⁹ Tekst dostępny na: <http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02.pdf>.

¹²⁰ Skład grupy wraz z krótkimi dossier członków dostępny na: http://www.iccnw.org/documents/BrusselsGroup6Nov02_en.pdf.

associating the victims (direct and indirect), with a view to defending their rights"¹²¹.

Dalej stwierdza, że walka z bezkarnością i ochrona praw ofiar jest zależna od współpracy pomiędzy sądami w państwach, gdzie dokonano zbrodni, sądami państw trzecich oraz sądów międzynarodowych. Potwierdza (zawarty już w raporcie L. Joineta) obowiązek państw do bycia stroną traktatów dotyczących ochrony praw człowieka, a także do wypełniania zobowiązań z nich płynących.

Rozdział drugi natomiast odnosi się do procedur. Zasada siódma zakłada nieprzedawnialność przestępstw przeciwko ludzkości. Przedawnienie jest zakazane także w sytuacjach, gdy ofiary nie mogą skutecznie doszukiwać się swoich praw, a także, gdy władze nie podejmują żadnych akcji celem rozstrzygnięcia kwestii naruszeń i doprowadzenia winnych przed sąd. Przedawnienie wyjątkowo może nastąpić tylko od momentu zaprzestania działań naruszających prawa człowieka¹²². Dalej dokonuje wyliczenia podobnego do tego w *Set of Principles to Combat Impunity* omawiając kwestie immunitetów, działania w warunkach rozkazu, amnestii, *ne bis in idem*. Stwierdza również, że procedury dyscyplinarne nie mogą zastępować tych prawnych.

Ciekawymi na gruncie poprzednich rozważań są dwa rozdziały: *universal jurisdiction* oraz *international police and judicial co-operation*. Uniwersalną jurysdykcją według tego dokumentu jest prawo państwa do podjęcia śledztwa, osądzenia sprawców najcięższych zbrodni, niezależnie od miejsca, w którym tych zbrodni dokonano,

narodowości lub miejsca pobytu sprawców lub ofiar. Ważnym jest, by proces odbył się zgodnie z prawem, nawet jeżeli sprawca jest na nim nieobecny. W zasadzie czternastej określa się takie stosowanie obowiązkowym dla państwa, na terenie którego przebywa aktualnie zbrodniarz. Nie wymaga się tego natomiast w przypadku, gdy zbrodniarza nie ma na terytorium danego państwa, jednakże tylko w przypadkach, gdy sprawę rozpatruje sąd międzynarodowy lub sąd krajowy innego państwa. Jurysdykcja ta nie może być kolizyjną względem jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego. Określono także kwestię sporów kompetencyjnych wynikających z zasady uniwersalnej jurysdykcji. Sąd krajowy może zrzec się swojej jurysdykcji tylko w przypadku, gdy spełniać ją będzie sąd innego kraju albo sąd międzynarodowy, więc nie może wystąpić konflikt negatywny, państwo musi sądzić sprawców zawsze. Natomiast w przypadku sporów pozytywnych należy prowadzić negocjacje, wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności¹²³. Podkreślona została także doniosła rola ofiar w karaniu sprawców. Należy zagwarantować ofiarom możliwość uczestniczenia w procesie, ponadto wykorzystywać dane zebrane od nich w czasie przesłuchań. Stwierdza on również, że organizacje, stowarzyszenia na rzecz ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, jak również zrzeszenia ofiar powinny posiadać prawo do wszczynania takich postępowań.

International police and judicial co-operation – rozdział ten określa zasady współpracy, wymiany informacji pomiędzy organami ścigania i sądowymi. W zakresie międzynarodowym bardziej, aniżeli

¹²¹ Patrz tekst *Brussels Principles...*: Principle 2 ^ Victims, rights, s. 3.

¹²² Dotyczy to zwłaszcza wymuszonych zaginięć.

¹²³ Miejsce popełnienia zbrodni czas, w jakim można rozpocząć proces, miejsce pobytu ofiar, narodowość sprawcy, a także czy dany sąd daje gwarancję bezstronnego procesu.

w krajowym, walka z bezkarnością wymaga dwóch wstępnych warunków: dostępu do informacji o zbrodniarzach na podstawie odpowiednich umów międzynarodowych, prawa krajowego, procedur implementacyjnych, czy także powszechnego dostępu do danych. Drugim warunkiem jest rozwój programów szkoleniowych dla funkcjonariuszy związanych z walką z bezkarnością. Państwa muszą rozwijać współpracę w tej dziedzinie. Wymaga to rozwoju organu policyjnego o globalnym zasięgu działania (Interpol). Podobnie rzecz ma się do organizacji, takich jak *Impunity Watch*, których zadaniem jest stały monitoring sytuacji na świecie. Dokument zwraca uwagę na międzynarodowy system ochrony świadków, zachęca państwa do stania się stroną statutu MTK. Stwierdza, że należy zapewnić takim organom odpowiednie środki dla realizacji ich celów.

Kwestia *impunity* w przyszłości

Pomimo tych kroków, wiele należy jeszcze dokonać. Sądownictwo krajowe wielu państw nie funkcjonuje zgodnie ze standardami międzynarodowymi, na przykład dotyczącymi amnestii, czy chociażby śledztwa. Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w wielu miejscach (dotyczących bezkarności, praw ofiar) jest niedopracowany. Również przedstawione wyżej zasady, zwłaszcza w takich aspektach jak owa zależność pomiędzy prawdą, sprawiedliwością i wynagrodzeniem krzywd, powinny zostać umocnione. Muszą one stanowić wskazówki dla państw, organizacji pozarządowych oraz innych starających się walczyć z bezkarnością.

Na gruncie południowoamerykańskim, azjatyckim, a zwłaszcza afrykańskim wskazówki te nie

są tak oczywiste i wywołują sporo kontrowersji. Poprzedni Sekretarz Generalny ONZ K. Annan zaproponował cztery idee dla podparcia wysiłków ONZ zmierzających do ochrony praw człowieka¹²⁴. Jedną z nich jest położenie kresu bezkarności. K. Annan oczekuje, że to właśnie Afryka powinna być liderem w walce z *impunity*. Z kolei Sekretarz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Ruandy A. Dieng stwierdza, że bezkarność pozostaje najgłębszą raną Afryki, jest rakiem, który konsumuje państwa afrykańskie¹²⁵.

Sytuacja w Afryce jednoznacznie pokazuje, że sprawiedliwość międzynarodowa powinna bazować na zasadach uzupełniania się i współpracy pomiędzy sądownictwem międzynarodowym i krajowym, gdyż każde z nich występuje w roli „sądu społeczności międzynarodowej”, kiedy osądza zbrodnie przeciwko prawom człowieka. Dlatego też istotne jest, aby w takich przypadkach standardy były równe na całym świecie, by to, co jest oczywiste dla nas – Europejczyków, stało się oczywistym dla mieszkańców Afryki i innych kontynentów.

Należy zwracać również większą uwagę na lokalne wysiłki w walce z poważnymi pogwałceniami praw człowieka, gdyż proces ten zachodzi w wielu wymiarach: międzynarodowym, krajowym, regionalnym i lokalnym. Dostyc dobrze radzimy sobie z poziomem międzynarodowym, dość wskazać przykłady trybunałów *ad hoc*, czy MTK. Pewien sukces odniesiono na poziomach krajowym

¹²⁴ K. A. ANNAN, *Urging end to impunity* – przemówienie z dnia 18 grudnia 2006 r. Tekst dostępny na: <http://www.un.org/News/press/docs/2006/20061218.unsgsmi.sg.statement.shtml>

¹²⁵ A. DIENG, *Clarification of Concepts: Justice, Reconciliation and Impunity*. Tekst dostępny na: <http://69.94.11.53/ENGLISH/africandialogue/paper/diengEN.pdf>.

i regionalnym np. poprzez działalność komisji prawdy i pojednania. Jednak wciąż za mało uwagi przykładu się do poziomu lokalnego (wioski, miasta, wspólnoty)¹²⁶, gdzie większość ludzi, zwłaszcza społeczeństw rolniczych, doznało wielu krzywd. Ważnym jest zbieranie informacji od tych ludzi, w formie lokalnych przesłuchań, gdyż może to być najpotężniejszą bronią w walce z bezkarnością.

