

maj-czerwiec

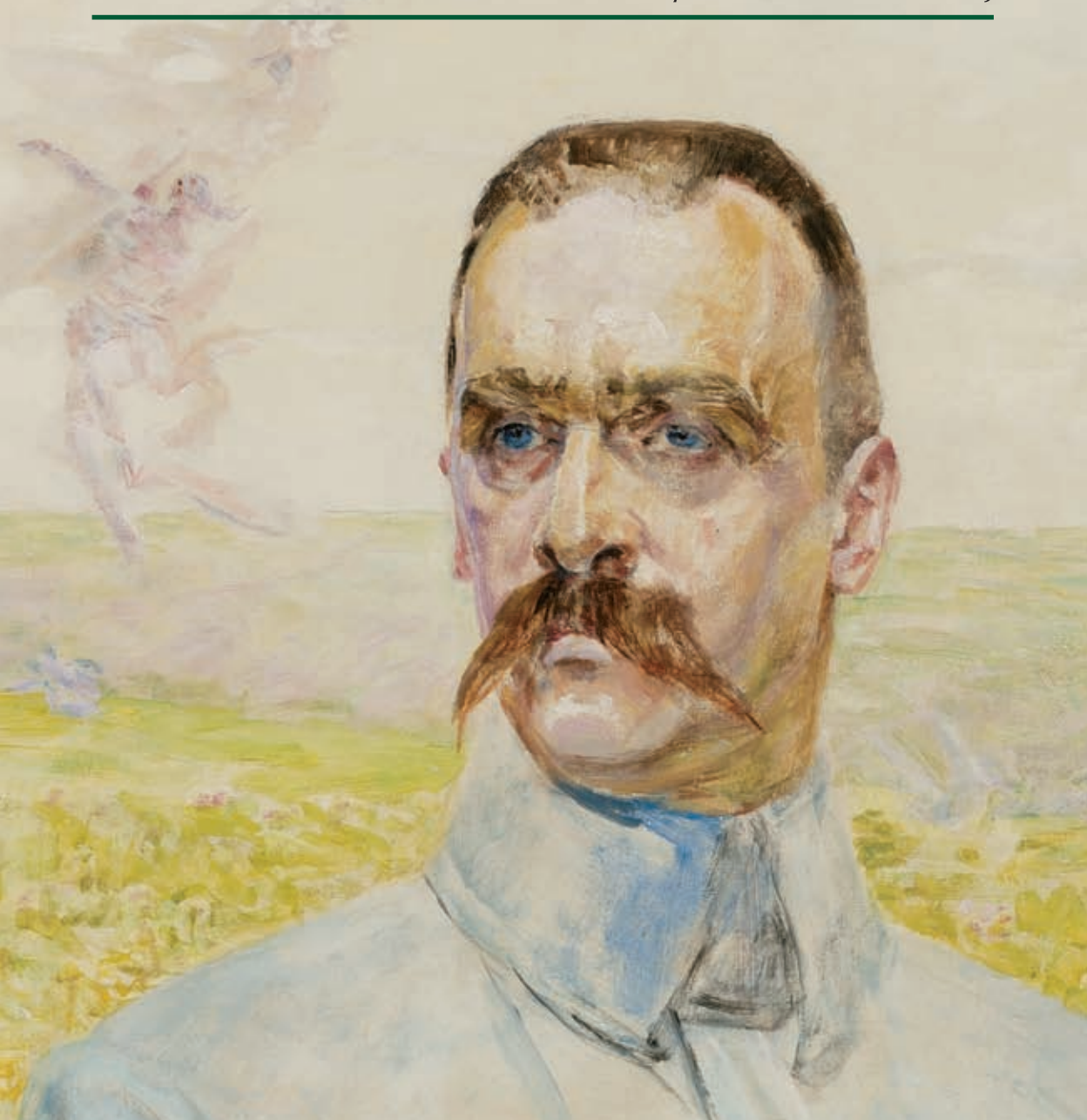
5-6/2015



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---



## Rocznica ważna i dla Polskiej Adwokatury

### Marszałek Józef Piłsudski a Palestra

12 maja 2015 r. mija 80. rocznica śmierci wielkiego Polaka, Marszałka Józefa Piłsudskiego. My, Polscy adwokaci, powinniśmy zawsze czcić pamięć Marszałka za Jego stosunek do Adwokatury, jako ważnej struktury Państwa, stojącej na straży praw i wolności obywatelskich.

W komentarzach i impresjach jubileuszowych („Palestra” nr 11–12/2003, s. 20–21) pisałem: „(...) 24 grudnia 1918 r. (...) Naczelnik Państwa Polskiego, Józef Piłsudski, podpisał *Dekret w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego*. Jeden z pierwszych aktów ustawodawczych Państwa, które poczęło odbudowywać swój niepodległy byt po 123 latach niewoli. Akt ustawodawczy kontrasygnowany przez najwybitniejszych przedstawicieli władzy wykonawczej: prezydenta ministrów Jędrzeja Moraczewskiego i ministra sprawiedliwości Leona Supińskiego. Przypadek czy głębszy zamysł wskazujący na kierunek rozwoju Państwa? Analiza Konstytucji marcowej z 1921 roku w powiązaniu z innymi aktami ustawodawczymi nie pozostawia żadnych wątpliwości. Adwokatura, określona w *Statucie Tymczasowym* historyczną nazwą Palestry, powołana została do odegrania ważnej roli w życiu państwowym i społecznym. *Statut Tymczasowy* określił jej zadania oraz wyposażył ją w niezbędne instrumenty prawne, dzięki którym zadania te mogła realizować.

W wielu zapisach pojawiają się słowa: gorliwość, przyzwoitość, sumiennosc, powaga, honor, koleżeństwo, poszanowanie, dobro publiczne, odpowiedzialność. Słowa piękne i szlachetne, zawierające istotne treści jurydyczne i etyczne. Słowa wskazujące na wagę i nadzieję, jaką ustawodawca wiązał z zawodem adwokata. I jeszcze jeden ważny szczegół. Według polskiej pisowni początek nazwy własnej można pisać i pisze się z dużej litery przede wszystkim wówczas, gdy chce się wyrazić jakąś pozytywną emocję, stosunek osobisty, szacunek dla podmiotu, którego nazwa dotyczy. Stąd zapewne w *Statucie Tymczasowym* takie nazwy własne jak Państwo Polskie, Palestra, Sąd Najwyższy, Minister Sprawiedliwości, Rada Ministrów pisano z dużej litery.

W *Statucie Tymczasowym* stworzono fundamentalne przesłanki dla adwokatury niezależnej, nowoczesnej, wykształconej, samorządnej, otwartej na świat i problemy, służebnej wobec państwa i społeczeństwa, etycznej, kierującej się w swojej działalności dobrem publicznym, biorącej aktywny udział w kształtowaniu niepodległego, suwerennego, demokratycznego państwa.

Wszystkie następne akty ustawodawcze dotyczące spraw adwokatury musiały uwzględniać te wysokie standardy (...).”

*Adu. Czesław Jaworski*  
Redaktor Naczelny



maj–czerwiec

5–6/2015

# PALESTRA

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

---

Rok LX nr 689–690



Naczelna Rada Adwokacka

**WYDAJE**  
**NACZELNA RADA ADWOKACKA**  
**WARSZAWA**

---

**Redaktor Naczelny:** Czesław Jaworski  
**Zastępca Redaktora Naczelnego:** Adam Redzik

**Kolegium:**

Stanisław Baliński, Zbigniew Banaszczyk, Andrzej Bąkowski,  
Antoni Bojańczyk, Lech Gardocki, Jacek Giezek,  
Maciej Gutowski (przewodniczący),  
Piotr Kardas (wiceprzewodniczący),  
Jan Kuklewicz, Erik Luna,  
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący),  
Elwira Marszałkowska-Krześ, Andrzej Mączyński,  
Frank Meyer, Marek Antoni Nowicki, Lech K. Paprzycki,  
Mychajło Petriw, Krzysztof Piesiewicz,  
Krzysztof Pietrzykowski, Adam Redzik, Stanisław Rymar,  
Philippe Sands, Piotr Sendeci, Tomasz Siemiątkowski,  
Tomasz Sójka, Ewa Stawicka, Stephen C. Thaman,  
Andrzej Tomaszek, Andrzej Warfołomiejew,  
Paweł Wiliński, Witold Wołodkiewicz,  
Józef Wójcikiewicz, Małgorzata Wrzołek-Romańczuk,  
Stanisław Zabłocki, Robert Zawłocki

---

Na okładce wykorzystano fragment  
*Portretu brygadiera Józefa Piłsudskiego z Nike*  
autorstwa Jacka Malczewskiego, 1916, olej na desce, 58 × 73,5 cm,  
Muzeum Narodowe w Warszawie, fot. K. Wilczyński.

Opracowanie graficzne: Artur Tabaka  
Redaktor techniczny: Hanna Bernaszuk

Adres Redakcji:  
00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16  
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35  
e-mail: redakcja@palestra.pl  
Internet: www.palestra.pl

Wykonanie: Agencja Wydawnicza MakPrint, www.makprint.pl

Ark. wyd.: 23,9. Nakład: 19 250 egz.  
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

„Palestra” znajduje się w wykazie czasopism naukowych  
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

# Spis treści

<i>Jarosław Warylewski</i> , adwokat, prof. dr hab., UG (Gdańsk) Tajemnica adwokacka i odpowiedzialność karna za jej naruszenie (ujawnienie)	7
<i>Radosław Baszuk</i> , adwokat, wiceprezes WSDA (Warszawa) Wpływ nowelizacji Prawa o adwokaturze oraz Kodeksu postępowania karnego na model adwokackiego postępowania dyscyplinarnego	17
<i>Bartosz Kędziński</i> , asystent UG (Gdańsk) Publiczne znieważenie Znak Polski Walczącej	41
<i>Piotr Poniatowski</i> , apl. adw. (Lublin) Czynny żal sprawcy usiłowania (cz. 1)	46
<i>Kazimierz Postulski</i> , sędzia SA w st. spocz. (Lublin) Zmiany dotyczące wykonywania kary grzywny obowiązujące od 1 lipca 2015 r.	55
<i>Magdalena Aksamitowska-Kobos</i> , doktorantka UŚ (Katowice) Wnioski obywateli polskich kierowane za granicę o przyznanie pomocy praw- nej w postępowaniu przed sądami zagranicznymi	64
<i>Marek Derlatka</i> , adwokat, dr, st. wykł. PWSZ (Sulechów) Społeczna szkodliwość podawania się za funkcjonariusza publicznego	81
<i>Filip Cieply</i> , dr, adiunkt KUL (Lublin), <i>Krzysztof Hoffmann</i> , student UAM (Poznań) Zaburzenie transu i opętania a ocena poczytalności	85
<i>Marta Romańska</i> , sędzia SN (Warszawa) Wykorzystanie powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.) w stosunkach umownych	94
<i>Bartosz Stelmach</i> , apl. adw., doktorant UJ (Kraków) Wykładnia pojęcia „nieważność” – zagadnienia wybrane	110
<i>Artur Krzysztof Kruszewski</i> , apl. adw., doktorant UW (Warszawa) Potrzeba nowelizacji regulacji dotyczących formy oświadczeń woli	118
<i>Tomasz Marek</i> , apl. adw., doktorant UJ (Kraków) Skutki abstrakcyjnej kontroli postanowień wzorców umownych	123

## Punkty widzenia

<i>Piotr Zaporowski</i> , doktorant UW (Wrocław) Czy przedsiębiorca nie powinien móc działać pod różnymi firmami?	135
--	-----

**Dariusz Michta**, adwokat, dr (Będzin)

- Czy zarząd może reprezentować spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych, w której stronami są spółka i członek jej zarządu? ..... 149

## Glosy

**Zygmunt Kukuła**, dr (Bielsko-Biała)

- Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 21 stycznia 2014 r., II Aka 123/14 [o znamionach oszustwa sądowego] ..... 153

**Magdalena Kowalewska**, dr, adiunkt USz (Szczecin)

- Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30 stycznia 2014 r., II AKa 251/13 [o zamiarze zabójstwa] ..... 158

**Kamil Siwek**, student UAM (Poznań)

- Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 20 listopada 2013 r., II KK 184/13 [o obligatoryjnym nadzwyczajnym złagodzeniu kary] ..... 162

**Marcel Góra**, apl. radc., doktorant UJ (Kraków)

- Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16 maja 2012 r., III CSK 227/11 [o nieudzieleniu pacjentowi przystępnej informacji o zabiegu] ..... 169

**Katarzyna Szczepańska**, apl. adw., doktorantka UAM (Poznań)

- Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14 [o umowie użytkowania udziałów w spółce z o.o. wyłączającej możliwość pobierania pożytków] ..... 176

## Najnowsze orzecznictwo

**Zbigniew Szonert**, dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)

- Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego ..... 185

**Michał Jackowski**, adwokat, dr (Poznań)

- Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (grudzień 2014–styczeń 2015) ..... 191

**Marek Antoni Nowicki**, adwokat (Warszawa)

- Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2015 r.) ..... 196

## Pytania i odpowiedzi prawne

**Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa)

- Czy były dzierżawca może skutecznie bronić się zarzutem nadużycia prawa podmiotowego przed żądaniem przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego? ..... 199

## Pytanie o obronę

**Antoni Bojańczyk**, adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa)

- Czy zaniechanie przez sąd skorzystania z inicjatywy dowodowej może być przedmiotem kontroli odwoławczej w znowelizowanym procesie karnym? .. 201

## Problematyka wypadków drogowych

- Wojciech Kotowski** (Warszawa)  
Zawinione potrącenie pieszej ..... 207

## Gawędy adwokata bibliofila

- Andrzej Tomaszek**, adwokat (Warszawa)  
*Scripta manent*, czyli o sztuce profesjonalnej wypowiedzi ..... 211

## Po lekturze

- Andrzej Bąkowski**, adwokat (Warszawa)  
*Żałuję, że Go nie znałem* ..... 215

## Procesy artystyczne

- Marek Sołtysik** (Kraków)  
Motyw intymny (cz. 3). Brudne sprawy pięknoducha ..... 217

## Historia adwokatury

- Ryszard Szawłowski**, prof. dr (Warszawa)  
Rafał Lemkin. Warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt konwencji z 9 grudnia 1948 r. („konwencji Lemkina”). W 55-lecie śmierci. Część II: Roczne *interludium* szwedzkie 1940–1941 i lata amerykańskie 1941–1948 ..... 223

## Sympozja, konferencje

- Marzena Andrzejewska**, apl. adw., doktorantka UJ (Kraków)  
**Maciej Andrzejewski**, apl. adw., doktorant UJ (Kraków)  
Konferencja naukowa „Model dualistyczny czy dwa modele. Konsensualizm a kontradiktoryjność w procesie karnym”, Kraków, 14–15 marca 2015 r. .... 251  
**Małgorzata Kożuch**, adwokat, dr, adiunkt UJ (Kraków)  
Pierwszy Kongres Prawa Konkurencji, Warszawa, 13–15 kwietnia 2015 r. .... 254

## Kronika adwokatury

- Z posiedzeń Prezydium NRA ..... 256

## Varia

- Posiedzenie Instytutu Praw Człowieka Adwokatury Europejskiej (IDHAE), Paryż, 20 marca 2015 r.  
**Zbigniew Cichoń**, adwokat (Kraków) ..... 258  
„Kryształowe Serca” dla toruńskich adwokatów  
**Wiktor Indan-Pykno**, adwokat, dziekan ORA (Toruń) ..... 259



Delegacja Adwokatury Polskiej oddała hołd pamięci adwokatów zamordowanym w Katyniu i ofiarom katastrofy w Smoleńsku <i>Izabela Matjasik</i> , Biuro Prasowe NRA (Warszawa) .....	260
Doroczne Spotkanie Sekcji Polskiej Międzynarodowej Komisji Prawników – wręczenie nagród w Konkursie „Sędzia Europejski” <i>AJR</i> (Warszawa) .....	261
Jan Karski, Franciszek Zieliński i Skaldowie <i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa) .....	263
Spotkanie Łódzkiego Porozumienia Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, 11 kwietnia 2015 r. ....	266

## Listy do Redakcji

O potrzebie strategii adwokatury słów kilka. <i>Ad vocem</i> artykułu adw. prof. Macieja Gutowskiego pt. <i>Pytania o przyszłość adwokatury</i> <i>Wojciech Zwierzchowski</i> , adwokat (Kielce) .....	267
Table of contents .....	270



## TAJEMNICA ADWOKACKA I ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA JEJ NARUSZENIE (UJAWNIENIE)

Zagadnienia związane z tajemnicą adwokacką, pomimo że poruszane w nowożytnej polskiej literaturze prawa karnego i orzecznictwie od blisko 100 lat, wciąż potrafią wzbudzać emocje i dostarczają aktualnych problemów interpretacyjnych<sup>1</sup>. Nazwa „tajemnica adwokacka”, aczkolwiek powszechnie używana, nie jest terminem języka prawnego – nie występuje w żadnym z obowiązujących aktów prawnych. Jej przedmiot oraz zakres wyznaczają przepisy ustawy o adwokaturze oraz Kodeksu etyki adwokackiej. W rozumieniu potocznym „tajemnica” oznacza pewien sekret, charakteryzujący się tajnością i tym, że nie powinien być rozgłaszany, nie powinien wyjść na jaw. Rozumienie to jest właściwie tożsame z rozumieniem tajemnicy w języku prawniczym. Obok „tajemnicy adwokackiej” w literaturze używane są terminy „tajemnica zawodowa” oraz „tajemnica obrończa”. Ten pierwszy jest szerszy zakresowo w stosunku do tajemnicy adwokackiej (dotyczy bowiem m.in. radców prawnych, notariuszy, dziennikarzy i lekarzy), ten drugi ma zakres węższy, ograniczony do pełnienia przez adwokata funkcji obrońcy w postępowaniu karnym. Złamanie tajemnicy (jej ujawnienie, naruszenie) nastąpić może nie tylko przed organem procesowym czy też przez jej upublicznienie, ale również w każdy inny sposób, charakteryzujący się tym, że treści objęte tajemnicą dotrą do podmiotów nieuprawnionych.

1. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o adwokaturze z 26 maja 1982 r., w brzmieniu niezmiennym od tej daty (dalej: ustawa): „Adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej”. Obowiązek ten jest nieograniczony w czasie (ust. 2) i w zasadzie, zgodnie z tą ustawą, ma charakter bezwzględny, gdyż zgodnie z ust. 3, dodanym, tak jak ust. 2, z dniem 15 września 1997 r.: „Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę”. Wyjątek przewidziany został w ust. 4 (dodanym z dniem 15 maja 2004 r.), który stanowi: „Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1505 z późn. zm.) – w zakresie określonym tymi przepisami”.

Zdecydowanie szerzej i w sposób bardziej szczegółowy do tajemnicy adwokackiej odnosi się Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej), poświęcając tej kwestii § 19 i 20. Ich brzmienie ma znaczenie i musi być brane pod uwagę zarówno w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata, jak i w przypadku ewentualnej odpowiedzialności z art. 266 k.k. (o czym niżej)<sup>2</sup>. Według § 19: „1. Adwokat zobowiązany

<sup>1</sup> Zob. np. R. Dębowski, *Sprawa Rogalskiego a tajemnica adwokacka*, „Rzeczpospolita” z 5 października 2013 r.; M. Niedużak, *Czy tajemnica adwokacka może obowiązywać tylko adwokatów? Rozważania na gruncie przepisów prawa o adwokaturze oraz Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2010, nr 11–12.

<sup>2</sup> Zob. Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 14 grudnia 2011 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej).

jest zachować w tajemnicy oraz zabezpieczyć przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem wszystko, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych.

2. Znajdujące się w aktach adwokackich materiały objęte są tajemnicą adwokacką.

3. Tajemnicą objęte są nadto wszystkie wiadomości, notatki i dokumenty dotyczące sprawy uzyskane od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują.

4. Adwokat zobowiąże swoich współpracowników i personel oraz wszelkie osoby zatrudnione przez niego podczas wykonywania działalności zawodowej do przestrzegania obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

5. Adwokat posługujący się w pracy zawodowej komputerem lub innymi środkami elektronicznego utrwalania danych obowiązany jest stosować oprogramowanie i inne środki zabezpieczające dane przed ich niepowołanym ujawnieniem.

6. Przekazywanie informacji objętych tajemnicą zawodową za pomocą elektronicznych i podobnych środków przekazu wymaga zachowania szczególnej ostrożności i uprzedzenia klienta o ryzyku związanym z zachowaniem poufności przy wykorzystaniu tych środków.

7. Obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej jest nieograniczony w czasie.

8. Adwokatowi nie wolno zgłaszać dowodu z zeznań świadka będącego adwokatem lub radcą prawnym w celu ujawnienia przez niego wiadomości uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu". Z kolei § 20 stanowi: „W przypadku dokonywanego przesłuchania w lokalu, w którym adwokat wykonuje zawód, lub w mieszkaniu prywatnym adwokata, jest on obowiązany żądać uczestniczenia w tej czynności przedstawiciela samorządu adwokackiego”.

Zachowanie tajemnicy zawodowej jest obowiązkiem, a nie prawem adwokata. Jest obowiązkiem wynikającym z pełnienia funk-

cji zaufania publicznego (*arg. ex art. 17 ust. 1 Konstytucji RP*), tak też, jako obowiązek, została ona ukształtowana ustawowo.

2. Za naruszenie tajemnicy adwokat oraz aplikant adwokacki mogą ponosić: 1) odpowiedzialność dyscyplinarną na zasadzie art. 80 ustawy o adwokaturze („Adwokaci i aplikanci adwokaccy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godności zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych”), 2) odpowiedzialność odszkodowawczą wobec klienta, jeżeli ujawnienie tajemnicy wyrządziło mu szkodę lub 3) odpowiedzialność karną na podstawie art. 266 § 1 k.k. w brzmieniu: „Kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2” – ściganie następuje po złożeniu wniosku przez pokrzywdzonego. Jest to przestępstwo indywidualne właściwe (może je popełnić tylko osoba zobowiązana do zachowania tajemnicy), skutkowe, możliwe do popełnienia zarówno przez działanie, jak i zaniechanie. Zaniechanie polegać może np. na braku zabezpieczenia dokumentów<sup>3</sup> (w formie tradycyjnej lub elektronicznej) przed dostępem do nich osób nieuprawnionych. Treść ujawnianej lub wykorzystywanej informacji, jej znaczenie (waga) nie mają znaczenia dla wypełnienia znamion tego czynu zabronionego, w szczególności mogą to być zupełnie błahе informacje. Co najwyżej może to wpływać na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu. Ujawnienie może polegać na ustnym lub pisemnym przekazaniu informacji, jej elektronicznego zapisu, a nawet udostępnieniu w postaci nieutralizowanej i zdematerializowanej, np. na ekranie komputera. Do ujawnienia dochodzi w momencie

<sup>3</sup> W rozumieniu procesowym, a nie karnomaterialnym.

zapoznania się z informacją przez inną osobę, samo przekazanie np. dokumentów może być kwalifikowane jedynie jako usiłowanie. Nie będzie ujawnieniem w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. udostępnienie informacji, która już wcześniej przez kogoś innego została ujawniona, np. upubliczniona poprzez publikację w prasie.

Z wykorzystaniem informacji objętych tajemnicą będziemy mieli do czynienia, jeżeli adwokat w ramach prowadzonej działalności, a nawet poza nią, podejmie decyzje, działania lub zaniechania, motywowane (inspirowane) wiedzą uzyskaną dzięki treściom objętym tajemnicą. Same te zachowania nie muszą być bezprawne, a zwykle będą nastawione na osiągnięcie korzyści osobistej lub materialnej.

W kontekście art. 266 § 1 k.k. należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 225 § 3 k.p.k.: „Jeżeli obrońca lub inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty wymienionej osobie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem”. Adwokat, który umyślnie zrezygnuje ze złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 225 § 3 k.p.k. – popełnia przestępstwo z art. 266 § 1 k.k. Tak samo należy traktować niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 225 § 1 k.p.k.<sup>4</sup>

Strona podmiotowa przestępstwa z art. 266 § 1 k.k. charakteryzuje się umyślnością, która może wystąpić zarówno w formie zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego. Nie jest oczywiście czynem zabronionym wykorzystywanie wiadomości i dokumentów uzyskanych podczas wykonywania zawodu adwokata dla celów związanych z prowadzeniem sprawy powierzonej przez klienta. Skazanie za przestęp-

stwo z art. 266 § 1 k.k. może pociągać za sobą zastosowanie środka karnego w postaci zakazu wykonywania zawodu adwokata (zob. art. 41 § 1 k.k.). Zwykle tak właśnie powinien postąpić sąd, skazując adwokata z art. 266 § 1 k.k., gdyż istotą tego występkę jest właśnie nadużycie zaufania związanego z wykonywaniem zawodu, co z kolei jest ewidentną przesłanką orzeczenia środka karnego z art. 41 § 1 k.k.

3. Z tym zakazem karnym koresponduje wyrażony w art. 178 pkt 1 k.p.k. zakaz dowodowy, stanowiący, że: „Nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę”. Ten zakaz dowodowy ma charakter całkowity i bezwzględny, trwa nawet już po ustaniu pełnienia funkcji obrońcy lub adwokata udzielającego pomocy prawnej osobie zatrzymanej przez kontakt z taką osobą na jej życzenie, nie jest w stanie go uchylić nawet zgoda zainteresowanych osób. Ograniczony jest jednak do tzw. tajemnicy obrończej, która w k.p.k. zrównana została z obowiązującą duchownego tajemnicą spowiedzi i nie obejmuje całej tajemnicy adwokackiej, która ma zdecydowanie szerszy zakres od „tajemnicy obrończej”. W zakres tej ostatniej nie wchodzi np. pełnienie funkcji pełnomocnika strony, m.in. w charakterze oskarżyciela posiłkowego. W przypadku gdyby doszło do naruszenia tego zakazu, uzyskane w ten sposób zeznania nie mogłyby być wykorzystane jako dowód i podstawa orzeczenia.

W doktrynie istnieją rozbieżności co do tego, czy obrońca ma obowiązek stawić się na wezwanie organu procesowego w charakterze świadka w takich przypadkach. Teza o braku obowiązku nawet samego stawiennictwa w przypadku doręczenia wezwania przez organ procesowy

<sup>4</sup> W brzmieniu: „Jeżeli kierownik instytucji państwowej lub samorządowej albo też osoba, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukanie, oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera informacje niejawne lub wiadomości objęte tajemnicą zawodową lub inną tajemnicą prawnie chronioną albo ma charakter osobisty, organ przeprowadzający czynność przekazuje niezwłocznie pismo lub inny dokument bez jego odczytania prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu”.

wyduje się dyskusyjna<sup>5</sup>. Nie można bowiem np. wykluczyć, że chodzi również o zeznania nieobjęte zakazem dowodowym, a poza tym przekazanie samej informacji organowi procesowemu o tym, że chodzi o zeznania objęte tajemnicą obrończą, nie stanowi złamania tej tajemnicy.

W literaturze i orzecznictwie (zob. uchwałę SN z 29 listopada 1962 r.; VI KO 61/62) podnosi się, że zakaz ten nie dotyczy przesłuchania w charakterze oskarżonego albo podejrzanego.

Wskazanemu wyżej zakazowi dowodowemu w postępowaniu karnym towarzyszą rozwiązania zawarte w pozostałych ustawach proceduralnych. Artykuł 83 § 2 k.p.a. przewiduje dla świadka możliwość odmowy odpowiedzi na pytania, jeżeli odpowiedź na nie wiązałaby się z naruszeniem obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej. Z kolei art. 261 § 2 k.p.c. pozwala świadkowi odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, gdyby zeznanie miało być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej.

4. Natomiast w kolizji z postanowieniami art. 6 ust. 3 ustawy o adwokaturze pozostaje art. 180 § 2 k.p.k. (dalej: Kodeks), który pozwala sądowi na zwolnienie adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy, ale „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Niewątpliwie w zakresie „dobra wymiaru sprawiedliwości”, o którym mowa w tym przepisie, mieści się np.

stwierdzona przez sąd konieczność ustalenia w ten sposób tzw. prawdy materialnej dotyczącej popełnionego czynu zabronionego, względnie osoby jego sprawcy.

Pytania o to, czy tajemnica adwokacka ma charakter względny, czy też bezwzględny, w jaki sposób rozwiązywać konflikt między postanowieniami ustawy a Kodeksem, doczekały się wielu opracowań<sup>6</sup> oraz orzeczeń i mają charakter wręcz historyczny, sięgając rozwiązań Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo o ustroju adwokatury z 1932 r. i Kodeksu postępowania karnego z 1928 r.<sup>7</sup> Jednym ze sposobów rozwiązania tego konfliktu jest zastosowanie tzw. reguł kolizyjnych. Zgodnie z zasadą *lex superior derogat legi inferiori* akt prawny wyższego rzędu może uchylić akt prawny (w całości lub części) niższego rzędu (stojący niżej w hierarchii źródeł prawa). Ponieważ ustawa Prawo o adwokaturze i Kodeks postępowania karnego są aktami prawnymi tej samej rangi, ta reguła kolizyjna problemu nie rozwiązuje. Zgodnie z zasadą *lex posteriori derogat legi priori* – ustawa późniejsza deroguje moc obowiązującą ustawy wcześniejszej. Kodeks z 1997 r. jest wprawdzie aktem prawnym późniejszym w stosunku do ustawy z 1982 r., jednak zasada *lex posteriori* jest w tym przypadku niefunkcjonalna. Już chociażby dlatego, że art. 180 k.p.k. z 1997 r. jest prawie wiernym powtórzeniem art. 163 k.p.k. z 1969 r., z czego mogłoby wynikać, że między 1982 a 1998 r. tajemnica adwokacka miała charakter bezwzględny, a od 1 września 1998 r. charakter względny. A wcześniej? Mię-

<sup>5</sup> Zob. E. Mądrecka, *W kwestii kolizji art. 180 § 2 kodeksu postępowania karnego i art. 6 Prawa o adwokaturze*, NKPK 2012, nr 28, s. 147.

<sup>6</sup> Zob. m.in.: S. K. Poznański, *Rewizje w kancelarii adwokata, jako zaprzeczenie tajemnicy zawodowej*, „Palestra” 1925, nr 12; B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972; E. Hansen, *Tajemnica zawodowa adwokata*, „Palestra” 1962, nr 9; M. Cieślak, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 3; K. Łojewski, *Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 12; tenże, *Problematyka tajemnicy zawodowej adwokata (Na marginesie uchwały NRA z dnia 10 listopada 1966 r.)*, „Palestra” 1967, nr 3; K. Buchała, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969, nr 2; Z. Skoczek, *Spór o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969, nr 2; M. Kucharczyk, *Charakter prawny tajemnicy adwokackiej w ujęciu historycznym*, Cz. PKiNP 2007, nr 1; E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, Cz. PKiNP 2007, nr 1.

<sup>7</sup> Zgodnie z art. 91b k.p.k. z 1928 r.: „Nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy oskarżonego – co do faktów, o których dowiedział się przy udzielaniu porady prawnej lub prowadzeniu sprawy”.

dzy 1970 a 1982 r. charakter względny, ponieważ k.p.k. z 1969 r. był późniejszy od ustawy o ustroju adwokatury z 1963 r. (art. 6 ust. 1 ustawy z 1982 r. jest właściwie powtórzeniem art. 7 ustawy z 1963 r.<sup>8</sup>). W sumie od przypadku, a nie od świadomej decyzji ustawodawcy, zależałby wynik zastosowania tej reguły.

Pozostaje jeszcze zasada, zgodnie z którą *lex specialis derogat legi generali*. Niestety efekty jej stosowania nie są oczywiste, ponieważ już od prawie stu lat trwa spór w polskiej doktrynie, która z omawianych wyżej ustaw ma charakter przepisów szczególnych, a która charakter przepisów ogólnych, w zakresie nas interesującym. W okresie międzywojennym przeważał pogląd, że przepisy Prawa o ustroju adwokatury mają charakter szczególnie wobec przepisów Kodeksu postępowania karnego, które mają charakter ogólny. Dominował więc pogląd o bezwzględny charakterze tajemnicy adwokackiej.

Spór odżył na nowo w latach 60. ubiegłego wieku i trwa do dnia dzisiejszego, aczkolwiek, jak się wydaje, zaczyna przeważać, również pod wpływem judykatury, stanowisko o względnym charakterze tajemnicy adwokackiej<sup>9</sup>, wynikającym również z tego, że przepisy k.p.k. stanowią *lex specialis* w stosunku do ustawy. Wskazywano m.in., że zgoda klienta czy nawet jego żądanie są w stanie uchylić obowiązek zachowania tajemnicy, aczkolwiek nie bez głosów przeciwnych. Za względnym charakterem tajemnicy w takich przypadkach przemawia to, że obowiązek zachowania tajemnicy nie został przez ustawodawcę wprowadzony w interesie adwokatów, lecz w interesie

osób, które korzystają z ich usług<sup>10</sup>. Wydaje się, że twierdzenie o absolutnym charakterze tej tajemnicy, z której nikt, nic i w żadnym wypadku zwolnić adwokata nie może, jest, jak się wydaje, aktualnie nieuprawnione.

Zwłaszcza wobec wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03), w którym orzeczono, że: „Art. 180 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego jest zgodny z art. 2, art. 17, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 49 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. Skargę konstytucyjną popierał RPO, który twierdził, że: „Istnieje konstytucyjne uzasadnienie wyjątku wprowadzonego w art. 180 § 2 k.p.k. Jednak, zdaniem Rzecznika, o niezgodności z Konstytucją art. 180 § 2 k.p.k. decydują kryteria dopuszczalności uchylecia tajemnicy zawodowej. Nie spełniają one warunku dostatecznej określoności. Zarzut ten dotyczy zwłaszcza pierwszego kryterium, a mianowicie – dobra wymiaru sprawiedliwości, dla którego przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą zawodową ma się okazać niezbędne. Zdaniem Rzecznika sformułowanie to nie daje żadnych wskazań co do sposobu rozwiązania kolizji dwóch konstytucyjnych wartości: celów postępowania karnego i tajemnicy radcowskiej. W ocenie Rzecznika nie można przyjąć, że dążenie do realizacji celów prawa karnego zawsze przeważa nad potrzebą ochrony tajemnicy zawodowej. Tymczasem zastosowanie art. 180 § 2 k.p.k. jest bardzo szerokie; stosuje się go zarówno w sprawach o zbrodnie, jak i występki, a nawet wykroczenia skarbowe; zarówno w postępowaniach z oskarżenia pub-

<sup>8</sup> Art. 53 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 r. Prawo o ustroju adwokatury brzmiał: „Adwokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu adwokackiego”, natomiast art. 71 ustawy z dnia 4 maja 1938 r. Prawo o ustroju adwokatury: „Adwokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wiadomości, udzielone mu z tytułu wykonywania przezeń zawodu”. Art. 20 rozporządzenia Prezydenta RP z 7 października 1932 r. brzmiał identycznie.

<sup>9</sup> Zdecydowanym zwolennikiem poglądów o bezwzględny charakterze tajemnicy adwokackiej był Zdzisław Krzemiński. Zob. Z. Krzemiński, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959, nr 10; tenże, *Tajemnica zawodowa adwokata*, „Palestra” 1974, nr 6; tenże, *Glosa do Uchwały Prezydium NRA z 3.08.1967 r.*, „Palestra” 1969, nr 4; tenże, *Etyka adwokacka*, Warszawa 2008.

<sup>10</sup> Można jednak spotkać się z poglądami, że kwestia zachowania tajemnicy nie jest elementem relacji między adwokatem i jego klientem, a jedynie elementem obowiązującej adwokata etyki zawodowej.



licznego, jak i prywatnego. Zwolnienie radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie zostało też powiązane z prawem do obrony oskarżonego w tym sensie, by zwolnienie ograniczało się do przypadków ujawnienia okoliczności przemawiających wyłącznie na korzyść oskarżonego. Przeciwnie, Rzecznik podał przykłady sytuacji, gdy radca prawny (np. będący pełnomocnikiem procesowym podmiotu posiłkowo odpowiedzialnego) może być zmuszony do ujawniania informacji obciążających jego klienta. W końcowej części uzasadnienia Rzecznik zwrócił uwagę, że zastosowane w art. 180 § 2 k.p.k. kryterium dobra wymiaru sprawiedliwości, będące klauzulą generalną o niejednoznacznych konturach znaczeniowych, w połączeniu z fakultatywnością zwalniania przez sąd z obowiązku dochowania tajemnicy, grozi arbitralnością podejmowanych rozstrzygnięć. Rozstrzygnięcia podjęte dla «dobra wymiaru sprawiedliwości» w zasadzie nie poddają się weryfikacji”.

Trybunał Konstytucyjny podniósł, że: „Zarzut niedookreśloności art. 180 § 2 k.p.k., w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, nie jest uzasadniony. Przepis zawiera dwa kryteria, od których kumulatywnego spełnienia uzależniona jest możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej: musi tego wymagać dobro wymiaru sprawiedliwości oraz dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Ponadto przepis wymaga, by przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy zawodowej było niezbędne dla wskazanych celów. O ile pojęcie «dobra wymiaru sprawiedliwości» jest bardzo ogólne, o tyle – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – drugie z kryteriów wskazanych w art. 180 § 2 k.p.k., tj. brak innych środków dowodowych jest konkretne, wymierne i sprawdzalne. Ponieważ o zwolnieniu z tajemnicy decyduje sąd, dysponujący już całym materiałem dowodowym zebrany w postępowaniu przygotowawczym, należy przyjąć, że jest on władny ocenić niezbędność dowodu, tj. stwierdzić, że za pomocą innych, realnie dostępnych środków dowodowych (takim środ-

kiem na pewno nie jest zeznanie oskarżonego, który ma prawo zachować milczenie) nie można danej okoliczności udowodnić. Argument braku precyzji art. 180 § 2 k.p.k. na pewno nie wystarcza więc, by podważyć konstytucyjność zaskarżonego przepisu”.

Należy podkreślić, że zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem: „Zwolnienie z tajemnicy zawodowej adwokata powinno dotyczyć konkretnych okoliczności, o których świadek ma zeznawać. Rzeczą sądu o tym orzekającego jest ocenić, czy okoliczności te spełniają wymogi art. 180 § 2 k.p.k., to jest są niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości i nie mogą być ustalone na podstawie innego dowodu. Brak oznaczenia ich sprawialby, że zwolnienie byłoby *carte blanche* dla organów ścigania, które mogłyby dowolnie korzystać z wiedzy świadka, obchodząc odnośne ograniczenia” (zob. m.in. postanowienie SA w Krakowie z 21 kwietnia 2010 r.).

Jak podkreślił SA w Krakowie w postanowieniu z 13 stycznia 2009 r. (II AKz 651/08): „Zagadnienie zawodowej tajemnicy adwokackiej jest kwestią dużej doniosłości, warunkującą prawidłowe wykonywanie zawodu adwokata, zatem sprawowanie społecznie użytecznej obsługi prawnej społeczeństwa. Rzetelne wykonywanie adwokackich czynności zawodowych jest warunkowane zaufaniem klienta do adwokata. Gdyby tego zaufania nie było, klient wstrzymywałby się z przekazaniem adwokatowi informacji, które mogłyby go narazić na odpowiedzialność, nie tylko karną, a wtedy działanie adwokata nie byłoby adekwatne do stanu faktycznego, który je spowodował. Tak byłoby, gdyby zwolnienie z tajemnicy adwokackiej było przez sądy stosowane bez spełnienia ustawowych wymagań niezbędności dla wymiaru sprawiedliwości poznania faktów, o których wie adwokat i niezbędności jego zeznań z powodu niemożności poznania ich na podstawie innego dowodu (art. 180 § 2 k.p.k.). Nie chodzi o fakty, które prowadzący śledztwo chce z jakichkolwiek powodów poznać, ale o fakty niezbędne dla sprawiedliwości. Idzie też o wykazanie, że nie ma innych dowodów

dla zbadania tych faktów. Gdyby warunki te były traktowane lekko, udzielenie zwolnienia z tajemnicy byłoby formalnością, a doniosła społecznie rola adwokatów zostałaby sprowadzona do funkcji informatorów organów ścigania opłacanych przez ich klientów. Zwolnienie z tajemnicy jest wyjątkiem od zasady możliwości odmówienia zeznań przez adwokata. Korzystanie z wyjątku powinno być uzasadnione, a wyjątku nie można dowolnie rozszerzać<sup>11</sup>.

Adwokata, który występował w roli świadka i został zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy przez sąd na zasadzie art. 180 § 2 k.p.k., nie można oczywiście pociągnąć do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 266 § 1 k.k., ponieważ do ujawnienia tajemnicy nie dochodzi w takich przypadkach „wbrew przepisom ustawy”, a wręcz przeciwnie – na podstawie ustawy (k.p.k.).

Jednak nawet sąd nie może zwolnić adwokata z obowiązku zachowania w tajemnicy tego, czego dowiedział się, wykonując obowiązki obrońcy w postępowaniu karnym (ze względu na brzmienie art. 178 pkt 1 k.p.k.).

Należy odnotować stanowisko, zgodne z którym tzw. samorzutne złożenie zeznań, bez powołania się na obowiązek zachowania tajemnicy i bez zwolnienia z niej przez sąd, wyczerpuje wprawdzie znamiona art. 266 § 1 k.k., jednak może nie być przestępstwem ze względu na sytuację kontratypową<sup>12</sup>. Propozowany przez M. Cieślaka kontratyp uprawnień i obowiązków [„obowiązek zeznawania w charakterze świadka zwalnia od obowiązku zachowania tajemnicy i jako swoisty «kontratyp» (wykonanie prawnego obowiązku) uchyla nie tylko karalność, lecz w ogóle społeczne niebezpieczeństwo czynu”] jest bardzo dyskusyjny wobec tego, że ustawodawca kolizję ciężących na adwokacie-świadku obowiązków rozstrzygnął właśnie w art. 180 § 2 k.p.k. Jed-

nak zastosowania w takiej sytuacji kontratypu stanu wyższej konieczności (dobrem ratowanym byłby interes wymiaru sprawiedliwości) nie można, jak się wydaje, wyłączyć. Oczywiście każdorazowo, w każdym konkretnym przypadku, należałoby badać, czy spełnione są wszystkie znamiona kontratypu z art. 26 § 1 k.k. Wykluczyć należy jednak zastosowanie stanu wyższej konieczności wyłączającej zawinienie (art. 26 § 2 k.k.), ze względu na brzmienie art. 26 § 4 k.k.<sup>13</sup> Adwokat ma bowiem szczególnie obowiązek chronienia tajemnicy zawodowej (dobra w rozumieniu art. 26 k.k.), jest gwarantem jej zachowania, a ochrona tego dobra „nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste” nie jest elementem koniecznym, by do takiego wyłączenia podmiotowego doszło.

W tym kontekście warto przytoczyć tezę z wyroku SN z 15 listopada 2012 r. (SDI 32/12) w brzmieniu: „Złożenie przez radcę prawnego zeznań w postępowaniu karnym toczącym się przeciwko jego klientowi, bez zwolnienia przez sąd z tajemnicy zawodowej jest przewinieniem, którego popełnienie może skutkować nałożeniem kary dyscyplinarnej. Poniesienie odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest zależne od tego, czy ujawnione przez pełnomocnika informacje szkodzą klientowi. Błędne jest wiązanie tajemnicy zawodowej z reprezentowaniem klienta, jest to jeden z elementów etyki zawodowej – wskazał Sąd Najwyższy”. Sprawa dotyczyła wprawdzie radcy prawnego, ale *mutatis mutandis* stanowisko wyrażone przez SN może też mieć zastosowanie do adwokata. W realiach tej sprawy radca prawny zeznawał na prośbę swojego klienta, natomiast SN uznał, że w takim przypadku osoba zobowiązana do zachowania tajemnicy zawodowej powinna o tym poinformować swojego klienta, a ocena, czy należy go zwolnić z tej tajemnicy, należy

<sup>11</sup> KZS 2009, z. 1, poz. 72, Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 7–8, poz. 45.

<sup>12</sup> Tak m.in. B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej*, s. 164–165 oraz M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 274.

<sup>13</sup> Tak m.in. E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, Cz. PKiNP 2007, nr 1.



wyłącznie do sądu, a nie do osoby do zachowania tajemnicy zobowiązanej. Odpowiedzialność dyscyplinarna, według SN, jest możliwa niezależnie od tego, czy została wyrządzona krzywda konkretnej osobie.

5. Sytuacją szczególną jest ta, w której adwokat znajdzie się w charakterze oskarżonego. Czy i wtedy obejmuje go obowiązek zachowania tajemnicy? Już w uchwale z 26 listopada 1962 r. (VI Ko 61/62) SN sformułował następującą tezę: „Ustanowionym w art. 53 ustawy z 27.VI.1950 r. o ustroju adwokatury obowiązkiem adwokata zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania swego zawodu, objęta jest całość jego rozmów z klientem, pozostających w związku z omawianiem obrony w konkretnej sprawie. Obowiązek zachowania milczenia upada, jeżeli adwokat w związku z treścią danej rozmowy ze swoim klientem znalazł się w pozycji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym lub oskarżonego w postępowaniu karnym”. W orzeczeniu tym SN skłonił się niewątpliwie ku koncepcji „tajemnicy adwokackiej o charakterze względnym”, wskazując, że obowiązek ten dezaktualizuje się, „gdy klient adwokata sam ujawnił treść rozmów lub ich fragmenty, dając przez to do zrozumienia, że na zachowaniu w tajemnicy rozmów w części ujawnionej mu nie zależy, a nadto gdy – w szczególności z inicjatywy takiego klienta – toczy się postępowanie dyscyplinarne lub karne, skierowane przeciwko samemu adwokatowi w związku z treścią tych rozmów. W tym ostatnim wypadku wchodzi w grę prawo do obrony, które nie może doznać ograniczenia przez związanie adwokata obowiązkiem tajemnicy zawodowej”.

Na gruncie tej uchwały zrodziła się dyskusja, która pozwala wskazać, że M. Cieślak,

S. Garlicki i R. Łyczywek uznawali za słuszne wskazanie względności tajemnicy adwokackiej<sup>14</sup>, a A. Kaftal zajmował wobec niej stanowisko zdecydowanie krytyczne, formułując tezę o bezwzględny charakterze tej tajemnicy, nawet wtedy, gdyby ograniczała ona adwokatowi prawo do obrony<sup>15</sup>. M. Cieślak uznawał takie stanowisko, „kneblujące usta adwokatowi”, za „graniczące wprost z niedorzecznością”.

Niewątpliwie jest, że zakazy dowodowe w k.p.k., o których mowa wyżej, dotyczą zeznań świadka, a nie wyjaśnień oskarżonego. Nie rozwiązuje to jeszcze jednak konfliktu między prawem do obrony a obowiązkiem zachowania tajemnicy wynikającym z art. 266 § 1. Wydaje się, że wprawdzie nie jedynym, ale uprawnionym rozwiązaniem jest odwołanie się do sytuacji kontratypowej. Byłby to kontratyp szczególnych uprawnień, w tym wypadku mający umocowanie w Konstytucji – w art. 42 ust. 2 – prawie do obrony.

6. Odpowiedzialność adwokata z art. 266 § 1 k.k. rodzi też pewne wątpliwości w przypadku realizacji tzw. obowiązku denuncjacji – złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Powszechny obowiązek denuncjacji, wynikający z art. 304 § 1 k.p.k.<sup>16</sup>, ma charakter obowiązku społecznego (moralnego), a nie prawnego (pomimo że jest zawarty w ustawie, nie jest jednak obwarowany żadną sankcją), i jego realizacja z jednoczesnym naruszeniem tajemnicy adwokackiej będzie niewątpliwie przestępstwem z art. 266 § 1 k.k.

W wyroku z 20 grudnia 2007 r. (SDI 28/07) SN stwierdził, co następuje: „Wskazywanie przez obwinioną [wykonującą zawód adwokata – przypomnienie J. W.], iż «została ukarana za wypełnienie obowiązku z art. 304 k.p.k., co jest rażącym naruszeniem prawa i wolności obywatelskich», wydaje się świad-

<sup>14</sup> M. Cieślak, S. Garlicki, R. Łyczywek, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 3.

<sup>15</sup> Zob. A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, „Palestra” 1963, nr 4.

<sup>16</sup> W brzmieniu: „Każdy dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu ma społeczny obowiązek zawiadomić o tym prokuratora lub Policję”.

czyć o niezrozumieniu, iż zachowanie przez adwokata tajemnicy zawodowej jest nadrzędne wobec postąpienia w myśl art. 304 § 1 k.p.k. i szerzej – o niezrozumieniu, iż respektowanie tej tajemnicy jest koniecznym warunkiem wykonywania zadań określonych w art. 1 ust. 1 Prawa o adwokaturze, co wcześniej zaakcentował Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów z dnia 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/1994, OSNKW 1994, z. 7–8, poz. 41<sup>17</sup>.

W przypadku szczególnie ciężkich czynów zabronionych lub przestępstw o charakterze terrorystycznym (m.in. zbrodnia zabójstwa i ludobójstwa, ale już np. nie w przypadku zgwałcenia – nawet będącego zbrodnią) obowiązek denuncjacji (polegający na przekazaniu informacji o konkretnym czynie zabronionym organom ścigania niemającym tej wiedzy) ma charakter obowiązku prawnego, a brak złożenia zawiadomienia o przestępstwie jest wówczas występkiem z art. 240 § 1 k.k.<sup>18</sup>, zagrożonym karą pozbawienia wolności do lat 3. O pryma-

cie w takim wypadku dyskrekcji zawodowej nad obowiązkiem denuncjacji świadczy przede wszystkim ustawowe ukształtowanie tajemnicy adwokackiej na gruncie Kodeksu postępowania karnego. Ochrona tej tajemnicy, z wykorzystaniem m.in. zakazów dowodowych z k.p.k., byłaby niemożliwa i wręcz niespójna z regulacją procesową, gdyby obowiązek z art. 240 § 1 k.k. miał dotyczyć adwokata i polegał na ujawnieniu tajemnicy. Pogląd ten jest, jak się wydaje, powszechnie przyjmowany w doktrynie polskiego prawa karnego<sup>19</sup>. Jako uzasadnienie wskazywany bywa kontratyp działania w granicach uprawnień i obowiązków, ewentualnie uzasadnia się takie stanowisko poprzez odwołanie do aksjologicznych reguł kolizyjnych i wykładni systemowej. Należy też dodać, że z samej istoty stosunku obrończego adwokat nie odpowiada karnie za brak zawiadomienia organów ścigania o czynie zabronionym lub przestępstwie, o których mowa w art. 240 § 1 k.k., a które popełnił jego klient.

<sup>17</sup> Uchwała z 1994 r., częściowo już nieaktualna, w brzmieniu: „Adwokata nie wolno przesłuchiwać jako świadka co do faktów, o których dowiedział się jako obrońca udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (*arg. ex art. 161 pkt 1 k.p.k.*). W innych wypadkach adwokat może odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek tajemnicy określony w art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. nr 16, poz. 124 z późn. zm.), chyba że sąd lub prokurator zwolni go na podstawie art. 163 k.p.k. od obowiązku zachowania tajemnicy. Zwolnienie to może nastąpić tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tajemnicą – w drodze przesłuchania adwokata jako świadka – jest nieodzowne dla prawidłowego wyrokowania w sprawie”.

<sup>18</sup> W brzmieniu: „Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, 118a, 120–124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zob. L. Wilk, *Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.)*, Prok. i Pr. 1999, z. 1.

<sup>19</sup> Zob. np. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 285; B. Kunicka-Michalska, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. II, Warszawa 2004, s. 215; M. Szewczyk, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. II, Zakamycze 2006, s. 1058.

## Summary

Jarosław Warylewski

### THE LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGE AND CONDITIONS OF CRIMINAL LIABILITY FOR ITS INFRINGEMENT (DISCLOSURE)

The article presents lively discussed attorney-client confidential privilege/ legal confidential privilege issue and conditions of criminal liability for its exposure. According to the scope of the attorney-client confidential privilege, in the article there have been analyzed both generally

applicable and professional ethic regulations. Furthermore, there have been widely elaborated the judicial decisions and the views of doctrine. The author considers the character of professional duty of confidence, pointing out that nowadays conviction of it's relative character prevails. In the text there has also been included consideration concerning prospective exclusion of illegality of action situations connected with disclosure of the attorney- client confidential privilege.

**KEY WORDS:** advocacy, attorney- client confidential privilege, bar confidential privilege, criminal liability, disciplinary liability

**POJĘCIA KLUCZOWE:** adwokatura, tajemnica adwokacka, tajemnica obrończa, odpowiedzialność karna, odpowiedzialność dyscyplinarna

## WPLYW NOWELIZACJI PRAWA O ADWOKATURZE ORAZ KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO NA MODEL ADWOKACKIEGO POSTĘPOWANIA DYSCYPLINARNEGO

Rok 2014 przyniósł dwie nowelizacje przepisów Prawa o adwokaturze dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej<sup>1</sup>. Pierwsza z nich, ustawa z 26 czerwca 2014 r., reguluje konsekwencje wymierzenia kary dyscyplinarnej wydalenia z adwokatury. Druga, uchwalona w dniu 7 listopada 2014 r., z uwagi na zakres wprowadzonych zmian i ich charakter w istotny sposób wpłynie na kształt postępowania dyscyplinarnego. Analiza rozwiązań przyjętych we wskazanych ustawach<sup>2</sup>, w powiązaniu z zakresem zmian w Kodeksie postępowania karnego, pozwala na stwierdzenie, że mamy do czynienia z największą, od czasu uchwalenia ustawy Prawo o adwokaturze z 1982 r., nowelizacją postępowania dyscyplinarnego. Łącznie oceniane konsekwencje obu nowe-

lizacji wydają się być dalej idące od zmian wprowadzonych nowelą z 29 marca 2007 r.<sup>3</sup> Zdecydowana większość dotyczy przepisów o charakterze ustrojowym i procesowym. Odnotować jednak należy istotne zmiany w przepisach prawa materialnego oraz przepisach wykonawczych.

Inicjatywa ustawodawcza, która zaowocowała nowelizacją z 7 listopada 2014 r., podjęta została przez Senat. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy<sup>4</sup>, w ocenie jej twórców prawidłowe i efektywne wywiązywanie się przez organy samorządów adwokackiego i radcowskiego z zadania sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu (art. 17 ust. 1 Konstytucji) uzależnione jest od istnienia sprawnych procedur dyscyplinarnych

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 993), która weszła w życie 12 sierpnia 2014 r., oraz ustawa z dnia 7 listopada 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 1778), która weszła w życie 25 grudnia 2014 r.

<sup>2</sup> W dalszej części tekstu, ilekroć mowa jest o ustawie nowelizującej lub zmieniającej, chodzi o ustawę z 7 listopada 2014 r. Ustawa z 26 czerwca 2014 r. przywoływana jest ze wskazaniem jej daty.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. nr 80, poz. 540) wprowadziła m.in. zasadę uregulowania problematyki postępowania dyscyplinarnego wyłączenie w ustawie, w związku z czym uchylona została podstawa prawna do wydania aktu wykonawczego. Skutkowało to uchynieniem rozporządzenia z dnia 23 lipca 1998 r. w sprawie postępowania dyscyplinarnego w stosunku do adwokatów i aplikantów adwokackich. Do ustawy wprowadzono klauzulę ogólną, że w sprawach nieuregulowanych w Prawie o adwokaturze do postępowania dyscyplinarnego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego, co miało zastąpić wielokrotne odesłania do przepisów kodeksowych występujące dotychczas. Przewidziane zostało, obok istniejącego uprawnienia do polecenia wszczęcia dochodzenia, uprawnienie Ministra Sprawiedliwości do polecenia wszczęcia postępowania przed sądem dyscyplinarnym. Ministrowi Sprawiedliwości przyznano prawo odwołania od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne. Uregulowano kwestię składu sądu dyscyplinarnego, zmieniono przepisy o jego właściwości rzeczowej oraz przepisy dotyczące postępowania wykonawczego. Nowelizacja, uprawniająca Ministra Sprawiedliwości do polecenia wszczęcia postępowania przed sądem dyscyplinarnym, uznana została przez Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 1 grudnia 2009 r., K 4/08, za niezgodną z art. 42 ust. 2 Konstytucji.

<sup>4</sup> <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F8BA4D8CEE1744EC1257CE6002F27B7/%24File/2415.pdf>

oraz silnej pozycji organów, do których obowiązków należy prowadzenie postępowania dyscyplinarnego. Senat zwrócił także uwagę na konieczność dostosowania organizacji oraz funkcjonowania samorządów zawodowych do zmian w liczebności ich członków. Jako przewidywany skutek nowelizacji wskazano usprawnienie i przyspieszenie postępowań dyscyplinarnych. Tak opisane cele nowelizacji wychodziły naprzeciw oczekiwaniom Krajowego Zjazdu Adwokatury wyrażonym w uchwale programowej z 23 listopada 2013 r.<sup>5</sup>

Senacki projekt ustawy, po jego skierowaniu do Sejmu<sup>6</sup>, stanowił swoistą przeciwwagę dla wcześniejszego poselskiego projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze<sup>7</sup>. Projekt ten, którego pierwsza, rządowa wersja powstała w 2006 r.<sup>8</sup>, zakładał faktyczne „upaństwowienie” postępowań dyscyplinarnych prawniczych zawodów zaufania publicznego, poprzez poddanie ich jurysdykcji sądów powszechnych – sądów apelacyjnych, a tym samym likwidację dotychczasowego sądownictwa dyscyplinarnego funkcjonującego w ramach poszczególnych samorządów zawodowych. Z końcem maja 2014 r. wstrzymano prace nad projektem poselskim, 3 grudnia 2014 r. projekt ten zaś, na podstawie art. 36 ust. 3 regulaminu Sejmu, uznany został za wycofany<sup>9</sup>. W przestrzeni publicznej oznacza to realną po-

rażkę koncepcji odebrania samorządom zawodów prawniczych podstawowego instrumentu umożliwiającego sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem tych zawodów.

## ZMIANY W PRZEPISACH USTROJOWYCH

Zmianami o charakterze ustrojowym wprowadzonymi ustawą z 7 listopada 2014 r. są: (1) nadanie rzecznikom dyscyplinarnym izb adwokackich oraz Rzecznikowi Dyscyplinarnemu Adwokatury statusu organów, (2) określenie zadań rzeczników dyscyplinarnych na poziomie ustawowym, (3) przesądzenie roli zastępców rzeczników dyscyplinarnych oraz (4) wydłużenie kadencji organów adwokatury i organów izb adwokackich, zatem także sądów dyscyplinarnych izb, Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, rzeczników dyscyplinarnych izb oraz Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury, z trzech do czterech lat.

Wydaje się zasadą uniwersalną, możliwą do przeniesienia z poziomu władzy państwowej także na płaszczyznę sprawujących władztwo publiczne samorządów zawodów zaufania publicznego, że zbyt ściśle związki pomiędzy władzą wykonawczą i władzą odpowiedzialną za realizację funkcji ścigania dyscyplinarnego nie służą jednej ani drugiej. Nadanie rzecznikom dyscyplinarnym statusu organów<sup>10</sup> winno

<sup>5</sup> Krajowy Zjazd Adwokatury w pkt VIII uchwały programowej z 23 listopada 2013 r., uznając zachowanie kompetencji Adwokatury do kształtowania podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów oraz do realizowania funkcji ścigania dyscyplinarnego i orzecznictwa w sprawach dyscyplinarnych za istotę samorządności, zwrócił uwagę na konieczność działań mających na celu stworzenie instytucjonalnych i organizacyjnych warunków usprawnienia oraz przyspieszenia postępowania dyscyplinarnego ([http://www.nra.pl/dokumenty/Uchwala\\_programowa\\_KZA\\_2013.pdf](http://www.nra.pl/dokumenty/Uchwala_programowa_KZA_2013.pdf)).

<sup>6</sup> Projekt wpłynął do Sejmu w dniu 28 kwietnia 2014 r.

<sup>7</sup> <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/3B6C514FACAC465AC1257B35005DBAED/%24File/1202.pdf>

<sup>8</sup> Projekt ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze skierowany został przez Radę Ministrów do Sejmu w dniu 7 września 2006 r. (druk nr 970). Projekt zakładał, że odpowiedzialność dyscyplinarna, w objętych jego zakresem zawodach prawniczych, powinna opierać się na zasadzie rozpatrywania spraw dyscyplinarnych w pierwszej instancji przez sąd wyodrębniony w ramach sądownictwa powszechnego na poziomie wydziału sądu apelacyjnego, w drugiej instancji przez Sąd Najwyższy. Projekt ustawy powierzał funkcję oskarżyciela przed sądem dyscyplinarnym wyspecjalizowanemu organowi, tworząc instytucję rzecznika dyscyplinarnego, którym miał być prokurator.

<sup>9</sup> <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/1A453B8F8ED93860C1257DB20031A269/%24File/1202-005.pdf>

<sup>10</sup> Art. 9 ust. 1, art. 39 ust. 3a, art. 40 pkt 2, art. 56 pkt 1 ustawy Prawo o adwokaturze, zmienione lub dodane ustawą

przyczynić się do zwiększenia ich roli w strukturze samorządu adwokackiego, zapewnić niezbędną niezależność w relacji do pozostałych jego organów oraz wzmocnić gwarancje obiektywizmu i znaczenie ścigania dyscyplinarnego. W wymiarze faktycznym zmiany te oznaczają „wyjęcie” rzeczników dyscyplinarnych ze struktur i spod wpływu okręgowych rad adwokackich i Naczelnej Rady Adwokackiej oraz konieczność zdefiniowania na nowo relacji pomiędzy Rzecznikiem Dyscyplinarnym Adwokatury a rzecznikami dyscyplinarnymi izb adwokackich jako organami samorządu. Wymagać to będzie zmiany Regulaminu organizacji i funkcjonowania okręgowych rad adwokackich<sup>11</sup>, uchwalonego przez Naczelną Radę Adwokacką w wykonaniu delegacji ustawowej zawartej w art. 58 pkt 12 lit. c ustawy Prawo o adwokaturze, poprzez zmianę treści § 1 pkt 6, § 5 pkt 3, § 7 pkt 1 oraz, co bardziej istotne, uchylenie § 6 pkt 1 i § 14. Jednocześnie zasadna wydaje się nowelizacja § 9 pkt 5 Regulaminu poprzez przyznanie rzecznikowi dyscyplinarnemu izby, tak jak prezesowi sądu

dyscyplinarnego i przewodniczącemu komisji rewizyjnej, prawa uczestniczenia w posiedzeniach rady bez prawa głosu. Odpowiedni zakres zmian dotyczyć nadto powinien § 13 pkt 1 oraz § 21 Regulaminu działania organów adwokatury i organów izb adwokackich<sup>12</sup>, w zakresie, w jakim dotyczy on Rzecznika Dyscyplinarnego Naczelnej Rady Adwokackiej.

Rozważenia wymaga nadto zasadność funkcjonowania w dotychczasowej formule referatu skarg i wniosków, w zakresie, w jakim dokonuje on swoistej „preselekcji” zawiadomień o popełnieniu przewinień dyscyplinarnych lub pism, z których treści wynika ewentualna odpowiedzialność dyscyplinarna adwokatów i aplikantów adwokackich (§ 17 lit. b Regulaminu organizacji i funkcjonowania okręgowych rad adwokackich<sup>13</sup>). Rozwiązanie funkcjonujące, choć wywołuje daleko idące zastrzeżenia<sup>14</sup>, może być tolerowane tak długo, jak długo rzecznicy dyscyplinarni, pozostając w strukturze okręgowych rad adwokackich, mogą kontrolować pracę i wpływać na sposób realizacji zadań referatów skargowych. Utrzy-

z 7 października 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 10 grudnia 2014 r. poz. 1778)

<sup>11</sup> Tekst jednolity na podstawie uchwały NRA nr 14/02 z 28 września 2002 r. oraz uchwał nr 17/2005 z 11 czerwca 2005 r., nr 24/2005 z 3 września 2005 r. i nr 26/2005 z 8 października 2005 r. ([http://www.nra.pl/dokumenty/Tekst\\_jednolity\\_-\\_Regulamin\\_organizacji\\_i\\_funkcjonowania\\_okregowych\\_rad\\_adwokackich.pdf](http://www.nra.pl/dokumenty/Tekst_jednolity_-_Regulamin_organizacji_i_funkcjonowania_okregowych_rad_adwokackich.pdf)).

<sup>12</sup> Uchwała nr 11 KZA z 20 listopada 2010 r. ([http://www.nra.pl/dokumenty/Uchwała\\_Nr\\_11\\_-\\_regulamin\\_dzialania\\_organow.pdf](http://www.nra.pl/dokumenty/Uchwała_Nr_11_-_regulamin_dzialania_organow.pdf)).

<sup>13</sup> § 17 lit. b Regulaminu: „Do zadań referatu skarg i wniosków należy w szczególności (...) przekazywanie skarg i wniosków do rzecznika dyscyplinarnego w razie stwierdzenia znamion czynu ściganego dyscyplinarnie”.

<sup>14</sup> Rzecznik Praw Obywatelskich w wystąpieniu do Prezesa NRA z 7 kwietnia 2014 r. sygnalizuje, że nieprzejrystość procedur w zakresie rozpatrywania pism pokrzywdzonych działaniami adwokatów, składających zawiadomienia do właściwych organów adwokatury o możliwości popełnienia przewinienia dyscyplinarnego, należy uznać za słabość o kluczowym znaczeniu dla rzetelności procedury dyscyplinarnej wobec adwokatów. Pisemne skargi składane na adwokatów, mimo że zawierają jasno sprecyzowane żądanie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, często są rozpatrywane w ramach referatów skarg w trybie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, zamiast zostać skierowane do rzecznika dyscyplinarnego. W ocenie Rzecznika opisana praktyka prowadzi do pozbawienia zarówno pokrzywdzonego, jak i obwinionego gwarancji ochrony ich praw i wolności. Należałoby wprowadzić jasne kryteria klasyfikacji skarg obywateli kierowanych do organów samorządu adwokackiego. Jednym z możliwych rozwiązań jest klasyfikowanie jako skarg tylko tych wystąpień, które dotyczą funkcjonowania organów samorządowych, i traktowanie pozostałych pism jak zawiadomień o naruszeniach dyscyplinarnych ([https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do\\_Prezesa\\_Naczelnej\\_Rady\\_Adwokackiej\\_ws\\_braku\\_procedur\\_rozpatrywania\\_skarg\\_obywateli\\_na\\_dzialania\\_adwokata.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_Prezesa_Naczelnej_Rady_Adwokackiej_ws_braku_procedur_rozpatrywania_skarg_obywateli_na_dzialania_adwokata.pdf)). Podzielam ten pogląd. Tzw. tryb skargowy w zakresie informacji wskazujących na możliwość popełnienia przewinienia dyscyplinarnego nie ma jakiegokolwiek podstawy ustawowej. Nie zapewnia ani ewentualnemu pokrzywdzonemu, ani adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu, którego skarga dotyczy, adekwatnych do wagi i konsekwencji ewentualnego przewinienia dyscyplinarnego uprawnień i gwarancji procesowych.



manie takiego stanu rzeczy po upływie aktualnej kadencji organów adwokatury i organów izb adwokackich<sup>15</sup>, kiedy to rzecznicy dyscyplinarni staną się organami niezależnymi wobec pozostałych organów samorządu adwokackiego, doprowadzi do nieakceptowalnej sytuacji, w której o tym, czy skarga lub wniosek trafi do rzecznika dyscyplinarnego, decydował będzie organ inny niż powołany z mocy ustawy do ich rozpoznania<sup>16</sup>.

Nowe usytuowanie rzeczników dyscyplinarnych w strukturze samorządu adwokackiego oraz wskazanie w ustawie zadań rzeczników dyscyplinarnych i ich zastępców wymagać będą zastąpienia dotychczasowego regulaminu działania rzeczników dyscyplinarnych<sup>17</sup> nowym, dostosowanym do znowelizowanych przepisów ustawy, aktem prawa wewnętrznego. Nowy regulamin działania rzeczników dyscyplinarnych powinien uwzględniać zmianę usytuowania rzeczników dyscyplinarnych w strukturze samorządu, tak w zakresie relacji z organami wykonawczymi (okręgowe rady adwokackie i Naczelna Rada Adwokacka), jak i relacji pomiędzy rzecznikami dyscyplinarnymi izb a Rzecznikiem Dyscyplinarnym Adwokatury, jako odrębnymi organami wyposażonymi we własne kompetencje ustawowe. W pierwszym wypadku uznać należy, że nowelizacja pozbawia organy wykonawcze samorządu możliwości instytucjonalnego wpływu na czynności rzeczników. Nie do utrzymania zatem są przewidziane w dotychczasowym Regulaminie: związanie rzecznika dyscyplinarnego poleceniami rady adwokackiej (§ 4 pkt 2), uprawnienie rady adwokackiej do powierzenia pełnienia obowiązków rzecznika

jednemu z członków rady w razie przemijającej przeszkody w wykonywaniu obowiązków przez rzecznika (§ 5), odpowiedzialność rzecznika wobec rady adwokackiej za prawidłowy i sprawny tok czynności dyscyplinarnych (§ 7 pkt 1), obowiązek rzecznika wszczęcia dochodzenia dyscyplinarnego na skutek uchwały rady adwokackiej (§ 10 pkt 1 lit. b).

Przyznanie rzecznikom dyscyplinarnym izb oraz Rzecznikowi Dyscyplinarnemu Adwokatury statusu odrębnych organów samorządu adwokackiego, przy jednoczesnym braku opisanego w ustawie ustrojowej relacji pomiędzy tymi organami, nadto zaś powierzenie zastępcom Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury oraz zastępcom rzeczników dyscyplinarnych izb w zakresie czynności zleconych funkcji oskarżycieli w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym (art. 93 ust. 2), wskazują na konieczność zasadniczego przewartościowania dotychczas funkcjonującego modelu organizacji tej części pionu dyscyplinarnego. Normy kompetencyjne wskazane w art. 51a ust. 1 oraz w art. 63a ust. 1 ustawy są w wypadku obu organów jednobrzmiące. Do ich zakresu działania należą czynności w postępowaniu dyscyplinarnym, określone w ustawie i przepisach wydanych na jej podstawie. Mówiąc o „określeniu w ustawie” czynności rzeczników, nie możemy zapominać o regulacji zawartej w art. 95n pkt 1 Prawa o adwokaturze, nakazującej odpowiednie stosowanie w sprawach nieuregulowanych w ustawie przepisów Kodeksu postępowania karnego. Oznacza to, że postępowanie dyscyplinarne w adwokaturze regulowane jest przez przepisy ustawy Prawo o adwokaturze, w ich braku przez odpowiednio stosowane przepisy

<sup>15</sup> Art. 5 ustawy z 7 listopada 2014 r.: „Do rzecznika dyscyplinarnego Naczelnej Rady Adwokackiej (...) rzeczników dyscyplinarnych oraz ich zastępców, pełniących swoje funkcje w dniu wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe do momentu zakończenia trwających w tym dniu kadencji organów adwokatury, organów izb adwokackich (...), które ich wybrały lub wyznaczyły”.

<sup>16</sup> Dodany przez ustawę z 7 listopada 2014 r.: art. 51a ust. 1: „Do zakresu działania rzecznika dyscyplinarnego należą czynności w postępowaniu dyscyplinarnym, określone w ustawie i przepisach wydanych na jej podstawie”, oraz art. 63a ust. 1: „Do zakresu działania Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury należą czynności w postępowaniu dyscyplinarnym, określone w ustawie i przepisach wydanych na jej podstawie”.

<sup>17</sup> Uchwała nr 9/2008 NRA z 15 marca 2008 r. zmieniona uchwałą nr 103/2013 NRA z 22 czerwca 2013 r. – tekst jednolity ([http://www.nra.pl/dokumenty/Regulamin\\_rzecznikow\\_dyscyplinarnych\\_tekst\\_jednolity.pdf](http://www.nra.pl/dokumenty/Regulamin_rzecznikow_dyscyplinarnych_tekst_jednolity.pdf)).



k.p.k., w ostatniej zaś kolejności przez przepisy wykonawcze wydane na podstawie ustawy Prawo o adwokaturze. Te ostatnie kształtować mogą postępowanie dyscyplinarne wyłącznie w zakresie przedmiotowym wyznaczonym przez treść upoważnienia ustawowego oraz w sposób niesprzeczny z przepisami ustaw. Tymczasem z delegacji ustawowych zawartych w art. 58 pkt 5a („określanie zasad działania zastępców Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury i zastępców rzeczników dyscyplinarnych oraz trybu i sposobu ich wyboru”) oraz w art. 58 pkt 12 lit. i („uchwalanie regulaminów dotyczących (...) działania rzeczników dyscyplinarnych”) nie wynika upoważnienie Naczelnej Rady Adwokackiej do regulowania zależności hierarchicznych pomiędzy organami samorządu. Wydaje się, że konieczne i zasadne będzie oparcie relacji pomiędzy rzecznikami izb oraz Rzecznikiem Dyscyplinarnym Adwokatury na odpowiednio stosowanych przepisach k.p.k., w szczególności na art. 45 § 1a oraz § 1b k.p.k., poprzez przyjęcie w przyszłym regulaminie, że Rzecznik Dyscyplinarny Adwokatury w zakresie czynności procesowych podejmowanych w dochodzeniu dyscyplinarnym jest rzecznikiem nadrzędnym i jednocześnie bezpośrednio przełożonym wobec rzeczników dyscyplinarnych izb, nadrzędnym wobec zastępców rzeczników dyscyplinarnych izb oraz bezpośrednio przełożonym swoich zastępców, rzecznik dyscyplinarny izby zaś jest rzecznikiem bezpośrednio przełożonym wobec swoich zastępców. Przyjęcie powyższego rozwiązania pociągnie za sobą istotne zawężenie kompetencji Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury w stosunku do rzeczników dyscyplinarnych izb oraz ich zastępców. Rzecznik Dyscyplinarny Adwokatury i jego zastępcy w zakresie ustawowych kompetencji będą przede wszystkim oskarżycielami w postępowaniu przed Wyższym Sądem Dyscyplinarnym (art. 93 ust. 2) oraz przed Sądem Najwyższym w postępowaniu kasacyjnym. Zasadne wydaje się także powierzenie Rzecznikowi Dyscyplinarnemu Adwokatury i jego zastępcom prowadzenia dochodzeń dyscyplinarnych w tych sprawach, w których, zgodnie

z art. 91 ust. 3 pkt 2, Wyższy Sąd Dyscyplinarny jest sądem pierwszej instancji (sprawy dyscyplinarne członków Naczelnej Rady Adwokackiej oraz okręgowych rad adwokackich), bez dopuszczalnej obecnie możliwości przekazania sprawy rzecznikowi dyscyplinarnemu rady adwokackiej innej niż ta, której członkiem jest adwokat, którego dotyczy sprawa (§ 18 pkt 2 Regulaminu). W przyszłym regulaminie działania rzeczników dyscyplinarnych zrezygnować należy z instytucji związania rzeczników dyscyplinarnych izb oraz ich zastępców poleceniami (§ 4 pkt 2) i wiążącymi wskazówkami Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury (§ 8 pkt 4), możliwości przejęcia sprawy do bezpośredniego prowadzenia lub przekazania jej rzecznikowi dyscyplinarnemu innej izby (§ 8 pkt 4), obowiązku wszczęcia dochodzenia na polecenie Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury (§ 10 pkt 1 lit. d), wreszcie z uprawnienia do cofnięcia odwołania złożonego przez rzecznika dyscyplinarnego izby lub jego zastępcy od orzeczenia lub postanowienia sądu dyscyplinarnego izby (§ 33).

Wydłużenie kadencji organów adwokatury z trzech do czterech lat (art. 11 ust. 2) może mieć pewien wpływ na stabilność prowadzonych postępowań dyscyplinarnych. W wymiarze praktycznym większa liczba spraw wszczętych przed sądami dyscyplinarnymi będzie mogła być rozpoznana i zakończona bez konieczności prowadzenia ich od początku z uwagi na zmiany w składzie orzekającym sądu, wynikające z upływu kadencji i ponownych wyborów. W wypadku rzeczników dyscyplinarnych wydłużenie kadencji spowoduje zmniejszenie częstotliwości perturbacji wynikających z faktu niezakończenia dochodzenia dyscyplinarnego przed zakończeniem kadencji oraz konieczności zapoznawania się z materiałami dochodzeń przez nowo wybranych rzeczników. Nie jest to jednak zmiana o charakterze tak istotnym, jak nowe usytuowanie rzeczników dyscyplinarnych w strukturze samorządu, i nie wpłynie na model postępowania dyscyplinarnego. Zagrożenia wynikające z potencjalnej możliwości niewłaściwego wyboru lub ujawnienia się

w trakcie kadencji okoliczności stawiających pod znakiem zapytania lub wręcz wykluczających możliwość sprawowania powierzonej funkcji mogą być skutecznie niwelowane poprzez odwołanie się do rozwiązań przewidzianych w art. 11 ust. 4 Prawa o adwokaturze<sup>18</sup> oraz § 60 i 62 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu<sup>19</sup>.

Artykuły 4 i 5 ustawy z 7 listopada 2014 r. przewidują, że do organów adwokatury i organów izb adwokackich, których kadencja trwa w dniu wejścia w życie ustawy, do momentu zakończenia kadencji, zaś do rzecznika dyscyplinarnego Naczelnej Rady Adwokackiej, rzeczników dyscyplinarnych oraz ich zastępców, pełniących swoje funkcje w dniu wejścia w życie ustawy, do momentu zakończenia trwających w tym dniu kadencji organów adwokatury i organów izb adwokackich, które ich wybrały lub wyznaczyły – stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że wskazane wyżej zmiany aktów prawa wewnętrznego, przy dodatkowym uwzględnieniu konieczności ustalenia uchwałami NRA liczby członków i zastępców członków Wyższego Sądu Dyscyplinarnego oraz sądów dyscyplinarnych (art. 56 pkt 3a), określenia trybu i sposobu wyboru zastępców Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury i zastępców rzeczników dyscyplinarnych izb (art. 58 pkt 5a), powinny zostać dokonane do końca 2015 r. Tylko w ten sposób zapewni się, by zgromadzenia izb oraz krajowy zjazd adwokatury, przewidziane na rok 2016<sup>20</sup>, mogły dokonać wyboru sędziów i rzeczników

dyscyplinarnych oraz ich zastępców pod rządami nowych przepisów.

### ZMIANY W PRZEPISACH MATERIALNYCH

Zmiana art. 80 ustawy, choć pozornie kosmetyczna, przywraca pierwotne znaczenie godności zawodu adwokata jako pojęciu deontologicznemu, którego naruszenie (postępowanie poniżające w opinii publicznej lub podrywające zaufanie do zawodu<sup>21</sup>) stanowi jedną z podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej. Obowiązki przestrzegania norm etycznych oraz strzeżenia godności zawodu, choć w płaszczyźnie praktycznej przenikają się, mają odrębne zakresy znaczeniowe. Termin „godność zawodu” stosowany jest do opisania powinności i obowiązków wynikających z norm i zwyczajów funkcjonujących w grupie zawodowej. Reguły deontologiczne sformułowane są ze szczególnym uwzględnieniem aspektu moralnego, niemniej nakazy postępowania „godnego” mają charakter wzorca ustalanego przez władze lub przez zwyczaj i odnoszą się do zachowań oczekiwanych w konkretnych sytuacjach, a wynikających z faktu wykonywania zawodu. Dekret Naczelnika Państwa z 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego przewidywał odpowiedzialność dyscyplinarną między innymi za „wykroczenia przeciwko honorowi i godności stanu adwokackiego”, rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospoli-

<sup>18</sup> Art. 11 ust. 4 ustawy Prawo o adwokaturze: „Poszczególni członkowie organów, o których mowa w ust. 1, mogą być odwołani przed upływem kadencji przez organ, który ich wybrał”.

<sup>19</sup> § 60 ZZEiGZ: „Adwokat wybrany do władz samorządowych obowiązany jest do pełnienia swej funkcji i współdziałania w realizacji podstawowych zadań samorządu adwokackiego z najwyższą starannością”, § 62 ZZEiGZ: „Członek władz adwokatury w razie tymczasowego zawieszenia go w czynnościach zawodowych powinien zaprzestać pełnienia funkcji w tych władzach”.

<sup>20</sup> § 6 pkt 1 Regulaminu Krajowego Zjazdu Adwokatury oraz zgromadzeń izb adwokackich (uchwała KZA nr 12 z 20 listopada 2010 r. ze zmianami wprowadzonymi uchwałami Nr 11, 12, 13 i 14 KZA z 23 listopada 2013 r., [http://www.nra.pl/dokumenty/Regulamin\\_KZA\\_oraz\\_zgromadzen\\_izb\\_adwokackich.pdf](http://www.nra.pl/dokumenty/Regulamin_KZA_oraz_zgromadzen_izb_adwokackich.pdf)) przewiduje, że zgromadzenia zwyczajne odbywają się każdego roku do dnia 30 czerwca. Znowelizowany ustawą z 7 listopada 2014 r. art. 55 ust. 1 wymaga przeprowadzenia Krajowego Zjazdu Adwokatury w ciągu trzech miesięcy od daty dokonania wyborów we wszystkich izbach adwokackich.

<sup>21</sup> § 1 pkt 2 ZZEiGZ.

tej z 7 października 1932 r. Prawo o ustroju adwokatury – za „uchybiecie godności stanu adwokackiego”, ustawa z 4 maja 1938 r. Prawo o ustroju adwokatury – za „uchybiecie godności stanu”. Zmiana treści art. 80 dokonana ustawą z 7 listopada 2014 r. stanowi nawiązanie do wskazanych regulacji ustawowych, przewidujących „autonomię” godności adwokackiej jako pojęcia wyznaczającego odrębną podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Nowelizacja wprowadza, w wypadku wymierzenia obwinionemu kary dyscyplinarnej, możliwość orzeczenia dodatkowo obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego (art. 81 ust. 3a). Orzeczenie obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego nie jest, co należy podkreślić, karą dyscyplinarną. Jest to właściwy postępowaniu dyscyplinarnemu środek dyscyplinarne, podobnie jak znany już wcześniej zakaz wykonywania patronatu, przy czym o ile ten drugi pełni funkcje prewencyjną i represyjną, funkcja obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego ma charakter kompensacyjny. Jego orzeczenie ma zawsze charakter fakultatywny. Orzekany może być tylko obok wymierzonej za przewinienie kary dyscyplinarnej, przy czym ustawodawca, inaczej niż w wypadku orzekania zakazu wykonywania patronatu, nie wskazuje, obok jakiej kary środek ten może zostać orzeczony. Przyjmując zatem, że orzeczenie obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego nastąpić może w wypadku wymierzenia każdej z przewidzianych w art. 81 ust. 1 kar dyscyplinarnych, zauważyć jednocześnie należy, że orzekanie tego środka nie wydaje się celowe w wypadku wymierzenia kary wydalenia z adwokatury. W tym wypadku nie działa bowiem jedyny dostępny mechanizm sankcjonujący ewentualne niewywiązanie się z orzeczonego obowiązku, w postaci odpowiedzialności adwokata za niestosowanie się do decyzji władz adwokatury (§ 63 w zw. z § 67 ZZZEiGZ). Na sądzie dyscyplinarnym orzekającym obowiązek przeproszenia pokrzywdzonego ciąży

powinność określenia sposobu wykonania obowiązku, odpowiedniego ze względu na okoliczności sprawy. Oznacza to, po pierwsze, że sposób wykonania obowiązku przeproszenia powinien uwzględniać takie elementy, jak: wola uzyskania tego rodzaju kompensaty przez pokrzywdzonego, charakter przewinienia, okoliczności jego popełnienia, postawa obwinionego po popełnieniu przewinienia i w trakcie postępowania dyscyplinarnego, wreszcie konsekwencje przewinienia dla prawem chronionych dóbr pokrzywdzonego. Po drugie, orzeczenie sądu dyscyplinarnego musi zawierać sposób wykonania obowiązku przeproszenia, przez co rozumieć należy wskazanie w orzeczeniu co najmniej formy, w jakiej przeproszenie ma być dokonane, i terminu, w jakim powinno nastąpić. Brak jest przeszkód, by orzeczenie zawierało treść, w jakiej przeproszenie winno być dokonane. Określając sposób wykonania obowiązku przeproszenia, sąd dyscyplinarny winien także mieć na względzie kwestię późniejszej weryfikacji wykonania orzeczonego obowiązku przez obwinionego. Możliwość orzekania obowiązku przeproszenia ograniczona jest do tych postępowań dyscyplinarnych, w których przypisane obwinionemu przewinienie nie ma charakteru formalnego, ale materialny, znamieny skutkiem. Tylko w tym wypadku mamy do czynienia z pokrzywdzonym jako stroną postępowania dyscyplinarnego w rozumieniu art. 93 ust. 4 ustawy<sup>22</sup>.

Analogiczną instytucję obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego przewiduje znowelizowany art. 85 ust. 2 w wypadku udzielenia upomnienia dziekańskiego. Przepis ten nie wskazuje wprawdzie na konieczność określenia przez dziekana sposobu jego wykonania, odpowiedniego ze względu na okoliczności sprawy, jak czyni to analizowany wcześniej art. 81 ust. 3a, niemniej brak jest przeszkód, by w drodze analogii przyjąć uprawnienie dziekana także w tym zakresie.

<sup>22</sup> Art. 93 ust. 4 Prawa o adwokaturze: „Pokrzywdzonym jest osoba, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone postępowaniem adwokata lub aplikanta adwokackiego określonym w art. 80”.

Zmianie uległ sposób podania orzeczenia sądu dyscyplinarnego do publicznej wiadomości. Artykuł 81 ust. 6 w dotychczasowym brzmieniu przewidywał, że sąd dyscyplinarny może orzec podanie treści orzeczenia do publicznej wiadomości środowiska adwokackiego poprzez jego opublikowanie w czasopiśmie, którego wydawcą jest organ adwokatury. Po nowelizacji sąd dyscyplinarny może orzec podanie orzeczenia do wiadomości publicznej „w określony sposób”, co umożliwi jego dodatkowe upowszechnienie, inne niż klasyczne ogłoszenie, w dowolnej przestrzeni publicznej. Jednocześnie jednak nowelizacja wprowadza nieprzewidziane wcześniej warunki podania orzeczenia do wiadomości publicznej. Są to: okoliczności sprawy wskazujące na celowość upublicznienia orzeczenia oraz niedopuszczalność naruszenia interesu pokrzywdzonego poprzez podanie orzeczenia do wiadomości publicznej. Zauważyć należy, że drugi ze wskazanych warunków nie będzie miał zastosowania w wypadku przewinień o charakterze formalnym, nieznamiennych skutkiem. Rozwiązanie to bazuje na koncepcji przyjętej przez ustawodawcę we wcześniejszej nowelizacji art. 50 k.k.<sup>23</sup> Znamienne jest jednak, że nowelizacja Prawa o adwokaturze nie odnosi celowości upublicznienia orzeczenia do względu na społeczne oddziaływanie skazania, jak czyni to Kodeks karny. Wskazuje to na wolę ustawodawcy nadania temu środkowi w adwokackim postępowaniu dyscyplinarnym charakteru kompensacyjnego, z wyłączeniem możliwości orzeczenia go jedynie z uwagi na prewencję ogólną.

Nowelizacja art. 82 ust. 1 odstępuje od oparcia wysokości kary pieniężnej na kwocie podstawowej składki izbowej, zastępując ją obowiązującą w dacie popełnienia prze-

winienia przypisanego obwinionemu kwotą minimalnego wynagrodzenia za pracę. Rozwiązanie takie pozwoli na orzekanie wskazanej kary przez izbowe sądy dyscyplinarne na podstawie jednego kryterium. Bez wątpienia przyczyni się także do ujednoczenia zasad kontroli odwoławczej, w zakresie zarzutu niewspółmierności wskazanej kary, przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny. Mankamentem sytuacji dotychczasowej był bez wątpienia stan, w którym orzeczone przez poszczególne izbowe sądy dyscyplinarne kary pieniężne w tej samej liczbie podstawowych składek izbowych w wymiarze faktycznej dolegliwości dla obwinionego były diametralnie różne. Wylimitowana zostanie także możliwość sytuacji, w której sąd dyscyplinarny, wymierzając dwóm obwinionym tę samą karę dyscyplinarną za to samo przewinienie, orzeknie ją w faktycznie różnej wysokości<sup>24</sup>. Należy zauważyć, że zmiana treści art. 82 ust. 1 ustawy prowadzi do znaczącego zwiększenia stopnia dolegliwości ekonomicznej kary pieniężnej w porównaniu ze stanem sprzed nowelizacji. W wypadku przewinień dyscyplinarnych popełnionych po dniu 1 stycznia 2015 r. kara pieniężna będzie mogła być wymierzona w granicach faktycznych od 2625 do 21 000 zł<sup>25</sup>. Może to doprowadzić do sytuacji, w której sądy dyscyplinarne częściej sięgać będą po niższą w hierarchii kar dyscyplinarnych karę nagany, uznając, że nawet orzeczona w dolnych granicach zagrożenia kara pieniężna będzie miała charakter rażąco surowy. Z drugiej strony wysoki górny próg zagrożenia może skłonić sądy dyscyplinarne do wymierzania realnie dolegliwych kar pieniężnych zamiast kary dyscyplinarnej zawieszenia w czynnościach zawodowych. Znaczenie kary pieniężnej może także ulec zwiększeniu w wypadku orzekania

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r. nr 163, poz. 1363).

<sup>24</sup> Art. 92 ust. 2 Prawa o adwokaturze przewiduje sytuację, w której prowadzone przed sądem dyscyplinarnym postępowanie w sprawie jednego przewinienia dotyczy dwóch lub więcej obwinionych wpisanych na listę w różnych izbach, zatem uiszczających najczęściej inną składkę adwokacką.

<sup>25</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1220).

w sprawach dotyczących dyscyplinarnych „recydywistów”.

Artykuł 82 ust. 2 i art. 83 ust. 3 zmienione zostały ustawą z 26 czerwca 2014 r. Przyczyną nowelizacji był wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 2010 r.<sup>26</sup> Zmienione przepisy przewidują, że kara wydalenia z adwokatury pociąga za sobą skreślenie z listy adwokatów bez prawa ubiegania się o ponowny wpis przez okres 10 lat, w wypadku zaś skreślenia z listy aplikantów adwokackich – bez prawa do ubiegania się o wpis na listę aplikantów lub listę adwokatów przez okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia kary wydalenia. Istotnym uzupełnieniem powyższej nowelizacji jest dokonana przez ustawę z 7 listopada 2014 r. zmiana art. 72. Zmiana ta, odczytywana w kontekście dokonanej równocześnie zmiany art. 95l, powierzającego w ust. 1a wykonanie kar dyscyplinarnych dziekanowi okręgowej rady adwokackiej, powoduje pozbawienie rad adwokackich kompetencji do wydawania uchwał o skreśleniu z listy w wypadku orzeczenia przez sąd dyscyplinarny kary wydalenia z adwokatury. Tym samym eliminuje możliwość kwestionowania przez zainteresowanego uchwały rady w trybie administracyjnym, a następnie sądowym<sup>27</sup>. Wykonanie każdego prawomocnego i wykonalnego<sup>28</sup> orzeczenia dyscyplinarnego następować będzie niezaskarżalną<sup>29</sup> decyzją dziekana. Rozwiązanie takie jest racjonalne i efektywnie przyspieszy wykonanie

kar dyscyplinarnych wydalenia z adwokatury.

Ustawa nowelizująca wydłuża termin przedawnienia ścigania przewinienia dyscyplinarnego polegającego na zniewadze lub zniesławieniu strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza (art. 88 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze) z sześciu miesięcy do roku, termin zaś przedawnienia karalności takiego przewinienia – z dwóch do trzech lat (art. 88 ust. 2). Terminy przedawnień pozostałych przewinień dyscyplinarnych nie uległy zmianie. Norma wskazująca, że jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, przedawnienie dyscyplinarne nie następuje wcześniej niż przedawnienie karne (dotychczasowy art. 88 ust. 4), sformułowana została od strony pozytywnej, poprzez stwierdzenie, że w takiej sytuacji przedawnienie następuje dopiero z upływem okresu przedawnienia karalności przestępstwa (znowelizowany art. 88 ust. 3). Regulacją powyższą objęte jest tak przedawnienie ścigania, jak i przedawnienie karalności przewinienia dyscyplinarnego<sup>30</sup>, przy czym zwrot „zawiera znamiona przestępstwa” należy interpretować jako zawierający warunek prawomocnego stwierdzenia przestępności czynu, obejmujący obok wypełnienia określonych w ustawie karnej znamion czynu zabronionego także bezprawność, winę oraz większy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości<sup>31</sup>. Zauważyć należy, że nowelizacja zniosła instytucję przerwania terminu przedawnienia dy-

<sup>26</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 2010 r., K1/09 (Dz.U. z 2010 r. nr 200, poz. 1326). W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 82 ust. 2 ustawy Prawo o adwokaturze, w zakresie, w jakim zawiera sformułowanie „bez prawa ubiegania się o ponowny wpis”, z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

<sup>27</sup> Art. 46 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze: „Od uchwały okręgowej rady adwokackiej, podjętej w pierwszej instancji w sprawach indywidualnych, służy zainteresowanemu odwołanie do Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej”.

<sup>28</sup> Zgodnie z art. 91a ust. 2 oraz art. 91d ust. 2 ustawy Prawo o adwokaturze orzeczenie, od którego służy kasacja, nie podlega wykonaniu do czasu wniesienia kasacji lub bezskutecznego upływu terminu do jej wniesienia, orzeczenie zaś, od którego wniesiono kasację, nie podlega wykonaniu do czasu rozpoznania kasacji.

<sup>29</sup> Zgodnie z art. 48 ust. 4 ustawy Prawo o adwokaturze decyzje dziekana zaskarżalne są tylko w wypadkach wskazanych w ustawie. Zaskarżalne jest udzielenie adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu ostrzeżenia (art. 48 ust. 3).

<sup>30</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2014 r., SDI 18/14.

<sup>31</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 25 lipca 2013 r., SDI 13/13.



scyplinarnego (dotychczasowy art. 88 ust. 3)<sup>32</sup>. Oznacza to, że dla możliwości prowadzenia postępowania dyscyplinarnego konieczne jest wszczęcie dochodzenia dyscyplinarnego przed upływem okresu przedawnienia ścigania. Z porównania treści normy art. 88 ust. 1 z normą zawartą w art. 102 k.k. wyprowadzić należy wniosek, że wystarczające jest w tym zakresie wydanie postanowienia o wszczęciu postępowania *in rem* bez konieczności wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutu popełnienia przewinienia dyscyplinarnego<sup>33</sup>.

### ZMIANY W PRZEPISACH PROCESOWYCH

Znowelizowany art. 84 ust. 3 tworzy całościową regulację instytucji orzeczenia łącznego. Dotychczasowa treść przepisu, przewidując możliwość wydania takiego orzeczenia, wskazywała wyłącznie zasady, według jakich należało wymierzać karę w orzeczeniu łącznym, nie wskazywała natomiast, kiedy wydanie orzeczenia łącznego jest możliwe. Nowelizacja upoważnia do wydania orzeczenia łącznego w przypadku, gdy obwiniony popełnił dwa lub więcej przewinień dyscyplinarnych, zanim zapadło pierwsze, choćby nieprawomocne, orzeczenie co do któregośkolwiek z nich. Orzeczenie łączne wydaje się, jeżeli orzeczone we wcześniejszych orzeczeniach kary dyscyplinarne podlegają łączeniu według zasad obowiązujących przy orzekaniu kary łącznej.

Ustawa nowelizująca nadaje nowy kształt instytucji upomnienia dziekańskiego. Najistotniejszą konsekwencją nowelizacji jest uznanie, że upomnienie dziekańskie nie jest karą dyscyplinarną w rozumieniu art. 81 ust. 1 ustawy. Artykuł 85 ust. 1 definiuje upomnienie dziekańskie jako środek dyscyplinujący pozosta-

jący w kompetencji dziekana okręgowej rady adwokackiej. Artykuł 93a nakłada na rzecznika dyscyplinarnego obowiązek informowania Ministra Sprawiedliwości już nie o skierowaniu „wniosku o ukaranie do dziekana okręgowej rady adwokackiej”, ale „wniosku do dziekana okręgowej rady adwokackiej w trybie art. 85”. Upomnienie dziekańskie może zostać udzielone, jeżeli przewinienie dyscyplinarne jest mniejszej wagi albo w świetle okoliczności sprawy upomnienie takie będzie wystarczającym środkiem dyscyplinującym. Dziekan udzielić może upomnienia dziekańskiego wyłącznie<sup>34</sup> na wniosek rzecznika dyscyplinarnego, który z wnioskiem takim występuje po uprawomocnieniu się postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego albo o umorzeniu postępowania. Upomnienie dziekańskie winno przybrać formę decyzji dziekana (art. 48 ust. 4) oraz zawierać rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania (§ 4 pkt 2 uchwały NRA nr 24/2014 z 22 listopada 2014 r. w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego<sup>35</sup>). Wobec konieczności poprzedzenia wniosku o udzielenie upomnienia dziekańskiego postanowieniem rzecznika dyscyplinarnego o odmowie wszczęcia lub umorzeniu dochodzenia opowiadam się za poglądem, że stwierdzenie, iż w świetle okoliczności sprawy upomnienie dziekańskie będzie wystarczającym środkiem dyscyplinującym, stanowi samodzielną podstawę prawną postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu dochodzenia. Wystąpienie z wnioskiem o udzielenie upomnienia dziekańskiego możliwe będzie jednak dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia rzecznika, od którego, z mocy art. 88 ust. 4 oraz art. 91 ust. 2 ustawy, stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości przysługuje środek odwoławczy rozpozna-

<sup>32</sup> Dotychczasowy art. 88 ust. 3 przewidywał, że przedawnienie dyscyplinarne przerywa każdą czynność organu powołanego do ścigania przewinienia.

<sup>33</sup> Art. 88 ust. 1 mówi o „wszczęciu postępowania dyscyplinarnego”, art. 102 k.k. zaś o „wszczęciu postępowania przeciwko osobie”.

<sup>34</sup> W dotychczasowym stanie prawnym dziekan mógł udzielić adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu upomnienia także na wniosek rady adwokackiej oraz z własnej inicjatywy.

<sup>35</sup> [http://wsd.adwokatura.pl/images/uchwała\\_NRA\\_24-2014\\_kpd.pdf](http://wsd.adwokatura.pl/images/uchwała_NRA_24-2014_kpd.pdf)

wany przez izbowy sąd dyscyplinarny. Ustawa przewiduje także uprawnienie adwokata lub aplikanta adwokackiego do złożenia środka odwoławczego od upomnienia dziekańskiego (art. 85 ust. 3 i 4). Tak skonstruowany system kontroli odwoławczej winien zapobiec potencjalnej groźbie niezasadnego odmawiania wszczęcia lub umarzania dochodzeń dyscyplinarnych, jak i nadużywania instytucji upomnienia dziekańskiego w celach innych niż reakcja na przewinienie dyscyplinarne. Mimo pojawiających się zastrzeżeń<sup>36</sup> nową regulację dotyczącą upomnienia dziekańskiego należy ocenić pozytywnie. Udzielenie upomnienia dziekańskiego nie będzie możliwe w sytuacji odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania dyscyplinarnego wobec braku znamion przewinienia dyscyplinarnego, braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia lub znikomej społecznej szkodliwości czynu. Upomnienie dziekańskie, co wydaje się literalnie wynikać z brzmienia art. 85 oraz umiejscowienia go w dziale ustawy regulującym odpowiedzialność dyscyplinarną, dotyczy reakcji na przewinienie dyscyplinarne<sup>37</sup>. Musi być zatem poprzedzone ustaleniem w postanowieniu rzecznika, że przewinienie takie, jako zdarzenie faktyczne, zaistniało i zawiera nie tylko przedmiotowe, ale i podmiotowe jego znamiona. Postanowienie takie podlega kontroli instancyjnej sądu dyscyplinarnego. Nie wydaje się także zasadny zarzut stworzenia układu procesowego, w którym sąd dyscyplinarny będzie dwukrotnie rozstrzygał w tej

samej sprawie (rozpoznając odwołanie od postanowienia rzecznika o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania, następnie zaś odwołanie od upomnienia dziekańskiego). W pierwszym wypadku przedmiotem kontroli odwoławczej jest zasadność decyzji procesowej o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania, w drugim decyzja dziekana, tak w aspekcie jej zasadności (środek ten ma charakter fakultatywny), jak i oceny nałożonych na adwokata lub aplikanta adwokackiego zobowiązań.

Udzielając upomnienia dziekańskiego, dziekan może zobowiązać adwokata lub aplikanta adwokackiego do przeproszenia pokrzywdzonego lub do innego stosownego postępowania (art. 85 ust. 3). Ustawowe uprawnienie dziekana sformułowane zostało szeroko. Drugi ze wskazanych obowiązków przesądza o otwartym charakterze katalogu uprawnień dziekana. Obowiązek innego stosownego postępowania ma charakter subsydiarny. Chodzi o każde inne postępowanie, które nie jest przeproszeniem pokrzywdzonego. Ze względu na charakter prawny instytucji upomnienia dziekańskiego nałożenie obowiązku innego postępowania musi wynikać z uznania, że wykonanie obowiązku będzie, obok samego faktu upomnienia, wystarczającym środkiem reakcji, eliminującym potrzebę wymierzenia kary dyscyplinarnej. Może to być przykładowo naprawienie szkody lub zadośćuczynienie pokrzywdzonemu, wykonanie obowiązku, który wynika z orzeczenia sądu powszechnego lub

<sup>36</sup> M. Zbrojewska, *Wybrane zagadnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów w świetle nowelizacji ustawy Prawo o adwokaturze*, „Palestra Świętokrzyska” 2014, nr 29–30, s. 39.

<sup>37</sup> Jak wynika z treści art. 85 ust. 1, przesłankami udzielenia upomnienia dziekańskiego są: (1) uznanie, że przewinienie dyscyplinarne jest mniejszej wagi, albo (2) uznanie, że w świetle okoliczności sprawy upomnienie takie będzie wystarczającym środkiem dyscyplinującym, bez potrzeby wymierzenia kary dyscyplinarnej. Przewinienie mniejszej wagi jest w dalszym ciągu przewinieniem dyscyplinarnym. Kara dyscyplinarna wymierzona może być wyłącznie w wypadku popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. Zatem odstąpienie od wniosku o wszczęcie postępowania przed sądem dyscyplinarnym, a tym samym od żądania orzeczenia kary dyscyplinarnej, wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania oraz wystąpienie z wnioskiem o udzielenie upomnienia dziekańskiego nie pozbawiają czynu charakteru przewinienia dyscyplinarnego. W konsekwencji warunkiem niezbędnym do udzielenia upomnienia dziekańskiego jest ustalenie, że postępowanie adwokata lub aplikanta adwokackiego stanowi przewinienie dyscyplinarne. Właściwą formą reakcji na uchybienie niebędące przewinieniem dyscyplinarnym jest tzw. ostrzeżenie przewidziane w art. 48 ust. 3.



innego organu, wykonanie określonej czynności wobec organów, przed którymi występował adwokat lub aplikant adwokacki, albo wobec organów samorządu. Niewykonanie przez adwokata lub aplikanta adwokackiego obowiązku wynikającego z prawomocnej decyzji o udzieleniu upomnienia dziekańskiego stanowi przewinienie dyscyplinarne przewidziane w § 63 w zw. z § 67 ZZEaIGZ.

Istotne znaczenie dla przyszłego modelu postępowania dyscyplinarnego, w kontekście spodziewanego wejścia w życie w dniu 1 lipca 2015 r. ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, ma nowy art. 86a ustawy Prawo o adwokaturze. Ustęp 1 wskazanego przepisu, wraz z odpowiednio stosowanym art. 303 k.p.k., wprowadza zasadę ściągania z urzędu przewinień dyscyplinarnych przez rzecznika dyscyplinarnego. Nakłada na rzecznika obowiązek podjęcia z własnej inicjatywy odpowiednich czynności zawsze, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przewinienia dyscyplinarnego, bez oczekiwania na zawiadomienie lub wniosek. Obowiązek ten obejmuje tak wszczęcie samego postępowania, jak i przedsięwzięcie czynności procesowych, których potrzeba wynika z przebiegu postępowania. Treść nowelizacji czyni nieaktualnym zapis § 10 Regulaminu działania rzeczników dyscyplinarnych, opierającego wszczęcie dochodzenia na zasadzie skargowości i oportunistu procesowego<sup>38</sup>.

Artykuł 86a ust. 2 znowelizowanej ustawy,

nakazujący oparcie rozstrzygnięć organów procesowych na ustaleniach faktycznych oraz przeprowadzanie dowodów na wniosek stron i z urzędu, jednoznacznie opiera postępowanie dyscyplinarne na zasadzie prawdy materialnej (obiektywnej)<sup>39</sup>. Tym samym utrzymuje w postępowaniu dyscyplinarnym wymóg opierania wszelkich rozstrzygnięć na zgodnych z prawdą, udowodnionych ustaleniach faktycznych, takich, co do których fakt przeciwny dowodzonemu jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny. Obowiązek udowodnienia odnosić należy jednak tylko do ustaleń niekorzystnych dla obwinionego, jako że on sam korzysta z domniemania niewinności i nakazu rozstrzygnięcia wątpliwości na jego korzyść (odpowiednio stosowane art. 5 § 1 i 2 k.p.k.). Dyrektywa dokonywania prawdziwych ustaleń faktycznych wymaga sformalizowanych ustawowo reguł dowodzenia. Stąd też zapis art. 86a ust. 2 o przeprowadzaniu dowodów zarówno na wniosek stron, jak i z urzędu. Bliski jest mi pogląd, że właściwie rozumiana zasada prawdy materialnej nie pozostaje w opozycji do reguł kontradyktoryjnego procesu. Kontradyktoryjność może i powinna służyć osiągnięciu prawdy materialnej. Jej realizacja w postępowaniu jurysdykcyjnym nie sprowadza się wyłącznie do odmiennych reguł dowodowych, wymaga ponadto zapewnienia z jednej strony równouprawnienia stron, z drugiej zaś – dbałości o jakość rozprawy sądowej, atmosferę powagi, spokoju, rzeczowości oraz szacunku dla stron i podnoszonych przez nie argumentów. Jedy-

<sup>38</sup> § 10 Regulaminu działania rzeczników dyscyplinarnych przewiduje w pkt 1 wszczęcie dochodzenia na skutek zawiadomienia o popełnieniu przewinienia, uchwały Rady Adwokackiej, polecenia Ministra Sprawiedliwości, polecenia Rzecznika Dyscyplinarnego NRA, w pkt 2 zaś tylko możliwość (uprawnienie) wszczęcia dochodzenia z urzędu.

<sup>39</sup> W trakcie procesu legislacyjnego, którego efektem jest ustawa z 7 listopada 2014 r., widoczny był spór pomiędzy Sejmem a Senatem, dotyczący sposobu ujęcia w art. 86a ust. 2 zasady prawdy materialnej. Sprowadzał się on do tego, czy poprzedzać słowa „ustaleniach faktycznych” przymiotnikiem „prawdziwych” (za czym opowiadali się senatorowie, nawiązując do konstrukcji przyjętej w k.p.k.), czy też z przymiotnika tego zrezygnować (za czym opowiadali się posłowie, uznając, że ustalenia faktyczne, jako podstawa rozstrzygnięcia, muszą być prawdziwe niejako z założenia lub też nie mogą być nieprawdziwe). Opowiadając się za zasadnością utrzymywania spójności znaczeniowej zasady prawdy materialnej w ramach różnych reżimów odpowiedzialności, a tym samym za stanowiskiem Senatu, przyjmuję, że spór powyższy w istocie nie miał charakteru merytorycznego, zapis zaś art. 86a ust. 2 ustawy Prawo o adwokaturze – pomimo braku przymiotnika „prawdziwych” – nie może podlegać regułom wykładni innym niż stosowane wobec art. 2 § 2 k.p.k.

nie prowadzona w takiej atmosferze rozprawa pozwala uznać, że sąd dąży do ustalenia prawdy materialnej. Zauważyć należy, że znowelizowany k.p.k. utrzymuje w art. 2 § 2 zasadę prawdy materialnej jako jedną z naczelnych zasad procesu karnego. Dlatego też uważam, że – poza niewieloma wyjątkami – znowelizowane ustawą z 27 września 2013 r. przepisy k.p.k. będą mogły być stosowane odpowiednio w postępowaniu dyscyplinarnym.

Zasadne było uchylenie art. 87 ust. 2 ustawy. Przewidywał on, że w razie śmierci obwinionego przed ukończeniem postępowania dyscyplinarnego postanowienie o jego umorzeniu traci moc, a postępowanie toczy się nadal, jeżeli żąda tego – w terminie dwumiesięcznym od dnia zgonu obwinionego – jego małżonek, krewny w linii prostej, brat lub siostra. Przy pominięciu okoliczności, że przepis ten miał w istocie „martwy” charakter, od lat nie został zastosowany i – jak się wydaje – „przenoszony” był bezrefleksyjnie do kolejnych ustaw dotyczących ustroju adwokatury, być może najistotniejsze jest, że tak przepisy ustawy Prawo o adwokaturze, jak i odpowiednio stosowane przepisy k.p.k. nie pozwalają – w wypadku jego zastosowania – wydać orzeczenia innego niż umorzenie postępowania wobec śmierci obwinionego.

Nowe brzmienie art. 88a ustawy kończy długotrwały spór dotyczący tego, czy sądy dyscyplinarne pierwszej instancji zobowiązane są do sporządzania uzasadnienia orzeczenia oraz doręczania orzeczenia wraz z uzasadnieniem z urzędu, czy też tylko na wniosek złożony zgodnie z treścią odpowiednio stosowanego art. 422 § 1 k.p.k.<sup>40</sup> Nowelizacja, stanowiąc rozsądny kompromis pomiędzy zwolennikami odmiennych poglądów, rozstrzyga sprawę w sposób niebudzący wątpliwości interpreta-

cyjnych. Orzeczenia i postanowienia kończące postępowanie dyscyplinarne z urzędu doręczane będą wraz z uzasadnieniem stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości, z wyjątkiem spraw, w których: (1) uwzględniono wniosek rzecznika dyscyplinarnego o wydanie orzeczenia i wymierzenie uzgodnionej z obwinionym kary dyscyplinarnej bez przeprowadzenia rozprawy lub (2) uwzględniono wniosek obwinionego o wymierzenie mu określonej kary dyscyplinarnej, jak też (3) spraw, w których wymierzono karę upomnienia. W tych sprawach z urzędu doręczane stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości będzie tylko orzeczenie, uzasadnienie zaś sporządzane i doręczane będzie na wniosek, złożony w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia.

Podobnie porządkujący charakter ma zmiana dokonana w treści art. 91 ust. 2 ustawy. Jego dotychczasowe brzmienie wywoływało wątpliwości, czy rozpoznając odwołanie od postanowienia rzecznika dyscyplinarnego o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego, sąd dyscyplinarny izby adwokackiej rozpoznaje sprawę jako sąd odwoławczy, czy też, jak mogło sugerować dotychczasowe brzmienie przepisu, jako sąd pierwszej instancji, w konsekwencji zaś czy od postanowienia sądu dyscyplinarnego utrzymującego w mocy postanowienie rzecznika przysługuje odwołanie do Wyższego Sądu Dyscyplinarnego<sup>41</sup>. Nowelizacja przewiduje wyłącznie dwa wyjątki od zasady, że sąd dyscyplinarny izby adwokackiej działa jako sąd pierwszej instancji. Są to sytuacje, w których rozpoznaje on odwołanie od upomnienia dziekańskiego oraz odwołanie od postanowienia rzecznika dyscyplinarnego o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego. W obu sytuacjach od postanowienia sądu izbowego odwołanie

<sup>40</sup> Spór ten prowadzony był pomiędzy większością składów Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury i Ministrem Sprawiedliwości a częścią izbowych sądów dyscyplinarnych. W tej kwestii: postanowienie WSDA z 15 lipca 2014 r., WSD 64/2014; postanowienie WSDA z 7 czerwca 2014 r., WSD 37/2014; R. Baszuk, *Glosa do postanowienia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury z 15 czerwca 2013 r.*, WSD 140/12, [http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane\\_pliki/adwokatura-tresc-6876.pdf](http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/adwokatura-tresc-6876.pdf); A. Korzeniewska-Lasota, *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów*, „Palestra” 2013, nr 1–12, s. 177–194.

<sup>41</sup> Postanowienie WSDA z 26 kwietnia 2014 r., WSD 56/12.

nie przysługuje. W pierwszej z mocy art. 85 ust. 4 ustawy, w drugiej wobec odpowiedniego stosowania art. 426 § 1 k.p.k.

Konsekwencją dodania w art. 91 ust. 4a o treści: „Sędziów powołanych do orzekania w sprawie wyznacza prezes sądu dyscyplinarnego, mając na uwadze zapewnienie rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki oraz równomierne obciążenie sprawami składów sądu” jest niedopuszczalność odpowiedniego stosowania w postępowaniu dyscyplinarnym art. 351 § 1 k.p.k., przewidującego wyznaczanie sędziów powołanych do orzekania w sprawie w kolejności według wpływu sprawy oraz jawnej dla stron listy sędziów. Odmienne uregulowanie tej kwestii w ustawie jest uzasadnione niezawodowym charakterem funkcji sędziego sądu dyscyplinarnego oraz obowiązkiem prezesa sądu dyscyplinarnego sprawnego wyznaczenia składu sądzącego spośród sędziów, którzy mogą w możliwie najszerszym terminie rozpoznać sprawę w czasie wolnym od własnych obowiązków zawodowych lub innych, zasługujących na uwzględnienie, zobowiązań. Artykuł 91 ust. 4a przewiduje dwa kryteria obowiązujące prezesa sądu przy wyznaczaniu sędziów powołanych do orzekania w sprawie. Są to: zapewnienie rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki oraz równomierne obciążenie sprawami składów sądu, zatem kryteria o charakterze wyłącznie organizacyjnym. Nie oznacza to oczywiście, by prezes sądu, wyznaczając sędziów powołanych do orzekania, miał ignorować znane mu z urzędu okoliczności powodujące wyłączenie sędziego z mocy prawa lub powodujące uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Mowa jednak wyłącznie o ocenie dokonywanej na płaszczyźnie organizacyjnej, determinowanej obowiązkiem zapewnienia sprawnego funkcjonowania sądu, albowiem pamiętać należy, że od udziału w sprawie może być wyłączony tylko ten sędzia, który wyznaczony został do

jej rozpoznania. Ustawa procesowa nie przewiduje wyłączenia sędziego *in abstracto*, wiąże tę instytucję wyłącznie z udziałem w sprawie, czyli podejmowaniem przez wyznaczonego sędziego czynności procesowych związanych z merytorycznym rozstrzygnięciem określonej sprawy<sup>42</sup>.

Znowelizowany art. 93 ustawy w ust. 1 przyznaje status stron postępowania dyscyplinarnego odrębnie dla etapu dochodzenia oraz etapu postępowania przed sądem dyscyplinarnym, czym uszczegóławia regulację dotychczas obowiązującą. Warto podkreślić, że Prawo o adwokaturze konsekwentnie przyznaje pokrzywdzonemu status strony postępowania dyscyplinarnego na każdym jego etapie, a tym samym efektywny udział w postępowaniu, co stanowi istotną wartość świadczącą o jego transparentnym charakterze oraz realizacji funkcji gwarancyjnych w ramach modelu postępowania rzetelnego w rozumieniu art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Status pokrzywdzonego jako strony postępowania nie jest cechą immanentną polskiego prawa dyscyplinarnego. Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o prokuraturze, o notariacie, o komornikach sądowych i egzekucji, o doradztwie podatkowym nie przewidują udziału pokrzywdzonego jako strony w postępowaniu dyscyplinarnym. Wśród zawodów prawniczych jest tak wyłącznie w wypadku adwokatów i radców prawnych. Dlatego też należy zachować wstrzeźliwość przy wyciąganiu daleko idących wniosków z zestawień porównujących postępowania dyscyplinarne w poszczególnych zawodach prawniczych, w szczególności ich liczbę, ilość skazań i środków odwoławczych.

W art. 93 ust. 3 dokonano doprecyzowania definicji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym. Po nowelizacji jest nim adwokat lub aplikant adwokacki, co do którego wydano

<sup>42</sup> Postanowienie WSDA z 25 października 2014 r., WSD 110/14; postanowienie SN z 30 czerwca 2010 r., WD 7/10, R-OSNKW 2010, poz. 1344 i cytowane tam orzecznictwo; postanowienie SA w Lublinie z 20 marca 2002 r., II AKo 69/202, KZS 2003, z. 3, poz. 78.

postanowienie o przedstawieniu zarzutów, nie zaś, jak dotychczas, przeciwko któremu toczy się postępowanie dyscyplinarne. Powyższa zmiana, nawiązując do treści art. 71 §1 k.p.k., likwiduje wątpliwość, czy status obwinionego kreuje wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutu, czy też dopiero jego skuteczne ogłoszenie obwinionemu. W związku ze wskazaną zmianą pozostaje dodany art. 93b ust. 3, zgodnie z którym, w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa obwinionego, odpis postanowienia o przedstawieniu zarzutów rzecznik dyscyplinarney doręcza mu na piśmie, co zastępuje ogłoszenie.

Istotną zmianą przewidzianą w art. 93 ust. 2 jest jednoznaczne przypisanie zastępcom rzecznika dyscyplinarney izby oraz zastępcom Rzecznika Dyscyplinarney Adwokatury roli oskarżycieli w postępowaniu przed sądem dyscyplinarney, w zakresie, w jakim wykonują oni czynności zlecone przez rzeczników. Należy oczekiwać, że w wydanym na podstawie art. 58 pkt 5a ustawy akcie prawa wewnętrznego, określającym, zgodnie z delegacją ustawową, zasady działania zastępców Rzecznika Dyscyplinarney Adwokatury i zastępców rzeczników dyscyplinarneych, ewentualnie w znowelizowanym regulaminie działania rzeczników dyscyplinarneych, ustalone zostaną zarówno sposób zlecenia czynności procesowych, jak i, co wydaje się najbardziej istotne z punktu widzenia sądów dyscyplinarneych, zakres czynności zleconych zastępcom rzeczników. Mając na względzie powagę sądownictwa dyscyplinarneych oraz sprawność postępowania, nie sposób zaakceptować sytuacji, w której sąd dyscyplinarney miałby dociekać, czy konkretny zastępca rzecznika dyscyplinarneych w postępowaniu dotyczącym określonego obwinionego uprawniony jest do dokonania danej czynności procesowej – od sporządzenia i wniesienia wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarneych przed sądem począwszy, a skończywszy na złożeniu odwołania od nieprawomocnego orzeczenia bądź postanowienia sądu. W wypadku braku regulacji w tym zakresie należałoby przyjąć za

obowiązującą dotychczasową zasadę prawidłowości i skuteczności podejmowanych wobec sądu dyscyplinarneych czynności procesowych zastępców rzeczników w zakresie, którego ustawa lub regulamin nie zastrzegają wprost do wyłącznej kompetencji rzeczników.

Znowelizowane Prawo o adwokaturze przewiduje dwa zasadnicze sposoby doręczeń w postępowaniu dyscyplinarneych. Pierwszy, uregulowany w art. 71d w zw. z art. 70, 71 i 71a, polega na doręczaniu pism na adres dla doręczeń wskazany przez adwokata przy zawiadomieniu okręgowej rady adwokackiej o wyznaczeniu siedziby zawodowej bądź jej przeniesieniu. Zdanie trzecie art. 71d wprowadza instytucję zwaną w prawie procesowym fikcją doręczenia, w postaci stwierdzenia, że pisma w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy, wysłane na wskazany przez adwokata adres dla doręczeń, uznaje się za doręczone. Konsekwencją zaniechania przez adwokata poinformowania o zmianie adresu dla doręczeń lub też nieodbierania pism pod wskazanym adresem jest przyjęcie fikcji, że pismo wysłane zostało skutecznie doręczone. Przyjąć nadto należy, że w tym przypadku nie ma konieczności awizowania przesyłki w trybie przewidzianym przez art. 133 § 2 k.p.k., albowiem awizowanie pisma nie jest warunkiem zastosowania fikcji doręczenia przewidzianej w art. 71d. Ten, co należy przyznać, wyjątkowo restrykcyjny tryb doręczeń doznaje istotnej modyfikacji w postępowaniu dyscyplinarneych, wobec treści znowelizowanego art. 93b ust. 1. W jego toku adwokat lub aplikant adwokacki mogą wyrazić zgodę na doręczanie pism także za pośrednictwem telefaksu lub poczty elektronicznej. W takim przypadku dowodem doręczenia jest potwierdzenie transmisji danych. Zatem od woli adwokata lub aplikanta będącego uczestnikiem postępowania dyscyplinarneych zależy, czy doręczanie pism realizowane będzie w sposób „tradycyjny”, przewidziany w art. 71d, czy też także w sposób wskazany w art. 93b ust. 1. Z uwagi na przewidziane w obu przepisach skutki procesowe wysłania pisma uznać należy za konieczne, wobec

brzmienia odpowiednio stosowanego art. 16 § 2 k.p.k., pouczenie adwokata lub aplikanta przy pierwszym doręczeniu lub przy pierwszej czynności procesowej z jego udziałem o treści obu przepisów oraz ich konsekwencjach procesowych. Należy pamiętać także, że z mocy odpowiednio stosowanego art. 137 k.p.k. w wypadkach niecierpiących zwłoki można wzywać lub zawiadamiać osoby telefonicznie albo w inny sposób, stosownie do okoliczności, pozostawiając w aktach odpis nadanego komunikatu z podpisem osoby nadającej.

Artykuł 93b ust. 2 przyjmuje, że niestawienie obwinionego lub jego obrońcy na rozprawę, posiedzenie lub na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego nie wstrzymuje rozpoznania sprawy lub przeprowadzenia czynności. Odstępstwo od tej zasady możliwe będzie tylko wtedy, gdy obwiniony lub jego obrońca należą do usprawiedliwiającej swojej nieobecności, wnosząc jednocześnie o odroczenie lub przerwaniu rozprawy czy posiedzenia lub o nieprzeprowadzenie czynności przed rzecznikiem, albo gdy sąd dyscyplinarny lub rzecznik dyscyplinarny z ważnych przyczyn uznają ich obecność za konieczną. Nadto, w przypadku nieusprawiedliwionego niestawienia obwinionego na wezwanie rzecznika, odpis postanowienia o przedstawieniu zarzutów doręczony zostanie obwinionemu na piśmie, co zastąpi czynność procesową jego ogłoszenia (art. 93b ust. 3). Należyte usprawiedliwienie niestawienia obwinionego lub jego obrońcy na rozprawie lub na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego wymagać będzie wskazania i uprawdopodobnienia wyjątkowych przyczyn, w przypadku zaś choroby – przedstawienia zaświadczenia lekarskiego potwierdzającego niemożność stawienia się na wezwanie lub zawiadomienie organu prowadzącego postępowanie (art. 93b ust. 5). Zawarty w art. 93b ust. 4 zapis, że orzeczenia wydane pod nieobecność obwinionego lub jego obrońcy nie uważa się za zaoczne, wydaje się, wobec treści art. 88a, zbędny, albowiem każde wydane przez sąd dyscyplinarny niepra-

womocne orzeczenie, także wydane pod nieobecność obwinionego i jego obrońcy, podlega doręczeniu stronom, termin zaś do złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia, w sprawach, w których wniosek taki jest wymagany, biegnie od daty doręczenia orzeczenia.

Wprowadzenie do postępowania dyscyplinarnego instrumentów wskazanych w art. 93b ustawy ma na celu zapobieżenie narastającemu w ostatnich latach zjawisku instrumentalnego wykorzystywania przez obwinionych instytucji procesowych w celu nie tyle merytorycznej obrony przed zarzutami, ile uniemożliwienia rozpoznania sprawy lub przedłużenia czasu jej trwania dla osiągnięcia przedawnienia. Istota samorządowego sądownictwa dyscyplinarnego opiera się na zasadzie dobrowolnego poddania się jego jurysdykcji przez członków samorządu. Zasadzie tej odpowiadać musi takie ukształtowanie modelu postępowania, w którym obwiniony, poprzez instrumentalne traktowanie czynności procesowych, nie będzie w stanie wpływać na czas trwania postępowania i czynności w nim podejmowane. W postępowaniu dyscyplinarnym wobec adwokatów przepisy k.p.k. stosuje się w sprawach nieuregulowanych w ustawie nie wprost, ale odpowiednio. Postępowanie dyscyplinarne, choć ma charakter represyjny, dotyczy jednak odpowiedzialności zawodowej, a nie karnej obwinionego. Jest w stosunku do postępowania karnego postępowaniem szczególnym, prowadzonym przez organy korporacyjne, które nie dysponują przysługującymi organom państwowym instrumentami pozwalającymi na przymusowe zapewnienie udziału obwinionego w postępowaniu. W postępowaniu dyscyplinarnym obwiniony nie musi uczestniczyć w rozprawach, posiedzeniach i innych czynnościach procesowych. Jest to prawo, które należy mu zagwarantować, ale nie obowiązek, który należy wbrew jego woli lub intencjom egzekwować. Prawnik musi się liczyć z konsekwencjami tego, że nie stawia się na rozprawach<sup>43</sup>. Osobista obrona

<sup>43</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 8 maja 2014 r., SDI 13/14.



stanowi tylko jedną z możliwości wpisujących się w zasadę określoną w art. 6 k.p.k. Stosowanie tego przepisu w ramach postępowania dyscyplinarnego ma charakter odpowiedni, tj. uwzględniający przedmiot postępowania oraz jego zakres podmiotowy. To z kolei pozwala na mniej rygorystyczne stosowanie norm gwarancyjnych w sytuacjach, w których sąd dyscyplinarny dysponuje zakresem swobodnego uznania, oraz wówczas, gdy obwinionym jest osoba wykonująca zawód prawniczy, mająca świadomość swoich uprawnień procesowych i wielości narzędzi służących realizacji prawa do obrony, np. w postaci przedstawienia sądowi racji w formie pisemnej lub ustanowienia obrońcy<sup>44</sup>. Pamiętać należy, że po 1 lipca 2015 r. także Kodeks postępowania karnego, wobec znowelizowanego brzmienia art. 374 § 1, przewidywał będzie prawo, a nie obowiązek, udziału oskarżonego w rozprawie, chyba że przewodniczący lub sąd uznają jego obecność za obowiązkową.

Zmiana art. 94 poprzez uznanie, że poza adwokatem także radca prawny może być obrońcą z wyboru w postępowaniu dyscyplinarnym, sprowadza się wyłącznie do przyspieszenia wejścia przepisu w życie. Przepis art. 94 został już zmieniony we wskazanym zakresie przez art. 4 ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Zmiana ta miała wejść w życie w dniu 1 lipca 2015 r. W wyniku nowelizacji ustawy Prawo o adwokaturze z 7 listopada 2014 r. weszła w życie w dniu 25 grudnia 2014 r.

Zmianie uległ model kontroli instancyjnej postanowienia sądu dyscyplinarnego o tymczasowym zawieszeniu w czynnościach zawodowych (art. 95j). W miejsce dysfunkcyjnej, gdyż uzależnionej wyłącznie od decyzji sądu dyscyplinarnego izby o przedstawieniu akt Wyższemu Sądowi Dyscyplinarnemu, instytucji badania z urzędu zasadności zawieszenia wprowadzono dopuszczalność zażalenia na

postanowienie o tymczasowym zawieszeniu (ust. 2 zdanie drugie), zażalenia na postanowienie wydane przez sąd izbowy w przedmiocie wniosku o uchylenie tymczasowego zawieszenia wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej trzech miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie tymczasowego zawieszenia (ust. 3), oraz obowiązek niezwłocznego uchylenia tymczasowego zawieszenia, jeżeli ustaną przyczyny, wskutek których zostało ono zastosowane, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie (ust. 4). Zastosowana regulacja wzorowana jest na rozwiązaniach przewidzianych przez k.p.k. dla kontroli odwoławczej oraz możliwości uchylenia postanowień w przedmiocie środków zapobiegawczych innych niż tymczasowe aresztowanie (art. 253 § 1, art. 254 § 1 i 2 k.p.k.). Podkreślić jednak należy, że zastosowanie powyższych rozwiązań nie czyni z tymczasowego zawieszenia w czynnościach zawodowych środka zapobiegawczego. Środki zapobiegawcze są stosowane w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, której to funkcji nie pełni tymczasowe zawieszenie w czynnościach zawodowych. Środki zapobiegawcze wyjątkowo stosować można także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego ciężkiego przestępstwa. Można co prawda uznać, że tymczasowe zawieszenie adwokata w czynnościach zawodowych może zapobiec popełnieniu nowego przestępstwa, związanego z działalnością zawodową adwokata, jednakże poza postępowaniem dyscyplinarnym w samym k.p.k. istnieje środek spełniający ten cel, wyrażony w art. 276, a mianowicie zawieszenie w wykonywaniu zawodu. Tymczasowe zawieszenie adwokata w czynnościach zawodowych jest autonomiczną instytucją Prawa o adwokaturze, pozwalającą w szczególności uzasadnionych okolicznościach sprawy na odsunięcie adwokata lub aplikanta od czynności zawodowych mimo braku prawomocnego orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności

<sup>44</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2012 r., SDI 33/11; postanowienie Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r., SDI 24/11; postanowienie WSDA z 29 marca 2014 r., WSD 19/14.

dyscyplinarnej. Tą szczególnie uzasadnioną okolicznością jest wysoka naganność postępowania obwinionego, która, zgodnie z hierarchią wartości etyczno-moralnych, wyklucza w społecznym odbiorze możliwość wykonywania przez obwinionego zawodu adwokata<sup>45</sup>. Treść art. 95j ust. 2 upoważnia do stwierdzenia, że nie przysługuje środek odwoławczy od postanowienia nieuwzględniającego wniosku o tymczasowe zawieszenie w czynnościach zawodowych. Nie powinno także budzić wątpliwości, że uchylić tymczasowe zawieszenie może tylko ten organ procesowy, który je zastosował, w tym wypadku tylko sąd dyscyplinarny lub w wypadku uruchomienia kontroli instancyjnej Wyższy Sąd Dyscyplinarny.

Nowela przywraca nieobecne od roku 2007 rozwiązanie, polegające na określeniu wysokości kosztów postępowania dyscyplinarnego w sposób zryczałtowany (art. 95l ust. 1). W wykonaniu delegacji ustawowej zawartej w art. 58 pkt 5b oraz art. 95l ust. 3 Naczelna Rada Adwokacka w dniu 22 listopada 2014 r. wydała uchwałę nr 24/2014 w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego<sup>46</sup>. Uchwała opiera się częściowo na rozwiązaniach przyjętych w uchylonym § 49 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości

z dnia 23 lipca 1998 r. w sprawie postępowania dyscyplinarnego w stosunku do adwokatów i aplikantów adwokackich<sup>47</sup>. W szczególności w ślad za rozporządzeniem przyjęto, mimo odmiennej ich specyfikacji, maksymalną wysokość opłat zryczałtowanych (3000 zł). Uchwała przewiduje w § 1 opłaty zryczałtowane w następującej wysokości: w postępowaniu przed dziekanem zakończonym udzieleniem upomnienia dziekańskiego – od 300 do 500 zł; w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym dotyczącym odwołania od upomnienia dziekańskiego – od 500 do 1000 zł; w sprawach rozpoznawanych przez sąd dyscyplinarny lub Wyższy Sąd Dyscyplinarny w pierwszej instancji – od 1000 do 3000 zł; w sprawach rozpoznawanych przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji – od 1000 do 3000 zł. Rozwiązaniem nowym jest przyjęcie opłaty zryczałtowanej w dochodzeniu dyscyplinarnym w kwocie od 1000 do 3000 zł. Uchwała reguluje sposób orzekania w przedmiocie opłaty zryczałtowanej, środki odwoławcze od rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów (§ 2, 3 i 4), sposób pobierania oraz rozliczania opłaty pomiędzy właściwymi w tym zakresie izbami adwokackimi oraz Naczelną Radą Adwokacką (§ 5)<sup>48</sup>. Przyjęto założenie, że beneficjentem

<sup>45</sup> Postanowienie WSDA z 13 grudnia 2014 r., WSD 15/14.

<sup>46</sup> [http://wsd.adwokatura.pl/images/uchwala\\_NRA\\_24-2014\\_kpd.pdf](http://wsd.adwokatura.pl/images/uchwala_NRA_24-2014_kpd.pdf)

<sup>47</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lipca 1998 r. w sprawie postępowania dyscyplinarnego w stosunku do adwokatów i aplikantów adwokackich (Dz.U. z 1998 r. nr 99, poz. 635 z późn. zm.) utraciło moc wobec uchylenia art. 95m ustawy Prawo o adwokaturze przez ustawę o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw z dnia 29 marca 2007 r. (Dz.U. nr 80, poz. 540).

<sup>48</sup> Przyjęto zasady, że przy wydawaniu orzeczenia łącznego wymierzone opłaty sumuje się oraz że jeżeli jednym orzeczeniem ukarano dwóch lub więcej obwinionych, opłatę zryczałtowaną ponosi każdy z nich z osobna. W wypadku gdy orzeczenie nie zawiera rozstrzygnięcia w przedmiocie opłaty zryczałtowanej, określa ją prezes sądu dyscyplinarnego albo prezes Wyższego Sądu Dyscyplinarnego. Od rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów przysługuje odwołanie. Odwołanie od postanowienia prezesa Wyższego Sądu Dyscyplinarnego rozpoznaje Wyższy Sąd Dyscyplinarny. Opłatę zryczałtowaną w postępowaniu zakończonym udzieleniem upomnienia dziekańskiego określa dziekan. Opłatę zryczałtowaną z tytułu dochodzenia dyscyplinarnego oraz opłatę zryczałtowaną w postępowaniu zakończonym udzieleniem upomnienia dziekańskiego pobiera się na rzecz izby adwokackiej, której rzecznik dyscyplinarny prowadził dochodzenie. W postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym opłatę zryczałtowaną pobiera się na rzecz izby adwokackiej, której sąd dyscyplinarny wydał w pierwszej instancji podlegające wykonaniu orzeczenie. W sprawach, w których dochodzenie dyscyplinarne prowadzi Rzecznik Dyscyplinarny Naczelnej Rady Adwokackiej (Rzecznik Dyscyplinarny Adwokatury), oraz w postępowaniu przed Wyższym Sądem Dyscyplinarnym opłatę zryczałtowaną pobiera się na rzecz Naczelnej Rady Adwokackiej. W rozstrzygnięciu dotyczącym opłaty zryczałtowanej wskazuje się wysokość opłaty pobranej na rzecz właściwej izby adwokackiej albo Naczelnej Rady Adwokackiej.



opłaty zryczałtowanej powinna być ta izba adwokacka, która koszty postępowania dyscyplinarnego faktycznie poniosła, oraz Naczelna Rada Adwokacka jako finansująca działalność Rzecznika Dyscyplinarnego NRA oraz Wyższego Sądu Dyscyplinarnego. Wskazanie dziekana okręgowej rady adwokackiej jako właściwego do wykonania orzeczenia w zakresie opłaty zryczałtowanej (§ 6) wynika z dodania w Prawie o adwokaturze art. 95ł ust. 1a, przewidującego wyłączne uprawnienie dziekanów okręgowych rad adwokackich w zakresie wykonywania orzeczeń dyscyplinarnych.

Rozwiązaniem dotąd nieznanym postępowaniu dyscyplinarnemu jest przyznanie prawomocnemu orzeczeniu w zakresie kary pieniężnej oraz kosztów postępowania mocy tytułu egzekucyjnego w rozumieniu art. 777 Kodeksu postępowania cywilnego (art. 95ł ust. 1b i 1c). Klauzulę wykonalności nadawał będzie orzeczeniu sąd rejonowy właściwy ze względu na siedzibę sądu dyscyplinarnego, który wydał to orzeczenie. Orzeczenie podlegać będzie wykonaniu w drodze egzekucji. W postępowaniu egzekucyjnym czynności przewidziane dla wierzyciela podejmować będzie dziekan okręgowej rady adwokackiej tej izby, której ukarany był członkiem w dacie uprawomocnienia się rozstrzygnięcia w zakresie kary pieniężnej oraz kosztów postępowania dyscyplinarnego. Dotychczasowa praktyka w tym zakresie była niespójna i problematyczna. Sięgano po takie rozwiązania, jak dochodzenie orzeczonych kar i kosztów na drodze postępowania cywilnego, wszczynanie kolejnych postępowań dyscyplinarnych z powodu ich nieuiszczenia albo też spuszczano zasłonę milczenia na fakt niespektowania przez ukaranych prawomocnych orzeczeń. Wprowadzona zmiana winna przyczynić się w sposób znaczący do wzrostu

sprawności oraz efektywności postępowania wykonawczego w zakresie orzeczonych kar pieniężnych i kosztów postępowania.

Nowela z 26 czerwca 2014 r., regulując konsekwencje orzeczenia kary dyscyplinarnej wydalenia z adwokatury, zmieniała także art. 95ł ust. 4 ustawy. Pomijając zmiany o charakterze językowym, ustaliła termin usunięcia wzmianki o ukaraniu karą wydalenia z adwokatury na 15 lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia dyscyplinarnego orzekającego tę karę w stosunku do adwokata oraz 7 lat i 6 miesięcy w stosunku do aplikanta adwokackiego. Dotychczas obowiązująca regulacja przewidywała, że nie usuwa się wzmianki o karze wydalenia z adwokatury.

### ODPOWIEDNIE STOSOWANIE W POSTĘPOWANIU DYSCYPLINARNYM ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW K.P.K.

Na tzw. „lipcową”<sup>49</sup> nowelizację k.p.k. składają się obecnie: ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>50</sup>, dotychczas zmieniona już dwukrotnie<sup>51</sup>, oraz nieogłoszona jeszcze w czasie przygotowywania tego tekstu ustawa z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>52</sup>, która zawiera między innymi istotną nowelizację k.p.k., jak i ustawy zmieniającej z 27 września 2013 r.

W sprawach nieuregulowanych w ustawie Prawo o adwokaturze przepisy Kodeksu postępowania karnego stosowane są w postępowaniu dyscyplinarnym odpowiednio (art. 95n pkt 1 ustawy). Oznacza to, że zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym przepisu k.p.k. wymaga łącznego spełnienia dwóch

<sup>49</sup> Nazwa nawiązująca do daty wejścia w życie zmienionych przepisów k.p.k., przewidzianej na dzień 1 lipca 2015 r.

<sup>50</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 1247.

<sup>51</sup> Ustawa z dnia 10 października 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 1556), ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz.U. z 2015 r. poz. 21).

<sup>52</sup> [http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/2024\\_u/\\$file/2024\\_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/2024_u/$file/2024_u.pdf)

warunków: (1) stwierdzenia braku przepisu regulującego instytucję lub kwestię proceduralną w ustawie adwokackiej, (2) zastosowania w postępowaniu dyscyplinarnym przepisu k.p.k. „odpowiednio”, co oznacza, że przepis pierwotnie odnoszący się do innej, wyraźnie uregulowanej sytuacji wymaga dostosowania (modyfikacji) ze względu na różnice zachodzące między dwoma abstrakcyjnie określonymi obszarami jego funkcjonowania. Odpowiednie stosowanie przepisów podzielić można na trzy kategorie. Do pierwszej zaliczone zostaną sytuacje, gdy dane przepisy prawa zostaną zastosowane bez żadnej zmiany w jego dyspozycji. W drugiej kategorii znajdują się przepisy mogące być zastosowane po dokonaniu określonej modyfikacji, wynikającej z odmiennego charakteru postępowania, w którym mają być stosowane. Kategoria trzecia obejmie przepisy, które nie będą stosowane, ze względu na ich bezprzedmiotowość lub sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miałyby być stosowane odpowiednio<sup>53</sup>.

Zasadniczym punktem odniesienia dla odpowiedniego stosowania znowelizowanych przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym są odmienne modele postępowania dowodowego opisane w zmienionych art. 86a ust. 2 ustawy oraz art. 167 § 1 k.p.k. Postępowanie dyscyplinarne oparte zostało jednoznacznie na zasadzie tzw. prawdy materialnej, przy braku ograniczenia organów je prowadzących w zakresie możliwości przeprowadzania dowodów z urzędu na którymkolwiek etapie postępowania. Oznacza to, że wobec przyjętego w ustawie uregulowania zasad postępowania dowodowego w postępowaniu dyscyplinarnym bez wątplenia nie znajdują zastosowania znowelizowane: (1) art. 167 § 1, zakładający

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z urzędu tylko w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami<sup>54</sup>, (2) art. 171 § 2, ograniczający możliwość zadawania pytań przez członków składu orzekającego osobie przesłuchiwanej w ramach dowodu przeprowadzanego przez stronę do wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, (3) art. 427 § 4 i art. 447 § 5 w zakresie, w jakim przewidują niedopuszczalność podniesienia w środku odwoławczym zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie ani zarzutu naruszenia przepisów dotyczących aktywności sądu przy przeprowadzaniu dowodów, w tym również przeprowadzenia dowodu poza zakresem wniosku, (5) art. 433 § 1 w zakresie, w jakim pozostaje on w sprzeczności z art. 95h ustawy Prawo o adwokaturze, przewidującym, że w postępowaniu odwoławczym bierze się z urzędu pod rozwagę naruszenie prawa materialnego oraz rażąco naruszenie przepisów o postępowaniu.

Wątpliwość zasadniczej natury budzi nadto możliwość stosowania w postępowaniu dyscyplinarnym znowelizowanego art. 80a k.p.k., przewidującego wyznaczenie obrońcy z urzędu na wniosek obwinionego. Jeśli wziąć pod uwagę cel nowelizacji k.p.k. w postaci zagwarantowania każdemu oskarżonemu prawa do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej oraz specyfikę postępowania dyscyplinarnego, w którym obwinionymi są wyłącznie prawnicy uprawnieni do pełnienia funkcji obrońców sądowych, przeniesienie na grunt postępowania dyscyplinarnego instytucji obrony z urzędu na wniosek nie znajduje uzasadnienia.

<sup>53</sup> W. Koziulewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 70–71.

<sup>54</sup> Zauważyć jednocześnie należy, że znowelizowany art. 167 § 2 k.p.k. przewiduje, że w postępowaniu przygotowawczym (odpowiednio w dochodzeniu dyscyplinarnym) dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie, co nie wyłącza prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego. Przyjąć zatem należy, że znowelizowane przepisy Prawa o adwokaturze oraz k.p.k. nie pozostają ze sobą w fundamentalnym konflikcie w zakresie reguł postępowania dowodowego na etapie dochodzenia dyscyplinarnego.

Brak jest przeciwwskazań, by pozostałe przepisy znowelizowanego k.p.k., z wyłączeniem bezprzedmiotowych lub zbędnych z uwagi na model i funkcję postępowania dyscyplinarnego, mogły być stosowane w tym postępowaniu odpowiednio, bez żadnej zmiany w ich dyspozycji bądź po modyfikacji wynikającej z odmiennego charakteru postępowania dyscyplinarnego.

### ODPOWIEDNIE STOSOWANIE W POSTĘPOWANIU DYSCYPLINARNYM PRZEPISÓW ROZDZIAŁÓW I-III K.K.

Zmianą o fundamentalnym dla postępowania dyscyplinarnego znaczeniu jest wprowadzenie możliwości odpowiedniego stosowania, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, przepisów rozdziałów I-III Kodeksu karnego (art. 95n pkt 2). Przyznanie sądom dyscyplinarnym możliwości stosowania podstawowych instytucji prawa karnego materialnego jest spełnieniem postulatu podnoszonego od lat w wypowiedziach doktryny<sup>55</sup> i orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>56</sup>.

Prawo o adwokaturze, w przepisach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej, zawiera jedynie szcążkowe regulacje prawa materialnego. Tymczasem instytucje takie, jak zasady odpowiedzialności, definicja czynu, przewinienia i jego elementów, czyn ciągły, formy stadialne i zjawiskowe popełnienia przewinienia, okoliczności wyłączające odpowiedzialność dyscyplinarną, muszą być i są obecne w postępowaniu dyscyplinarnym. Dotychczas przyjęcie podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu karnego w kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej było przedmiotem dyskusji. Z jednej strony podawano

w wątpliwość dopuszczalność stosowania k.k. w postępowaniach nieprzewidujących takiego odesłania. Z drugiej dopuszczano stosowanie przepisów k.k. w drodze analogii, podnosząc, że jej zakaz w prawie karnym dotyczy rozwiązań wewnątrzsystemowych, a nie stosowania dla wypełnienia luk rzeczywistych innych regulacji. Wskazywano także art. 116 k.k. jako podstawę stosowania w postępowaniu dyscyplinarnym przepisów prawa karnego materialnego, choć przepis ten dotyczy wyłącznie odpowiedzialności o charakterze karnym. Przyjęte rozwiązanie kończy dyskusję na temat podstaw odpowiedniego stosowania przepisów k.k. w postępowaniu dyscyplinarnym. Wydaje się być zabiegiem efektywniejszym niż wprowadzenie do Prawa o adwokaturze rozwiązań, które byłyby mniej lub bardziej udaną próbą przeniesienia instytucji k.k. na grunt odpowiedzialności dyscyplinarnej. Przepisy prawa karnego materialnego stosowane będą w postępowaniu dyscyplinarnym analogicznie jak przepisy k.p.k., „odpowiednio”.

### PRZEPISY INTERTEMPORALNE

Artykuł 10 ustawy z 26 czerwca 2014 r., zmieniającej przepisy Prawa o adwokaturze w zakresie dotyczącym kary wydalenia z adwokatury oraz usuwania wzmianki o ukaraniu, nakazuje stosowanie do postępowań dyscyplinarnych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do terminów usunięcia wzmianki przepisów dotychczasowych, chyba że przepisy w brzmieniu nadanym tą ustawą są względniejsze dla obwinionego. W praktyce oznacza to stosowanie przepisów w nowym brzmieniu, z zasady bardziej korzystnych dla zainteresowanych.

<sup>55</sup> A. Siuchniński, *Analiza porównawcza węzłowych zagadnień prawa i postępowania dyscyplinarnego w sprawach należących do kognicji Sądu Najwyższego*, (w:) *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych 2011*, Warszawa 2012, s. 321-324; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność*, s. 48-54, 425-426; R. Giętkiewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Warszawa 2013, s. 111-116; P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Gdańsk 2013, s. 194-197.

<sup>56</sup> Wyrok SN z 5 listopada 2003 r., SND 67/03; wyrok SN z 17 czerwca 2008 r., SNO 46/08; wyrok SN z 20 lipca 2011 r., SNO 31/11.

Jak wynika z treści art. 4 i 5 ustawy z 7 listopada 2014 r., do organów adwokatury i organów izb adwokackich, do rzecznika dyscyplinarnego Naczelnej Rady Adwokackiej, rzeczników dyscyplinarnych oraz ich zastępców, pełniących swoje funkcje w dniu wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe do momentu zakończenia kadencji. Oznacza to, że przepisy noweli regulujące kwestie ustrojowe (usytuowanie Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury i rzeczników dyscyplinarnych izb, umocowanie zastępców rzeczników, długość kadencji organów samorządu) wchodzić będą w życie sukcesywnie, stosownie do dat ukonstytuowania się organów wybranych przez zgromadzenia izb oraz krajowy zjazd adwokatury (art. 11 ust. 2 *in fine*).

Artykuł 6 ustawy nowelizującej przewiduje, że do postępowań dyscyplinarnych wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy i do tego czasu niezakończonych stosuje się do ich zakończenia w danej instancji przepisy dotychczasowe. Zauważyć należy, że wskazana norma dotyczy wyłącznie przepisów proceduralnych [„do postępowań dyscyplinarnych (...) stosuje się”], a nie przepisów o charakterze materialnoprawnym. Artykuł 6 wymaga dla stosowania przepisów dotychczasowych warunku wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przed dniem 25 grudnia 2014 r. i niezakończenia go przed tym dniem w danej instancji. Należy zatem zdefiniować czas wszczęcia postępowania i jego zakończenia w danej instancji na poszczególnych etapach postępowania dyscyplinarnego.

Wszczęcie dochodzenia następuje poprzez wydanie postanowienia o wszczęciu i prowadzeniu dochodzenia dyscyplinarnego (odpowiednio stosowany art. 303 k.p.k. i § 11 pkt 2 Regulaminu pracy rzeczników dyscyplinarnych). Dochodzenie jest zakończone, gdy: (1) postanowienie o umorzeniu dochodzenia wydane na podstawie § 11 pkt 2 Regulaminu i odpowiednio stosowanego art. 322 § 1 k.p.k.

stało się prawomocne<sup>57</sup>, (2) wydano postanowienie o zamknięciu dochodzenia, z którego treścią zapoznano obwinionego przez doręczenie jego odpisu i bezskutecznie upłynął termin, w którym umożliwiono obwinionemu złożenie wniosków dowodowych (§ 11 pkt 2 Regulaminu i odpowiednio stosowany art. 321 § 1 k.p.k.).

Wszczęcie postępowania przed sądem dyscyplinarnym pierwszej instancji następuje poprzez złożenie wniosku o wszczęcie postępowania przez uprawnionego oskarżyciela (art. 90 ust. 1, art. 14 § 1 k.p.k.), a zatem w dacie wpływu wniosku. Zakończenie postępowania przed sądem dyscyplinarnym pierwszej instancji następuje: (1) poprzez doręczenie z urzędu orzeczenia i postanowienia kończącego postępowanie dyscyplinarne wraz z uzasadnieniem stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości (art. 88a ust. 1), (2) poprzez doręczenie orzeczenia z urzędu stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości, przy założeniu, że nie wpłynął wniosek o sporządzenie i uzasadnienie orzeczenia (art. 88a ust. 2), (3) poprzez doręczenie orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne wraz z uzasadnieniem stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości na skutek złożenia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia (art. 88a ust. 3).

Postępowanie przed sądem dyscyplinarnym drugiej instancji (sądem dyscyplinarnym izby adwokackiej w wyniku odwołania od postanowień o odmowie wszczęcia i umorzeniu postępowania, odwołania od upomnienia dziekańskiego oraz Wyższym Sądem Dyscyplinarnym w pozostałych wypadkach) wszczęte jest w dacie wniesienia środka odwoławczego (odpowiednio stosowany art. 14 § 1 i art. 428 § 1 k.p.k.). Kontrola formalna środka odwoławczego i przesłanie go sądowi drugiej instancji są już tzw. czynnościami międzyinstancyjnymi, regulowanymi w k.p.k. w przepisach działu „Postępowanie odwoławcze”. Postępowanie drugoinstancyjne zakończone jest w dacie do-

<sup>57</sup> Ewentualne rozpoznawanie odwołania od postanowienia o umorzeniu jest czynnością sądową w dochodzeniu – odpowiednio stosowane art. 329–330 k.p.k.

ręczenia podmiotowi uprawnionemu odpisu orzeczenia lub postanowienia wraz z uzasadnieniem (art. 91 ust. 5, odpowiednio stosowane art. 98 § 1 i 2, art. 100 § 1, 2, 3 i 4 w zw. z art. 458 k.p.k.).

Wyrażona w art. 7 ustawy nowelizującej zasada, że czynności procesowe dokonane przed dniem wejścia w życie ustawy są skuteczne, jeżeli dokonano ich z zachowaniem przepisów dotychczasowych, pozwala na bezkolizyjne kontynuowanie postępowania, w sytuacji gdy znowelizowany przepis daną kwestię procesową reguluje odmiennie niż dotychczasowy. Dotyczy tak czynności procesowych stron, jak i organów procesowych.

W ustawie nowelizującej brak jest przepisów intertemporalnych odnoszących się do stosowania norm regulujących odpowiedzialność dyscyplinarną w wymiarze materialnoprawnym. Jednocześnie ustawa nowelizująca, w znowelizowanym art. 95n pkt 2, umożliwia stosowanie w zakresie nieuregulowanym przepisów rozdziałów I–III Kodeksu karnego. Kwestię powyższą rozstrzygać należy zatem przez odpowiednie stosowanie art. 4 § 1 k.k., zgodnie z zasadą stosowania ustawy nowej z zastrzeżeniem stosowania względniejszej dla sprawcy ustawy obowiązującej poprzednio. Odnosi się to do znowelizowanych przepisów dotyczących kar dyscyplinarnych oraz przedawnienia.

Pojawia się pytanie o zasady intertemporalne stosowania znowelizowanego art. 95l w zakresie, w jakim powierza on wykonanie kar dyscyplinarnych dziekanowi okręgowej

rady adwokackiej oraz przewiduje egzekucję orzeczonej kary pieniężnej oraz kosztów postępowania na podstawie tytułu wykonawczego zaopatrzonego w klauzulę wykonalności nadaną przez sąd powszechny. Postępowanie dyscyplinarne wykonawcze nie jest postępowaniem objętym regulacją zawartą w art. 6 ustawy zmieniającej, gdyż nie sposób zastosować do niego pojęcia „dana instancja”. Instancyjność jest cechą postępowania konstruuującą hierarchiczny system organów orzekających i gwarantującą, wywołane wniesieniem środka odwoławczego, uprawnienie do żądania rozpoznania sprawy przez inny organ. Wykonanie kary dyscyplinarnej nie następuje w kolejnej instancji postępowania dyscyplinarnego, ale po stwierdzeniu prawomocności i wykonalności orzeczenia. Dlatego też przyjęć należy, że przewidziana w art. 95l ust. 1a i 1b ustawy kompetencja dziekana rady adwokackiej do wykonywania kar dyscyplinarnych dotyczy także orzeczeń wydanych i niewykonanych przed dniem wejścia w życie ustawy.

Analiza zawarta w tym tekście ma charakter teoretyczny, ograniczony do próby wykładni przepisów i wskazania relacji pomiędzy nimi. Ocena rzeczywistego wpływu omówionych zmian na model postępowania dyscyplinarnego możliwa będzie po upływie czasu, kiedy nowe instytucje zafunkcjonują już w wymiarze praktycznym, wzbogacone zostaną o doświadczenie i orzecznictwo sądów dyscyplinarnych. Wtedy także możliwe będzie stwierdzenie, czy zakładane cele nowelizacji – usprawnienie i przyspieszenie postępowania – zostały osiągnięte.

## Summary

*Radosław Baszuk*

### **THE INFLUENCE OF THE AMENDMENT TO THE ADVOCATES ACT AND THE CRIMINAL PROCEDURE CODE ON THE ADVOCATES DISCIPLINARY PROCEEDINGS MODEL**

Disciplinary proceedings relating to advocates are governed by the Advocates Act and, to the extent not provided for under this law, by adequately applied provisions of the Criminal Procedure Code. The text contains the analysis of changes that were made in the Advocates Act by the

amendments of June 26, 2014 and November 7, 2014, and changes of the Criminal Procedure Code stipulated by the Act of 27 September 2013 in context of their impact on disciplinary proceedings against advocates and advocate trainees in the institutional, substantive and procedural field.

The most important issues discussed in the text include:

- Granting disciplinary prosecutors the position of bar bodies and providing them with autonomy from executive bodies (advocates' councils),
- Defining tasks of disciplinary prosecutors by a legal act,
- Applying changes to disciplinary penalties, limitation and removal of references to punishment,
- Changes in disciplinary procedure aimed at improving and speeding up proceedings,
- A new model of appeal proceedings concerning decisions of temporary suspension in professional activities,
- A new regulation on legal action costs,
- The possibility of compulsory enforcement of penalties and execution of costs of proceedings,
- Adequate application of the Criminal Code provisions regulating the principles of criminal responsibility, forms of committing a disciplinary offense and exclusion of criminal responsibility,
- Changes in enforcement proceedings,
- Intertemporal provisions.

**KEY WORDS:** responsibility for a disciplinary offense, disciplinary proceedings, disciplinary authorities, adequate application of the Criminal Procedure Code, adequate application of the Criminal Code

**POJĘCIA KLUCZOWE:** odpowiedzialność dyscyplinarna, procedura dyscyplinarna, organy dyscyplinarne, odpowiednie stosowanie Kodeksu postępowania karnego, odpowiednie stosowanie Kodeksu karnego



## PUBLICZNE ZNIEWAŻENIE ZNAKU POLSKI WALCZĄCEJ

### I. WSTĘP

Profesor Juliusz Makarewicz twierdził, że prawo karne jawi się jako „negatyw fotograficzny, malujący (...) stan cywilizacji, budowę społeczną, potrzeby i ideały danego społeczeństwa”<sup>1</sup>. Ta refleksja, w kontekście wyrażenia ideałów społecznych, uwidacznia się w niektórych działaniach legislacyjnych. Działania te zmierzać mogą bowiem do karnoprawnego zabezpieczania dóbr społecznych, stanowiących dla konkretnego narodu szczególny przedmiot – z uwagi na tradycję czy swojego rodzaju spuściznę historyczną. Prawna ochrona dóbr wyrażających wspomniane ideały uwidacznia potrzeby tego społeczeństwa, które świadomie dąży do zabezpieczania wskazanych wartości przed czynami narażającymi je w sposób bezpośredni oraz podnosi ich rangę w hierarchii dóbr chronionych. Zauważyć można niekiedy, biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę legislacyjną, że taka ochrona wcale do prawa karnego nie

musi być ograniczona<sup>2</sup>, jednak to normy prawa karnego, jako prawa *ultima ratio*, stanowią wyraz ochrony najdalej idącej. Przykładem takiej praktyki legislacyjnej jest ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o ochronie Znak Polski Walczącej<sup>3</sup> (zwana w dalszej części artykułu u.o.z.p.w.)<sup>4</sup>. Poprzez wprowadzenie do systemu prawa tejże regulacji doszło do stypizowania czynu, będącego wykroczeniem, polegającego na publicznym znieważeniu Znak Polski Walczącej<sup>5</sup> (zwanego w dalszej części artykułu ZPW). Ochrona prawna ZPW pierwotnie, według projektu sejmowego, uregulowana miała zostać w ustawie z dnia 21 stycznia 1988 r. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa (Dz.U. z 1988 r. nr 2, poz. 2). Jednakże wskutek burzliwej dyskusji w trakcie prac nad ustawą zrezygnowano z nowelizacji powyższego aktu, a ochrona ZPW przyjęła postać odrębnej ustawy przewidującej karnoprawne zabezpieczenie ZPW<sup>6</sup>. Zaznaczyć należy, że ustawa ta jest aktem bardzo lakonicznym, jednakże jej ładunek społeczny i kontekst

<sup>1</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów 1924, s. 1.

<sup>2</sup> Przykładem mogą tu być ustawy np. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina.

<sup>3</sup> Dz.U. z 2014 r. poz. 1062.

<sup>4</sup> Początkowo prawna ochrona ZPW wprowadzona miała zostać na gruncie ustawy o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, jednak w toku prac legislacyjnych doszło do zmiany koncepcji ochrony ZPW i uchwalenia odrębnej ustawy. Zob. historia prac legislacyjnych – druk sejmowy nr 1492: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1492>

<sup>5</sup> Znak Polski Walczącej w postaci litery „P” i umieszczonej pod nią litery „W” prawdopodobnie wyłoniony został w ramach konkursu na symbol walki Polskiego Państwa Podziemnego. Konkurs ten zorganizowano w ramach struktury podziemnej w roku 1942 w okupowanej przez Niemcy hitlerowskie Warszawie. Wynik konkursu ogłoszono za pośrednictwem „Biuletynu Informacyjnego” z 16 kwietnia 1942 r. Niestety nie jesteśmy w stanie wskazać, kto jest autorem ZPW. Najprawdopodobniej autorką ZPW jest druhna Anna Smoleńska ps. Hanka oraz jej towarzyszki z drużyny. Pewne jest natomiast, że Hanka przekazała wzór symbolu w czasie wspomnianego konkursu. Niemniej jednak wskazuje się, że ZPW zakorzeniony jest w tradycji wykorzystywania symbolu kotwicy. Symbol taki używany był podczas powstania styczniowego, co może skłaniać do poszukiwania korzeni ZPW w czasach poprzedzających okupację hitlerowską, zob. L. J. Welker, *Symbolika Znaków Polski Walczącej*, Toruń 2000, s. 54.

<sup>6</sup> W tym zakresie warto odesłać czytelnika do dokumentów znajdujących się na oficjalnych stronach interne-

wprowadzenia pozwalają sformułować kilka tez. W zakresie rzeczywistych potrzeb polityki kryminalnej penalizowanie wspomnianego zachowania nie ma większego znaczenia z uwagi na istnienie odrębnych typów czynów zabronionych godzących w znaki państwowe, określone osoby czy środowiska. Zasadnicza wartość u.o.z.p.w. pojawia się w momencie analizy jej brzmienia w kontekście świadomości społecznej i historycznej. Uchwalenie tej ustawy jest przejawem symbolicznej penalizacji, zmierzającej do prawnego zaakcentowania znaczenia ZPW w historii narodu polskiego i jego walki wyzwolenczej z okupantem podczas II wojny światowej<sup>7</sup>. Mimo że idea takiej penalizacji jest całkowicie uzasadniona, to praktyczne stosowanie norm określonych w tejże ustawie może być utrudnione. Trudności te stanowią przedmiot niniejszego artykułu.