Podsumowując, „od początków ludzkości, aż po dzień dzisiejszy historia bezkarności jest historią rozwijającego się odwiecznego konfliktu

i zarazem dziwnego paradoksu: konfliktu pomiędzy ofiarami i oprawcami, społeczeństwem i państwem, między sumieniem i barbarzyństwem. Paradoks dotyczy zaś ofiar, które uwolniwszy się ze swoich więzów, z kolei przejmują odpowiedzialność państwa i muszą odnaleźć się w mechanizmach narodowego pojednania, które odmienia ich początkową pozycję względem bezkarności”¹²⁷. Teraz to oni stają się oprawcami. Ważne jest, aby potrafi karać z poszanowaniem podstawowych praw i wolności.

¹²⁶ N. ROHT - ARRIAZA, *Combating Impunity: some thoughts on the way forward* [w:] *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59: No. 4/1997, s. 93-102.

¹²⁷ Fraza wprowadzająca do wstępnego raportu Podkomisji Praw Człowieka w 1993 roku

Struktura sądownictwa amerykańskiego

Joanna Paulina Kufel

Fundamenty, na których budowano system sądownictwa amerykańskiego, różniły się od podstaw europejskich, gdzie reguły prawne zostały wywiedzione z prawa rzymskiego; system amerykański oparty jest o typowo anglosaski model *common law* i precedensy. W Stanach Zjednoczonych występuje dualizm sądownictwa wyrażający się istnieniem ogólnopaństwowych sądów federalnych oraz sądownictwa stanowego. Generalna zasada systemu prawnego USA stanowi, iż sprawy, które nie zostały przekazane sądowi federalnemu, pozostają w zakresie działania sądów stanowych. Autorzy publikacji charakteryzujących sądownictwo amerykańskie, zwracają uwagę na fakt, że system sądów federalnych obejmujących swoją właściwością terytorium Stanów Zjednoczonych jest zawężony zakresowo w stosunku do systemu sądownictwa stanowego. Właściwość rzeczowa sądów federalnych – w odróżnieniu od sądów stanowych – jest właściwością ograniczoną (*limited subject matter jurisdiction*)¹²⁸.

Sądy federalne tworzą część federalnego systemu sądowniczego, a ich jurysdykcja jest prawnie ustalona przez Artykuł III Konstytucji

Stanów Zjednoczonych. Federalny system sądowniczy składa się z: Sądu Najwyższego, federalnych sądów apelacyjnych, sądów dystryktowych, które służą jako sądy generalnej jurysdykcji oraz kilku wyspecjalizowanych sądów utworzonych przez Kongres w ramach klauzuli Artykułu I Konstytucji.

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (*The Supreme Court of The United States*) został utworzony zgodnie z Artykułem III, rozdział I Konstytucji Stanów Zjednoczonych: „*Władzę sądową Stanów Zjednoczonych sprawować będzie jeden Sąd Najwyższy oraz sądy niższe, których tworzenie może co jakiś czas uchwalać i nakazywać Kongres*”¹²⁹. Jest to jedyny wymieniony z nazwy sąd w Konstytucji. Sąd Najwyższy składa się z ośmiu członków i Sędziego Sądu Najwyższego (przewodniczący). Rola tego sądu w amerykańskim życiu politycznym jest ogromna. Dla przykładu, do Sądu należą decyzje w tak kluczowych sprawach jak np. legalizacja aborcji i małżeństw homoseksualnych.

Amerykańska konstytucja nie precyzuje liczby sędziów Sądu Najwyższego - jest ona ustalana przez Kongres. Możliwość wyboru sędziów Sądu Najwyższego jest jednym z najważniejszych prero-

¹²⁸ Anna M. Ludwikowska, Rett R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych*, Toruń 2008, s. 19.

¹²⁹ *The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may time to time ordain and establish.[...]*

gatyw prezydenta. Są oni przez niego wyznaczani, potem ich kandydaturę musi zatwierdzić Senat. Po wybraniu kadencja sędziego jest nieograniczona i z reguły służą oni do momentu, gdy wiek lub pogarszający się stan zdrowia skłoni ich do dobrowolnego odejścia na emeryturę. Ten system ma zapewnić pełną niezawisłość sędziów i uwolnić ich od jakichkolwiek presji politycznych. Przewodniczącym Sądu Najwyższego jest jego prezes (*The Chief Justice*). Mimo, iż jego pozycja w Sądzie jest określana jako *primus inter pares*, to w rzeczywistości ma on dosyć spory wpływ na pracę Sądu. Jest on powoływany w tej samej procedurze, co pozostali członkowie Sądu. Pełni on głównie funkcje administracyjne, tzn. przewodniczy jawnym rozprawom i zamkniętym obradom, a także reprezentuje Sąd na zewnątrz. Po wydaniu orzeczenia przez Sąd, to prezes wyznacza sędziego, który sporządza uzasadnienie wydanej decyzji (*opinions*). Jego głos ma równorzędną wartość z innymi członkami Sądu, ale jeśli w głosowaniu padłby wynik remisowy, to on ma prawo podjęcia ostatecznej decyzji. W przypadku postawienia prezydenta w stan oskarżenia przez Izbę Reprezentantów, przewodniczy on w Senacie procesowi impeachmentu. Pełni on również zaszczytną funkcję, jaką jest przyjmowanie przysięgi od nowo wybranego Prezydenta Stanów Zjednoczonych³.

Zgodnie z artykułem III, rozdziału 2 Konstytucji jurysdykcja Sądu Najwyższego obejmuje:

- (1) wszystkie spory pomiędzy stanami,
- (2) wszystkie działania bądź postępowania przeciw ambasadorom lub innym publicz-

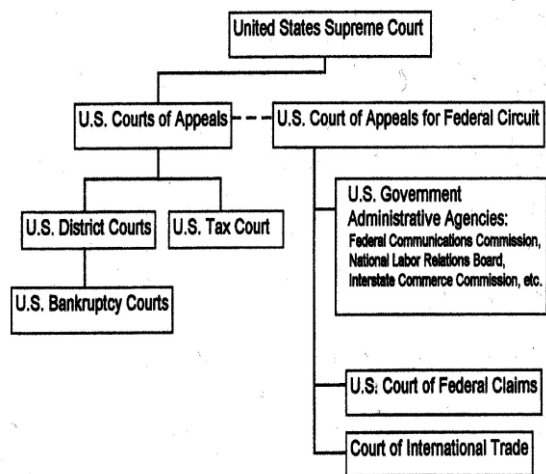
nym ministrom obcych stanów lub ich wewnętrznym pracownikom.

Sąd Najwyższy ma pierwotną, ale nie wyłączną jurysdykcję nad:

- (1) wszystkimi działaniami bądź postępowaniami wniesionymi przez ambasadorów lub innych publicznych ministrów obcych stanów (lub też nad takimi sprawami, w których konsulowie lub wicekonsulowie są stroną),
- (2) wszystkimi sporami pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a jednym ze stanów,
- (3) wszystkimi działaniami lub postępowaniami wszczętymi przez konkretny stan przeciwko obywatelom danego stanu lub przeciw cudzoziemcom. Sąd Najwyższy może również rozpatrzyć wyrok rozstrzygający najwyższego sądu stanowego, w którym decyzja w nim zawarta może być unieważniona, jeżeli:
 - (1) istnieje wątpliwość dotycząca mocy umowy bądź statutu Stanów Zjednoczonych,
 - (2) moc statutu stanowego została zakwestionowana jako niezgodna z konstytucją lub nielegalna,
 - (3) tytuł, moc, przywilej lub immunitet nie jest uznawany przez Konstytucję, traktaty czy statuty Stanów Zjednoczonych.