## II. ZNAK POLSKI WALCZĄCEJ NA TLE OCHRONY ZNAKÓW PAŃSTWOWYCH. PROBLEMATYKA ZBIEGU IDEALNEGO PRZESTĘPSTWA Z ART. 137 § 1 K.K. Z WYKROCZENIEM Z ART. 3 UST. 1 U.O.Z.P.W.

Znaki państwowe znajdują się pod szczególną ochroną państwa. Podstawę takiej ochrony stanowią normy rangi konstytucyjnej oraz ustawowej<sup>8</sup>. Przykładem takiej ochrony jest krymi-

nalizacja czynu polegającego na znieważeniu, niszczeniu, uszkodzeniu lub usuwaniu godła, sztandaru, chorągwi, bandery, flagi lub *innego znaku państwowego*, tj. art. 137 § 1 k.k. Wskazać należy, że nie ma ustawowej definicji pojęcia „znak państwowy”. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę głosy doktryny w tym zakresie, powinniśmy zaakceptować ten termin na gruncie systemu prawa i rozumieć go jako szczególny znak, symbolizujący określone ideały państwowe, który usankcjonowany został w przepisach powszechnie obowiązującego prawa<sup>9</sup>. Mimo że powszechnie akceptowana jest obecność takich znaków w porządku prawnym oraz ich karnoprawna ochrona, trudno odpowiedzieć na pytanie o *ratio legis* istnienia ochrony prawnej takich symboli na gruncie prawa karnego. Profesor Janina Wojciechowska uważała, że zamach na znak państwowy (jego znieważenie) powoduje znieważenie uczuć ludzi, którzy żywili lub żywią szacunek do takich symboli<sup>10</sup>. Cezary Kulesza uważa, że ochrona znaku państwowego jest w istocie ochroną nośnika określonego ładunku państwowego<sup>11</sup>. Obie koncepcje wydają się znajdować uzasadnienie. Z jednej strony w momencie znieważenia określonego znaku państwowego dochodzi do obrazu uczuć określonej grupy osób. Niekiedy może być to grupa bardzo obszerna, niekiedy zawężona do określonego środowiska (np. żołnierze określonej jednostki wojskowej wobec znieważenia symbolu tej jednostki). Z drugiej strony karno-

towych Sejmu RP dotyczących procesu legislacyjnego, zob. m.in.: Stanowisko RM z 2 października 2014 r., DSPA-140-128(5)/13; Sprawozdanie podkomisji nadzwyczajnej o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy o Radzie Ochrony Pamięci Walki i Męczeństwa z 28 maja 2014 r., druk sejmowy nr 1492.

<sup>7</sup> Tutaj niepokojące wydawać może się marginalizowanie przez ustawodawcę kwestii korzystania ze ZPW przez osoby walczące z okupantem sowieckim, np. przez Żołnierzy Wyklętych, jednak problem ten poruszony został podczas prac legislacyjnych. Zwrócono uwagę na brak dostatecznych badań potwierdzających taką tezę, zob. pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Kultury i Środków Przekazu z 29 maja 2014 r., druk sejmowy nr 1492.

<sup>8</sup> Między innymi ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych, tekst jedn. z 2 listopada 2005 r., Dz.U. z 2005 r. nr 235, poz. 2000.

<sup>9</sup> Zdaniem C. Kuleszy inny znak państwowy to jedynie taki znak, który na mocy przepisów powszechnie obowiązujących w państwie będzie uznany za symbolizujący państwo, C. Kulesza, *Komentarz do art. 137 k.k., (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.

<sup>10</sup> J. Wojciechowska, *Komentarz do art. 137 k.k., (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010; podobnie L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2012, s. 212.

<sup>11</sup> Zob. C. Kulesza, *Komentarz do art. 137 k.k., (w:) Kodeks karny*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 października 2008 r., II AKz 777/08, KZS 2009, z. 7–8, poz. 72.

prawna ochrona konkretnego znaku ma swoje głębokie społeczne uzasadnienie. Częstokroć naruszenie określonego znaku, np. flagi państwowej, prowadzić może do obrazy majestatu państwowego, co godzi w ogół społeczeństwa czy w naród. Znak taki stanowi nośnik, który jest przecież wyrazem nie tylko tożsamości danej grupy, ale stanowić może również określoną spuściznę historyczną danego narodu<sup>12</sup>.

Znak Polski Walczącej w odniesieniu do powyższych rozważań zasługuje na miano znaku państwowego. Po pierwsze, powszechnie akceptowalne wydaje się uznanie ZPW za symbolizujący określone ideały państwowe. Po drugie, ochrona ZPW usankcjonowana została w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. Niemniej jednak przyjęcie takiego stanowiska może powodować pewne problemy na gruncie prawa karnego.

Rozumienie ZPW jako znaku państwowego każe zadać pytanie o ewentualny zbieg przestępstwa określonego w art. 137 § 1 k.k. i wykroczenia z art. 3 u.o.z.p.w. Przepis art. 137 § 1 k.k. przewiduje karalność zachowania polegającego na publicznym znieważeniu określonych znaków państwowych. Katalog tych znaków nie jest katalogiem zamkniętym. Świadczy o tym odwołanie się przez ustawodawcę do ochrony *innego znaku państwowego* przed określonym w przepisie zachowaniem. Spełnienie przez dany znak kryterium *innego znaku państwowego* wymusza karnoprawną ocenę zachowania sprawcy, dopuszczającego się publicznego znieważenia takiego znaku. Jeśli więc uznamy ZPW za *inny znak państwowy*, to w sytuacji gdy czyn sprawcy polegać będzie na umyślnym znieważaniu ZPW, dojdzie do zbiegu idealnego<sup>13</sup> przepisu art. 137 § 1 (przestępstwo) z przepisem art. 3

ust. 1 u.o.z.p.w. (wykroczenie) – określonego w art. 10 § 1 k.w.

Zbieg idealny w kontekście analizowanych w artykule unormowań ocenić należy jako wysoce prawdopodobny. Być może rozwiązania problemu należy poszukiwać w treści art. 61 § 1 pkt 1 k.p.w., ewentualnie skorzystać można z możliwości wykluczenia zbiegu przepisów na podstawie kryterium oceny społecznej szkodliwości ocenianej *in concreto*, dopuszczając tym samym istnienie czynu przepołozonego.

### III. POWSZECHNOŚĆ UŻYCIA ZPW A GROŹBA KARY

Dyskusja nad modelem ochrony prawnej ZPW zakorzeniona była w problematyce powszechności użycia symbolu Kotwicy Walczącej. Niektóre grupy społeczne w Polsce na etapie prac legislacyjnych zgłaszały postulaty pod adresem projektodawcy, aby nie regulować ochrony znaku w modelu ochrony dóbr osobistych, co według niektórych uniemożliwiłoby nieograniczone korzystanie ze ZPW<sup>14</sup>. Mimo ostatecznego przyjęcia ochrony ZPW na gruncie prawa wykroczeń stosowanie nowych przepisów w zakresie używalności znaku może być utrudnione. Problemem okazać może się wielość ocen konkretnych zachowań polegających na bezpośrednim użyciu ZPW oraz ocen zachowań godzących w inne dobra prawem chronione, niezwiązane bezpośrednio ze ZPW, jednak pośrednio mogące doprowadzić do publicznego znieważenia ZPW.

Obecnie zauważalne jest wykorzystanie ZPW nienawiązujące bezpośrednio do symboliki związanej z jego tradycyjnym znaczeniem. Częstokroć użycie ZPW wiąże się z manifestacją przy-

<sup>12</sup> Podobnie T. Sroka, *Kodeks karny. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2014, komentarz orzecznicy do art. 137 k.k.

<sup>13</sup> W przedmiocie zbiegu idealnego przestępstwa i wykroczenia doktryna sformułowała wiele uwag, w szczególności związanych z możliwością naruszenia zasady *ne bis in idem*, zob. m.in. wniosek RPO do Trybunału Konstytucyjnego w celu zbadania konstytucyjności art 10 k.w.: [http://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do\\_TK\\_ws\\_idealnego%20zbiegu\\_wykroczenia\\_z\\_przestepstwem.pdf](http://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_TK_ws_idealnego%20zbiegu_wykroczenia_z_przestepstwem.pdf) (dostęp: 18 grudnia 2014 r.); S. Waltoś, *Konsekwencje prawne zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w czynnie społecznie niebezpiecznym*, PiP 1970, z. 11; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2012, s. 72.

<sup>14</sup> [http://wyborcza.pl/1,76842,14211117,Znak\\_Polski\\_Walczacej\\_pod\\_ochrona\\_Kibice\\_Nikt\\_nam.html](http://wyborcza.pl/1,76842,14211117,Znak_Polski_Walczacej_pod_ochrona_Kibice_Nikt_nam.html)

wiązania do określonych tradycji narodowych czy określonych grup społecznych<sup>15</sup>. W niektórych przypadkach trudno jest określić znaczenie wykorzystania ZPW, gdy np. utrwalony jest na różnego rodzaju obiektach w miejscach publicznych (nie wiemy, co autor czy autorzy mieli na myśli w momencie utrwalania ZPW). Pewne jest natomiast, że w niektórych sytuacjach użycie ZPW nie jest powszechnie akceptowalne lub nie można dokonać prostej oceny zachowania. W kontekście analizowanej regulacji stwierdzić należy, że jedynie zachowanie polegające na publicznym znieważaniu tego znaku prowadzić może do negatywnej oceny, która dokonana zostanie przez pryzmat odpowiedzialności karnej. Według Sądu Apelacyjnego w Katowicach<sup>16</sup>, który dokonał wykładni pojęcia „znieważenie” na gruncie art. 137 § 1 k.k.: „znieważenie oznacza takie zachowanie, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen społecznych stanowi wyraz pogardy, ośmieszenia czy uwłaczania wskazanej w art. 137 § 1 k.k. symbolice państwowej, dyskredytujące w zamierzeniu sprawcy określone wartości związane z trwałością Państwa, jako pewnej organizacji. Przykładowo do takich zachowań zaliczyć należy szydzenie, podeptanie, oplucie flagi państwowej”. Zdaniem Magdaleny Budyn-Kulik znieważenie polega na demonstracyjnym lekceważeniu jakiegoś przedmiotu<sup>17</sup>. Natomiast publiczne znieważenie rozumiane będzie jako znieważenie dokonane w miejscu publicznym lub w takich warunkach, że przestępne działanie może być spostrzeżone przez większą, bliżej nieokreśloną liczbę osób<sup>18</sup>. W przedmiocie rozumienia pojęcia

„publiczne znieważenie” Andrzej Marek dostrzegł, że chodzi tutaj o znieważające zachowanie występujące za pośrednictwem mass mediów, a także na otwartych, dostępnych dla publiczności zebraniach (zgromadzeniach, wiecach itp.). Zdaniem A. Marka nie może być karalne znieważenie występujące w zamkniętym gronie, wobec pojedynczych osób. Zauważa się również, że czynność sprawcy polegająca na publicznym znieważeniu cechuje się zamiarem bezpośrednim. Działanie takie traktowane musi być jako intencjonalne, którego celem jest wyrażenie pogardy lub lekceważącego stosunku do jakiegoś przedmiotu<sup>19</sup>. Dlatego też w kontekście niniejszego artykułu przyjęć należy, że znieważeniem publicznym ZPW będzie zachowanie polegające na celowym wyrażeniu pogardy, ośmieszenia, uwłaczania czy innego rodzaju zachowania godzącego w wartości symbolizowane przez Znak Polski Walczącej, a zachowanie to podjęte będzie w miejscu szeroko dostępnym dla zebranej publiczności. W praktyce jednak trudno będzie ustalić charakter zachowań podjętych przy użyciu ZPW, kiedy np. określona grupa w bezpośredni sposób nie dokona czynności opisanych powyżej, a jednocześnie przypisać można będzie określonym osobom wchodzącym w skład tej grupy innego rodzaju naruszenia porządku publicznego, np. szykanowanie jakiejś osoby czy osób. Przykład taki nie jest trudny do wyobrażenia, jeśli się weźmie za podstawę takiego twierdzenia dostarczane częstokroć przykłady ze zgromadzeń publicznych, wieców, meczów piłkarskich<sup>20</sup>. Tutaj prawnym problemem będzie ocena zachowania sprawcy czy sprawców w kontekście znieważe-

<sup>15</sup> Wykorzystanie ZPW powszechne jest jako np. nadruk na koszulkach czy innych rodzajach garderoby, jako część tzw. „opraw” przygotowywanych przez kibiców.

<sup>16</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 29 października 2008 r., II Akz 777/08, LEX nr 470962.

<sup>17</sup> M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 137 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 6, Warszawa, Wolters Kluwer 2014.

<sup>18</sup> A. Marek, *Komentarz do art. 133 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, wyd. 5, Warszawa, Wolters Kluwer 2010.

<sup>19</sup> Por. A. Marek, *Komentarz do art. 137 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek.

<sup>20</sup> Przykładem takiego zachowania może być fakt użycia ZPW jako motywu tzw. oprawy na meczu piłki nożnej. Sam fakt użycia ZPW w celu oddania hołdu bohaterom jest oczywiście słuszny i oceniany winien być jednoznacznie pozytywnie. Jednak późniejsze wyzwiska czy wulgaryzmy pochodzące z tej samej trybuny, na której widniał czy widnieje ZPW, nie powinny zostać zaakceptowane. Mimo wszystko należy oddzielać od siebie te dwa zdarzenia,

nia publicznego ZPW. Trudno jednak osobom takim w zakreślonej sytuacji postawić zarzut działania w zamiarze bezpośrednim znieważenia ZPW. Podobnym przykładem, jednakże odwrotnym, może być sytuacja, w której określona osoba może stanowić przedmiot ataku sprawcy (przykładowo art. 157 § 2 k.k.), będąc przy tym ubrana w koszulkę czy inną część garderoby z nadrukowanym ZPW. W takiej sytuacji wyda się, podobnie jak w przykładzie powyższym, że aby przypisać sprawcy wykroczenie z art. 3 u.o.z.p.w. (lub przestępstwo z art. 137 § 1 k.k.), należałoby przypisać mu zamiar bezpośredni dokonania znieważenia ZPW, bacząc przy tym, aby takie znieważenie miało publiczny charakter.

#### IV. ZAKOŃCZENIE

Wskazać należy, że penalizację zachowania polegającego na publicznym znieważeniu Znak Polski Walczącej określić można mianem penalizacji symbolicznej. *Ratio legis* analizowanej regulacji to historyczny i społeczny odbiór symbolu, nierozzerwalnie kojarzonego z krwawymi walkami o wolność Rzeczypospolitej podczas II wojny światowej. W świetle

polityki kryminalnej państwa wprowadzenie przedmiotowej ochrony nie odgrywa większego znaczenia. Niemniej jednak ustawa spowodować może liczne problemy w zakresie jej stosowalności. W obliczu uznania ZPW za znak państwowy dojść może do krzyżowania się norm prawa karnego i prawa wykroczeń. Możliwość idealnego zbiegu przepisów k.k. i u.o.z.p.w. prowadzić może do naruszenia zasady *ne bis in idem*, gdy o ten sam czyn sąd zdecyduje się prowadzić postępowanie karne *sensu stricto* i postępowanie w sprawie o wykroczenie. Ponadto problem w zakresie stosowania ustawy stanowić może powszechna używalność ZPW, w szczególności używalność nie wpisująca się w tradycyjne rozumienie ZPW. Wskazać jednak należy, że w zakresie działań ogólnospołecznych wymagane jest położenie akcentów na działalność propagującą historyczne znaczenie ZPW. W tym kontekście ważną normą analizowanej ustawy jest przepis art. 2 u.o.z.p.w., który statuuje prawo i obowiązek otaczania czcią ZPW. W związku z tym należy podjąć niezbędne czynności zmierzające do zaakcentowania rzeczywistego znaczenia ZPW w historii narodu polskiego, ze szczególnym uwzględnieniem działalności edukacyjnej.

gdyż w zachowaniach konkretnych osób zasiadających na trybunie nie można doszukać się zamiaru bezpośredniego publicznego znieważenia ZPW.

#### Summary

Bartosz Kędziński

#### FIGHTING POLAND SIGN – PUBLIC INSULTS PROBLEM

In the following article the author describes the problem of Fighting Poland Sign public insults criminalization. The author believes that these provisions are an example of symbolic criminalization. This sign is a symbol of the Polish nation fight during World War II. However, indicated law may introduce numerous problems to polish criminal law. First is possibility of ideal concurrence of offences. Second is widespread usage of that symbol.

**KEY WORDS:** offence, public insults, state sign, symbolic criminalization, ideal concurrence of offences

**POJĘCIA KLUCZOWE:** publiczne znieważenie, Znak Polski Walczącej, znak państwowy, zbieg idealny przestępstwa i wykroczenia, wykroczenie, symboliczna penalizacja

## CZYNNY ŻAL SPRAWCY USIŁOWANIA (cz. 1)

I. Zgodnie z art. 13 § 1 k.k.<sup>1</sup> odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Zasadniczo więc ten, kto wypełnił znamiona wskazane w przywołanym przepisie, w powiązaniu ze znamionami wynikającymi z przepisu części szczególnej Kodeksu karnego statuującego określony typ czynu zabronionego, popełnia przestępstwo (w formie stadialnej) i podlega karze wymierzonej według zasad określonych w art. 14 k.k. Dotyczy to tak usiłowania zwykłego (udolnego), jak i usiłowania nieudolnego<sup>2</sup>.

Kodeks karny przewiduje jednak sytuacje, w których sprawca usiłowania nie zostanie ukarany albo jego kara będzie mogła być nadzwyczajnie złagodzona. Sytuacje te zostały opisane w art. 15 oraz 23 k.k. Zgodnie z § 1 art. 15: „Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego”, natomiast zgodnie z § 2: „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego”. Przepis art. 23 k.k. odnosi się do kwestii usiłowania w przypadku współdziałania przestępczego.

Zgodnie z nim: „Nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego” (§ 1), oraz: „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do współdziałającego, który dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego” (§ 2).

Wskazane sytuacje określa się w języku prawniczym (ale nie prawnym) mianem „**czynnego żalu**”<sup>3</sup>. Posługując się nazwą „czynny żal”, trzeba mieć na względzie, że nie można z niej wyprowadzać wniosków co do charakteru omawianej instytucji. W jej bowiem ramach możemy mieć do czynienia zarówno z działaniem, jak i zaniechaniem (wskazuje to na nieadekwatność przymiotnika „czynny”). Poza tym rzeczownik „żal” mógłby sugerować, że dobrodziejstwa dla sprawcy usiłowania są uzależnione od moralnie dodatniej oceny jego zachowania.

Nie wdając się tutaj w szczegółowe rozważania na temat racjonalizacji omawianej instytucji prawnokarnej, należy stwierdzić, że u podłoża łagodniejszego traktowania sprawcy usiłowania, który wykazał czynny żal, leżą **względny kryminalnopolityczne** (użytecznościowe, celowościowe). Obrazowo ujął to A. Feuerbach, wskazując, że „jeżeli państwo nie zezwoli na bezkarne żalowanie już wykonanego czynu,

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 ze zm.).

<sup>2</sup> Zob. jednak szczególne unormowanie art. 14 § 2 *in fine* k.k.

<sup>3</sup> Nie jest to jednak stanowisko powszechne; co do zakresu pojęcia „czynny żal” zob. D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984, s. 51–54 oraz M. Klepner, *Klauzule bezkarności w polskim prawie karnym*, „Palestra” 2001, nr 9–10, s. 38. Historycznie rzecz ujmując, to, co dziś nazywamy czynnym żalem, odnosiło się tylko do odstąpienia od dokonania. Już głośa do 5 Lex, tytułu 3, księgi I kodeksu Justyniana wyróżniała dwa przypadki usiłowania w kontekście karygodności takiego czynu. Pierwszy przypadek polegał na tym, że sprawca nie chciał osiągnąć zamierzonego wcześniej skutku przestępczego (*quia noluit*) – było to usiłowanie zaniechane, które nie powinno podlegać karze; natomiast drugi – na tym, że sprawca owego skutku nie mógł osiągnąć (*quia non potuit*) – usiłowanie zatamowane, które jest karygodne (zob. E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstwa*, Warszawa 1884, s. 170). Podział ten pełni do dziś istotną rolę przy rozgraniczaniu usiłowań karalnych i bezkarnych.



to zmusza ono niejako do dokonania przestępstwa. Gdyż nieszczęśnik, który dopuścił się usiłowania, wiedziałby, że już zasłużył na karę, że nie może niczego wielkiego zyskać, okazując żal, a dokonując czynu, niczego znaczącego nie przegra<sup>4</sup>. Prawo karne pełni określone funkcje społeczne, ma ono swój cel – regulowanie życia społecznego, w tym zapobieganie popełnianiu przestępstw i zmniejszanie ich skutków<sup>5</sup>. Konstrukcja czynnego żalu pełni więc funkcję prewencyjną<sup>6</sup>. Korzyści, jakie płyną z nieukarania sprawcy, który dobrowolnie odstąpił od dokonania albo dobrowolnie zapobiegł skutkowi przestępnemu, są z punktu widzenia społeczeństwa dużo większe aniżeli korzyści wynikające z wymierzenia kary sprawcy, który czynu zabronionego dokonał.

**Przesłanki zastosowania instytucji czynnego żalu przy usiłowaniu można podzielić**

<sup>4</sup> A. Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für Chur-Pfalz Bayerischen Staaten*, część II, Giessen 1804, s. 103 (podaję za: A. Spotowski, *O odstąpieniu od usiłowania*, PiP 1980, z. 6, s. 87–88). Podobnie pisał S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868, s. 175–176. Wcześniej zwrócił na to uwagę C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 192. Omawiane uzasadnienie instytucji czynnego żalu pojawiło się w polskim piśmiennictwie na tle Kodeksów karnych z 1932, 1969 oraz 1997 r. Zob. m.in. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 306–307; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 273; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 366; K. Mioduski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Warszawa 1977, s. 57; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 220; S. Leleental, (w:) *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, J. Waszczyński (red.), Łódź 1992, s. 280–281; A. Wąsek, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, O. Górniok i inni, Gdańsk 2005, s. 225–226; M. Mozgawa, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), Kraków 2007, s. 50; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 241; A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, s. 222; G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 298; J. Giezek, (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, M. Bojarski (red.), Warszawa 2010, s. 224; R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011. Zauważyć trzeba, że również w orzecznictwie zwraca się uwagę na aspekt polityki kryminalnej w odniesieniu do instytucji czynnego żalu. Zob. wyrok SN z 5 stycznia 1973 r., III KR 258/72, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 92. Byli jednak i tacy przedstawiciele doktryny, którzy wykazywali, że względy utylitarne nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia bezkarności sprawcy. Zob. M. Szerer, „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania, „Nowe Prawo” 1977, nr 5, s. 629–632, a także A. Spotowski, *O odstąpieniu*, s. 87–94.

<sup>5</sup> Zob. D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 43.

<sup>6</sup> D. Gajdus (tamże, s. 70–82) obok funkcji prewencyjnej wymienia także funkcję wychowawczą, kompensacyjną, sprawiedliwościową i depenalizacyjną. Krytyczne spojrzenie na temat funkcji i polskiej konstrukcji czynnego żalu przedstawiła O. Sitarz, *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*, Archiwum Kryminologii, tom XXXI/2009, s. 159–172.

<sup>7</sup> W wyroku z 20 listopada 2007 r. (III KK 254/07, „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 8, s. 6) SN stwierdził, że „badając, czy oskarżony dobrowolnie odstąpił od dokonania zabójstwa, sąd odwoławczy trafnie przyjął, że kwestię tę można rozstrzygnąć jedynie po ustaleniu, czy w grę wchodzi usiłowanie zakończone, czy też usiłowanie niezakończone, jako że odstąpienie, w tym dobrowolne, jest możliwe tylko w tym drugim wypadku. (...) Przy ocenie usiłowania należy uwzględnić ocenę sytuacji faktycznej przez sprawcę w chwili zakończenia zamierzonych czynności”. W odniesieniu do usiłowania, na które składało się kilka faz, SN w wyroku z 29 września 1986 r. (I KR 334/86, OSNPG 1987, nr 8, poz. 96) słusznie wskazał, że „do zastosowania dobrodziejstwa z art. 13 § 1 k.k. [obecnie art. 15 § 1 k.k. – przyp. P.P.]

na dwie grupy. Przesłankami (znamionami) przedmiotowymi są: 1) odstąpienie od dokonania, 2) zapobieżenie skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego oraz 3) starania o zapobieżenie. Przesłanką podmiotową jest dobrowolność, która decyduje o tym, czy sprawca, który zachował się w sposób określony w przepisie, nie będzie podlegał karze (przypadki 1 i 2), względnie – jego kara będzie mogła być nadzwyczajnie złagodzona (przypadek 3).

**II. Jeśli chodzi o odstąpienie od dokonania**, to trzeba podkreślić, że jest ono możliwe jedynie w przypadku usiłowania nieukończonego, tzn. takiego, przy którym sprawca nie wykonał jeszcze wszystkich czynności koniecznych – według niego – do dokonania czynu zabronionego<sup>7</sup>. Usiłowanie nieukończone może mieć

miejsce zarówno w odniesieniu do przestępstw materialnych, jak i formalnych. W pierwszym przypadku sprawca, odstępając od dokonania, nie doprowadza do zaistnienia skutku przestępnego (np. w zamiarze zabicia człowieka celuje doń z broni palnej, jednak pod wpływem strachu przed sądem ostatecznym rezygnuje ze swojego zamiaru i opuszcza broń), w drugim natomiast – nie kończy czynności czasownikowej wskazanej w przepisie (np. sprawca, będąc w stanie nietrzeźwości, wsiada do samochodu w zamiarze ruszenia w drogę, jednak po namowieniu swojej żony nie próbuje nawet zapalić silnika i przesiada się na miejsce pasażera). Najczęściej odstąpienie od dokonania ma miejsce przy przestępstwach z działania. Czynny żal sprawcy polega wtedy na zaniechaniu dalszej działalności przestępnej. Przykłady podane wyżej są tu odpowiednie. Może się jednak zdarzyć również odstąpienie od dokonania przestępstw z zaniechania, tak formalnych, jak i materialnych. Wtedy to sprawca musi przerwać stan nieczynienia, podejmując działania, do których jest zobowiązany<sup>8</sup>.

Podkreślić trzeba, że omawiana forma czynnego żalu odnosi się tylko do sytuacji, gdy sprawca, mając **świadomość możliwości dokonania** czynu zabronionego, dobrowolnie od tego dokonania odstępuje. Słusznie zauważa A. Spotowski, że „w sytuacji, w której sprawca uważa, że realizacja zamiaru przestępnego jest niemożliwa, nie można w ogóle mówić o odstąpieniu od czynu. Nie sposób bowiem odstąpić od wykonania tego, czego wykonać się nie da”<sup>9</sup>. Należy więc położyć nacisk na stronę podmiotową czynu – świadomość sprawcy. Odnosi się to zarówno do usiłowania zwykłego, jak i nieudolnego. Jeśli sprawca był przekonany, że może dokonać czynu zabronionego, chociaż obiektywnie dokonanie to było niemożliwe (usiłowanie nieudolne) i dobrowolnie odstąpił od dalszych czynności, to powinien skorzystać z przywileju bezkarności na podstawie art. 15 § 1 k.k. stosowanego przez analogię na korzyść sprawcy<sup>10</sup>. Jesliby bowiem przyjąć, że czynny żal w formie odstąpienia od dokonania jest niemożliwy w przypadku obiektywnej niemożności dokonania czynu

wystarczy, że sprawca w ostatniej chwili usiłowania sam dobrowolnie od niego odstąpił. Dzielenie jednolitego zdarzenia na poszczególne fragmenty i dokonywanie odrębnej ich oceny z punktu widzenia art. 13 § 1 k.k. należy uznać za sztuczne i prowadzące w efekcie do niemożności zastosowania dobrodziejstwa wynikającego z tegoż przepisu”. Zob. też postanowienie SN z 8 września 2005 r., II KK 10/05, LEX nr 157547; wyrok SA w Lublinie z 22 lipca 1999 r., II AKA 57/99, „Wokanda” 2000, nr 6, poz. 50; wyrok SA w Krakowie z 25 października 2012 r., II AKA 169/12, LEX nr 1236874; wyrok SA w Białymstoku z 14 maja 2009 r., II AKA 58/09, „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej” 2009, nr 2–3, s. 47. O. Sitarz (*Usiłowanie ukończone i nieukończone [próba nowego spojrzenia]*, PiP 2011, z. 6, s. 94–95) wskazuje, że rozróżnienie usiłowania na niezakończone i zakończony ma uzasadnienie jedynie historyczne, obecnie odpadły bowiem przesłanki różnicowania tych postaci usiłowania, a nie pojawiły się nowe. Autorka proponuje w związku z tym, aby do kwestii skutecznego czynnego żalu nie podchodzić, mając na uwadze powyższy podział, ale opierając się na tym, co ma uczynić sprawca, aby skorzystać z bezkarności.

<sup>8</sup> Przykładowo: matka (gwarant nienastąpienia skutku w postaci śmierci dziecka) chce zagłodzić swoje nowo narodzone dziecko, jednak mając wyrzuty sumienia, rezygnuje z zamiaru i zaczyna je karmić. Inna sytuacja: w jeziorze tonie człowiek, widzi to przechodzień, który umie dobrze pływać, jednak zauważywszy, że tonącym jest członek konkurencyjnej grupy przestępczej, postanawia nie ratować go i zaczyna oddalać się z miejsca zdarzenia; po chwili jednak, powodowany strachem przed ewentualną zemstą rodziny tonącego, ratuje go.

<sup>9</sup> A. Spotowski, *O odstąpieniu*, s. 92. Zob. też wyrok SA w Krakowie z 15 kwietnia 2009 r., II AKA 45/09, KZS 2009, z. 6, poz. 64; wyrok SA w Katowicach z 17 maja 2001 r., II AKA 139/01, Prok. i Pr. 2002, z. 3, poz. 16; wyrok SA w Warszawie z 16 czerwca 1998 r., II AKA 107/98, KZS 1998, z. 12, poz. 42. SA w Lublinie w wyroku z 12 listopada 2008 r. (II AKA 186/08, KZS 2009, z. 2, poz. 45) wskazała, że „zachowanie sprawcy, który atakuje inną osobę, działając w zamiarze pozbawienia jej życia i w pewnym momencie zaprzestaje zadawania kolejnych uderzeń, a z jego zachowania – braku powtórzenia zamachu mimo oczywistej możliwości uczynienia tego i dogodnej sytuacji – wynika, że odstąpił od ponowienia zamachu, a nadto deklaruje chęć wezwania pokrzywdzonemu pomocy lekarskiej, stanowi realizację znamion dobrowolnego odstąpienia od dokonania zabójstwa w rozumieniu art. 15 § 1 k.k.”.

<sup>10</sup> Tak: A. Wąsek, *Kodeks*, s. 234; W. Wolter, *Nauka*, s. 285; R. Zawłocki, *Kodeks*, s. 635.

zabronionego, sprawca usiłowania nieudolnego byłby w gorszej sytuacji niż sprawca usiłowania udolnego. Oczywiście jeśli sprawca usiłowania nieudolnego zaniecha dalszej działalności, gdyż zdał sobie sprawę, że nie może popełnić czynu zabronionego, to takie zachowanie nie może być traktowane jako odstąpienie od dokonania<sup>11</sup>.

Dobrowolne odstąpienie od dokonania powinno wyrazić się konkretnym zachowaniem sprawcy (działaniem lub zaniechaniem, w zależności od typu przestępstwa). Jak pisze D. Gajdus: „same deklaracje lub gołosłowne twierdzenia sprawcy, nie poparte postrzegalnymi obiektywnie poczynaniami, nie są wystarczające dla przyjęcia dobrowolnego odstąpienia”<sup>12</sup>. Sprawca musi uczynić **wszystko, co jest konieczne, aby nie doszło do ukończenia usiłowania**. Podkreślić przy tym trzeba, że błędne przekonanie sprawcy, iż usiłowanie jest jeszcze nieukończony i do wyrażenia czynnego żalu wystarczy zaniechanie dalszej akcji, nie skutkuje bezkarnością. Wspomniany błąd nie dotyczy bowiem znamienia czynu zabronionego, nie ma więc zastosowania art. 28 § 1 k.k.<sup>13</sup> Sprawca, który błędnie sądzi, że nie ukończył usiłowania, może korzystać z bezkarności na podstawie art. 15 § 1 k.k. tylko wtedy, gdy do-

browolnie zapobiegnie skutkowi stanowiącemu znamień czynu zabronionego<sup>14</sup>. Jeśli bowiem sprawca odstąpił od dokonania, ale swoim zachowaniem stworzył sytuację, w której już bez jego dalszego udziału mogą zacząć działać siły przyrody prowadzące do wywołania skutku przestępnego, może pozostać bezkarny, jeśli dobrowolnie zapobiegł skutkowi przestępnemu<sup>15</sup>. Wskazać trzeba, że jeśli pomimo odstąpienia od dokonania do tego dokonania doszło, sprawca nie będzie mógł skorzystać z bezkarności zagwarantowanej przez art. 15 § 1 k.k.<sup>16</sup> W razie gdyby sprawca zorientował się, że ukończył już usiłowanie, ale było już zbyt późno na zapobieżenie skutkowi przestępnemu i doszło do dokonania, będzie mógł on uzyskać nadzwyczajne złagodzenie kary, jeśli przed nastąpieniem skutku dobrowolnie starał się zapobiec temu skutkowi (art. 15 § 2 k.k.). Słusznie podkreśla się, że odstąpienie od dokonania nie można utożsamiać z odstąpieniem od usiłowania<sup>17</sup>. **Sprawca musi zrezygnować z dokonania czynu zabronionego w ogóle** (na przyszłość), a nie tylko w danej chwili<sup>18</sup>. Odstąpienie musi być więc ostateczne; jedynie takie, o ile jest dobrowolne, można uznać za czynny żal. Sąd Najwyższy zwrócił na to uwagę w wyroku z 24 listopada 1975 r.<sup>19</sup>, stwierdzając, że „na przeszkodzie do

<sup>11</sup> Tak, trafnie, A. Zoll, *Kodeks*, s. 226. Przykładowo: sprawca włamuje się do domu osoby, którą zamierza zabić pod osłoną nocy; mierząc do niej z pistoletu, zauważa jednak, że jego ofiara nie oddycha (gdyż zmarła na zawał serca godzinę wcześniej), w związku z czym odstępuje od oddania strzału.

<sup>12</sup> D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 90. Zob. też wyrok SN z 17 marca 1975 r., V KR 411/74, OSP 1977, nr 3, poz. 58.

<sup>13</sup> A. Zoll, *Kodeks*, s. 225.

<sup>14</sup> Na przykład: sprawca podczas szamotaniny zadaje w zamiarze zabicia człowieka cios nożem w jego udo; po tym ciosie odstępuje od zamiaru pozbawienia pokrzywdzonego życia i ucieka z miejsca zdarzenia, nie wie jednak, że trafił niefortunnie w tętnicę udową i śmierć pokrzywdzonego nastąpi w ciągu pół godziny; sprawca mógłby uzyskać bezkarności (za usiłowanie zabójstwa) tylko wtedy, gdyby w jakikolwiek sposób dobrowolnie zapobiegł skutkowi określönemu w art. 148 k.k., czyli śmierci człowieka.

<sup>15</sup> Zob. wyrok SN z 5 grudnia 1968 r., III KR 180/68, OSNKW 1969, nr 7-8, poz. 81.

<sup>16</sup> D. Gajdus (*Czynny żal*, s. 96) słusznie podkreśla, że „ryzyko związane z nastąpieniem przestępnych skutków obciąża całkowicie sprawcę. «Ceną», którą ustawa płaci za określone w niej zachowanie, jest bezkarności usiłowania; nie można więc dowolnie «iść na rękę» sprawcy tylko dlatego, że zbyt późno zmytygował się i nie zdążył odstąpić od usiłowania”. Zob. też A. Wąsek, *Kodeks*, s. 233-234.

<sup>17</sup> R. Zawłocki, *Kodeks*, s. 636.

<sup>18</sup> Tak też K. Mioduski, *Kodeks*, s. 58; D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 90; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 242; A. Zoll, *Kodeks*, s. 224. Inaczej twierdzi A. Wąsek, *Kodeks*, s. 229.

<sup>19</sup> I KR 209/75, LEX nr 21693. Zob. też postanowienie SN z 5 maja 2006 r., II KR 269/05, LEX nr 186937, w którym wskazano, że „zapobiegnięcie» w rozumieniu art. 15 § 1 k.k. wiąże się ściśle z porzuceniem przez sprawcę zamiaru dokonania czynu zabronionego i z chęcią odwrócenia efektu przestępczego. Innymi słowy, cechą czynnego żalu

zastosowania wobec sprawcy przepisu art. 13 § 1 k.k. stoi również wynikające z okoliczności sprawy ustalenie, że nie zrezygnował on całkowicie z zamysłu dokonania czynu przestępnego, a realizację jego przeniósł na inny, dogodny dla niego termin". Nie byłoby kryminalnopolitycznych korzyści, gdyby przyznać bezkarność sprawcy odstępującego od urzeczywistnienia swego zamiaru tylko na jakiś czas. Podkreślić trzeba jednak, że cecha „ostateczności” odnosi się tylko do momentu odstępowania<sup>20</sup>. Jeżeli sprawca podjął później zamiar popełnienia czynu zabronionego, od którego dokonania odstąpił, to jego czynny żal, a w konsekwencji niepodleganie karze za poprzednie usiłowanie, nie traci na aktualności.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 23 marca 2000 r.<sup>21</sup> trafnie przyjął, że „nie może być mowy o czynnym żalu w postaci odstąpienia od dokonania czynu zabronionego, a w konsekwencji o uzyskaniu przez sprawcę bezkarności, gdy jedynie zaniechał on określonego sposobu działania, stanowiącego przesłankę typu kwalifikowanego. Jeśli więc oskarżony w sposób świadomy zrezygnował z posługiwania się w trakcie rozboju niebezpiecznym przedmiotem, jednakże działał przez cały czas zdarzenia w kierunku realizacji zamierzonego celu, czyli dokonania kradzieży przy użyciu środków, o których mowa w art. 280 § 1 k.k., to nie sposób przyjąć, że miał miejsce czynny żal, obejmujący zarówno dobrowolne odstąpienie od dokonania, jak i dobrowolne zapobieżenie skutkowi przestępne-

mu”. W tego rodzaju sytuacjach sprawca może skorzystać z bezkarności tylko w odniesieniu do **typu kwalifikowanego**<sup>22</sup>, natomiast w odniesieniu do usiłowania lub dokonania czynu zabronionego w typie podstawowym sprawca powinien ponieść odpowiedzialność karną.

Problematyczne jest zakwalifikowanie zachowania nazywanego **przestępstwem chybionym** (*delit manqué*), tzn. sytuacji, w której sprawca wykonał wszystko, co było potrzebne do dokonania, jednak dokonanie to nie nastąpiło, a sprawca – mając ku temu obiektywną możliwość – nie ponowił próby (np. niecelny strzał do człowieka, oddany w zamiarze zabójstwa). Jeśliby uznać, że w powyższej sytuacji mamy do czynienia z usiłowaniem zakończonym, to wobec takiego sprawcy należałoby zastosować przepis art. 15 k.k. *per analogiam*, o ile brak ponowienia próby był dobrowolny<sup>23</sup>. Gdyby bowiem uznać, że sprawca zakończył usiłowanie, nie mógłby on od niego odstąpić, a jednocześnie zapobiec skutkowi przestępnemu, gdyż skutek ten nie groził. Uznając jednak, że tzw. przestępstwo chybione to przypadek usiłowania niezakończony, otworzyłaby się możliwość zastosowania art. 15 k.k. wprost. Za trafne należy uznać rozwiązanie drugie<sup>24</sup>. W podanym przykładzie sprawca przecież nie uczynił wszystkiego, co w jego przekonaniu było konieczne do dokonania czynu zabronionego. Wiedział on, że aby zabić człowieka, musi strzelić jeszcze co najmniej raz. Nie zrobił tego jednak, należy więc uznać, że odstąpił od dokonania<sup>25</sup>. Pozostaje do rozstrzygnięcia tylko

w postaci «zapobieżenia skutkowi» jest specyficzne wewnętrzne nastawienie sprawcy, charakteryzujące się chęcią niedopuszczenia do wystąpienia skutku przestępczego. Tylko wówczas wchodzi w rachubę bezkarność sprawcy”.

<sup>20</sup> A. Zoll, *Kodeks*, s. 224.

<sup>21</sup> II AKa 47/00, OSA 2002, nr 2, poz. 13.

<sup>22</sup> Tak też A. Zoll, *Kodeks*, s. 225.

<sup>23</sup> Tak przyjął SA w Katowicach w wyroku z 13 lipca 2006 r., II AKa 197/06, LEX nr 196088.

<sup>24</sup> A. Liszewska [(w:) *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. Tom 3*, R. Dębski (red.), Warszawa 2013, s. 787] uznaje oba rozwiązania tej kwestii za uzasadnione.

<sup>25</sup> Tak też A. Wąsek, *Kodeks*, s. 226. Słusznie zauważa J. Giezek (*Prawo karne materialne*, s. 225), że omawiane rozwiązanie można teoretycznie uzasadnić, biorąc pod uwagę normę płynącą z art. 12 k.k. Jeśli bowiem przyjmuje się, że „dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jeden czyn zabroniony, to nieodparcie nasuwa się spostrzeżenie, że zaniechanie podjęcia w krótkich odstępach czasu kolejnych zachowań ze względu właśnie na porzucenie owego zamiaru traktować należałoby jako niezakoń-

kwestia, czy uczynił to dobrowolnie, czy też nie. Trzeba więc pozytywnie ocenić wyrok SA w Lublinie z 22 lipca 1999 r.<sup>26</sup>, w którym stwierdzono, że „usiłowanie zakończone to takie usiłowanie, gdzie sprawca uczynił wszystko, co jego zdaniem jest konieczne i możliwe do dokonania czynu zabronionego. Należy przy tym dodatkowo uwzględnić ocenę sytuacji faktycznej przez sprawcę w chwili zakończenia wykonywania zamierzonych czynności. Jeżeli sprawca ma świadomość tego, że jego dotychczasowe działania doprowadzić mogą do powstania skutku przestępnego i ten stan rzeczy obejmuje on swoim zamiarem (bezpośrednim albo ewentualnym), wówczas zasadnym będzie przyjęcie usiłowania zakończonego. Inaczej będzie w sytuacji, gdy sprawca świadomy nieefektywności dotychczasowych czynności nie kontynuuje jednak zamachu na dane dobro prawne, mimo tego, że widzi możliwości podjęcia skutecznych działań prowadzących do dokonania czynu zabronionego. Wówczas mamy do czynienia z usiłowaniem niezakończonym, przy którym odstąpienie sprawcy może mieć charakter dobrowolny albo niedobrowolny”.

Zauważyć należy, że w odniesieniu do niektórych typów czynów zabronionych Kodeks przewiduje **szczególne warunki skorzystania z bezkarności**, nieprzewidziane w art. 15 § 1 k.k. Artykuł 131 § 1 k.k., usytuowany w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi,

że nie podlega karze za usiłowanie przestępstwa określonego w art. 127 § 1, art. 128 § 1 lub w art. 130 § 1 lub 2, kto dobrowolnie poniechał dalszej działalności i ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw wszystkie istotne okoliczności popełnionego czynu. Regulacja taka uzasadniona jest tym, że wskazane przestępstwa są szczególnie groźne dla bezpieczeństwa państwa, a ponadto tym, że czyny te popełniane są najczęściej we współdziałaniu. Chodzi więc o działania ściśle prewencyjne, niedopuszczające do dokonania tych czynów w przyszłości, a przynajmniej zmniejszające prawdopodobieństwo ich dokonania.

Szczególnie uregulowana została też kwestia czynnego żalu przy **współdziałaniu przestępnym**<sup>27</sup>. Zgodnie z treścią art. 23 § 1 k.k. współdziałający (współsprawca, sprawca kierowniczy, sprawca polecający, sprawca wykonawczy, podżegacz<sup>28</sup> lub pomocnik) skorzysta z przywileju bezkarności tylko wtedy, gdy dobrowolnie zapobiegnie dokonaniu czynu zabronionego<sup>29</sup>. Sposoby zapobieżenia mogą być różne. Sprawca może przekonać swoich kompanów do zaniechania działalności przestępczej; może przeszkodzić w dokonaniu czynu, np. przez niedostarczenie koniecznych narzędzi; może również zneutralizować skutki działania zabronionego, np. ugasić pożar w zarodku, zawieźć niedoszłą ofiarę zabójstwa do szpitala<sup>30</sup>. Samo odstąpienie od dokonania, opisane w art. 15 § 1 k.k., nie wystarczy, chyba że od dokonania odstąpią wszyscy współdziałający<sup>31</sup>. Wtedy jed-

czenie jednego tylko usiłowania, które – gdyby nie odstąpienie sprawcy – mogło być wszak kontynuowane”. Zob. też O. Sitarz, *Usiłowanie*, s. 95.

<sup>26</sup> II AKA 57/99, „Wokanda” 2000, nr 6, poz. 50. Podobnie wypowiedział się SA w Katowicach w wyroku z 13 lipca 2006 r., II AKA 197/06, LEX nr 196088, z tym że przyjął stosowanie art. 15 § 1 k.k. przez analogię.

<sup>27</sup> Czynny żal określony w art. 15 k.k. odnosi się tylko do jednosprawstwa.

<sup>28</sup> Co do bezkarności podżegacza przy usiłowaniu zob. wyrok SN z 26 sierpnia 2004 r., V KK 78/04, OSNKW 2004, nr 9, poz. 88.

<sup>29</sup> Art. 23 k.k. nie stosuje się jednak do tzw. prowokatora (zob. art. 24 k.k.).

<sup>30</sup> G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności*, s. 422. Zob. też wyrok SA w Katowicach z 20 października 2005 r., II AKA 355/05, OSA 2006, nr 8, poz. 49.

<sup>31</sup> Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 6 listopada 2012 r., II AKA 312/12, LEX nr 1238671. Trafnie wskazał jednak SA w Katowicach w wyroku z 24 marca 2011 r. (II AKA 468/10, LEX nr 1001371), że „z uwagi na istotę zależności pomiędzy współdziałającymi w popełnieniu czynu zabronionego w pewnych przypadkach wystarczające dla spełnienia przesłanki określonej w art. 23 § 1 k.k. może okazać się samo odstąpienie przez współdziałającego od współdziałania, jeżeli bez dalszego uczestnictwa tego współdziałającego dokonanie czynu zabronionego nie będzie możliwe. Wówczas



nak ich zachowanie – w zależności od tego, czy doszło do dokonania – będzie kwalifikowane na podstawie art. 23 § 1 albo § 2 k.k. Jeśli bowiem współdziałający dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. *Ratio legis* omawianej regulacji polega na tym, że ustawodawcy zależy, aby współdziałający skutecznie i rzeczywiście zakończyli pochod przestępstwa w fazie usiłowania<sup>32</sup>. Brak byłoby politycznokryminalnej korzyści, gdyby przyznać bezkarność współdziałającemu, który odstąpił od dokonania, dobro prawne zostałoby bowiem naruszone przez pozostałych współuczestników przestępstwa.

**III.** Drugą formą czynnego żalu, która daje sprawcy bezkarność, jest dobrowolne **zapobiegnięcie skutkowi** stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Czynny żal w tej formie odnosi się tylko do usiłowania zakończonego przestępstw materialnych. Chodzi o sytuację, w której sprawca wykonał już wszystkie

czynności konieczne w jego przekonaniu do dokonania, tzn. uruchomił ciąg przyczynowo-skutkowy i czeka na wystąpienie skutku opisanego w przepisie karnym<sup>33</sup>. Samo odstąpienie od dokonania nie wystarczy, aby zapobiec skutkowi; konieczne są pozytywne działania zmierzające do wytworzenia takiej sytuacji faktycznej, w której skutek objęty wcześniej zamiarem sprawcy nie wystąpi<sup>34</sup>. Podobnie jak w przypadku odstąpienia od dokonania, sprawca musi mieć świadomość, że dokonanie czynu zabronionego (wystąpienie skutku) jest możliwe, jednak porzuca ostatecznie zamiar dokonania<sup>35</sup>. Jeśli sprawca nie ma świadomości, że skutek przestępny nie może w rzeczywistości wystąpić, jednak podejmuje odpowiednie czynności zmierzające w jego przekonaniu do zapobiegnięcia skutkowi, art. 15 § 1 k.k. należy zastosować *per analogiam* na korzyść sprawcy<sup>36</sup>. Nie jest możliwe stosowanie tego przepisu wprost, gdyż w przypadku gdy skutek przestępny nie zagraża, nie można mu zapobiec.

Sąd Najwyższy w wyroku z 17 marca

---

bowiem samo odstąpienie od współdziałania będzie równoznaczne z zapobieżeniem dokonaniu czynu zabronionego przez inną osobę”.

<sup>32</sup> R. Zawłocki, *Kodeks*, s. 633.

<sup>33</sup> Zob. W. Wolter, *Nauka*, s. 271. Por. wyrok z 27 stycznia 2005 r. (II Aka 273/04, Prok. i Pr. 2005, z. 11, poz. 16), w którym SA w Krakowie orzekł, że: „usiłowanie ukończone (zupelne) zachodzi, gdy mimo ukończenia ostatniej czynności sprawczej nie doszło do powstania zamierzonego skutku”. Podobnie SN w wyroku z 8 września 2005 r. (II KK 10/05, LexPolonica nr 399584) przyjął, że zachowanie osiągnęło fazę usiłowania ukończonego, gdy „sprawca wykonał (...) wszystkie czynności niezbędne do zaistnienia skutku”. Zob. też wyrok SN z 18 października 2007 r., II KK 170/07, LexPolonica nr 1878432.

<sup>34</sup> Zob. wyrok SA w Krakowie z 19 października 2011 r., II Aka 191/11, KZS 2011, z. 11, poz. 51. W wyroku z 5 grudnia 1968 r. (III KR 180/68, OSNKW 1969, nr 7–8, poz. 81) SN orzekł, że „dobrowolne odstąpienie od działania powoduje bezkarność usiłowania, chyba że usiłujący stworzył swym działaniem sytuację, w której już bez jego dalszego udziału mogą zacząć działać siły przyrody prowadzące do wywołania skutku przestępnego. Właśnie tylko w takim wypadku ma on obowiązek zapobiec powstaniu takiego skutku”. J. Makarewicz (*Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 84–85) wskazał, że „czynny żal przy usiłowaniu, zasadzający się na zapobieżeniu skutkowi przestępnemu, polega na użyciu środków paraliżujących przyczynowość działania w tym celu, by nie powstał skutek należący do istoty przestępstwa”. Przykładowo: sprawca dźga nożem drugą osobę w zamiarze pozbawienia jej życia, trafia w tętnicę szyjną, czego skutkiem będzie śmierć pokrzywdzonego przez wykrwawienie; jednak poruszony błaganiami ofiary zakłada jej opaskę uciskową na szyję i wiezie do szpitala, gdzie ofiara zostaje odratowana. Sprawca uruchomił ciąg przyczynowo-skutkowy, który prowadził do śmierci pokrzywdzonego, lecz potem dokonał odpowiedniej przeciwdziałki i zapobiegł tej śmierci (skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego stypizowanego w art. 148 § 1 k.k.).

<sup>35</sup> W postanowieniu z 8 września 2005 r. (II KK 10/05, LEX nr 157547) SN wskazał, że „czynny żal musi przejawiać się aktywnością – działaniem sprawcy, zdającego sobie sprawę z możliwości zaistnienia skutku, który jednak w chwili podjęcia działania nie chce, aby ów skutek nastąpił”.

<sup>36</sup> Zob. W. Wolter, *Nauka*, s. 284–285. Autor podkreśla, że zastanowienia wymaga kwestia czynnego żalu przy nieudolnym usiłowaniu zakończonym, natomiast w odniesieniu do nieudolnego usiłowania niezakończonym,



1975 r.<sup>37</sup> orzekł, że „o czynnym żalu decyduje wewnętrzne nastawienie sprawcy, które można odczytać z jego zachowania. Jeżeli czynności podjęte dla zapobieżenia skutkowi przestępnemu nie są tylko demonstracją sprawcy, ale wynikają z jego przekonania, że skutek przestępny rzeczywiście zagraża oraz z pragnienia odwrócenia tego skutku, a ponadto są z tego punktu widzenia celowe i właściwe – to istnieje pełna podstawa do uznania ich za przejaw czynnego żalu niezależnie od tego, czy do skutku przestępnego nie doszło dzięki tym czynnościom, czy z innej przyczyny. Rozstrzygające znaczenie ma tu bowiem strona subiektywna – porzucenie zamiaru dokonania przestępstwa”. Rację trzeba przyznać Sądowi Najwyższemu w odniesieniu do tego, że sprawca musi mieć świadomość możliwości dokonania czynu zabronionego, oraz że działania sprawcy muszą być właściwe i celowe. Słusznie zauważył bowiem A. Wąsek, że sprawca nie będzie korzystał z bezkarności, jeśli podjął pozorowane i irracjonalne czynności, które tylko dzięki przypadkowi zapobiegły skutkowi przestępnemu<sup>38</sup>. Niewystąpienie skutku musi być jednak następstwem czynności podjętych przez sprawcę lub inną osobę z inicjatywy sprawcy.

Dlatego krytycznie należy ocenić fragment orzeczenia, w którym mowa o braku skutku z „innej przyczyny”<sup>39</sup>. W tym kontekście należy przywołać słuszną uwagę poczynioną przez SN w wyroku z 19 sierpnia 1974 r.<sup>40</sup>, że „ustawa nie wymaga, aby odwrócenie skutku było wyłącznie wynikiem zachowania się sprawcy, tzn. aby nie mógł on posłużyć się w tym celu także inną osobą. Zachodzić to może zwłaszcza wówczas, gdy do zapobieżenia skutkowi są potrzebne umiejętności lub wiedza, których sprawca nie ma”. Ogólnie można więc stwierdzić, że każde zachowanie się sprawcy usiłowania przestępstwa znamienne skutkiem, które uruchomiło proces odwracania skutku i doprowadziło do tego, że skutek ten nie nastąpił, jest zapobieżeniem skutkowi przestępnemu, **niezależnie od tego, czy w tym procesie brał udział tylko sprawca, czy także – z jego inicjatywy – inne osoby**<sup>41</sup>. Odnosząc się do częstych w praktyce przypadków czynnego żalu polegającego na wezwaniu karetki pogotowia do rannej ofiary, wskazać trzeba, że sprawca uzyska bezkarność za usiłowanie nie tylko wtedy, gdy sam zadzwonił po pomoc lekarską, ale też wtedy, gdy poleci innej osobie wezwanie tej pomo-

w sytuacji gdy sprawca odstępuje od dokonania, Autor – zdaje się – przyjmuje stosowanie przepisu zapewniającego bezkarność sprawcy wprost.

<sup>37</sup> V KR 411/74, OSP 1977, nr 3, poz. 58.

<sup>38</sup> A. Wąsek, *Kodeks*, s. 233. Zob. też postanowienie SN z 5 maja 2006 r., II KK 269/06, LEX nr 186937.

<sup>39</sup> Odnosząc się do podanego wyżej przykładu, sprawca nie pozostanie bezkarny jeśli założył ofierze opaskę uci-skową i uciekł z miejsca zdarzenia, a ofiara przeżyła tylko dlatego, że pogotowie wezwał przechodzący nieopodal człowiek. Gdyby nie działanie osoby trzeciej, poszkodowany poniósłby śmierć, ponieważ opaska niedostatecznie tamowała krwawienie. W takiej sytuacji – o czym będzie mowa później – możliwe byłoby zastosowanie art. 15 § 2 k.k.

<sup>40</sup> I KR 35/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 225. Podobnie orzekł SN w wyroku z 3 grudnia 2007 r., II KK 199/07, LEX nr 353335. Zob. też wyrok SA w Poznaniu z 19 kwietnia 1996 r., II AKa 73/96, OSA 1998, nr 4, poz. 21.

<sup>41</sup> Zob. wyrok SN z 26 lutego 1985 r., IV KR 32/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 70. Tak też wyrok SA w Białymstoku z 23 października 2001 r., II AKa 243/2001, OSA 2002, nr 7, poz. 55, a także wyrok SA w Łodzi z 26 lutego 2002 r., II AKa 16/02, Prok. i Pr. 2004, z. 3, poz. 25. Zob. też wyrok SN z 13 września 1974 r., V KR 270/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 3. SN w wyroku z 17 lipca 1980 r. (I KR 135/80, LEX nr 21874) wskazał, że „ostateczne odwrócenie skutku nie musi być wynikiem własnego zachowania się sprawcy, musi jednak stanowić działanie stwarzające realne możliwości zapobieżenia skutkowi”. Teza ta jest słuszną o tyle, o ile przyczyny, które nie są „własnym zachowaniem się sprawcy”, wynikły z jego inicjatywy. W związku z powyższym krytycznie należy odnieść się do twierdzenia J. Wojciechowskiego (*Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 48), jakoby dla bezkarności usiłowania konieczne było, aby „w odwróceniu skutku sprawca odegrał istotną rolę, aby to on właśnie przede wszystkim sprawił, iż do nastąpienia skutku nie doszło”, a w związku z tym nie można uznać, że sprawca zapobiegł skutkowi tylko przez to, że wezwał pogotowie do rannej ofiary swego czynu.

cy<sup>42</sup>. Podkreślić więc trzeba, że o ile sprawca nie musi działać sam, to aby uzyskać bezkarność, powinien ze swojej inicjatywy uruchomić proces zmierzający do zapobiegnięcia skutkowi przestępnemu. Słusznie stwierdził SN w wyroku z 19 października 1979 r.<sup>43</sup>, że „późniejsze włączenie się oskarżonego do podjętych już wcześniej starań o wezwanie pogotowia ratunkowego nie daje podstaw do przyjęcia, iż oskarżony zapobiegł skutkowi przestępnemu

w rozumieniu art. 13 § 1 k.k.”. Wskazać należy również, że „zapobieżenie skutkowi musi być rezultatem dobrowolnej działalności sprawcy i nie jest istotne, czy sprawca np. wzywa natychmiast, czy też w dużym odstępie czasowym od czynu, pomoc lekarską. Istotne jest bowiem tylko to, aby sprawca z własnej woli i kierowany chęcią zapobieżenia skutkom swego działania ową pomoc wezwał i aby ta pomoc okazała się skuteczna”<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Tak orzekł na przykład SA w Łodzi w wyroku z 6 maja 2008 r., II AKa 62/08, KZS 2009, z. 5, poz. 53. Zob. też wyrok SN z 21 października 2002 r., V KK 144/02, LEX nr 75489.

<sup>43</sup> III KR 317/79, OSNPG 1980, nr 5, poz. 61

<sup>44</sup> Wyrok SN z 8 października 1975, V KR 180/75, OSP 1976, nr 11, poz. 210. Zob. R. Rogala, Glosa (aprobuja) do tego orzeczenia, OSPiKA 1976, nr 11, poz. 210. Por. też wyrok SA w Katowicach z 28 kwietnia 2004 r., II AKa 281/04, LEX nr 156147.

## Summary

*Piotr Poniatowski*

### ACTIVE REPENTANCE IN ATTEMPTED CRIME

The objective of this article is to focus on the issue of an active repentance when considering the attempted crime – a legal institution that is very crucial to criminal law practitioners. The overall analysis was conducted taking into consideration all cases to which active repentance shall apply. These cases include the acts of desisting from crime, obviating the criminal result or attempting to obviate the criminal result. Because of its great importance and litigious nature, the very focus of this article was placed on the subjective condition (voluntariness) of active repentance. Furthermore, this article also discusses more detailed issues concerning active repentance like inapt attempt, the complex nature of missed crime, perpetrator's motives, criminal co-operative, qualified attempt as well as procedural effects that have their source in Article 15 of the Polish Penal Code. The provision states that a perpetrator who displayed an effective preventive function of active repentance shall not be subject to penalty for the crime (§ 1). Ineffective active repentance may result in an extraordinary mitigation of punishment to a perpetrator who has voluntarily attempted to prevent the consequence which constituted a feature of the prohibited act (§ 2).

**KEY WORDS:** active repentance, voluntariness, attempt, qualified attempt, inapt attempt, impunity, extraordinary mitigation of penalty

**POJĘCIA KLUCZOWE:** czynny żal, dobrowolność, usiłowanie, usiłowanie kwalifikowane, usiłowanie nieudolne, bezkarność, nadzwyczajne złagodzenie kary

## ZMIANY DOTYCZĄCE WYKONYWANIA KARY GRZYWNY OBOWIĄZUJĄCE OD 1 LIPCA 2015 R.

Grzywna jest jedną z najczęściej orzeczanych kar za przestępstwo. Szczególne znaczenie ma ta kara, gdy orzekana jest jako jedyna dolegliwość, a więc ma postać tzw. grzywny samoistnej. Pełni ona funkcję zasadniczego środka reakcji karnej, będącego alternatywą dla krótkoterminowych kar pozbawienia wolności, a także ograniczenia wolności. Ten rodzaj grzywny stanowi na przestrzeni ostatnich kilku lat niezmiennie około 20% wszystkich orzeczanych kar<sup>1</sup>.

Dla pełnego obrazu rozmiaru orzekania kary grzywny trzeba jeszcze mieć na uwadze grzywnę orzekaną kumulatywnie obok kary pozbawienia wolności, a także grzywnę związaną ze stosowaniem instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary (grzywna akcesoryjna). W tych dwóch przypadkach jej orzekanie ma na celu zwiększenie dolegliwości kary, a także ugruntowanie w społeczeństwie przekonania, że popełnianie przestępstw nie opłaca się także w wymiarze czysto majątkowym. Gdy chodzi o grzywnę akcesoryjną, ma ona nadto zapobiegać powstawaniu w świadomości społecznej przekonania, że sprawca właściwie uniknął kary.

Można powiedzieć, że wszystkie wymienione rodzaje grzywn w swej liczbie stanowią większość orzeczanych kar za przestępstwa. Należy spodziewać się, że ich ilość w ogólnej populacji kar będzie rosła po nowelizacji Kodeksu karnego. Intencją bowiem zmian dokonanych z dniem 1 lipca 2015 r.<sup>2</sup> w Kodeksie karnym

jest m.in. uznanie za konieczne zwiększenia liczby orzeczanych kar wolnościowych, w tym kary grzywny, kosztem kar pozbawienia wolności, szczególnie orzeczanych z warunkowym zawieszeniem wykonania.

Temu celowi ma służyć dodany art. 37a k.k., który stanowi dyrektywę sądowego wymiaru kary, skłaniającą sądy do orzekania zamiast kary pozbawienia wolności kar wolnościowych. Dyrektywa wprowadzająca priorytet orzekania kar wolnościowych dotyczy tych typów czynów zabronionych, które są zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 5. Także zmiana art. 58 § 1 k.k. ma na celu podkreślenie priorytetu grzywny lub kary ograniczenia wolności w stosunku do kary pozbawienia wolności, w tym również z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jednocześnie uchylony został art. 58 § 2 k.k., co spowodowało zdjęcie z sądu obowiązku badania stanu majątkowego sprawcy przy ocenie zasadności orzeczenia grzywny.

Celem grzywny jest wyrządzenie sprawy dolegliwości o charakterze ekonomicznym, uszczuplenie jego dóbr majątkowych<sup>3</sup>. Realizacja tego celu powinna być dokonywana w postępowaniu wykonawczym poprzez dążenie do tego, aby skazany dobrowolnie uiścił grzywnę w ustawowym terminie 30 dni od wezwania go do wykonania tego obowiązku (art. 44 § 1 k.k.).

Rzeczywistość wygląda jednak zupełnie inaczej. W okresie ostatnich kilku lat odsetek

<sup>1</sup> Liczby i wskaźniki cytowane w artykule pochodzą z danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości, sprawozdań statystycznych NS-1 oraz częściowo z rządowego uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej z dniem 1 lipca 2015 r. Kodeks karny i inne ustawy – druk sejmowy nr 2393.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396, dalej: nowela/nowelizacja z 2015 r.

<sup>3</sup> B. Kolański, *Kara grzywny w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 1999, z. 3, s. 13.

wykonanych kar grzywny w tej podstawowej postaci, a więc dobrowolnych uiszczeń grzywny w terminie ustawowym, nie przekraczał 50%.

Jednocześnie wzrastała w tym okresie, szczególnie od 2012 r., liczba zastępczych kar pozbawienia wolności orzekanych za grzywnę. O ile w 2011 r. liczba zarządzonych prawomocnie i skierowanych do wykonania kar zastępczych w stosunku do skazanych przebywających na wolności wyniosła 40 324 (5,7% zakończonych postępowań), o tyle w 2012 r. wzrosła ona do 59 162 (8,9% zakończonych postępowań). Natomiast liczba postanowień sądów zarządzających wykonanie kar zastępczych wzrosła z 64 665 w 2010 r. do 95 958 w 2013 r. Związane to było przede wszystkim ze zmianami przepisów Kodeksu karnego wykonawczego, dotyczącymi wykonania kary grzywny, dokonanej nowelizacją z 2011 r.<sup>4</sup> Szczególnie poprzez nowelizację art. 46 k.k.w. od 1 stycznia 2012 r. doszło do ewidentnego zmniejszenia wymogów, których zaistnienie obliuguje sąd do zarządzenia wykonania kary zastępczej. Będzie o tym mowa w dalszej części artykułu.

Przedstawiona statystyka pokazuje, że zmienione zasady zarządzania wykonania kar zastępczych nie wpłynęły mobilizująco na skazanych, gdy chodzi o dobrowolne uiszczenie przez nich grzywny.

Fakt niskiej skuteczności egzekwowania przez sądy grzywny, jak też możliwość, a czasem konieczność zarządzania wykonania zastępczych kar pozbawienia wolności niemal w każdym przypadku nieuiszczenia grzywny w określonym terminie skłoniły ustawodawcę do zmiany stanu prawnego w tym zakresie.

Nastąpiło to poprzez dodanie w Kodeksie karnym wykonawczym dwóch nowych przepisów: art. 12a i art. 48a k.k.w. oraz zmianę brzmienia art. 11 § 1 k.k.w.

Pierwszy z wymienionych przepisów wprowadza mechanizmy, które muszą być zrealizowane już w pierwszym etapie postępowania wykonawczego dotyczącego grzywny (a także innych należności sądowych), a więc z chwilą wezwania skazanego do dobrowolnego uiszczenia grzywny.

Zgodnie z wymogiem zawartym w art. 44 § 1 k.k.w. skazanego na grzywnę sąd wzywa do jej uiszczenia w terminie 30 dni.

Ustawodawca w noweli z 2015 r. dostrzegł potrzebę wprowadzenia dodatkowych instrumentów motywacyjnych, mających spowodować wdrożenie w większym stopniu skazanych do regulowania swych zobowiązań już na tym etapie postępowania wykonawczego. Instrumentem skłaniającym skazanych do dobrowolnego regulowania zobowiązań z tytułu grzywny i należności sądowych ma być przekazywanie informacji gospodarczej o tych zobowiązaniach do biur informacji gospodarczych, działających na podstawie ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych<sup>5</sup>.

W art. 12a § 1 k.k.w. mówi się m.in., że w wezwaniu do uiszczenia grzywny należy pouczyć skazanego o tym, iż w razie jej nieuiszczenia w całości w terminie wynikającym z przepisów Kodeksu karnego wykonawczego sąd przekaże do biur informacji gospodarczej, działających na podstawie powołanej ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r., informację gospodarczą o powstaniu tej zaległości. Ten obowiązek sądu dotyczy także innych należności Skarbu Państwa orzeczonych w postępowaniu karnym. Projektodawca tego rozwiązania wyraził nadzieję, że pouczenie, o którym mowa w art. 12a § 1 k.k.w., w odniesieniu do znacznej części zobowiązanych odniesie pożądany skutek w postaci zmotywowania ich do wywiązania się z tych należności<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 240, poz. 1431), dalej: nowela/nowelizacja z 2011 r.

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1015 z późn. zm.

<sup>6</sup> Zob. uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393.

Ustawa nowelizująca z 2015 r. wprowadziła też kilka zmian dostosowujących w powołanej ustawie z 9 kwietnia 2010 r.

W razie nieuiszczenia przez skazanego w całości należności w terminie wskazanym w art. 44 § 1 k.k.w. sąd niezwłocznie przekazuje do biur informacji gospodarczej za wiadomienie o powstaniu tej zaległości wraz z wymaganymi przez ustawę informacjami o skazanym (art. 12a § 2 k.k.w.).

Należy zaznaczyć, że do 1 lipca 2015 r. sądy miały możliwość (istnieje ona nadal) występowania do Krajowego Rejestru Sądowego o ujawnienie dłużnika z tytułu grzywien i innych należności sądowych w rejestrze dłużników niewypłacalnych w trybie art. 56 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>7</sup>. Z tej możliwości sądy jednak z reguły nie korzystają.

Wykracza poza tematykę artykułu omawianie szczegółowych zasad przekazywania biurom informacji, o których mowa w art. 12a k.k.w., oraz udostępniania tych informacji gospodarczych. Należy jedynie wskazać, że istnieje kilka biur informacji gospodarczych wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego jako spółki akcyjne. Sąd jest zobowiązany do przekazywania informacji wszystkim funkcjonującym biurom bez obowiązku zawierania z tymi biurami umów o udostępnianie informacji. Przedmiotem działalności gospodarczej biur jest pośrednictwo w udostępnianiu informacji gospodarczych, polegające na przyjmowaniu informacji gospodarczych od wierzycieli, przechowywaniu i ujawnianiu tych informacji (art. 7 ust. 1 powołanej ustawy z 9 kwietnia 2010 r.).

W przypadku częściowego lub całkowitego wykonania zobowiązania albo jego wygaśnięcia sąd jako wierzyciel jest obowiązany niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia powzięcia tych informacji, wystąpić do biur, którym przekazał dane o zobowiązaniu,

z żądaniem aktualizacji informacji gospodarczych, przekazując do biura aktualne dane (art. 29 ust. 1 ustawy).

Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go informacji gospodarczych przechowywanych przez biuro, przekazanych zgodnie z art. 14–18 ustawy. Dostęp w zakresie informacji gospodarczych dotyczących dłużników będących konsumentami jest bezpłatny, jeżeli następuje nie częściej niż raz na 6 miesięcy. W pozostałych przypadkach dostęp podlega opłacie zgodnie z obowiązującym w biurze cennikiem, nie wyższej niż 0,5% minimalnego wynagrodzenia za pracę (art. 23 ustawy).

W razie bezskutecznego upływu terminu określonego w art. 44 § 1 k.k.w. lub jedynie częściowej zapłaty grzywny obligatoryjne staje się ściągnięcie grzywny w drodze egzekucji. Tak przynajmniej wynika z brzmienia art. 44 § 2 k.k.w. Jednak kolejne przepisy przewidują możliwość wykonywania kary grzywny w formach zastępczych (praca społecznie użyteczna, zastępca kara pozbawienia wolności, rozłożenie grzywny na raty albo jej umorzenie bez konieczności skierowania grzywny do ściągnięcia w drodze egzekucji). Z treści art. 45 § 1, art. 46 § 1, art. 49 § 1 i art. 51 § 1 k.k.w. wynika ewentualność zastosowania wymienionych form zastępczych w przypadku, gdy ściągnięcie grzywny w trybie egzekucji byłoby bezcelowe. Użycie więc w art. 44 § 2 k.k.w. zwrotu „ściąga się w drodze egzekucji” należy ocenić jako co najmniej niefortunne<sup>8</sup>. Przy okazji nowelizacji z 2015 r. nie nastąpiła jednak zmiana brzmienia tego przepisu ani wymienionych wyżej przepisów pozostających w związku z jego brzmieniem.

Należy jednak dodać, że zasadnie podkreślono w piśmiennictwie, iż w większości przypadków powinno jednak dojść do czynności egzekucyjnych przewidzianych w art. 44 § 2 k.k.w., gdyż taki sposób postępowania jest zasadą przy wykonywaniu kary grzywny. Będzie to

<sup>7</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 1203 z późn. zm.

<sup>8</sup> K. Postulski, *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary pozbawienia wolności (stan prawny, obawy, propozycje)*, „Probacja” 2013, nr 2, s. 58.

uzasadnione szczególnie w tych przypadkach, kiedy sąd ma wiedzę o majątku skazanego albo o wykonywaniu przez niego jakichkolwiek zajęć zarobkowych<sup>9</sup>. Poza tym należy zauważyć, że wyegzekwowanie grzywny w trybie egzekucji bliższe jest wspomnianemu na wstępie celowi grzywny niż inne formy zastępcze jej wykonywania (praca społecznie użyteczna, zastępcza kara pozbawienia wolności).

Poprawie efektywności egzekucji grzywny ma służyć dodanie w art. 11 k.k.w. zdania drugiego, nakładającego na sąd kierujący grzywnę (także inne tzw. należności sądowe) do egzekucji obowiązek przesłania komornikowi ostatnio uzyskanej z systemu teleinformatycznego ministra finansów informacji dotyczącej stosunków majątkowych i źródeł dochodu skazanego, w tym prowadzonych i zakończonych postępowań podatkowych, na podstawie aktualnych danych znajdujących się w tym systemie. Informację uzyskuje się drogą elektroniczną (zob. art. 213 § 1a k.p.k.).

Przepisy o zamianie grzywny na pracę społecznie użyteczną pozostały po nowelizacji z 2015 r. niezmienione. Zagadnienia związane z orzekaniem w tej materii nie powinny stanowić więc przedmiotu rozważań w niniejszym artykule. Jednak z uwagi na to, że praca społecznie użyteczna jest istotną alternatywą wobec zastępczej kary pozbawienia wolności, a przede wszystkim przy uwzględnieniu tego, że dodany w wyniku nowelizacji z 2015 r. art. 48a k.k.w. przewiduje orzekanie o tej karze w przypadku wstrzymania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (będzie o tym mowa niżej), niezbędne wydaje się krótkie omówienie zasad orzekania sądu w przedmiocie pracy społecznie użytecznej, przynajmniej w takim zakresie, jaki jest niezbędny z uwagi na brzmienie art. 48a k.k.w.

Tak więc zwracając krótko uwagę na zasady orzekania pracy społecznie użytecznej w takim właśnie aspekcie, wypada zacząć od podania kilku liczb obrazujących wykorzystywanie przez sądy możliwości, jakie daje art. 45 k.k.w.

Otóż liczba postanowień o zamianie grzywny na pracę społecznie użyteczną skierowanych do wykonania wyniosła: w 2010 r. – 92 514, w 2011 r. – 25 496, w 2012 r. – 45 541, w 2013 r. – 83 465. Są to ilości znaczne. Porównując je z podanymi wyżej liczbami postanowień zarządzających wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, można stwierdzić, że praca społecznie użyteczna stanowi znaczącą alternatywę wobec kary zastępczej w przypadkach, w których nie dojdzie do wykonania grzywny w jej podstawowej postaci.

Zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest zawsze fakultatywna. Sąd nie ma obowiązku stosować tej formy wykonania kary grzywny jako warunku niezbędnego do orzeczenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności. Zwrot „sąd może” (art. 45 § 1 k.k.w.) należy rozumieć jako możliwość, a nie konieczność jej stosowania. Nie zachodzi zatem obowiązek wszczynania z urzędu postępowania, którego efektem będzie postanowienie o treści negatywnej, a więc o niezamienianiu grzywny na pracę społecznie użyteczną. Jeżeli jednak skazany wnosi o wydanie takiej decyzji procesowej, czy też – jak w przypadku, o którym będzie mowa przy analizowaniu nowego art. 48a k.k.w. – złoży na piśmie stosowne oświadczenie, obowiązkiem sądu jest dokładne ustalenie i ocena, czy istnieją przesłanki uzasadniające przekonanie, że skazany podejmie i będzie wykonywał pracę społecznie użyteczną. W braku podstaw do orzeczenia pracy społecznie użytecznej sąd wydaje postanowienie w tym przedmiocie.

Za rezygnacją z zastosowania pracy społecznie użytecznej może przemawiać między innymi:

- 1) faktyczna niemożność skierowania skazanego do pracy wobec jej braku na danym terenie;
- 2) przewidywanie negatywnej postawy skazanego wobec tej formy wykonania kary grzywny;
- 3) brak stałego miejsca pobytu skazanego;

<sup>9</sup> M. Siwek, *Glosa do postanowienia SN z dnia 24 marca 2006 r.*, WZ 10/06, LEX/el. 2010.



4) choroba, kalectwo lub wiek skazanego, stanowiące przeciwwskazanie do wysiłku fizycznego;

5) sytuacja rodzinna skazanego;

6) odbywanie przez skazanego kary pozbawienia wolności.

O zamianie grzywny na pracę społecznie użyteczną orzeka sąd określony w art. 3 § 1 k.k.w., czyli sąd, który wydał orzeczenie w pierwszej instancji i wykonuje karę grzywny. Natomiast nadzór nad wykonywaniem tej pracy oraz orzekanie w sprawach dotyczących jej wykonywania należą do sądu rejonowego, w którego okręgu praca jest lub ma być wykonywana (art. 55 § 1 k.k.w. w zw. z art. 45 § 2 k.k.w.). Sąd ten nie jest jednak uprawniony do orzekania w przedmiocie zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności, jeżeli skazany uchylił się od wykonania pracy społecznie użytecznej. Kara zastępcza pozbawienia wolności jest bowiem orzekana w miejsce kary grzywny, a nie w miejsce pracy społecznie użytecznej, orzekanie w tym przedmiocie nie jest zatem orzekaniem „w sprawach dotyczących wykonania tej pracy”.

Kierowanie do wykonania postanowienia o zamianie grzywny na pracę społecznie użyteczną, nadzór nad jej wykonywaniem oraz wykonywanie pracy przez skazanego odbywają się przy odpowiednim stosowaniu przepisów dotyczących kary ograniczenia wolności.

Do wykonywania pracy społecznie użytecznej stosuje się odpowiednio art. 53–58 i art. 60 k.k.w., dotyczące wykonywania kary ograniczenia wolności (art. 45 § 2 k.k.w.). Oznacza to, że do tej pracy nie mają – na przykład – zastosowania przepisy o możliwości zmniejszenia liczby godzin wykonywanej pracy w stosunku miesięcznym (art. 61 § 2 k.k.w.), o odroczeniu i przerwie w odbywaniu kary ograniczenia wolności (art. 62–63 k.k.w.), uznaniu kary za wykonaną (art. 64 k.k.w.) i zarządzeniu wykonania kary zastępczej (art. 65 k.k.w.).

Inną – najbardziej restrykcyjną – formą wykonania kary grzywny jest zastępcza kara pozbawienia wolności. W wyniku nowelizacji z 2011 r. zasadniczej zmianie uległy przesłan-

ki zarządzenia wykonania tej kary określone w art. 46 k.k.w. Stały się one bardziej rygorystyczne dla skazanych wobec tych, które obowiązywały do końca 2011 r. Po nowelizacji z 2015 r. przesłanki te nie uległy zmianie, jednak dodanie art. 48a k.k.w. złagodziło w istotny sposób konsekwencje tego rygoryzmu.

Ta zmiana była konieczna, bowiem okres odbywania zastępczej kary pozbawienia wolności, szczególnie gdy jest to jedyna podstawa pobytu skazanego w zakładzie karnym (podobnie zresztą jak kary aresztu orzeczonej za wykroczenie lub kary porządkowej oraz środka przymusu skutkującego pozbawieniem wolności), bywa z reguły na tyle krótki, że uniemożliwia osiągnięcie celu kary wymienionego w art. 67 k.k.w. Jest nim wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Jego realizacja następuje poprzez prowadzone indywidualizowane oddziaływanie na skazanych w ramach określonych w ustawie systemów wykonywania kary, w różnych rodzajach i typach zakładów karnych. Bezproduktywne jest podejmowanie wobec osadzonego wymienionych w tym przepisie środków oddziaływania, mimo że są one wymogiem ustawowym. Skazany nie ma zresztą obowiązku poddawania się tym oddziaływaniom.

Podejmując omawianie zasad orzekania zastępczej kary pozbawienia wolności obowiązujących od dnia 1 stycznia 2012 r., nie można pominąć stanu prawnego, jaki w tym zakresie obowiązywał do końca 2011 r. Tylko porównanie tych zasad obowiązujących do końca 2011 r. i od początku 2012 r. pozwoli na zrozumienie słusznych zarzutów podważających celowość tej zmiany, która obowiązuje od 1 stycznia 2012 r., oraz na ocenę celowości dodania z dniem 1 lipca 2015 r. art. 48a k.k.w.

Tak więc w stanie prawnym sprzed 2012 r. sąd był obowiązany orzec wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, jeżeli:

1) skazany „mimo możliwości” nie uiścił

grzywny w terminie określonym w art. 44 § 1 k.k.w.;

2) zostało stwierdzone, że grzywny nie można ściągnąć w drodze egzekucji;

3) skazany nie podjął pracy społecznie użytecznej, jeżeli została ona uprzednio orzeczona na podstawie art. 45 § 1 lub art. 47 § 3 k.k.w.

Nadto przewidziana była możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary zastępczej.

Bardzo istotnymi ograniczeniami w zarządzaniu wykonania kary zastępczej było więc ustalenie, że skazany nie miał możliwości uiszczenia grzywny w terminie miesiąca od wezwania, nie było możliwe wykonanie kary grzywny w inny sposób niż zarządzenie wykonania kary zastępczej oraz bezskuteczność egzekucji.

Wprowadzenie warunku „mimo możliwości” w sposób zdecydowany łagodziło rygory wynikające z obligatoryjności orzekania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności. Poprzez wyposażenie sądu w prawo do oceny istnienia owej niezdefiniowanej ustawowo „możliwości” kodeks dawał mu pewien luz decyzyjny, a więc czynił jego decyzję tylko względnie obligatoryjną.

Niemożliwość ściągnięcia grzywny w drodze egzekucji musiała być w stanie prawnym sprzed 2012 r. faktyczna, a nie tylko hipotetyczna, stanowiła wynik bezskutecznych czynności egzekucyjnych, potwierdzonych przez komornika w stosownym protokole, sporządzonym zgodnie z wymogami określonymi w art. 809 k.p.c.<sup>10</sup> Bez dysponowania protokołem bezskutecznej egzekucji i postanowieniem o umorzeniu egzekucji sąd nie mógł zarządzić wykonania kary zastępczej. W piśmiennictwie słusznie nadto podkreślono konieczność ustalenia, że ponawianie prób wyegzekwowania grzywny nie da pozytywnego rezultatu<sup>11</sup>.

Nowela z 2011 r. wprowadziła bardzo istotne zmiany zasad orzekania zastępczej kary po-

zbawienia wolności za nieuiszczoną grzywnę, w szczególności:

1) „niemożność” uiszczenia grzywny w takim rozumieniu tego pojęcia, jakie obowiązywało przy interpretacji art. 46 § 1 k.k.w. w brzmieniu sprzed nowelizacji, przestała być przesłanką niezbędną do zarządzenia wykonania kary zastępczej;

2) bezskuteczność egzekucji nie jest koniecznym warunkiem zarządzenia wykonania kary zastępczej; wystarczająca jest wynikająca z okoliczności sprawy ocena, że byłaby ona bezskuteczna;

3) nie istnieje możliwość warunkowego zawieszenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności;

4) uchylony został przepis, który pozwalał na zamianę orzeczonej zastępczej kary pozbawienia wolności na pracę społecznie użyteczną i na stosowanie korzystniejszych dla skazanego przeliczników przy zamianie kary grzywny na zastępczą karę pozbawienia wolności lub na pracę społecznie użyteczną (art. 47 § 3 i 4 k.k.w.).

Zmiany te oznaczają zatem, że w aktualnym stanie prawnym zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności jest obligatoryjne nie tylko po stwierdzeniu bezskuteczności egzekucji, ale też w wyniku oceny sądu prowadzącej do wniosku, że egzekucja taka byłaby bezskuteczna, a ponadto alternatywnie:

1) wobec niewyrażenia przez skazanego zgody na podjęcie pracy społecznie użytecznej orzeczonej na podstawie art. 45 k.k.w. albo uchylania się od jej wykonania lub

2) wskutek oceny, że zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niemożliwa lub niecelowa.

Nie ma przy tym znaczenia przyczyna przewidywanej bezskuteczności ściągnięcia grzywny w drodze egzekucji lub niecelowości jej wykonania w formie pracy społecznie użytecznej.

<sup>10</sup> Zob. też postanowienie SA w Lublinie z 17 stycznia 2001 r., II AKz 478/00, OSA 2001, nr 11, poz. 77.

<sup>11</sup> J. Szumski, *Kara zastępcza za nieuiszczoną grzywnę (w świetle ustawodawstwa i praktyki sądowej)*, PIP 2000, z. 11, s. 39.

To rozwiązanie dotyczące przesłanek zarządzania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności spotkało się z krytyką. Podkreślono, że ustawodawca nie uzasadnił powodów zniesienia warunku „niemożliwości” uiszczenia grzywny i spowodował, że obowiązek zarządzania wykonania kary zastępczej istnieje także wówczas, gdy skazany nie uchyla się od jej uiszczenia<sup>12</sup>.

W tym tkwi przyczyna wzrostu – i tak bardzo dużej – liczby orzekanych i wykonywanych kar zastępczych, a w konsekwencji – przeludnienia zakładów karnych oraz znaczącego wzrostu kosztów ich funkcjonowania. Świadczą o tym dane statystyczne dotyczące tej formy wykonywania grzywnien, cytowane na początku artykułu. Przedstawiona tam statystyka pokazuje też, że zaostrzone zasady zarządzania wykonania kar zastępczych nie wpłynęły mobilizująco na skazanych, gdy chodzi o dobrowolne uiszczanie przez nich grzywnien.

W ślad za wspomnianą krytyką pojawiały się postulaty złagodzenia rygorów wynikających z zarządzania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności. Jednym z nich było dopuszczenie możliwości jednorazowej zamiany grzywny na pracę społecznie użyteczną także po zarządzeniu wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności, na zasadach podobnych do tych, które przewidywał uchylony art. 47 § 3 k.k.w.<sup>13</sup>

Z satysfakcją należy odnotować, że chociaż jeden z tych postulatów został uwzględniony w nowelizacji z 2015 r.

W dodanym art. 48a § 1 i 3 k.k.w. sąd otrzymał uprawnienie do wstrzymania w każdym czasie wykonania zarządzanej zastępczej kary pozbawienia wolności i określenia wymiaru pracy społecznie użytecznej zgodnie z zasa-

dami określonymi w art. 45 § 1 i 3 k.k.w. Warunkiem wydania takiej decyzji jest pisemne oświadczenie skazanego, że podejmie pracę społecznie użyteczną i podda się rygorom z nią związanym.

Z treści art. 48a § 1 k.k.w. nie wynika istota czynności skazanego, określonej jako „oświadczenie na piśmie”. Nie jest to z pewnością „wniosek” o wstrzymanie kary zastępczej w rozumieniu art. 19 k.k.w., na co wskazuje terminologia, jaką posłużył się ustawodawca. Jest to oświadczenie woli wyrażone przez skazanego, którego nikt nie może złożyć w jego imieniu. Oznacza to, że – odmiennie niż w przypadku wniosku (art. 19 § 1 k.k.w.) – takiego uprawnienia nie ma obrońca skazanego ustanowiony lub wyznaczony w postępowaniu wykonawczym.

Oświadczenie skazanego musi mieć formę pisemną, a jego adresatem jest sąd. Może ono być złożone w każdym czasie, a więc na każdym etapie wykonywania kary zastępczej.

Złożenie przez skazanego oświadczenia, o którym mowa w art. 48a § 1 k.k.w., powoduje obowiązek wszczęcia przez sąd z urzędu postępowania w przedmiocie określenia wymiaru pracy społecznej. Istota tego postępowania sprawia, że sąd musi niezwłocznie wszcząć postępowanie i wydać stosowne postanowienie. Nie jest konieczne zawiadomianie stron o terminie i celu posiedzenia. Jeżeli sąd wstrzyma wykonanie kary zastępczej i określi wymiar pracy społecznej zgodnie z zasadami określonymi w art. 45 § 1 i 3 k.k.w., postanowienie jest wykonalne z chwilą wydania (art. 9 § 3 k.k.w.) i w dniu wydania musi być skierowane do wykonania<sup>14</sup>. Oznacza to m.in. konieczność zwolnienia skazanego w tym dniu z zakładu karnego.

Przepis art. 48a § 1 k.k.w. w sposób ewi-

<sup>12</sup> S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 246; K. Postulski, *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary*, s. 47; T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, PiP 2012, z. 2, s. 56.

<sup>13</sup> K. Postulski, *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary*, s. 47; T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego*, s. 56.

<sup>14</sup> § 357 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 259 z późn. zm.).

dentny łagodzi rygoryzm związany z zarządzeniem wykonania kary zastępczej poprzez możliwość zaniechania wykonywania tej kary i wstrzymanie jej wykonania, o ile zaistnieją przesłanki wymienione w tym przepisie.

Trzeba jednak pamiętać, że decyzja sądu o wstrzymaniu wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności ma charakter fakultatywny. Stosowanie art. 48a k.k.w. jest pozostawione ocenie sądu, który powinien w szczególności rozważyć, czy w świetle dotychczasowej postawy skazanego realne jest wykonanie przez niego pracy społecznie użytecznej. Przeciwno wstrzymaniu wykonania kary mogą przemawiać przede wszystkim te okoliczności, które zostały wymienione wyżej, jako uzasadniające rezygnację z zamiany grzywny na pracę społecznie użyteczną.

Wstrzymanie wykonania kary zastępczej następuje do czasu wykonania pracy społecznie użytecznej lub złożenia kwoty pieniężnej przypadającej jeszcze do uiszczenia tytułem grzywny i następuje z jednoczesnym określeniem wymiaru pracy społecznej, jaką ma podjąć skazany. Przepis art. 48a k.k.w. nie przewiduje uprawnienia do wstrzymania wykonania kary zastępczej, gdy pisemne oświadczenie skazanego zawiera deklarację zapłaty grzywny. Zgodnie bowiem z art. 47 § 2 k.k.w. od zastępczej kary pozbawienia wolności lub wykonywania pracy społecznie użytecznej skazany może się w każdym czasie zwolnić przez złożenie kwoty pieniężnej przypadającej jeszcze do uiszczenia tytułem grzywny. W tym przypadku zbędne jest składanie przez niego jakichkolwiek oświadczeń.

W przypadku gdy sąd wstrzyma wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności i określi wymiar pracy społecznie użytecznej, będą miały zastosowanie zasady wykonywania kary ograniczenia wolności określone w art. 53–58 i 60 k.k.w. (art. 55 § 2 k.k.w.), w tym dotyczące właściwości funkcjonalnej sądu<sup>15</sup>. Była o tym mowa wyżej.

Jeżeli skazany uchyla się od wykonania pracy społecznie użytecznej, sąd zarządza wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 48a § 2 k.k.w.). Kodeks karny wykonawczy nie definiuje pojęcia „uchyla się” ani w art. 48 k.k.w., ani w żadnym innym przepisie. Należy zatem stosować w tym przypadku rozumienie tego pojęcia, jakie zostało wypracowane w piśmiennictwie i orzecznictwie na gruncie art. 65 k.k.w., odnoszące się do kary ograniczenia wolności.

Tak więc o uchylaniu się od pracy społecznie użytecznej mogą świadczyć w szczególności następujące okoliczności:

1) niestawienie się skazanego na wezwanie sądowego kuratora zawodowego lub oświadczenie mu, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy, po uprzednim pouczeniu go przez kuratora o prawach, obowiązkach i konsekwencjach związanych z wykonywaniem nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne (art. 57 § 2 k.k.w.);

2) naruszanie obowiązków należących do istoty obowiązku pracy, a więc przede wszystkim niestawienie się do pracy w warunkach ograniczonej wolności, a w przypadku podjęcia pracy – wykonywanie jej niesumienne i nieprzestrzeganie ustalonych w miejscu pracy porządku i dyscypliny bądź porzucenie pracy (zob. art. 58 § 2 k.k.w.);

3) niepodporządkowywanie się poleceniom sądu lub sądowego kuratora zawodowego (zob. art. 169 oraz 60 k.k.w.).

Jednak ustalenie, że skazany naruszył wymienione, ciężące na nim obowiązki, nie jest wystarczające do zarządzenia wykonania kary zastępczej. Ustalenie, że takie zachowanie skazanego miało miejsce, obliguje sąd do zbadania przyczyn takiej postawy skazanego<sup>16</sup>.

Uchylanie się od pracy społecznie użytecznej jako przesłanka zarządzenia wykonania kary zastępczej oznacza tylko takie zachowanie skazanego, które jest wyrazem jego nega-

<sup>15</sup> Na temat wykonywania kary ograniczenia wolności zob. K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 355–383 i 387–388.

<sup>16</sup> Zob. też postanowienie SN z 11 maja 1974 r., IV KRN 19/74, OSNKW 1974, nr 7–8, poz. 141, LEX nr 18814.

tywnego stosunku do tej kary czy nałożonych w związku z nią obowiązków, a więc wynika z jego złej woli, a nie z innych przyczyn, obiektywnych lub nawet przez niego zawinionych<sup>17</sup>. Podkreśla się też element uporczywości w takim zachowaniu skazanego<sup>18</sup>.

Jeżeli sąd zarządzi wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, niedopuszczalne jest ponowne wstrzymanie wykonania tej samej zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 48a § 6 k.k.w.).

Zarządzając wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, sąd określa wymiar tej kary pozostałej do wykonania, kierując się zasadami określonymi w art. 46 § 2-4 k.k.w., a więc uwzględniając fakt ewentualnego częściowego spłacenia grzywny i częściowego wykonania pracy społecznie użytecznej.

Odmiennie, niż ma to miejsce przy rozpoznawaniu sprawy w przedmiocie wstrzymania wykonania kary zastępczej i określenia wymia-

ru pracy społecznie użytecznej, w posiedzeniu mającym za przedmiot zarządzenie wykonania kary zastępczej ma prawo wziąć udział prokurator, sądowy kurator zawodowy, skazany oraz jego obrońca (art. 48a § 4 k.k.w.). Tak więc w tym przypadku mamy do czynienia z wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 22 § 1 k.k.w.

Taki wyjątek przewidziany też został od zasady niezaskarżalności postanowień wydawanych w postępowaniu wykonawczym (art. 6 § 1 i art. 21 k.k.w.). Stosownie bowiem do art. 48a § 5 k.k.w. na postanowienie w przedmiocie wstrzymania i zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności oraz określenia wymiaru pozostałej do wykonania pracy społecznie użytecznej lub zastępczej kary pozbawienia wolności przysługuje zażalenie. Nie zmienia to jednak zasady, że postanowienie zarządzające wykonanie kary zastępczej staje się wykonalne z chwilą wydania (art. 9 § 3 k.k.w.), mimo nieprawomocności.

<sup>17</sup> Uchwała SN z 20 czerwca 1979 r., VI KZP 6/79, OSNKW 1979, nr 9, poz. 89, LEX nr 19552.

<sup>18</sup> R. Giętkowski, *Skutki uchylania się od odbywania kary ograniczenia wolności*, PiP 2006, z. 7, s. 78.

## Summary

*Kazimierz Postulski*

### AMENDMENTS TO THE EXECUTION OF THE FINE PENALTY IN FORCE FROM 1<sup>ST</sup> JULY 2015

This paper discusses in detail the amendments to the Criminal Executive Code relating to the execution of fine penalty, that will be in force from 1 July 2015. On the one hand their goal is to improve the efficiency of execution of the fine penalty in its essential form being voluntary payment. To this end the transmission of information on unpaid fines to the offices of information on economic activity is put in place. On the other hand, it is foreseen to alleviate the very stringent application of the alternative penalty of imprisonment for unpaid fines without even an attempt of recovery of the fine by way of execution. There is a provision foreseen allowing the stay of execution of fine in case when the written statement is presented declaring to undertake community service.

**KEY WORDS:** fine, alternative penalty, execution

**POJĘCIA KLUCZOWE:** grzywna, kara zastępcza, egzekucja

## WNIOSKI OBYWATELI POLSKICH KIEROWANE ZA GRANICĄ O PRYZNANIE POMOCY PRAWNEJ W POSTĘPOWANIU PRZED SĄDAMI ZAGRANICZNYMI

W wyniku integracji Polski z Unią Europejską nasze społeczeństwo stało się otwarte na wszelkie kontakty z zagranicą. Właściwie bez barier Polacy podejmują pracę poza granicami kraju (głównie w ramach państw należących do Wspólnoty Europejskiej), czy też u pracodawców mających siedzibę za granicą. Także w następstwie tego nawiązują się kontakty partnerskie czy też rodzinne oraz gospodarcze, a to wszystko powoduje często konieczność uregulowania na drodze sądowej stosunków pomiędzy stronami znajdującymi się w różnych krajach.

Wyobraźmy sobie sytuację, w której prowadzimy spór z firmą, przedstawicielem jakiegoś zawodu, swoim pracodawcą, członkiem rodziny lub inną osobą za granicą. W przypadku gdy polubowne rozstrzygnięcie sporu jest niemożliwe, możemy wnieść sprawę do sądu zagranicznego lub możemy być zmuszeni do odparcia powództwa, jeśli strona przeciwna przejmie inicjatywę i wnieśnie sprawę do sądu. Jeśli nie dysponujemy dostatecznymi środkami finansowymi, aby ponieść koszty sprawy sądowej, możemy zwrócić się z wnioskiem o pomoc prawną.

Pomoc prawna jest podstawowym prawem uznawanym przez Radę Europy (jednym z praw podstawowych jest prawo do sądu, którego ważną częścią jest prawo dostępu do niego, a tu istotnym aspektem jest pomoc prawna). Artykuł 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych

wolności<sup>1</sup>, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., stanowi, że każda osoba ma prawo do „rzetelnego procesu sądowego”. Stwierdza on, że każda osoba oskarżona o przestępstwo karne ma prawo do obrony osobiście lub za pośrednictwem wybranego przez siebie obrońcy, natomiast w przypadku nieposiadania wystarczających środków na opłacenie obrońcy pomoc taka przysługuje jej bezpłatnie, jeśli wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości. Artykuł 6 ust. 3 lit. c EKPC odnosi się jednakże do przyznania pomocy prawnej jedynie w sprawach karnych. Przepis ten nie znajduje zastosowania do spraw cywilnych, w odniesieniu do których państwa-strony nie są zobligowane do przyznawania w każdym wypadku pomocy prawnej<sup>2</sup>. Odmowę przyznania pomocy w sprawach cywilnych ETPCz rozpatruje jednak w kategoriach naruszenia prawa do sądu. EKPC „nie nakłada obowiązku przyznawania pomocy prawnej we wszystkich sporach cywilnych. Istnieje bowiem wyraźna różnica pomiędzy sformułowaniem art. 6 ust. 3 lit. c, który, gdy spełnione są określone przesłanki, zapewnia prawo do nieodpłatnej pomocy prawnej w sprawach karnych, a sformułowaniem art. 6 ust. 1, który w ogóle nie wspomina o pomocy prawnej”<sup>3</sup>. Aktualny pozostaje pogląd, że EKPC nie zawiera żadnego postanowienia dotyczącego pomocy prawnej, ale w wypadku spraw cywilnych art. 6 ust. 1 może w niektórych sytuacjach nakładać na państwo obowiązek zapewnienia pomocy pro-

<sup>1</sup> Konwencja ratyfikowana przez RP, opublikowana w Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284; Protokół nr 11: Dz.U. z 1998 r. nr 147, poz. 962.

<sup>2</sup> Wyrok ETPCz z 26 sierpnia 2008 r., skarga nr 14565/04, *VP Diffusion Sarl v. Francja*.

<sup>3</sup> Wyrok ETPCz z 26 lutego 2002 r., skarga nr 46800/99, *Del Sol v. Francja*.



fesjonalnego pełnomocnika, gdy pomoc taka jest niezbędna w celu uzyskania rzeczywistego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, czy to dlatego, że prawo przewiduje obowiązkowe zastępstwo przez adwokata, jak ma to miejsce w prawie krajowym niektórych umawiających się państw w odniesieniu do niektórych kategorii sporów, czy to z powodu skomplikowanego charakteru norm proceduralnych lub sprawy<sup>4</sup>.

Także art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>5</sup> stanowi, że „wszyscy ludzie są równi przed sądami i trybunałami. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych (...)”. Zgodnie z postanowieniami tego artykułu każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli oskarżony nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie, bronięcia się osobiście lub przez obrońcę przez siebie wybranego, bez ponoszenia kosztów obrony w przypadkach, kiedy oskarżony nie posiada dostatecznych środków na ich pokrycie. Przepis ten nie stanowi *explicite*, że pomoc prawna przysługuje także w sprawach cywilnych, ale słuszna wydaje się szersza in-

terpretacja tego przepisu, umożliwiająca zachowanie efektywności prawa<sup>6</sup>. Aby bowiem prawo do sądu nie było jedynie iluzoryczną literą prawa, państwa winny zapewnić swoim obywatelom nieodpłatną pomoc prawną również w zakresie spraw cywilnych. Dlatego też niewątpliwie pomoc prawna dla osób ubogich, mająca rangę konstytucyjną<sup>7</sup> oraz wynikająca z wiążących Polskę międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka, nie dotyczy tylko spraw karnych, lecz wszystkich spraw rozpoznawanych przez sądy<sup>8</sup>.

Sposoby wnoszenia spraw do sądu, a co za tym idzie – także wniosków o zwolnienie od kosztów postępowania, nie tylko na świecie, ale także w Europie, są stosunkowo zróżnicowane. Różnice występują nie tylko pomiędzy kontynentami czy poszczególnymi państwami członkowskimi UE, lecz także w obrębie jednego państwa członkowskiego, w zależności od rodzajów sądownictwa, charakteru i okoliczności wniosku. Różnice te wynikają z tradycji prawnej państw, rozumianej jako zbiór głęboko zakorzenionych, historycznie uwarunkowanych poglądów na temat natury prawa, roli prawa w społeczeństwie i w polityce, właściwej organizacji i działania systemu prawnego, i z tego, jak prawo jest oraz powinno być tworzone, stosowane, studiowane, udoskonalane oraz nauczane. Tradycja prawna odnosi system prawa do kultury, na którą składa się cały zespół wzorców postępowania używanych przez

<sup>4</sup> Wyrok ETPCz z 9 października 1979 r. w sprawie *Airey v. Irlandia*.

<sup>5</sup> Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

<sup>6</sup> Sprawa *Y. L. przeciwko Kanadzie*, skarga nr 112/1981, R. 1986; por. także sprawę *Del Sol przeciwko Francji*, skarga nr 46800/99, wyrok z 26 lutego 2002 r.

<sup>7</sup> Pomoc prawna na etapie sądowym stanowi element konstytucyjnej gwarancji dostępu do sądu – art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

<sup>8</sup> Wyrok TK z 29 sierpnia 2006 r., SK 23/05, OTK ZU 2006, nr 8/A, poz. 94. W świetle Zalecenia Komitetu Rady Ministrów Rady Europy z 8 stycznia 1993 r. dla państw członkowskich co do efektywnego dostępu do prawa i sprawiedliwości dla najuboższych, nr R (93), państwa członkowskie są zobowiązane do „ułatwiania osobom ubogim w sytuacji wszelkiego ubóstwa dostępu do prawa poprzez wspieranie służb świadczących tym osobom doradztwo prawne oraz pokrywanie kosztów doradztwa prawnego dla tych osób przez system pomocy prawnej” [zob. też Zalecenie Komitetu Rady Ministrów Rady Europy nr 76 (5) o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, handlowych i administracyjnych oraz Zalecenie Komitetu Rady Ministrów Rady Europy nr 78 (8) o pomocy i poradach prawnych i por. z Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego z 17 grudnia 1991 r., nr 46/121 oraz Rezolucją Komisji Praw Człowieka z 18 lutego 1992 r., nr 1991/11].

prawników w ich pracy, które nie są zawarte wprost w tekstach prawnych, ale bez których z tekstów tych nie dałoby się wydobyć reguł pozwalających na rozstrzygnięcie problemów prawnych<sup>9</sup>.

Krótko jedynie wskazać tu należy podział kultur prawnych na *common law* i *civil law*. Pierwsza, charakterystyczna dla takich państw jak Wielka Brytania, Stany Zjednoczone, Australia, Nowa Zelandia, wyrastając z prawa zwyczajowego, przekształciła się w prawo powszechne, pragmatyczne, niepisane, precedensowe. Uzasadnienie decyzji sędziowskiej w *common law* jest zawsze kazuistyczne i odwołuje się do szczególnych okoliczności sprawy. Prawo precedensowe jest tworzone w drodze wyroków sądowych. Różnią się one od orzeczeń prawa kontynentalnego przede wszystkim tym, że inaczej niż w systemie kontynentalnym stanowią one oficjalnie źródło prawa powszechnie obowiązującego. W *common law* nie ma też reguł prawnych, do jakich przywykł prawnik z kontynentu. W *civil law* podstawowe zasady są skodyfikowane i ta kodyfikacja służy jako podstawowe źródło prawa. Prawa te właściwe są dla krajów Europy kontynentalnej (w tym Polski), większości krajów Azji i Ameryki Południowej, a także pewnej grupy państw afrykańskich.

Niezależnie jednak od powyższego systemy pomocy prawnej istnieją we wszystkich państwach<sup>10</sup>. Systemy te różnią się między sobą pod względem charakteru i zakresu dostępnej pomocy oraz zasad jej przyznawania, jednak-

że cel wszystkich tych systemów jest taki sam – zapewnienie wszystkim skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

Na określonych warunkach systemy krajowe zapewniają:

- zwolnienie lub pomoc w zakresie całości lub części opłat sądowych,
- pomoc prawnika, który udzieli nam porady przedprocesowej i w razie konieczności będzie reprezentować nas w sądzie bezpłatnie lub za niewielką opłatą.

Pomoc prawna może w poszczególnych krajach obejmować nie tylko zapewnienie wsparcia oskarżonego podczas rozprawy (pełnomocnik, całkowite lub częściowe zwolnienie z kosztów sądowych), zabezpieczenie praw osoby w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym, ale również poradę prawną. Ponadto może ona obejmować również pokrycie wynagrodzenia doradców technicznych lub ekspertów (Belgia, Słowenia, Hiszpania), przygotowanie dokumentów niezbędnych w postępowaniu sądowym (Bułgaria, Estonia, Łotwa, Litwa, Szkocja), a także pokrycie wynagrodzenia notariuszy, komorników, a nawet prywatnych detektywów (Włochy). W Niemczech z kolei funkcjonuje Program Doradztwa Prawnego (Rechtsberatung Programm)<sup>11</sup>, osobno udziela się tam również pomocy w zakresie opłacania kosztów sądowych.

We Francji pomoc prawna udzielana jest w sprawach spornych i bezspornych we wszystkich sądach<sup>12</sup>. Pomocy można udzielić

<sup>9</sup> Pisze o tym: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze 2000, s. 16.

<sup>10</sup> Szerzej: A. Cenzartowicz, *Legal aid – przykłady ze świata*, kwartalnik informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości „Na Wokandzie” 2011, nr 8.

<sup>11</sup> Więcej informacji na temat pomocy w ramach Programu Doradztwa Prawnego można uzyskać z broszury *Guter Rat ist nicht teuer (Dobra rada nie jest droga)*, dostępnej na stronie internetowej pod „Veröffentlichungen” (publikacje).

<sup>12</sup> Obecny system pomocy prawnej we Francji (który zastąpił dawny, wprowadzony jeszcze przed przyjęciem ustawodawstwa z 1972 r.) reguluje ustawa o pomocy prawnej (nr 91-647 z dnia 10 lipca 1991 r.) oraz dekret nr 91-1266 z dnia 18 grudnia 1991 r. Obejmuje on:

- właściwą pomoc prawną: pomoc finansową w postępowaniach sądowych i pozasądowych postępowaniach ugodowych;
- pomoc w pokryciu honorariów adwokatów w postępowaniu karnym stanowiącym alternatywę do sprawy sądowej (ugoda i mediacja), w przypadku pomocy prawnej dla osób zatrzymanych przez policję w celu przesłuchania i postępowania dyscyplinarnego w więzieniach; oraz

pozwanym i powodom dla całości lub jedynie części postępowania, także w celu wyegzekwowania wyroku. Decyzję o przyznaniu pomocy może wydać zarówno przewodniczący biura pomocy prawnej, jak i właściwy sąd. Jeśli wnioskodawca otrzyma pełną pomoc, pokryje ona wszystkie koszty postępowania (włącznie z honorariami adwokatów i innych prawników, np. notariusza). Koszty pomocy prawnej ponosi państwo.

Podobnie jest na Litwie – w zależności od dochodu wnioskodawcy może on otrzymać częściową pomoc prawną według jednej z sześciu stawek (wsparcie w wysokości od 15 do 85 proc. kosztów)<sup>13</sup>. Ubiegający się o przyznanie częściowej pomocy prawnej musi ponieść opłatę dodatkową, uzgodnioną między nim a adwokatem. Na Litwie pomoc prawna obejmuje informacje prawne, porady prawne, obronę oraz zastępstwo w sprawach cywilnych i administracyjnych. Udziela się następujących rodzajów pomocy: podstawowej (pomoc prawna oraz porada prawna gwarantowane przez lokalne rządowe organy wykonawcze), państwowej (informacje prawne, porady prawne, obrona oraz zastępstwo w postępowaniu), a także pomocy prawnej ze strony instytucji publicznych (informacje, porady prawne oraz zastępstwo w postępowaniu zapewniane przez instytucje zatwierdzone przez Ministerstwo Sprawiedliwości).

W Szwecji istnieją dwa uregulowane ustawowo rodzaje pomocy prawnej w sprawach cywilnych – porada prawna oraz pomoc prawna<sup>14</sup>. Poradę można otrzymać we wszystkich

kwestiach prawnych, z kolei pomoc prawną – w większości kwestii prawnych (istnieją tu jednak wyjątki, np. pomocy nie można udzielić w sprawach, w których powołany może zostać obrońca lub adwokat z urzędu). Porady udziela prawnik (trwa maksymalnie dwie godziny) i podlega ona opłacie. Osoba nieposiadająca wystarczających środków finansowych może zwrócić się o jej obniżenie o połowę, w przypadku małoletniego opłata jest anulowana w całości. Różnice po obniżeniu bądź anulowaniu opłaty wyrównuje prawnikowi państwo. Dodatkowo, wnioskując o pomoc prawną w Szwecji, trzeba uprzednio otrzymać przynajmniej godzinną poradę prawną oraz wykazać roczny dochód nieprzekraczający określonego progu.

W Wielkiej Brytanii istnieje kilka odrębnych systemów pomocy prawnej – dla Anglii i Walii, Szkocji, Irlandii Północnej oraz Gibraltaru. W Anglii i Walii za taką pomoc odpowiada specjalna rządowa instytucja Legal Services Commission (LSC) współpracująca z prawnikami oraz organizacjami pozarządowymi w celu zapewniania informacji, porad oraz prawnej reprezentacji uprawnionych osób (zatrudnia 1,7 tys. pracowników, rocznie pomaga ok. 2 mln osób, wydatki na finansowanie systemu bezpłatnej pomocy prawnej i udzielanie porad to każdego roku ok. 2 mld funtów). Komisja powołana została na mocy ustawy Access to Justice Act z 1999 r., która określa zasady prawnej obsługi społeczeństwa (*community legal service*) w sprawach cywilnych, rodzinnych, imigracyjnych oraz każdych innych, które nie są sprawami karnymi<sup>15</sup>. Kryteria udzielania pomocy

– dostęp do prawa (informacja, porady, bezpłatne konsultacje prawne).

Osoby otrzymujące pomoc prawną mają prawo do bezpłatnego korzystania z usług adwokata lub innego prawnika (komornika, *avocat*, notariusza, licytatora itp.) oraz do zwolnienia z kosztów sądowych.

<sup>13</sup> Zgodnie z Ustawą Republiki Litewskiej o pomocy prawnej gwarantowanej przez państwo (z dnia 28 marca 2000 r.) udziela się następujących rodzajów pomocy prawnej:

- podstawowa pomoc prawna;
- państwowa pomoc prawna;
- pomoc prawna ze strony instytucji publicznych.

<sup>14</sup> Informacje na temat szwedzkiego systemu pomocy prawnej oraz formularze wniosków można uzyskać od Krajowej Administracji Sądowej pod następującym adresem: [www.dom.se](http://www.dom.se)

<sup>15</sup> Więcej informacji można uzyskać na stronie internetowej Komisji Służb Prawnych, a szczegółowe dane adwokatów możemy znaleźć w Katalogu English. Jednostka Obsługi Klienta w Departamencie Policji i Prawa, Siedziba

prawnej zależą od organu, przed którym toczy się sprawa, rodzaju i meritum sprawy oraz sytuacji finansowej wnioskującego. Pomocy ze środków publicznych można udzielić w całości lub w części, jeżeli zaś istnieją inne źródła jej finansowania (np. ubezpieczenie), wykorzystuje się je w pierwszej kolejności.

W Stanach Zjednoczonych historia *legal aid* sięga 1870 r., jednak w nowoczesnej formie system zaczął się kształtować dopiero w latach 60. XX w., głównie pod wpływem działalności fundacji prowadzących programy usług prawnych wspierających walkę z ubóstwem. W celu zapewnienia finansowania ze środków budżetu federalnego pomocy prawnej dla ubogich Amerykanów w sprawach cywilnych Kongres USA utworzył w 1974 r. Legal Services Corporation (LCS), którą kieruje zarząd składający się z jedenastu członków mianowanych przez prezydenta i zatwierdzonych przez Senat. LCS funkcjonuje jako niezależna i niedochodowa korporacja (*independent non for profit corporation*), mająca za zadanie promowanie równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości oraz przekazywanie dotacji (np. w formie grantów) instytucjom wyspecjalizowanym w udzielaniu pomocy prawnej, w tym kancelariom, tzw. klinikom prawa funkcjonującym przy szkołach prawa, a także organizacjom użyteczności publicznej. Do najczęstszych spraw, z którymi zwracają się osoby ubiegające się o pomoc prawną w USA, należą: pozbawienie zasiłku, eksmisja, przemoc w rodzinie, sprawy imigracyjne, ochrona

konsumentów oraz sprawy z zakresu szeroko pojętej dyskryminacji<sup>16</sup>.

Unia Europejska stawia sobie za cel utworzenie prawdziwej przestrzeni sprawiedliwości, w której każdy obywatel Europy może zwrócić się do sądów innego państwa członkowskiego z taką samą łatwością, z jaką zwraca się do sądów w swoim własnym kraju.

W 1999 roku Rada Europejska podkreśliła znaczenie łatwego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, wzywając Komisję do przedstawienia inicjatyw w następujących dziedzinach: pomoc prawna<sup>17</sup>, odszkodowania dla ofiar przestępstw oraz alternatywne sposoby rozstrzygnięcia sporów. Rada dodała, że należałoby ustalić wspólne minimalne normy dotyczące formularzy lub dokumentów wielojęzycznych, jakie miałyby być stosowane w transgranicznych postępowaniach sądowych w całej Unii. W samej Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>18</sup> przewiduje się w art. 47 akapit trzeci, że „pomoc prawna jest udzielana osobom, które nie posiadają wystarczających środków, w zakresie, w jakim jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości”<sup>19</sup>.

Podstawą akapitu pierwszego wskazanego wyżej artykułu Karty jest art. 13 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Jednakże w prawie Unii ochrona jest bardziej rozległa, ponieważ gwarantuje prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem. Trybunał Sprawiedliwości

---

Główna LSC, 85 Gray's Inn Road, London WC1X 8TX może pomóc, udzielając odpowiedzi na pytania dotyczące systemu finansowania publicznego usług prawnych w Anglii i Walii. Wyjaśni również, w jaki sposób rozpatrywane są wnioski wpływające na mocy Porozumienia Strasburskiego, jednakże warto pamiętać, że Siedziba Główna Komisji Służb Prawnych jako taka nie jest w stanie podjąć decyzji w sprawie przyznania finansowania.

<sup>16</sup> Więcej o systemie pomocy prawnej w USA pisze: A. W. Houseman, *Civil Legal Aid in the United States. An Overview of the Program in 2003*, Center for Law and Social Policy, September 2003. Także: M. Araszkiwicz, *Poradnictwo prawne i obywatelskie a nowe technologie*, Instytut Prawa i Społeczeństwa, Warszawa 2012.

<sup>17</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 11 czerwca 2013 r. w sprawie poprawy dostępu do wymiaru sprawiedliwości: pomoc prawna w sporach transgranicznych (2012/2101(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0240+0+DOC+XML+V0//PL>

<sup>18</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2010/C 83/02), Dz. Urz. Unii Europejskiej C 83/389.

<sup>19</sup> Sprawa DEB *Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH przeciwko Republice Federalnej Niemiec* – wyrok TS z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-279/09.

potwierdził to prawo w swoim wyroku z 15 maja 1986 r. jako ogólną zasadę prawa Unii<sup>20</sup>. Akapit drugi natomiast odpowiada artykułowi 6 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wspomnianej powyżej. W prawie Unii prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy nie jest ograniczone do spraw odnoszących się do praw i obowiązków o charakterze cywilnym. Jest to jedna z konsekwencji faktu, że Unia jest podmiotem prawa, zgodnie z wyrokiem Trybunału<sup>21</sup>. Niemniej jednak, z wyjątkiem ich zakresu zastosowania, gwarancje przyznane przez europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności są podobnie stosowane w Unii. W odniesieniu do akapitu trzeciego należy zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka należy zapewnić pomoc prawną wówczas, gdy przy braku takiej pomocy niemożliwe jest zapewnienie skutecznego środka prawnego<sup>22</sup>.

Zanim opisany zostanie sposób wystąpienia z wnioskiem o udzielenie pomocy prawnej w ramach państw należących do Wspólnoty, warto jeszcze wskazać najłatwiej dostępne źródło uzyskania podstawowych informacji m.in. o systemach pomocy prawnej w poszczególnych państwach członkowskich UE. W wyniku ustawicznej troski wspólnotowego prawodawcy, ale też państw członkowskich UE/WE działających międzyrządowo, o ułatwienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości, decyzją Rady (WE) 470/2001 z dnia 28 maja 2001 r. ustanowiono Europejską Sieć Sądową

w sprawach cywilnych i handlowych<sup>23</sup>. Znajdują się tutaj wszelkie niezbędne informacje, dotyczące m.in. pomocy prawnej. W tym portalu, oprócz informacji dotyczących systemów prawnych państw członkowskich UE, znajdują się także informacje dotyczące współpracy w sprawach z państwami trzecimi<sup>24</sup>.

Podstawowym dokumentem w zakresie współpracy pomiędzy państwami członkowskimi UE w sprawach cywilnych i handlowych jest przyjęta 27 stycznia 2003 r. przez Radę WE dyrektywa nr 2003/8/WE w celu usprawnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych poprzez ustanowienie minimum wspólnych zasad odnoszących się do pomocy prawnej w sporach o tym charakterze<sup>25</sup>. W praktyce – pewnie z uwagi na jednak najczęstszą migrację Polaków do państw członkowskich Unii – na jej podstawie najczęściej przekazywane są wnioski o uzyskanie pomocy prawnej. Dyrektywa ta ma pierwszeństwo w stosunkach między państwami członkowskimi Unii Europejskiej przed wszystkimi wielo- i dwustronnymi konwencjami, porozumieniami czy umowami. Postanowienia tego dokumentu unijnego ułatwiają ubieganie się o pomoc prawną w sporach transgranicznych przez osoby, które nie posiadają wystarczających środków, w wypadkach gdy pomoc jest konieczna w celu zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy stanowią spory transgraniczne, innymi słowy – sytuacje, gdy osoba zwracająca się o pomoc prawną nie zamieszkuje w państwie członkowskim, w któ-

<sup>20</sup> Sprawa *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* – wyrok Trybunału z 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84.

<sup>21</sup> Wyrok Trybunału w sprawie 294/83, „*Les Verts*” przeciwko Parlamentowi Europejskiemu – wyrok z 23 kwietnia 1986 r., [1986] ECR 1339.

<sup>22</sup> Orzeczenie ETPCz w sprawie *Airey przeciwko Irlandii* z 9 października 1979 r. (ETPCz, Seria A, nr 32, s. 11).

<sup>23</sup> Dz.U. L 27.06.2001, nr 174, poz. 25.

<sup>24</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/legal\\_aid/legal\\_aid\\_gen\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_gen_pl.htm)

<sup>25</sup> Tekst dyrektywy w języku polskim, Dz.U. UE Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 19, t. 6, s. 90. Wdrożenie dyrektywy w Polsce nastąpiło ustawą z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sporach cywilnych prowadzonych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania. Dz.U. z 2005 r. nr 10, poz. 67; z 2006 r. nr 120, poz. 824 oraz z 2011 r. nr 129, poz. 735.



rym sprawa zostanie rozpatrzona lub w którym decyzja ma być wykonywana. Dyrektywa ma zastosowanie do sporów transgranicznych w sprawach cywilnych i handlowych, bez względu na rodzaj organu sądowego, który ma rozstrzygnąć spór. Stosowanie dyrektywy nie obejmuje w szczególności spraw podatkowych, celnych i administracyjnych. Ma ona zastosowanie w obrocie prawnym pomiędzy wszystkimi państwami członkowskimi Unii Europejskiej z wyjątkiem Danii<sup>26</sup>. Ustanowiona jest tu zasada, że osoby nieposiadające wystarczających środków, aby bronić swoich praw, są uprawnione do otrzymania stosownej pomocy prawnej. Określa też usługi, które należy zapewnić, aby pomoc prawną można było uznać za właściwą:

- dostęp do przedprocesowej porady prawnej,
- pomoc prawna oraz reprezentowanie w sądzie,
- zwolnienie z kosztów postępowania lub pomoc w ich pokryciu, w tym kosztów związanych z transgranicznym wymiarem sprawy.

Zakresem pomocy prawnej powinna być objęta, według tej regulacji, przedprocesowa porada prawna służąca rozstrzygnięciu sporu przed wniesieniem sprawy do sądu, pomoc prawna w trakcie wnoszenia sprawy do sądu oraz reprezentowanie w sądzie, a także pomoc w kosztach procesu lub zwolnienie z powyższych kosztów. W przypadku przyznania pomocy prawnej musi ona obejmować całe postępowanie, włączając koszty związane z wykonaniem orzeczenia. Udzielenie wnioskodawcy pomocy prawnej powinno być kontynuowane w przypadku, gdy ma miejsce odwołanie od wyroku przez beneficjenta pomocy prawnej lub przeciwko niemu, dopóki zostają spełnione warunki dotyczące środków finansowych i istoty sporu. Pomoc prawna musi zostać

przyznana w równym stopniu w przypadku tradycyjnego procesu, jak i pozasądowej formy postępowania, takiej jak rozprawa ugodowa, jeśli odwołanie się do niej jest wymagane przez prawo lub nakazane przez sąd.

W państwach członkowskich, w których strona przegrywająca jest obciążona kosztami strony przeciwnej, w przypadku gdy korzystający z pomocy prawnej przegrywa proces, pomoc prawna pokrywa także koszty poniesione przez stronę przeciwną, jeżeli pokrywałyby koszty, jakimi obciążony byłby korzystający z pomocy stale zamieszkujący lub przebywający na terytorium państwa członkowskiego, w którym mieści się sąd. Nadmienić w tym miejscu należy, że państwa członkowskie nie zapewniają pomocy prawnej lub reprezentowania w sądzie w przypadku procesów umożliwiających stronom sporu osobiste reprezentowanie interesów, z wyjątkiem przypadków, w których sąd lub inny uprawniony do tego organ postanowi inaczej w celu zapewnienia równości stron lub ze względu na złożoność sprawy. Ponadto państwa członkowskie mogą żądać od korzystających z pomocy prawnej uiszczenia odpowiedniej części kosztów procesu w przypadku, gdy ich sytuacja finansowa znacznie się polepszyła lub też gdy decyzja o przyznaniu pomocy prawnej została podjęta na podstawie nieścisłych informacji udzielonych przez wnioskodawcę. Dyrektywa określa także warunki dotyczące środków finansowych wnioskującego lub istoty sporu, których spełnienia może wymagać państwo członkowskie przed przyznaniem pomocy prawnej<sup>27</sup>. Tekst stanowi ponadto, że pomoc prawna musi zostać udzielona – pod pewnymi warunkami – osobom mającym możliwość korzystania z alternatywnych metod rozwiązywania sporów.

Każda osoba, która ma stałe miejsce zamieszkania na terytorium jednej z umawiających

<sup>26</sup> W stosunkach pomiędzy Danią i innymi państwami członkowskimi obowiązuje Porozumienie europejskie w sprawie przekazywania wniosków o przyznanie pomocy sądowej sporządzone w Strasburgu dnia 27 stycznia 1977 r.

<sup>27</sup> Szczegółowe informacje każdego z państw członkowskich znajdują się na stronie europejskiej sieci sądowniczej: [http://ec.europa.eu/civiljustice/legal\\_aid/legal\\_aid\\_gen\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_gen_pl.htm)



się stron i która chce ubiegać się o przyznanie pomocy sądowej w sprawach cywilnych, handlowych na terytorium innej umawiającej się strony, może złożyć swój wniosek w państwie, gdzie znajduje się jej stałe miejsce zamieszkania. Dyrektywa Rady porządkuje bowiem pewne mechanizmy współpracy sądowej między organami państw członkowskich wyznaczonymi, aby ułatwiać przekazywanie wniosków o pomoc prawną i prowadzić postępowanie ich dotyczące. W szczególności przewiduje ona możliwość składania wniosku w kraju zamieszkania wnioskodawcy, po czym wniosek następnie winien szybko i nieodpłatnie zostać przekazany, przez organ przekazujący, władzom państwa, które ma przyznać pomoc. Każde państwo ustanawia jedną (lub więcej) jednostkę przekazującą wspomniane wnioski jednostkom zagranicznym<sup>28</sup>. Każde państwo ustanawia też centralną jednostkę przyjmującą, odpowiedzialną za odbiór wniosków z innych państw<sup>29</sup>.

Organ przesyłający świadczy wnioskodawcy pomoc w celu zapewnienia, że zostały dołączone wszystkie dokumenty, które według jego wiedzy są niezbędne do rozpoznania wniosku. Świadczy także wnioskodawcy pomoc przy dokonywaniu niezbędnych tłumaczeń dokumentów. Wniosek oraz dołączone do niego dokumenty powinny być sporządzone w urzędowym języku (lub jednym z urzędowych

języków) państwa, w którym znajduje się jednostka przyjmująca, lub powinno być do nich dołączone tłumaczenie na ten język. Jednakże wnioski wraz z dołączonymi dokumentami mogą być sporządzane w językach angielskim lub francuskim albo tłumaczone na jeden z tych języków.

Dyrektywa przewiduje dwa standardowe formularze, jeden służący do składania wniosków o udzielenie pomocy prawnej i drugi służący do przysyłania takich wniosków<sup>30</sup>. Źródłem informacji dotyczących stosowania dyrektywy, a jednocześnie dogodnym narzędziem do wypełniania formularzy, jest „europejski atlas sądowniczy w sprawach cywilnych”<sup>31</sup>. Niniejszy atlas – jak zapisano w treści zamieszczonej na „stronie głównej” – zapewnia przyjazny dostęp do informacji dotyczących współpracy sądowej w sprawach cywilnych. Korzystając z jego udogodnień, możemy ustalić jednostkę przyjmującą wniosek w danym państwie, wypełnić formularze, przetłumaczyć je i po dołączeniu wymaganych załączników i podpisaniu wysłać do właściwego organu. Za pomocą atlasu można określić właściwe sądy lub organy, do których można wystąpić w określonym celu.

Dodatkowo w zakresie pomocy prawnej należy wspomnieć o rozporządzeniu Rady (WE) nr 4/2009 z 18 grudnia z 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania

<sup>28</sup> Na podstawie art. 21 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej: „Wnioskodawca, który ma miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, ubiegający się o prawo pomocy w postępowaniu, które ma być wszczęte lub jest prowadzone w innym państwie członkowskim, może złożyć wniosek o przyznanie tego prawa również za pośrednictwem sądu okręgowego właściwego dla miejsca jego zamieszkania lub zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej”.

<sup>29</sup> Tamże – art. 8: „1. Wniosek o przyznanie prawa pomocy składa się w sądzie, w którym ma być wszczęte lub jest prowadzone postępowanie rozpoznawcze. Jeżeli wniosek dotyczy przyznania prawa pomocy w postępowaniu wykonawczym albo egzekucyjnym, składa się go w sądzie rejonowym, w którego obszarze właściwości jest lub ma być wykonane orzeczenie lub prowadzona egzekucja. 2. Wniosek o przyznanie prawa pomocy można złożyć również za pośrednictwem Ministerstwa Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej lub za pośrednictwem wyznaczonego w tym celu właściwego organu państwa członkowskiego, w którym wnioskodawca ma miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu. Ministerstwo Sprawiedliwości niezwłocznie przekazuje wniosek do właściwego sądu”.

<sup>30</sup> Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 6 grudnia 2005 r. w sprawie określenia wzoru i sposobu udostępniania urzędowego formularza wniosku o przyznanie prawa pomocy oraz określenia wzoru urzędowego formularza przekazania wniosku o przyznanie prawa pomocy.

<sup>31</sup> Dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/index\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_pl.htm)

i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych, które w stosunku do Polski stosuje się od 18 czerwca 2011 r.<sup>32</sup>, a które stosujemy w zakresie pomocy prawnej przy sprawach alimentacyjnych. Na jego podstawie wierzyciel wnosi o przyznanie bezpłatnej pomocy prawnej. Zgodnie z art. 46 rozporządzenia: „Wezwane państwo członkowskie zapewnia bezpłatną pomoc prawną w przypadku wszystkich wniosków złożonych przez wierzyciela na mocy art. 56, dotyczących zobowiązań alimentacyjnych wynikających ze stosunków między rodzicami i dziećmi w wieku poniżej 21 lat”. Regulacja ta zapewnia wierzycielom alimentacyjnym uzyskanie za pośrednictwem jednostki centralnej wyznaczonej w państwie ich zamieszkania wszechstronnej pomocy w dochodzeniu alimentów za granicą. Organem centralnym wyznaczonym na podstawie art. 49 ust. 1 rozporządzenia nr 4/2009 jest w Rzeczypospolitej Polskiej Ministerstwo Sprawiedliwości<sup>33</sup>, natomiast sądy okręgowe są organami wyznaczonymi do wykonywania zadań organu centralnego, określonych w art. 51 wymienionego rozporządzenia, w zakresie przekazywania wniosków i podejmowania wszelkich właściwych działań w odniesieniu do przekazywanych wniosków. Rozporządzenie to nie narusza stosowania dyrektywy nr 2003/8/WE z zastrzeżeniem rozdziału V (art. 68 ust. 3).

Jak widać, skierowanie wniosku o pomoc prawną w sprawach cywilnych czy alimentacyjnych do państwa należącego do Wspólnoty wymaga jedynie zgłoszenia się wnioskodawcy do sądu okręgowego w miejscu jego zamieszkania. Sąd pomoże w skompletowaniu wniosku, prześle wszystkie dokumenty do tłumaczenia na koszt Skarbu Państwa i prześle wnioski do właściwego organu. Dzięki przepisom unijnym w tym zakresie w sprawach cywilnych możemy uzyskać całkowite zwolnienie od kosztów postępowania oraz bezpłatną pomoc profesjonalnego pełnomocnika, od samej porady przedprocesowej, na ewentualnej egzekucji naszego orzeczenia kończącej.

W sprawach karnych natomiast w zakresie państw należących do Wspólnoty obowiązuje obecnie jedynie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym<sup>34</sup>. Dyrektywa ta gwarantuje prawo do tłumaczenia ustnego i pisemnego w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu służącym wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania<sup>35</sup>. Ten przejaw pomocy prawnej ma zastosowanie do osób od chwili, gdy właściwe organy danego państwa członkowskiego poinformują je, że są one podejrzane lub oskarżone o popełnienie przestępstwa, do czasu zakończenia

<sup>32</sup> Od 18 czerwca 2011 r. zaczął obowiązywać państwa UE, poza Danią i Wielką Brytanią, Protokół o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych sporządzony w Hadze 23 listopada 2007 r. oraz będące jego uzupełnieniem rozporządzenie Rady (WE) nr 4/2009 z 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych. Poza ww. protokołem haskim dnia 23 listopada 2007 r. przyjęto Konwencję o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny. Konwencja ta będzie w przyszłości (przewidywany termin jej obowiązywania to rok 2013) stanowić uzupełnienie wyżej wymienionych przepisów wewnętrznych UE dotyczących alimentów realizowanych między państwami, które do Konwencji już przystąpiły, i tymi, które to uczynią. Zawiera ona przepisy ustanawiające ramy dla wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń dotyczących alimentów, przewiduje uproszczone postępowanie o uznanie i wykonanie oraz pewne aspekty postępowania egzekucyjnego. Zapewnia także wierzycielom szeroką pomoc organów centralnych w dochodzeniu alimentów. UE zainteresowana związaniem się z Konwencją dla możliwości realizowania alimentów przyjęła jej postanowienia poprzez decyzję Rady z 31 marca 2011 r. Poza tym Konwencję podpisały dotychczas: USA, Norwegia, Ukraina, Japonia, Chiny, Rosja, Australia, Kanada, Brazylia.

<sup>33</sup> Notyfikacja RP do rozporządzenia nr 4/2009 dostępna na stronie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/alimenty/download,2418,1.html>

<sup>34</sup> Dz.U. UE z 26 października 2010 r. L nr 280, s. 1–7.

<sup>35</sup> Decyzja ramowa Rady 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, Dz.U. L 190, 18.7.2002.

postępowania rozumianego jako ostateczne ustalenie tego, czy popełniły one przestępstwo, w tym wydania wyroku lub rozpatrzenia wszelkich odwołań. W orzecznictwie strasburskim w sprawach karnych widoczny jest trend do objęcia jednostki zakresem pomocy prawnej również na etapie podstawowym, m.in. w ramach postępowania przygotowawczego<sup>36</sup>, w toku przesłuchania przez policję oraz innych przesłuchań<sup>37</sup>, w razie pozbawienia wolności<sup>38</sup> i niezależnie od formalnej kwalifikacji czynu<sup>39</sup>.

Dodatkowo Komisja Europejska przedłożyła propozycję dyrektywy w sprawie prawa do informacji, która określi minimalne normy w zakresie prawa do informacji o prawach i o zarzutach, a także prawa dostępu do akt sprawy<sup>40</sup>, oraz propozycję dyrektywy w sprawie ustanowienia minimalnych wspólnych norm w zakresie przysługującego osobom podejrzany i oskarżonym w postępowaniu karnym prawa dostępu do adwokata oraz powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu<sup>41</sup>.

Jeśli natomiast pragniemy uzyskać pomoc prawną w państwie nienależącym do UE, powinniśmy wiedzieć o konwencjach międzynarodowych, które mają ułatwiać nam życie. Podstawowymi dokumentami w zakresie przekazywania wniosków o przyznanie pomocy prawnej, które stosujemy w państwach nienależących do Wspólnoty, są:

W sprawach cywilnych i handlowych:

1. Porozumienie europejskie w sprawie przekazywania wniosków o przyznanie pomocy sądowej, sporządzone w Strasburgu w dniu 27 stycznia 1977 r.<sup>42</sup> wraz z załączonym doń oświadczeniem rządowym z dnia 30 września 1999 r. w sprawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską porozumienia europejskiego<sup>43</sup>. Porozumienie to wprowadza procedurę, na mocy której w przypadku jeśli zwyczajowo zamieszkujemy na terytorium jednej z umawiających się stron i pragniemy zwrócić się o pomoc prawną na terytorium innej umawiającej się strony, możemy złożyć wniosek w państwie, w którym zwyczajowo zamieszkujemy. Na jego mocy każde państwo wyznacza właściwy dla przekazywania wniosków organ, do którego wnioskodawca zgłasza się z prośbą o pomoc w przygotowaniu wniosku o przyznanie pomocy sądowej na terenie innego umawiającego się państwa. Państwo to na określonych warunkach przekazuje wniosek do innego państwa oraz udzieli pomocy w zakresie dokonania tłumaczenia wniosku na wskazany przez każde państwo język, na koszt Skarbu Państwa<sup>44</sup>. Stronami porozumienia są, poza państwami członkowskimi UE: Albania, Azerbejdżan, Bośnia i Hercegowina, Czarnogóra, Gruzja, Macedonia, Norwegia, Serbia, Szwajcaria, Turcja.

2. Konwencja o ułatwieniu dostępu do

<sup>36</sup> Wyrok ETPCz z 27 listopada 2008 r., skarga nr 36391/02, *Salduz v. Turcja*.

<sup>37</sup> Tamże, § 52, por. wyrok ETPCz z 13 stycznia 2010 r., skarga nr 7377/03, *Dayanan v. Turcja*.

<sup>38</sup> Wyrok ETPCz z 14 października 2010 r., skarga nr 1466/07, *Brusco v. Francja*.

<sup>39</sup> Wyrok ETPCz z 11 grudnia 2008 r., skarga nr 4268/04, *Panovits v. Cypr*.

<sup>40</sup> COM (2010)392 z 20 lipca 2010 r.

<sup>41</sup> COM (2011)326 z 8 czerwca 2011 r.

<sup>42</sup> Dz.U. z 1999 r. nr 102, poz. 1183. Stało się ono inspiracją dla przyjęcia przez Radę dyrektywy 2003/8/EC z dnia 27 stycznia 2003 r. w celu usprawnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych poprzez ustanowienie minimalnych wspólnych zasad odnoszących się do pomocy prawnej w sporach o tym charakterze (Dz.U. nr L 26 z 31 stycznia 2003 r., s. 41–47), a w niej – mechanizmu powiadamiania oraz przekazywania wniosków (jednak odmiennie niż w porozumieniu ustanowiono limit czasowy dla przekazywania wniosków o pomoc prawną).

<sup>43</sup> Dz.U. z 1999 r. nr 102, poz. 1184.

<sup>44</sup> Rzeczpospolita oświadczyła, że organami przesyłającymi przewidzianymi w art. 2 Porozumienia są prezesi sądów okręgowych. – Oświadczenie Rządowe z dnia 30 września 1999 r. w sprawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Porozumienia europejskiego w sprawie przekazywania wniosków o przyznanie pomocy sądowej, sporządzonego w Strasburgu dnia 27 stycznia 1977 r., Dz.U. z 1999 r. nr 102, poz. 1184.

wymiaru sprawiedliwości w stosunkach międzynarodowych, sporządzona w Hadze w dniu 25 października 1980 r.<sup>45</sup> Również zawiera ona postanowienia dotyczące przekazywania wniosków o przyznanie pomocy prawnej pomiędzy umawiającymi się stronami<sup>46</sup>, w formie uzgodnionego przez wszystkie strony modelu<sup>47</sup>. Konwencja ta wymaga, aby pomoc prawna była przyznawana obywatelom i rezydentom umawiających się stron na terytorium innych umawiających się państw na tych samych zasadach, jak gdyby zamieszkiwali tamże<sup>48</sup>. Podobnie jak w przypadku powyżej wskazanego Porozumienia europejskiego, właściwy organ w państwie, w którym wnioskodawca zwykle zamieszkuje, na określonych warunkach przekazuje wniosek do innego państwa oraz udzieli pomocy w zakresie dokonania tłumaczenia wniosku na wskazany przez każde państwo język, na koszt Skarbu Państwa. W myśl jednak art. 13 tej Konwencji przyznana na jej mocy pomoc sądowa – w zakresie doręczenia dokumentów, niezależnie od ich formy, które ma być dokonane w innym umawiającym się państwie, dotyczących postępowania z udziałem osoby korzystającej z pomocy sądowej – nie może powodować obowiązku zwrotu jakichkolwiek kosztów. Powyższe dotyczy również wniosków o udzielenie pomocy prawnej i wywiadów środowiskowych, jednak z wyjątkiem wynagrodzenia biegłych i tłumaczy.

### 3. Konwencja dotycząca procedury cy-

wilnej, podpisana w Hadze 1 marca 1954 r.<sup>49</sup> W art. 20 Konwencja zezwala w sprawach cywilnych i handlowych obywatelom jednego z umawiających się państw na przyznawanie w każdym innym z tych państw zwolnienia od kosztów sądowych na równi z własnymi obywatelami tego państwa stosownie do ustaw obowiązujących w państwie, w którym złożono wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych. Zgodnie z art. 23 natomiast, jeżeli wnioskodawca przebywa w innym kraju aniżeli w tym, w którym wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych ma być złożony, wniosek jego o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych wraz ze świadectwem lub oświadczeniem o niezamożności, a w szczególnych przypadkach wraz z innymi dokumentami potrzebnymi do rozpatrzenia sprawy, będzie mógł być przesłany do władzy, która ma sprawę rozstrzygnąć, lub do władzy wskazanej przez państwo, w którym wniosek ma być rozpatrzony, za pośrednictwem konsula tego kraju, do którego wnioskodawca należy. Tutaj przyznana pomoc sądowa nie obejmuje wynagrodzenia biegłych.

4. Na podstawie rozciągnięcia działania Konwencji między Polską a Wielką Brytanią i Irlandią Północną w przedmiocie postępowania w sprawach cywilnych i handlowych z 26 sierpnia 1931 r.<sup>50</sup> Konwencja ta nie ma zastosowania do terytorium Wielkiej Brytanii – jako państwa członkowskiego UE – ma natomiast zastosowanie w stosunku do następujących

<sup>45</sup> Dz.U. z 1995 r. nr 18, poz. 86.

<sup>46</sup> Stronami Konwencji są, poza niektórymi państwami członkowskimi UE: Albania, Białoruś, Bośnia i Hercegowina, Czarnogóra, Macedonia, Serbia i Szwajcaria.

<sup>47</sup> Konwencja ta przewiduje tzw. „formularze wzorcowe” jako załączniki do Konwencji pomocne w sporządzeniu wniosku o pomoc sądową oraz przekazaniu wniosku o pomoc sądową.

<sup>48</sup> Tutaj – w myśl oświadczenia RP – także prezesi sądów okręgowych są organami właściwymi do przekazania wniosków. Oświadczenie Rządowe z dnia 20 października 1994 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji o ułatwieniu dostępu do wymiaru sprawiedliwości w stosunkach międzynarodowych, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r., Dz.U. z 1995 r. nr 18, poz. 87.

<sup>49</sup> Dz.U. 63.17.90. Stronami Konwencji są poza Polską: Albania, Argentyna, Armenia, Austria, Belgia, Białoruś, Bośnia i Hercegowina, Chorwacja, Cypr, Czarnogóra, Czechy, Dania, Egipt, Finlandia, Francja, Hiszpania, Holandia, Islandia, Izrael, Japonia, Kirgistan, Liban, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Macedonia, Makao, Maroko, Mołdowa, Niemcy, Norwegia, Portugalia, Rosja, Rumunia, Serbia, Słowacja, Słowenia, Surinam, Szwajcaria, Szwecja, Turcja, Ukraina, Uzbekistan, Watykan, Węgry, Włochy.

<sup>50</sup> Dz.U. z 1932 r. nr 55, poz. 533.

państw: Australia, Bahama, Dominikana, Fidzi, Kanada, Kenia, Lesotho, Nowa Zelandia, Suazi, Tanzania, Tonga. Na podstawie punktu IV tej Konwencji „Prawo ubogich, areszt za długi i zabezpieczenie kosztów” obywatele umawiających się państw korzystają ze zwolnienia od kosztów sądowych na takich samych zasadach, jak obywatele państwa, w którym pomoc sądowa ma być udzielona. Artykuł 13 tej Konwencji wskazuje, że wszelkie trudności związane ze stosowaniem Konwencji będą rozstrzygane w drodze dyplomatycznej. Przy uwzględnieniu faktu, że we wszystkich państwach, które doń przystąpiły (poza Suazi), posiadamy placówki dyplomatyczne lub przynajmniej akredytowane jednostki dyplomatyczne<sup>51</sup>, w praktyce celowe wydaje się przekazanie naszego wniosku o przyznanie pomocy sądowej wraz z oświadczeniem o naszej sytuacji materialnej, łącznie z tłumaczeniem na język urzędowy danego państwa, do placówki dyplomatycznej, z prośbą o jego dalsze przez nią skierowanie do właściwego organu na terenie państwa, w którym o pomoc sądową chcemy się starać<sup>52</sup>.

5. Na zasadzie faktycznej wzajemności USA (stan Kalifornia i Massachusetts). Pomimo że Polska nie ma żadnej umowy w kwestii zwolnienia od kosztów sądowych z USA, funkcjonuje tu zasada wzajemności (wzajemnego zwalniania stron od kosztów postępowania). Wnioski w przypadku braku umów międzynarodowych kieruje się do Konsulatu Generalnego RP w stanie, w którym postępowanie ma się odbywać. Polska placówka dyplomatyczna przekazuje wniosek właściwemu organowi na danym terenie USA. Do wniosku skierowanego do Konsulatu RP, w którym prosimy o skierowanie go do właściwego organu, dołączamy wniosek o zwolnienie od kosztów z uzasad-

nieniem oraz oświadczeniem o naszej sytuacji materialnej i stanie rodzinnym, które potwierdza nasze uprawnienie do uzyskania pomocy prawnej. Wszystkie dokumenty muszą być przetłumaczone i przekazane w oryginałach. Ponadto w sprawach alimentacyjnych, także na zasadzie wzajemności, strona dochodząca alimentów może ubiegać się o zwolnienie od kosztów postępowania. W takim przypadku pytanie dotyczące tego zagadnienia zawarte jest w samym wniosku strony, która o alimenty się ubiega, i jest ona automatycznie zwalniana od kosztów postępowania. Wnioski takie składa się już bez pośrednictwa konsulatu do właściwego organu<sup>53</sup>.

6. Z umów dwustronnych, z których część dotyczy wyłącznie spraw cywilnych, a część także spraw karnych, należy w zakresie zwolnienia od kosztów sądowych wymienić:

- Algieria – Umowa dotycząca obrotu prawnego w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1982 r. nr 10, poz. 73 i 74).
- Białoruś – Umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych (Dz.U. z 1995 r. nr 128, poz. 619 i 620).
- Chiny – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1988 r. nr 9, poz. 65 i 66).
- Egipt – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. z 1994 r. nr 34, poz. 126 i 127).
- Irak – Umowa o pomocy prawnej i sądowej w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1989 r. nr 70, poz. 418 i 419).
- Bośnia i Hercegowina, Chorwacja, Czarnogóra, Macedonia – Umowa o obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1963 r. nr 27, poz. 162 i 163).

<sup>51</sup> Wykaz polskich placówek dyplomatycznych dostępny pod adresem: [http://www.ms.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/polskie\\_placowki/](http://www.ms.gov.pl/pl/informacje_konsularne/polskie_placowki/)

<sup>52</sup> Zgodnie z postanowieniami art. 11 ustawy z 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2002 r. nr 215, poz. 1823 ze zm.) konsul zapewnia pomoc obywatelom polskim w realizacji praw przysługujących im zgodnie z prawem państwa przyjmującego oraz prawem i zwyczajami międzynarodowymi. Do obowiązków konsula należy m.in. „ochrona praw i interesów obywateli Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 10 ust. 1 ustawy).

<sup>53</sup> Wykaz agencji w poszczególnych stanach USA: J. Ciszewski, *Obrót prawny z zagranicą w sprawach cywilnych i karnych*, wyd. 9, Warszawa 2012, s. 906.



- Koreańska Republika Ludowo-Demokratyczna – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych (Dz.U. z 1987 r. nr 24, poz. 135 i 136).

- Kuba – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych (Dz.U. z 1984 r. nr 47, poz. 247 i 248).

- Libia – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, handlowych, rodzinnych i karnych (Dz.U. z 1987 r. nr 13, poz. 80 i 81).

- Maroko – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1983 r. nr 14, poz. 69 i 70).

- Mongolia – Umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych (Dz.U. z 2003 r. nr 43, poz. 370 i 371).

- Rosja – Umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 2002 r. nr 83, poz. 750 i 751).

- Syria – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1986 r. nr 37, poz. 181 i 182).

- Tunezja – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1987 r. nr 11, poz. 71 i 72).

- Turcja – Umowa o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. z 1992 r. nr 3, poz. 13 i 14).

- Ukraina – Umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych (Dz.U. z 1994 r. nr 96, poz. 465 i 466).

- Wietnam – Umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych (Dz.U. z 1995 r. nr 55, poz. 289 i 290).

Umowy dwustronne, których stroną jest Polska, najczęściej są generalnie tytułowane „umowa dotycząca obrotu prawnego w sprawach cywilnych i karnych”, „umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych” lub „umowa o współpracy

prawnej w sprawach cywilnych i karnych”. Rzadko zdarzają się precyzyjniejsze, wskazujące rodzaj unormowań. Na ich podstawie, w przypadku państw nienależących do Wspólnoty oraz tych, które nie przystąpiły do wielostronnych konwencji, wskazanych wcześniej, możemy uzyskać zwolnienie od kosztów sądowych w postępowaniach prowadzonych przed sądami na ich terenie. Umowy te charakteryzują się znacznym wzajemnym podobieństwem co do rodzaju unormowania, a nawet przyjętych rozwiązań szczegółowych. Zawierają w swoich postanowieniach informacje dotyczące pomocy sądowej, najczęściej nazwane „Zwolnienie od kosztów sądowych”, gdzie zawarte są podobnej treści postanowienia, że „obywatele jednej umawiającej się strony korzystają na terytorium drugiej umawiającej się strony ze zwolnienia od kosztów sądowych oraz z prawa bezpłatnego zastępstwa procesowego na tych samych warunkach i w takim samym zakresie co obywatele tej umawiającej się strony”. Ponadto zawierają one postanowienia, jakie dokumenty należy dla uzyskania pomocy sądowej przedłożyć, a mianowicie np. w art. 47 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych dla uzyskania zwolnienia od kosztów lub przyznania bezpłatnego zastępstwa procesowego należy złożyć zaświadczenie o sytuacji osobistej, rodzinnej i majątkowej wnioskodawcy. Zaświadczenie takie wydaje właściwy organ tej umawiającej się strony, na której terytorium ma miejsce zamieszkania lub pobytu wnioskodawca. Jeżeli wnioskodawca nie zamieszkuje ani nie przebywa na terytorium jednej z umawiających się stron, zaświadczenie może wydać przedstawicielstwo dyplomatyczne lub urząd konsularny tej umawiającej się strony, której obywatelem jest wnioskodawca. Sąd orzekający o zwolnieniu od kosztów może żądać od organu, który wydał zaświadczenie, dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia danych. Wnioski można zgłaszać jednocześnie z pozwem lub wnioskiem wszczynającym postępowanie. Podob-



nie jak w przypadku wskazanych konwencji, w przypadku umów dwustronnych obywatel jednej umawiającej się strony ubiegający się o zwolnienie od kosztów lub bezpłatne zastępstwo adwokackie przed sądem drugiej umawiającej się strony może zgłosić taki wniosek pisemnie lub ustnie do protokołu w sądzie właściwym według swego miejsca zamieszkania lub pobytu. Sąd ten przesyła właściwemu sądowi drugiej umawiającej się strony wniosek wraz z zaświadczeniem o sytuacji osobistej i materialnej.

Poza informacjami dotyczącymi podstawy prawnej, dzięki której wysłanie wniosku o przyznanie pomocy prawnej jest możliwe, istotnym elementem umożliwiającym przekazanie takiego wniosku jest kwestia uprawnionych podmiotów, którym na terenie innego państwa przysługuje zwolnienie od kosztów. Odnosząc się do zakresu podmiotowego prawa do sądu i sprawiedliwego procesu, którego elementem jest możliwość uzyskania pomocy prawnej, Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że prawo to przysługuje zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym<sup>54</sup>. Jednakże brak jest wspólnych zasad dotyczących udzielania pomocy prawnej osobom fizycznym i prawnym. W ocenie Rzecznika Generalnego unijnego Trybunału<sup>55</sup> „praktyka międzynarodowa nie wymaga, aby państwa przyznawały pomoc prawną osobom prawnym. Ani art. 20 konwencji haskiej dotyczący procedury cywilnej, ani art. 1 porozumienia europejskiego w sprawie przekazywania wniosków o przyznanie pomocy sądowej, ani art. 1 akapit 1 i 2 konwencji haskiej o ułatwianiu dostępu do wymiaru sprawiedliwości w stosunkach międzynarodowych nie pozwalają stwierdzić, że osobom prawnym należy się prawo do pomocy prawnej podobne

do tego, które przysługuje osobom fizycznym. Powyższe porozumienia i konwencje wskazują bowiem jedynie, że beneficjentami pomocy są obywatele każdego z umawiających się państw. Należy również zauważyć, że w konwencji haskiej o ułatwianiu dostępu do wymiaru sprawiedliwości w stosunkach międzynarodowych w rozdziale 1 dotyczącym pomocy prawnej nigdzie nie pojawia się pojęcie osób prawnych. Natomiast jednoznacznie odnoszą się do nich przepisy rozdziału 2 dotyczące *cautio iudicatum solvi* i wykonania orzeczenia w zakresie kosztów.

Trzeba także zauważyć ograniczenia podmiotowe kręgu beneficjentów systemu w doświadczeniach państw obcych, w których prawo pomocy prawnej osób prawnych należy do rzadkości i jest dalece limitowane.

W Szwecji na przykład poradę prawną może otrzymać każdy (osoby fizyczne i osoby prawne) we wszystkich kwestiach prawnych, natomiast pomoc prawną dostępną jest jedynie dla osób fizycznych (obywatele wszystkich państw członkowskich UE), tzn. spółki, stowarzyszenia itp. nie kwalifikują się do pomocy prawnej. W określonych przypadkach jednakże pomoc prawną można przyznać w sprawach dotyczących spadku po osobie zmarłej. Obywatele wszystkich państw członkowskich UE mają tam takie samo prawo do pomocy prawnej jak obywatele szwedzcy<sup>56</sup>.

We Francji z kolei przyznanie pomocy prawnej uzależniona jest od kryterium narodowości danej osoby, miejsca jej zamieszkania oraz zasadności postępowania. Bezpłatna pomoc prawną przysługuje osobom narodowości francuskiej, obywatelom Unii Europejskiej lub cudzoziemcom mającym prawo stałego pobytu we Francji. Prawo do pomocy w sprawach prowadzonych przed sądami francuskimi mają

<sup>54</sup> Wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r., C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland*, Zb. Orz. 2010, s. I-3849, pkt 61 i 62.

<sup>55</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego z 2 września 2010 r. do sprawy *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v. Republika Federalna Niemiec*, C 279/09, dostępna na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:62009CC0279>

<sup>56</sup> Informacje na temat szwedzkiego systemu pomocy prawnej oraz formularze wniosków można uzyskać od Krajowej Administracji Sądowej pod następującym adresem: [www.dom.se](http://www.dom.se)

również niezamieszkali we Francji obywatele państw trzecich, które zawarły międzynarodową lub dwustronną umowę z Francją upoważniającą do pomocy prawnej (np. Amerykanie, Ukraińcy). Od stosowania ww. kryterium można odstąpić w wyjątkowych wypadkach, np. z uwagi na przedmiot sprawy. W odniesieniu do określonych kategorii cudzoziemców (małoletnich, świadków lub osób, w stosunku do których prowadzone jest postępowanie legalizacji pobytu) do skorzystania z pomocy prawnej nie jest wymagane spełnienie kryterium zamieszkania na terenie Francji. Pomocy prawnej w tym kraju udziela się jedynie w przypadku postępowania zasadnego, warunek ten nie dotyczy osób pociągniętych do odpowiedzialności cywilnej oraz wezwanych na świadków<sup>57</sup>.

Na Litwie dostęp do pomocy prawnej mają zapewniony obywatele tego kraju, cudzoziemcy oraz bezpaństwowcy stale zamieszkujący w tym kraju, z uwagi na sytuację majątkową nieposiadający możliwości obrony swoich praw<sup>58</sup>. Wymiar braku możliwości finansowych na pokrycie kosztów postępowania to jedyny wymóg, oprócz wymogu pobytu na terenie kraju, decydujący o możliwości korzystania z pomocy prawnej.

W Grecji natomiast pomoc może uzyskać każda osoba, która posiada stałe i zgodne z prawem miejsce zamieszkania lub miejsce pobytu na terytorium Unii Europejskiej oraz jest w stanie wykazać, że samodzielne poniesienie kosztów prawnych pozbawi ją oraz jej rodzinę środków do utrzymania. Bezpłatną pomoc prawną mogą również otrzymać instytucje pożytku publicznego lub organizacje pozarządowe – pod warunkiem że poniesienie kosztów postępowania sądowego uniemożliwi im bądź w znacznym stopniu utrudni realizację celów statutowych. Uprawnione są również spółki cywilne i stowarzyszenia<sup>59</sup>.

Niezależnie jednak od podstawy prawnej udzielenia pomocy prawnej oraz systemu prawnego państw decyzja o udzieleniu pomocy jest z reguły uzależniona od sytuacji finansowej osoby zainteresowanej jej otrzymaniem oraz meritum sprawy. Warunki powyższe mogą w poszczególnych krajach występować łącznie, ale nie muszą. Decyzję o przyznaniu bądź odmowie przyznania pomocy prawnej uzależnioną od meritum sprawy podejmuje sąd lub organ zewnętrzny. Jeśli chodzi o kryterium sytuacji finansowej osoby wnioskującej, przyznanie pomocy prawnej uzależniane jest od indywidualnej analizy tej sytuacji (Bułgaria, Estonia, Malta, Irlandia Północna), określone ustawowo (Belgia, Francja, Holandia, Rumunia, Hiszpania, Szkocja) lub też istnieją ujednolicone metody oceny sytuacji finansowej wnioskującego (Słowacja, Słowenia). Ważne przy wypełnianiu samych wniosków jest to, aby informacje w nich zawarte były dokładne i oczywiście prawdziwe, za poświadczenie nieprawdy wnioskodawca może być bowiem pociągnięty do odpowiedzialności (cofnięcie zwolnienia od kosztów, kary, odpowiedzialność cywilna, odpowiedzialność karna), oraz aby dołączyć dokumenty potwierdzające wskazywaną przez nas sytuację materialną, jak zaświadczenia o dochodach i wydatkach. Organy zagraniczne nie poprzestają bowiem jedynie na oświadczeniach wnioskodawcy, ale wymagają potwierdzenia tych oświadczeń w formie dokumentów.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zaznaczyć, że na w pełni rzetelny proces składa się nie tylko proces *sensu stricto*, ale i tryb „przedprocesowy”, „poprocesowy” czy zgola nieprocesowy. Krajowe porządki prawne zawierają wiele regulacji prawnych dotyczących nieodpłatnej pomocy prawnej udzielanej przed

<sup>57</sup> Ustawa o pomocy prawnej nr 91-647 z 10 lipca 1991 r. oraz dekret nr 91-1266 z 18 grudnia 1991 r.

<sup>58</sup> Ustawa Republiki Litewskiej o pomocy prawnej gwarantowanej przez państwo (z 28 marca 2000 r.).

<sup>59</sup> W Grecji obok instytucji pomocy prawnej świadczonej w oparciu o grecki Kodeks postępowania cywilnego stworzony został dodatkowy system pomocy prawnej działający w oparciu o Ustawę nr 3226/2004 (Dz.U. I 24 z 4 lutego 2004 r.).

wydaniem, w trakcie wydawania i po wydaniu orzeczenia w pierwszej instancji oraz wypracowanych praktyk w jej dostarczaniu swoim obywatelom. Jak przedstawiono powyżej, ze względu na wagę zagadnienia przepisy prawne dotyczące pomocy prawnej, która umożliwia pokrycie kosztów procesu lub zastępstwa prawnego osobom, które nie są w stanie samodzielnie ich pokryć, obecne są w europejskim i międzynarodowym systemie prawa. Te międzynarodowe regulacje prawne wyznaczają jednocześnie standardy, które państwa winny spełniać w tym zakresie. Podejmując decyzję o przyznaniu bezpłatnej pomocy prawnej, organy muszą wziąć pod uwagę środki finansowe wnioskodawcy, a także interes wymiaru sprawiedliwości, łącznie z charakterem i stopniem skomplikowania sprawy, konsekwencje, jakie może ponieść wnioskodawca, surowość potencjalnej kary i możliwości samodzielnego bronięcia się we właściwy sposób<sup>60</sup>.