³

http://pl.wikipedia.org/wiki/S%C4%85d_Najwy%C5%BCszy_Stan%C3%B3w_Zjednoczonych



Rys.1. Federalny system sądowy⁴

Sądy apelacyjne zostały stworzone, aby „odciążyć” Sąd Najwyższy z zadania rozpoznawania wszystkich apelacji od spraw początkowo rozstrzyganych przez federalne sądy pierwszej instancji. Dzięki statutowi są one upoważnione do rozpatrywania wszystkich wyroków rozstrzygających i określonych decyzji federalnych sądów okręgowych, z wyjątkiem sytuacji, gdy sprawę rozpatruje Sąd Najwyższy. Sądy apelacyjne są również upoważnione do rewizji i egzekwowania poleceń wielu federalnych urzędów administracyjnych, a także do rewizji apelacji z Sądu Podatkowego Stanów Zjednoczonych. Wyroki sądu apelacyjnego są ostateczne, jednak zwierzchni nadzór sprawuje Sąd Najwyższy. Każdy sąd apelacyjny zazwyczaj rozpatruje sprawy w składzie trzech sędziów; jednakże, w razie niezgodności pomiędzy składami sędziowskimi dotyczącej kwestii prawnej o dużym znaczeniu, sąd może przeprowadzić rozprawę w pełnym składzie (*en banc*). Liczba sędziów przypisanych do każdego sądu apelacyjnego jest ustalana przez statut. Pojedynczy sędziowie wydają wyroki dla sądu jedynie w kwestiach proceduralnych.

⁴ Merriam – Webster, *Dictionary Law*, USA 1996, s. 552.

Decyzje wydawane przez sąd apelacyjny są wiążące tylko dla niższych sądów federalnych, dla innych sądów okręgowych mają znaczenie jedynie doradcze.

Sądy okręgowe (dystryktowe) są sądami federalnymi pierwszej instancji z powszechną federalną jurysdykcją. W każdym stanie jest przynajmniej jeden sąd okręgowy, gdy tymczasem w niektórych większych stanach funkcjonują cztery. Wszystkich federalnych sądów okręgowych jest 92 w 50 stanach (plus jeden w Okręgu Kolumbia i jeden w Puerto Rico). Liczba sędziów federalnych sądów okręgowych jest ustalana przez statut. Zasadą jest rozpatrywanie spraw przez jednego sędziego, w określonych przypadkach wymagany jest skład trzech sędziów.

Każdy okręg jest obsługiwany przez referenta, adwokata, egzekutora sądowego i jednego lub więcej sędziów pokoju, sędziów upadłościowych, kuratorów sądowych oraz protokolantów. Sędziowie pokojowi są federalnymi urzędnikami sądowymi pracującymi pod nadzorem okręgu federalnego, a ich obowiązki zdefiniowano w „Ustawie o Federalnych Sędziach Pokojowych z 1979”.

Jurysdykcja federalnego okręgu sądowego jest ustalona w „Kodeksie Stanów Zjednoczonych”⁵. Sądy te posiadają jedynie jurysdykcję pierwotną. Pośród rozpoznawanych spraw znajdują się:

- sprawy z zakresu przestępstw przeciw Stanom Zjednoczonym,
- sprawy dotyczące tzw. zróżnicowania obywatelskiego (sprawy, w których obywatel jedne-

⁵ Kodeks Stanów Zjednoczonych (*United States Code*) - skodyfikowany zbiór prawa federalnego, obowiązującego w Stanach. U.S.C. został stworzony w celu ułatwienia korzystania z uchwalonych przez Kongres ustaw.

go stanu wnosi pozew przeciwko obywatelowi innego stanu),

- sprawy związane z admiralicją oraz prawem morskim,
- sprawy dotyczące rewizji i egzekwowania poleceń od większości federalnych urzędów administracyjnych oraz spraw cywilnych wymienionych w statucie federalnym, traktacie lub Konstytucji.

Ponadto Kongres w ramach istnienia klauzuli dołączonej do Artykułu I konstytucji często tworzy specjalne sądy, by rozwiązywać szczególne rodzaje spraw. Sądy te służą do rozpoznawania sporów cywilnych z zakresu jurysdykcji federalnej pomiędzy stroną prywatną a rządem, a także wtedy, gdy spór dotyczy problemu przestrzegania praw i obowiązków dokonywanych przez Kongres. Apelacje od wyroków tych sądów są ostatecznie rozstrzygane przez Sąd Najwyższy.

Sądami specjalnymi są:

- (1) Sąd Odszkodowań Federalnych,
- (2) Sąd Podatkowy,
- (3) Sąd Handlu Międzynarodowego,
- (4) Sądy Upadłościowe,
- (5) Apelacyjny Sąd Weteranów,
- (6) Sąd Wojskowy.

Sąd Odszkodowań Federalnych rozpatruje wszystkie roszczenia pieniężne przeciwko rządowi federalnemu, przekraczające sumę 10000\$. Właściwość rzeczowa tego sądu obejmuje m.in. sprawy zawłaszczenia mienia prywatnego na cel publiczny i powództwa kontraktorów rządowych o naruszenie warunków umowy⁶.

⁶ A. Ludwikowska, R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych*, Toruń 2008, s. 26.

Sąd Podatkowy rozpatruje skargi podatników na podjęte przez amerykański Urząd Podatkowy decyzje o naruszeniach obowiązków podatkowych.

Sąd Handlu Międzynarodowego ma jurysdykcję w sprawach wynikających z kontroli importu, nałożenia ceł antydumpingowych, odwołań od decyzji Międzynarodowej Administracji Handlu. Apelacyjny Sąd Weteranów rozpatruje decyzje administracyjne członków armii lub ich rodzin. Sądy Upadłościowe, są wydziałami sądów okręgowych i rozpatrują sprawy upadłościowe⁷.

Sądy Federalne są sądami o ograniczonej jurysdykcji i, w przeciwieństwie do sądów stanowych, które są uprawnione do rozpatrywania każdej sprawy, sądy federalne mogą jedynie rozpatrywać spory, które są przekazane do ich jurysdykcji przez Kongres.

Strona sporu, która chce, aby jej sprawa rozpatrywana była przed sądem federalnym, musi udowodnić, że jej roszczenie ma podstawę w prawie federalnym. Ustawy federalne, które nie przewidują możliwości kierowania roszczenia prawnego do sądu federalnego, nie mogą służyć za podstawę do uruchomienia jurysdykcji federalnej. Roszczenie może być oparte na prawie stanowym, ale musi ono bezpośrednio zależeć od prawa federalnego. Jurysdykcja federalna istnieje tylko wtedy, gdy zastosowanie prawa jest niezbędne do wytoczenia powództwa. Powód musi udowodnić, że jego roszczenie ma podstawę prawie federalnym lub, że prawo federalne jest niezbędnym elementem rozstrzygnięcia sporu.

Pozwanemu przysługuje prawo przeniesienia sprawy (która została wniesiona do sądu stanowego) do sądu federalnego mającego siedzibę

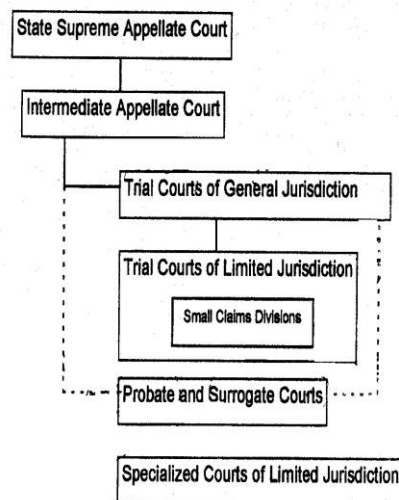
⁷ Ibidem, s. 26.

w tym dystrykcie, w którym znajduje się wybrany sąd stanowy. Zasada ta nie działa symetrycznie - jeżeli powód wybrał sąd federalny, pozwanemu nie przysługuje prawo przeniesienia sporu do Sądu Federalnego⁸.

Sądy stanowe mają uprawnienie do rozstrzygnięcia tych wszystkich spraw, które nie są ograniczone poprzez konstytucję federalną, prawo stanowe lub konstytucję własnego stanu. Ich właściwość jest zatem bardzo obszerna, zaś jurysdykcja uregulowana w ustawodawstwie stanowym i w konstytucji stanowej. Każdy ze stanów ma swój własny system sądowniczy i działające w jego zasięgu sądy.