O ile jednak system udzielania tej pomocy jest przejrzysty w ramach postępowania w krajach należących do UE, skierowanie wniosku do któregoś z państw członkowskich UE nie stwarza najmniejszych problemów praktycznych, wskazane mamy bowiem – dzięki atlasowi sądowniczemu – wszystkie niezbędne dla sporządzenia wniosku informacje, o tyle informacji takich nie mamy podanych „na tacy” w przypadku skierowania go do państwa niebędącego członkiem UE. Brak jest obecnie jednej konwencji regulującej w sposób ogólny te kwestie, natomiast istnieją różne umowy międzynarodowe dotyczące określonych aspektów, które mają zastosowanie tylko w niektórych krajach. W każdej ze wskazanych umów zawarte są informacje dotyczące

przyznania pomocy sądowej, w dokumentach wykonawczych<sup>61</sup> czy w samych umowach dwustronnych, wskazane są też organy, do których wnioski te mają być kierowane. Sam formularz wniosku dołączony jest do konwencji wielostronnych<sup>62</sup>.

Podstawowym jednak problemem w zakresie korzystania z pomocy prawnej przez obywateli polskich w innym państwie jest niska świadomość dostępności systemów pomocy prawnej poszczególnych państw. Często nie mają oni odpowiedniej informacji i edukacji dotyczącej prawa do właściwej pomocy w tej dziedzinie. Istnieje zatem wyraźna potrzeba zwiększenia świadomości społeczeństwa drogą bardziej swobodnego i otwartego przekazywania przynajmniej podstawowych informacji z tej dziedziny. Dzisiaj szczególnie istotne dla tych celów jest wykorzystanie strony internetowej. W szczególności należałoby podać podstawy prawne uzyskania pomocy prawnej dla każdego z państw ze wskazaniem formularzy dla złożenia takiego wniosku oraz wskazaniem najważniejszych informacji w tym zakresie także dla państw spoza UE, podobnie jak wskazane jest to dla państw ze Wspólnoty na stronie europejskiego atlasu sądowniczego i europejskiej sieci sądowniczej, przede wszystkim w zakresie procesu występowania o taką pomoc oraz jej przyznawania. Poza UE istnieje bowiem wiele różnych szczebli współpracy międzynarodowej w zakresie udzielania pomocy osobom ubiegającym się o transgraniczną pomoc prawną. Lepsza informacja dotycząca transgranicznej pomocy prawnej we wszystkich państwach (np. wytyczne korzystania z formularzy i procedur pomocy prawnej, informacje otrzymane od in-

<sup>60</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Pierwsza Sekcja Khametshin przeciwko Rosji* z 4 marca 2010 r., <http://lexis.pl/pages/document/Wyrok-Europejskiego-Trybunału-Praw-Człowieka-Pierwsza-Sekcja-Khametshin-przeciwko-Rosji/660125jsessionid=E871605024752215C8ACE25194A07840>

<sup>61</sup> 1. Oświadczenie Rządowe z dnia 30 września 1999 r. w sprawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską porozumienia europejskiego (Dz.U. z 1999 r. nr 102, poz. 1184); 2. Oświadczenie Rządowe z dnia 20 października 1994 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji o ułatwieniu dostępu do wymiaru sprawiedliwości w stosunkach międzynarodowych, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz.U. z 1995 r. nr 18, poz. 87); 3. Oświadczenie Rządowe z dnia 15 marca 1963 r. w sprawie ratyfikacji przez Polskę Konwencji dotyczącej procedury cywilnej, sporządzonej w Hadze dnia 1 marca 1954 r. (Dz.U. z 1963 r. nr 17, poz. 91).

<sup>62</sup> Opublikowane także J. Ciszewski, *Obrót prawnny*, s. 187–207.

stytucji takich, jak np. korporacje adwokackie) mogłaby przyczynić się do większej przejrzystości, zrozumiałości i dostępności systemu. Osoby pozywane w innych państwach lub planujące złożyć pozwy lub wnioski przed sądy zagraniczne nie posiadają informacji, skąd mogą uzyskać fachową bezpłatną poradę prawną w tym zakresie. Nie są one często bowiem w stanie ponieść nawet kosztów porady prawnej udzielonej przez adwokata czy radcę prawnego co do możliwości skierowania wniosku o pomoc sądową za granicą.

Nadzieją dla obywatela polskiego i każdej przebywającej osoby na terenie Polski, która stara się o uzyskanie pomocy prawnej, jest projekt ustawy o nieodpłatnej informacji prawnej

dla osób fizycznych<sup>63</sup>. To pierwszy krok do budowy kompleksowego systemu bezpłatnej pomocy prawnej dla obywateli o niskim statusie materialnym. Zgodnie z założeniami każdy zainteresowany obywatel „od ręki” dowie się m.in. nawet o tym, jakie ma szanse na otrzymanie pełnomocnika z urzędu. Co do zasady, wszystkie osoby fizyczne przebywające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej będą miały możliwość uzyskania nieodpłatnej informacji ze wszystkich dziedzin prawa, niezależnie od osiągniętych dochodów<sup>64</sup>. Konieczne wręcz jest, aby informacje te dotyczyły także postępowań międzynarodowych, w tym uzyskania pomocy prawnej w postępowaniach toczących się przed sądami zagranicznymi.

<sup>63</sup> [http://www.ppio.eu/do\\_pobrania/dokumenty/raport\\_z\\_analazy\\_danych\\_INPRIS.pdf](http://www.ppio.eu/do_pobrania/dokumenty/raport_z_analazy_danych_INPRIS.pdf)

<sup>64</sup> Taką perspektywę nakreślono w projekcie ustawy o nieodpłatnej informacji prawnej dla osób fizycznych z 8 lutego 2011 r. Zgodnie z zapisami projektu informacja prawna obejmie informacje o „treści obowiązującego prawa; prawach i obowiązkach wynikających z regulacji prawnych; instytucjach właściwych do załatwienia sprawy oraz trybie postępowania; możliwościach, trybie i przesłankach uzyskania bezpłatnej pomocy prawnej w poszczególnych rodzajach postępowań”.

## Summary

*Magdalena Aksamitowska-Kobos*

### **POLISH CITIZENS' APPLICATIONS FOR LEGAL HELP, FORWARDED ABROAD, IN PROCEEDINGS IN FRONT OF FOREIGN COURTS**

Domestic law orders include many legal regulations, concerning free legal aid and practice of granting it to their citizens. However, because of the importance of the matter, regulations concerning free legal aid, which enables covering procedural fees or attorneys' remunerations for persons who are unable to cover it on their own, are also common in European and international system of law. Those international law regulations simultaneously indicate standards, which should be met by countries within that range. So if we want to receive legal aid in a country, in which we do not reside, we should be aware of the international conventions, which may easier life for us and also be aware of the conditions, on the base of which applications for legal assistance abroad may be filed.

**KEY WORDS:** applications for legal aid, proceedings in front of foreign courts

**POJĘCIA KLUCZOWE:** wnioski o przyznanie pomocy prawnej, postępowanie przed sądami zagranicznymi

## SPOŁECZNA SZKODLIWOŚĆ PODAWANIA SIĘ ZA FUNKCJONARIUSZA PUBLICZNEGO

Artykuł 227 k.k. określa dosyć egzotyczne – rzadko rejestrowane<sup>1</sup> – przestępstwo polegające na podaniu się za funkcjonariusza publicznego albo wyzyskaniu błędnego przeświadczenia o tym innej osoby i wykonaniu czynności związanej z jego funkcją. Dla bytu tego występkę konieczne jest łączne zrealizowanie dwóch znamion: nie tylko wykonanie czynności związanej z funkcją funkcjonariusza publicznego, ale również podanie się za niego lub wyzyskanie błędnego przeświadczenia o tym innej osoby. Z uwagi na znamię wprowadzania kogoś w błąd czyn ten podobny jest do oszustwa z art. 286 § 1 k.k. Jednak skutkiem owego wprowadzenia w błąd nie musi być doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, sprawca nie musi również działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Poza tym wprowadzenie kogoś w błąd ma dotyczyć jedynie traktowania sprawcy jako funkcjonariusza publicznego, posiadającego określone kompetencje. Dlatego przepis art. 227 k.k. może co najwyżej pozostawać w jednoczynowym zbiegu właściwym (kumulatywnym) z przepisem art. 286 § 1 k.k.<sup>2</sup>, nie zawiera się zaś w żadnym innym przepisie karnym.

Mimo małej częstotliwości występowania w praktyce występki ten jest stale obecny w polskim Kodeksie karnym i raczej nie zgłasza się postulatów rezygnacji z kryminalizacji

wskazanego wyżej czynu, w przeciwieństwie do niektórych „dyżurnych” przestępstw typowanych do depenalizacji, jak zniesławienie, obraza uczuć religijnych, rozpowszechnianie pornografii. Wydaje się, że poważnym argumentem za utrzymaniem kryminalizacji podszywania się pod urzędnika jest specyficzny przedmiot ochrony art. 227 k.k. Określa się go jako: prawidłowość działania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego<sup>3</sup>; zaufanie do funkcjonariuszy publicznych, będące podstawą prawidłowego funkcjonowania reprezentowanych przez tych funkcjonariuszy publicznych instytucji państwowych oraz samorządowych<sup>4</sup>. Prawidłowość działania instytucji państwowych i samorządowych to inaczey prawidłowość działania państwa, a zatem fundamentalna, podstawowa, istotna kwestia dla społeczności tworzącej dane państwo. Bez gwarancji prawidłowego wypełniania swoich zadań przez funkcjonariuszy publicznych nie może być mowy o funkcjonowaniu państwa. Zatem ten rzadko stosowany w praktyce sądowej przepis, przewidujący jedynie karę grzywny, karę ograniczenia wolności i karę pozbawienia wolności do roku, stanowi jedno z narzędzi zapewnienia prawidłowego postępowania osób, które reprezentują organy władzy i inne instytucje (zgodnie z szerokim określeniem funkcjonariusza publicznego w art. 115 § 13 k.k.). Zważywszy na doniosłość

<sup>1</sup> Liczba prawomocnych skazań z art. 227 k.k.: w 2012 r. – 16, w 2011 r. – 16, w 2010 r. – 16, w 2009 r. – 21, w 2008 r. – 22, <http://isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>

<sup>2</sup> J. Giezek, *Komentarz do art. 227 Kodeksu karnego*, Lex Omega.

<sup>3</sup> R. A. Stefański, *Przestępstwo podawania się za funkcjonariusza publicznego (art. 227 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2006, z. 2, s. 7.

<sup>4</sup> J. Giezek *Komentarz*; podobnie: O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 47; A. Barczak-Oplustil, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1137.

decyzji podejmowanych przez rzeczywistych funkcjonariuszy publicznych, można nawet zastanawiać się, czy podszywanie się pod tych przedstawicieli państwa nie jest zagrożone zbyt łagodną sankcją.

Przed rozważaniami na temat wysokości sankcji karnej grożącej za czyn z art. 227 k.k. należy poddać analizie tytułową społeczną szkodliwość podawania się za funkcjonariusza publicznego. Pojęcie społecznej szkodliwości należy do podstawowych pojęć prawa karnego i stanowi przedmiot badań wielu karnistów. Wykładnia językowa pojęcia „społeczna szkodliwość czynu” pozwala przyjąć, że chodzi tutaj o cechę czynu wyrażającą się w naruszeniu lub możliwości naruszenia dobra prawnego, interesu jednostki lub całego społeczeństwa. Społeczna szkodliwość wiąże się z wyrządzeniem szkody, krzywdy, a więc z negatywnymi następstwami czynu, które dotyczą jedną lub więcej osób<sup>5</sup>. Znamiona przestępstwa są dobrane w przepisach prawa karnego przez ustawodawcę w taki sposób, żeby możliwie najdokładniej podpadały pod te przepisy tylko czyny społecznie szkodliwe<sup>6</sup>. Każda decyzja organu procesowego uznająca określony czyn za społecznie szkodliwy zawiera istotny przekaz społeczny o aktualności i wadze określonych dóbr, co jednych utwierdza w uznawanej przez nich aksjologii społecznej, innych – zapoznaje z tą aksjologią, a nawet do niej przekonuje<sup>7</sup>. Prawo, a zwłaszcza prawo karne, jest wyrazem aksjologii określonego społeczeństwa i państwa<sup>8</sup>.

Kryminalizacja podawania się za funkcjonariusza publicznego w każdym polskim Kodeksie karnym, choć z użyciem różnych wyrażen (wykonywanie czynności urzędowej przez osobę, która przywłaszczyła sobie uprawnienia urzędnika – art. 136 k.k. z 1932 r.; powoływanie się na rzekomo pełnioną funkcję publicz-

ną albo wyzyskanie błędnego przeświadczenia o tym innej osoby i wykonywanie czynności związanej z tą funkcją – art. 238 k.k. z 1969 r.; podawanie się za funkcjonariusza publicznego albo wyzyskiwanie błędnego przeświadczenia o tym innej osoby i wykonywanie czynności związanej z jego funkcją – art. 227 k.k. z 1997 r.), świadczy o społecznej szkodliwości takiego czynu. Nie wyklucza to stwierdzenia znikomego stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, formalnie wypełniającego znamiona tego występkę, określenia tej szkodliwości jako nieznacznej oraz znacznej.

Za czyn o znikomej społecznej szkodliwości polegający na podawaniu się za funkcjonariusza publicznego i wykonywaniu czynności związanej z jego funkcją może być uważana zabawa w przebieranie się za policjanta i legitymowanie uczestników imprezy. Gdyby osoba przebrana za policjanta dla zabawy legitymowała osoby trzecie, nieświadome żartu, można by już mówić o wypełnieniu znamion występkę z art. 227 k.k. Znaczny stopień społecznej szkodliwości podszywania się pod funkcjonariusza publicznego charakteryzowałoby zainkasowanie kwoty kilkuset złotych za wystawiony przez fałszywego policjanta mandat – wówczas, stosując kwalifikację kumulatywną, obok art. 227 k.k. należałoby powołać również art. 286 § 1 k.k.

O znacznym stopniu społecznej szkodliwości czynu w ostatnim przykładzie świadczy naruszenie dwóch rodzajów dóbr prawnych, mianowicie prawidłowości funkcjonowania aparatu państwa, upoważnionego do wymierzania kary w postępowaniu mandatowym oraz prawa własności środków pieniężnych. Jednak kwalifikacja jedynie z art. 286 § 1 k.k. nie oddaje całej zawartości kryminalnej czynu, stawiając na równi uzurpację uprawnień Policji oraz zwykle wprowadzenie w błąd albo wyzy-

<sup>5</sup> M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, z. 6, s. 123.

<sup>6</sup> I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 217.

<sup>7</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 404.

<sup>8</sup> T. Szymanowski, *Niektóre uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa karnego we współczesnej Polsce*, (w:) *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 289.



skanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Państwo nie może tolerować bezprawnego przywłaszczania sobie uprawnień zastrzeżonych dla osób występujących w jego imieniu. Brak sankcji karnej za samo oszukiwanie innych osób co do posiadania określonych kompetencji, nawet bez niekorzystnego rozporządzenia mieniem ofiary, narażałby na szwank powagę państwa i jego organów.

Skoro mowa o sankcji karnej, należy stwierdzić, że obowiązująca regulacja w tym zakresie nie wydaje się prawidłowa. Kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku przewidziana w art. 227 k.k. w porównaniu z karą pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do lat ośmiu za „zwykle” oszustwo z art. 286 § 1 k.k. może oznaczać, że dobre imię organów państwowych znaczy o wiele mniej niż własność obywatela tego państwa. Nawet za oszustwo w wypadku mniejszej wagi grozi dwukrotnie wyższa kara pozbawienia wolności niż za typ podstawowy podszywania się pod funkcjonariusza publicznego. Biorąc pod uwagę rodzaj dóbr prawnych chronionych przez te dwa porównywane przepisy Kodeksu karnego, trudno zaaprobować sytuację, w której oszustwo na kwotę kilku złotych zagrożone jest dwukrotnie wyższą sankcją karną niż podawanie się za posła, senatora, sędziego, prokuratora czy policjanta i wykonywanie czynności związanej z ich funkcją, na przykład przeprowadzenie kontroli kierującego pojazdem. Sam stres ofiary takiego przestępstwa oraz naruszenie wolności od bezprawnej ingerencji w prywatność wymagają surowszej kary dla sprawcy. Kolejnym argumentem przemawiającym za podwyższeniem górnej granicy kary pozbawienia wolności jest słabe oddziaływanie prewencyjne przepisu art. 227 k.k., którego zadaniem jest ochrona zaufania do działania funkcjonariuszy publicznych, czyli do samego państwa. Skoro ich udawanie pociąga za sobą ryzyko poniesienia tak łagodnej kary, może to prowokować do

podejmowania czynów godzących w powagę organów państwa. Przytoczone na wstępie niniejszego opracowania dane statystyczne na temat małej liczby wyroków skazujących za to przestępstwo nie powinny wprowadzać w błąd co do rzeczywistego zagrożenia, jakie ono stwarza. Niewykluczone, że pewna liczba oszustw z art. 286 § 1 k.k. podlega kumulatywnej kwalifikacji również z art. 227 k.k., natomiast oficjalne statystyki odnotowują prawomocne skazania z tego pierwszego przepisu, przewidującego wyższą karę – zgodnie z art. 11 § 3 k.k. Dlatego silniejsza ochrona mienia od ochrony prawidłowości funkcjonowania państwa wydaje się rozwiązaniem niewłaściwym.

Następnym elementem przesądzającym o wysokim stopniu społecznej szkodliwości podawania się za funkcjonariusza publicznego jest postać zamiaru, który charakteryzuje stronę podmiotową występku z art. 227 k.k. Otóż należy zgodzić się z poglądami A. Marka oraz J. Giezka, że chodzi tutaj o przestępstwo o intencjonalnym zabarwieniu, a więc możliwe do popełnienia tylko w zamiarze bezpośrednim<sup>9</sup>. W komentowanym przepisie jest mowa o podawaniu się za funkcjonariusza publicznego lub wyzyskaniu błędnego przeświadczenia o tym innej osoby i wykonywaniu czynności związanej z jego funkcją, zatem nie wystarczy tylko godzenie się na to. Wyrażenie „podając się za” oznacza działanie celowe, ukierunkowane na wprowadzenie w błąd, to samo dotyczy zwrotu „wyzyskując błędne przeświadczenie”, jednoznacznie wskazuje on na działanie intencjonalne, zamierzone. Sprawca musi chcieć stworzyć albo wykorzystać błędne mniemanie ofiary przestępstwa o posiadaniu kompetencji funkcjonariusza publicznego i musi chcieć wykonać czynność związaną z daną funkcją, a nie dowolną czynność. Nawet jeżeli podmiotem tego czynu jest funkcjonariusz publiczny, który działa poza sferą swoich kompetencji, musi wiedzieć, co należy do zakresu jego uprawnień, a jakie czynności się w nim nie mieszczą.

<sup>9</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 494; J. Giezek, *Komentarz*.

Jeżeli podaję się za kogoś, kim wiem, że nie jestem, muszę tego chcieć. Godzenie się na to oznaczałoby, że nie wiem, kim jestem i jakie mam kompetencje, czyli dotyczyłoby osoby nie w pełni poczytalnej. Zgodnie z art. 115 § 2 k.k. przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę między innymi postać zamiaru. Zamiar bezpośredni zawsze przesądza o wyższym stopniu społecznej szkodliwości czynu, odpowiadając potocznie określeniu działania z premedytacją. W ten sposób należy właśnie określić wprowadzenie kogoś w błąd lub utwierdzenie w tym błędzie i uzurpacja cudzych kompetencji, ustawowo zastrzeżonych dla przedstawicieli państwa.

Szczególną postacią występku z art. 227 k.k. jest przekroczenie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego, podającego się za innego funkcjonariusza niż jest w rzeczywistości i wykonującego czynności spoza zakresu kompetencji swojej funkcji. Jego zachowanie narusza nie tylko zaufanie do osoby piastującej funkcję publiczną, ale również zaufanie jego przełożonego, którym go obdarzono, a nawet zaufanie milionów wyborców – w przypadku osób na najwyższych stanowiskach pań-

stwowych, obsadzanych w drodze demokratycznych wyborów. Negatywne przykłady przywłaszczenia sobie kompetencji leżących poza konstytucyjnym i ustawowym zakresem kompetencji danego funkcjonariusza publicznego pociągają za sobą niewyobrażalne szkody w postaci frustracji obywateli, apatii i rezygnacji z udziału w życiu politycznym. Możliwa do obrony jest teza, że niska frekwencja wyborcza w Polsce jest wynikiem braku zaufania do klasy politycznej, której pojedynczy przedstawiciele nadużywają władzy, zapominając o swojej prawdziwej misji służenia obywatelom.

W tak szerokim kontekście należy patrzeć na regulację art. 227 k.k., który rzadko trafia na wokandy sądowe, lecz ma niebagatelne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania państwa. Szkodliwość społeczna przywłaszczenia sobie uprawnień komornika zamyka się w obrębie dóbr prawnych pojedynczej ofiary. O wiele gorsze skutki społeczne mają zaś rzadkie, aczkolwiek powtarzające się przypadki wychodzenia poza zakres swoich kompetencji przez samych funkcjonariuszy publicznych, gdyż zaufania do organów państwa nie odbudowuje się w krótkim czasie.

## Summary

*Marek Derlatka*

### **SOCIAL HARMFULNESS OF PRETENDING TO BE A PUBLIC OFFICER**

The article 227 of Polish criminal code, which defines the crime of pretending to be a public officer is not used very often, but it is of significant importance for proper functioning of the state. The degree of social harmfulness of this crime is high, because it weakens the confidence to state organs and may cause financial damages as well. Next factor of high social harmfulness of pretending to be a public officer is the form of intent – this crime may be committed only with direct intent. That is why the proposition of raising the top limit of punishment is justified.

**KEY WORDS:** social harmfulness public officer, usurpation, direct intent, degree

**POJĘCIA KLUCZOWE:** społeczna szkodliwość, funkcjonariusz publiczny, przywłaszczenie, zamiar bezpośredni, stopień

## ZABURZENIE TRANSU I OPĘTANIA A OCENA POCZYTAŁNOŚCI

### WPROWADZENIE

Zjawisko tak zwanego opętania jest przedmiotem zainteresowań badaczy głównie z dziedziny antropologii kultury, religioznawstwa czy teologii. Czy jednak „opętanie” ma jakieś znaczenie dla kwestii odpowiedzialności karnej? Wydawałoby się, że tego rodzaju fenomen przestał być istotny z punktu widzenia zasad odpowiedzialności karnej przynajmniej od XVIII wieku, kiedy to rozpoczął się proces laicyzacji prawa karnego, a w szczególności od epoki pozytywizmu, odkąd dyskurs naukowy został zdominowany przez takie kierunki myślowe, jak empiryzm czy scjentyzm. Można jednak postawić tezę, że skoro w ostatnich dekadach zjawisko opętania wraca nie tylko jako temat literacki, publicystyczny czy filmowy, ciesząc się *nota bene* dość dużym zainteresowaniem opinii publicznej, ale – co ważniejsze – stanowi także wyodrębniony przedmiot badań społeczno-kulturowych i psychiatrycznych, to na zagadnienie to można spojrzeć także przez pryzmat podstaw odpowiedzialności karnej.

Przez opętanie należy rozumieć zaburzenie psychiczne, niemające źródła w chorobie psychicznej (zaburzeniu psychotycznym) ani schorzeniu somatycznym, przejawiające się głównie w czasowej utracie świadomości i zmianie tożsamości, manifestujące się atypowym, specyficznym zachowaniem, związane z przeświadczeniem osoby, że została owładnięta (opętana) przez złego ducha lub nieczystą moc (siłę) duchową. Dla transu (ataku) opętania charakterystyczne jest zjawisko zastępowania osobowości, osoba traci przejściowo własną

osobowość na rzecz innej (alternatywnej). Pojawiające się dodatkowo symptomy to: awersja wobec przedmiotów kultu religijnego, myśli bluźniercze, zaburzenia koncentracji, lęk, ataki nienawiści i agresji, bóle fizyczne, depresja, myśli samobójcze.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zjawiska opętania w sposób, który pozwoliłby ocenić je jako ewentualną okoliczność wyłączającą lub ograniczającą poczytalność sprawcy czynu zabronionego. Zagadnienia, które z perspektywy doktryny prawa karnego należałoby wyjaśnić, to: Czy zaburzenie transu i opętania mieści się w przesłankach określonych w art. 31 §1 k.k.? Jak ewentualnie należy takie zaburzenie kwalifikować: choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe, inne zakłócenie czynności psychicznych? Czy można mówić o wiedzy specjalistycznej dotyczącej zjawiska opętania i czy poza psychiatrą i psychologiem zasadne byłoby powołanie jako biegłego w postępowaniu karnym na przykład demonologa lub egzorcysty?

### OPĘTANIE JAKO ZJAWISKO KULTUROWE I RELIGIJNE

Z perspektywy badań antropologii kulturowej zjawisko opętania stanowi jeden z najstarszych, towarzyszących człowiekowi już od zarania fenomenów. W każdej cywilizacji i kulturze, których członkowie wierzą w istnienie i działanie mocy demonicznych i złych duchów, znane są praktyki egzorcystyczne, mające pomóc w walce z dolegliwościami i zjawiskami przypisywanymi opętaniu przez złe moce<sup>1</sup>. Także współcześnie opętanie

<sup>1</sup> J. Dębiec, *Opętanie. Próba psychopatologicznego ujęcia problemu*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2000, s. 21–22.

zalicza się do zjawisk występujących niezależnie w różnych częściach świata, globalnie odnotowuje się też wzrastającą ich liczbę<sup>2</sup>. Przypadki tego rodzaju są rejestrowane także w Polsce, przy czym rodzimym, dominującym kodem społeczno-kulturowym i religijnym, przez pryzmat którego takie dolegliwości są oceniane, jest zasadniczo chrześcijańska tradycja religijna, zwłaszcza w ujęciu katolickim, aczkolwiek w pewnym zakresie pojawiają się także odmienne ujęcia filozoficzne czy religijne. Każdego roku w Polsce do samych tylko katolickich egzorcystów zgłaszają się tysiące osób z prośbą o pomoc w uwolnieniu od dolegliwości przypisywanych opętaniu. Setkom z tych osób egzorcysty potwierdzają tego rodzaju diagnozę. Niejednokrotnie są to pacjenci przysyłani przez lekarzy psychiatrów<sup>3</sup>.

Z perspektywy religijnej warunkiem *sine quo non* opętania jest wykluczenie choroby psychicznej. W praktyce katolickich egzorcystów dochodzi na tym tle do współpracy duchownych i lekarzy. Gdy osoba z dolegliwościami zgłasza się do egzorcysty, to zazwyczaj pierwszą rzeczą, o którą jest pytana, to diagnoza psychiatryczna<sup>4</sup>. Mówi się o tzw. „diagnostyce różnicowej opętania” i formułuje kryteria odróżnienia opętania od padaczki, schizofrenii, urojeń, omamów lub zaburzeń dysocjacyjnych<sup>5</sup>. Wskazuje się, że aby można było potwierdzić opętanie, muszą być spełnione łącznie następujące warunki: 1) stwierdzenie zaburzeń psychicznych z wykluczeniem przyczyny chorobowej, 2) „przekonanie mo-

ralne” egzorcysty, że zachodzi zjawisko opętania, 3) stwierdzenie elementów o charakterze parapsychofizycznym (paranormalnym), takich jak na przykład nienaturalna zmiana wyrazu twarzy, mówienie nie swoim głosem, nieproporcjonalna wobec budowy ciała siła fizyczna i szybkość reakcji, dermografizm (pojawiające się znaki lub litery na skórze), pismo automatyczne, mówienie w obcym języku<sup>6</sup>. Zwraca się także uwagę na przypadki symulacji opętania i symptomy takiej symulacji<sup>7</sup>.

### OPĘTANIE JAKO KATEGORIA PSYCHIATRYCZNA

Metodologia badań psychiatrycznych zakłada eliminację z oceny zaburzeń psychicznych „wymiaru nadprzyrodzonego” i ujmowanie ich wyłącznie jako jednostek chorobowych. Powyższe założenie nie zawsze jest jednak proste w realizacji. Ze względu na złożoność i wieloaspektowość niektórych zjawisk psychicznych także w psychiatrii są obecne postulaty stawiania badaniom wymogu szerszego ujmowania rzeczywistości człowieka dotkniętego cierpieniem psychicznym<sup>8</sup>. Tego rodzaju otwarte podejście charakteryzuje ocenę kliniczną zjawiska opętania. Oczywiście psychiatryczne ujęcie opętania nie polega na roztrząsaniu kwestii „zła osobowego”, jednak psychiatrzy, badając procesy psychiczne osoby wykazującej takiego rodzaju zaburzenia, poza typowym dla siebie instrumentarium metodycznym biorą pod

<sup>2</sup> Por. L. S. Betty, *The Growing Evidence for „Demonic Possession”: What Should Psychiatry’s Response be?*, „Journal of Religion and Health” 2005, Vol. 44.

<sup>3</sup> J. Zięba, *Egzorcyci. Historia – teologia – prawo – duszpasterstwo*, Kraków: WAM 2012, s. 438–452.

<sup>4</sup> G. Amorth, *Egzorcyci i psychiatry*, Częstochowa: Edycja Św. Pawła 1999, s. 106–108.

<sup>5</sup> D. Sikorski, *Opętanie a choroba psychiczna – kryteria różnicujące*, (w:) *Szatan w religii i kulturze*, red. S. Bukalski, Szczecin: Wydział Teologiczny Uniwersytetu Szczecińskiego 2008, s. 213–219.

<sup>6</sup> W literaturze wspomina się nawet o takich zjawiskach paranormalnych, jak: lewitacja, wypluwanie szkła, kamieni, gwoździ; pojawienie się w pomieszczeniu żywych lub martwych zwierząt (np. węża, kreta). Por. J. Zięba, *Egzorcyci*, s. 141–142; M. Olszewski, *Egzorcyzm. Postuga miłości*, Kraków: eSPe 2013.

<sup>7</sup> S. Zalewski, *Walka z osobowym złem. Studium o postudze egzorcyzmowania w Kościele Katolickim*, Płock: Płocki Instytut Wydawniczy 2013.

<sup>8</sup> J. Bomba, *Przedmowa*, w: J. Dębiec, *Opętanie. Próba psychopatologicznego ujęcia problemu*, Kraków 2000, s. 9; A. Kępiński, *O tzw. organiczności*, (w:) tenże, *Rytm życia*, Kraków 1972, s. 185.

uwagę oceny społeczno-kulturowe i religijne obecne w środowisku pacjenta.

Wprowadzenie opętania jako odrębnej jednostki psychopatologicznej zasugerowano w literaturze psychiatrycznej pod koniec lat 80. XX wieku<sup>9</sup>. Powszechnie uznawane systemy klasyfikacyjne zaburzeń psychicznych: ICD-10<sup>10</sup> i DSM-IV<sup>11</sup>, a także, z pewnymi modyfikacjami, niedawno wydany DSM-5<sup>12</sup>, uznają opętanie za odrębną kategorię zaburzeń. W systemach tych uzależnia się zdiagnozowanie opętania od analizy kulturowego kontekstu wystąpienia charakterystycznych objawów. Do zaburzeń psychicznych określonych przez WHO w ICD-10 kategorię „trans i opętanie” (*trance and possession*)<sup>13</sup> dołączono w 1992 r. i oznaczono kodem F44.3. Zaburzenie transu i opętania klasyfikowane jest w podgrupie zaburzeń dysocjacyjnych (konwersyjnych)<sup>14</sup>. Do

kryteriów diagnostycznych zaliczono takie objawy (stany psychiczne), jak: „trans”, czyli chwilową zmianę stanu świadomości związaną z utratą poczucia własnej tożsamości, połączone z zaburzeniem percepcji i ograniczeniem ruchów; jak również „opętanie”, rozumiane jako poczucie owładnięcia przez ducha, moc, bóstwo lub inną osobę. Koniecznym warunkiem jest przy tym wykluczenie psychozy lub schorzeń somatycznych, które mogłyby być przyczyną zaburzeń, a doświadczanie tego rodzaju stanów w ocenie społeczno-religijnej ma być uznawane za niepożądane, kłopotliwe<sup>15</sup>. A zatem w ICD-10, oprócz podania typowych dla psychiatrii kryteriów diagnostycznych, uzależnia się zdiagnozowanie opętania od analizy towarzyszącego mu kontekstu społeczno-religijnego, stawiając klinicystę przed koniecznością rozstrzygnięcia, jaki charakter mają związki

<sup>9</sup> S. Saxen i K. Pras proponowali na łamach „American Journal of Psychiatry” przyjęcie następujących kryteriów: krótkie okresy zmiany tożsamości osoby, manifestujące się zmianą głosu, manieryzmami i zmianą zachowania – nowa tożsamość może odpowiadać znanej zmarłej już osobie lub akceptowanemu przez kulturę duchowi, demonowi, bogu lub postaci mitycznej; nagły początek i zakończenie; częściowa lub całkowita niepamięć nowej tożsamości i wydarzeń, które zaszły w trakcie epizodu opętania; zaburzenie nie jest spowodowane organiczną chorobą psychiczną; towarzyszące cechy: poszukiwanie uwagi oraz dramatyzujące zachowania podczas epizodu opętania mogą zająć w trakcie ceremonii religijnych. Za: J. Dębiec, *Opętanie*, s. 76.

<sup>10</sup> *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (International Classification of Disorders)* redagowana przez Światową Organizację Zdrowia (WHO). Obecnie obowiązuje jej dziesiąta edycja (ICD-10).

<sup>11</sup> *Diagnostyczny i Statystyczny Podręcznik Zaburzeń Psychiczych (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)* redagowany przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne.

<sup>12</sup> *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition. DSM-5*, Washington-London: American Psychiatric Publishing 2013.

<sup>13</sup> Autorzy polskiego przekładu ICD-10 dokonali wyboru terminu „opętanie”, o wyrazistych kulturowo implikacjach semantycznych. Nie wybrali innych możliwych w zastosowaniu pojęć, jak „owładnięcie”, „pochwycenie”.

<sup>14</sup> Szczególną cechą zaburzeń dysocjacyjnych jest częściowa lub całkowita utrata normalnej integracji osobowości, na którą składają się pamięć biograficzna, świadomość tożsamości osobowej, bezpośrednie odczucia oraz daleko idące upośledzenie zdolności do świadomej i selektywnej kontroli.

<sup>15</sup> Kryteria diagnostyczne określono jako następujące: A: Spełnione ogólne kryteria zaburzeń dysocjacyjnych F44: 1) brak potwierdzenia schorzeń somatycznych, które mogłyby stanowić przyczynę charakterystycznych objawów zaburzeń (choć mogą występować zaburzenia somatyczne, powodujące inne objawy); 2) istnieją przekonywujące związki czasowe między wystąpieniem objawów a stresującymi wydarzeniami, trudnościami lub potrzebami; B: Występuje którykolwiek z następujących stanów: (1) Trans: chwilowa zmiana stanu świadomości, przejawiająca się dwoma z następujących: a) utrata zwykłego poczucia własnej tożsamości; b) zawężenie rozpoznawania bezpośredniego otoczenia lub niezwykle wąskie i selektywne zogniskowanie na bodźcach środowiskowych; c) ograniczenie ruchów, pozycji i wypowiedzi do powtarzania niewielkiego ich repertuaru. (2) Opętanie: osoba jest przeświadczona, że została owładnięta przez ducha, moc, bóstwo lub inną osobę. C: Zarówno (1), jak i (2) z kryterium B są stanami niepożądanymi lub kłopotliwymi oraz nie pojawiają się w okolicznościach religijnych lub innych zyskujących społeczną akceptację ani nie stanowią ich przedłużenia. Najczęściej stosowane przesłanki wykluczenia: zaburzenie nie występuje w tym samym czasie co schizofrenia lub zaburzenia pokrewne (F20-F29) albo zaburzenia nastroju [afektywne] (F30-F39) z omamami i urojeniami. Za: J. Dębiec, *Opętanie*, s. 78.

fenomenowi ze środowiskiem kulturowym i religijnym, w którym się on pojawił<sup>16</sup>. Jeśli chodzi o *Podręcznik zaburzeń psychicznych* Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, to już w trzeciej edycji (DSM-III) wskazano na opętanie jako jeden z możliwych przejawów osobowości mnogiej<sup>17</sup>. W wydanej w 1994 r. czwartej edycji (DSM-IV) wyodrębniono kategorię „trans opętania” (*possession trance*), którą zaliczono do szerszej grupy nieklasyfikowanych inaczej zaburzeń dysocjacyjnych (*dissociative disorder not other specified*) opatrzoną kodem 300.15. Jako kryterium diagnostyczne wskazano między innymi zakłócenie świadomości lub tożsamości „rodzime dla poszczególnych miejsc i kultur”, stwierdzając, że trans opętania polega na zastąpieniu zwyczajnego poczucia tożsamości osobowej przez nową tożsamość, przypisywaną wpływowi ducha, mocy, bóstwa lub innej osoby, przy wystąpieniu stereotypowych, mimowolnych ruchów, a przy tym – analogicznie jak w ICD-10 – zaburzenie nie stanowi części akceptowanej, kolektywnej praktyki kulturowej lub religijnej<sup>18</sup>. W piątym wydaniu podręcznika z 2013 r. (DSM-5) o opętaniu jest mowa w ramach dysocjacyjnych zaburzeń tożsamości (*dissociative identity disorder*). W kryterium diagnostycznym 300.14 stwierdza się, że zaburzenie tożsamości, charakteryzujące się obecnością dwóch lub więcej „odmiennych stanów osobowości” (*distinct personalisty states*), może w niektórych kulturach być określane

jako „doświadczenie opętania” (*experience of possession*). Podkreśla się również wagę kontekstu kulturowego i religijnego występowania zaburzeń, które w określonym środowisku ocenia się jako niechciane, dokuczliwe, niekontrolowane, manifestujące się w czasie i miejscach nieakceptowanych przez normy kulturowe i religijne<sup>19</sup>. Ponadto w kryterium diagnostycznym 300.15 mowa jest o zaburzeniach przejawiających się w zmianie tożsamości (*alternations of identity*), epizodach opętania (*episodes of possession*) i transie dysocjacyjnym (*dissociative trance*), który nie jest zwyczajnym przejawem szeroko akceptowanej społecznie praktyki kulturowej i religijnej<sup>20</sup>.

Specyficzne przejawy transu opętania wyznaczają w badaniach klinicznych to: zachowania regresywne, infantylnie, uwodzące, agresywne; skrajne formy afektywne: od robawienia, euforii i ekstazy, poprzez napięcie i niepokój, do jawnego okazywania agresji powiązanej z groźeniem i straszaniem otoczenia czy wypowiedzianiem słów bluźnierczych i obscenicznych; wycie, ryk, przemienny śmiech i płacz; mówienie niezrozumiałym dla otoczenia językiem, recytacja tekstów religijnych; w czasie zmienionej świadomości mówienie nienaturalnie obniżonym lub podwyższonym tonem głosu; przyjęcie postaw przypisywanych przez kulturę płci przeciwnej; utrata kontroli ruchów: od bezruchu, apatii, przez upadek na ziemię, drżenie poszczególnych partii mięśni-

<sup>16</sup> Por. P. Bylica, *Zaburzenia dysocjacyjne czy opętanie przez Szatana? Historyczno-metodologiczna analiza stosunku psychiatrii do problemu opętań*, <http://www.nauka-a-religia.uz.zgora.pl> (dostęp: 22 sierpnia 2014 r.).

<sup>17</sup> „Wiara, że jest się opętany przez inną osobę, ducha lub istotę może pojawić się jako objaw zaburzenia osobowości mnogiej. W takich przypadkach skarga na bycie opętany jest faktycznie doświadczeniem wpływu alternatywnej osobowości na zachowanie i nastroj osoby. Jednakże, uczucie, że jest się opętany, może być również urojeniem w zaburzeniu psychiatrycznym jak schizofrenia, a nie objawem zaburzenia dysocjacyjnego” *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-III-R)* 1987, s. 271–272. Cyt. za: J. Dębiec, *Opętanie*, s. 76.

<sup>18</sup> „Dysocjacyjne zaburzenie transu: pojedyncze albo epizodyczne zakłócenia stanu świadomości, tożsamości lub pamięci rodzime dla poszczególnych miejsc i kultur. Trans dysocjacyjny wiąże się z zawężeniem świadomości bezpośredniego otoczenia lub stereotypowymi zachowaniami lub ruchami, które są przeżywane jako nie podlegające kontroli jednostki. Trans opętania polega na zastąpieniu zwyczajnego poczucia tożsamości osobowej przez nową tożsamość, przypisywaną wpływowi ducha, mocy, bóstwa lub innej osoby, i wystąpieniu stereotypowych, mimowolnych ruchów lub amnezji (...) Zaburzenie nie stanowi normalnej części szeroko akceptowanej, kolektywnej praktyki kulturowej lub religijnej”. Cyt. za: J. Dębiec, *Opętanie*, s. 78–79.

<sup>19</sup> *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition*, s. 292 i 295.

<sup>20</sup> Tamże, s. 306–307.



wych, nadzwyczajne zdolności akrobatyczne, drgawki, po zachowania gwałtowne i brutalne przeciwko sobie (samookałeczenia) oraz otaczającym ludziom i przedmiotom; niespodziewanie duża siła fizyczna, odporność na bodźce bólowe, halucynacje słuchowe lub wzrokowe o treści religijnej; po ustąpieniu ataku następuje powrót do codziennych kontaktów społecznych, uczucie spokoju, czasem kilkudniowy okres pozostawania niemym. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że gotowość psychiatrii objęcia opętania swoją troską nie przesądza o skuteczności leczenia, a kulturowe metody eliminacji objawów tego stanu zachowują swoją skuteczność. Odwołanie się służb medycznych do tradycyjnych metod leczenia opętania (egzorcyzmów) okazuje się pożyteczne, a nawet skuteczniejsze niż stosowane przez psychiatrię metody leczenia<sup>21</sup>.

### OPĘTANIE A PRAWNOKARNE PRZYPISANIE WINY

Z punktu widzenia prawnokarnej oceny zaburzenia opętania symptomy sformułowane w kryteriach diagnostycznych i opisach klinicznych dostarczają informacji mogących pomóc w jego ocenie pod kątem przesłanek psychiatrycznych oraz komponentu psychologicznego, składających się na zawartą w art. 31 k.k. definicję niepoczytalności. Wobec wskazanej symptomatyki nietrudno wyobrazić sobie sytuacje, w których osoba znajdująca się pod wpływem tego rodzaju zaburzenia dopuszcza się zachowań będących czynami zabronionymi. Do popełnienia czynu zabronionego może dojść w kilku charakterystycznych sytuacjach. Po pierwsze, w trakcie rytuału egzorcyzmu lub bezpośrednio przed i po nim. Relewantne z punktu widzenia norm prawa karnego zachowania to: wybuchy agresji wobec egzorcysty i osób mu pomagających, realizujące znamiona dokonania lub usiłowania spowodowania uszczerbku na zdrowiu (a nawet usiłowania

zabójstwa), naruszenia nietykalności cielesnej, groźby karalne, znieważenia, bluźnierstwa (stanowiące obrazę uczuć religijnych), pomówienia (ujawnianie niepochlebnych faktów z życia egzorcysty lub kogoś z jego ekipy). Po wtóre, mogą to być zachowania poza rytuałem egzorcyzmu, ale stanowiące atak na osoby, miejsca i przedmioty związane z kultem religijnym zarówno w trakcie czynności sprawowania kultu, jak i poza nimi. Tego rodzaju zachowania, poza naruszeniem nietykalności cielesnej czy miru domowego, mogą realizować znamiona przestępstwa obrazy uczuć religijnych, zniszczenia mienia, w tym dzieł o szczególnej wartości historycznej i kulturowej. Egzorcysty informują także o otrzymywaniu od osób będących w transie opętania obelżywych i zawierających groźby wiadomości tekstowych (SMS-ów), których wielokrotne wysyłanie może realizować znamiona nękania (*stalking*). W końcu mogą to być zachowania niezwiązane ze sferą kultu religijnego, jak na przykład agresywne zamachy na życie, zdrowie czy wolność seksualną osób trzecich, w tym nawet szczególnie okrutne zabójstwo.

Patrząc na zaburzenie opętania z punktu widzenia przesłanek psychiatrycznych określonych w art. 31 § 1 k.k. (choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego i innego zakłócenia czynności psychicznych), należy stwierdzić, że gdy weźmie się pod uwagę psychiatryczne kryteria diagnostyczne oraz kulturowo-religijną ocenę opętania, przyczyną tego rodzaju zaburzenia nie mogą być normatywne kategorie: „choroba psychiczna” i „upośledzenie umysłowe”. Pozostaje zatem próba zakwalifikowania opętania jako „innego zakłócenia czynności psychicznych”. W piśmiennictwie wskazuje się, że „inne zakłócenia czynności psychicznych” obejmują takie zaburzenia, u podstaw których nie leżą defekty wrodzone ani procesy chorobowe, lecz które są wynikiem z reguły krótkich i przemijających reakcji organizmu na określone bodźce zewnętrzne lub wewnętrzne. „Inne zakłócenia czynności psy-

<sup>21</sup> J. Dębiec, *Opętanie*, s. 79–82.

chicznych” to między innymi: afekty, strach, hipnoza, stan posthipnotyczny, stres, stany halucynacji, stany pośpiączkowe, zamroczenie, odurzenie senne. Zwraca się uwagę, że mogą to być także anomalie o charakterze osobowościowym, odnoszące się do sfery emocjonalnej, woluntatywnej i popędowej<sup>22</sup>. Redakcja art. 31 § 1 k.k. wskazuje na szerokie ujęcie pojęcia „inne zakłócenie czynności psychicznych”, gdyż nie określając wyjątków, obejmuje wszystkie sytuacje, gdy osobowość człowieka przestaje spełniać swoje funkcje regulacyjne i integracyjne, co znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie<sup>23</sup>. Skoro zatem według kryteriów diagnostycznych zawartych w systemach klasyfikacyjnych omawiane zaburzenie – nie będąc psychozą ani dolegliwością neuropatologiczną – wiąże się z utratą poczucia tożsamości, zawężeniem świadomości i zachowaniami, które są przeżywane jako niepodlegające kontroli jednostki, można stwierdzić, że zaburzenie transu i opętania mieści się w kodeksowej kategorii „inne zakłócenie czynności psychicznych”.

Dla uznania niepoczytalności sprawcy pozostającego pod wpływem zaburzenia opętania konieczne jest spełnienie warunku określonego w psychologicznej przesłance niepoczytalności, co musi wyrazić się w ustaleniu, że sprawca nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31

§ 1 *in fine*). Głównym weryfikowanym czynnikiem będzie utrata poczucia własnej tożsamości połączona z utratą kontroli nad swoim zachowaniem. Jak zauważają psychiatrzy, poszczególne przypadki zaburzeń opętaniowych różnią się od siebie w kwestii stopnia świadomości osoby i każdy epizod należy rozpatrywać indywidualnie. Podczas ataku większość osób dotyka jednak całkowita lub częściowa amnezja<sup>24</sup>.

W tym miejscu może być przydatne modelowe rozdzielenie przypadków mieszczących się w kategorii opętania na dwa wskazane w ICD-10 rodzaje objawów: (1) trans (dalej: „trans opętania”) i (2) opętanie (dalej: „stan opętania”).

W przypadku „transu opętania” (ataku opętania) zachodzi taka zmiana świadomości, która przejawia się utratą zwykłego poczucia własnej tożsamości, jak również zawężeniem rozpoznawania bezpośredniego otoczenia lub niezwykle wąskim i selektywnym zogniskowaniem na bodźcach środowiskowych. W transie opętania dochodzi do manifestacji i dominacji tożsamości alternatywnej przy jednoczesnej amnezji. Zmiana świadomości związana z utratą tożsamości z zasady powoduje niemożność rozpoznania znaczenia popełnianego przez sprawcę czynu i kierowania swoim postępowaniem. Modelowo skutkiem zdiagnozowania „transu opętania” powinno być stwierdzenie niepoczytalności sprawcy, a co za tym idzie wyłączenie winy i przestępczości czynu<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, LEX 2013, rozdz. II, pkt 4.3.

<sup>23</sup> L. K. Paprzycki, J. K. Gierowski, (w:) *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. IV, red. L. K. Paprzycki, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 527.

<sup>24</sup> J. Dębiec, *Opętanie*, s. 80.

<sup>25</sup> Na tak diagnozowany „trans opętania” można jednak spojrzeć albo jako na okoliczność wyłączającą winę, albo okoliczność wyłączającą czyn w rozumieniu prawa karnego. Jeżeli bowiem przyjąć, że podczas transu opętania zewnętrzne reakcje ruchowe nie przechodzą przez świadomość osoby będącej w transie, gdy nie ma mowy o zewnętrznym zachowaniu sterowanym wolą, to nie bez racji można mówić o braku czynu lub realizacji znamion podmiotowych czynu. Tradycyjnie jednak, pomimo zgłaszanych w piśmiennictwie wątpliwości, nawet przy głęboko zaburzonej świadomości i braku możliwości jakiegokolwiek kierowania swoim postępowaniem, na zasadzie pewnej fikcji prawnej przypisuje się tego rodzaju aktywności psychoruchowej status czynu zabronionego popełnionego w stanie niepoczytalności i traktuje jako objęty okolicznością wyłączającą winę, co pozwala na zastosowanie środków zabezpieczających. Taka interpretacja ma pewną wartość z punktu widzenia funkcji ochronnej prawa karnego, ale budzi wątpliwości z punktu widzenia dogmatycznego i funkcji gwarancyjnej. Por. J. Giezek, *Komentarz do art. 31 Kodeksu karnego*, LEX 2014; T. Przesławski, *Funkcja czynnika psychicznego w konstrukcji czynu zabronionego i formach winy*, „*Studia Iuridica*” 2008, t. 48; M. Piech, *O dwóch znaczeniach czynu w kodeksie karnym*, „*Prokuratura i Prawo*” 2009, z. 6; M. Kowalewska, *Strona podmiotowa czynu zabronionego niepoczytalnego sprawcy*, RPEiS 2013, nr 3.

Stan świadomości i zdolności decyzyjnej osoby w transie opętania *tempore criminis* może być stosunkowo łatwy do ustalenia, gdy atak miał miejsce podczas badań klinicznych lub w trakcie rytuału egzorcyzmu, trudniejszy, jeżeli do transu doszło w innych sytuacjach. Zakwalifikowanie transu opętania do grupy „innego zakłócenia czynności psychicznych” wyłącza możliwość orzeczenia wobec sprawcy środków zabezpieczających związanych z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne. Przepis art. 93 k.k. wśród przesłanek stosowania tych środków nie przewiduje bowiem popełnienia czynu zabronionego związanego z innym zakłóceniem czynności psychicznych.

W drugim modelowym ujęciu, przy spełnieniu pozostałych kryteriów, osoba wykazująca zaburzenie nie działa w transie, ale pozostaje w „stanie opętania”, to znaczy żywi jedynie przeświadczenie, że jest owładnięta przez ducha, moc, bóstwo lub inną osobę. Dopuszczając się popełnienia czynu zabronionego, sprawca nie traci świadomości, własnej tożsamości i przynajmniej częściowo kontroluje swoje zachowanie. Tak ujmowany „stan opętania” nie może być podstawą wyłączenia poczytalności, a co najwyżej może być podstawą uznania, że sprawca popełnił czyn zabroniony w stanie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej. Jeżeli nie można stwierdzić transu, działanie w stanie opętania powinno być traktowane jako zaburzenie zmniejszające stopień winy na skutek przeżywanych lęków, fobii, zaburzonej oceny aksjologicznej itp. Sprawców z tej grupy

można ewentualnie dodatkowo diagnozować pod kątem występowania zaburzeń antyspołecznych (psychopatii). W związku z tym, że art. 93 k.k. nie przewiduje jako podstawy orzeczenia izolacyjnych środków zabezpieczających „innego zakłócenia czynności psychicznych”, *de lege lata* nie ma możliwości, aby wobec osoby skazanej za przestępstwo popełnione w „stanie opętania”, znacznie ograniczającym jej poczytalność, orzec środek zabezpieczający określony w art. 95 § 1 k.k., czyli umieścić go w zakładzie karnym, w którym stosuje się szczególnie środki lecznicze lub rehabilitacyjne<sup>26</sup>. Przy spełnieniu wszystkich określonych ustawowo warunków możliwe byłoby ewentualne zastosowanie do takiego sprawcy przepisów ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób<sup>27</sup>, dające podstawę do umieszczenia w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym<sup>28</sup>.

Na koniec należy się odnieść do problemu opiniowania przez biegłych występowania omawianego zaburzenia. Problem zakwalifikowania zaburzeń sprawcy do kategorii „trans i opętanie” wiąże się z tym, że określone w systemach klasyfikacyjnych kryteria badawczo-diagnostyczne istotnie różnią się od rozwiązań przyjętych w stosunku do innych zaburzeń psychicznych. Odniesienia do poza psychiatrycznych kryteriów, takich jak: „okoliczności religijne lub inne zyskujące społeczną akceptację”, „rodzimość dla poszczególnych miejsc i kultur”, „szeroko akceptowana,

<sup>26</sup> Ale i tak nie ma przeszkód do wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym, co sprzawdza się do tego samego. Trafna jest krytyka sformułowania przyjętego w art. 95 k.k.

<sup>27</sup> Dz.U. z 2014 r. poz. 24.

<sup>28</sup> Ujmując problem czysto abstrakcyjnie, można zaznaczyć, że Kodeks karny nie przewiduje ograniczeń w stosowaniu art. 31 § 1 i 2 k.k. analogicznych do określonych w art. 31 § 3, a więc w przypadku, gdyby sprawca czynu zabronionego popełnionego w transie lub stanie opętania, z punktu widzenia oceny społeczno-religijnej, sam w istotny sposób przyczynił się do wystąpienia omawianych zaburzeń. Innymi słowy, ustawa karna nie zawiera podstawy do poniesienia przez sprawcę negatywnych konsekwencji z tego powodu, że sam wprowadził się w stan transu czy opętania, czym według ocen środowiskowych mogłoby być na przykład uczestnictwo w praktykach spirytystycznych, okultystycznych, psychotronicznych itp., nawet gdyby przewidywał lub mógł przewidzieć, że spowoduje to u niego wyłączenie lub ograniczenie poczytalności.

kolektywna praktyka kulturowa lub religijna”, zakładają konieczność odwołania się do ocen społeczno-kulturowych i religijnych, a zatem potrzebę wyjścia poza wiedzę psychiatryczno-psychologiczną w obszar właściwy antropologii kultury, socjologii, religioznawstwa czy teologii. A zatem, jeżeli przy okazji wydawania opinii sądowo-psychiatrycznej w procesie karnym biegły lekarz psychiatra lub psycholog podejrzewa wystąpienie zaburzeń transowych i opętaniowych, wymaga to od niego dokładnej analizy uwarunkowań społeczno-kulturowych i religijnych pacjenta oraz jego otoczenia. Gdyby okazało się, że wiedza i doświadczenie z zakresu antropologii, etnografii czy religioznawstwa posiadane przez biegłego psychiatrę nie są wystarczające, powinien on podjąć konsultacje z badaczami zajmującymi się profesjonalnie tymi dziedzinami. W razie wątpliwości sąd, poza psychiatrą i psychologiem, mógłby powołać biegłego z zakresu wskazanych dyscyplin. W zakresie ocen pozapsychiatrycznych omawianych zaburzeń biegli psychiatrzy nie mają monopolu i nie ma przeciwwskazań co do możliwości zasięgania przez sąd w trybie art. 193 k.p.k. opinii biegłych innych specjalności, o ile tylko tacy biegły będą wypowiadać się każdy w zakresie swoich kompetencji, wydając opinie w zakresie ocen społeczno-kulturowych i religijnych, nie odnosząc się bezpośrednio do kwestii zdrowia psychicznego<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Odnośnie do nieco innego kontekstu zob. K. Pachnik, A. Ring, *Uwagi w sprawie uzyskiwania opinii o stanie zdrowia psychicznego sprawców przestępstw*, (w:) „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, t. XXX, red. T. Kalisz, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 2013, s. 117.

## PODSUMOWANIE

Zaburzenie transu i opętania (*trance and possession, possession trance disorder*) należy do zaburzeń psychicznych skategoryzowanych w powszechnie uznawanych systemach klasyfikacji zaburzeń psychicznych (ICD-10, DSM IV/DSM-5). Uznanie w toku procesu karnego, że sprawca działał pod wpływem tego rodzaju zaburzenia, ma doniosłe konsekwencje dla przypisania mu winy i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 31 § 1 k.k. trans i opętanie stanowią „inne zakłócenie czynności psychicznych”. Wykazanie, że sprawca działał pod wpływem transu lub opętania, może być podstawą uznania, że działał w stanie niepoczytalności albo poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej. Sprawcy, którego poczytalność zupełnie wykluczono, mimo że nie podlega odpowiedzialności karnej, nie można jednak umieścić w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, ponieważ wśród ogólnych podstaw art. 93 k.k. nie przewidziano „innego zakłócenia czynności psychicznych”. Z tego względu, że do kryteriów diagnostycznych opętania, obok typowych psychiatrycznych, zalicza się także kryteria oceny społeczno-kulturowej i religijnej, w celu zdiagnozowania zaburzenia sąd może powołać biegłych nie tylko z dziedziny psychiatrii i psychologii, ale również antropologii, etnografii czy religioznawstwa.

## Summary

Filip Cieply, Krzysztof Hoffmann

### TRANCE AND POSSESSION DISORDER AND ASSESSMENT OF CRIMINAL ACCOUNTABILITY

“Trance and Possession” is classified as dissociative disorder in *International Classification of Disorders* (ICD-10) and *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM IV/ V). “Trance and Possession” could be qualified as the “other mental disturbance” on the ground of the Art. 31 of the Polish Penal Code. The perpetrator shall not commit an offence, if at the time of the commission

of a prohibited act, was incapable of recognising its significance or controlling his conduct because of the trance and possession disorder. If at the time of the commission of an offence the ability to recognise the significance of the act or to control one's conduct was diminished to a significant extent, the court may apply an extraordinary mitigation of the penalty. The court could hear as forensic experts psychiatrists, a psychologist, as well as specialists in anthropology, ethnography or religious studies.

**KEY WORDS:** trance and possession, dissociative disorders, exclusion/reduction of accountability, principles of criminal liability

**POJĘCIA KLUCZOWE:** trans i opętanie, zaburzenia dysocjacyjne, wyłączenie/ograniczenie poczytalności, zasady odpowiedzialności karnej

## WYKORZYSTANIE POWÓDZTWA O USTALENIE (ART. 189 K.P.C.) W STOSUNKACH UMOWNYCH

### I. CHARAKTER POWÓDZTWA PRZEWIDZIANEGO W ART. 189 K.P.C. I JEGO PRZESŁANKI

1. Zadaniem sądów powszechnych w postępowaniu cywilnym jest wprawdzie udzielanie zwracającym się o to podmiotom ochrony polegającej na rozstrzygnięciu sporów powstających na tle stosunków prawnych łączących je z innymi uczestnikami obrotu prawnego, ale kompetencje do ukształtowania tych stosunków (ich wykreowania, rozwiązania, modyfikacji ich treści) przysługują sądowi zupełnie wyjątkowo. Ochrona udzielana przez sądy powszechne zwracającym się o to podmiotom polega bowiem na wskazaniu, jakie konsekwencje dla określonego zespołu okoliczności faktycznych przewidział ustawodawca w obrębie przepisów prawa mających zastosowanie do ich oceny oraz jakie konsekwencje z tymi okolicznościami powiązały strony umowy.

Rozstrzygnięcie sporu przez sąd powinno polegać na jego definitywnym zażegnaniu przez sformułowanie wypowiedzi o tym, jakiego zachowania pozwanego może oczekiwać powód z uwagi na łączący te osoby stosunek prawny. Obowiązkiwanie w procesie cywilnym zasady dyspozycyjności sprawia, że sąd w swoim rozstrzygnięciu odnosi się do żądania sformułowanego przez powoda, którym pozostaje związany (art. 321 § 1 k.p.c.).

Żądanie to musi być przedstawione w postaci wskazania obowiązku określonego zachowania się pozwanego, mającego prowadzić do zaspokojenia chronionego prawnie interesu powoda (art. 187 § 1 k.p.c.). Wyrok jest wypowiedzią o tym, czy powód w ustalonych okolicznościach faktycznych i w świetle przepisów prawa materialnego może domagać się od pozwanego takiego zachowania się, o nakazanie którego wnosił. Z wyjątkiem przypadków, w których powód może żądać, by sąd wykorzystał ustanowione dla niego kompetencje do ukształtowania spornego stosunku prawnego, wyrok nie kreuje praw i obowiązków stron, lecz deklaratywnie stwierdza te prawa i odpowiadające im obowiązki<sup>1</sup>.

2. W szczególnych okolicznościach sądy powszechne uprawnione są do wydawania orzeczeń, w których brak jest wypowiedzi o powinności zachowania pozwanego wobec powoda, z uwagi na poprzestanie na samym tylko ustaleniu, jakiego rodzaju stosunek prawny łączy strony lub jakiego rodzaju prawo przysługuje powodowi względem pozwanego<sup>2</sup>. Podstawą do wydania takich orzeczeń był art. 3 d.k.p.c.<sup>3</sup>, a aktualnie jest nią art. 189 k.p.c. W art. 3 d.k.p.c. w okresie jego obowiązywania dostrzegano upoważnienie do ubiegania się o udzielenie powodowi tzw. ochrony prewencyjnej, gdyż przesłanką wystąpienia z przewidzianym nim żądaniem było dążenie do zapo-

<sup>1</sup> Z uwagami tymi pozostaje w związku podział wyroków wydawanych przez sądy w sprawach cywilnych, dokonywany na podstawie kryterium jurysdykcyjnej formy ochrony prawnej udzielanej powodowi przez ich wydanie i wyróżnienie wyroków zasadzających, ustalających i kształtujących prawo lub stosunek prawny. Tak samo prezentuje się podział wyroków z uwagi na ich treść. Por. E. Wengerek, *Powództwo o ustalenie*, RPIE 1959, nr 1, s. 3; K. Piasecki, *Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 1981, s. 140 i 142.

<sup>2</sup> K. Piasecki (*Wyrok*, s. 150) ochronę udzielaną powodowi na podstawie art. 189 k.p.c. nazywa subsydiarną.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta RP z 29 listopada 1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. nr 1932, nr 112, poz. 934 ze zm.; tekst jedn. Dz.U. z 1950 r. nr 43, poz. 394 ze zm., dalej: d.k.p.c.



bieżenia naruszeniu prawa<sup>4</sup>. Brzmienie art. 189 k.p.c. nie akcentuje prewencyjnego charakteru powództwa o ustalenie, gdyż ustawodawca nie sformułował w nim warunku, by powód, wytaczając powództwo o ustalenie, działał w celu zapobieżenia naruszeniu jego prawa.

Zarówno art. 3 d.k.p.c., jak i art. 189 k.p.c. umieszczone zostały przez ustawodawcę w ustawach regulujących procedurę stosowaną przez sądy w sprawach cywilnych, a zatem w otoczeniu przepisów o charakterze procesowym. Skoro jednak charakter materialny przypisuje się normom, które sąd stosuje do ustalonego stanu faktycznego dla rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach stron spornego stosunku prawnego określających istotę sprawy, niezależnie od tego, w jakim akcie prawnym zostały zamieszczone, to zarówno art. 3 d.k.p.c., jak i art. 189 k.p.c. nie mają procesowego charakteru, lecz materialnoprawny, gdyż ustanawiają materialnoprawne przesłanki uzyskania rozstrzygnięcia ustalającego prawo lub stosunek prawny<sup>5</sup>.

Skoro art. 189 k.p.c. tworzy podstawę do zgłoszenia żądania ustalenia prawa lub stosunku prawnego, to wystąpienie z takim żądaniem jest dopuszczalne zawsze, gdy powód twierdzi, że łączy go z pozwanym cywilny stosunek prawny lub przysługuje mu w stosunku do pozwanego cywilne prawo, wymagające ustalenia przez sąd<sup>6</sup>. Przesłankami materialnymi opartego na art. 189 k.p.c. powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego są: 1) interes prawny powoda w dokonaniu żądanego ustalenia, 2) legitymacja procesowa, 3) istnienie prawa, którego powództwo dotyczy<sup>7</sup>. Niewykazanie którejs z nich przez powoda, zgodnie z regułą ustaloną w art. 6 k.c., uzasadnia oddalenie powództwa<sup>8</sup>. Interes prawny powoda w ubieganiu się o wydanie rozstrzygnięcia ustalającego prawo lub stosunek prawny powinien być badany w granicach wyznaczonych potrzebą udzielenia mu żądanej ochrony i wyprzedzać badanie istnienia prawa (stosunku prawnego) objętego jego twierdzeniami o podstawie faktycznej powództwa. Stwierdzenie, że powód

<sup>4</sup> Szeroko na ten temat – ze wskazaniem, że jeszcze na gruncie d.k.p.c. w orzecznictwie zaczęto szerzej wyklądać przesłanki powództwa z art. 3 d.k.p.c., niżby na to wskazywał prewencyjny charakter ochrony udzielanej na jego podstawie – E. Wengerek, *Powództwo*, s. 5–13.

<sup>5</sup> Taka ocena charakteru tych norm jest powszechna w doktrynie [np. M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2004, s. 402; T. Żyżnowski, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, t. I, Warszawa 2011, s. 693–694] i w orzecznictwie (por. wyroki SN z 14 lipca 1999 r., II CKN 422/98, LEX nr 528143; z 21 maja 1997 r., II CKN 144/97, OSNC 1997, nr 11, poz. 177; z 27 czerwca 2001 r., II CKN 898/00, LEX nr 52613; wyrok SA w Katowicach z 24 marca 2011 r., I ACa 74/11, LEX nr 1001347).

<sup>6</sup> O dopuszczalności powództwa decyduje samo powołanie się przez powoda na okoliczności faktyczne, które mogą stanowić źródło stosunków cywilnoprawnych. Szerzej na temat formalnej koncepcji „sprawy cywilnej” stającej się przedmiotem rozpoznania w procesie J. Gudowski, *Wpływ Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na pojęcie dopuszczalności drogi sądowej*, (w:) *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego*, Warszawa 2010, s. 410 i n. Gdyby jednak wyłączona była droga sądowa dla dochodzenia zasądzenia świadczenia z określonego stosunku prawnego, to i jego ustalenie na tej drodze nie będzie dopuszczalne.

<sup>7</sup> W orzecznictwie wskazuje się czasami konieczność rozróżnienia skuteczności i zasadności, jako przesłanek merytorycznych powództwa o ustalenie. Przesłankami skuteczności tego powództwa nazywa się okoliczności decydujące o dopuszczalności badania i ustalania prawdziwości twierdzeń powoda, że istnieje dane prawo lub stosunek prawny. Należą do nich interes prawny i – pozostająca z nim w związku – legitymacja procesowa. Po ich zweryfikowaniu można dopiero przystąpić do badania prawdziwości twierdzeń powoda o podlegającym ustaleniu prawie lub stosunku prawnym. Zgodność twierdzeń powoda ze stanem rzeczy jest w tym ujęciu przesłanką zasadności powództwa. Por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z 8 listopada 1956 r., I CO 20/56, OSNCiK 1957, nr 3, poz. 64 i uchwały SN z 25 stycznia 1995 r., III CZP 176/94, OSNC 1995, nr 12, poz. 247.

<sup>8</sup> Wyroki SN z 12 kwietnia 2012 r., II CSK 474/11, LEX nr 1254654; z 9 grudnia 2011 r., III CSK 138/11, LEX nr 1109267; z 21 marca 2006 r., V CSK 188/05, LEX nr 1104890; z 27 czerwca 2001 r., II CKN 898/00, LEX nr 52613; z 30 listopada 2000 r., I CKN 903/00, LEX nr 512061; z 14 lipca 1999 r., II CKN 422/98, LEX nr 528143.

ma ten interes, nie decyduje wprost o zasadności powództwa, a jedynie warunkuje możliwość badania i weryfikowania prawdziwości jego twierdzeń, że dany stosunek prawny lub prawo istnieje<sup>9</sup>. O ile powód nie dochodzi ustalenia, że będący przedmiotem sporu stosunek prawny istniał, a prawo przysługiwało mu w określonej, wcześniejszej chwili, o tyle obie te przesłanki powinny być spełnione w dacie zamknięcia rozprawy przez sąd i podlegają ocenie według ich stanu w tej dacie (art. 316 § 1 k.p.c.).

3. Z art. 189 k.p.c. (tak samo jak poprzednio z art. 3 d.k.p.c.) wynika, że przedmiotem żądania powoda, a w konsekwencji także przedmiotem rozstrzygnięcia sądu wydanego po rozpoznaniu powództwa wniesionego na podstawie tego przepisu, powinno być określone prawo lub stosunek prawny, dla ustalenia których właściwa jest droga procesu cywilnego<sup>10</sup>. Zdaniem K. Piaseckiego różnice między przedmiotem powództwa o ustalenie a innymi rodzajami powództw wyrażają się w tym, że „o ile przedmiotem powództwa o zasądzenie mogą być tylko roszczenia, a przedmiotem powództwa o ukształtowanie – tylko prawa

potestatywne, o tyle przedmiotem powództwa o ustalenie mogą być wszelkie prawa cywilnoprawne i stosunki cywilnoprawne”<sup>11</sup>. Przepis art. 189 k.p.c. nie jest podstawą do wydania orzeczenia kształtującego nowy stan prawny, a zatem wyrok wydany w uwzględnieniu powództwa wniesionego na jego podstawie ma charakter deklaratoryjny.

Skoro przedmiotem ustalenia sądu w następstwie rozpoznania powództwa mającego oparcie w art. 189 k.p.c. jest prawo lub stosunek prawny, to za pomocą tego powództwa nie można żądać ustalenia faktu lub stanu faktycznego, związku przyczynowego między faktami<sup>12</sup>, właściwości rzeczy ani też oczekiwać odpowiedzi na pytanie, czy pewne okoliczności faktyczne wystąpiły<sup>13</sup>. W nauce i w orzecznictwie dopuszcza się jednak możliwość ustalenia na podstawie art. 189 k.p.c. faktu prawotwórczego<sup>14</sup>, ale i wówczas żądanie pozwu nawiązujące do tego faktu powinno być zredagowane w sposób wskazujący na oczekiwanie ustalenia stosunku prawnego będącego konsekwencją jego wystąpienia, nie zaś na oczekiwanie stwierdzenia, że fakt miał miejsce<sup>15</sup>. Fakt może być uznany za „prawo-

<sup>9</sup> Wyrok SN z 18 czerwca 2009 r., II CSK 33/09, LEX nr 515730.

<sup>10</sup> Por. np. wyrok SN z 16 lipca 2003 r., V CK 37/02, LEX nr 602321. Zdarza się, że ustawodawca niedbale identyfikuje rodzaj roszczenia, z jakim w określonej, spornej sytuacji może wystąpić strona konkretnego stosunku prawnego, a jeśli odwołuje się przy tym do pojęcia „ustalenie”, to powstają wątpliwości, czy to wykreowane roszczenie ma cechy roszczenia z art. 189 k.p.c. Szerzej o takich wątpliwościach w związku z postępowaniem „o ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości” – M. Romańska, *Wybrane zagadnienia materialne i procesowe z problematyki opłat rocznych za użytkowanie wieczyste gruntu*, Sam. Ter. 2000, nr 11, s. 13–20. Na temat znaczenia redakcji żądania pozwu dla możliwości zakwalifikowania zgłoszonego w nim powództwa do konkretnej kategorii por. E. Wengerek, *Powództwo*, s. 4–5.

<sup>11</sup> K. Piasecki, *Wyrok*, s. 152.

<sup>12</sup> Orzeczenie SN z 21 lutego 1938 r., III C 3303/37, OSNC 1939, nr 1, poz. 21.

<sup>13</sup> Por. orzeczenia SN z 22 maja 1953 r., I C 22/53, OSN 1954, nr 3, poz. 58; z 22 maja 1953 r., I C 26/53, PiP 1953, z. 12, s. 905; wyroki SN: z 17 grudnia 1997 r., I PKN 434/97, OSNP 1998, nr 21, poz. 627; z 5 października 1982 r., III CRN 244/82, LEX nr 8469.

<sup>14</sup> E. Wengerek, *Powództwo*, s. 18; K. Piasecki, *Wyrok*, s. 142 („fakty prawnie relewantne”); T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 93; por. też orzeczenia SN: z 8 października 1952 r., C 1514/52, PiP 1953, z. 8–9, s. 369; z 11 września 1953 r., I C 581/53, OSN 1954, nr 3, poz. 65; wyrok SN z 13 października 2000 r., II CKN 297/00, LEX nr 536785.

<sup>15</sup> Przykładowo, w orzecznictwie przyjęto (wyrok SN z 10 czerwca 2011 r., II CSK 568/10, Biul. SN 2011, nr 9, s. 11), że żądanie ustalenia, iż pozwany dokonał wypowiedzenia umowy, nie jest żądaniem ustalenia faktu prawotwórczego, nie zmierza bowiem do ustalenia stosunku prawnego lub prawa. Powód nie ma interesu prawnego w samym ustaleniu, że pozwany dokonał wypowiedzenia umowy, takie bowiem ustalenie nie uczyni zadość potrzebie ochrony jego sfery prawnej. Zdarzenie w postaci dokonanej wypowiedzenia umowy, jako niemające charakteru prawotwór-

twórczy”, jeżeli – w świetle obowiązującego prawa – jego zaistnienie mogło spowodować powstanie, zmianę, ustanie pewnego stosunku prawnego. Taki charakter mają fakty, z których bezpośrednio wynika istnienie (nieistnienie) stosunku prawnego lub prawa albo określona treść tego stosunku prawnego lub prawa.

E. Wengerek, za L. Rosenbergiem, wyliczył, że przedmiotem ustalenia może być: a) konkretny stosunek prawny wynikający ze stanu faktycznego, b) poszczególne prawne skutki takiego stosunku, c) samodzielna ilościowa część takiego stosunku, d) istota prawna (natura) umownego stosunku prawnego<sup>16</sup>.

4. W każdej sprawie przedstawionej mu do rozstrzygnięcia sąd zajmuje się ustaleniem faktów i wyłonieniem z nich faktów prawotwórczych, bo jest to wstępny warunek do udzielenia odpowiedzi na pytanie o treść łączących strony stosunków prawnych i praw przysługujących im w związku z tymi stosunkami. Od wyniku tych ustaleń zależy rozstrzygnięcie o zasadności roszczeń o zasądzenie świadczenia albo o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa. Oznacza to, że każde żądanie zasądzenia świadczenia albo ukształtowania prawa lub stosunku prawnego mieści w sobie *implicite* żądanie ustalenia tego stosunku prawnego, który ma upoważniać do zażądania świadczenia albo ustalenia stosunku prawnego, który ma być ukształtowany orzeczeniem sądu. W sprawie o zasądzenie świadczenia lub ukształtowanie prawa do ustalenia prawa lub stosunku prawnego dochodzi jednak przesłankowo, w toku procesu, w celu sformułowania wypowiedzi o dalej idącym żądaniu pozwu.

Skoro tak, to kolejną wymagającą rozwa-

żania kwestią jest pytanie o relacje, w jakich pozostają powództwo o ustalenie prawa lub stosunku prawnego do powództwa o zasądzenie świadczenia mającego podstawę w tym samym prawie lub stosunku prawnym. Może się bowiem zdarzyć, że jedna z pozostających w sporze stron stosunku umownego wystąpi z roszczeniem o zasądzenie świadczenia, o którym twierdzi, że jest jej należne od przeciwnika, a w tym samym czasie jej przeciwnik wystąpi z żądaniem ustalenia prawa lub stosunku prawnego w odniesieniu do tego samego stosunku prawnego.

W orzecznictwie ujawniła się rozbieżność poglądów co do tego, jak należy kwalifikować powyższą sytuację. Jeden jego nurt zakłada, że sprawy o ustalenie prawa i o zasądzenie świadczeń należnych w związku z jego naruszeniem nie są sprawami o to samo roszczenie. Tożsamość roszczeń, także w znaczeniu doniosłym dla stosowania art. 199 § 2 k.p.c., ma miejsce tylko wówczas, gdy identyczne są zarówno przedmiot żądania, jak i podstawa sporu<sup>17</sup>. Co prawda żądanie zasądzenia mieści w sobie *implicite* żądanie ustalenia, jednak to ostatnie rozstrzygane jest tylko przesłankowo i nie znajduje wyrazu w sentencji wyroku. Dlatego w sprawie o zasądzenie pozwany może bronić się zarzutem np. nieważności umowy, na podstawie której dochodzone jest roszczenie, a podjęcie takiej obrony, w świetle art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., nie wyklucza wytoczenia powództwa o ustalenie np. nieważności umowy. W sentencji wyroku wydanego po rozpoznaniu sprawy o świadczenie, w której pozwany zgłosił zarzut nieważności umowy, nie ma miejsca na rozstrzygnięcie kwestii ważności

---

czego, podlega badaniu wyłącznie jako przesłanka powództwa o zasądzenie świadczenia lub powództwa o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Jeśli jednak powód żądał ustalenia, że dokonane wypowiedzenie umowy jest nieważne, ewentualnie – bezskuteczne, to przyjąć należy, iż przedmiotem żądania jest ustalenie faktu prawotwórczego, w istocie bowiem zmierza ono do usunięcia niepewnego stanu prawnego powstałego wskutek dokonanego wypowiedzenia oraz ma na celu ochronę sfery prawnej powoda powstałej w następstwie zawarcia umowy z pozwanym.

<sup>16</sup> E. Wengerek, *Powództwo*, s. 18.

<sup>17</sup> Por. wyrok SN z 4 grudnia 1998 r., III CKN 56/98, Biul. SN 1999, nr 4, s. 9; postanowienie SN z 9 czerwca 1971 r., II CZ 59/71, OSNC 1971, nr 12, poz. 226; orzeczenie SN z 22 kwietnia 1967 r., I CR 570/66, OSPiKA 1968, nr 7–8, poz. 158.

umowy, co wyklucza możliwość uznania obu spraw za tożsame, ze skutkiem w postaci odrzucenia pozwu we wszczętej później sprawie o ustalenie<sup>18</sup>.

Nie oznacza to jednak, że w takiej sytuacji powód uzyska satysfakcjonujące go rozstrzygnięcie w sprawie o ustalenie. Materialną przesłanką decydującą o możliwości uwzględnienia tego powództwa jest bowiem wykazanie interesu prawnego, w rozumieniu art. 189 k.p.c., w jego wytoczeniu. Interesu takiego nie ma, gdy między stronami toczy się już sprawa o świadczenie, w toku której nie tylko może, ale nawet musi być zbadany stosunek prawny, na podstawie którego powód dochodzi świadczenia. Interes, który leży u podstaw wystąpienia z żądaniem ustalenia prawa lub stosunku prawnego, może być w takiej sytuacji zaspokojony w procesie o świadczenie, a zatem brak jest go w sprawie o ustalenie. Nie jest to jednak przesłanka formalna, lecz materialnoprawna i prowadzi do oddalenia powództwa w sprawie o ustalenie. Pozew o ustalenie, gdy toczy się już między tymi samymi stronami proces o świadczenie, nie podlega zatem odrzuceniu z powodu zawisłości sporu, lecz powództwo wniesione w takiej sprawie podlega oddaleniu ze względu na brak interesu prawnego w ustaleniu prawa, gdy druga ze stron stosunku prawnego dochodzi dalej idącego żądania, a u podstaw orzeczenia o nim musi leżeć uprzednie ustalenie stosunku prawnego<sup>19</sup>.

Skoro o interesie prawnym powoda warunkującym udzielenie mu ochrony w związku ze zgłoszeniem żądania ustalenia prawa lub

stosunku prawnego decyduje stan istniejący w dacie zamknięcia rozprawy, to tak samo należałoby ocenić sytuację, gdy w pierwszej kolejności zgłoszone zostało powództwo o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, a następnie doszło do wszczęcia postępowania o zasądzenie świadczenia, które – według twierdzeń powoda – ma mieć podstawę w tym samym stosunku prawnym, co objęty żądaniem ustalenia. Żądanie zasądzenia świadczenia jest oczywiście dalej idące niż żądanie ustalenia prawa lub stosunku prawnego, z którego to świadczenie ma wynikać, a to oznacza, że w analizowanym przypadku nie sposób jest nawet rozważać możliwości odrzucenia pozwu w sprawie o świadczenie z uwagi na stan zawisłości sporu. W praktyce zdarza się, że w takiej sytuacji sąd zawiesza postępowanie w sprawie o zasądzenie świadczenia na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. do czasu zakończenia wszczętej wcześniej między tymi samymi stronami sprawy o ustalenie prawa lub stosunku prawnego. Nie jest to jednak praktyka powszechnie aprobowana. W związku z wykładnią art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. dominuje bowiem stanowisko, że stosowanie tego przepisu nie jest uzasadnione wówczas, gdy sąd może samodzielnie dokonać potrzebnych ustaleń w sprawie, dla rozstrzygnięcia której znaczenie może mieć wynik innego postępowania<sup>20</sup>.

Argumentacja przytoczona wyżej jest wystarczająca dla uzasadnienia poglądu, że jeżeli powództwo o świadczenie zostało już między stronami prawomocnie rozstrzygnięte wyrokiem, to powództwo o ustalenie istnienia lub

<sup>18</sup> W postanowieniu z 7 grudnia 2005 r., V CK 277/05, SN zakwestionował możliwość odrzucenia pozwu w sytuacji, gdy pomiędzy stronami umowy zawisł spór o roszczenia z niej wynikające i wówczas pozwany ze sprawy o świadczenie wystąpił z pozwem o ustalenie nieważności umowy, chociaż już wcześniej w sprawie o świadczenie zgłosił zarzut nieważności umowy i zarzut ten stał się przedmiotem rozpoznania. W ocenie Sądu Najwyższego nie zachodzi tożsamość roszczeń, uzasadniająca odrzucenie pozwu w sprawie wniesionej później, niezależnie od tego, że w obu sprawach przedmiotem rozważań jest kwestia ważności tej samej umowy. O braku interesu prawnego w zgłoszeniu w takiej sytuacji żądania ustalenia prawa lub stosunku prawnego wypowiedział się też SN w wyroku z 21 marca 2006 r., V CSK 188/05, LEX nr 1104890, natomiast w wyroku z 29 lutego 1972 r., I CR 388/71, LEX nr 7066, SN przyjął, że dłużnik dopóty ma interes prawny w ustaleniu rozmiaru swego obowiązku, dopóki nie został przez wierzyciela pozwany o świadczenie.

<sup>19</sup> Por. orzeczenie SN z 29 kwietnia 1949 r., WaC 13/49, DPP 1950, nr 7, poz. 56.

<sup>20</sup> Por. uchwałę SN z 17 maja 1985 r., III CZP 69/84, OSNCP 1986, nr 3, poz. 24.

nieistnienia prawa lub stosunku prawnego, z którego wynika tytuł do żadanego już wcześniej świadczenia, jest wprawdzie dopuszczalne i nieobjęte powagą rzeczy osądzonej, ale nie może być uwzględnione z powodu braku po stronie powoda interesu prawnego do uzyskania rozstrzygnięcia na podstawie art. 189 k.p.c.<sup>21</sup> Wydanie takiego orzeczenia nie miało by bowiem żadnego znaczenia dla bytu wcześniejszego wyroku w sprawie o świadczenie. Wprawdzie powaga rzeczy osądzonej i moc wiążąca przysługuje rozstrzygnięciu zawartemu w prawomocnym wyroku, nie zaś ujawnionym w uzasadnieniu przesłankom, które do jego wydania doprowadziły, ale trudno byłoby akceptować ujawnienie się ewentualnej rozbieżności pomiędzy wypowiedzią na temat tych przesłanek sformułowaną w uzasadnieniu wyroku zasądzającego świadczenie a sentencją późniejszego wyroku odmiennie ustalającego prawo lub stosunek prawny, na tle którego orzeczono o tym świadczeniu.

Brak interesu prawnego w zgłoszeniu żądania ustalenia prawa lub stosunku prawnego ma miejsce także wtedy, gdy przeciwko powodowi występującemu z takim żądaniem toczy się już egzekucja długu ze stosunku prawnego, którego ono dotyczy<sup>22</sup>. Powód powinien wówczas podjąć obronę przed egzekucją przez zgłoszenie powództwa, które jej zapobiegnie (art. 840 k.p.c.), o ile jest w stanie powołać się na którąś z przesłanek uzasadniających jego wniesienie.

Nurt orzecznictwa przeciwny do przedstawionego wyżej zakłada, że jeżeli zostało wniesione powództwo o świadczenie, to wystąpienie z powództwem o ustalenie prawa lub stosunku prawnego jest niedopuszczalne ze względu na stan zawisłości sporu. Jego

przyjęciu nie stoi bowiem na przeszkodzie okoliczność, że jedna ze spraw dotyczy powództwa o świadczenie, a druga o ustalenie, jeżeli tylko w obydwu sprawach w rzeczywistości zachodzi identyczność roszczeń, jak i stron, chociażby występowały w odwrotnych rolach procesowych<sup>23</sup>. W wyroku z 9 grudnia 2011 r.<sup>24</sup> Sąd Najwyższy wyjaśnił, że gdy wystąpiono wcześniej z powództwem o świadczenie, to niedopuszczalne jest późniejsze powództwo o ustalenie, jako dotyczące żądania nie innego, lecz tylko węższego co do zakresu. Zasądzenie świadczenia wymaga bowiem uprzedniego przesądzenia zasady jego istnienia, tj. bytu stosunku prawnego, z którego ono wynika. Zawisłość sporu w sprawie późniejszej o ustalenie występuje jednak w takim wypadku, gdy ze stosunku prawnego, który ma być ustalony, wypływa tylko jedno, już wymagalne i dochodzone roszczenie o świadczenie. Gdy wypływają różne roszczenia, zawisłość sporu nie występuje. Pogląd taki prezentowany bywa też w sytuacji, gdy powództwo o ustalenie zostanie wniesione już po zakończeniu sporu o świadczenie. W takim przypadku za jego niedopuszczalnością ma przemawiać powaga rzeczy osądzonej<sup>25</sup>.

W powyższym sporze trzeba się opowiedzieć za pierwszym stanowiskiem, a o jego zasadności decyduje argumentacja przytoczona przy referowaniu tego poglądu.

## II. INTERES PRAWNY JAKO PRZESŁANKA POWÓDZTWA Z ART. 189 K.P.C.

5. Przesłanką merytoryczną decydującą o zasadności powództwa o ustalenie jest „in-

<sup>21</sup> Por. wyrok SN z 19 lipca 2000 r., II CKN 278/00, LEX nr 453593; postanowienie SN z 11 stycznia 1972 r., I CR 388/71, PUG 1974, nr 12, s. 41; orzeczenia SN: z 23 maja 1938 r., C III 895/36, OSP 1939, nr 1, poz. 27; z 29 kwietnia 1949 r., Wa.C. 13/49, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950, nr 7, s. 56.

<sup>22</sup> Por. wyrok SN z 5 maja 2000 r., II CKN 261/00, LEX nr 477583.

<sup>23</sup> Por. postanowienie SN z 9 listopada 1962 r., II CR 897/62, OSNC 1963, nr 10, poz. 231.

<sup>24</sup> III CSK 138/11, LEX nr 1109267.

<sup>25</sup> W orzeczeniu z 23 maja 1938 r., C. III 895/36, OSP 1939, nr 1, poz. 27, wśród przesłanek mających decydować o niedopuszczalności powództwa ustalającego Sąd Najwyższy wymienił zarówno powagę rzeczy osądzonej, jak i brak interesu prawnego w wystąpieniu z żądaniem ustalenia stosunku prawnego.



teres prawny" w uzyskaniu takiego rozstrzygnięcia. Do tego pojęcia ustawodawca odwołuje się w systemie prawnym po wielokroć, ale nie istnieje jego jedna, legalna i uniwersalna dla całego systemu prawnego definicja; wymaga ono dookreślenia w obrębie każdej instytucji, dla konstrukcji której ma znaczenie<sup>26</sup>.

Na gruncie art. 189 k.p.c. interes prawny rozumiany jest jako wykazanie potrzeby udzielenia ochrony sferze prawnej powoda, którą to ochronę może on uzyskać przez samo ustalenie stosunku prawnego lub prawa<sup>27</sup>. Dla przyjęcia, że powód ma interes prawny w uzyskaniu takiego rozstrzygnięcia, nie wystarczy odwołanie się do jego subiektywnych odczuć. Interes prawny, o którym mowa w art. 189 k.p.c., powinien być ustalany obiektywnie, tj. na podstawie rozumnej oceny sytuacji, w której powód się znajduje<sup>28</sup>, a przy tym musi on być zgodny z prawem i zasadami współżycia społecznego, jak również z celem, któremu służy art. 189 k.p.c.<sup>29</sup>

W wyroku z 10 czerwca 2011 r., II CSK 568/10<sup>30</sup>, Sąd Najwyższy podkreślił, że ocena w zakresie istnienia bądź nieistnienia interesu prawnego jako przesłanki powództwa przewidzianego w art. 189 k.p.c. nie może być dokonywana w sposób schematyczny, lecz zawsze z uwzględnieniem konkretnych okoliczności sprawy; należy ją zatem indywidualizować.

6. Pewne wnioski na temat tego, w jaki sposób należy rozumieć „interes prawny” w wystąpieniu z żądaniem ustalenia prawa lub stosunku prawnego, mogą być wyprowadzone z uwag poczynionych w pkt I. Skuteczne powołanie się na interes prawny w wystąpieniu

z żądaniem ustalenia prawa lub stosunku prawnego wymaga wykazania, że oczekiwane rozstrzygnięcie wywoła takie skutki w stosunkach między stronami, w następstwie których ich sytuacja prawna zostanie określona jednoznacznie i tym samym wyeliminowane zostanie, wynikające z błędnego przekonania co do przysługiwania powodowi określonych uprawnień, ryzyko naruszenia w przyszłości jego praw. Niewątpliwie jednak legitymowanie się interesem prawnym w zgłoszeniu żądania opartego na podstawie art. 189 k.p.c. nie jest ograniczone do przypadków, gdy powód dąży do wyeliminowania sytuacji zagrażającej naruszeniem przysługujących mu uprawnień bądź też do wyjaśnienia wątpliwości co do ich istnienia czy realnej możliwości realizacji, powództwo z art. 189 k.p.c. przestało bowiem pełnić wyłącznie funkcję prewencyjną.

Brak interesu prawnego jako przesłanki powództwa z art. 189 k.p.c. zachodzi wtedy, gdy powód nie ma jakiegokolwiek potrzeby ustalania stosunku prawnego lub prawa, gdyż jego sfera prawna nie została ani naruszona, ani zagrożona przez pozwanego<sup>31</sup>, lecz także wówczas, gdy może on osiągnąć w pełni ochronę swych praw w sposób prostszy i łatwiejszy, np. w procesie o świadczenie albo ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego prawo zostało już naruszone albo na tle łączącego go z pozwanym stosunku prawnego powstały już określone roszczenia, co oznacza, że może on dochodzić już zobowiązania pozwanego do określonego zachowania się wobec niego jako roszczenia o świadczenie (danie, czynienie, zaniechanie,

<sup>26</sup> A. Wilczyńska, *Interes prawny i jego granice w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 2010, nr 9–10, s. 33, po przeanalizowaniu różnych przypadków, gdy ustawodawca odwołuje się do tego pojęcia w systemie prawnym, zakłada, że jego niezdefiniowanie jest zamierzonym działaniem ustawodawcy.

<sup>27</sup> Wyrok SN z 10 czerwca 2011 r., II CSK 568/10, LEX nr 932343.

<sup>28</sup> Por. T. Rowiński, *Interes prawny*, s. 22; K. Piasecki, *Wyrok*, s. 150; A. Wilczyńska, *Interes prawny*, s. 35; i np. wyrok SN z 29 marca 2012 r., I CSK 325/11, LEX nr 1171285.

<sup>29</sup> Por. starsze orzecznictwo przytoczone przez E. Wengerka, *Powództwo*, s. 15 oraz wyroki SN: z 28 listopada 2002 r., II CKN 1047/00, LEX nr 75344; z 27 czerwca 2001 r., II CKN 898/00, LEX nr 52613; z 20 grudnia 1979 r., III PR 78/79, OSPiKA 1980, nr 11, poz. 196.

<sup>30</sup> Biul. SN 2011, nr 9, s. 11.

<sup>31</sup> Wyrok SN z 15 października 2002 r., II CKN 833/00, LEX nr 483288.



znoszenie)<sup>32</sup>. To samo dotyczy sytuacji, gdy z żądaniem spełnienia świadczenia wystąpiła przeciwko powodowi ze sprawy o ustalenie prawa lub stosunku prawnego druga strona tego stosunku, gdyż w sprawie o świadczenie sfera praw i obowiązków obu jego stron może być szerzej chroniona<sup>33</sup>. O braku interesu prawnego powoda w uzyskaniu wyroku ustalającego prawo lub stosunek prawny można mówić i wtedy, gdy uwzględnienie żądania pozwu nie może zapewnić powodowi ochrony w tej sytuacji faktycznej i prawnej, w jakiej znajduje się on w dacie zamknięcia rozprawy. Tak należałoby ocenić przypadek, w którym powód dochodzi ustalenia prawa lub stosunku prawnego, po tym jak pozwany uzyskał już orzeczenie zasądające na jego rzecz świadczenia wynikające z tego stosunku prawnego, ale także taki przypadek, gdy uwzględnienie powództwa o konkretnej treści, skierowanego przeciwko konkretnej osobie lub osobom, z uwagi na granice przedmiotowe i podmiotowe powagi rzeczy osądzonej wyroku, który by je uwzględnił (art. 366 k.p.c.), nie będzie w stanie zagwarantować powodowi oczekiwanej przez niego ochrony.

W pewnych sytuacjach, na zasadzie wyjątku od reguł przytoczonych wyżej, zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie przyjmuje się, że powód ma interes prawny w wystąpieniu z powództwem o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, chociaż jego prawo zostało już naruszone i w ramach stosunku prawnego łączącego go z pozwanym dopuszczalne byłoby dochodzenie roszczeń o świadczenia, bo te stały się już wymagalne. W literaturze podkreśla się, że o możliwości skorzystania w takiej sytuacji z powództwa o ustalenie prawa lub

stosunku prawnego decyduje wykazanie przez powoda zasadności skorzystania z tej formy ochrony<sup>34</sup>. Jest to jednak ciągle stwierdzenie ogólne i powstaje kwestia, kiedy konkretniej można by mówić o legitymowaniu się przez powoda interesem prawnym w wytoczeniu powództwa o ustalenie stosunku prawnego lub prawa, chociaż możliwe jest już dochodzenie zasądzenia świadczenia.

W stosunkach umownych, gdy sporna stała się zasada, według której określana ma być wysokość świadczenia okresowego należnego na jej podstawie, przyjmuje się, że powód może mieć nie tylko roszczenie o zapłatę zaległego świadczenia, ale i interes w ustaleniu jego należnej wysokości na przyszłość<sup>35</sup>. O interesie prawnym w ustaleniu prawa lub stosunku prawnego mówi się też w sytuacji, gdy z naruszenia prawa określonej osoby mogą wynikać dalsze jeszcze skutki, takie, których zakresu i rozmiarów nie da się przewidzieć<sup>36</sup>, gdy – niezależnie od powstałego już roszczenia o świadczenie – sporna między stronami była tylko jego zasada, a nie sama wysokość, i tę zasadę należy wyjaśnić w sprawie o ustalenie.

Często pojęcie interesu prawnego w zgłoszeniu żądania ustalającego wyklada się jeszcze bardziej elastycznie. J. Krajewski przyjmuje, że powód może mieć interes prawny w zgłoszeniu żądania ustalenia prawa lub stosunku prawnego mimo istnienia warunków do dochodzenia świadczenia także wtedy, gdy „w konkretnej sprawie rozpoznanie powództwa o zasądzenie wymagałoby wyjaśnienia i rozstrzygnięcia szeregu dodatkowych zagadnień, które przy powództwie o ustalenie można pominąć, przyczyniając się do szybszego wyjaśnienia sporu” (...) oraz „jeżeli inne nie-

<sup>32</sup> Orzeczenie SN z 13 kwietnia 1965 r., II CR 266/64, OSPiKA 1966, nr 7–8, poz. 166; uchwała składu 7 sędziów SN – zasada prawna – z 30 grudnia 1968 r., III CZP 103/68, OSNC 1969, nr 5, poz. 85; wyroki SN: z 4 marca 2011 r., I CSK 351/10, LEX nr 785272; z 9 maja 2000 r., IV CKN 686/00, LEX nr 602301; z 11 lipca 1997 r., II CKN 280/97, LEX nr 255613.

<sup>33</sup> Wyrok SN z 15 marca 2002 r., II CKN 919/99, LEX nr 54376, Prok. i Pr. – wkł. 2002, z. 11, s. 40.

<sup>34</sup> M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz*, s. 403; T. Żywnowski, (w:) *Kodeks*, s. 694.

<sup>35</sup> Por. wyrok SN z 17 maja 1966 r., I CR 109/66, OSNCP 1967, nr 3, poz. 52.

<sup>36</sup> Por. orzeczenia SN: z 11 września 1953 r., I C 581/53, OSN 1954, nr III, poz. 65; z 9 marca 1960 r., I CR 642/59, OSN 1961, nr IV, poz. 110; wyroki SN: z 8 marca 2001 r., I CKN 1111/00, LEX nr 1168032; z 2 lutego 2006 r., II CK 395/05, LEX nr 192028.

dogodności wyraźnie przemawiają przeciwko powództwu o świadczenie<sup>37</sup>. W orzecznictwie wyrażony został natomiast pogląd, że pojęcie interesu prawnego w wystąpieniu z żądaniem ustalenia prawa lub stosunku prawnego powinno być interpretowane z uwzględnieniem szeroko pojmowanego dostępu do sądów w celu zapewnienia należytej ochrony prawnej. Jeżeli powództwo o ustalenie prawa jest jedynym możliwym środkiem jego ochrony, trzeba przyjąć, że powód ma interes prawny w żądaniu ustalenia<sup>38</sup>. Przyjęcie, że powód ma interes prawny w wystąpieniu z powództwem o ustalenie, jest możliwe, gdy wynik postępowania doprowadzi do usunięcia niejasności i wątpliwości w ramach łączącego strony stosunku prawnego oraz zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, a więc definitywnie zakończy istniejący spór, a ewentualnie zapobiegnie takiemu sporowi w przyszłości<sup>39</sup>.

Wyrok oddalający powództwo o ustalenie z powodu braku interesu prawnego korzysta po uprawomocnieniu się z powagi rzeczy osądzonej, która jednak obejmuje tylko ustalenie braku interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie. Nie jest nią objęte ustalenie istnienia albo nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, skoro ustalenia takiego sąd nie uczynił<sup>40</sup>. Oddalenie powództwa z uwagi na niewykazanie tej przesłanki dochodzenia roszczenia nie pozbawia powoda uprawnienia do jego ponownego wytoczenia, jeśli tylko powód stwierdzi, że zmieniły

się okoliczności decydujące o ocenie interesu prawnego w uzyskaniu orzeczenia ustalającego prawo lub stosunek prawny<sup>41</sup>.

### III. LEGITYMACJA

7. Przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu orzeczenia ustalającego prawo lub stosunek prawny nie można rozważać w oderwaniu od legitymacji procesowej w sprawie, w której ma nastąpić rozstrzygnięcie o nim. Obie te przesłanki mają bowiem charakter materialnoprawny i wzajemnie się warunkują.

Co do zasady, interes prawny w ustaleniu istnienia stosunku prawnego lub prawa ma osoba, która twierdzi, że przysługuje jej podlegające ustaleniu prawo lub że jest stroną spornego stosunku prawnego. Takie wyznaczenie granic legitymacji dla procesu o ustalenie prawa lub stosunku prawnego uznawane jest jednak za zbyt wąskie. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, że różnica między powództwem o zasądzenie a powództwem o ustalenie wyraża się m.in. w tym, że legitymacja stron procesu opartego na art. 189 k.p.c. nie musi wynikać z istniejącego między nimi stosunku prawnego lub prawa, mającego być przedmiotem ustalenia<sup>42</sup>. Z takim powództwem może zatem wystąpić osoba, „na której prawa lub obowiązki w jakimś zakresie – rozumianym szeroko – może wpłynąć istnienie lub nieistnienie prawa przysługującego innym podmiotom stosunku prawnego, łączącego

<sup>37</sup> J. Krajewski, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, red. J. Jodłowski, K. Piasecki, Warszawa 1989, s. 304–305.

<sup>38</sup> Zob. wyroki SN: z 4 lutego 1999 r., II CKN 804/98, OSNC 1999, nr 10, poz. 171; z 15 marca 2002 r., II CKN 919/99, Prok. i Pr. – wkl. 2002, z. 11, s. 40; z 27 stycznia 2004 r., II CK 387/02, LEX nr 391789; z 30 października 2008 r., II CSK 233/08, LEX nr 560543; z 18 czerwca 2009 r., II CSK 33/09, LEX nr 515730; z 27 stycznia 2011 r., I CSK 237/10, LEX nr 784978; z 9 lutego 2012 r., III CSK 181/11, OSNC 2012, nr 7–8, poz. 101; z 7 grudnia 2012 r., II CSK 143/12, LEX nr 1288628. Tak też m.in. T. Żywnowski, (w:) *Kodeks*, s. 694.

<sup>39</sup> Por. wyroki SN: z 2 lutego 2006 r., II CK 395/05, LEX nr 192028; z 15 października 2002 r., II CKN 833/00, LEX nr 483288; z 30 listopada 2005 r., III CK 277/05, LEX nr 346213; z 19 lutego 2002 r., IV CKN 769/00, OSNC 2003, nr 1, poz. 13.

<sup>40</sup> Wyrok SN z 21 czerwca 2007 r., IV CSK 63/07, LEX nr 485880.

<sup>41</sup> M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz*, s. 403.

<sup>42</sup> J. Krajewski, (w:) *Kodeks*, s. 308.

inne podmioty”<sup>43</sup>. Artykuł 189 k.p.c. nie tylko nie wprowadza wymogu, aby stosunek prawny lub prawo, którego proces dotyczy, istniał między powodem a pozwanym, ale także aby jeden z nich w ogóle był stroną danego stosunku prawnego. Za wystarczający dla wystąpienia z powództwem o ustalenie przez konkretną osobę przeciwko innej osobie uznaje się zatem stosunek oparty na interesie prawnym w uzyskaniu wyroku ustalającego skutecznego względem pozwanego<sup>44</sup>.

Jeżeli powód jest podmiotem tego stosunku prawnego lub prawa, których dotyczy żądanie, to zawsze ma legitymację procesową w jego zgłoszeniu, ale nie oznacza to, że ma interes prawny w uzyskaniu oczekiwanego ustalenia. W takim wypadku, aby sąd przystąpił do badania zasadności żądania, powód musi nie tylko powołać się na to, że jest podmiotem spornego stosunku prawnego (i z tego wynika jego legitymacja czynna), ale także wykazać, że ma interes prawny w wytoczeniu powództwa o ustalenie przeciwko konkretnemu pozwanemu<sup>45</sup>. Powód niebędący podmiotem danego stosunku lub prawa opiera legitymację procesową

wyłącznie na tym, że ma interes prawny w jego ustaleniu<sup>46</sup>.

8. Co do zasady, żądanie ustalenia prawa lub stosunku prawnego powód zgłasza przeciwko stronie tego stosunku prawnego lub osobie, w stosunku do której przysługuje mu będące przedmiotem żądania prawo. W orzecznictwie granice legitymacji biernej w sprawie o ustalenie prawa lub stosunku prawnego wyznaczane są w nawiązaniu tylko do tych okoliczności<sup>47</sup>, albo szerzej, na podstawie założenia, że pozwany nie musi być jednak stroną stosunku prawnego z powodem. W tym drugim przypadku źródłem legitymacji biernej pozwanego jest twierdzenie powoda o potrzebie udzielenia mu ochrony prawnej w związku z naruszeniem lub zagrożeniem naruszenia danego prawa (stosunku prawnego), wobec istniejącej co do niego niepewności wynikającej z przyczyn faktycznych lub prawnych. Interes prawny powoda względem osoby spoza kręgu podmiotów spornego stosunku prawnego lub prawa istnieje wtedy, gdy osoba ta swoim zachowaniem bezpośrednio zagraża prawom powoda. Naruszenie albo zagrożenie określo-

<sup>43</sup> M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz*, s. 409. Tak też T. Rowiński, *Interes prawny*, s. 88–89.

<sup>44</sup> E. Wengerek, *Powództwo*, s. 18–20 i tak też np. wyrok SN z 21 marca 2013 r., II CSK 406/12, LEX nr 1341660.

<sup>45</sup> Por. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 8 listopada 1956 r., I CO 20/56, OSNCiK 1957, nr 3, poz. 64 i uchwały SN z 25 stycznia 1995 r., III CZP 176/94, OSNC 1995, nr 12, poz. 247.

<sup>46</sup> W orzeczeniu z 15 października 1937 r., I C 855/36, OSNC 1938, nr 8, poz. 347, Sąd Najwyższy stwierdził, że przepis art. 3 k.p.c. (d.k.p.c. – M. R.) nie wymaga, aby stosunek prawny, będący przedmiotem powództwa, istniał między stronami, między którymi spór się toczy; wystarczy, aby powód wykazał swój interes prawny w ustaleniu istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego między pozwanymi. Tytułem przykładu można wskazać także stan faktyczny oceniony w sprawie zakończonej wyrokiem SN z 12 kwietnia 2000 r., IV CKN 23/00, LEX nr 151572. W uzasadnieniu wyroku wydanego w tej sprawie SN wskazał, że stosownie do art. 678 § 1 zdanie pierwsze k.c. w razie zbycia rzeczy najętej w czasie trwania najmu nabywca wstępuje w stosunek najmu na miejsce zbywcy. Zbycie rzeczy najętej nie zmienia więc sytuacji prawnej najemcy tej rzeczy. Najemca może mieć interes faktyczny w tym, kto jest wynajmującym, i w razie wątpliwości w wyjaśnieniu tego. Nie oznacza to jednak, że ma interes prawny w ustaleniu nieważności umowy zbycia rzeczy najętej. Interes prawny najemcy lokalu komunalnego w żądaniu ustalenia nieważności umowy sprzedaży lokalu przez gminę wyraża się w stwierdzeniu braku skutków prawnych umowy, która pozbawiała przysługującego temu najemcy prawa do jego nabycia, i to na uprzywilejowanych warunkach.

<sup>47</sup> Por. uchwałę SN z 25 stycznia 1995 r., III CZP 176/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 74 („w procesie o ustalenie powód nie może pozwać kogokolwiek, lecz tylko podmiot, który jest prawnie zainteresowany wynikiem postępowania; o legitymacji przesądza to, że strony procesu są jednocześnie stronami spornego stosunku prawnego”); wyrok SN z 4 października 2001 r., I CKN 425/00, LEX nr 52719 („powództwo o ustalenie prawa powinno być skierowane przeciwko podmiotowi prawa, który istnienie tego prawa kwestionuje czy też narusza, albo rości sobie również własne prawa; musi to być podmiot, z którym powód pozostaje w stosunku prawnym, z którego wywodzi własne prawa”); postanowienie SN z 7 kwietnia 1995 r., I PZP 12/95, OSNP 1995, nr 19, poz. 241 („nie można skutecznie żądać na podstawie art. 189 k.p.c. ustalenia istnienia stosunku prawnego, łączącego powoda z osobą niebędącą w sprawie pozwanym”).

nej sfery prawnej powoda musi być rzeczywiste, i to przez ten podmiot, który dysponuje prawem nadającym się do przeciwstawienia roszczeniom powoda<sup>48</sup>. W procesie o ustalenie powód musi bowiem udowodnić, że ma interes prawny w wytoczeniu powództwa przeciwko konkretnemu pozwanemu, który, przynajmniej potencjalnie, stwarza zagrożenie dla jego prawnie chronionych interesów<sup>49</sup>.

Bierną legitymację procesową w sprawie o ustalenie istnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 189 k.p.c.) ma osoba, która zaprzecza jego istnieniu lub która pozostaje z powodem w konflikcie o treść spornego stosunku prawnego. Samo jednak zaprzeczenie przez nią prawu, którego ustalenia domaga się powód, nie wystarczy do przyjęcia, że osoba ta może być pozwaną. Zaprzeczenie to musi pozostawać w związku z interesem prawnym, który ma powód w uzyskaniu wyroku na podstawie art. 189 k.p.c.<sup>50</sup> Uprawomocnienie się wyroku ustalającego powinno przy tym zapewnić powodowi ochronę jego praw przez definitywne zakończenie istniejącego między nim i pozwanym sporu lub prewencyjnie zapobiec jego powstaniu w przyszłości, z uwagi na to, że obiektywnie odpadnie podstawa jego powstania<sup>51</sup>.

Nie sposób jednak przyjąć, by powód – niebędący stroną stosunku prawnego, którego dotyczy jego żądanie – mógł mieć interes prawny w wystąpieniu z powództwem o jego ustalenie przeciwko pozwanemu, który także nie należy do kręgu stron tego stosunku prawnego<sup>52</sup>. Ustalenie treści stosunku prawnego lub

prawa pomiędzy podmiotami, z których żaden nie jest bezpośrednio zaangażowany w ten stosunek, w świetle skutków, jakie ustawodawca przypisuje prawomocnym wyrokom, jest pozbawione wszelkich racji.

9. Osobno trzeba rozważyć, czy w sprawach o ustalenie prawa lub stosunku prawnego po stronie powodowej lub pozwanej może lub musi wystąpić któraś z kwalifikowanych form współuczestnictwa procesowego<sup>53</sup>. Co do zasady, zgłaszając takie żądanie, powód samodzielnie decyduje, czy wystąpi sam, czy wspólnie z innymi osobami i czy skieruje je przeciwko jednej osobie, czy większej grupie. W pewnych sytuacjach prawo materialne może jednak wymagać wystąpienia w sporze większej liczby osób, czy to po stronie powodowej, czy po stronie pozwanej. Artykuł 189 k.p.c., jako przepis prawa materialnego określający przesłanki skuteczności żądania ustalenia prawa lub stosunku prawnego, nie wymaga ani łącznego wystąpienia z takim żądaniem przez jakąś grupę osób, ani skierowania go łącznie przeciwko grupie osób z uwagi na inne kryterium jak tylko „interes prawny w ustaleniu”. O ewentualnym współuczestnictwie w sporze decyduje powołanie się zatem na wspólny kilku osobom interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia ustalającego konkretne prawo lub stosunek prawny, względnie na interes prawny powoda wymagający wystąpienia kilku osób w roli pozwanych w sprawie<sup>54</sup>. Tak też charakteryzuje ten problem M. Jędrzejewska, która twierdzi, że „o istnieniu czynnego

<sup>48</sup> Postanowienie SN z 16 lutego 2001 r., I CKN 87/00, LEX nr 1167295.

<sup>49</sup> M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz*, s. 410: „legitymacja bierna pozwanego musi wynikać z jego prawnego związku z ustalonym prawem lub stosunkiem prawnym”. Tak też T. Żyźnowski, (w:) *Kodeks*, s. 694.

<sup>50</sup> Wyrok SN z 16 listopada 2000 r., I CKN 853/98, LEX nr 50868.

<sup>51</sup> Wyrok SN z 18 czerwca 2009 r., II CSK 33/09, LEX nr 515730.

<sup>52</sup> Por. wyrok SN z 10 stycznia 1997 r., II CKN 59/96, LEX nr 50570: „przedmiotem żądania w ramach powództwa o ustalenie nie może być nieistnienie między innymi osobami stosunku prawnego, który nie dotyczy prawa powoda”.

<sup>53</sup> Szerzej o rozmaitych postaciach współuczestnictwa procesowego: M. Jędrzejewska, *Współuczestnictwo procesowe. Istota – zakres – rodzaje*. Warszawa 1975, *passim*.

<sup>54</sup> W uzasadnieniu uchwały z 7 sierpnia 1970 r., III CZP 49/70, OSNC 1971, nr 3, poz. 42, SN wyjaśnił, że na nieważność bezwzględną czynności prawnej może się powołać każda osoba zainteresowana. Legitymowanym w takich sprawach jest zatem każdy zainteresowany w ustaleniu tej nieważności, bez względu na to, czy zainteresowany-

lub biernego współuczestnictwa w ramach procesów o ustalenie nie tyle decyduje istota spornego stosunku prawnego, ile interes prawny występujący po stronie powodowej (...)", gdyż „w ramach tych powództw legitymacja czynna i bierna układać się może niezależnie od podmiotowego ukształtowania stosunków materialnoprawnych”<sup>55</sup>. Podstawy do przyjęcia konstrukcji współuczestnictwa koniecznego w procesie o ustalenie prawa lub stosunku prawnego istnieją tylko wtedy, gdy ustawodawca przewidzi rozszerzoną prawomocność wydanego w nim wyroku<sup>56</sup>.

Za koniecznością rozważania wielopodmiotowej formuły legitymacji procesowej czynnej lub biernej w sprawie o ustalenie prawa lub stosunku prawnego może jednak przemawiać oczekiwanie, że wyrok sądu wywoła skutki przewidziane przez art. 365 i art. 366 k.p.c., ze względu na które uprawnione podmioty poszukują ochrony sądowej. Skutki te mogą dotyczyć wyłącznie stron postępowania, w którym orzeczenie zapadło, a to oznacza, że ograniczenie przez powoda kręgu pozwanym spowoduje, że nawet uwzględnienie powództwa nie doprowadzi do zlikwidowania sporu między wszystkimi zaangażowanymi stronami. Osoby, które nie były stronami w sporze prawomocnie rozstrzygniętym i których nie obejmuje z mocy przepisu szczególnego rozszerzona prawomocność materialna wcześniejszego wyroku, nie są pozbawione możliwości realizowania swego prawa we własnej sprawie, także wtedy, gdy łączy się to z kwestionowaniem oceny wyrażonej w innej sprawie w zakresie przesłanek orzekania<sup>57</sup>.

#### IV. PRZYKŁADY Z ORZECZNICTWA DOTYCZĄCE OKRESU PRZED ZAWARCIEM UMOWY I PO JEJ ZAWARCIU

10. Stosunki cywilnoprawne wynikają ze zdarzeń, którym prawo przypisuje różne skutki. Taki charakter ma także złożenie oświadczeń woli prowadzących do zawarcia umowy. W przepisach składających się na prawo zobowiązań ustawodawca nie stworzył zbyt wielu unormowań o charakterze *ius cogens*, co oznacza, że – co do zasady – ustalenie treści stosunku prawnego, który przez złożenie takich oświadczeń zostanie ustanowiony, pozostawione jest woli stron, a organy państwa, w tym i sądy, nie mają wpływu na ich kształt i treść. W aktualnym stanie prawnym, wobec obowiązywania zasady swobody umów, powództwo o ustalenie ma nikłe zastosowanie w stosunkach poprzedzających zawarcie umowy, w celu uzyskania orzeczenia stwierdzającego obowiązek jej zawarcia. Nie służy ono powołaniu do życia stosunku prawnego lub prawa, które przed jego wytoczeniem nie istniały, i nie może być wykorzystane do wykreowania nowego stosunku prawnego lub prawa<sup>58</sup>.

Gdy działania stron poprzedzające złożenie oświadczeń woli prowadzących do zawarcia umowy zostaną objęte regulacją kreuującą między nimi pewien rodzaj cywilnego stosunku „przedumownego”, to ze względu na ten stosunek można sobie wyobrazić poszukiwanie przez którąś z jego stron ochrony przed sądem przed naruszającymi go działaniami drugiej strony przy wykorzystaniu powództwa z art. 189 k.p.c.<sup>59</sup>

mi w takim ustaleniu są w tym samym stopniu również inne osoby. Z tej przyczyny po stronie zainteresowanych w ustaleniu bezwzględnej nieważności czynności prawnej nie zachodzi współuczestnictwo konieczne. Natomiast współuczestników takich, gdy występują wspólnie w procesie, wiąże współuczestnictwo materialne jednolite. Wydany bowiem w takiej sprawie wyrok dotyczy niepodzielnie ich wszystkich. W sporze przeciwko obdarowanemu spadkobiercy o ustalenie nieważności umowy darowizny nie zachodzi po stronie powodowej współuczestnictwo konieczne pozostałych spadkobierców darczyńcy.

<sup>55</sup> M. Jędrzejewska, *Współuczestnictwo*, s. 27 i 58.

<sup>56</sup> Por. tamże, s. 169–170 i 191.

<sup>57</sup> Wyrok SN z 12 kwietnia 2012 r., II CSK 474/11, LEX nr 1254654.

<sup>58</sup> Wyrok SN z 16 grudnia 1998 r., III CKN 82/98, LEX nr 1215092.

<sup>59</sup> W uzasadnieniu uchwały z 2 sierpnia 1994 r., III CZP 96/94, OSNC 1995, nr 1, poz. 11, SN wyjaśnił, że z chwilą



11. W praktyce powództwo o ustalenie jest wykorzystywane najczęściej w celu zlikwidowania sporu o ważność umowy, gdy któraś z jej stron powołuje się na wady oświadczenia woli, na podstawie którego doszło do zawarcia umowy. Możliwe jest jednak także powołanie się w ramach takiego powództwa na innego rodzaju sprzeczność z prawem lub zasadami współżycia społecznego wykreowanego stosunku umownego, taką, która decyduje o zakwalifikowaniu umowy jako nieważnej (art. 58 k.c.). Z żądaniem takim wystąpić może zarówno któraś ze stron umowy, jak i osoba trzecia, mająca interes w ustaleniu jej nieważności. Podstawy dla żądania zgłoszonego na podstawie art. 189 k.p.c. nie można jednak upatrywać w art. 5 k.c. Ustalenie stosunku prawnego lub prawa odnosi się tylko do sytuacji, w której co do treści prawa lub stosunku prawnego zachodzi niepewność zagrażająca prawu powoda i uzasadniająca potrzebę udzielenia mu ochrony sądowej, a art. 5 k.c. służy zakwestionowaniu nie prawa wierzyciela, lecz tylko dopuszczalności uczynienia w danych okolicznościach użytku z tego prawa. Artykuł 189 k.p.c. nie może w takim wypadku usprawiedliwić powództwa dłużnika opartego na art. 5 k.c.<sup>60</sup>

12. W orzecnictwie rozważana była też możliwość wykorzystania powództwa o usta-

lenie w czasie trwania stosunku prawnego nawiązanego przez złożenie oświadczeń prowadzących do zawarcia umowy, w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących poszczególnych elementów jego treści.

W wyroku z 25 czerwca 1998 r., III CKN 563/97<sup>61</sup>, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zamieszczenie w umowie postanowienia określonej treści jest zdarzeniem faktycznym, które nie podlega ustaleniu na podstawie art. 189 k.p.c. Jednakże poszczególne postanowienia umowy kształtują jej treść, a zatem kształtują treść stosunku prawnego zawiązanego zawarciem umowy pomiędzy stronami. Skoro dopuszczalne jest ustalenie, że strony pozostają w stosunku prawnym wykreowanym przez umowę, to dopuszczalne jest też ustalenie treści tego stosunku, i to co do wszystkich jego elementów, niektórych z nich lub tylko jednego.

Żądanie pozwu w sprawie o ustalenie prawa lub stosunku prawnego może też zmierzać do wyjaśnienia wątpliwości w związku z przedmiotem świadczenia umówionego przez strony. Przykładowo, w orzecnictwie dopuszczono możliwość wyjaśnienia przez sąd w sprawie o ustalenie treści stosunku prawnego rzeczywistej woli kontrahentów, gdy nabywca nieruchomości powołuje się na jej omyłkowe oznaczenie w umowie sprzedaży<sup>62</sup>.

Dopuszczalne jest także powództwo o usta-

---

wszczęcia procedury przetargowej pomiędzy organizatorem przetargu a zainteresowanymi jednostkami (uczestnikami przetargu) nawiązuje się stosunek cywilnoprawny. W jego ramach organizator przetargu oraz uczestnicy przetargu występują w charakterze równorzędnych podmiotów. W nawiązaniu do tego poglądu w uzasadnieniu uchwały z 25 kwietnia 1996 r., III CZP 36/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 115, SN przyjął, że nie może wzbudzić żadnych zastrzeżeń otwarcie drogi sądowej uczestnikowi przetargu, który zarzuca, że przetarg przeprowadzono z naruszeniem przepisów prawa. Powstaje wszakże pytanie, na jakim etapie i na jakiej podstawie prawnej uczestnik przetargu pisemnych ofert mógłby skutecznie podnosić zarzut przeprowadzenia przetargu z naruszeniem przepisów prawa. Ustalenia komisji przetargowej mogą zakończyć się wyborem oferty lub odrzuceniem wszystkich ofert. Wniosków komisji organizator przetargu może nie zatwierdzić albo nawet po ich zatwierdzeniu odstąpić od zawarcia umowy. Te etapy realizacji wyniku przetargu uzasadniają wniosek, że dopóki nie nastąpi zawarcie umowy z osobą, której oferta została wybrana, dopóty uczestnik przetargu pisemnych ofert nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu wyniku przetargu. Ten interes prawny – w rozumieniu art. 189 k.p.c. – materializuje się z chwilą zawarcia umowy, w wyniku przetargu. Sąd w takim procesie może badać jedynie zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa w przeprowadzeniu przetargu, nie jest natomiast władny dokonywać oceny merytorycznych ustaleń komisji przetargowej co do złożonych ofert.

<sup>60</sup> Por. orzeczenie SN z 7 maja 1955 r., IV CR 395/55, OSNCK 1956, nr 2, poz. 39.

<sup>61</sup> LEX nr 255611.

<sup>62</sup> Por. uchwałę SN z 8 marca 1986 r., III CZP 10/86, OSNC 1987, nr 1, poz. 12, w której wyjaśniono, że powód na drodze takiego powództwa może uzyskać orzeczenie ustalające, że jest właścicielem innej nieruchomości niż wy-



lenie zmierzające do wyjaśnienia, czy powód wykonał zobowiązania ciążące na nim na podstawie zawartej z pozwanym umowy<sup>63</sup>. Powód, jako dłużnik, dopóty ma interes prawny w ustaleniu rozmiaru swego obowiązku, dopóki nie został przez wierzyciela pozwany o świadczenie. Gdy już został pozwany, przysługuje mu już tylko obrona w takim procesie<sup>64</sup>.

W orzecznictwie przyjęto także, że w drodze powództwa o ustalenie może być rozstrzygnięty spór co do charakteru umowy zawartej przez strony<sup>65</sup>.

**13.** Powództwo o ustalenie może być wykorzystane do rozstrzygnięcia wątpliwości co do trwania stosunku umownego w związku z powołaniem się przez którąś z jego stron na zdarzenia mogące prowadzić do jego zakończenia.

Za ustalony w orzecznictwie można uznać pogląd, że na podstawie art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia, że oświadczenie woli pozwanego o wypowiedzeniu umowy nie zostało

skutecznie złożone<sup>66</sup>. Interes prawny powoda wyraża się w tym przypadku w prawie do usunięcia stanu niepewności co do tego, czy działania w postaci odstąpienia od zawartych umów (podjęte przez niego lub przez przeciwnika) odniosły skutek w postaci rozwiązania stosunku prawnego, w którym strony pozostawały<sup>67</sup>.

## V. PROBLEM PRZEDAWNIEŃ A ŻĄDANIE USTALENIA PRAWA LUB STOSUNKU PRAWNEGO

**14.** Stosownie do art. 117 § 1 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, przedawnieniu ulegają „roszczenia majątkowe”. Przewidziane przez art. 189 k.p.c. roszczenie o ustalenie prawa lub stosunku prawnego zwykle ma charakter majątkowy (zwłaszcza gdy dotyczy umowy), ale nie zmierza ono do zaspokojenia interesu powoda przez zasądze-

mienia w umowie notarialnej, która była przedmiotem negocjacji i przedmiotem woli zbycia i woli nabycia. Temu celowi nie może służyć powództwo oparte na przepisie art. 84 k.c., gdyż orzeczenie sądowe kontrolujące zasadność uchylecia się od skutków prawnych oświadczenia woli może prowadzić do ustalenia nieważności czynności prawnej, lecz nie do równoczesnego ustalenia ważnego dokonania czynności o innej treści, jak to może mieć miejsce w przypadku pozorności. Jeżeli między stronami sporne jest nabycie nieruchomości w oznaczeniu ewidencyjnym działki, dopuszczalne jest ustalenie treści czynności prawnej zgodnie z wolą stron z uwzględnieniem tej właśnie spornej okoliczności. W okolicznościach sprawy powód może doznać ochrony w drodze powództwa o ustalenie stosunku prawnego na podstawie art. 189 k.p.c., w oparciu o prawnomaterialną podstawę określoną w art. 535 k.c. w związku z art. 155 k.c. Powód ma interes prawny w szczególnym ustaleniu wszystkich elementów umowy, gdyż jego prawa do nabytej i posiadanej nieruchomości mogą być zagrożone. Zgodnie bowiem z treścią aktu notarialnego powód posiada działkę należącą formalnie do osób trzecich jako następców zbywcy. W tym zagrożeniu uwidacznia się interes prawny nabywcy, czyli powoda.

<sup>63</sup> W orzeczeniu z 28 stycznia 1936 r., II C 2061/35, SN przyjął, że na drodze powództwa o ustalenie może być wyjaśniana kwestia, jak należy rozumieć zastrzeżenie umowne stron co do sposobu zapłaty, w szczególności czy zastrzeżenie to podpada pod pojęcie tzw. „klauzuli złota”.

<sup>64</sup> Wyrok SN z 29 lutego 1972 r., I CR 388/71, LEX nr 7066. W uchwale z 7 sierpnia 1974 r., III CZP 47/74, OSNC 1975, nr 12, poz. 161, SN przyjął, że odbiorca wody może w drodze powództwa zakwestionować istnienie lub wysokość należności za wodę (ceny jej sprzedaży), dostarczoną przez przedsiębiorstwo wodociągów i kanalizacji. Por. też uwagi w pkt I.

<sup>65</sup> Postanowieniem z 19 kwietnia 1989 r., II CZ 59/89, LEX nr 8956, SN rozstrzygnął wątpliwości, w jaki sposób ma być oznaczona wartość przedmiotu sporu w sprawie o ustalenie, że strony wiązała nie umowa sprzedaży, lecz umowa o pośrednictwo przy sprzedaży (art. 734 i n. k.c.). W wyroku z 5 października 2012 r., IV CSK 244/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 64, SN rozstrzygnął wątpliwość, czy umowa zawarta przez strony była umową dzierżawy, czy też umową nienazwaną, do której tylko odpowiednio można stosować przepisy o umowie dzierżawy.

<sup>66</sup> Wyroki SN: z 10 czerwca 2011 r., II CSK 568/10, Biul. SN 2011, nr 9, s. 11; z 6 marca 2002 r., V CKN 852/00, LEX nr 56024.

<sup>67</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 9 listopada 2010 r., I ACa 497/10, OSAB 2010, nr 3, s. 29–34.

nie na jego rzecz świadczenia. Zgodnie z większościami stanowiskiem nauki i orzecznictwa roszczenie to nie podlega przedawnieniu<sup>68</sup>. Nie oznacza to jednak, że powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego mogą być skutecznie dochodzone bezterminowo. Skoro przesłanką ustalenia musi być interes prawny w jego uzyskaniu, to w ramach jej badania sąd ocenia, czy nie upłynął termin przedawnienia roszczeń majątkowych ze stosunku prawnego podlegającego ustaleniu, a gdyby tak było, to powództwo o ustalenie może podlegać oddaleniu z uwagi na brak interesu prawnego w jego zgłoszeniu<sup>69</sup>. Taka ocena interesu prawnego powoda w sprawie o ustalenie stosunku prawnego po upływie terminu przedawnienia roszczeń o świadczenia mających podstawę w stosunku prawnym będącym przedmiotem ustalenia nie jest przyjmowana jednolicie. W wyroku z 5 lutego 2009 r., I CSK 332/08<sup>70</sup>, Sąd Najwyższy uznał bowiem, że interesu prawnego po stronie powoda nie wyłącza fakt, iż uległy przedawnieniu dochodzone w sprawie wierzytelności. Skutkiem upływu terminu przedawnienia nie jest bowiem wygaśnięcie roszczenia, ale jedynie możliwość uchylenia się od jego zaspokojenia przez dłużnika, chyba że zrzeka się on korzystania z zarzutu przedawnienia (art. 117 § 2 k.c.).

15. Z podjęciem przed sądem działań zmierzających do udzielenia ochrony roszczeniom powoda pewne skutki wiąże także prawo materialne, w tym w szczególności art. 123

§ 1 pkt 1 k.c., zaliczający do czynności przerywających bieg przedawnienia takie, których celem jest ustalenie roszczenia. Dla wywołania takiego skutku niewątpliwie konieczna jest tożsamość roszczenia ustalanego i roszczenia, co do którego biegnie przedawnienie. W nauce i orzecznictwie sporna jest kwestia, czy wystąpienie z pozwem o ustalenie prawa lub stosunku prawnego przerywa bieg terminu przedawnienia wymagalnych już roszczeń o świadczenie wynikających z tego stosunku prawnego lub prawa, które podlega ustaleniu. Część doktryny opowiada się za tym, że wystąpienie z takim żądaniem nie ma znaczenia dla biegu terminu przedawnienia roszczeń o świadczenie, a część zajmuje stanowisko przeciwne<sup>71</sup>. W orzecznictwie sądowym wyjaśniono, że w aktualnym stanie prawnym cechą „bezpośredniości” w dążeniu do dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia można przypisać jedynie czynnościom, które bądź dotyczą samego roszczenia, bądź stanowią krok konieczny do jego ustalenia lub zapewnienia jego realizacji. Powództwo o ustalenie dotyczące konkretnego skutku stosunku prawnego, w jakim pozostawały strony, nie wpływa na ustalenie, zabezpieczenie, zaspokojenie ani możliwość dochodzenia rozmaitych roszczeń wynikających z tego stosunku prawnego, a w konsekwencji nie powoduje przerwy biegu przedawnienia tych roszczeń na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.c.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Orzeczenie SN z 1 marca 1963 r., III CR 193/62, OSNCP 1964, poz. 97. Tak też wyrok SN z 27 sierpnia 1976 r., II CR 288/76, OSNC 1977, nr 5–6, poz. 91 i wyrok SA w Warszawie z 21 czerwca 2000 r., I ACa 208/00, OSA 2001, nr 9, poz. 47, „Wokanda” 2002, nr 1, s. 31 z aprobującą glosą M. Niedośpiąła.

<sup>69</sup> Wyrok SA w Warszawie z 21 czerwca 2000 r., I ACa 208/00, OSA 2001, nr 9, poz. 47, „Wokanda” 2002, nr 1, s. 31 z aprobującą glosą M. Niedośpiąła.

<sup>70</sup> LEX nr 500176.

<sup>71</sup> E. Wengerek, *Powództwo*, s. 21, formułuje taki pogląd przy założeniu, że powództwo ustalające ma prewencyjny charakter, a skoro tak, to jest składane, gdy nie doszło jeszcze do naruszenia stosunku prawnego, w którym pozostają jego strony, i dla powoda nie powstały roszczenia o świadczenie, gdyż tylko one mogą ulegać przedawnieniu, nie zaś stosunki prawne lub prawa. Jeśli jednak powództwo o ustalenie zostanie wniesione, gdy już powstały roszczenia ze stosunku prawnego lub prawa, to wystąpienie z nim może być rozważane jako zdarzenie powodujące przerwę biegu przedawnienia. Por. też K. Piasecki, *Wyrok*, s. 309; J. Krajewski, (w:) *Kodeks*, s. 309; M. Jędrzejewska, (w:) *Komentarz*, s. 411.

<sup>72</sup> Wyrok SN z 21 maja 2010 r., II CSK 614/09, LEX nr 602235 oraz obszernie przytoczone orzecznictwo w motywach tego wyroku.

## Summary

*Marta Romańska*

### **THE APPLICATION OF ACTION FOR A DECLARATORY JUDGMENT (ART. 189 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE) IN CONTRACTUAL RELATIONSHIPS**

Actions for performance, actions for judicial modification of legal relationships, and actions for declaratory judgments are the three types of procedures to grant relief requested by plaintiffs in civil actions. Art. 189 of the Code of Civil Procedure defines the premises for actions for a declaration of rights or legal relations. The effectiveness of the actions concerned depends primarily on proving the plaintiffs' capacity to pursue a particular claim, on their legal interest in obtaining a judgment that declares a particular right, or on particular aspects of the legal relationship concerned. Another condition to allow a particular action involves the plaintiffs' proving the truthfulness of their statements as regards the content of the disputable rights or legal relationships.

The study shows who may effectively bring actions for a declaration of rights or legal relations, describes the nature of such actions, provides the interpretation of the 'legal interest' while declaring a right or a legal relation, and defines the circumstances that justify the assumption that the relevant premises for a particular action have been satisfied. In addition, the paper contains numerous examples of cases where a party to a contract may seek legal protection as regards its contractor, while applying the action concerned.

**KEY WORDS:** action, declaration of rights or legal relations, contract

**POJĘCIA KLUCZOWE:** powództwo, ustalenie prawa lub stosunku prawnego, umowa

## WYKŁADNIA POJĘCIA „NIEWAŻNOŚĆ” – ZAGADNIENIA WYBRANE

### 1. SŁOWO WSTĘPNE

Jedną z najważniejszych zasad prawa cywilnego (o ile nie najważniejszą) – wyróżnianych przez przedstawicieli nauki – jest zasada autonomii woli stron, z której wywodzi się kompetencję podmiotów prawa cywilnego do swobodnego kształtowania stosunków cywilnoprawnych przez czynności prawne – w szczególności przez umowy (tzw. swoboda umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c.).<sup>1</sup> O jej doniosłości świadczy również fakt, że z łatwością można ją zestawić z cechą charakterystyczną metody regulacji prawa cywilnego – szerzej prawa prywatnego – opartej na uznaniu autonomicznej pozycji względem siebie podmiotów stosunku cywilnoprawnego, w wyniku czego jednej stronie nie przysługuje kompetencja do władczego kształtowania sytuacji prawnej drugiej strony<sup>2</sup>.

Zbigniew Radwański – powołując się m.in. na art. 58 k.c. – wyjaśnia, że w ustrojach de-

mokratycznych o gospodarce rynkowej, do których należy Rzeczpospolita Polska, pole swobody decyzyjnej podmiotów pozostaje rzeczywiście ograniczone tylko ogólnymi przesłankami podyktowanymi interesem publicznym i względami moralnymi<sup>3</sup>. Wśród tych przesłanek należy wymienić w szczególności dyrektywę kształtowania stosunków cywilnoprawnych zgodnie z prawem oraz z poszanowaniem zasad współżycia społecznego. Nie jest przy tym zasadne postrzeganie realizacji ww. wytycznych jako reguł konstruujących pojęcie czynności prawnej<sup>4</sup>.

Wspomniany powyżej przepis art. 58 k.c. określa sankcję dokonania czynności prawnej sprzecznie z ustawą (prawem)<sup>5</sup> lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli regulacja szczególna nie przewiduje innego skutku, sankcją w takim przypadku jest nieważność czynności prawnej<sup>6</sup>. Jak trafnie wskazuje P. Księżak<sup>7</sup>, Kodeks cywilny nie wyjaśnia, czym jest nieważ-

<sup>1</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 9, Warszawa: C. H. Beck 2007, s. 18. Por. też: A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 2, Warszawa: LexisNexis 2001, s. 33, gdzie autorzy z emfazą podkreślają szerokość granic prawa, w których może dochodzić do nieskrępowanego kreowania stosunków prawnych. Autorzy ponadto przytoczyli klasyczne sformułowanie zasady wolności umów unormowanej w art. 1134 Kodeksu Napoleona, w myśl którego: „Umowy prawnie zawarte mają moc ustawy dla tych, którzy je zawarli”.

<sup>2</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo*, s. 6.

<sup>3</sup> Zob. tamże, s. 18.

<sup>4</sup> Przekonujące poglądy w tym zakresie przedstawiła M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 358.

<sup>5</sup> „Pojęcie ustawy w rozumieniu art. 58 k.c. należy interpretować szeroko, w świetle przepisów Konstytucji określających powszechnie obowiązujące źródła prawa. Podstawą nieważności czynności prawnej jest zatem sprzeczność z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową, ustawą oraz – w granicach upoważnienia ustawowego – rozporządzeniem i aktem prawa miejscowego” – tak: P. Księżak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, wyd. 2, Wolters Kluwer 2014, art. 58, teza nr 27. Warto dodać, że tylko sprzeczność z normami bezwzględnie obowiązującymi oraz semiimperatywnymi może prowadzić do nieważności (bezwzględnej), o której mowa w art. 58 k.c., co podkreśla A. Janik, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. 2, Wolters Kluwer 2012, t. I, art. 58, teza nr 10.

<sup>6</sup> Lub jej części – zob. art. 58 § 3 k.c.

<sup>7</sup> P. Księżak, *Kodeks*, teza nr 6.

ność, ergo charakterystyka tej najsurowszej (dla wadliwych czynności prawnych) sankcji<sup>8</sup> – na podstawie analizy całego systemu prawnego – stanowi domenę nauki prawa. Brak legalnej definicji (bezwzględnej)<sup>9</sup> nieważności skłania do refleksji nad możliwymi metodami wykładni tego pojęcia oraz problemami wynikającymi z niekonsekwencji ustawodawcy przy korzystaniu z tego narzędzia prawnego.

## 2. POJĘCIE „NIEWAŻNOŚĆ” I METODY WYKŁADNI

O ile w piśmiennictwie nie ma zgody co do ogólnej definicji nieważności (bezwzględnej), to już cechy charakterystyczne tej instytucji prawnej nie budzą istotnych wątpliwości wśród przedstawicieli nauki. W literaturze podaje się, że:

a) czynność prawna jest nieważna od samego początku (*ab initio*), tj. nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych od chwili jej podjęcia. Nieważność występuje z mocy samego prawa (*ipso iure*), ergo do jej zaistnienia nie jest konieczne składanie jakichkolwiek oświadczeń lub uzyskiwanie konstytutywnego orzeczenia sądu<sup>10</sup>;

b) sąd obowiązany jest uwzględnić nieważność bezwzględną z urzędu, w związku z czym zainteresowana strona nie musi – choć może – składać w tym zakresie odpowiednich zarzutów<sup>11</sup>;

c) nieważność działa *erga omnes*, co oznacza, że może się na nią powołać każda zainteresowana osoba<sup>12</sup>, np. podnosząc w trakcie procesu stosowny zarzut lub wytaczając powództwo o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.;

d) nieważność ma charakter definitywny, co przez niektórych autorów tłumaczone jest w ten sposób, że czynność nieważna nigdy nie

<sup>8</sup> Wśród przedstawicieli piśmiennictwa brak jest zgody co do tego, aby bezwzględną nieważność postrzegać jako typ sankcji za wadliwie dokonanie czynności prawnej. Podstawą krytyki takiego podejścia jest przede wszystkim kontestowanie istnienia – w sensie ontologicznym – nieważnych czynności prawnych. W tym zakresie zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, PiP 1975, z. 4, s. 72; Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2008, s. 433 i 434. Zob. też M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 2012, s. 39–42, gdzie autor podsumowuje wiodące w doktrynie propozycje typologii wadliwości czynności prawnych. W doktrynie wyróżnia się czasem – niewystępujące w Kodeksie cywilnym – pojęcie „nieistniejącej czynności prawnej”, co jednak spotyka się z uzasadnioną krytyką – zob. m.in. Z. Radwański, *Prawo*, s. 339; S. Sołtyński, *Czy „istnieją” uchwały „nieistniejące” z ograniczoną odpowiedzialnością i spółdzielni?*, PPH 2006, nr 2, s. 4–14; B. Stelmach, *Zaskarżanie uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i walnego zgromadzenia akcjonariuszy*, KPP 2012, nr 2, s. 394–396; T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych*, s. 80, gdzie autor trafnie wskazuje paradoks logiczny dowodzenia czegoś, co nie istnieje. T. Gizbert-Studnicki celnie obnażył słabość logiczną tezy, na której opiera się konstrukcja *negotium non existens*, podnosząc, że sprowadza się ona do sformułowania, iż: „istnieje takie X, że X jest czynnością prawną i X nie istnieje”.

<sup>9</sup> Przymiotnik ten często pojawia się w literaturze przedmiotu oraz w judykaturze. W ocenie R. Trzaskowskiego dookreślenie to jest niepotrzebne. Autor wskazuje, że sformułowanie w art. 58 k.c. (czynność prawna jest nieważna) należy postrzegać jako oznaczenie sankcji ściśle określonej. Analogicznie rozumiane powinny być przepisy, które odwołują się do ww. sformułowania. Autor jednocześnie poddaje krytyce posługiwanie się pojęciem „nieważność względna” – R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, wyd. 1, Warszawa: LexisNexis 2013, s. 255.

<sup>10</sup> Zob. Z. Radwański (red.), *System*, s. 431–432; M. Gutowski, *Nieważność*, s. 371–373; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 328; R. Trzaskowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LexisNexis 2014, art. 58, teza nr 92. Zob. też wyrok SA w Katowicach z 11 kwietnia 2002 r., IACa 169/02, OSA 2003, nr 5, poz. 20; wyrok SA w Warszawie z 4 grudnia 2012 r., IACa 1088/13, LEX nr 1428246.

<sup>11</sup> Zob. Z. Radwański (red.), *System*, s. 432; M. Gutowski, *Nieważność*, s. 419–430; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 328; R. Trzaskowski, *Kodeks*, art. 58, teza nr 92. Zob. też wyrok SN z 3 listopada 2010 r., V CSK 142/10, LEX nr 737290 oraz uchwałę SN z 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006, nr 4, poz. 63, pomimo nieaktualnych uwag w zakresie reguł postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych.

<sup>12</sup> Zob. Z. Radwański (red.), *System*, s. 432; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 328; R. Trzaskowski, *Kodeks*, art. 58, teza nr 92.

stanie się ważna, nawet gdy przyczyna nieważności odpadnie, i nie może być konwalidowana. Strony, chcąc osiągnąć zamierzone skutki prawne, powinny dokonać danej czynności raz jeszcze – w sposób prawidłowy<sup>13</sup>. Wielu przedstawicieli doktryny sprzeciwia się uznawaniu definitywności jako cechy nieważności, powołując się m.in. na przewidziane przez ustawodawcę możliwe przypadki konwalidacji<sup>14</sup> (np. art. 14 § 2 k.c., art. 890 § 1 k.c., art. 945 § 2 k.c.);

e) nieważność jest niestopniowalna<sup>15</sup>, czego jednak nie należy mylić z możliwością wystąpienia nieważności czynności prawnej wyłącznie co do jej części (art. 58 § 3 k.c.).

Zreferowana powyżej charakterystyka nieważności bezwzględnej stanowi esencję – przeprowadzonej przez przedstawicieli nauki – wykładni doktrynalnej, która – jak trafnie podnosi Lech Morawski – odgrywa istotną, ciągle rosnącą, rolę w praktyce interpretacji przepisów prawa<sup>16</sup>. Zważywszy na obecny dorobek orzecznictwa i doktryny w zakresie charakterystyki sankcji bezwzględnej nieważności oraz wykładni samego art. 58 k.c., uzasadniona wydaje się teza, że w przedmiocie omawianej instytucji prawnej zastosowanie winna znaleźć reguła *clara non sunt interpretanda*<sup>17</sup>. Pomimo

oczywistej (uprzedniej) konieczności wykładni nieważności bezwzględnej, występującej w art. 58 k.c., dzisiejszy stan wypowiedzi przedstawicieli piśmiennictwa i judykatury pozwala stwierdzić, że ewentualne wątpliwości co do znaczenia ww. przepisu i jego zastosowania zostały już jednoznacznie wyjaśnione. A w takich warunkach<sup>18</sup> reguła *clara non sunt interpretanda* winna być uwzględniana. Oznacza to, że sięgając do innych ustaw – poza Kodeks cywilny – gdzie skorzystano z sankcji bezwzględnej nieważności, a ściśle rzecz biorąc – posłużono się pojęciem „nieważność”, nie powinniśmy dokonywać zabiegów interpretacyjnych wykraczających poza ugruntowaną – na tle art. 58 k.c. – wykładnię<sup>19</sup>. Ba, żadne działania w tym zakresie nie są ani konieczne, ani pożądane wobec znajomości przyczyn i skutków nieważności czynności prawnej. Gdyby powyższe rozumowanie zawsze znajdowało zastosowanie, to niniejszy artykuł najprawdopodobniej nigdy by nie powstał. Niestety nawet racjonalnemu ustawodawcy zdarza się pobrać, czego efektem jest niejednolite rozumienie tego samego pojęcia na gruncie różnych ustaw, co w konsekwencji – rzecz jasna – prowadzi do braku spójności systemu prawnego<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Zob. Z. Radwański (red.), *System*, s. 432. Analizując „definitywność” (trwałość) jako cechę nieważności bezwzględnej, warto również zwrócić uwagę na poglądy Sądu Najwyższego, w myśl których dochodzenie stwierdzenia nieważności czynności prawnej nie podlega ocenie na podstawie art. 5 k.c. – zob. wyrok SN z 10 października 2002 r., V CK 370/02, MoP 2003, nr 13, s. 610; zob. też M. Gutowski, *Nieważność*, s. 430–432 i tam powołane poglądy.

<sup>14</sup> Por. M. Gutowski, *Nieważność*, s. 400–405.

<sup>15</sup> Tamże, s. 412–419. W prawie niemieckim także przewidziana jest możliwość uznania nieważności jedynie co do części czynności prawnej, jednakże unormowanie § 139 BGB (*Teilnichtigkeit*) wskazuje, że jest to wyjątek od reguły nieważności całości czynności prawnej.

<sup>16</sup> L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora” 2010, s. 49.

<sup>17</sup> W doktrynie i orzecznictwie występują również poglądy, w myśl których każdy tekst prawny wymaga interpretacji, co definiuje zasada *omnia sunt interpretanda*. Mimo że zagadnienie to warte jest bardziej pogłębionej analizy, to jednak ramy niniejszej pracy nie pozwalają na jego rozwinięcie. W związku z tym zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 53–56, gdzie autor referuje krytyczne poglądy względem zasady *clara non sunt interpretanda*.

<sup>18</sup> Tamże, s. 51–52.

<sup>19</sup> Wykładnia pojęcia (bezwzględnej) nieważności, wykształcona na gruncie art. 58 k.c., znajdzie zastosowanie m.in. do następujących regulacji: art. 42 § 2 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze, art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, art. 77 ust. 1 (z zastrzeżeniem ust. 4) i art. 120 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze.

<sup>20</sup> Przyczyną wspomnianej niespójności często może być brak należytego stosowania reguł określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”.



Takim terminem w polskim ustawodawstwie jest w istocie „nieważność”.

Posługując się metodami wykładni, wedle klasyfikacji zaproponowanej przez Jerzego Wróblewskiego<sup>21</sup>, postaram się wykazać, że w przypadku nieważności ujętej w art. 17 § 1 k.s.h.<sup>22</sup> oraz bliźniaczych art. 252 i art. 425 k.s.h.<sup>23</sup> można dojść do przekonania, iż przepisy te przewidują sankcję odmienną od nieważności bezwzględnej z art. 58 k.c. Na gruncie polskiego ustawodawstwa wątpliwości interpretacyjne budzi również art. 25 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, który – *prima facie* – uznaje sprzeczne z prawem uchwały właścicieli lokali za wzruszalne (nieważność względna), jednakże orzecznictwo<sup>24</sup> w szczególnych wypadkach dopuszcza zastosowanie art. 58 k.c. Szerszą analizę omawianego zagadnienia przedstawię jednak wyłącznie na podstawie ww. przepisów Kodeksu spółek handlowych.

Systematyka dyrektyw wykładni J. Wróblewskiego zakłada podział na następujące kategorie: wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna. W związku z wyróżnianiem elementu kontekstu funkcjonalnego, którym jest cel tekstu prawnego czy instytucji prawnej, uzasadnione jest także wyodrębnienie wykładni celowościowej jako odmiany wykładni funkcjonalnej, lub wręcz odrębnego rodzaju metody interpretacyjnej<sup>25</sup>.

W związku z zasadą pierwszeństwa wykładni językowej<sup>26</sup> na wstępie należy zbadać

literalne znaczenie nieważności ujętej w ww. przepisach Kodeksu spółek handlowych. W tym celu trzeba sięgnąć do odpowiedniej dyrektywy językowej. Jak akcentowano na wstępie niniejszej pracy, nieważność nie została zdefiniowana w ustawie (brak definicji legalnej), przeto dyrektywa języka prawnego<sup>27</sup> nie znajdzie zastosowania. Następna w kolejności<sup>28</sup> winna być dyrektywa języka prawniczego, która zakłada ustalenie takiego znaczenia, jakie jest ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie<sup>29</sup>. Jeśli się oprzeć zatem wyłącznie na literalnym brzmieniu art. 17 § 1, art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h., przewidziana w tych przepisach sankcja winna być postrzegana jako nieważność bezwzględna, której charakterystykę przedstawiłem powyżej, powołując się na – co do zasady – zgodne poglądy przedstawicieli nauki. W takim stanie rzeczy odwoływanie się do dyrektywy języka specjalistycznego i potocznego jest bezprzedmiotowe<sup>30</sup>.

Kolejnym krokiem procesu interpretacji przepisów jest zastosowanie pozostałych metod wykładni (systemowej i funkcjonalnej). Wynik przeprowadzonej analizy pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy rezultat wykładni językowej jest rozstrzygający, czy też konieczne jest odejście od literalnego znaczenia badanej normy.

Opierając się na wykładni systemowej norm wyrażonych w art. 17 § 1, art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h., nie można pominąć treści

<sup>21</sup> Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa: PWN 1988, s. 128.

<sup>22</sup> Zgodnie z art. 17 § 1 k.s.h., jeżeli do dokonania czynności prawnej przez spółkę ustawa wymaga uchwały wspólników albo walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej, czynność prawna dokonana bez wymaganej uchwały jest nieważna.

<sup>23</sup> Przepisy te stanowią podstawę powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, względnie walnego zgromadzenia akcjonariuszy, która jest sprzeczna z ustawą (prawem).

<sup>24</sup> Zob. wyrok SA w Krakowie z 19 sierpnia 2010 r., I ACa 391/10, LEX nr 738009 oraz wyrok SA w Poznaniu z 21 kwietnia 2010 r., I ACa 274/10, LEX nr 628190.

<sup>25</sup> Por. M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 47–49 i tam powołane poglądy.

<sup>26</sup> Zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 72–81.

<sup>27</sup> Tamże, s. 104–112.

<sup>28</sup> W aspekcie kolejności stosowania dyrektyw języka prawniczego zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 116–117.

<sup>29</sup> Tamże, s. 112–115.

<sup>30</sup> Tamże, s. 98–103, 115–116.

pozostałych jednostek redakcyjnych znajdujących się w poszczególnych artykułach, które razem powinny tworzyć spójną całość<sup>31</sup>. W przypadku art. 17 k.s.h. wątpliwości interpretacyjne nasuwa § 2 tego przepisu, w myśl którego dopuszczalne jest wyrażenie zgody<sup>32</sup> na dokonanie czynności prawnej *ex post*, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od złożenia oświadczenia woli przez spółkę. W świetle powyższego w doktrynie pojawiły się poglądy, że sankcja określona w art. 17 § 1 k.s.h. nie spełnia cech nieważności bezwzględnej, lecz bliżej jej do bezskuteczności zawieszanej<sup>33</sup>. Odnosząc się natomiast do art. 252 i art. 425 k.s.h., należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że ustawodawca *expressis verbis* wykluczył możliwość stosowania art. 189 k.p.c. w stosunku do uchwał sprzecznych z prawem. Ponadto nie może ująć uwagi zamknięty katalog podmiotów legitymowanych do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały (art. 250/422 § 1 k.s.h.) oraz termin, w którym można tego dokonać (art. 252 § 3/425 § 2 i 3 k.s.h.). W świetle powyższego trudna do obrony staje się koncepcja bezwzględnej nieważności (sprzecznych z prawem) uchwał wspólników spółki z o.o. lub walnego zgromadzenia, albowiem mechanizm zastosowany w Kodeksie spółek handlowych nie pozwala realizować wszystkich cech tejże sankcji, które omówiono na wstępie niniejszego rozdziału. Ergo interpre-

tacja zmierzająca do wykazania, że w art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. przewidziana została sankcja bezwzględnej nieważności, byłaby sprzeczna z zakazem wykładni prowadzącej do sprzeczności<sup>34</sup>, gdyż regulacje te wykluczają możliwość powoływania się w każdym czasie, w każdy sposób<sup>35</sup>, przez każdego zainteresowanego na nieważność uchwały (jej sprzeczność z ustawą). Na podstawie m.in. powyższych argumentów w literaturze i orzecznictwie przeważający wydaje się pogląd, że w przypadku art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. mamy do czynienia z sankcją wzruszalności lub nieważności względnej<sup>36</sup>.

Przy zastosowaniu metody wykładni funkcjonalnej jednym z podstawowych zabiegów będzie poszukiwanie sensu przepisu przez odwoływanie się do celu<sup>37</sup> danej regulacji, tj. do jej *ratio legis*<sup>38</sup>. Niezbędne – zwłaszcza w odniesieniu do przepisów uchwalonych po 1989 roku – jest sięgnięcie do wykładni subiektywnej, polegającej na zbadaniu woli historycznego prawodawcy<sup>39</sup>. W końcu bardzo ważnym elementem omawianej kategorii wykładni jest kontekst aksjologiczny<sup>40</sup>, który wespół z argumentem konsekwencji<sup>41</sup> winien być uwzględniony w procesie ustalania znaczenia normy prawnej. Uwzględnienie powyższych dyrektyw w odniesieniu do art. 252 § 1 i art. 425 § 1 k.s.h. utwierdza w przekonaniu, że przepisy te nie przewidują sankcji bezwzględnej nieważności uchwał organów właścicielskich

<sup>31</sup> Powinno to stanowić element wykładni uwzględniającej systematykę wewnętrzną aktu prawnego (*argumentum a rubrica*).

<sup>32</sup> Wspólników, walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej.

<sup>33</sup> Zob. M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 220–231 i tam powołane poglądy doktryny i orzecznictwa.

<sup>34</sup> Na temat zakazu wykładni zmierzającej do sprzeczności zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 147–149.

<sup>35</sup> Poza zarzutem z art. 252 § 4 i art. 425 § 4 k.s.h.

<sup>36</sup> Zob. K. Zawada, *Zaskarżanie uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyśkiemu*, red. A. Nowicka, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 2005, s. 595–603; B. Stelmach, *Zaskarżanie*, s. 374–379. Por. też uchwałę SN (7) z 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 95.

<sup>37</sup> Interesujące ujęcie celu tekstu prawnego przedstawił M. Smolak, *Wykładnia*, s. 95–110.

<sup>38</sup> Zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 158–160.

<sup>39</sup> Tamże, s. 163–164.

<sup>40</sup> Tamże, s. 167–168.

<sup>41</sup> Tamże, s. 168 i 170.

spółek kapitałowych<sup>42</sup>. Wydaje się natomiast, że na gruncie art. 17 § 1 i 2 k.s.h. sprawa już nie jest tak klarowna. Projektodawca w aspekcie tych regulacji szerzej się nie wypowiedział, natomiast ani argument konsekwencji, ani zbadanie kontekstu funkcjonalnego nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, czy czynności prawne podjęte bez wymaganej ustawą zgody są bezwzględnie nieważne<sup>43</sup> (ale mogą być konwalidowane – art. 17 § 2 k.s.h.), czy też należy mówić tu o sankcji bezskuteczności zawieszonyj<sup>44</sup>.

### 3. NIEWAŻNOŚĆ W PRAWIE NIEMIECKIM

Podczas pracy naukowej (badawczej) często w parze z metodą dogmatycznoprawną, której namiastkę przedstawiłem powyżej (analiza przepisów, wykładnia pojęcia „nieważność”), idzie metoda komparatystyczna<sup>45</sup>.

W niniejszej pracy chciałem zwrócić uwagę na niektóre przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB<sup>46</sup>) oraz prawa akcyjnego

(AktG<sup>47</sup>), albowiem posługując się pojęciem „nieważność” (*Nichtigkeit*), ustawodawca niemiecki wydaje się być znacznie bardziej konsekwentny od naszego rodzimego prawodawcy. Bezwzględna nieważność w niemieckim porządku prawnym rozumiana jest analogicznie, jak w przypadku instytucji funkcjonującej w polskim systemie prawnym. W literaturze niemieckiej akcentuje się, że nieważność czynności prawnej: występuje od samego początku (*ab initio*), należy ją uwzględnić z urzędu (*Nichtigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen*), może się na nią powołać każda zainteresowana osoba, jest definitywna i nie może być konwalidowana (*Nichtigkeit ist endgültig und kann nicht geheilt werden*)<sup>48</sup>. Powyższe cechy w całości zachowują aktualność w przypadku uregulowania zawartego w ustawie o prawie akcyjnym. Wprawdzie niemiecka konstrukcja zaskarżania uchwał organu właścicielskiego spółki akcyjnej również przewiduje możliwość wniesienia powództwa wyłącznie przez enumeratywnie wymienione podmioty<sup>49</sup>, jednakże w przypadku *Nichtigke-*

<sup>42</sup> Jednym z założeń Kodeksu spółek handlowych było kompleksowe, doskonalsze (niż w Kodeksie handlowym) uregulowanie zagadnienia związanego z zaskarżaniem uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Zamiarem projektodawców było także ograniczenie możliwości podważania uchwał, a co za tym idzie – zredukowanie zagrożenia dla bezpieczeństwa obrotu. W tym zakresie zob. *Uzasadnienie projektu ustawy – Kodeks spółek handlowych*, Sejm RP III kadencji, druk nr 1687, s. 48–49, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1687/\\$file/1687.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1687/$file/1687.pdf) (dostęp: 1 stycznia 2015 r., godz. 15:25); K. Zawada, *Zaskarżanie*, s. 600; B. Stelmach, *Zaskarżanie*, s. 376–377. Por. też uchwałę SN (7) z 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 95.

<sup>43</sup> Zob. P. Nazaruk, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, LexisNexis 2014, art. 58, teza nr 2; A. Koch, *Sankcja nieważności niektórych czynności prawnych spółek kapitałowych, dokonanych bez uchwały wspólników*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 2005, s. 442, 458.

<sup>44</sup> Zob. wyrok SN z 17 kwietnia 2009 r., III CSK 304/08, „Palestra” 2011, nr 1–2, s. 110.

<sup>45</sup> Możliwość zastosowania metody prawnoporównawczej w istocie uzależniona jest od uprzedniego posłużenia się metodą prawnodogmatyczną.

<sup>46</sup> § 134 BGB (*Gesetzliches Verbot*) przewiduje nieważność czynności prawnej, gdy ta jest sprzeczna z ustawowym zakazem. § 138 BGB (*Stenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*) określa sytuacje, kiedy czynności prawne są nieważne ze względu na ich niezgodność z dobrym obyczajem.

<sup>47</sup> § 241–242, 249 AktG zawierają uregulowanie powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy (*Nichtigkeitsklage*). W przeciwieństwie do polskiego uregulowania *Nichtigkeitsklage* stanowi typ powództwa o ustalenie.

<sup>48</sup> Zob. H. Wendtland, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, red. G. Bamberger, H. Roth, Beck’scher Online 2014, § 138, akapit nr 29, 30 i 32. Zob. też R. Sack, *J. von Staudingers Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Allgemeiner Teil*, red. R. Bork, J. Kohler, H. Roth, R. Sack, Berlin: Sellier – de Gruyter 2003, s. 268–269.

<sup>49</sup> Zob. § 245 AktG.

*itsklage* na nieważność uchwały może powołać się również każdy zainteresowany, w każdym czasie i w każdy sposób<sup>50</sup>. Na tle powyższego należy wskazać, że na gruncie niemieckiego prawa akcyjnego pojęcie „nieważność” (*Nichtigkeit*) rozumiane jest tak samo, jak w przypadku kodeksu cywilnego (BGB), *ergo* nie jest konieczne poszukiwanie – w drodze wykładni – odmiennego typu sankcji, w oparciu o to samo pojęcie.