Najliczniejszą grupę sądów stanowych stanowią sądy powszechne (okręgowe, nazywane sądami o właściwości ogólnej). Każdy stan dzieli się na dystrykty, czyli okręgi sądowe i w każdym okręgu działa co najmniej jeden taki sąd⁹.

Sądy powszechne orzekają jako sądy I instancji (tzw. *trial court*) we wszystkich sprawach cywilnych oraz w sprawach karnych, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności powyżej jednego roku.



Rys.2. System sądów stanowych¹⁰

W sprawach o wykroczenia lub w sprawach o przestępstwa, w których oskarżony jest nieletni oraz w sprawach cywilnych o małej wartości przedmiotu sporu (ta wartość przedmiotu sporu jest dla każdego stanu ustalona indywidualnie), orzekają sądy niższe, tzw. sądy o ograniczonej właściwości ogólnej. Jednakże apelację od wyroków tych sądów składa się nie do sądu apelacyjnego, lecz sądu powszechnego o właściwości ogólnej (*trial court*).

Obok sądów o ograniczonej właściwości działają sądy o wyspecjalizowanej właściwości (*courts with specialized jurisdiction*). Rozpatrują one sprawy rodzinne, spadkowe, sprawy dotyczące nieletnich a także sprawy rozpatrujące roszczenia pieniężne wobec stanów.

Odrębnym rodzajem sądów są *small claims courts*, które rozpatrują sprawy o roszczenia pieniężne o małej wysokości. Proces w sądzie „małych roszczeń” toczy się bez udziału ławy

⁸ Ibidem, s. 69.

⁹ Ibidem, s. 90.

¹⁰ Merriam - Webster, *Dictionary Law*, USA 1996, s. 554.

przysięgłych i w związku z odformalizowaniem sprawy rozpatrywane są znacznie szybciej. Sąd Najwyższy w większości stanów ma największą kontrolę nadzorczą i jurysdykcję apelacyjną ze wszystkich innych sądów w stanowym systemie sądowniczym - ograniczoną jedynie przez konstytucję i statuty. Apelacja do Sądu Najwyższego z niższego stanowego może być zarówno obowiązkowa (wymagana przez prawo), jak i dyskrecjonalna (wyznaczana przez sąd). W kilku stanach, które nie mają pośredniego sądu apelacyjnego, apelacje są składane prosto do najwyższego sądu apelacyjnego. Stany z pośrednimi sądami apelacyjnymi zazwyczaj wymagają, aby apelacja z sądu pierwotnej jurysdykcji była składana do pośredniego sądu apelacyjnego, jednak w bardzo małej ilości przypadków bezpośrednia apelacja do najwyższego sądu apelacyjnego może być dozwolona, np. w sprawach, w których sąd okręgowy orzeka karę śmierci. W stanach z pośrednim sądem apelacyjnym najwyższy sąd może mieć całkowitą kontrolę nad sprawami, które chce rozpatrzyć. Stanowe sądy najwyższe mają zwyczajnie bardzo mało obszarów pierwotnej jurysdykcji.

Większość stanów posiada pośredni sąd apelacyjny utworzony w celu zmniejszenia obciążenia sprawami najwyższych sądów apelacyjnych. Pośrednie sądy apelacyjne mają jurysdykcję apelacyjną nad rozstrzygającymi wyrokami sądów stanowych pierwszej instancji generalnej jurysdykcji. Jurysdykcja pośrednich sądów apelacyjnych w większości wypadków ustanowiona jest przez statut.

Sąd Najwyższy sam uznaje, czy odwołania stron od wyroku sądu niższej instancji są zasadne. W niektórych stanach sądy apelacyjne mogą przekazać sprawę do Sądu Najwyższego ze względu

na charakter czy istotę tej sprawy. Także sam Sąd Najwyższy może z własnej inicjatywy zażądać przejęcia sprawy toczącej się przed sądem apelacyjnym.

Sądy stanowe mogą utrzymać współwystępującą jurysdykcję z sądami federalnymi w wielu innych obszarach. Większość problemów procesowych obywateli Stanów Zjednoczonych jest rozwiązywanych w sądach stanowych, które zajmują się rodzinnymi relacjami, przestępstwami powszechnymi i występkami, relacjami biznesowymi, obrazą moralności, naruszeniem osobistej nietykalności lub uszkodzeniem mienia, rzeczywistej posiadłości i aspektami praktyki biznesowej, takimi jak sprzedaż czy transakcje chronione.

W USA system prawny rozbudowuje się dynamicznie, co może sprawiać wrażenie, że Amerykanie „eksperymentują” ze swoimi systemami sądowymi, jednakże podstawowa struktura najwyższego sądu, pośredniego sądu apelacyjnego i sądu stanowego pierwszej instancji generalnej jurysdykcji są zazwyczaj zachowane.

Wszystkie sądy w Stanach Zjednoczonych stanowią *sui generis* konkurencję dla władzy ustawodawczej poprzez uprawnienia, jakimi dysponują w zakresie wydawania wyroków precedensowych. Amerykański model kontroli jest modelem zdecentralizowanym; każdy sąd lub strona mogą podnieść zarzut niekonstytucyjności wobec aktu będącego podstawą rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy, rozpatrując odwołania od orzeczeń federalnych sądów apelacyjnych oraz największych sądów stanowych dotyczących prawa federalnego, stoi na straży konstytucji.

Amerykański system sądowniczy zdecydowanie różni się od europejskiego, ponieważ do rozstrzygnięcia tej samej sprawy uprawniony

może być sąd stanowy lub sąd federalny. Ciężar dowodu na istnienie jurysdykcji federalnej, a zatem na możliwości prowadzenia sporu przed sądem federalnym (a nie stanowym, spoczywa na powodzie.

Podczas mojego rocznego pobytu w Stanach Zjednoczonych i badaniach naukowych tam prowadzonych zauważyłam, że nawet dla powoda mieszkającego w USA, wybór sądu, federalnego lub stanowego, nie jest decyzją łatwą.

Często zdarza się, że ta sama sprawa rozpa-

trywana przez sąd stanowy może mieć mniej korzystne rozstrzygnięcie dla uczestnika sporu, niż gdyby sprawa została rozstrzygana przez sąd federalny. Istnieje oczywiście pewna kategoria spraw, która jest rozstrzygana wyłącznie przez sądownictwo stanowe (sprawy prawa rodzinnego oraz spadkowe) lub tylko przez sądownictwo federalne. Jeżeli jednak sprawa może być rozstrzygana na podstawie przesłanek procesowych w obu sądach, kwestia odpowiedniego wyboru zależy od decyzji prawnika i jego klienta.

Problematyka aktu zgody oraz jej braku w świetle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Rafał Jerzy Kruszyński

Zagadnienia wprowadzające

Ochrona zdrowia psychicznego oraz ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi należy do istotnych zagadnień. Waga problematyki dostrzeżona została zarówno na forum społeczności międzynarodowej, jak i przez ustawodawcę krajowego¹³⁰. W ramach niniejszego opracowania przedstawiona zostanie regulacja krajowa zawarta w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹³¹ (dalej UOZP). Ochrona zdrowia psychicznego określona została w art. 2 ust. 1 UOZP, jako promocja zdrowia psychicznego i zapobieganie zaburzeniom psychicznym (art. 2 ust. 1 pkt 1 UOZP), kształtowanie wobec osób z zaburzeniami psychicznymi właściwych postaw społecznych (art. 2 ust. 1 pkt 3 UOZP) oraz – co najważniejsze ze względu na przedmiot opracowania – zapewnienie osobom z zaburzeniami psychicznymi wielostronnej i powszechnie dostępnej opieki zdrowotnej oraz innych form opieki i pomocy niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym i społecznym (art. 2 ust. 1 pkt 2 UOZP). Zapewnienie osobom z zaburzeniami psychicznymi

opieki zdrowotnej następuje poprzez wykonywanie czynności medycznych określonych w UOZP, podejmowanych w toku badania, leczenia lub hospitalizacji tychże osób.