#### 4. PODSUMOWANIE

Podsumowując rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu, należy wyrazić zaniepokojenie związane z brakiem dbałości ustawodawcy w kwestii przestrzegania zasad techniki prawodawczej. Analiza przypadku sankcji nieważności nie pozostawia wątpliwości, że na etapie prac projektowych nie zawsze dołożono wystarczającego wysiłku, aby użycie pojęcia „nieważność” prowadziło do jednolitej interpretacji danego przepisu z rozumieniem instytucji uregulowanej w art. 58 k.c. Na tle powyższego uzasadniona jest teza, że w zakresie terminu „nieważność” nie jest możliwe, w każdym przypadku, przestrzeganie zakazu wykładni homonimicznej (dyrektywa konsekwencji terminologicznej)<sup>51</sup>, co – rzecz jasna – nie wpływa korzystnie na jakość całego systemu prawnego. Omawiana wadliwość systemu rodzi poważne konsekwencje praktyczne, które – ogólnie rzecz ujmując – można sprowadzić do zachwiania równowagi w ramach bezpieczeństwa obrotu prawnego. Odnosząc się do analizowanych regulacji, można podać czytelny przykład

odmiennego kształtowania stosunków prawnych, w zależności od przyjętej wykładni. Jeżeli sąd, rozpoznający sprawę o stwierdzenie nieważności uchwały organu właścicielskiego spółki kapitałowej, uzna sankcję przewidzianą w art. 252 § 1 lub art. 425 § 1 k.s.h. za wzruszalność, to do chwili prawomocnego wyroku (wylimitowania z obiegu) zaskarżona uchwała będzie wywoływać skutki prawne, co winno być respektowane. W razie przyjęcia poglądu odmiennego, tj. o sankcji bezwzględnej nieważności, uczestnicy obrotu – mimo braku prawomocnego rozstrzygnięcia sądu – będą traktować taką uchwałę jako niewywołującą skutków prawnych od chwili jej podjęcia.

Ramy przedmiotowej pracy nie pozwalają na omówienie większej liczby przypadków skorzystania z sankcji nieważności (*Nichtigkeit*) w prawie niemieckim, jednakże wybrane uregulowania dobrze obrazują konsekwencję ustawodawcy przy używaniu komentowanego terminu. Tendencja ta zasługuje na aprobatę, a przy tym prowadzi do wniosku, że wzorowanie się na porządku prawnym państwa sąsiedniego nie zawsze okazuje się zadaniem prostym. Gdyby na podobieństwo rozwiązań przewidzianych w prawie niemieckim udało się ujednoczyć rozumienie pojęcia „nieważność”, w pierwszej kolejności wpłynęłoby to znacząco na poprawę transparentności przepisów, a w konsekwencji na przewidywalność skutków podjęcia czynności prawnej w taki sposób lub o takiej treści, że ustawa przewiduje jej nieważność. Powyższe oznaczałoby umocnienie pewności obrotu, co jednocześnie stanowiłoby ukłon w stronę ochrony zaufania, stanowiącej zasadę prawa cywilnego<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Zob. K. Zawada, *Zaskarżanie*, s. 601–602 i tam powołane poglądy K. Schmidta oraz U. Eisenhardta. Powołanie się na nieważność uchwały, w przypadku podmiotów niewymienionych w § 245 AktG, mogłoby nastąpić np. w drodze powództwa o ustalenie opartego na art. 256 *Zivilprozessordnung* (niemiecki kodeks postępowania cywilnego), który stanowi odpowiednik art. 189 k.p.c. Por. też wyrok Najwyższego Sądu Federalnego z 17 lutego 1997 r., II ZR 41/96, JurionRS 1997, nr 18410.

<sup>51</sup> Zob. L. Morawski, *Zasady*, s. 119–121 i tam powołane poglądy przedstawicieli nauki i orzecznictwa.

<sup>52</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo*, s. 19.

## Summary

*Bartosz Stelmach*

### INTERPRETATION OF NULLITY – SELECTED PROBLEMS

The article concerns problems related to the interpretation of the term – nullity occurring in the Polish legislation. The starting point is a recapitulation regarding attributes of nullity (absolute) governed by Art. 58 of the Civil Code. The main part of the paper aims to demonstrate the thesis that the Polish legislature fails to meet the due diligence, in respect that the same terms (legal institutions) were interpreted consistently. The author compares our domestic situation with German law (BGB, AktG), where attention to the coherence of the legal system is much more noticeable.

**KEY WORDS:** nullity, null legal action, contradiction with the law, interpretation, methods of interpretation, legal system

**POJĘCIA KLUCZOWE:** nieważność, nieważna czynność prawna, sprzeczność z prawem, wykładnia, metody wykładni, system prawny

## POTRZEBA NOWELIZACJI REGULACJI DOTYCZĄCYCH FORMY OŚWIADCZEŃ WOLI

### I. WPROWADZENIE

Na wstępie należy podnieść, że obowiązujące regulacje prawne dotyczące formy oświadczeń woli (Kodeks cywilny w tytule Działu III zawiera sformułowanie „Forma czynności prawnych”, nie odpowiada ono jednak przedmiotowi regulacji, którym jest forma elementu czynności prawnej, jakim jest oświadczenie woli, dlatego też projekt nowego Kodeksu cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego wprowadza tytuł „Forma oświadczenia woli”<sup>1</sup>) zostały oparte na założeniach sprzed ponad pół wieku, gdy wprowadzano obowiązujący obecnie Kodeks cywilny. Wziąwszy jednak pod uwagę znaczną zmianę, jaka nastąpiła, zwłaszcza w ostatnim dwudziestoleciu, powstaje zagadnienie aktualności tej regulacji i potrzeby jej dostosowania do realiów XXI wieku, w którym powszechne jest wykorzystanie środków elektronicznych do komunikacji między podmiotami prawa cywilnego, tak w życiu codziennym, jak również przy dokonywaniu czynności prawnych.

Od dłuższego czasu następuje intensyfikacja kontaktów za pośrednictwem telefonów komórkowych (w tym sms-ów), faksu czy Internetu (w tym poczty elektronicznej, portali społecznościowych i różnych rodzajów formularzy zawartych na stronach internetowych). Faktem jest, że w związku z obowiązującą zasadą swobody formy nie jest kwestionowana sama możliwość złożenia oświadczenia woli

w postaci elektronicznej/cyfrowej<sup>2</sup>, jednak aby miało ono moc równą formie pisemnej, powinno być opatrzone stosownym podpisem elektronicznym<sup>3</sup>, o czym jednoznacznie przesądza art. 78 § 2 k.c.: „Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”. Nieefektywność tej regulacji polega jednak na tym, że kwalifikowany podpis elektroniczny *de facto* nie jest używany ze względów technicznych. Pojawia się zatem pytanie o celowość utrzymywania tej martwej w istocie normy.

### II. POLSKIE I OBCE REGULACJE DOTYCZĄCE FORMY OŚWIADCZEŃ WOLI

O fakcie, że sam ustawodawca zauważa potrzebę wprowadzenia pewnych zmian, świadczy choćby utworzenie portalu ePUAP<sup>4</sup> – elektronicznej platformy usług administracji publicznej, która pozwala po potwierdzeniu w wyznaczonych punktach na komunikowanie się za pomocą Internetu z urzędami w określonych sprawach. O odchodzeniu od własnoręcznego podpisu świadczy także uregulowanie zawarte w art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, o elektronicznej postaci oświadczenia niewymagającej podpisu, czy normy dotyczące obligatoryjnych

<sup>1</sup> [http://www.bip.ms.gov.pl/data/files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/data/files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf) (dostęp: 25 listopada 2014 r.).

<sup>2</sup> W. Robaczyński, (w:) M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Wolters Kluwer Polska 2009, s. 837.

<sup>3</sup> A. Brzozowski, (w:) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2008, s. 420.

<sup>4</sup> <http://epuap.gov.pl> (dostęp: 25 listopada 2014 r.).



elementów faktur VAT, niezawierające wymogu opatrzenia ich podpisem<sup>5</sup>. W Kodeksie cywilnym także stopniowo są wprowadzane zmiany związane z odchodzeniem od wymogu podpisywania dokumentów. Doskonałym przykładem jest tu art. 921<sup>10</sup> § 2, stanowiący, że „podpis dłużnika może być odbity sposobem mechanicznym”. Tym samym należy zauważyć, że w sposób jednoznaczny ustawodawca potwierdza, iż wraz ze zmianami technologicznymi konieczna jest zmiana regulacji dotyczących podpisywania dokumentów.

Obecnie problematykę związaną z dokumentami i zawartymi w nich oświadczeniami regulują przede wszystkim przepisy art. 73–81 k.c. oraz art. 245–247 Kodeksu postępowania cywilnego. Na podstawie wskazanych przepisów można wyróżnić formę pisemną zwykłą, z poświadczeniem daty, podpisu, akt notarialny oraz formę elektroniczną<sup>6</sup>. Jak jednak podkreślono na wstępie, są to przepisy o genezie z lat pięćdziesiątych XX wieku lub jeszcze wcześniejszej, dlatego zasadne jest ich porównanie z regulacjami w innych porządkach prawnych w celu wyciągnięcia wniosków dotyczących postulowanej zmiany tych norm.

W ustawodawstwie niemieckim wprowadzono tzw. formę tekstową<sup>7</sup>, która znacznie upraszcza obrót (w literaturze niemieckiej uznaje się, że wymogi § 126b Bürgerliches Gesetzbuch<sup>8</sup> spełnia tak nałożenie na dokument zeskanowanego podpisu, jak znaku graficznego umożliwiającego identyfikację składającego oświadczenie).

Natomiast w konwencji UNCITRAL<sup>9</sup> (normy konwencyjne odnoszą się do zawierania i wykonywania umów za pomocą Internetu, a także innych środków komunikacji elektronicznej) wskazano, że wystarczy, aby transmisja danych miała miejsce za pomocą środków elektronicznych, magnetycznych, optycznych lub podobnych, co obejmuje dotychczasowe technologie takie jak telefaks, telex, telegram itp., co w sposób oczywisty ułatwia zawieranie umów za ich pośrednictwem.

Jak wykazano wyżej, w prawodawstwie obcym, lecz również rodzimym, występuje zauważalna tendencja do poszerzania zakresu czynności, które nie wymagają złożenia tradycyjnego podpisu. Powstaje jednak problem związany z ewentualnym traktowaniem tego typu oświadczeń jako środki dowodowe, zwłaszcza w kontekście obecnej regulacji k.p.c. dotyczącej dokumentów, która z pewnością musiałaby ulec zmianie, czego dowodzą podjęte prace nad nowelizacją prawa procesowego<sup>10</sup>.

### III. ORZECZNICTWO

Aby prawidłowo ocenić, na ile problematyka zmian w regulacji dotyczącej formy oświadczeń woli jest potrzebna, niewątpliwie zasadne jest odniesienie się do orzecznictwa związanego z tym zagadnieniem. Sąd Najwyższy zajmował już niejednokrotnie stanowisko, odnosząc się do możliwości uznania za formę pisemną

<sup>5</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, § 5.

<sup>6</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 235.

<sup>7</sup> Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das 1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und 2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

<sup>8</sup> D. Einsele, (w:) E. J. Säcker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, München 2012, s. 1316–1321.

<sup>9</sup> Konwencja UNCITRAL o posługiwaniu się środkami komunikacji elektronicznej w umowach międzynarodowych z 2005 r.

<sup>10</sup> <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/48466/48467/48468/dokument38223.pdf?lastUpdateDay=22.03.13&lastUpdateHour=12%3A32&userLogged=false&date=pi%C4%85tek%2C> (dostęp: 25 listopada 2014 r.).

faksu, czynności on-line czy e-maila<sup>11</sup>. Jednak zarówno w orzecznictwie<sup>12</sup>, jak i w doktrynie<sup>13</sup> wyrażane jest przekonanie, że formy elektroniczne należy traktować raczej jako uprawdopodobnienie na piśmie<sup>14</sup>.

Przykładowo w wyroku Sądu Najwyższego z 12 stycznia 1999 r.<sup>15</sup> wskazano, że „w świetle art. 308 § 1 KPC sąd może dopuścić dowód m.in. z taśmy dźwiękowej, przy czym art. 308 § 2 KPC normuje sposób przeprowadzenia tego dowodu. Wyróżnia się tu dwie płaszczyzny sposobu przeprowadzenia tego dowodu: pierwsza – poprzez stosowanie odpowiednio przepisów o dowodzie z oględzin – ma na celu ustalenie autentyczności (stanu taśmy); druga – poprzez odpowiednie stosowanie przepisów z dokumentów, ma na celu ustalenie jej treści”. To jednoznacznie wskazuje na możliwość przeprowadzenia dowodu, jednak równie jednoznacznie pozwala zauważyć, że takiego zapisu nie można potraktować jako dokumentu. Znamienne jest jednak, że w odniesieniu do art. 7 Prawa bankowego Sąd Najwyższy zauważa, iż: „do stosowania w praktyce bankowej dokumentów elektronicznych, które na gruncie prawa procesowego należy uznać – na równi z oświadczeniem utrwalonym za pomocą pisma na nośniku tradycyjnym (papierze) – za dokument w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego”<sup>16</sup>. Orzeczenie to pozwala zwrócić uwagę na całkowicie odmienne traktowanie, w ramach procesu, oświadczeń w formie elektronicznej, co jest wynikiem odmienności regulacji ich dotyczących, jednak jednocześnie ukazuje niekonsekwencję ustawodawcy, który w różny sposób traktuje byty jakościowo tożsame.

#### IV. PRACE LEGISLACYJNE

Jak powszechnie wiadomo, prace Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego trwają już od dłuższego czasu, jednak trudno byłoby mówić o wprowadzeniu przez nią jakichś większych zmian w ostatnim czasie<sup>17</sup>. Nie oznacza to jednak, że przygotowane przez KKPC projekty powinny zostać zapomniane – wręcz przeciwnie, skoro prace nad całością nowego Kodeksu cywilnego się przeciągają, celowe byłoby zaimplementowanie do obecnie obowiązującego przynajmniej części proponowanych zmian.

Przed wszystkim należy zwrócić tu uwagę na dwie normy, tj. art. 105 („dokumentem jest informacja obejmująca treść oświadczenia woli lub innego oświadczenia, utrwalona w sposób umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie”) i art. 106 („dla zachowania formy dokumentowej należy złożyć oświadczenia woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie”) projektu<sup>18</sup>. Normy te, jak zauważają ich autorzy, są wzorowane na ustawodawstwach zachodnich, w których od pewnego czasu występują analogiczne regulacje, jak choćby sygnalizowana wyżej forma tekstowa w Niemczech.

W projekcie przewidziane są również inne formy składania oświadczeń woli, co uregulowano w art. 104 § 2, do których należy forma: „dokumentowa, pisemna, elektroniczna, pisemna z poświadczoną datą, pisemna z poświadczonym podpisem, akt notarialny”. Wprowadzenie jednak tego katalogu jest rozwiązaniem błędnym, gdyż forma dokumentowa swą regulacją obejmuje zarówno formę pisemną, jak również elektroniczną, co po-

<sup>11</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2007 r., II PK 178/06; postanowienie Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., IV CSK 200/06.

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 23 listopada 2007 r., IV CSK 228/07.

<sup>13</sup> K. Knoppek, *Wydruk komputerowy jako dowód w procesie cywilnym*, PiP 1993, z. 2, s. 54 i n.

<sup>14</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 231–233.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 1999 r., I CKN 961/97.

<sup>16</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 marca 2004 r., V CZ 12/04.

<sup>17</sup> Sprawozdanie z działalności Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w 2013 r., <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego/> (dostęp: 26 listopada 2014 r.).

<sup>18</sup> [http://www.bip.ms.gov.pl/data/files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/data/files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf) (dostęp: 25 listopada 2014 r.).

woduje, że korzyści wynikające z jej wprowadzenia, przy pozostawieniu tych dwóch form, byłyby żadne – swoboda formy obowiązuje już teraz, a nawet z zaprezentowanego orzecznictwa jasno wynika, że sądy przeprowadzają dowody z oświadczeń zapisanych w postaci elektronicznej, jednak traktują je odmiennie od formy pisemnej i tu leży problem. Trzeba dążyć do rozwiązania, które pozwoli na traktowanie w sposób identyczny pisma w wersji cyfrowej i tradycyjnej, papierowej.

## V. POSTULOWANE ZMIANY

Jak wiadomo, wartość pracy naukowej nie wynika z suchego przytoczenia treści prawa, a z poddania analizowanych norm krytyce i wskazania, co należałoby zmienić, a co powinno zostać pozostawione w kształcie obecnym, dlatego w części niniejszej zostaną wskazane postulaty *de lege ferenda* w stosunku do unormowań dotyczących formy.

Mając na względzie powyższe, trzeba wskazać, że celowe jest wyeliminowanie formy pisemnej i elektronicznej przy wprowadzeniu formy dokumentowej. Takie rozwiązanie pozwoliłoby, przede wszystkim, na traktowanie w jednolity sposób oświadczeń złożonych na piśmie i w wersji elektronicznej, np. e-maila. Korzyści z tego typu rozwiązania są niewątpliwe, gdyż ułatwiłoby to zawieranie wszelkiego rodzaju umów, które już dziś w znacznej mierze są przesyłane drogą elektroniczną: podpisywane przez jedną stronę, skanowane, przesyłane drugiej stronie, wydruk jest przez nią podpisywany i przesyłany tej pierwszej – w ten sposób wykształciła się nieuregulowana w żaden sposób quasi-forma pisemna, która jednak nie jest relewantna prawnie i nie spełnia wymogów formy pisemnej (gdyż każda ze stron ma tylko umowę podpisaną przez siebie, nie zaś przez stronę przeciwną, czego wyma-

ga obowiązujący art. 78 § 2 zd. 2 k.c.), co niesie ze sobą niekorzystne następstwa w sytuacji, gdy dla danej czynności forma pisemna jest zastrzeżona przez prawo.

Oczywiście regulacji wprowadzającej jedynie formę dokumentową, obejmującą również przesłanie oświadczeń woli w wersji cyfrowej, można zarzucić, że ktoś inny może podszyć się za stronę umowy. Jednak nie należy zapominać, że także obecnie nie jest trudno podrobić podpis pod umową (zasadniczo jest to nawet prostsze, gdyż wystarczy mieć w tym celu długopis, a do podszycia się pod kogoś za pomocą e-maila potrzebny jest komputer z dostępem do Internetu), nadto państwa, które wprowadziły nowe formy składania oświadczeń woli, nie wycofały się z tego (wręcz przeciwnie – rozwijają i poszerzają ich zakres), z czego można wnioskować, iż bezpieczeństwo obrotu na tym nie ucierpiało<sup>19</sup>.

Nadto można przedsięwziąć pewne środki zaradcze, jak ma to miejsce w przypadku platformy ePUAP. Można rozważyć utworzenie bazy, do której osoby chcące składać oświadczenia za pomocą e-maila czy telefonu komórkowego zgłaszałyby numer czy adres, którym chcą się posługiwać, i dopiero wtedy uznawano by, że zostały złożone w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie.

Zmiany natomiast nie powinny obejmować form kwalifikowanych, jak pisemna z poświadczoną datą, pisemna z poświadczonym podpisem, akt notarialny. Ich wyróżnienie jest podyktowane potrzebą zagwarantowania prawdziwości danego elementu czynności czy jej całości przez osobę trzecią, jaką jest notariusz, i należy stwierdzić, że nie byłoby celowe odejście od tego rozwiązania. Można rozważyć jedynie tytułem sygnalizacji problemu, czy nie byłaby zasadna zmiana uregulowań dotyczących aktów notarialnych tak, aby przynajmniej wypisy z nich mogły być wydawane elektro-

<sup>19</sup> Doskonałym przykładem są tutaj wspomniane wcześniej faktury VAT, które podpisu nie wymagają, dzięki czemu znacznie uproszczono obrót, a brak jest informacji, aby straciła na tym pewność czy bezpieczeństwo rozliczeń, w których wystawiane są faktury VAT.

nicznie, jednak nie jest to przedmiotem niniejszego artykułu.

## VI. WNIOSKI KOŃCOWE

Reasumując powyższe rozważania, należy zauważyć, że w prawie polskim obowiązuje swoboda wyboru formy składania oświadczeń woli, która jest jednak w sposób faktyczny znacznie ograniczona brakiem regulacji oświadczeń składanych drogą elektroniczną odpowiadającej potrzebom współczesnego obrotu. Osoby korzystające ze środków komunikowania się na odległość często nie mają nawet wiedzy, że ich działania nie są prawnie

relewantne i nie wywołują skutku z powodu braków formalnych<sup>20</sup>. Tę sytuację nie może się jednak utrzymywać, dlatego celowa jest nowelizacja Kodeksu cywilnego.

Ustawodawca polski powinien dokonać zmiany wzorem innych ustawodawstw europejskich i zastąpić obecnie obowiązującą regulację wyróżniającą formę pisemną i dokumenty opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym jedną, nową, szerszą formą dokumentową, która objęłaby dwie wspomniane wyżej formy oraz oświadczenia składane za pośrednictwem środków komunikacji, umożliwiających ustalenie osoby składającej oświadczenie, tj. przede wszystkim poprzez pocztę elektroniczną i wiadomości sms.

<sup>20</sup> Doskonałym przykładem jest tutaj ustawa o usługach turystycznych z dnia 29 sierpnia 1997 r., której nadmierny formalizm, wręcz szkodzący konsumentom, słusznie krytykuje orzecznictwo – zob. VI ACA 488/13 – wyrok SA w Warszawie z 30 października 2013 r.

## Summary

*Artur Krzysztof Kruszewski*

### THE NEED FOR AMENDMENT OF THE REGULATIONS GOVERNING THE FORM OF DECLARATIONS OF WILL

Regulations of form declarations of will in the Civil Code are based on assumptions worked out a half century ago. During this time there was a change associated with the development of telecommunication, and the Internet. *De lege ferenda*, indicate the need to adapt the rules governing the form declarations of will for reality. It should be emphasized that both some countries (eg. Germany) or organizations (UNCITRAL Convention), introduce far-reaching changes. It must be concluded that it is valid to change the Polish law rules concerning declarations of will, which frees them from the personal signature.

**KEY WORDS:** legal actions form, a form of declarations of will, a declaration of will, a form of documentary, a written form, signature

**POJĘCIA KLUCZOWE:** forma czynności prawnych, forma oświadczeń woli, oświadczenia woli, forma dokumentowa, forma pisemna, podpis

## SKUTKI ABSTRAKCYJNEJ KONTROLI POSTANOWIEŃ WZORCÓW UMOWNYCH

### 1. WSTĘP

Kwestia kontroli wzorców umownych używanych przez przedsiębiorców w obrocie konsumenckim stanowi obecnie przedmiot niezwykle ożywionej dyskusji. Co jednak szczególnie istotne, rozstrzygnięcie istniejących sporów, a w szczególności kontrowersji wokół skutków tzw. abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych, ma ogromne znaczenie praktyczne. W ramach przedmiotowej kontroli (toczącej się na podstawie przepisów Działu IVB Kodeksu postępowania cywilnego<sup>1</sup>) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie<sup>2</sup> rozstrzyga bowiem ogromną liczbę spraw, których skutkiem (w wielu przypadkach) jest wydanie orzeczenia uznającego określone postanowienia wzorca umownego za niedozwolone. Taki wyrok, stosownie do treści art. 479<sup>43</sup> k.p.c., ma (po uprawomocnieniu) skutek wobec osób trzecich, od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> § 2 k.p.c.

Tym samym już *prima facie* nasuwa się konkluzja, że w przypadku, gdy za niedozwolone zostaje uznane postanowienie wzorca używanego w stosunkach z konsumentami przez największych graczy na rynku, takich jak np. banki (zob. chociażby słynny wyrok SOKiK z 14 grudnia 2010 r. uznający za niedozwolone postanowienia wzorców umownych stosowanych przez Millennium Bank w umowach

kredytowych<sup>3</sup>), wyrok SOKiK dotyczy sytuacji tysięcy konsumentów. Dlatego też potrzeba jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o skutki abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych staje się kluczowa w perspektywie prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego. Wskazanie takiej odpowiedzi wymaga jednak nie tylko gruntownej analizy przepisów k.p.c., regulujących abstrakcyjną kontrolę wzorców umownych, lecz także przepisów Kodeksu cywilnego<sup>4</sup>. Dlatego też w pierwszej części niniejszego artykułu konieczne staje się dokonanie wyraźnej dystynkcji pomiędzy incydentalną oraz abstrakcyjną kontrolą wzorców umownych, ze szczególnym podkreśleniem różnic w zakresie celów i przesłanek obu „postępowania”. Dopiero bowiem dokonanie takiej oceny umożliwi zrozumienie skutków wyroku SOKiK uznającego określone postanowienia za niedozwolone.

### 2. INCYDENTALNA KONTROLA POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

Podstawą tzw. incydentalnej kontroli postanowień umownych jest art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., który przewiduje, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie

<sup>1</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.), dalej: k.p.c.

<sup>2</sup> Dalej: SOKiK.

<sup>3</sup> Wyrok SOKiK z 14 grudnia 2010 r., XVII AmC 426/09, Lexis.pl nr 815926.

<sup>4</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 121), dalej: k.c.

dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. zd. drugie).

Z kolei w myśl art. 385<sup>1</sup> § 3 k.c. niezgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przyjętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Należy zatem zaznaczyć już w tym miejscu, że przesłanki uznania danej klauzuli (stanowiącej treść istniejącego stosunku prawnego) za niedozwoloną, które zostały określone w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. (sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszanie interesów konsumentów, które powinny być „spełnione” łącznie), znajdują zastosowanie nie tylko do postanowień wzorców umownych, lecz także do „zwyczajnych” postanowień umowy (niestanowiących elementów wzorca), które nie zostały uzgodnione z konsumentem. Inaczej mówiąc – zakres zastosowania art. 385<sup>1</sup> k.c. nie ogranicza się w żadnym wypadku wyłącznie do postanowień wzorców umownych (co ma miejsce w przypadku kontroli abstrakcyjnej, o czym mowa w dalszej części artykułu).

Szczególnie istotnym przepisem dotyczącym kontroli incydentalnej jest art. 385<sup>2</sup> k.c., który stanowi, że oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny. Tym samym ewaluacja danej klauzuli z perspektywy jej sprzeczności z dobrymi obyczajami musi każdorazowo uwzględniać cały kontekst sytuacyjny, który został w tym przypadku określony bardzo szeroko. Obejmuje on bowiem nie tylko treść oraz okoliczności zawarcia umowy, lecz rów-

nież brzmienie innych umów, które pozostają w jakimkolwiek związku z umową „zawierającą” klauzulę poddawaną ocenie.

Wreszcie należy również w tym miejscu wskazać art. 385<sup>3</sup> k.c., który wprowadza przykładowy katalog tzw. szarych klauzul – postanowień, które w przypadku wątpliwości uważa się za klauzule o charakterze niedozwolonym. Jest to zatem istotne ułatwienie dowodowe dla konsumenta, albowiem w razie sporu to na przedsiębiorcy będzie spoczywał ciężar dowodu, że dane postanowienie nie może być uznane za niedozwolone<sup>5</sup>.

Jeśli weźmie się pod uwagę wyżej wymienione przepisy, w pełni uprawnione jest stwierdzenie, że kontrola incydentalna polega na tym, iż w każdym przypadku, gdy konsument uważa, że w zawartej przez niego umowie jedno z postanowień (najczęściej postanowienie wzorca umownego) jest klauzulą niedozwoloną, może on (zgodnie ze swoim wyborem) powoływać się wobec przedsiębiorcy na sankcję określoną przez art. 385<sup>1</sup> k.c., który stanowi, że klauzula niedozwolona po prostu nie wiąże konsumenta. Należy zgodzić się z poglądem, że jest to specyficzna forma sankcji bezskuteczności *ex lege*, którą charakteryzuje jednostronność – brak związania daną klauzulą dotyczy bowiem wyłącznie konsumenta, a nie przedsiębiorcy, dla którego jest ona cały czas w pełni „aktualna”<sup>6</sup>. Tym samym to konsument jest podmiotem, który ostatecznie decyduje o tym, czy chce w danej sytuacji powołać się na sankcję określoną w art. 385<sup>1</sup> k.c.

Jednocześnie powstaje pytanie o relację pomiędzy art. 385<sup>1</sup> k.c., który wprowadza swoiste przesłanki oceny postanowień umowy pod względem ich ewentualnej abuzywności i ową specyficzną sankcję, a przepisem art. 58 k.c. (w myśl którego, co do zasady, czynność prawna sprzeczna z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz mająca na celu obejście usta-

<sup>5</sup> W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2014, uwagi do art. 385<sup>3</sup> k.c., SIP Legalis.

<sup>6</sup> J. Wszolek, *Rejestr klauzul niedozwolonych – zagadnienia systemowe oraz wątpliwości konstytucyjne wokół skutków wpisu*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12, s. 640.



wy jest nieważna). Rozstrzygnięcie tej relacji wymaga przypomnienia, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dotyczącym charakteru prawnego sankcji bezwzględnej nieważności podlega ona uwzględnieniu przez sąd z urzędu, a jej stwierdzenie powoduje, że czynność prawna nie wywołuje jakichkolwiek skutków od momentu jej dokonania. Jak zauważył Sąd Najwyższy: „Nieważność ta powstaje z mocy prawa i datuje się od samego początku (*ex tunc*), to znaczy od chwili dokonania nieważnej czynności prawnej. Inaczej rzecz ujmując, dotknięta bezwzględną nieważnością czynność prawna nie może wywołać skutku (...)<sup>7</sup>. Konsekwentnie należy uznać, że w przypadku, gdy dane postanowienie umowne jest bezwzględnie nieważne (w świetle art. 58 k.c.), wyłączona jest możliwość dokonywania jego oceny w świetle art. 385<sup>1</sup> k.c. Nie istnieje zatem możliwość rzeczywistej kolizji pomiędzy art. 58 k.c. i art. 385<sup>1</sup> k.c. – jeżeli bowiem określone postanowienie jest bezwzględnie nieważne, wyłączona zostaje możliwość powoływania się przez konsumenta na sankcję relatywnej (względnej) bezskuteczności określonej w art. 385<sup>1</sup> k.c. Takie stanowisko jest obecnie akceptowane w orzecznictwie. W myśl uchwały Sądu Najwyższego: „Postanowienie wzorca umowy sprzeczne z ustawą nie może bowiem wyrzucić skutku prawnego (art. 58 § 1 k.c.) i nie może kształtować praw i obowiązków konsumenta oraz nie jest w stanie rażąco naruszyć jego interesów. Nie może też w konsekwencji podlegać ocenie z punktu widzenia zgodności z dobrymi obyczajami”<sup>8</sup>.

Jednocześnie stoję na stanowisku, że uznanie w danej sytuacji postanowień umowy za niedozwolone (na podstawie art. 385<sup>1</sup> k.c.) nie może nigdy prowadzić do oceny umowy jako nieważnej w całości na podstawie art. 58 § 3 k.c. i to nawet wtedy, gdy bez postanowień, które (ze względu na ich abuzywność) nie wiążą

konsumenta, strony nie zawarłyby umowy. Sąd Najwyższy uzasadnił tożsame stanowisko, odwołując się do zasad *lex posterior derogat legi priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*: „Wyłączenie z umowy postanowień uznanych za niedozwolone (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.) nie powoduje nieważności całej umowy, nawet wtedy, gdy bez tych postanowień umowa nie zostałaby zawarta. Wynika to z relacji między art. 58 § 3 k.c. a art. 385<sup>1</sup> § 2 k.c., który jako przepis późniejszy i szczególny w stosunku do art. 58 § 3 k.c. eliminuje jego zastosowanie, ustanawiając w sytuacji określonej w jego § 1 zasadę zachowania mocy wiążącej umowy w pozostałym zakresie”<sup>9</sup>. Moim zdaniem, nie kwestionując zasadności samej tezy SN, argumentem za odrzuceniem możliwości zastosowania art. 58 § 3 k.c. w przypadku uznania klauzuli za niedozwoloną jest jednak przede wszystkim fakt, że w art. 58 § 3 k.c. jest mowa o sankcji nieważności części czynności prawnej, a nie jej bezskuteczności, co powoduje, że sytuacja braku związania konsumenta określonym postanowieniem abuzywnym (art. 385<sup>1</sup> k.c.) nie mieści się po prostu w hipotezie art. 58 § 3 k.c.

Przedmiotem licznych sporów pozostaje nadal określenie skutków zastosowania sankcji jednostronnej bezskuteczności, o której mowa w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. Prezentowane są w tym zakresie obecnie dwa główne stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich w miejsce postanowień uznanych za abuzywne wchodzi ogólnie przepisy dyspozytywne albo dotyczące poszczególnych typów umów nazwanych, stosowane wprost lub na zasadzie analogii<sup>10</sup>. W myśl drugiego z poglądów postanowienie niedozwolone po prostu nie obowiązuje – nie stanowi części umowy<sup>11</sup>. W najnowszym orzecznictwie zyskuje przewagę pierwszy ze wskazanych poglądów. Jak zauważył Sąd Najwyższy: „Stosownie do art. 385<sup>1</sup> § 2 k.c., jeżeli postanowienie

<sup>7</sup> Wyrok SN z 7 kwietnia 2010 r., II UK 357/09, OSNAPiUS 2011, nr 19–20, poz. 258, s. 840.

<sup>8</sup> Uchwała SN z 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 95, s. 19.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 21 lutego 2013 r., I CSK 408/12, OSNC 2013, nr 11, poz. 127.

<sup>10</sup> E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa: C. H. Beck 2002, s. 343.

<sup>11</sup> C. Żuławska, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. G. Bieniek, Warszawa: LexisNexis 2006, s. 150.

umowy, jako niedozwolone w rozumieniu § 1 tego przepisu, nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. Bezskuteczność niedozwolonych klauzul następuje *ex lege* i *ex tunc*, a w ich miejsce wchodzi odpowiednie przepisy dyspozytywne<sup>12</sup>. Z przedmiotowym stanowiskiem należy się (co do zasady) zgodzić, z tym że w przypadku bardzo wielu klauzul uznanie jej przez sąd za abuzywną nie doprowadzi do wejścia w jej miejsce przepisów dyspozytywnych, co wynika po prostu z faktu, że za abuzywne zostają najczęściej uznane klauzule nakładające na konsumenta specyficzne dodatkowe obowiązki lub sankcje, np. „Opłata za wykonanie telefonu wzywającego do zapłaty: 2 zł”<sup>13</sup>.

Wszystkie wskazane wyżej przepisy, tj. art. 385<sup>1</sup>–385<sup>3</sup> k.c., tworzą regulację, która stanowi trzon (podstawę) tzw. incydentalnej kontroli postanowień umownych. Incydentalnej w tym znaczeniu, że stanowią one podstawę dla oceny klauzuli umownej pod kątem jej abuzywności w postępowaniu sądowym wszczętym (najczęściej przez konsumenta) w konkretnej sprawie, tj. dotyczącej istniejącego już stosunku prawnego. Jest to zatem „zwyczajne” postępowanie jurysdykcyjne, toczące się na podstawie ogólnych przepisów k.p.c., dotyczące procesu. Przedmiotem takiego postępowania jest najczęściej żądanie przez konsumenta określonego świadczenia w związku z ustaleniem, że określona klauzula umowna jest niedozwolona. Nie jest przy tym wykluczone, aby postępowanie (w ramach którego sąd przeprowadza incydentalną kontrolę postanowienia umownego) zostało zainicjowane pozwem o ustalenie braku związania konsumenta daną klauzulą na podstawie art. 189 k.p.c., w myśl którego powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny<sup>14</sup>. Na koniec warto nad-

mienić, że sądy powszechne są uprawnione do dokonywania oceny postanowień umowy pod kątem przesłanek z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. z urzędu, tj. nawet wtedy, gdy konsument nie powołuje się w sporze z przedsiębiorcą na jednostronną bezskuteczność określonych postanowień umowy. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie: „Ochrona konsumenta przed klauzulami niedozwolonymi w umowach i wzorcach umownych jest skuteczna *ex lege* i sąd może dokonać ustaleń w tym przedmiocie także z urzędu, podczas rozpoznawania sprawy między konsumentem a przedsiębiorcą – nie tylko ze względu na istnienie orzeczeń stwierdzających abuzywność klauzuli”<sup>15</sup>.

### 3. ABSTRAKCYJNA KONTROLA WZORCÓW UMOWNYCH

Od kontroli incydentalnej należy stanowczo odróżnić postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, które toczy się na podstawie przepisów Księgi pierwszej Tytuł VII Dział IVB k.p.c., a sądem, który jest wyłącznie właściwy do rozpoznania sprawy o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, jest Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 479<sup>36</sup> k.p.c.).

Jednym z najbardziej fundamentalnych przepisów dla tego postępowania jest art. 479<sup>38</sup> k.p.c., który zakreśla krąg osób posiadających legitymację czynną. Stosownie do jego treści powództwo w ww. sprawach może wytoczyć każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem. Powództwo może wytoczyć także organizacja pozarządowa, do której zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów, powiatowy (miejski) rzecznik

<sup>12</sup> Wyrok SN z 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, Lexis.pl nr 1048707.

<sup>13</sup> Wyrok SOKiK z 28 maja 2012 r., VII AmC 2574/11, Rejestr klauzul niedozwolonych UOKiK nr 5837.

<sup>14</sup> J. Wszolek, *Rejestr klauzul niedozwolonych*, s. 641.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2 września 2010 r., IACa 514/10, Lexis.pl nr 365240.

konsumentów oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (§ 1).

Przywołany przepis pozwala na określenie podstawowych założeń abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych. Po pierwsze, należy zauważyć, że wniesienie powództwa jest całkowicie niezależnione (zob. fragment „mógłby zawrzeć”) od istnienia określonego węzła prawnego pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą. Tym samym interes, którego ochrona stanowi cel przedmiotowego postępowania, ma charakter publiczny (generalny). Jest to bowiem interes wszystkich konsumentów, a nie interes partykularnego konsumenta. Jak zauważa M. Romanowski, kontrola abstrakcyjna nie jest również wymierzona przeciw interesom konkretnego przedsiębiorcy, lecz przeciwko wszystkim przedsiębiorcom, którzy stosują, zamierzają stosować lub mogliby w przyszłości stosować abuzywne klauzule we wzorcach umownych<sup>16</sup>. W doktrynie podkreśla się, że istnieje tu pewne podobieństwo do postępowania w sprawach grupowych (*class action*), gdzie przedmiotem ochrony prawnej są interesy rozproszone<sup>17</sup>. Inaczej mówiąc – SOKiK dokonuje oceny danego wzorca umownego w całkowitym oderwaniu od konkretnych okoliczności – stan faktyczny sprawy ogranicza się wyłącznie do wskazanego w pozwie postanowienia wzorca umownego, który jest lub mógłby być wykorzystany przez przedsiębiorcę w stosunkach z konsumentami. W myśl orzeczenia samego SOKiK: „Sąd nie bada w niniejszym postępowaniu konkretnych stosunków istniejących pomiędzy kontrahentami, ale wzorzec i treść hipotetycznych stosunków, jakie powstałyby pomiędzy pozwanym a potencjalnym konsumentem. Nie ma zatem także znaczenia, czy wzorzec był, czy też nie był zastosowany przy zawieraniu jakiegokolwiek konkretnej umowy.

Kontrola ta ma bowiem charakter oceny *ex ante* i obejmuje wzorzec, nie zaś konkretną umowę”<sup>18</sup>. Orzecznictwo podkreśla ponadto swego rodzaju „zbiorowy” (publiczny) wymiar abstrakcyjnej kontroli poprzez wskazanie, że jej istotą jest nie tylko eliminacja danego postanowienia wzorca umownego z obrotu, lecz także dostarczenie przedsiębiorcom oraz konsumentom informacji, jakiego rodzaju postanowienia wzorców są niepożądane we współczesnej gospodarce rynkowej”<sup>19</sup>. Wreszcie warto zauważyć, że publiczny wymiar abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych stanowi uzasadnienie dla wprowadzenia art. 479<sup>41</sup> k.p.c., który istotnie ogranicza dysponowanie przez strony przedmiotem postępowania. Zgodnie ze wskazanym przepisem w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone sąd nie może wydać wyroku tylko na podstawie uznania powództwa, a zawarcie ugody jest niedopuszczalne.

Jedną z najistotniejszych kwestii stanowi niewątpliwie odpowiedź na pytanie o przesłanki uznania wzorca umownego za niedozwolony. Przepisy k.p.c. regulujące procedurę abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych nie zawierają nigdzie ani autonomicznej (wobec art. 385<sup>1</sup> k.c.) podstawy oceny abuzywności danej klauzuli, ani nie odsyłają do stosowania art. 385<sup>1</sup> k.c. w tym zakresie. Odpowiedzi nie przynosi również analiza przepisów dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r.<sup>20</sup>, która (jako podstawa dla polskiej regulacji w zakresie kontroli klauzul umownych w obrocie konsumenckim) powinna stanowić podstawę wykładni w tym zakresie. W art. 7 dyrektywy prawodawca europejski wskazał bowiem wyłącznie, że „zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów Państwa Członkowskie zapewnią stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nie-

<sup>16</sup> M. Romanowski, *W sprawie charakteru i skutków abstrakcyjnej kontroli niedozwolonych postanowień wzorców umownych stosowanych przez przedsiębiorcę*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, nr 3, s. 27.

<sup>17</sup> J. Wszolek, *Rejestr klauzul niedozwolonych*, s. 642.

<sup>18</sup> Wyrok SOKiK z 8 kwietnia 2013 r., XVII AmC 4657/12, Lexis.pl nr 863063.

<sup>19</sup> Wyrok SA w Warszawie z 8 listopada 2012 r., VI ACa 480/12, Lexis.pl nr 741017.

<sup>20</sup> Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. (Dz.Urz. UE. L 95, s. 29).

uczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami”, nie wprowadził jednocześnie żadnych kryteriów dla dokonywania kontroli postanowień umownych.

W myśl jednego ze stanowisk doktrynalnych przesłanki uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolony zostały określone w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., co powoduje, że SOKiK powinien oceniać postanowienie wzorca umownego pod kątem tego, czy kształtuje ono prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i czy (jednocześnie) narusza ono w sposób rażący jego interesy<sup>21</sup>. Podobne stanowisko wyraża sam Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w swoim orzecznictwie dokonuje oceny abuzywności postanowień wzorców umownych pod kątem tego, czy zostały spełnione przesłanki z art. 385<sup>1</sup> k.c.<sup>22</sup>

W literaturze występuje jednakże również stanowisko odmienne, zgodnie z którym kontrola abstrakcyjna i kontrola incydentalna nie opierają się na tych samych przesłankach<sup>23</sup>. Ze względu bowiem na różne cele obu postępowań przesłanki pozwalające na dokonanie kontroli postanowień umowy konsumenckiej w indywidualnej sprawie konkretnego konsumenta zawarte w art. 385<sup>1</sup> k.c. należy stosować wprost tylko do kontroli konkretnych postanowień umownych w ramach kontroli incydentalnej określonego stosunku umownego, natomiast jedynie odpowiednio w kontroli wzorca o charakterze abstrakcyjnym – poprzez analogię<sup>24</sup>. Za przyjęciem takiego poglądu można niewątpliwie przywołać wiele racjonalnych argumentów. W pierwszej kolejności należy wskazać brzmienie art. 385<sup>2</sup> k.c., gdzie ustawodawca wprowadził swego rodzaju regułę interpretacyjną dotyczącą klauzuli dobrych oby-

czajów. W myśl tego przepisu oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny. Tym samym przedmiotowy przepis nakazuje każdorazowe uwzględnienie przez sąd całokształtu kontekstu sytuacyjnego – np. prowadzonej uprzednio przez przedsiębiorcę akcji promocyjnej, umów łączących obie strony, faktu zawarcia umowy w miejscu zamieszkania konsumenta *etc.* Dlatego też, jak słusznie zauważa M. Romanowski, konieczność uwzględnienia okoliczności faktycznych wykraczających poza treść badanego postanowienia stanowi widoczną już na pierwszy rzut oka wskazówkę, że stosowanie postanowień k.c. jako materialnoprawnych podstaw abstrakcyjnej kontroli wzorca musi odbywać się niezwykle ostrożnie. W toku abstrakcyjnej kontroli nie jest przecież możliwe odwołanie się do okoliczności tworzących całokształt kontekstu sytuacyjnego, ponieważ konkretnego stosunku prawnego podlegającego badaniu przez SOKiK po prostu nie ma<sup>25</sup>. Istotą abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego jest konieczność całkowitego oderwania od określonego stanu faktycznego i wyobrażenie sobie przez SOKiK pewnego hipotetycznego stanu (zbudowanie wzorca typowej sytuacji), w którym może znaleźć się modelowy konsument i modelowy przedsiębiorca<sup>26</sup> (przy uwzględnieniu cech typowego stosunku obligacyjnego wskazanych w art. 353<sup>1</sup> k.c.), co pozwoli na ocenę konkretnego postanowienia w sposób, który będzie pasował (znajdował „zastosowanie”) do wielu różnych sytuacji – niezależnie od brzmienia jakichkolwiek innych postanowień wzorca oraz niezależnie od

<sup>21</sup> M. Rejdak, *Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Komentarz*, Warszawa 2009, uwagi do art. 479<sup>42</sup> k.p.c., SIP Legalis.

<sup>22</sup> Por. wyrok SOKiK z 15 października 2013 r., XVII AmC 3952/13, Lexis.pl nr 766201.

<sup>23</sup> M. Bednarek, (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. E. Łętowska, Warszawa: C. H. Beck 2006, s. 68.

<sup>24</sup> M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków: Zakamycze 2005, s. 294.

<sup>25</sup> M. Romanowski, *W sprawie charakteru*, s. 31.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 32.

typu umowy, która będzie łączyła strony. Dopiero zatem wtedy, gdy SOKiK ustali taki hipotetyczny (modelowy) stan faktyczny, powinien (z dużą dozą ostrożności) odwoływać się przez analogię do przesłanek określonych w art. 385<sup>1</sup> k.c. Z kolei powszechnie obowiązujące przepisy prawa (przepisy dyspozytywne) powinny, moim zdaniem, zostać wzięte przez SOKiK pod uwagę tylko w takim zakresie, w jakim wyrażają one pewne ogólne zasady rozkładu praw i obowiązków stron kontraktu – ich „obowiązki” zależy wszakże każdorazowo od woli stron stosunku zobowiązaniowego.

Z tych właśnie względów należy w moim przekonaniu całkowicie odrzucić poglądy, zgodnie z którymi SOKiK powinien (dokonując abstrakcyjnej oceny wzorca) uwzględniać inne niż podejrzane o abuzywność postanowienia wzorca, czy ewentualnie postanowienia wzorców pozostających w ścisłym związku z badanym<sup>27</sup>. Podobnie za dyskusyjną należy uznać występującą w orzecznictwie tezę, że nieprzedstawienie przez powoda (w ramach abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego) całej treści wzorca umownego uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny zakwestionowanego postanowienia z punktu widzenia jego zgodności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta<sup>28</sup>.

Należy zaznaczyć, że wskazane wyżej rozumienie istoty abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych znajduje (jednakże powoli) swoje miejsce w najnowszym orzecznictwie. Warto przytoczyć choćby trafne stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który wskazał brak możliwości analogicznego stosowania przesłanki „braku indywidualnego uzgodnienia treści postanowienia z konsumentem” w przypadku dokonywania przez SOKiK abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego: „W sytuacji braku odrębnych przesłanek oceny abuzywności postanowienia wzorca umowy, do takiej oceny należy stosować rozszerzającą

wykładnię przesłanek abuzywności przewidzianych dla niedozwolonych postanowień umownych w art. 385<sup>1</sup> k.c., z uwzględnieniem odmiennego charakteru oceny, będącej kontrolą o abstrakcyjnym charakterze. Ta zaś polega na badaniu treści postanowień wzorca umowy, w oderwaniu od konkretnego stosunku umownego i jest dokonywana niezależnie od tego, czy do zawarcia umowy z wykorzystaniem ww. wzorca doszło. Przy takim zakresie kontroli, kryterium oceny abuzywności postanowień wzorca, nie może być przesłanka braku indywidualnego uzgodnienia treści tych postanowień z konsumentem, skoro przedmiotem badania nie jest postanowienie, łączącego strony stosunku umownego, lecz jedynie sam wzorzec postanowień umownych, ukształtowany przez pozwanego”<sup>29</sup>.

#### 4. SKUTKI WYROKU SOKiK I WPISU POSTANOWIENIA WZORCA DO REJESTRU

Tematyka skutków, jakie wywiera wyrok SOKiK o uznaniu postanowień wzorca umownego za niedozwolone, stanowi przedmiot wielu kontrowersji. W moim przekonaniu rozbieżności odnośnie do tej kwestii wynikają przede wszystkim z nierozumienia podstawowych założeń i mechanizmów rządzących abstrakcyjną kontrolą wzorców umownych. To właśnie dlatego pojawiają się od kilku lat całkowicie sprzeczne orzeczenia, które w istocie mieszają abstrakcyjną i incydentalną kontrolę wzorców umownych.

Zgodnie z art. 479<sup>42</sup> § 1 k.p.c. w razie uwzględnienia powództwa sąd w sentencji wyroku przytacza treść postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone i zakazuje ich wykorzystywania. Z kolei stosownie do treści art. 479<sup>43</sup> k.p.c. wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia

<sup>27</sup> Por. uchwałę SN z 7 października 2008 r., III CZP 80/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 118, s. 16.

<sup>28</sup> Wyrok SA w Warszawie z 24 października 2012 r., VI ACa 549/12, Lexis.pl nr 739222.

<sup>29</sup> Wyrok SA w Warszawie z 22 października 2013 r., VI ACa 416/13, Lexis.pl nr 1049232.



wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> § 2.

Na gruncie art. 479<sup>43</sup> k.p.c. Sąd Najwyższy wyraża od wielu lat dwa (skrajnie odmienne) stanowiska, przy czym należy zaznaczyć, że spór dotyczy przede wszystkim tego, czy wyrok SOKiK (uwzględniający pozew) powoduje, że żaden inny podmiot posiadający legitymację czynną do wszczęcia abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych nie może wystąpić do SOKiK z żądaniem oceny tego samego lub podobnego postanowienia wzorca umownego stosowanego przez innego (niż uprzednio pozwaną) przedsiębiorcę.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, wyrażonym przez SN w postanowieniu z 19 marca 2014 r.: „Rozszerzona prawomocność wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479<sup>43</sup> k.p.c.) uzasadnia odrzucenie pozwu w razie wytoczenia powództwa przez inną stronę powodową przeciwko innej stronie pozwanej, jeżeli przedmiotem sporu są takie same postanowienia wzorca jak wpisane do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK”<sup>30</sup>. Akceptacja tego stanowiska SN prowadzi do przyjęcia, że „skutkiem wpisu postanowienia do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone jest to, iż nikt – a w szczególności konsument – nie może ponownie żądać uznania za niedozwolone tego samego postanowienia stosowanego przez tego samego przedsiębiorcę w tym samym wzorcu. Konsekwentnie, żądanie takie nie może być skierowane także przeciwko innemu przedsiębiorcy”<sup>31</sup>. Podobne zapatrywanie wyraził wcześniej SN w uchwale z 19 grudnia 2003 r., gdzie uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób: „Za takim rozwiązaniem, obok argumentów jurystycznych, przemawiają także względy celowościowe i funkcjonalne. Jego

przyjęcie pozwala uniknąć prowadzenia kilku postępowań, z których każde musiałoby kończyć się identycznym rozstrzygnięciem merytorycznym, a ponadto sprzyja charakterowi postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, którego celem podstawowym jest usunięcie postanowień wzorca uznanych za abuzywne z obrotu ze skutkiem nie tylko dla stron procesu, lecz także wobec osób trzecich (*erga omnes*). Można więc stwierdzić, że szczególnie przedmiot postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, jak i również leżący w sferze publicznej cel kontroli abstrakcyjnej, dodatkowo wspiera przyjęcie koncepcji łączącej rozszerzoną prawomocność materialną nie tylko z mocą wiążącą prawomocnego wyroku, ale także z jego powagą rzeczy osądzonej jako negatywną przesłanką procesową”<sup>32</sup>.

Należy podkreślić, że u podstaw wskazanej linii orzeczniczej znajduje się założenie, zgodnie z którym uznanie przez SOKiK konkretnego postanowienia wzorca za niedozwolone jest równoznaczne z uznaniem tego postanowienia za nieskuteczne (nieważne) we wszystkich stosunkach, w których zostało ono wykorzystane<sup>33</sup>. W myśl orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie: „Wyrok wydany w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone eliminuje niedozwolone postanowienia nie tylko z konkretnego wzorca, ale w ogóle z obrotu. Wyrok sądu ochrony konkurencji i konsumentów, uznając konkretne postanowienia wzorca umowy za abuzywne, wyłącza je z wszelkich wzorców umów, niezależnie od przedsiębiorcy posługującego się tym wzorcem”<sup>34</sup>.

Z kolei w myśl drugiego stanowiska powaga rzeczy osądzonej wyroku SOKiK nie może rozciągać się na podobne lub nawet takie same postanowienia stosowane przez innego przed-

<sup>30</sup> Postanowienie SN z 19 marca 2014 r., I CSK 20/14, Lexis.pl nr 99486.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Uchwała SN z 19 grudnia 2003 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25, s. 28.

<sup>33</sup> Postanowienie SN z 19 marca 2014 r., I CSK 20/14, Lexis.pl nr 99486.

<sup>34</sup> Postanowienie SA w Warszawie z 20 grudnia 2013 r., VI ACa 744/13.



siębiorcę w innym wzorcu. Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy m.in. w uchwale z 13 grudnia 2013 r., gdzie wskazywał, że przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do nadania wyrokowi SOKiK charakteru normy abstrakcyjnej i generalnej, czyli zrównania go z normą prawną, skoro może być on skuteczny wobec każdego przedsiębiorcy i każdego konsumenta. Według SN: „Sąd, szczególnie w świetle zamkniętego w art. 87 Konstytucji<sup>35</sup> katalogu źródeł prawa oraz określenia organów, którym przysługuje władza ustawodawcza (art. 95), nie ma zaś kompetencji do stanowienia norm prawnych. Taka wykładnia art. 479<sup>43</sup> k.p.c. prowadziłaby do uznania, że jest to przepis sprzeczny z Konstytucją. Zwraca się także uwagę, że taka wykładnia tego przepisu prowadziłaby do ingerencji w interesy tych przedsiębiorców, którzy nie brali udziału w postępowaniu sądowym i nie mieli możliwości obrony swoich praw. Oderwanie, podczas kontroli abstrakcyjnej wzorca umownego, od konkretnych umów mogłoby także prowadzić do wyeliminowania niektórych klauzul z obrotu prawnego, nawet w przypadku, gdy ich postanowienia są zgodne z dobrymi obyczajami i nie naruszają interesów konsumenta. Stanowisko, że abstrakcyjna kontrola wzorca umownego nie może prowadzić do generalnego wyłączenia danej klauzuli z obrotu, a w związku z tym, że powaga rzeczy osądzonej nie może rozciągać się na podobne lub nawet takie same postanowienia stosowanego przez innego przedsiębiorcę w innym wzorcu, wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 października 2008 r., III CZP 80/08, (OSNC 2009, nr 9, poz. 118) oraz w wyrokach (...) Sąd Najwyższy w obecnym składzie zdecydowanie przychylił się do takiego właśnie rozumienia znaczenia prawomocnego wyroku, o którym mowa w art. 479<sup>43</sup> k.p.c. To, że sąd dokonuje tzw. abstrakcyjnej kontroli postanowienia wzorca umownego nie oznacza, że kontrola ta może być dokonywana w pełnym oderwaniu od konkretnych stosunków prawnych

z udziałem przedsiębiorcy, który ten wzorzec stosuje w umowach z konsumentami. Przepis art. 479<sup>43</sup> k.p.c. nie może także być wykładany w taki sposób, aby stał się podstawą dla sądu kreowania norm generalnych i abstrakcyjnych, gdyż godzi to wprost w postanowienia Konstytucji normujące kompetencje do stanowienia norm prawnych”<sup>36</sup>.

Pomimo tego, że prezentowane stanowisko stoi w sprzeczności z pierwszym z wymienionych, to opiera się ono w istocie na tym samym założeniu, a mianowicie takim, iż wyrok SOKiK wydany w wyniku abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego ma taki skutek, że postanowienie uznane za abuzywne zostaje (jako nieważne) wyeliminowane z obrotu prawnego. Tym samym różnica pomiędzy wskazanymi wyżej poglądami sprowadza się do określenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego sankcji nieważności wynikającej z wyroku SOKiK. Według pierwszego poglądu wyrok uznający postanowienia wzorca umownego za abuzywne prowadzi bowiem do nieważności nie tylko postanowienia określonego wyraźnie w wyroku i nie tylko w odniesieniu do umów zawartych pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem (tak jak chcą zwolennicy drugiego poglądu), lecz również w odniesieniu do postanowień podobnych i stosowanych w obrocie przez jakiegokolwiek przedsiębiorcę.

To właśnie w tym, w moim przekonaniu niewłaściwym, rozumieniu „sankcji” wyroku SOKiK (nieważność) leży przyczyna sporów w orzecznictwie. Ten błąd stanowi z kolei konsekwencję braku właściwego zrozumienia różnic pomiędzy abstrakcyjną a incydentalną kontrolą postanowień wzorców umownych.

Należy bowiem zauważyć, że żaden przepis k.p.c. dotyczący postępowania w przedmiocie abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych nie daje podstaw dla stwierdzenia, iż z wyrokiem SOKiK należy łączyć sankcję bezwzględnej nieważności postanowienia uznanego za abuzywne. Sięganie po wskazaną sankcję nie znajduje

<sup>35</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja.

<sup>36</sup> Uchwała SN z 13 grudnia 2013 r., III CZP 73/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 97, s. 1.

również podstawy na gruncie przepisów k.c. dotyczących wzorców umownych – art. 385<sup>1</sup> mówi wszakże o sankcji jednostronnej bezskuteczności (braku związania konsumenta danym postanowieniem). Dlatego też, skoro na gruncie kontroli incydentalnej (gdzie sąd dysponuje wiedzą o całokształcie stanu faktycznego) sankcji nie stanowi (co do zasady) bezwzględna nieważność, to przecież tym bardziej na gruncie abstrakcyjnej kontroli, gdzie sąd dokonuje oceny stypizowanego (hipotetycznego) stanu faktycznego (w oderwaniu od konkretnej sprawy), nie sposób racjonalnie twierdzić, że intencją ustawodawcy było jej powiązanie z najsurowszą sankcją cywilnoprawną – nieważnością bezwzględną. Zauważmy, że skoro ustawodawca przyznaje legitymację czynną (na gruncie kontroli abstrakcyjnej) podmiotom, których może nie łączyć żaden stosunek umowny z pozwanym przedsiębiorcą (art. 479<sup>38</sup> k.p.c.), to w pełni możliwa jest sytuacja, iż dany wzorzec umowny (podlegający ocenie) nie został jeszcze nigdy wykorzystany w praktyce. Tym samym nie znajduje żadnego uzasadnienia pogląd, że intencją ustawodawcy było (jak wskazuje ww. orzecznictwo) wyeliminowanie danego postanowienia wzorca umownego ze wszystkich istniejących w obrocie stosunków umownych. Należy także podkreślić, że zaakceptowanie tezy wspólnej dla obu wymienionych wcześniej poglądów SN prowadziłyby do przyjęcia, iż możliwe jest (węższe lub szersze – w zależności od stanowiska) wydanie przez sąd wyroku skutkującego bezwzględną nieważnością postanowienia wzorca, w postępowaniu, które odrywa się od stanu faktycznego sprawy, a zatem *de facto* uniemożliwia pozwanemu jakąkolwiek obronę, zwłaszcza np. poprzez twierdzenie, że inne postanowienia umowy negocjowane indywidualnie, zawarte w treści samej umowy, „neutralizują” postanowienie wzorca umownego w taki sposób, iż nie jest ono abuzywne (nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i nie narusza w sposób rażący interesów konsumenten-

ta). Tym samym nie sposób zaakceptować wyżej wymienionych poglądów SN oraz pojawiającego się w doktrynie stanowiska, że w przypadku, gdyby sąd na skutek pozwu konsumenta, który zawarł umowę z tym samym przedsiębiorcą, który uprzednio był stroną postępowania przed SOKiK, dokonywał kontroli incydentalnej, jest on każdorazowo związany wyrokiem SOKiK co do ustalenia, że dana klauzula nie wiąże konsumenta jako niedozwolona w obrocie<sup>37</sup>.

Konsekwentnie należy podzielić pogląd wyrażony przez M. Romanowskiego, zgodnie z którym wydanie przez SOKiK wyroku w wyniku abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych (uwzględniającego powództwo) prowadzi do powstania kolejnej (poza listą zawartą w art. 385<sup>3</sup> k.c.) klauzuli potencjalnie niedozwolonej, jednakże nie zawsze klauzuli bezwzględnie zakazanej w umowie z konsumentem – jest to zatem postanowienie „podejrzane o abuzywność”<sup>38</sup>. Wyrok SOKiK nie wywiera bezpośredniego skutku w sferze indywidualnych stosunków umownych funkcjonujących w relacji konsument–przedsiębiorca. Należałoby zatem w tym przypadku mówić o swoistym domniemaniu prawnym, które prowadzi do przerzucenia ciężaru dowodu na przedsiębiorcę w każdym postępowaniu, w którym dokonywana jest incydentalna kontrola postanowienia wzorca umownego.

Należy podkreślić, że akceptacja tej koncepcji w żadnym wypadku nie oznacza zniweczenia celu, jakim w przypadku abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych jest ochrona zbiorowych interesów konsumentów. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, wyrok SOKiK stanowi swego rodzaju prejudykat, który powoduje odwrócenie ciężaru dowodu w ramach incydentalnej kontroli postanowień wzorca umownego, co w sposób znaczący ułatwia sytuację procesową konsumenta. Pozwany przedsiębiorca musiałby bowiem wykazać, że inne postanowienia wzorca (względnie postanowienia umowy niezajdujące się we wzorcu) na tyle równoważą

<sup>37</sup> J. Wszolek, *Rejestr klauzul niedozwolonych*, s. 642.

<sup>38</sup> Por. M. Romanowski, *W sprawie charakteru*, s. 38–40.

postanowienie podejrzone o abuzywność, iż uniemożliwia to przyjęcie ziszczenia się przesłanek z art. 385<sup>1</sup> k.c. W dalszej kolejności trzeba wskazać, że wydanie przez SOKiK wyroku uwzględniającego powództwo może stanowić podstawę dla konsumentów do zawiadomienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o stosowaniu przez przedsiębiorcę klauzuli niedozwolonej, co będzie najczęściej prowadzić do wydania przez Prezesa decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie jej stosowania (por. art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>39</sup>). Co ważne, Prezes UOKiK może jednocześnie skorzystać z uprawnienia, które przyznaje mu art. 106 ust. 1 ww. ustawy, a mianowicie nałożyć na przedsiębiorcę stosującego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów karę pieniężną w wysokości nawet 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Taka kara stanowi niewątpliwie skuteczny instrument mający wymuszać zaprzestanie przez przedsiębiorców używania klauzul „podejrzanych” o abuzywność, co powoduje, że w pełni uprawnione jest przyjęcie swoistej funkcji prewencyjnej wpisu do rejestru<sup>40</sup>. Wreszcie warto podkreślić fakt, że uznanie postanowienia za niedozwolone w wyniku abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego prowadzi do zwiększenia świadomości konsumenta. W przypadku bowiem gdy ma on wątpliwości odnośnie do „uczciwości” danej klauzuli, może on sięgnąć nie tylko do katalogu klauzul określonego w art. 385<sup>3</sup> k.c., lecz również do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 479<sup>45</sup> § 2 k.p.c. Co ważne, zgodnie z art. 479<sup>44</sup> § 2 k.p.c., SOKiK dokonuje także publikacji prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Przyjęcie omawianej koncepcji skutków SOKiK czyni bezprzedmiotowymi wątpliwości SN w zakresie zgodności z Konstytucją wykład-

ni art. 479<sup>43</sup> k.p.c. Jak już wskazano wyżej, Sąd Najwyższy stwierdza w wielu orzeczeniach, że przedmiotowy przepis nie może także być wykładany w taki sposób, aby stał się podstawą dla sądu do kreowania norm generalnych i abstrakcyjnych, gdyż godziłoby to w postanowienia Konstytucji (w szczególności w art. 87 Konstytucji zawierający katalog źródeł prawa)<sup>41</sup>. Jeżeli zatem skutkiem wyroku SOKiK jest (zgodnie z proponowaną koncepcją) wyłącznie domniemanie abuzywności postanowienia uznanego za niedozwolone, to nie prowadzi to z oczywistych względów do bezpośredniego ukształtowania na podstawie wyroku SOKiK „normy prawnej” (normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym) – każdy przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniu, w którym sąd dokonuje incydentalnej kontroli postanowienia wzorca umownego, może bowiem zawsze przedstawić argumenty, które nie spowodują braku uznania wzorca za abuzywny.

Należy wreszcie stwierdzić, że konsekwencją przyjęcia koncepcji „domniemania abuzywności” powinna być konstatacja, iż rozszerzona prawomocność materialnoprawna wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479<sup>43</sup> k.p.c.) uzasadnia odrzucenie przez SOKiK pozwu, w razie wytoczenia powództwa przez inną stronę powodową przeciwko innej stronie pozwanej, jeżeli przedmiotem sporu (w ramach abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych) są takie same postanowienia wzorca (lub podobne) jak wpisane do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Na pierwszy rzut oka jest to konkluzja zbieżna z pierwszym ze wskazanych wcześniej stanowisk Sądu Najwyższego. Jednakże całkowicie inne jest w tym przypadku uzasadnienie takiego stanu rzeczy. SOKiK powinien bowiem odrzucić pozew nie dlatego, że przemawiają za tym względy celowościowe i funkcjonalne wiążące wyrok SOKiK ze skutkiem usunięcia

<sup>39</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 945).

<sup>40</sup> Por. M. Romanowski, *W sprawie charakteru*, s. 42.

<sup>41</sup> Por. uchwałę SN z 13 grudnia 2013 r., III CZP 73/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 97, s. 1.

postanowień wskazanych w wyroku z obrotu gospodarczego (jak chce tego SN), lecz to, że w odniesieniu do takiej konkretnej klauzuli SOKiK dokonał już oceny, mając na uwadze stypizowaną/modelową sytuację. Tym samym ponowne wniesienie pozwu (przeciwko innemu przedsiębiorcy) w odniesieniu do identycznej (zbliżonej) klauzuli nie może prowadzić do jakiegokolwiek innego rozstrzygnięcia z uwagi na istnienie powagi rzeczy osądzonej.

Trzeba przy tym zaznaczyć, że powyższa konkluzja nie wynika wprost z literalnego brzmienia art. 479<sup>43</sup> k.p.c., który poprzez stwierdzenie, iż prawomocny wyrok SOKiK ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania go do rejestru, nawiązuje wyraźnie nie do art. 366 k.p.c. (gdzie mowa o powadze rzeczy osądzonej), lecz do art. 365 k.p.c., który wskazuje, że w wypadkach w ustawie przewidzianych prawomocne orzeczenie wiąże także inne osoby niż strony, sąd i inne organy władzy państwowej (tzw. rozszerzona skuteczność wyroku). Jednakże mając na uwadze (podnoszony *nota bene* coraz częściej w orzecznictwie) postulat

dokonywania tzw. kompleksowej wykładni (tj. jednoczesnej wykładni językowej, celowościowej i systemowej<sup>42</sup>) oraz akceptowany w orzecznictwie pogląd o możliwości „rozszerzenia” w pewnych przypadkach powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*) poza strony danego postępowania (w tym w odniesieniu do skutków wyroków SOKiK<sup>43</sup>), nie sposób w moim przekonaniu zasadnie twierdzić, że powaga rzeczy osądzonej wyroku SOKiK dotyczy tylko tych samych stron procesu i odnosi się do tego samego przedmiotu rozstrzygnięcia, czyli tych samych postanowień wzorca umowy<sup>44</sup>. Jeżeli bowiem kontrola dokonywana przez SOKiK dotyczy pewnej modelowej (abstrakcyjnej) sytuacji, która odrywa się od konkretnych okoliczności dotyczących samych stron postępowania, to nie ma żadnych funkcjonalnych podstaw, aby dopuścić dokonywanie ponownej oceny przez SOKiK takiego samego stanu faktycznego. Wszakże fakt, że stronami postępowania byłiby inny konsument i inny przedsiębiorca, nie miałby jakiegokolwiek znaczenia z perspektywy kontroli dokonywanej przez SOKiK.

<sup>42</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 8 października 2004 r., ISA/Bk 197/04, POP 2005, nr 4, poz. 85.

<sup>43</sup> Uchwała SN z 19 grudnia 2013 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25, s. 28.

<sup>44</sup> Tak np. M. Rejda, *Postępowanie*, SIP Legalis.

## Summary

Tomasz Marek

### THE EFFECTS OF THE ABSTRACT CONTROL OF THE PROVISIONS OF THE STANDARD CONTRACTS

In the doctrine and in the case law exist many controversy concerning the effects of the judgment issued by the Court of Competition and Consumer Protection declaring certain provisions of standard contracts as unaccepted – both from the substantive and formal law perspective. In accordance with article 479<sup>43</sup> of the Code of Civil Proceedings (“C.C.P”), such judgment has the effect against a third party.

This dispute concerns the issue, which is of extremely important practical significance, especially since in recent years many of these judgments applies to contracts concluded between consumers and the biggest players in the market. In this regard, it is necessary not only to analyze the relevant provisions governing the abstract control, but also the provisions of the Civil Code. It is of vital importance, to make a clear distinction between the abstract and the incidental control of the standard contracts provisions.

**KEY WORDS:** incidental control, abstract control, effect, judgment

**POJĘCIA KLUCZOWE:** kontrola incydentalna, kontrola abstrakcyjna, skutek, orzeczenie

# Punkty widzenia

Piotr Zaporowski

## CZY PRZEDSIĘBIORCA NIE POWINIEN MÓC DZIAŁAĆ POD RÓŻNYMI FIRMAMI?

We współczesnym polskim piśmiennictwie prawniczym pogląd o dopuszczalności posiadania przez przedsiębiorcę tylko jednej firmy jest prawie niekwestionowany. W omówieniach zasad prawa firmowego zawartych w podręcznikach, komentarzach, artykułach i głosach wskazuje się zasadę jedności firmy, traktując ją jako oczywistą i niewątpliwą<sup>1</sup>. O takim stanowisku można bez obaw powiedzieć, że wyraża *opinio communis*.

Nie ma powodu, aby tę konstatację podwa-

żyć tylko dlatego, że wśród rodzimych badaczy prawa firmowego jestem zapewne jedynym, który nie tylko nie ma pewności co do zasadności tego poglądu, ale kwestionuje go.

Punktem wyjścia moich wątpliwości jest to, że nie znajdują podstawy dla podania w wątpliwość racji uprawnienia do działania nie tylko pod jedną firmą, płynącego moim zdaniem ze swobody prowadzenia przez osobę fizyczną działalności gospodarczej w wyodrębnionych formach organizacyjnych. Wydaje mi się moż-

<sup>1</sup> Zob. np. M. Kępiński, *Znak towarowy (funkcja, rodzaje znaków, oznaczenia stanowiące przedmiot praw wyłącznych, rejestracja, zakres wyłączności)*, SC, t. XII, s. 101; tenże, *Glosa*, OSP 1990, poz. 328, s. 706; J. Jacyszyn, *Tylko jedna firma kupca rejestrowego*, GP 1998, nr 16, s. 36–37; M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Zakamycze 2000, s. 245; J. Jacyszyn, (w:) J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 153; M. Kępiński, *Firma w przepisach kodeksu cywilnego*, (w:) *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004 r.)*, praca zbiorowa (red. M. Sawczuk), Zakamycze 2006, s. 162; Ł. Zamojski, *Firma w postępowaniu rejestrowym (cz. II)*, Pr.Sp. 2006, nr 2, s. 43; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2007, s. 85; M. Modrzejewska, *Prawo firmowe*, (w:) *Prawo handlowe*, praca zbiorowa (red. J. Okolski), Warszawa 2008, s. 108–109; A. Kawałko, H. Witczak, *Prawo cywilne*, Warszawa 2008, s. 101; B. Gliniecki, *Funkcje firmy przedsiębiorcy*, Pr.Sp. 2008, nr 3, s. 26 i 33, przyp. 13 i 14 (gdzie, chyba jako jedyny, wskazując ówczesny art. 30 ust. 1 pkt 1 UoSDG oraz art. 38 pkt 1 lit. a UoKRS, podkreśla, że mowa w nich „o umieszczeniu we właściwym rejestrze pojedynczej firmy przedsiębiorcy”, choć jest w tym stwierdzeniu pewna przesada, w powołanym przepisie UoSDG nie było i we wskazanym przepisie UoKRS nie ma mowy o „pojedynczej” firmie, tylko o firmie); A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 95–96; tenże, *Prawo handlowe*, Warszawa 2011, s. 100; tenże, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 100; M. Modrzejewska, *Prawo firmowe*, (w:) *Prawo handlowe*, praca zbiorowa (red. J. Okolski, M. Modrzejewska), Warszawa 2012, s. 113; J. Szwaja, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, A. Herbert, M. Mataczyński, I. B. Mika, T. Sójka, M. Tarska, M. Wyrwiński, *Kodeks spółek handlowych, t. III Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–490*, Warszawa 2013, s. 91; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2013, s. 104; P. Nazuruk, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, praca zbiorowa (red. J. Ciszewski), Warszawa 2014, s. 93 i 99; R. Pabis, (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 503.



liwe prowadzenie przez tę samą osobę fizyczną np. biura turystycznego pod firmą spełniająca wymogi prawa firmowego, a więc wskazująca nie tylko imię i nazwisko przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, ale zawierająca także dopuszczalny dodatek, który określa np. przedmiot działalności gospodarczej. Takie wymogi spełniałaby hipotetyczna firma: „Jan Kowalski. Wspaniały Odpoczynek”. Ale ta sama osoba fizyczna może jednocześnie prowadzić przedsięwzięcie gospodarcze pogrzebowe, pod równie poprawnym na gruncie prawa firmowego hipotetycznym oznaczeniem przedsiębiorcy: „Jan Kowalski. Wieczny Odpoczynek”.

Próba dochowania wymagań zwolenników zasady jedności firmy powinna chyba skłonić takiego przedsiębiorcę, którego prawa do prowadzenia zróżnicowanej przedmiotowo działalności gospodarczej nie sposób kwestionować i którego firma nie może wprowadzać w błąd co do przedmiotu tej zróżnicowanej działalności, do przyjęcia np. firmy poprawnościowej: „Jan Kowalski. Wspaniały albo Wieczny Odpoczynek” albo marketingowej: „Jan Kowalski. Wypoczynek Krótszy lub Dłuższy” czy do bólu szczerzej: „Jan Kowalski. Prędej lub Później Odpoczniesz z Nami!”

Celowo przykłady te przesměwczco przerysowuję, aby unaocznic zakłopotanie, w jakim znajdować powinien się ten, kto zechce godzić akademicką tezę o jedności firmy z gospodarczym życiem.

Uważam przy tym, że przedsiębiorca powinien mieć prawo do różnych firm<sup>2</sup>, gdy prowadzona przez niego działalność gospodarcza albo zawodowa jest zróżnicowana nie tylko organizacyjnie lub co do przedmiotu, ale np.

także co do miejsca jej prowadzenia (np. hostel we Wrocławiu i piekarnia w Legnicy). W żadnym razie *antidotum* nie może być tu art. 43<sup>6</sup> k.c. dotyczący firmy oddziałowej, ta bowiem, poza określeniem „oddział” i wskazaniem miejscowości, w której ma on siedzibę, musi zawierać firmę „główną”<sup>3</sup>.

Uprzedzając, dodam, że polskie prawo zawiera jednak barierę do wpisu więcej niż jednej firmy dla tego samego przedsiębiorcy. Uważam, że nie jest ona uzasadniona i powinna być zlikwidowana, co najmniej w odniesieniu do przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną.

Moje uwagi, nietrudno to zauważyć, nie opierają się na wyrafinowanej argumentacji teoretycznej. Wyrastają, co postaram się udowodnić, z moim zdaniem uprawnionej interpretacji przepisów nie tylko prawa firmowego oraz z potrzeb praktyki gospodarczej, uzasadnionych koniecznością respektowania fundamentalnej zasady swobody przedsiębiorczości.

Wspomniane potrzeby gospodarcze są wyraźnie wskazane w pytaniu czytelnika „Rzeczpospolitej”, z którego wiemy, że prowadzi „«firmę» jako osoba fizyczna”, ale zamierza też „dodatkowo zawrzeć umowę spółki cywilnej na zupełnie inny rodzaj działalności”, nie chce jednak wnosic swego „przedsiębiorstwa do spółki, lecz (...)” ma „zamiar kontynuować dotychczasową działalność gospodarczą” i pyta: „Czy jest to możliwe?”<sup>4</sup>.

Jarosław Wowra nie ma wątpliwości co do pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, wyjaśniając, że nie „ma przeszkód, aby prowadząc działalność indywidualną na własne nazwisko, rozpocząć także prowadzenie dodatkowej

<sup>2</sup> Nie podziela tej mojej opinii Ł. Zamojski, uznając, że przedsiębiorca „może posługiwać się tylko jedną firmą w danym czasie” [*Kilka uwag o firmie przedsiębiorcy*, Pr.Sp. 2006, nr 7–8, s. 52, zob. także s. 53; nadto Ł. Zamojski, *Firma w postępowaniu rejestrowym* (cz. I), Pr.Sp. 2006, nr 1, s. 41], nie przytaczając jednak w swej polemice przekonywających argumentów (por. P. Zaporowski, *Spór wokół unormowania firmy osoby prawnej w kodeksie cywilnym*, Pr.Sp. 2006, nr 9, s. 51–52). Zob. także np. W. Popiołek, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo. Suplement. Firma i prokura*, praca zbiorowa (red. J. A. Strzępka), Warszawa 2003, s. 11; A. Kidyba, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, praca zbiorowa (red. W. Pyziol), Warszawa 2008, s. 202; M. Michalski, *Spółka akcyjna*, Kraków 2008, s. 132.

<sup>3</sup> Por. np. P. Zaporowski, *Firma oddziału osoby prawnej*, Pr.Sp. 2004, nr 9, s. 35 i n.

<sup>4</sup> J. Wowra, *Można prowadzić własną firmę i działać w spółce cywilnej*, „Dobra Firma” 2008, nr 1128/91, dodatek do Rz. 2008, nr 91, s. 2.



w formie spółki cywilnej. W świetle ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (...) podatnikiem nadal jest osoba fizyczna. Oczywiście, prócz podatkowej księgi przychodów i rozchodów prowadzonej w działalności indywidualnej, księgę taką będzie także musiała prowadzić spółka cywilna<sup>5</sup>.

Podzielał to stanowisko, które już może, choć nie bezpośrednio, podważać idee zasady jedności firmy<sup>6</sup>. Wiele wskazuje też na to, że potrzeby gospodarcze przedsiębiorców przesądzą o potrzebie daleko idącej modyfikacji tej zasady i apologetycznego stanowiska teoretyków prawa firmowego. Wydaje się nawet, że już o nim przesądziły, tyle że większość badaczy prawa oraz jego komentatorów tego faktu gospodarczego – przeciw znaczącego także dla praktyki prawniczej – nie zauważyła. Obserwacja ta unaocznia również ogólniejsze zjawisko oczywistego wyprzedzania poglądów prawnych przez potrzeby gospodarcze i handlowe, nierzadko zaś konstruktywnego deprecjonowania owych poglądów poprzez milczącą eliminację w gospodarce, gdy klóć się one z doniosłymi gospodarczo<sup>7</sup> potrzebami przedsiębiorców. To zresztą zjawisko powszechne: nie tylko życie gospodarcze dyktowali akademikowi nie poddaje się.

Nawiązując do przytoczonego pytania czytelnika „Rzeczpospolitej”, warto powtórzyć, choć to równie oczywiste, że w spółce cywilnej prowadzona jest przez każdego z przedsiębiorców działalność gospodarcza lub zawodowa we własnym imieniu, dlatego prowadzą ją oni pod swoimi firmami, z czego wynika i to, że w oznaczeniu spółki muszą się znaleźć firmy

wszystkich współników, także jeśli już przed zawarciem takiej umowy byli przedsiębiorcami prowadzącymi działalność indywidualną poza tą spółką<sup>8</sup>.

Z tym jednak zastrzeżeniem, że nie dotyczy to możliwej przecież sytuacji, że ich (nowa) działalność w spółce cywilnej nie pozostaje w związku przede wszystkim z przedmiotem ich dotychczasowej działalności jako przedsiębiorców, którą dalej prowadzą indywidualnie, poza spółką cywilną, pod firmą wskazującą np. na przedmiot tej działalności. Wtedy bowiem powinni wystąpić w spółce cywilnej pod inną, również swoją firmą<sup>9</sup>, niezawierającą określenia zawartego w „pierwszej” firmie, które wskazuje na inny przedmiot działalności prowadzonej indywidualnie niż przedmiot ich działalności jako współników spółki cywilnej. Firma bowiem, pod którą występują w nazwie spółki cywilnej, nie powinna wprowadzać w błąd.