Na gruncie UOZP, ważnym jest zagadnienie wyrażenia zgody na wykonywanie czynności medycznych przewidzianych w UOZP oraz dopuszczalność wykonywania tychże czynności w sytuacji braku zgody. Tak ujęte zagadnienie stanowi przedmiot niniejszego opracowania.

Problematyka aktu zgody w świetle UOZP

W literaturze przedmiotu wskazuje się na elementy aktu zgody, którymi zasadniczo są podmiot zgody, jej przedmiot oraz treść¹³². Podmiotem zgody, czyli osobą wyrażającą zgodę jest, co do zasady – pacjent¹³³. W sytuacjach szczególnych uprawnienie do wyrażenia zgody może być przyznane albo osobie trzeciej w zastępstwie pacjenta (tzw. zgoda substytucyjna) albo pacjentowi wraz z osobą trzecią (tzw. zgoda kumulatyw-

¹³⁰ M. Balicki, Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 41 i n.

¹³¹ Dz. U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 ze zm.

¹³² S. Niemczyk, A. Łazarska, Materialno – prawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym, Prawo i Medycyna nr 2/2005, s. 52 i n.

¹³³ J. Bujny, Prawa pacjenta między autonomią a paternalizmem, Warszawa 2007, s. 157 - 160

na)¹³⁴. Należy jednak podkreślić, iż wypadki tzw. zgody substytucyjnej albo kumulatywnej stanowią wyjątek od zasady, iż to pacjentowi (indywidualnie) przysługuje prawo do wyrażenia zgody. Pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny, o czym stanowi art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o ochronie praw pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹³⁵ (dalej UOPPiRPP). Definicja zawarta w UOPPiRPP, choć obowiązuje od niedawna, nawiązuje do ukształtowanego już w nauce prawa określenia pacjenta¹³⁶. Należy jednak wskazać, iż UOZP nie posługuje się wyrażeniem „pacjent” a pojęciem „osoba z zaburzeniami psychicznymi”. W świetle art. 3 pkt 1 UOZP, wyróżnić można trzy kategorie osób z zaburzeniami psychicznymi. Są to po pierwsze: osoby chore psychicznie (wykazujące zaburzenia psychotyczne); po drugie: osoby upośledzone umysłowo; po trzeciej: osoby wykazujące inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoby te wymagają świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym. Warto zastanowić się nad zakresem nazwy „pacjent” w stosunku do nazwy „osoba z zaburzeniami psychicznymi” oraz nad możliwością i celowością posługiwania się pojęciem „pacjent” na gruncie UOZP. Jednoznacznie należy stwierdzić, iż „pacjent” to nazwa o szerszym zakresie aniżeli nazwa „osoba z zaburzeniami

psychicznymi”. Osoba z zaburzeniami psychicznymi to pacjent o szczególnym charakterze. Regulacja UOZP dotyczy, bowiem szczególnego rodzaju świadczeń medycznych – tych związanych z ochroną zdrowia psychicznego. Możliwe jest (w praktyce wręcz powszechne), określanie osób z zaburzeniami psychicznymi jako pacjentów. Należy jednak zastrzec, iż w świetle specyfiki regulacji, oraz biorąc pod uwagę fakt, iż wobec „osoby z zaburzeniami psychicznymi” albo wobec poszczególnych kategorii osób z zaburzeniami psychicznymi, stosowane mogą być pewne środki UOZP, wskazana jest ścisłość terminologiczna¹³⁷. Oczywiście w sytuacji, gdy osoba z zaburzeniami psychicznymi wymagać będzie pomocy medycznej o charakterze somatycznym a nie psychicznym, powinno zostać uznane za niedopuszczalne określanie takiej osoby w takim przypadku jako osoby z zaburzeniami psychicznymi. Wówczas mamy do czynienia po prostu z pacjentem. Na gruncie niniejszego opracowania, gdy mowa jest o pacjencie, rozumie się przez to również osobę z zaburzeniami psychicznymi.

Kolejnym zagadnieniem jest pojęcie przedmiotu zgody. Przedmiotem zgody jest czynność medyczna, która ma zostać wykonana u pacjenta¹³⁸. Przedmiot zgody na gruncie UOZP można natomiast określić – według mnie – jako szczególny rodzaj czynności medycznej, odnoszącej się do zdrowia

¹³⁴ Ibidem, s. 237 i n.

¹³⁵ Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.

¹³⁶ D. Karkowska, Prawa pacjenta, Warszawa 2009, s. 209; J. Bujny, Prawa pacjenta... op. cit., s. 9 i n.

¹³⁷ Jako przykład można wskazać, iż zastosowanie przymusu bezpośredniego na podstawie UOZP może nastąpić tylko wobec osoby z zaburzeniami psychicznymi, natomiast przyjęcie do szpitala psychiatrycznego bez wymaganej zgody (w trybie nagłym) dopuszczalne jest jedynie wobec szczególnej kategorii osób z zaburzeniami psychicznymi – a mianowicie wobec osób chorych psychicznie.

¹³⁸ S. Niemczyk, A. Łazarska, Materialno – prawne elementy... op. cit. 55 i 56

psychicznego, podejmowanej na podstawie i w ramach UOZP.

Treść zgody to pozytywny akt pacjenta, co do czynności medycznej, mającej być u pacjenta zastosowaną. Nie należy natomiast, w mojej opinii, ujmować treści zgody również jako aktu negatywnego (sprzeciw)¹³⁹, albowiem zgoda w istocie swej jest aktem pozytywnym. Poważniejszy problem dotyczy natomiast kwalifikacji aktu zgody jako oświadczenia woli. Zgoda pacjenta ma charakter aktu jednostronnego¹⁴⁰. Podnoszone są natomiast poważne argumenty za odmową przyznania zgodzie charakteru oświadczenia woli, na gruncie ustaw regulujących sytuację pacjenta. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż nauka prawa cywilnego, określa oświadczenie woli, jako „zachowanie się człowieka, wyrażające w sposób dostateczny zamiar wywołania skutku prawnego, czyli ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku cywilnoprawnego”¹⁴¹. Stosunek cywilnoprawny definiowany jest zaś, jako taki rodzaj stosunków społecznych, w którym zachowania jednej strony wywołują reakcję strony drugiej i który to stosunek podlega kontroli norm społecznych (m. in. prawnych).¹⁴² Zgodzić należy się z poglądem, iż zgoda pacjenta na wykonanie czynności medycznej nie wywołuje skutku prawnego w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego a ma na celu zadysponowanie dobrem osobistym

pacjenta – jego zdrowiem¹⁴³. Co więcej, zgodnie z art. 32 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁴⁴ (dalej UZL), do wyrażenia zgody uprawniony jest małoletni, który ukończył 16 rok życia¹⁴⁵. Normy prawa cywilnego przyznają takiej kategorii małoletnich ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Powyżej stwierdzone zostało, iż zgoda pacjenta ma charakter aktu jednostronnego. Jednostronne zaś oświadczenia woli osób fizycznych o ograniczonej zdolności do czynności prawnych obarczone są sankcją nieważności (bezwzględnej), na mocy art. 19 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁴⁶. Gdyby więc uznać, iż zgoda pacjenta to oświadczenie woli, zgoda pacjenta małoletniego, który ukończył 16 rok życia, byłaby nieważna. Biorąc powyższe pod uwagę, podzielić należy pogląd, ujmujący zgodę pacjenta jako szczególny przejaw woli pacjenta, nie zaś jako oświadczenie woli *sensu stricto*¹⁴⁷.

Zgoda może być wyrażona, co do zasady, w dowolnej formie. Wymóg formy pisemnej UOZP przewiduje w przypadku zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, o czym stanowi art. 22 ust. 1 UOZP. Co więcej, wyrażona przez pacjenta zgoda powinna być świadoma i dobrowolna¹⁴⁸.

Pojęcie zgody zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 4 UOZP. Zgodą jest więc „swobodnie wyrażona

¹³⁹ Inaczej: S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialno – prawne elementy... op. cit.*, s. 52

¹⁴⁰ Z. Banaszczyk [w:], *System Prawa Prywatnego t. I*, (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 888

¹⁴¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 256

¹⁴² Z. Banaszczyk [w:], *System Prawa Prywatnego t. I*, (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 830

¹⁴³ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialno – prawne elementy... op. cit.*, s. 49

¹⁴⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152

¹⁴⁵ W przypadku UOZP zgoda małoletniego, który ukończył 16 rok życia, wprost wymagana jest tylko w przypadku przyjęcia do szpitala psychiatrycznego.

¹⁴⁶ Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93

¹⁴⁷ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialno – prawne elementy... op. cit.*, s. 49

¹⁴⁸ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 387

zgoda osoby z zaburzeniami psychicznymi, która - niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego - jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania". Wśród przedstawicieli jurysprudencji wyrażany jest pogląd, iż definicja zgody na gruncie UOZP odbiega od jej charakterystyki na gruncie innych ustaw wchodzących w skład kanonu tzw. prawa medycznego¹⁴⁹. Na gruncie UOZP doszło bowiem do wyraźnego ustawowego wskazania, iż zgoda jest wyrażana przez osobę z zaburzeniami psychicznymi, co ma zapobiec podważaniu zgody wyrażonej przez osobę z zaburzeniami psychicznymi na podstawie art. 82 k. c.¹⁵⁰. W świetle wskazanego powyżej stanowiska, iż zgoda pacjenta nie stanowi oświadczenia woli, podkreślić należy brak podstaw do stosowania wobec tejże zgody art. 82 k. c., dotyczącego oświadczeń woli. Biorąc natomiast pod uwagę rozbieżności wśród przedstawicieli nauki prawa, co do kwalifikacji zgody pacjenta jako oświadczenia woli, należy pozytywnie ocenić szczególnie sposób zdefiniowania zgody w art. 3 pkt 4 UOZP. Sposób ten zapewnia, bowiem zabezpieczenie praw i interesów osób z zaburzeniami psychicznymi. Problem jednakże nie istniałby w ogóle, gdyby powszechnie przyjęto stanowisko co do kwalifikacji zgody, odmawiające zgodzie pacjenta przymiotu oświadczenia woli.

W dalszej części artykułu przedstawiona zostanie problematyka przymusu bezpośredniego

¹⁴⁹ J. Duda, Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, Warszawa 2009, s. 37 i n.

¹⁵⁰ Ibidem, s. 37 i n. i powołana tam literatura

oraz zagadnienie badania, hospitalizowania oraz leczenia osoby z zaburzeniami psychicznymi.

Przymus bezpośredni

Instytucja przymusu bezpośredniego regulowana jest w art. 18 UOZP oraz w wydanym na podstawie tego przepisu, rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej¹⁵¹. Przymus bezpośredni określić można, jako stosowanie określonych środków fizycznych, chemicznych lub technicznych celem „zmuszenia do podporządkowania” osoby przymuszanej, woli podmiotu stosującego przymus¹⁵². O przymusie bezpośrednim stanowią różne inne ustawy aniżeli tylko UOZP. W szczególności można wskazać na art. 148 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹⁵³ (dalej UPEA). Zastanowienie wymaga, czy instytucja przymusu bezpośredniego regulowana w UOZP, zbieżna jest z tą regulowaną przez UPEA. Oczywiście można wskazać na pewne podobieństwa występujące we wskazanych regulacjach (zasada uprzedniego zagrożenia czy najmniej dolegliwego środka) ale zdecydowanie należy opowiedzieć się przeciwko utożsamianiu wskazanych instytucji. Przymus bezpośredni normowany w UPEA to środek egzekucyjny stosowany w egzekucji obowiązków administracyjnych o charakterze niepieniężnym¹⁵⁴. Przymus bezpośredni uregulowany przez UOZP nie dotyczy egzekucji obowiązków administracyjnych. Stoso-

¹⁵¹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 23 sierpnia 1995 r. w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego; Dz. U. z 1995 r. Nr 103, poz. 514

¹⁵² J. Duda, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 101

¹⁵³ Dz. U. z 1966 r. Nr 24, poz. 151

¹⁵⁴ B. Adamiak [w:], J. Borkowski, Postępowanie administracyjne i sądownicze, Warszawa 2003, s. 543

wany zaś jest w celu umożliwienia wykonania czynności medycznych lub w celu zapewnienia skuteczności tychże czynności medycznych (dokonywanych na podstawie UOZP). W dalszej części artykułu będzie mowa jedynie o przymusie bezpośrednim stosowanym na podstawie UOZP.

Przymus bezpośredni może przybrać formę przytrzymania, przymusowego zastosowania leków, unieruchomienia lub izolacji, o czym stanowi § 1 rozporządzenia MZiOS z 23 sierpnia 1995 r., przy czym, zgodnie z § 2 tegoż rozporządzenia, „zastosowanie przymusu bezpośredniego może nastąpić z użyciem więcej niż jednego środka spośród wymienionych w § 1”.

Istotą przymusu bezpośredniego jest – w moim przekonaniu – jego niesamoistność. Przymus bezpośredni, co zostało wskazane powyżej, stosowany jest przy wykonywaniu czynności medycznych określonych w UOZP (stanowi o tym *explicite* art. 18 ust 1 UOZP). Charakter samoistny przyznany być powinien jedynie czynnościom medycznym dokonywanym w trakcie badania, leczenia czy hospitalizacji (zarówno dobrowolnym jak i przymusowym). Badanie, leczenie oraz hospitalizacja obejmują bowiem działania mające na celu zdiagnozowanie stanu zdrowia psychicznego osoby lub poprawę stanu zdrowia psychicznego osoby z zaburzeniami psychicznymi. Działania te polegają na wykonywaniu czynności medycznych. Przymus bezpośredni nie stanowi wykonywania czynności medycznych. Nie ma on na celu zdiagnozowania stanu zdrowia psychicznego ani poprawy stanu zdrowia osoby z zaburzeniami psychicznymi. Przymus bezpośredni stosowany jest dla zaprowadzenia nad niepożądanym zachowaniem osoby z zaburzeniami psychicznymi, w sytuacjach przewidzianych w UOZP. Co więcej, przymus bezpo-

średni jest stosowany w każdym przypadku bez zgody – a konkretnie wbrew woli – osoby przymuszonej, co wynika z jego charakteru. Wyjątkowo jedynie, przymus bezpośredni będzie można uznać za działanie medyczne, a mianowicie w przypadku określonym w § 4 rozporządzenia z 23 sierpnia 1995 r. Powołany przepis definiuje jedną z postaci przymusu – przymusowe podanie leków. Stanowi on iż, „przymusowe zastosowanie leków jest doraźnym lub przewidzianym w planie postępowania leczniczego wprowadzeniem leków do organizmu osoby - bez jej zgody.” Przymus bezpośredni w świetle przywołanego przepisu będzie miał charakter czynności medycznej wówczas, gdy przymusowe zastosowanie leków nie będzie działaniem doraźnym, lecz przewidzianym w planie postępowania leczniczego.

Pod względem podmiotowym, przymus bezpośredni może być zastosowany tylko wobec osoby z zaburzeniami psychicznymi. O zastosowaniu przymusu decyduje lekarz (określając rodzaj środka i nadzorując jego wykonanie, zgodnie z art. 18 ust. 2 UOZP). Zdecydować o zastosowaniu przymusu (określając również rodzaj środka) może także pielęgniarka, która w takim przypadku nadzoruje jego wykonanie. Kompetencja pielęgniarki jest jednak w zakresie decydowania o zastosowaniu przymusu ograniczona tylko do sytuacji, w której w szpitalu psychiatrycznym lub jednostce organizacyjnej pomocy społecznej nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji lekarza. Pielęgniarka obowiązana jest w takim przypadku niezwłocznie zawiadomić lekarza o zastosowanym przymusie.

Dla użycia przymusu bezpośredniego, konieczne jest spełnienie przesłanek jego aktualizacji, określonych w UOZP. Zgodnie z art. 18 ust. 1

UOZP, zastosowanie przymusu bezpośredniego może mieć miejsce, gdy osoba z zaburzeniami psychicznymi dopuszcza się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby lub zamachu przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu lub w sposób gwałtowny niszczy lub uszkadza przedmioty znajdujące się w jej otoczeniu lub poważnie zakłóca lub uniemożliwia funkcjonowanie zakładu psychiatrycznej opieki zdrowotnej lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej. Poza wskazanymi przypadkami zastosowanie przymusu bezpośredniego może mieć miejsce tylko, gdy przepis UOZP do tego upoważnia.

Pewne problemy powstają w przypadku interpretacji pojęcia „zamach”, użytego w art. 18 ust. 1 UOZP. W nauce prawa karnego materialnego, określa się zamach, jako działanie zmierzające bezpośrednio ku zamierzonemu celowi¹⁵⁵, choć wskazuje się także, iż zamachem może być każde zachowanie, stanowiące zagrożenie dla dobra prawem chronionego (nie tylko o charakterze bezpośredniego niebezpieczeństwa)¹⁵⁶. Na gruncie UOZP formułowane są tezy, iż dla zaistnienia zamachu określonego w art. 18 ust. 1 UOZP wystarczy „wytworzenie niebezpieczeństwa przynajmniej pośredniego”¹⁵⁷. W mojej opinii, najtrafniej jednak określono zamach jako „takie działanie, które zawiera w sobie rzeczywiste niebezpieczeństwo wywołania poważnego następstwa dla zdrowia własnego pacjenta lub innej osoby”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ P. Hofmański [w:], Kodeks karny. Komentarz (red. M. Filar), Warszawa 2008, s. 573

¹⁵⁶ A. Michalska – Warias [w:], T. Bojarski, J. Piórkowska Fiegler, M. Szwarczyk, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2008, s. 241

¹⁵⁷ T. Dukiet – Nagórska, Stosowanie ustawy o zawodzie lekarza przez psychiatrów i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego przez lekarzy innych specjalności, Prawo i Medycyna nr 4/2004, s. 17

¹⁵⁸ J. Duda, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 102

Szczegółowe zagadnienia dotyczące sposobu i warunków stosowania przymusu bezpośredniego oraz nadzoru nad jego wykonywaniem i kontroli jego wykonania regulują UOZP oraz przywołane rozporządzenie z 23 sierpnia 1995 roku. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotowy niniejszego artykułu, nie jest konieczne przedstawianie wszystkich aspektów tejże regulacji.

Badanie psychiatryczne

Zasadniczo dla przeprowadzenia badania psychiatrycznego, wymagana jest zgoda osoby (wynika to *implicite* z przepisu art. 21 ust. 1 UOZP). Regulacja UOZP w zakresie wykonywanych badań ma zastosowanie zawsze wtedy, gdy względem osoby badanej przeprowadzane są czynności diagnostyczne dotyczące jej zdrowia psychicznego. W sytuacji zaś, gdy osoba z zaburzeniami psychicznymi wymaga badań somatycznych, stosuje się przepisy UZL¹⁵⁹.

Przepis art. 21 ust. 1 UOZP, statuuje także wyjątek od zasady wyrażania zgody na badanie przez osobę badaną (a w przypadku, gdy osobą badaną jest osoba małoletnia lub ubezwłasnowolniona całkowicie – nie jest konieczna zgoda przedstawiciela ustawowego). Zgodnie z przytoczonym przepisem „osoba, której zachowanie wskazuje na to, iż z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, może być poddana badaniu psychiatrycznemu również bez jej zgody...”. Przepis reguluje dwie sytuacje: bezpośrednie zagrożenie dla określonych

¹⁵⁹ Por: T. Dukiet – Nagórska, Stosowanie ustawy o zawodzie lekarza..., op. cit., s. 22

dóbr spowodowane zaburzeniami psychicznymi oraz niezdolność zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych z powodu zaburzeń psychicznych. Badanie przymusowe może zostać przeprowadzone, gdy aktualizuje się choć jedna z wymienionych w przepisie sytuacji. Bezpośrednie zagrożenie zostanie bliżej przedstawione w dalszej części opracowania. Niezdolność zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych należy rozumieć jako „niezdolność do samodzielnej egzystencji”¹⁶⁰.

O konieczności przeprowadzenia badania psychiatrycznego stwierdza lekarz psychiatra, a w razie, gdy ów nie może – inny lekarz¹⁶¹. W sytuacji, gdy badanie przeprowadzone ma zostać bez zgody osoby z zaburzeniami psychicznymi, o przyczynach przeprowadzania badania bez zgody powinna zostać uprzedzona ta osoba lub jej przedstawiciel ustawowy (art. 22 ust. 2 UOZP). Przeprowadzenie badania psychiatrycznego musi znaleźć odzwierciedlenie w dokumentacji medycznej. W przypadku zaś badania przymusowego, w dokumentacji muszą również zostać wskazane przyczyny przymusowego przeprowadzenia badania, o czym stanowi art. 21 ust. 4 UOZP. Zgodnie z art. 21 ust. 3 UOZP, jeżeli podczas badania okaże się konieczne przewiezienie osoby badanej do szpitala, zastosowany może zostać przymus bezpośredni – zgodnie z regulacją art. 18 UOZP.

Hospitalizacja

Problematyka hospitalizacji, w świetle przepisów UOZP nie przedstawia się jednorodnie. Wyróżnić można, bowiem przyjęcie do szpitala (hospitalizację) za wyrażoną uprzednio zgodą

pacjenta oraz bez jego zgody. Hospitalizacja bez zgody pacjenta może nastąpić w przypadku niezdolności do wyrażenia przez niego zgody (art. 22 ust 2 oraz art. 22 ust. 2a UOZP) oraz w przypadku konieczności zastosowania jednego z dwóch trybów przewidzianych w UOZP: trybu nagłego oraz trybu wnioskowego¹⁶².

Problematykę przyjęcia do szpitala za wyrażoną uprzednio zgodą reguluje art. 22 ust. 1 UOZP oraz art. 22 ust. 1a UOZP. Zgodnie z art. 22 ust. 1 UOZP, przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, osoby z zaburzeniami psychicznymi następuje na podstawie jej pisemnej zgody oraz na podstawie ważnego skierowania lekarskiego. Warto pamiętać o przepisie art. 11 UOZP, stanowiącym, iż skierowanie do zakładu opieki zdrowotnej (a takim jest m. in. szpital psychiatryczny) lekarz może wydać wyłącznie na podstawie uprzedniego osobistego zbadania osoby, przy czym skierowanie do szpitala psychiatrycznego wydawane jest w dniu badania, a jego ważność wygasa po upływie 14 dni. Skierowanie nie jest wymagane w wypadkach nagłych – podstawą jest wówczas pisemna zgoda osoby hospitalizowanej (art. 22 ust. 1a UOZP). Zgoda na hospitalizację musi zostać wyrażona w formie pisemnej – co jest warunkiem szczególnym na tle przepisów UOZP. W sytuacji zaś, gdy osoba chora psychicznie lub osoba upośledzona umysłowo nie są zdolne do wyrażenia zgody, przyjęcie do szpitala następuje za zgodą sądu opiekuńczego (art. 22 ust. 2 UOZP) a w przypadkach nagłych bez zgody sądu, ale na podstawie decyzji lekarza przyjmującego do szpitala oraz zasadniczo – pisemnej opinii innego lekarza albo psychologa (art. 22 ust 2a UOZP).

¹⁶⁰ J. Duda, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 122

¹⁶¹ M. Balicki, Przymus w psychiatrii..., op. cit., s. 46

¹⁶² Ibidem, s. 47 i n.

Od wskazanych powyżej "przypadków nagłych", odróżnić należy "tryb nagły" przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Przyjęcie osoby w trybie nagłym ograniczone jest przez materialno – prawne warunki przewidziane w art. 23 UOZP. Pierwszy z warunków ogranicza krąg osób, które mogą być przyjęte w tymże trybie do szpitala psychiatrycznego. Zgodnie, bowiem z art. 23 ust. 1 UOZP, w trybie nagłym do szpitala psychiatrycznego może być przyjęta tylko osoba chora psychicznie (nie każda więc osoba z zaburzeniami psychicznymi). Co więcej, dotychczasowe zachowanie osoby chorej psychicznie musi wskazywać, iż z powodu choroby osoba ta zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób¹⁶³. Dookreślenie zagrożenia jako „bezpośredniego”, ogranicza stosowanie przesłanek przymusowego umieszczenia osoby chorej psychicznie w szpitalu psychiatrycznym w trybie nagłym¹⁶⁴. O zastosowaniu trybu nagłego decyduje lekarz wyznaczony do przyjęcia osoby do szpitala po jej zbadaniu (art. 23 ust. 2 UOZP). Wymagane jest też zasięgnięcie opinii innego lekarza albo psychologa, choć obowiązek ten nie ma charakteru bezwzględny. Warto wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego¹⁶⁵, w którym stwierdzone zostało, iż „zachowania jedynie uciążliwe, ale nie stwarzające zagrożenia, nie stanowią przesłanki przymusowej hospitalizacji”. Zgodnie z art. 23 ust 3 UOZP, lekarz przyjmujący osobę chorą psychicznie do szpitala jest obowiązany

wyjaśnić jej przyczyny przyjęcia do szpitala bez zgody i poinformować tę osobę o jej prawach.

Tryb wnioskowy uregulowany został natomiast w art. 29 UOZP. Tryb ten, podobnie jak i tryb nagły, dotyczy jedynie osób chorych psychicznie i może on zostać zastosowany jedynie w przypadku spełnienia jednego z dwóch warunków. Po pierwsze, może zostać zastosowany wobec osoby chorej psychicznie, której dotychczasowe zachowanie wskazuje, iż nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego. Po drugie, może zostać zastosowany wobec osoby chorej psychicznie, która jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, iż leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia (art. 29 ust. 1 UOZP). Warto podkreślić, iż w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, samo przewidywanie, jakoby umieszczenie w szpitalu miało wpłynąć pozytywnie na stan zdrowia osoby chorej psychicznie, nie stanowi przesłanki orzeczenia przymusowej hospitalizacji na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 UOZP¹⁶⁶.

Przesłanki trybu wnioskowego są określone szerzej, aniżeli trybu nagłego¹⁶⁷. Wskazać natomiast należy, iż w przypadku trybu wnioskowego, przyjęcie do szpitala psychiatrycznego następuje na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego. Tryb nazywany jest wnioskowym, ponieważ orzeczenie wydawane jest na wniosek określonych podmiotów: małżonka osoby mającej być umieszczoną w szpitalu, krewnych w linii prostej tejże osoby, jej rodzeństwa, przedstawiciela

¹⁶³ J. Duda, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 132

¹⁶⁴ Ibidem, s. 133 i powołana tam literatura

¹⁶⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 14 lutego 1996 r. (II CRN 201/95), LexPolonica nr 318231

¹⁶⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 lutego 2008 r. (III CSK 318/2007) LexPolonica nr 2037078

¹⁶⁷ M. Balicki, Przymus w psychiatrii..., op. cit., s. 49

ustawowego lub osoby sprawującej nad nią faktyczną opiekę, co wynika z art. 29 ust. 2 UOZP. Wniosek może być złożony także przez prokuratora¹⁶⁸. Do wniosku dołączyć należy świadectwo lekarza psychiatry szczegółowo uzasadniające potrzebę leczenia w szpitalu psychiatrycznym, o czym stanowi art. 30 ust. 1 UOZP. Brak tegoż świadectwa stanowi podstawę zwrotu wniosku przez sąd. Podzielić należy pogląd prezentowany zarówno wśród przedstawicieli jurysprudencji jak i w orzecznictwie, iż przesłanki przymusowej hospitalizacji nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej ani wnioskowaniu *per analogiam*¹⁶⁹.

Leczenie psychiatryczne

Zasadniczo, leczenie osoby z zaburzeniami psychicznymi następuje za jej wyrażoną zgodą. Przykładem może być sytuacja leczenia ambulatoryjnego osoby z zaburzeniami psychicznymi, która udaje się do gabinetu lekarza psychiatry – a nie do szpitala psychiatrycznego. Czynności lecznicze dokonywane są wówczas przez lekarza psychiatrę za zgodą osoby z zaburzeniami psychicznymi. Instytucja wyjątkowa, określana mianem, tzw. leczenia przymusowego regulowana jest w art. 33 UOZP.

Zgodnie z art. 33 UOZP, leczenie przymusowe można stosować wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody. Leczenie przymusowe polega na stosowaniu wobec osoby czynności leczniczych (nie tylko na podawaniu leków). Czynności lecznicze stosowane są w celu

usunięcia przyczyn przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody. Przyczyną taką zaś jest zachowanie osoby spowodowane chorobą psychiczną, wskazujące na zagrożenie bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Przepis art. 33 UOZP nie przewiduje więc, ażeby leczenie przymusowe doprowadziło do wyleczenia osoby chorej psychicznie (postanowienie takie byłoby bowiem irracjonalne), ale żeby leczenie przymusowe doprowadziło do zaniku zachowań wywołanych przez chorobę psychiczną a zagrażających bezpośrednio życiu lub zdrowiu wskazanych w przepisie podmiotów. Dla przeprowadzenia leczenia przymusowego konieczny jest plan leczniczy, z którym lekarz zapoznaje osobę mającą być poddaną leczeniu przymusowemu, zgodnie z art. 33 ust. 2 UOZP. Podkreślenia wymaga warunek, w świetle którego w trybie art. 33 ust. 1 UOZP nie jest możliwe stosowanie jakichkolwiek czynności leczniczych a jedynie czynności niezbędnych. Istotną regulację – również ograniczającą leczenie przymusowe – zawiera rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 4 sierpnia 1995 roku¹⁷⁰. Zgodnie z § 1 rozporządzenia, zgody osoby leczonej przymusowo na podstawie art. 33 ust. 1 UOZP, wymaga zastosowanie u niej następujących świadczeń zdrowotnych: po pierwsze, punkcji podpotylicznej lub lędźwiowej przeprowadzanej w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków; po drugie, leczenia metodami śpiączkowymi (śpiączki atropinowe, śpiączki insulinowe); po trzecie, leczenia elektrowstrząsami.

¹⁶⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 5 września 2008 r. (III CSK 178/2008), LexPolonica nr 1974619

¹⁶⁹ M. Balicki, Przymus w psychiatrii..., op. cit., s. 49 i powołane tam orzecznictwo

¹⁷⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 4 sierpnia 1995 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych wymagających odrębnej zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego; Dz. U. z 1995r. Nr 100, poz. 503

Leczenie przymusowe, zgodnie z art. 33 ust. 4 UOZP jest niedopuszczalne wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego w celu wyjaśnienia wątpliwości czy jest ona chora psychicznie.

Analizując postanowienia UOZP, należy pamiętać o treści art. 12 UOZP stanowiącego, iż „przy wyborze rodzaju i metod postępowania leczniczego bierze się pod uwagę nie tylko cele zdrowotne, ale także interesy oraz inne dobra osobiste osoby z zaburzeniami psychicznymi i dąży do osiągnięcia poprawy stanu zdrowia w sposób najmniej dla tej osoby uciążliwy”.

Podsumowanie

Podkreślenia wymaga, iż przy stanowieniu i stosowaniu prawa w zakresie ochrony zdrowia psychicznego uwzględniane musi być człowieczeństwo osoby. Z faktu bycia człowiekiem wynika, bowiem przyrodzona i niezbywalna godność ludzka, której przepisy prawa odebrać ani ograniczyć nie mogą. Obojętne jest przy tym, czy dany człowiek cechuje się zaburzeniami psychicznymi czy też nie. Ważne jest zaś, iż zarówno osoba z zaburzeniami psychicznymi, jak i osoba bez zaburzeń psychicznych są ludźmi.