Co prawda w odpowiedzi J. Wowry nie wyjaśniono, czy prowadząc odmienną działalność w ramach spółki cywilnej, przedsiębiorca musi posługiwać się firmą, pod którą działa poza spółką cywilną, czy może występować w tej spółce pod inną firmą. Ale jeśli czytelnym zamiarem tego przedsiębiorcy jest wyodrębnienie (*scil.* odseparowanie) nowej działalności od pierwszej, wtedy naturalne, usprawiedliwione i właściwe byłoby posługiwanie się w nazwie spółki cywilnej inną firmą niż ta, pod którą prowadzi on działalność poza tą spółką.

Wydaje się, że niekiedy powinno to odnosić się również do przedsiębiorcy będącego osobą prawną, np. fundacją, która może prowadzić

<sup>5</sup> Tamże.

<sup>6</sup> Zob. np. A. Powalowski, *Publicznoprawny status osoby fizycznej wykonyującej działalność gospodarczą w Polsce*, Gdańsk 2008, s. 72; M. Kępiński, *Oznaczenia odróżniające*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, praca zbiorowa (red. M. Kępiński), Warszawa 2014, s. 186–187.

<sup>7</sup> Por. D. Mróz, *Odpowiedzialność współnika spółki cywilnej za wady fizyczne i prawne wniesionego wkładu w świetle art. 862 k.c.*, TPP 2007, z. 1, s. 79.

<sup>8</sup> Por. W. Kubala, *Spółka cywilna jako podmiot działalności gospodarczej*, Pr.Sp. 1997, nr 1, s. 17; M. Machnij, *Pojęcie i znaczenie nazwy spółki cywilnej*, Mon.Praw. 1999, nr 4, s. 11.

<sup>9</sup> Tym samym wyłączona jest i tu możliwość rzekomo korzystnej dla współników spółki cywilnej anonimowości w stosunkach gospodarczych, o której szerzej i krytycznie pisał przed reformą prawa firmowego P. Bielski, *Spółka cywilna pod rządem prawa działalności gospodarczej*, Gdańsk 2001, s. 22–23.

zróżnicowane przede wszystkim przedmiotowo działalności gospodarcze i powinna mieć prawo do posługiwania się zróżnicowanymi firmami, z których każda musi zawierać nazwę fundacji (zob. art. 43<sup>5</sup> § 1 k.c.), ale też może zawierać dodatki wskazujące np. na przedmiot działalności gospodarczej (zob. art. 43<sup>5</sup> § 1 k.c.), które mogą, a nawet powinny być zróżnicowane w zależności od np. odmiennego przedmiotu tej działalności (zob. art. 43<sup>3</sup> § 2 k.c.).

Może nie powinno się w sporze o wymóg jednej firmy dla jednego przedsiębiorcy przeceniać, ale też nie wolno nie docenić tego, że zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników<sup>10</sup> podatnicy, „z zastrzeżeniem ust. 2a, są obowiązani do dokonania zgłoszenia identyfikacyjnego do naczelnika urzędu skarbowego albo organu właściwego na podstawie odrębnych przepisów”, przy czym zgłoszenia tego „dokonuje się jednokrotnie, bez względu na rodzaj oraz liczbę opłacanych przez podatnika podatków, formę opodatkowania, liczbę oraz rodzaje prowadzonej działalności gospodarczej oraz liczbę prowadzonych przedsiębiorstw”<sup>11</sup>.

Nie można bowiem nie dostrzec tego, co wydaje się dla moich rozważań jednak interesującą obserwacją: w przepisie tym ustawodawca wyraźnie przewidział, że ten sam podmiot prowadzący działalność gospodarczą może ją prowadzić nie tylko w jednej postaci rodzajowej (niezależnie od możliwości prowadzenia jej w niejednym przedsiębiorstwie<sup>12</sup>), może bowiem prowadzić np. zróżnicowaną rodzajowo działalność gospodarczą w większej niż jedna liczbie [„bez względu na (...) liczbę oraz rodzaje prowadzonej działalności gospodarczej (...)”]. Wydaje się bowiem w naturalny sposób przesądzać to także niekiedy o konieczności, nie tylko o dopuszczalności posługiwania się przez ten sam podmiot, np. będący osobą fizyczną, różnymi firmami dla poszczególnych, zróżnicowanych np. przedmiotowo działalności gospodarczych przezeń prowadzonych.

Warto w tym miejscu przywołać wypowiedź S. Buczkowskiego z końca lat czterdziestych minionego wieku. Odnosi się ona do ówczesnych unormowań zawartych także w Kodeksie handlowym, które dotyczyły firmy, pod którą kupiec prowadził przedsiębiorstwo, nie przystając więc dokładnie do unormowań obowią-

<sup>10</sup> Dz.U. z 2012 r. poz. 1314 ze zm.

<sup>11</sup> Wskazany ust. 2a stanowi, że zgłoszenia „identyfikacyjnego nie dokonują podatnicy będący osobami fizycznymi objętymi rejestrem PESEL nieprowadzący działalności gospodarczej lub niebędący zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług”. Nadto zob. wyrok NSA z 3 września 2002 r., III S.A. 3288/00, Mon.Pod. 2002, nr 10, s. 4 oraz niepublikowany wyrok NSA w Białymstoku z 27 lutego 2003 r., SA/Bk 678/02.

<sup>12</sup> Zwrócę tu uwagę na błędną wypowiedź S. Włodyki, który najwyraźniej myli firmę z nazwą przedsiębiorstwa (i nie uwzględni istnienia nazw przedsiębiorstw, które mogą być zróżnicowane), rozważając sytuację, gdy spółka prowadzi kilka przedsiębiorstw. Na gruncie prawa firmowego stawia pytanie: „czy jedno z wielu przedsiębiorstw spółki może posiadać własną firmę?” i udziela nań następującej odpowiedzi: „W przepisach KC brak jest wyraźnego postanowienia w tym względzie, rozwiązania należy zatem szukać w wykładni przepisów o szerszej hipotezie, tj. art. 43<sup>4</sup> i 43<sup>5</sup> KC. Artykuł 43<sup>4</sup> KC zezwala na dodatki do właściwej firmy przez «inne określenia dowolnie obrane»; na tej podstawie możliwe jest dodanie do właściwej firmy określenia identyfikującego przedsiębiorstwa tej spółki. Artykuł 43<sup>5</sup> KC zobowiązuje do dodatku do właściwej firmy określenia wskazującego miejscowość, w której oddział ma siedzibę: na podstawie *argumentum a minori ad maius* należy przyjąć, że powyższa dyspozycja obowiązuje tym bardziej przedsiębiorstwo. Ostatecznie więc należy dopuścić następujące przykładowe firmy przedsiębiorstw spółki: «Artex» Spółka z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Narzędzi w Krakowie» [ten drugi, tylko końcowy znak cudzysłowu znajduje się w cytowanym oryginale – uw. P.Z.] [Cel, przedmiot działania, funkcje gospodarcze oraz zastosowanie spółki handlowej. *Przedsiębiorstwo spółki*, (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 2, *Prawo spółek handlowych*, praca zbiorowa (red. S. Włodyka), Warszawa 2012, s. 93]. Zob. nadto S. Włodyka, M. Spyra, *Umowy w obrocie przedsiębiorstwami*, (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, praca zbiorowa (red. S. Włodyka), Warszawa 2011, s. 501, gdzie wskazując m.in., ale i najpierw, firmę, autorzy piszą, jest ona jednym ze składników przedsiębiorstwa, które „indywidualizują przedsiębiorstwo i są z nim nierozłącznie związane, w tym sensie niezastępowalne, a także – w zasadzie – wyłączone z indywidualnego obrotu, gdyż mogą być przedmiotem tego ostatniego tylko łącznie z przedsiębiorstwem”, por. s. 497 oraz s. 504 i n.

zujących w Polsce obecnie, odróżniających przecież firmę, pod którą działa przedsiębiorca, od nazwy jego przedsiębiorstwa. Ale mimo to są to refleksje inspirujące, dotyczą bowiem także, czy nawet przede wszystkim, firmy również w obecnie przyjętym rozumieniu jako oznaczenia przedsiębiorcy.

Autor ten zwracał uwagę, że w „orzecznictwie handlowym tych przynajmniej krajów, których kodeksy opierają się na tych samych zasadach, co nasz Kodeks Handlowy, uznane zostało, że kupiec jednoosobowy może prowadzić więcej przedsiębiorstw o różnych firmach nawet w tej samej miejscowości: to samo odnosi się do kupca jednoosobowego będącego osobą prawną, natomiast odmawia się tego prawa jawnym spółkom handlowym, które prowadzić mogą tylko jedno przedsiębiorstwo pod jedną firmą, chociaż składać się ono może z wielu zakładów. Każde przedsiębiorstwo utworzone na zasadach dekretu z 3 stycznia 1947 r. jest osobą prawną *sui generis*, a więc może prowadzić większą ilość przedsiębiorstw pod różnymi firmami”<sup>13</sup>.

Przytoczona argumentacja jest moim zdaniem wymowna mimo wspomnianej odmien-

ności, to bowiem, że wówczas kupiec rejestrowy pod firmą prowadził przedsiębiorstwo (zob. art. 26 § 1 k.h.), dziś zaś nosi ono nazwę (zob. art. 55<sup>1</sup> pkt 1 k.c.), nie podważa zasadności stanowiska, że i *de lege lata* możliwość prowadzenia w ramach określonej działalności gospodarczej (zawodowej) kilku przedsiębiorstw pod różnymi nazwami przez będącego np. osobą fizyczną przedsiębiorcę działającego pod określoną firmą w żadnym razie nie podważa stanowiska o dopuszczalności prowadzenia przez np. tę samą osobą fizyczną działalności gospodarczej w formach zróżnicowanych przede wszystkim co do przedmiotu i w konsekwencji najczęściej, tak uważam, pod różnymi firmami.

\* \* \*

Nie dostrzegam, aby możliwość posługiwania się kilkoma firmami była sprzeczna z art. 43<sup>2</sup> § 1 k.c., który stanowi, że przedsiębiorca „działa pod firmą”, czy inaczej: aby kłóciła się z zasadą jedności firmy, której w owym przepisie można się doszukać, choć jego kontekst normatywny jest bez wątpienia szerszy<sup>14</sup>. Ów przepis oraz wspomnianą zasadę rozumiem bowiem jako nakaz, aby działalność gospodarcza lub zawo-

<sup>13</sup> S. Buczkowski, *Przedsiębiorstwo państwowe. Charakterystyka prawna*, Warszawa 1948, s. 37 (wspomniany dekret z 3 stycznia 1947 r. o tworzeniu przedsiębiorstw państwowych został opublikowany w Dz.U. nr 8, poz. 42). Por. stanowcze, zawarte w edycji poradnikowej stwierdzenie, że jedna „osoba fizyczna może zarejestrować dwie lub więcej działalności gospodarczych pod różnymi nazwami i z różnym zakresem działalności. Wszystkie te działalności mogą być zarejestrowane w miejscu zamieszkania, ale też można zarejestrować jedną działalność w miejscu zamieszkania np. w Warszawie, a drugą np. w Łodzi, w wynajętym lokalu. Musisz jednak pamiętać, że dla każdej z tych działalności będzie obowiązywać ta sama forma opodatkowania podatkiem dochodowym” (D. Młodzikowska, B. Lundén, *Jednoosobowa firma. Jak założyć i samodzielnie prowadzić jednoosobową działalność gospodarczą*, Gdańsk 2010, s. 31–32; tak samo ci sami, *Jednoosobowa firma. Jak założyć i samodzielnie prowadzić jednoosobową działalność gospodarczą*, Gdańsk 2011, s. 47). Takie stanowisko nie uwzględnia jednak wprowadzonej już po wydaniu zapewne obu tych książek, w 2011 r. (zob. tutaj przyp. 22), bariery polegającej na niemożliwości rejestracji w CEIDG, o czym dalej piszę. Zauważyć warto, że potrzeba jednoczesnego prowadzenia wielu przedsięwzięć gospodarczych pod różnymi firmami wiąże się dziś przede wszystkim z działalnością gospodarczą lub zawodową wykonywaną nierzadko prawie wyłącznie na forum serwisu internetowego, co do którego zasadna wydaje się sugestia uznania go za przedsiębiorstwo także w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c., w tym za jego nazwę, uznając oznaczenie domeny; szerzej o statusie takiego serwisu jako przedsiębiorstwa zob. P. Budrewicz, *Serwis internetowy jako był prawny*, RP nr 118, s. 39, nadto s. 40.

<sup>14</sup> Zdawać by się mogło, że przeciw mojej sugestii przemawia pogląd A. Kidyby sformułowany w innym miejscu, w którym podnosi on, co zresztą oczywiste, że gdy przedsiębiorca będący osobą fizyczną przekształca się w jednoosobową spółkę kapitałową (zob. art. 551 § 5 k.s.h.), osoba fizyczna nie traci „swojej podmiotowości prawnej, ale podmiotowość gospodarczą” (*Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. II. Komentarz do art. 301–633 k.s.h.*, Warszawa 2011, s. 1350; zob. także A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 584(2) Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el., 2011). Podzielał tę opinię, ale uważam, o czym piszę dalej, że takie przekształcenie w spółkę kapitałową, choć powoduje oczywiście ustanie poprzedniej aktywności przekształconego w ten sposób przedsiębiorcy, nie pozbawia go możliwości podjęcia

dowa była prowadzona we własnym imieniu (jedynie) pod firmą i aby (ale to już wymaga interpretacji) nie była ona prowadzona pod różnymi firmami, z czego jednak nie wynika, iżby inna – co do przedmiotu, siedziby, miejsca prowadzenia, źródeł zaopatrzenia itd. – działalność gospodarcza lub zawodowa tego samego przedsiębiorcy musiała być prowadzona pod tą samą firmą, wielokrotnie bowiem groziłoby to, o czym już wspominałem, wprowadzeniem w błąd, czyli naruszeniem zakazu przewidzianego w art. 43<sup>3</sup> § 2 k.c.

Oczywiście, że można próbować bronić poglądu, iż za każdym razem mamy wówczas do czynienia (w pewnym sensie) z innym przedsiębiorcą, którym jest ta sama osoba fizyczna, niekiedy także prawna. Ale takie wyjaśnienie nie zmienia prozaicznej konstatacji, że ta sama osoba fizyczna albo prawna prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową może ją, a niekiedy nawet musi, prowadzić jednak pod różnymi firmami, i to chyba nie tylko wtedy, gdy jest to działalność zróżnicowana przede wszystkim przedmiotowo, ale nawet gdy jest ona zróżnicowana wyłącznie organizacyjnie.

W takich i podobnych sytuacjach oczywiście jest dla mnie, że przedsiębiorca musi działać – prowadząc wyodrębnioną nie tylko np. przedmiotowo działalność przedsiębiorczą – pod określoną firmą, z czego powinno jednak wynikać, że dla jego odmiennej, nie tylko np. przedmiotowo, działalności gospodarczej (zawodowej) ten sam podmiot (np. osoba fizyczna) musi działać pod inną firmą<sup>15</sup>. Nie

uwzględnić przy tym, aby zróżnicowanie postaci nie tylko organizacyjnych przyjętych dla prowadzonych przez tego samego przedsiębiorcę różnych przedsięwzięć gospodarczych lub zawodowych uprawniało do paradoksalnego kwestionowania tego, że cały czas chodzi o tego samego przedsiębiorcę; nie tylko, choć niewątpliwie przede wszystkim, w odniesieniu do przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną byłaby to bowiem konstatacja dziwaczna.

Powszechny jest jednak pogląd kwestionujący zasadność takiej interpretacji; wierny przekonaniu, że bez względu na przyjęte zróżnicowanie prowadzonej przez tego samego przedsiębiorcę działalności gospodarczej lub zawodowej (np. pod względem przedmiotowym, terytorialnym czy organizacyjnym) przedsiębiorca ten musi cały czas działać pod tą samą firmą. Tyle że trudno kwestionować już podnoszoną obserwację, że wielokrotnie nie sposób byłoby wówczas dochować wierności zasadzie prawdziwości firmy<sup>16</sup>, w tym zakazu wprowadzania firmą w błąd, zwłaszcza wtedy, gdyby zawierała ona określenie odmiennego przedmiotu działalności przedsiębiorcy.

\* \* \*

Nie jest to argument znaczący w dyskusji o prawie przedsiębiorcy do posługiwania się więcej niż jedną firmą, ale warto zwrócić uwagę na kontekst oraz konsekwencje unormowania zawartego w art. 14a ust. 2a zd. 1<sup>17</sup> i art. 25 ust. 1 pkt 10<sup>18</sup> ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (dalej oznaczanej: UoSDG)<sup>19</sup>. Normując zawieszenie działalno-

kolejnej aktywności gospodarczej (zawodowej) jako przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, czyli uzyskania znowu podmiotowości gospodarczej w tej formie.

<sup>15</sup> O tym, że przedsiębiorca może wykonywać działalność gospodarczą w pewnym sensie równocześnie w różnych formach prawnych, zob. np. J. Nitkowska, *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej w świetle ustawy o swobodzie działalności*, „Służba Pracownicza” 2012, nr 2, s. 9–10.

<sup>16</sup> Por. nadto A. Janiak, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I. Część ogólna*, praca zbiorowa (red. A. Kidyba), Warszawa 2009, s. 214–215.

<sup>17</sup> „Przedsiębiorca wykonujący działalność gospodarczą jako wspólnik w więcej niż jednej spółce cywilnej może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej w jednej lub kilku takich spółkach”.

<sup>18</sup> „Wpisowi do CEIDG podlegają: (...) numer identyfikacji podatkowej (NIP) oraz numer identyfikacyjny REGON spółek cywilnych, jeżeli przedsiębiorca zawarł umowy takich spółek (...)”.

<sup>19</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.

ści gospodarczej oraz określając, co podlega wpisowi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej oznaczanej: CEIDG), stwierdzono w nich bowiem, co zresztą oczywiste, że przedsiębiorca może prowadzić działalność w ramach nie tylko jednej spółki cywilnej. Jasne, że ciągle jest to ten sam przedsiębiorca, że przedsiębiorcą nie jest spółka cywilna, że w nazwie spółki cywilnej muszą się znaleźć firmy wszystkich przedsiębiorców będących jej współnikami (co zresztą prowadzić może do konsekwencji absurdalnych, gdy, jak to się niekiedy zdarza, współników takich jest kilkadziesiąt<sup>20</sup>), że nazwa spółki cywilnej nie jest firmą spółki, bo tej spółka ta posiadać nie może.

Ale czym więc w życiu gospodarczym jest nazwa spółki cywilnej? Nie oznacza nikogo?

Oczywiście, że oznacza spółkę cywilną, bo jest jej nazwą. I choć to jej współnicy, nie spółka, są przedsiębiorcami, lecz przecież spółka ta nie jest (wiadomo to nie tylko z obszernego prawniczego piśmiennictwa) wymyślnym prawnym bytem i w gruncie rzeczy nie jest tylko umową podobną co do natury do innych umów nazwanych. W działalności gospodarczej i handlowej, także w marketingu, jest też ona postrzegana za pośrednictwem swej nazwy, która na co dzień, nie w akademickich

debatach, ale na rynku, traktowana jest jako nazwa spółki niczym istotnym nieodłączająca od firmy, gdyby ją mieć mogła.

Istotna dla moich rozważań, niemniej oczywista, jest obserwacja, że nazwa spółki cywilnej, która musi zawierać firmy współników, może też zawierać inne określenia. A wtedy współnik spółki cywilnej, choć działa w niej *de iure* pod swoją firmą, ale *praeter legem* – działając w spółce cywilnej – działa *de facto* także pod nazwą tej spółki, która musi się różnić od jego firmy choćby tym, że zawiera nie tylko jego firmę.

Znaczenia tych uwag nie przeceniam, wiem zresztą, że dla dogmatycznej egzegezy prawniczej nie przedstawiają one istotnej wartości. Lecz gdy na prawo firmowe spojrzymy przez pryzmat rzeczywistości gospodarczej, widząc, jak prawo to aplikuje się na rynku, dostrzeżemy nie tylko wady, ale mizериę m.in. zasady jedności firmy hołubionej przez teoretyków prawa firmowego.

\* \* \*

Moje stanowisko, dopuszczające nie tylko możliwość, ale w istocie niekiedy konieczność działania tego samego przedsiębiorcy pod różnymi firmami, uważa za „nie do przyjęcia” J. P. Naworski<sup>21</sup>. Uzasadniając taką ocenę, twier-

<sup>20</sup> Do dzisiaj inspirujące są, w szczególności w odniesieniu do oznaczenia przedsiębiorców działających w spółce cywilnej, kontrowersyjne w części i niemożliwe *de lege lata* do akceptacji uwagi, sformułowane w naszym piśmiennictwie chyba najpierw przez A. Opalę, że ustawodawca „wpadł w pułapkę, bo oto od 1 kwietnia 2001 r. na pieczętkach, szyldach i towarach muszą być wymienieni wszyscy przedsiębiorcy z imienia i nazwiska i mogą także dopisać nazwę. Jest jednak istotny problem. Spółki cywilne są wieloosobowe. Znam przypadek, że spółka liczy 50 osób. Nie wyobrażam sobie, by wszyscy współnicy byli umieszczeni na szyldzie. Ustawodawca powinien przewidzieć taką sytuację i zastosować przez analogię rozwiązania Kodeksu spółek handlowych. Proponuję wykładnię *praeter legem* by w dużych wieloosobowych spółkach cywilnych w okresie przejściowym w oznakowaniu było jedno nazwisko z dopiskiem «i współnicy» bez używania skrótu s.c.” (*Prawo działalności gospodarczej i Krajowy Rejestr Sądowy w pytaniach i odpowiedziach*, Zielona Góra, kwiecień 2001, s. 13–14). W podobnym duchu, choć dużo bardziej powściągliwie, pisali później J. Szwaja i I. B. Mika: „Pewien problem może pojawić się wówczas, gdy współników spółki cywilnej jest wielu. Konsekwentne przestrzeganie wymogu, by imiona i nazwiska (nazwy, firmy) wszystkich współników zamieścić w oznaczeniu spółki cywilnej, może prowadzić do tworzenia oznaczeń zbyt długich, a przez to niejasnych. Uważamy, że w takim przypadku wystarczy, gdy oznaczenie spółki cywilnej zawiera imiona i nazwiska (nazwy, firmy) tylko kilkunastu współników” [*Oznaczenia przedsiębiorcy (prawo firmowe)*, (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 1, *Prawo handlowe – część ogólna*, praca zbiorowa (red. S. Włodyka), Warszawa 2009, s. 845]. Te proste, ale wartościowe uwagi kłócą się jednak z jednoznacznym nakazem działania (zawsze) pod firmą (art. 43<sup>2</sup> § 1 k.c.).

<sup>21</sup> J. P. Naworski, *Instytucje wspólne prawa spółek*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, praca zbiorowa (red. A. Szajkowski), Warszawa 2008, s. 265.



dził (w czasach przed wejściem w życie regulacji o CEIDG<sup>22</sup>), że wprawdzie „wykluczyć się nie da sytuacji, w której przedsiębiorca jednoosobowy zarejestruje działalność gospodarczą lub zawodową w ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez różne gminy pod innymi firmami, ale w dalszym ciągu jest to ten sam podmiot i przedsiębiorca. Twierdzenie, że za każdym razem chodzi o innego przedsiębiorcę, choć ten sam podmiot jest, w świetle art. 43<sup>1</sup> KC, nieporozumieniem”<sup>23</sup>.

W przywołanym przez J. P. Naworskiego art. 43<sup>1</sup> k.c. nie znajduję czytelnej podstawy dla uznania, że stanowisko dopuszczające różne przedsiębiorcze role tego samego podmiotu (na tym bowiem polega być może rzeczywiście przesadna sugestia o tym, że możemy niekiedy mówić o „innym przedsiębiorcy”, którym jest ta sama osoba fizyczna) jest błędne. Problem jednak upatruję w tym, że taka, możliwa przecież, zróżnicowana działalność tego samego podmiotu nie może być realizowana pod tą samą firmą, albowiem firma właściwa dla jednej z prowadzonych działalności tego samego podmiotu, różniącej się co do np. przedmiotu, siedziby, miejsca prowadzenia, źródeł zaopatrzenia itd., czyli prowadzona pod firmą zawierającą określenia wskazujące na te albo inne cechy prowadzonego przedsięwzięcia gospodarczego, wprowadzałyby w błąd, gdyby ten

sam podmiot prowadził pod nią działalność odmienną co do przedmiotu, siedziby, miejsca prowadzenia, źródeł zaopatrzenia itd.<sup>24</sup>

W naturalnym w komentarzach skrócie, ale wiernie, przedstawił moje stanowisko i argumentację W. Popiołek. Ale i on nie uważa mego stanowiska za zasadne, wskazując, że „odróżnieniu rodzajów prowadzonej przez danego przedsiębiorcę działalności służyć mogą inne oznaczenia np. nazwy przedsiębiorstw, natomiast firma ma odróżniać przedsiębiorcę, niezależnie od tego jak zróżnicowana jest jego działalność (...)”<sup>25</sup>.

Również ta argumentacja nie przekonuje mnie. To bowiem, że na zróżnicowanie np. przedmiotowe różnych działalności tego samego podmiotu może wskazywać nazwa przedsiębiorstwa, nie pozostaje w sprzeczności z tym, że na zróżnicowanie to może i powinna wskazywać przede wszystkim jego firma. Tylko pod nią, pod firmą, przedsiębiorca musi bowiem działać, a nazwy przedsiębiorstwa może nie mieć, mając przedsiębiorstwo (zresztą, co oczywiste, w ogóle może nie mieć przedsiębiorstwa). Oczywista jest przy tym przedstawiona na początku mojego artykułu trudność, niekiedy wręcz niemożliwość, sformułowania firmy w taki sposób, który wierny zasadom prawa firmowego będzie wskazywał na zróżnicowane, nierzadko diametralnie odmien-

<sup>22</sup> Zgodnie z art. 1 pkt 3 ustawy z 2 lipca 2004 r. Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. nr 173, poz. 1808 ze zm.) przepisy o CEIDG weszły w życie 1 lipca 2011 r. (zob. także art. 66 pkt 3–4 wskazanej ustawy).

<sup>23</sup> J. P. Naworski, *Instytucje*.

<sup>24</sup> Na gruncie Kodeksu handlowego A. W. Wiśniewski dopuszczał, że kupiec jednoosobowy może dla dowolnej liczby swoich przedsiębiorstw posługiwać się „tą samą firmą albo dla każdego – odrębną (choćby każda musiała mieć w składzie jego nazwisko). Natomiast spółce przepisy k.h. pozwalają na posiadanie tylko jednej firmy” (*Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny, t. 2, Uzupełnienia do tomu 1. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 1991, s. 83). W innym miejscu autor ten dodawał, że jednak spółka może „prowadzić pod swoją firmą kilka przedsiębiorstw, wyodrębniając je przez umieszczenie w firmie dodatków indywidualizujących każde z przedsiębiorstw” (tamże, s. 48; zob. także tamże, przyp. 11 oraz A. W. Wiśniewski, *Spółki kapitałowe. Podstawowe problemy tworzenia i funkcjonowania*, Warszawa 1995, s. 31). Inaczej formułował podobne stanowisko J. Broł: „Pod swoją firmą spółka może prowadzić kilka przedsiębiorstw. Ich wyodrębnienie jest zaznaczone odpowiednimi znakami identyfikacyjnymi każde z nich. Nie jest jednak, jak się wydaje, dopuszczalne prowadzenie każdego przedsiębiorstwa spółki pod inną firmą” (*Spółki prawa handlowego*, Warszawa 1993, s. 56). Przedstawione rozważania straciły na znaczeniu po reformie prawa firmowego, a także uznaniu nazwy przedsiębiorstwa lub jego wyodrębnionej części za składnik przedsiębiorstwa.

<sup>25</sup> W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny, t. I. Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*, praca zbiorowa (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2013, s. 174–175.



ne np. przedmioty działalności tego samego przedsiębiorcy.

\* \* \*

Barierą do zrealizowania uprawnienia do działalności pod więcej niż jedną firmą przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną jest jednak art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 27 ust. 2 pkt 5 UoSDG. Pierwszy z nich stwierdza, że wpisowi do CEIDG podlega „firma przedsiębiorcy”, z czego należy wnosić, że może być to tylko jedna firma<sup>26</sup>. W drugim ze wskazanych przepisie przyjęto, że „niepoprawny” jest wniosek o wpis do CEIDG osoby już do tej ewidencji wpisanej. Oczywiście, że unormowanie zawarte w art. 25 ust. 1 pkt 1 UoSDG stanowi barierę, którą można łatwo zlikwidować, wprowadzając możliwość wpisywania do CEIDG nie tylko jednej firmy przedsiębiorcy.

Inna sprawa, że *de lege* lata istnieje jednak niezamierzona chyba przez ustawodawcę możliwość prowadzenia przez – w istocie – tę samą osobę fizyczną, choć występującą jako inny podmiot, działalności pod różnymi firmami. Jeżeli bowiem przedsiębiorca będący osobą fizyczną (czyli wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą) dokonana przekształcenia w jednoosobową spółkę kapitałową (zob. art. 551 § 5 oraz art. 584<sup>1</sup> i n. k.s.h.; nadto art. 584<sup>2</sup> § 3 i art. 584<sup>3</sup> pkt 5 k.s.h.), wtedy zostanie wykreślony z CEIDG (zob.

art. 34 ust. 2 pkt 1a UoSDG w zw. z art. 584<sup>1</sup> § 1 zd. 2 i § 2 tego artykułu k.s.h.). A wówczas nie widzę jakichkolwiek formalnych przeszkód do ponownego wpisu tej samej osoby fizycznej do CEIDG znowu jako indywidualnego przedsiębiorcy.

Pokrewna sytuacja dopuszczająca prowadzenie działalności gospodarczej przez tę samą osobę (nie tylko fizyczną) pod różnymi firmami pojawia się w przypadku spółki jednoosobowej; nie znajduję żadnej prawnej bariery, przez którą ta sama osoba nie mogłaby założyć więcej niż jednej takiej spółki. Będą to oczywiście *de iure* odrębni przedsiębiorcy i odrębne podmioty, ale oczywiste jest, że w ten sposób jedna osoba może prowadzić *lege artis* działalność pod różnymi firmami.

W ustawie z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>27</sup> zagadnienie dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej pod różnymi firmami *ex natura rerum* pojawić się nie może, każdy z wpisanych do KRS podmiotów ma swoją jedyną firmę albo jedyną nazwę<sup>28</sup>; co najwyżej *de lege ferenda* można byłoby rozważyć wielość firm w odniesieniu do tych podmiotów, które, jak stowarzyszenia czy fundacje, mogą, poza działalnością statutową, prowadzić także działalność gospodarczą (zob. art. 50 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 2, art. 36 pkt 13, art. 38 pkt 1 lit. a oraz art. 49 ust. 1 tej ustawy), ta zaś, o czym pisałem, może być pod kilkoma

<sup>26</sup> Formularz CEIDG-1. Wniosek o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności (wersja 1.04, 1.06 i wersja opublikowana na: [http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?&fromHistory=false#metryka.rpc--ASK--reqId=1404815365694\\_2062747479&nro=318839116&wersja=-1&dataOceny=2014-07-08&tknDATA=23%252C30%252C59%252C6%252C71%252C73%252C75%252C8%252C9%252C90%252C1404797648&class=HTML&loc=4&full=1&hId=6](http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?&fromHistory=false#metryka.rpc--ASK--reqId=1404815365694_2062747479&nro=318839116&wersja=-1&dataOceny=2014-07-08&tknDATA=23%252C30%252C59%252C6%252C71%252C73%252C75%252C8%252C9%252C90%252C1404797648&class=HTML&loc=4&full=1&hId=6) oraz na: <https://prod.ceidg.gov.pl/CEIDG/CEIDG.Public.UI/Forms/CEIDG1.aspx?type=1>; w odniesieniu do obu adresów stan na dzień 8 lipca 2014 r.) w przeznaczonym na wpis firmy pkt 06 też przewiduje, że może być to firma przedsiębiorcy, czyli jedna firma; *nb.* w trzech najpierw wskazanych tu wersjach tego formularza mowa także o „nazwie firmy”; ten językowy kompromis ma zapewne na celu ułatwienie zrozumienia formularza przez wypełniających, którzy pojęcie „firmy” utożsamialiby chyba z przedsięwzięciem gospodarczym albo zawodowym (por. takie samo określenie „nazwa firmy” w wyszukiwarce wpisów w CEIDG: <https://prod.ceidg.gov.pl/CEIDG/ceidg.public.ui/search.aspx>; stan na dzień 8 lipca 2014 r.).

<sup>27</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 1203 ze zm.

<sup>28</sup> Zob. także § 20 pkt 1 lit. c, § 32 pkt 1 lit. c, § 42 pkt 1 lit. c, § 51 pkt 1 lit. c, § 62 pkt 1 lit. c, § 75 pkt 1 lit. c, § 86 pkt 1 lit. c, § 98 pkt 1 lit. c, § 108 pkt 1 lit. c, § 118 pkt 1 lit. c, § 127 pkt 1 lit. c, § 137 pkt 1 lit. c, § 148 pkt 1 lit. c oraz § 157 pkt 1 lit. c rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 30 listopada 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach (Dz.U. z 2014 r. poz. 835); por. jego § 167 pkt 1 lit. a oraz pkt 3 lit. d.

względami zróżnicowana i powinna móc być prowadzona pod zróżnicowanymi firmami (choć każda z nich musiałaby zawierać nazwę osoby prawnej oraz określenie wskazujące na jej formę prawną, zob. art. 43<sup>5</sup> § 1 i 2 k.c.). Nie myślę jednak, żeby był to argument znaczący dla zwolenników zasady jedności firmy; zapewne wskażą oni, że i inni przedsiębiorcy wpisani do KRS, np. spółki handlowe, mogą prowadzić zróżnicowaną np. przedmiotowo działalność, ale zawsze pod tą samą firmą. Ale, powtórzę, nie jest to dla mnie argumentacja przekonująca.

\* \* \*

Czas na sformułowanie ogólniejszego pytania, chyba takiego, które powinno być postawione, zanim przyjęto w istocie dogmat o zasadzie jednej firmy. Jakie bowiem zagrożenie wiązałoby się z tym, że ten sam przedsiębiorca prowadziłby równocześnie zróżnicowaną, w szczególności przedmiotowo lub terytorialnie, działalność gospodarczą lub zawodową pod różnymi firmami? Przekonanie, że elementem identyfikującym przedsiębiorcę jest firma, choć jego zasadność ma prawo budzić

istotne wątpliwości, w żadnym razie nie przemawia przecież za wyłączeniem możliwości prowadzenia przez tego samego przedsiębiorcę działalności gospodarczej lub zawodowej pod różnymi firmami.

Warto też zwrócić uwagę, że pokaźna część przedsiębiorców działa pod firmami, których funkcja identyfikacyjna jest znikoma, jeśli nie marginalna. W istocie elementami wiarygodnie ich identyfikującymi są dane dotyczące numeru wpisu we właściwym rejestrze<sup>29</sup>, niekiedy także numery REGON<sup>30</sup>, NIP<sup>31</sup> czy PESEL.

A za jakiś czas oznaczeniem jednoznacznie identyfikującym przedsiębiorców będzie może powszechny identyfikator, w części tylko podobny do identyfikatorów spółek oraz ich oddziałów utworzonych w państwach członkowskich UE, o czym mowa w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/17/UE z 13 czerwca 2012 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/666/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/56/WE i 2009/101/WE w zakresie integracji rejestrów centralnych, rejestrów handlowych i rejestrów spółek<sup>32</sup>. Przewidziane w zmianach wprowadzonych dyrektywą 2012/17/UE identyfikatory mają mieć bo-

<sup>29</sup> Dobitnie na to wskazuje pierwsza część tezy uchwały SN z 10 października 2013 r. (III CZP 54/13, OSNIC 2014, poz. 56), w której stwierdzono, że nie „jest nieważny kwesel własny wystawiony przez osobę prawną oznaczoną z pominięciem jej formy prawnej, ale z podaniem numeru w Krajowym Rejestrze Sądowym, a także kwesel własny wskazujący przedmiot działalności gospodarczej wystawcy, niebędący częścią jego firmy”. Zob. także Ł. Węgrzynowski, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych dotyczących Kodeksu spółek handlowych w 2012 r. – przegląd i analiza. Część II*, Przeg.Sąd. 2014, nr 1, s. 110–111.

<sup>30</sup> Zob. np. P. Zaporowski, *Wokół funkcji indywidualizującej firmy oraz numerów REGON i NIP*, RP 2007, nr 7, s. 112–113.

<sup>31</sup> Wyszukując w wyszukiwarce CEID wpisu w tej ewidencji, wystarczy dla jednoznacznego ustalenia przedsiębiorcy wpisać np. jego numer NIP (w tym numer NIP spółki cywilnej) lub numer REGON (w tym numer REGON spółki cywilnej). Informuje o tym tamże zdanie, że aby „wyszukać wpis wystarczy wskazać tylko jedno z kryteriów (wypełnić jedno pole)” (<https://prod.ceidg.gov.pl/CEIDG/ceidg.public.ui/search.aspx>; stan na dzień 8 lipca 2014 r.). Lecz wbrew temu wpisanie np. jedynie nazwiska (inaczej niż wpisanie numeru NIP lub REGON) powoduje wyszukanie wpisów dotyczących wszystkich przedsiębiorców noszących to nazwisko (po wpisaniu 8 lipca 2014 r. nazwiska „Zaporowski” wyszukiwarka wskazała wpisy dotyczące 33 przedsiębiorców o tym nazwisku). Natomiast wpisanie jedynie „nazwy firmy” powoduje wyszukanie wszystkich przedsiębiorców działających pod tą firmą (po wpisaniu 8 lipca 2014 r. firmy „Bar Miś” wyszukiwarka wskazała wpisy dotyczące 8 przedsiębiorców prowadzących działalność pod tą firmą). Por. w wyszukiwarce Ministerstwa Sprawiedliwości dla podmiotów wpisanych do KRS (<https://ems.ms.gov.pl/krs/wyszukiwaniepodmiotu?l=b=t>; stan na dzień 8 lipca 2014 r.) możliwość jednoznacznego wyszukania podmiotu nie tylko poprzez wpisanie jego nazwy, ale i numerowy KRS, NIP czy REGON (nie jest to możliwe poprzez wpisanie tych dwóch ostatnich numerów, jeśli we wpisie, który wyszukiwarka odnajduje, numerów tych nie ma).

<sup>32</sup> Dz.Urz. UE z 2012 r. L 156/1. Zob. także M. Leśniak, „E-harmonizacja”, czyli perspektywa poprawy transgranicznego dostępu do informacji o spółkach po implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/17/UE, (w:) *Wpływ euro-*

wiem charakter instrumentu wewnętrznego, nie „w celu użytku w obrocie prawnym (...)”<sup>33</sup>, lecz umożliwiającego komunikację elektroniczną między krajowymi rejestrami<sup>34</sup>. Niewykluczone jednak, byłoby to bowiem unormowanie racjonalne, że zrodzi się w przyszłości idea identyfikatorów powszechnych, publicznych, obejmujących nie tylko przedsiębiorców będących w Polsce spółkami handlowymi<sup>35</sup>.

\* \* \*

Poruszone przeze mnie zagadnienie wpisuje się w szerszy kontekst zainicjowanej już i u nas, ale niekontynuowanej, choć pozytywnej dyskusji o potrzebie daleko idącej przemiany, w tym liberalizacji, prawa firmowego, nie bez przyczyny postrzeganego jako skostniałe

i niedostosowane do współczesnych potrzeb gospodarczych, w szczególności rynkowych.

Przed kilkoma laty zauważono, że zasada, iż w firmach handlowych spółek osobowych musi się znaleźć nazwisko lub nazwa co najmniej jednego wspólnika, stanowić może doniosłą barierę w realizacji funkcji promocyjnej firmy. Zważywszy zaś, że takie samo nazwisko nosi najczęściej wiele osób, argument podnoszący konieczność zapewnienia funkcji identyfikującej przedsiębiorcę przez firmę, pod którą działa, wydaje się nader dyskusyjny.

Jak podnoszą T. Henclewski i D. Matczak, nazwisko wspólnika zamieszczone w firmie „niewiele mówi potencjalnemu kontrahentowi”, natomiast wystarczająco „pewnym i skutecznym sposobem na ustalenie i identyfikację

*peizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, praca zbiorowa (red. J. Kruczalak-Jankowska), Warszawa 2013, s. 84, 85, 87 i 89, zob. także s. 82-83 i 88.

<sup>33</sup> M. Leśniak, „E-harmonizacja”, s. 87.

<sup>34</sup> Zgodnie z art. 1 pkt 1 dyrektywy 2012/17/UE dodany został w art. 1 dyrektywy 89/666/EWG ust. 4 o treści: „Państwa członkowskie zapewniają, aby oddziały miały niepowtarzalny identyfikator umożliwiający ich jednoznaczną identyfikację w komunikacji między rejestrami za pośrednictwem systemu integracji rejestrów. Ten niepowtarzalny identyfikator obejmuje co najmniej elementy umożliwiające identyfikację państwa członkowskiego rejestru, krajowego rejestru pochodzenia i numeru wpisu oddziału do tego rejestru oraz, w stosownych przypadkach, pewnych cech służących unikaniu błędów w identyfikacji”. Z kolei na podstawie art. 3 pkt 1 dyrektywy 2012/17/UE dodany został w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/101/WE akapit o treści: „Państwa członkowskie zapewniają, aby spółki miały niepowtarzalny identyfikator umożliwiający ich jednoznaczną identyfikację w komunikacji między rejestrami za pośrednictwem systemu integracji rejestrów centralnych, rejestrów handlowych i rejestrów spółek ustanowionego zgodnie z art. 4a ust. 2 (...)”. Ten niepowtarzalny identyfikator obejmuje co najmniej elementy umożliwiające identyfikację państwa członkowskiego rejestru, krajowego rejestru pochodzenia i numeru wpisu spółki do tego rejestru oraz, w stosownych przypadkach, pewnych cech służących unikaniu błędów w identyfikacji” (zob. także dodane na mocy art. 3 pkt 3 i 4 dyrektywy 2012/17/UE w dyrektywie 2009/101/WE art. 3c pkt 2 lit. a oraz art. 4c lit. h). Warto dodać, że zgodnie z pkt 14 motywów dyrektywy 2012/17/UE spółki „i ich oddziały utworzone w innych państwach członkowskich powinny mieć niepowtarzalny identyfikator umożliwiający ich jednoznaczną identyfikację w Unii. Identyfikator ma służyć komunikacji między rejestrami za pośrednictwem systemu integracji rejestrów. W związku z tym spółki i oddziały nie powinny być zobowiązane do używania niepowtarzalnego identyfikatora w pismach lub formularzach zamówień spółek, o których mowa w dyrektywach 89/666/EWG i 2009/101/WE. Powinny one nadal korzystać z krajowych numerów wpisu do rejestru do celów komunikowania się”. Zob. także pkt 9 *in fine* tych motywów: „Korzystając z niepowtarzalnych identyfikatorów, platforma powinna być w stanie przekazywać informacje z każdego z rejestrów państw członkowskich do właściwych rejestrów innych państw członkowskich z użyciem komunikatów w standardowym formacie (stanowiących elektroniczną formę wiadomości przesyłanych między systemami informatycznymi, na przykład xml) i w odpowiedniej wersji językowej”. Wspomniana tu platforma jest w tym samym punkcie motywów dyrektywy 2012/17/UE określona jako europejska centralna platforma, która „powinna być scentralizowanym zestawem informatycznych narzędzi integrujących usługi i (...) tworzyć wspólny interfejs”, który „powinien być używany przez wszystkie rejestry krajowe”.

<sup>35</sup> Czyli szerzej zorientowanych niż ten, o którym wspomina M. Leśniak: „niektórzy członkowie tzw. Grupy Refleksji wskazywali na przygotowanym w 2011 r. Raporcie, że ilość transgranicznych przeniesień siedzib spółek wraz z upływem czasu będzie rosła i naturalne stanie się utworzenie Centralnego Rejestru Spółek” („E-harmonizacja”, s. 84, zob. nadto s. 87).

wspólników konkretnej spółki jest analiza informacji ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym (...). Wspierają oni swą argumentację w takim kierunku zmierzającymi: nowelizacją w 1998 r. prawa firmowego w Niemczech i wprowadzonym w 2007 r. w Austrii kodeksem przedsiębiorstw (*Unternehmensgesetzbuch*). Wskazują także, że motywami zmian w prawie niemieckim i austriackim była potrzeba zwiększenia konkurencyjności rodzimych spółek na rynku wewnętrznym UE. Podają sugestywne przykłady, gdy nakaz umieszczenia nazwiska w firmie będzie kłopotliwy dla przedsiębiorcy, np. „Budownictwo Partacz sp.j.". Konkluzje ich rozważań sprowadzają się do postulatu zliberalizowania „art. 24 § 1, art. 90 § 1, art. 104 § 1, art. 127 § 1 k.s.h. poprzez rezygnację z obowiązku umieszczania nazwiska wspólnika w firmach spółek osobowych” (nie tylko tu, ale

i w zakończeniu swego artykułu wyraźnie proponują więc objęcie tą zmianą, czego nie uczynił nawet ustawodawca niemiecki, także przepisu dotyczącego firmy spółki partnerskiej<sup>36</sup>).

Wydaje się, że argumenty autorów przytoczonej wypowiedzi są dostatecznie przekonujące<sup>37</sup> nawet w odniesieniu do firmy spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej; niektóre z nich należy odnieść również do firmy osoby fizycznej, gdy zrealizowany został elektroniczny dostęp do ewidencji działalności gospodarczej. Inna sprawa, że autorzy ci zdają się w ogóle nie dostrzegać, co ich argumentacji w żadnym razie nie podważa, że *de lege lata* przedsiębiorcy mogą się przecież posługiwać także, choć nie wyłącznie, skrótem firmy i że skrót ten może być wolny od wszystkich mankamentów, które wytykają oni firmom zawierającym nazwisko wspólnika<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> T. Henclewski, D. Matczak, *Funkcja promocyjna firmy a potrzeba liberalizacji prawa firmowego*, PPH 2010, nr 11, s. 47 i n. oraz powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo.

<sup>37</sup> Por. stanowisko B. Glinickiego: „Właściwa i praktycznie bezbłędna identyfikacja danej osoby pośród innych, podobnych, działających w pewnych ramach przestrzennych i czasowych, jest możliwa na podstawie ścisłych systemów identyfikacyjnych opartych na zasadzie unikalnych oznaczeń przyporządkowanych oznaczonym podmiotom. Te oparte są na ogół na przyporządkowaniu numerycznym, co utrudnia posługiwanie się nimi w praktyce” (*Firma wprowadzająca w błąd co do osoby przedsiębiorcy*, GSP, t. XXI, s. 327). Wspomniane utrudnienie, w praktyce niewielkie (w związku z wykorzystywaniem do identyfikacji najczęściej internetowego dostępu do rejestrów), wydaje się bagatelą wobec zalety jednoznacznej identyfikacji przedsiębiorcy.

<sup>38</sup> Por. np. P. Zaporowski, *Zalety i wady unormowania skracania firmy w art. 43<sup>5</sup> § 4 k.c.*, KPP 2006, z. 4, s. 912 i n. Warto w tym miejscu przywołać także obserwację, że choć rzeczywistość „gospodarcza ulega zmianom, które wymagają poszukiwania nowych rozwiązań” (S. Sołtyński, *Ład korporacyjny w świetle lekcji kryzysu*, KPP 2011, z. 1, s. 53), to korporacje „ulegają (...) pokusom i mogą wyrządzić równie dużo dobrego, jak złego. Muszą więc podlegać prawu, które powinno być egzekwowane (...) Doświadczenia ostatnich lat utwierdzają w przekonaniu, że zwłaszcza spółki kapitałowe muszą nadal podlegać rygorom, służącym bezpieczeństwu obrotu” (tamże, s. 50–51). Zob. także o inicjatywie europejskiej ustawy modelowej o spółkach A. Opalski, *Europejskie prawo spółek. Zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 608 i n., nadto s. 611 i n. Dla moich rozważań nie bez znaczenia są i te ogólne opinie tego autora, w których stwierdza, że w „tych obszarach, w których nie koliduje to z rzeczywistą potrzebą ochrony interesów wspólników i wierzycieli spółek, ustawodawca polski powinien rozważyć unowocześnienie regulacji adresowanych do spółek i zlikwidowanie zbędnych obciążeń. Wzorem ustawodawcy europejskiego należałoby dokonać całościowego przeglądu regulacji dotyczących spółek oraz przeprowadzić ocenę tych regulacji pod względem efektywności i urzeczywistnienia pierwotnie przyjętych celów. Precyzyjne określenie założeń aksjologicznych i celów oraz skoncentrowanie się na priorytetach są kluczowymi czynnikami powodzenia działań modernizacyjnych” (tamże, s. 613). Ale warto zwrócić uwagę i na te refleksje przywołanego autora, w których podkreśla, że doświadczenia „zebrane w prawie spółek trzeba traktować jako przestrożę przed nadmierną skłonnością do harmonizacji i ujednolicania prawa prywatnego. Początkowy entuzjazm wobec kompleksowych planów zbliżenia prawa spółek stopniowo zanikł, gdy w pełni dostrzeżono trudności wiążące się z tym procesem. Dlatego zwolennikom daleko idącej europeizacji materialnego prawa cywilnego należałoby zalecić staranną analizę doświadczeń zebranych w prawie spółek (...) Właściwe rozstrzygnięcia zapewnią raczej prawo odpowiadające wspólnym dla nowoczesnych porządków prawnych zasadom i wartościom, ale dostosowane do lokalnych uwarunkowań. Ujednolicanie prawa nie zawsze oznacza postęp. Z polskiej perspektywy niesłuszne byłoby oczekiwanie na europejski Kodeks cywilny jako remedium

Warto dodać, że w pełni zgadzając się z postulatem T. Henclewskiego i D. Matczaka zrezygnowania z „wymogu ujawniania w firmie spółek osobowych nazwiska lub nazwy wspólnika”, P. Hajdys zauważa: „w obecnej konstrukcji firm spółek osobowych nie sposób znaleźć głębszego sensu, zaś odstąpienie od wymogu umieszczenia w rdzeniu firmy oznaczenia (nazwiska, nazwy lub firmy) przynajmniej jednego wspólnika nie będzie stanowiło żadnego zagrożenia dla bezpieczeństwa obrotu”<sup>39</sup>. Wskazuje on też, że z „umieszczeniem nazwiska, nazwy lub firmy wspólnika w firmie spółki osobowej nie wiążą się, z dwoma wyjątkami, żadne konsekwencje z punktu widzenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Odpowiedzialność danego podmiotu za zobowiązania spółki nie jest, co do zasady, uzależniona od ujawnienia jego oznaczenia w firmie spółki osobowej, lecz jest uzależniona od samego statusu wspólnika spółki osobowej”. Zaansowanych wyjątków, dotyczących firm spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej, związanych z zakaznym przez prawo umieszczeniem w ich firmach nazwisk (nazw, firm) odpowiednio komandytariuszy albo akcjonariuszy (zob. art. 104 § 4 zd. 1 i art. 127 § 4 k.s.h.), nie należy zdaniem P. Hajdysa przeceniać, gdyż takie sytuacje są w praktyce mało prawdopodobne, przede wszystkim ze względu na rolę notariuszy (niestety, coraz mniejszą ze względu na istniejącą elektroniczną rejestrację spółek i zapowiadane jej możliwości) oraz sądu rejestrowego. Brak obowiązku ujawniania w firmie wszystkich wspólników jawnych, partnerów „albo komplementariuszy powoduje, że firma spółki osobowej dla kontrahenta nie realizuje funkcji informacyjnej”<sup>40</sup>. Funkcję tę spełniają natomiast jawne rejestry, w tym dostęp do Centralnej Informacji KRS „za

pośrednictwem ogólnodostępnych sieci teleinformatycznych (...)”<sup>41</sup>. Autor ten wskazuje też, o czym już wspominałem, że także „powtarzalność nazwisk wspólników deprecjonuje realizację funkcji informacyjnej przez firmę spółki osobowej”<sup>42</sup>.

Reasumując swoje rozważania, P. Hajdys stwierdza, że „sztywne zasady kształtowania firm spółek osobowych oparte w przeważającej mierze na rozwiązaniach XIX-wiecznych, nie odpowiadają potrzebom obrotu, rodzą niepotrzebne problemy interpretacyjne oraz nie znajdują racjonalnego uzasadnienia. Wypromowanie firmy przedsiębiorcy i nadanie jej renomy wymaga zazwyczaj znacznego nakładu sił i środków oraz upływu czasu. Z tego punktu widzenia w interesie przedsiębiorcy jest, by ustawodawca zapewnił mu możliwość niezmienności firmy. Obecnie jest to niemożliwe, bowiem zmiana w składzie osobowym wspólników skutkuje zazwyczaj obowiązkiem zmiany firmy spółki. Ujawnienie w firmie spółki komandytowej albo komandytowo-akcyjnej nazwy bądź firmy innej osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej ma nie tyle walor informacyjny dla osób trzecich, ile skutkuje powstaniem monstrualnych i przez to nieczytelnych firm tych spółek. Skostniałe reguły doboru firm spółek osobowych uniemożliwiają też pełne korzystanie przez wspólników z dorobku nauk zajmujących się doбором nazw pod kątem ich potencjalnej atrakcyjności dla klienteli. Z tych względów należy się opowiedzieć za umożliwieniem wspólnikom swobodnego doboru korpusów firm spółek osobowych i zrównaniem ich kompetencji w tym zakresie z uprawnieniami wspólników spółek kapitałowych, uznając za wystarczające uregulowanie w kodeksie cywilnym zasad prawa firmowego.

na niedostatki obecnych rozwiązań krajowych. Dlatego uzasadnione było podjęcie prac nad uchwaleniem nowego Kodeksu cywilnego, które zapoczątkowała Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego w 2006 r.” (tamże, s. 618–620, zob. także s. 621). Ten ostatni projekt, w tym i – choć nie przede wszystkim – uzasadnienie jego potrzeby, budzą, jak wiadomo, niemałe kontrowersje.

<sup>39</sup> P. Hajdys, *Firma spółki osobowej – uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda*, PPH 2012, nr 10, s. 56.

<sup>40</sup> Tamże, s. 57.

<sup>41</sup> Tamże.

<sup>42</sup> Tamże.



Brakuje bowiem przesłanek dostatecznie uzasadniających dotychczasowy reżim firm spółek osobowych<sup>43</sup>.

Podobne jest stanowisko A. Gawrysiak-Zablockiej<sup>44</sup>, z oczywistym zastrzeżeniem, że postulat zniesienia nakazu umieszczania w firmie nazwisk, nazw lub firm wspólników nie ma oznaczać zakazu umieszczania ich w firmie handlowej spółki osobowej<sup>45</sup>.

\* \* \*

W polskim piśmiennictwie poświęconym prawu firmowemu dominują analizy, w większości apologetyczne, niekiedy, raczej rzadko, krytyczne, skoncentrowane na kwestiach szczegółowych. Nie tylko z przytoczonych wypowiedzi wynika, że nastał czas, aby na unormowania dotyczące firmy spojrzeć krytycznie i przede wszystkim szerzej, w szczególności konfrontując przyjęte od dawna poglądy z racjami czy argumentami, które coraz wymowniej wynikają z potrzeb artykułowanych przez przedsiębiorców. Czyli, trawestując znane powiedzenie, w potrzebnej dyskusji wokół podstaw prawa firmowego warto na początek powiedzieć akademickim oponentom: „Gospodarka, profesorowie!”.

\* \* \*

Myślę, że nadzwyczaj trudno przekonać o racjach, które mają uzasadniać rów-

nież zasadę jednej, czyli takiej samej firmy wówczas, gdy ten sam przedsiębiorca chce realizować odrębne (zróżnicowane przedmiotowo, terytorialnie, zaopatrzeniowo itd.) przedsięwzięcia gospodarcze. Merytoryczne próby nawiązania tu do oczywistej zasady jednego nazwiska są co najmniej wątpliwej wartości. Pomijając najprostszą konstatację, która wynika z metamorfozy funkcji firmy: ta bowiem w coraz mniejszym stopniu identyfikuje przedsiębiorcę, bliższa jest zaś coraz bardziej (choć nie dotyczy to wszystkich przedsiębiorców) roli znaku firmowego.

Intrygująca jest też refleksja, że wspomniany zanik funkcji identyfikacyjnej firmy, w jakimś stopniu usprawiedliwiający prognozę jej zmierzchu w dotychczasowym rozumieniu, oznacza *sui generis* powrót do korzeni, czyli do tego, z czego firma zrodziła się. Umożliwiający bowiem identyfikację przedsiębiorcy różnorakie numery (identyfikatory) nie są przecież odległe od „znaków”, o których przed ponad wiekiem A. Doliński i A. Górski pisali, iż powstanie firmy poprzedzało, „jeszcze za greckich i rzymskich czasów (...)”, a „nawet w *leges barbarorum* (...)”, istnienie znaku, będącego czymś pośrednim między współczesną firmą i znakiem towarowym, którym to znakiem „podpisywano” niedługo umowy<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Tamże, s. 57–58, zob. nadto s. 54.

<sup>44</sup> A. Gawrysiak-Zablocka, *Firma osobowych spółek handlowych – uwagi de lege ferenda*, (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, praca zbiorowa (red. T. Mróz, M. Stec), Warszawa 2012, s. 637 i 651–652.

<sup>45</sup> Tamże, s. 651, przyp. 40; o wątpliwych zaletach dotychczasowego nakazu umieszczania w firmie nazwiska, nazwy albo firmy przynajmniej jednego wspólnika tamże, s. 640; o tym, że dotychczasowe unormowanie, wzorowane na dawnym prawie niemieckim, nie jest już podobne do rozwiązania przyjętego we współczesnym prawie niemieckim, gdzie firma spółki jawnej czy komandytowej nie musi zawierać nazwiska żadnego ze wspólników, a tak też jest w odniesieniu do firm tych spółek w prawie austriackim i w odniesieniu do firm spółek osobowych w prawie francuskim, zob. tamże, s. 642–643 i 650. Autorka zwraca również uwagę na mankamenty związane z koniecznością zmiany firmy „w przypadku zmian nie tylko w składzie wspólników (o ile ich nazwy czy nazwiska były zawarte w firmie spółki), ale nawet nazw czy nazwisk wspólników (które zostały zawarte w firmie spółki) (...)” (tamże, s. 651).

<sup>46</sup> A. Doliński, A. Górski, *Zarys prawa handlowego, t. I. Nauki ogólne i prawo osobowe*, Lwów 1912, s. 157, przyp. 2; por. F. Zoll, *Wstęp*, (w:) A. Ponikło, J. Gutowski, *Polskie prawo patentowe. Komentarz*, Warszawa 1935, s. 24. O poprzedzających używanie firmy „cechach”, „stanowiących właściwe znaki towarowe”, zarówno „wspólnych dla wszystkich mistrzów”, jak i indywidualnych, także oznaczających wytworzone towary złotnicze „literą swego imienia lub przezwiska”, pisze w interesującej rozprawie T. Ereciński, *Prawo przemysłowe m. Poznania w XVIII w.*, Poznań 1934, s. 691–693.



## **CZY ZARZĄD MOŻE REPREZENTOWAĆ SPÓŁKĘ Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W SPRAWIE Z ZAKRESU UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH, W KTÓREJ STRONAMI SĄ SPÓŁKA I CZŁONEK JEJ ZARZĄDU? UWAGI NA MARGINESIE WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 3 SIERPNI 2011 R., I UK 16/2011 I POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 5 PAŹDZIERNIKA 2011 R., II UZP 9/2011**

W wyroku z 3 sierpnia 2011 r., sygn. I UK 16/2011, Sąd Najwyższy wskazał, że w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych od decyzji organu rentowego, w której stronami są spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i członek jej zarządu, spółkę reprezentuje zarząd (art. 201 § 1 k.s.h.). Sąd Najwyższy przyjął, że art. 210 § 1 k.s.h. nie ma wówczas zastosowania. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że niezależnie od roli procesowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i członka jej zarządu, w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych z odwołania od decyzji organu rentowego, spór toczy się pomiędzy odwołującym się a organem rentowym. Pozycja procesowa innych stron tego postępowania (ubezpieczonego, innej osoby, której praw i obowiązków dotyczy zaskarżona decyzja, zainteresowanego – art. 477<sup>11</sup> k.p.c.<sup>1</sup>) jest niezależna od pozycji przeciwników procesowych, czyli odwołu-

jącego się (powoda) i organu rentowego (pозwanego), a więc możliwa jest sprzeczność ich interesów, co nie zmienia stwierdzenia, że nawet w takiej sytuacji spór sądowy toczy się między powodem (odwołującym się) i pozwanym (organem rentowym), a nie między odwołującym się i innymi stronami postępowania. Oznacza to, zdaniem Sądu Najwyższego, że w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych z odwołania od decyzji organu rentowego nigdy nie mamy do czynienia ze sporem między spółką z o.o. a członkiem jej zarządu w rozumieniu art. 210 § 1 k.s.h.<sup>2</sup>, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmioty te uczestniczą w procesie.

Wydaje się, że takie generalne ujęcie problemu może być sprzeczne z celem art. 210 § 1 k.s.h., który po to został wprowadzony do k.s.h., by wyeliminować sytuacje prowadzące do konfliktu interesów osoby prawnej oraz

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. nr 94, poz. 1037 ze zm.).

osoby fizycznej będącej członkiem organu decyzyjnego tej osoby prawnej, co mogłoby skutkować niekorzystnym rozporządzeniem jej mieniem, a w dalszej kolejności pokrzywdzeniem wierzycieli. Potwierdził to Sąd Najwyższy w wydanym dwa miesiące później, 5 października 2011 r., postanowieniu o sygn. II UZP 9/2011, wskazując, że pod pojęciem „spór”, o jakim mowa w 210 § 1 k.s.h., rozumie się wszelkie postępowania sądowe, zarówno procesowe, jak i nieprocesowe, w przypadku zaś postępowania procesowego – tak sytuację, gdy spółka i członek jej zarządu występują po przeciwnych stronach (powoda i pozwanego), jak i wtedy, gdy występują wobec siebie w innych relacjach (strona–interwenient przystępujący do sprawy po drugiej stronie). Występowanie w imieniu spółki w sporze sądowym osoby niemogącej być jej pełnomocnikiem powoduje nieważność postępowania. Przepis art. 379 pkt 2 k.p.c. nakazuje uznać za nieważne postępowanie, w którym występował nienależycie umocowany pełnomocnik, bez względu na sposób jego działania i konsekwencje wynikające z tego faktu dla strony, a zatem bez względu na to, czy skutkiem udziału rzekomego pełnomocnika było pozbawienie strony możliwości obrony jej praw, czy działania tej osoby okazały się tak skuteczną obroną, że doprowadziły do wydania przez sąd korzystnego dla tej strony wyroku.

Artykuł 210 § 1 k.s.h. jest jednym z nielicz-

nych przepisów przewidujących ograniczenie kompetencji zarządu w zakresie reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>3</sup>. Ustawodawca wskazał w nim, że w umowie pomiędzy spółką a członkiem zarządu oraz w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników<sup>4</sup>. Sytuacja sporu pomiędzy spółką a członkiem zarządu może obejmować postępowania sądowe prowadzone w trybie procesowym (w tym mediację i postępowanie pojednawcze) oraz także postępowania sądowe prowadzone w trybie nieprocesowym, jeśli zachodzi sprzeczność interesów spółki oraz członka zarządu<sup>5</sup>. Nie można wykluczyć także sporów przed sądami administracyjnymi.

Niezastosowanie się do zasad określonych w art. 210 § 1 k.s.h. skutkuje bezwzględną nieważnością dokonanej czynności. W doktrynie wskazuje się różne podstawy tej nieważności. Pierwszy pogląd głosi, że podstawą bezwzględnej nieważności czynności dokonanej z naruszeniem przepisu art. 210 § 1 k.s.h. jest art. 39 k.c.<sup>6</sup>, który w § 1 stanowi, iż ten, kto jako organ osoby prawnej zawarł umowę w jej imieniu, nie będąc jej organem albo przekraczając zakres umocowania takiego organu, obowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę, nie wie-

<sup>3</sup> Inne przykłady ograniczenia kompetencji zarządu do reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością to: art. 253 § 1 i 2 w zw. z art. 250 pkt 1 i art. 252 § 1 k.s.h., w których ustawodawca przewidział zakaz reprezentacji spółki jako strony pozwanej w sporach o uchylenie uchwały wspólników bądź o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników przez zarząd, jeżeli na mocy uchwały wspólników zostanie ustanowiony w tym celu pełnomocnik lub (przy braku uchwały wspólników o ustanowieniu pełnomocnika) jeżeli zarząd nie może działać za spółkę (wówczas sąd właściwy do rozstrzygnięcia powództwa wyznacza kuratora spółki), oraz art. 295 k.s.h., zgodnie z którym wspólnik, który wniesie pozew o naprawienie szkody wyrządzonej spółce, reprezentuje spółkę. Nie jest natomiast ograniczeniem kompetencji zarządu do reprezentowania spółki art. 210 § 2 k.s.h., zgodnie z którym w jednoosobowej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, której wspólnik jest zarazem jedynym członkiem zarządu, czynność prawna pomiędzy wspólnikiem a reprezentowaną przez niego spółką wymaga formy aktu notarialnego. Ustawa nie pozbawia bowiem w tym przypadku zarządu prawa do reprezentowania spółki, narzucając jedynie określoną kwalifikowaną formę czynności prawnej.

<sup>4</sup> Art. 210 k.s.h. jest zbliżony do obowiązującego uprzednio art. 203 k.h., z tą różnicą, że w k.h. pełnomocnik powoływany był uchwałą wspólników.

<sup>5</sup> Por. M. Borkowski, *Reprezentacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 165–167.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.).

dząc o braku umocowania<sup>7</sup>. Znacznie bardziej przekonywający jest pogląd mówiący, że sytuacja, w której nastąpiło naruszenie przepisu bezwzględnie wiążącego, jakim jest art. 210 § 1 k.s.h., jest objęta hipotezą art. 58 k.c., zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu jej obejście jest nieważna. W sytuacji naruszenia zasad określonych w analizowanym przepisie nie mamy bowiem do czynienia z *falsus procurator*<sup>8</sup>. Pogląd powyższy jest wzmocniony orzecznictwem. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził w uchwale z 10 lipca 2000 r., że zawarcie pomiędzy spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a członkiem jej zarządu, będącym zarazem udziałowcem spółki, umowy o pracę z naruszeniem art. 203 k.h.<sup>9</sup> (obecnego art. 210 § 1 k.s.h.) daje podstawę do uznania, że członek zarządu spółki nie jest jej pracownikiem<sup>10</sup>. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w wyroku z 11 stycznia 2002 r. zauważył, że zawarcie umowy o pracę z naruszeniem art. 203 k.h. powoduje jej nieważność (art. 58 § 1 k.c.), a osoba, z którą umowa o pracę została zawarta, nie może być uważana za pracownika w rozumieniu przepisów prawa podatkowego<sup>11</sup>. Ważny jest także – w kontekście omawianego zagadnienia – wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 2003 r., zgodnie z którym umowa o pracę z członkiem zarządu spółki zawarta z naruszeniem art. 203 k.h. przez innego członka zarządu nie może zostać następnie potwierdzona w trybie art. 103 k.c. poprzez ustanowie-

nie członka zarządu pełnomocnikiem przez zgromadzenie wspólników w pewien czas po zawarciu nieważnej umowy<sup>12</sup>. Artykuł 210 § 1 k.s.h. nie wymaga udzielenia pełnomocnictwa dla każdego poszczególnego przypadku sporu pomiędzy spółką a członkiem zarządu.

*Ratio legis* tego przepisu, jak wyżej podniesiono, stanowi ochrona interesów spółki, a także jej wierzycieli, przed – niemającym rynkowego uzasadnienia – „wypłynięciem” wartości ekonomicznych ze spółki<sup>13</sup>. W tym kontekście nietrafne jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 23 marca 1999 r., w którym Sąd Najwyższy uznał, że zakaz zawarty w art. 203 k.h. (obecnie 210 § 1 k.s.h.) dotyczy umów pomiędzy spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a członkami zarządu, związanych ze sprawowaną funkcją członka zarządu, a nie umów zawieranych przez spółkę z członkami zarządu działającymi jako osoby fizyczne, a zatem poza pełnioną przez nich funkcją<sup>14</sup>. W orzecznictwie panuje także pogląd, że reprezentacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez radę nadzorczą lub pełnomocnika zgromadzenia wspólników dotyczy umów i sporów tylko z członkami zarządu, którzy sprawują aktualnie swoją funkcję, nie odnosi się zaś do byłych członków zarządu, wobec których spółkę – zgodnie z ogólnymi zasadami reprezentacji – reprezentuje zarząd<sup>15</sup>. W doktrynie podjęto jednakże próbę rewizji tego poglądu, idącą w kierunku rozszerzającej wykładni art. 210 § 1 k.s.h. W pierwszej kolejności podniesiono,

<sup>7</sup> J. P. Naworski, (w:) J. P. Naworski, K. Strzelczyk, T. Siemiątkowski, R. Potrzyszcz, *Komentarz do Kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2001, s. 411.

<sup>8</sup> A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 869; A. Szumański, (w:) S. Soltyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, M. Tarska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2005, s. 527.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r. nr 57, poz. 502 ze zm.).

<sup>10</sup> Uchwała NSA w Warszawie z 10 lipca 2000 r., FPS 3/00, ONSA 2001, nr 1, poz. 8, s. 134–159.

<sup>11</sup> Wyrok SN z 11 stycznia 2002 r., III RN 169/00, OSNP 2002, nr 5, wkładka.

<sup>12</sup> Wyrok SN z 8 maja 2003 r., III RN 66/02, „Monitor Podatkowy” 2003, nr 6, s. 2.

<sup>13</sup> R. Szczęsny, *Umowy i spory pomiędzy spółką a jej członkami zarządu*, „Prawo Spółek” 2004, nr 12, s. 14.

<sup>14</sup> Orzeczenie SN z 23 marca 1999 r., II CKN 24/98, OSN 1999, nr 11, poz. 187; M. Litwińska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r.*, II CKN 24/98, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 6, s. 45.

<sup>15</sup> Tak wyrok SN z 23 stycznia 1998 r., I PKN 498/97, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 13; wyrok SN z 21 marca 2001 r., I PKN 322/00, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 1, s. 36; wyrok SN z 24 stycznia 2002 r., I PKN 838/00, PiZS 2003, nr 4, poz. 38; wyrok SN z 23 stycznia 2004 r., I PK 213/03, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 5, s. 203.

że z literalnej wykładni art. 210 § 1 k.s.h. nie wynika, iż jego hipoteza ogranicza się tylko do aktualnego członka zarządu, a nie rozciąga się na byłych, niedoszłych oraz przyszłych jego członków. Podano przykład art. 299 § 1 k.s.h., w którym także jest mowa o członkach zarządu, co nie zmienia faktu, że odpowiedzialność z tego artykułu ponoszą również byli jego członkowie<sup>16</sup>. Podniesiono również, że celem art. 210 § 1 k.s.h. jest ochrona interesów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przed abs-

trakcyjną możliwością naruszenia jej interesów, a nie tylko w sytuacji faktycznej kolizji interesów spółki i członka zarządu aktualnie pełniącego tę funkcję<sup>17</sup>. Wreszcie należy wskazać, że z takiego założenia wychodzi również doktryna niemiecka, która z § 112 Aktiengesetz (stosowanego odpowiednio do GmbH) wywodzi kompetencję do reprezentacji spółki przez radę nadzorczą we wszystkich czynnościach prawnych oraz sporach zarówno z byłymi, obecnymi, jak i przyszłymi członkami zarządu<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Z. Jara, *Sądowa i pozasądowa reprezentacja spółki w stosunku do członków zarządu (art. 210 § 1 i art. 379 § 1 KSH)*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 2, s. 79–80.

<sup>17</sup> Tamże, s. 81.

<sup>18</sup> U. Hüffer, *Aktiengesetz*, München 2002, nb. 2–3 do § 112.

Zygmunt Kukula

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU Z 21 STYCZNIA 2014 R., II AKA 123/14<sup>1</sup>

Teza głosowanego wyroku brzmi:

**Dla wypełnienia znamion oszustwa sądowego w postępowaniu o nabycie spadku nie jest konieczne, by sprawca miał świadomość co do osób wchodzących w skład kręgu spadkobierców, do pominięcia których prowadzi przedstawienie przez niego fałszywych dowodów.**

Teza głosowanego orzeczenia wpisuje się w zagadnienie tzw. oszustwa sądowego, które dopiero w ostatnich latach stało się przedmiotem większego zainteresowania doktryny i orzecznictwa, choć było obecne w polskiej praktyce prawniczej już od dawna. Należy ono niewątpliwie do zagadnień trudniejszych i budzących, co naturalne w tej sytuacji, spory doktrynalne w kwestiach szczegółowych. Zarówno tematyka oszustwa sądowego, jak i teza niniejszego rozstrzygnięcia odgrywają dla praktyki duże znaczenie, prowadząc do sukcesywnej stabilizacji zapatrywań. W przypadku oszustwa sądowego jesteśmy wciąż na etapie formowania się praktyki orzeczniczej, każdy pogląd może więc okazać się przydatny. Komentowane rozstrzygnięcie bez wątpienia jest ważne dla poszerzenia wiedzy, jaką dotychczas udało się zgromadzić. Jego merytoryczna ocena poprzedzona być musi prezentacją stanu faktycznego sprawy karnej, który przesądził o takim rozstrzygnięciu sprawy przez sąd apelacyjny.

Akt oskarżenia obejmował przypadek dotyczący złożenia przez oskarżoną na rozprawie przed sądem, w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku, nieprawdziwego zapewnienia spadkowego, po wcześniejszym uprzedzeniu jej o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Podała nieprawdę polegającą na tym, że jej ojciec spadkodawca nie posiadał rodzeństwa, czym wprowadziła w błąd sąd spadku, co w konsekwencji doprowadziło do wydania przez tenże sąd postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku po zmarłym w całości przez oskarżoną, z pominięciem pozostałych spadkobierców ustawowych. Po uzyskaniu tego postanowienia w niedługi czas później, już jako spadkobierca, na mocy aktu notarialnego zbyła wchodzącą w skład masy spadkowej nieruchomości w postaci domu jednorodzinnego, działając w ten sposób na szkodę pozostałych spadkobierców. Przyjęto kwalifikację prawną czynu z art. 233 § 1 i 6 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

<sup>1</sup> LEX nr 1469476.

Skutkiem złożenia przez oskarżoną oświadczenia tej treści było wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku w całości przez nią. Tym samym na skutek złożenia z jej strony fałszywego zapewnienia spadkowego doszło do bezpodstawnego pominięcia z kręgu spadkobierców pozostałych uprawnionych do spadku z ustawy osób. Dążąc do osiągnięcia korzyści majątkowej w postaci wyłącznego prawa do dysponowania spadkiem, z pominięciem pozostałych uprawnionych spadkobierców, oskarżona doprowadziła do wydania przez sąd rejonowy postanowienia błędnie określającego grono spadkobierców. Sąd pierwszej instancji uznał ją winną popełnienia zarzucanego przestępstwa, wymierzając karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonej, zarzucając obrazę przepisów prawa materialnego przez przyjęcie, że czyn wyczerpuje znamiona art. 233 § 1 i 6 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., co jest niezasadne, a także obrazę przepisów prawa procesowego. Szczegółowe rozważania na ten temat nie wydają się konieczne, ponieważ nie dotyczą istoty głosowanej tezy. W ocenie sądu drugiej instancji zarzuty apelacji w przeważającej mierze nie zasługiwały na uwzględnienie. Sąd w sposób prawidłowy przyjął powyższą kwalifikację prawną. W efekcie podtrzymano wyrok wydany w pierwszej instancji.

Prawidłowa ocena głosowanej tezy nie może jednak dokonać się bez związanego odniesienia się do samej koncepcji oszustwa sądowego, albowiem jest ona istotnym elementem prawnokarnego wartościowania. Koncepcja tego przestępstwa w naszym prawie karnym uformowała się w dwudziestolecie międzywojennym. W literaturze przedmiotu używa się dwóch nazw dla jego określenia: oprócz oszustwa sądowego

używa się również, choć rzadziej, określenia „oszustwo procesowe”. W doktrynie wspomniana nazwa zaznaczyła swoją obecność w 1936 r., za sprawą publikacji S. Glasera<sup>2</sup>. Problematyka z tym związana już wtedy rodziła pewne wątpliwości, co znajdowało potwierdzenie w treści pochodzących z tego okresu orzeczeń. Z jednej strony akceptowano, że podnoszenie przez stronę w procesie cywilnym niezgodnych z prawdą twierdzeń faktycznych, kłamliwe twierdzenia czy zaprzeczania nie mają cech oszustwa, o ile nie poparto ich fałszowaniem środków dowodowych lub innym działaniem przestępczym<sup>3</sup>. Z drugiej zaś strony niezwykle stanowczo, w bardzo szerokim aspekcie potraktowano takie postępowanie jako doprowadzenie innej osoby (w tym przypadku sędziego) za pomocą wprowadzenia w błąd do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pozwanego, bez względu na to, że ustawa daje pozwanemu możliwość obrony przed roszczeniem<sup>4</sup>. W świetle aktualnych ocen poczynionych w literaturze wynika, że z oszustwem sądowym mamy do czynienia wtenczas, „gdy na skutek fałszywych dowodów przedstawionych przez sprawcę, doszło do rozporządzenia mieniem na podstawie wyroku sądowego zasądającego roszczenie”<sup>5</sup>. Na podstawie najczęściej pojawiających się sposobów dokonania oszustwa sądowego można przedstawić cztery jego postaci:

- 1) nieprawdziwe twierdzenie, niepoparte równocześnie fałszywymi dowodami,
- 2) popieranie nieprawdziwych twierdzeń fałszywymi dowodami,
- 3) powoływanie nieprawdziwych okoliczności w sytuacji utrudniającej obronę pozwanego,
- 4) prowadzenie procesu na legalnych podstawach, z wykorzystaniem możliwości zatajenia prawdy<sup>6</sup>. W przypadku, który tu podano,

<sup>2</sup> S. Glaser, *Tzw. oszustwo procesowe*, „Polski Proces Cywilny” 1936, nr 23–24.

<sup>3</sup> Wyrok SN z 6 maja 1935 r., 3K 382/35, „Gazeta Sądowa” 1935, nr 10, s. 759; wyrok SN z 30 marca 1927 r., Kr 355/26, RPiE 1927, nr 4, s. 851–852.

<sup>4</sup> Wyrok SN z 2 stycznia 1936 r., 3K 1539/35, OSP 1936, poz. 349.

<sup>5</sup> O. Górniok, „Niekorzystne rozporządzenie” i „cudze mienie” jako znamiona przestępstwa oszustwa (na tle niektórych sposobów wyłudzeń nieruchomości), Prok. i Pr. 2002, nr 9, s. 8.

<sup>6</sup> Z. Kukula, *Dochodzenie roszczeń majątkowych w procesie cywilnym a oszustwo sądowe*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 12, s. 634–637.



będziemy mieli do czynienia z drugą postacią przestępstwa.

Analizując uważnie art. 286 § 1 k.k., dostrzec można, że przepis ten nie określa sposobów, za pomocą których można wprowadzić w błąd inną osobę. Ustawa nie zawiera tu żadnych wskazówek, ale też i ograniczeń. Tak więc wprowadzenie w błąd, z czym mamy do czynienia w głosowanym rozstrzygnięciu, możliwe jest przy wykorzystaniu wszelkich sposobów i metod, które zdolne są doprowadzić do powstania rozbieżności pomiędzy świadomością osoby rozporządzającej mieniem a rzeczywistym stanem rzeczy. Aby zrealizować ustawowe przesłanki karalności oszustwa, nie wymaga się tożsamości pokrzywdzonego i rozporządzającego tym mieniem. Wystarczające jest, aby rozporządzający miał prawną i faktyczną możliwość dysponowania mieniem innej osoby<sup>7</sup>, co ma miejsce w przypadku sędziego. Opinię taką akceptuje również judykatura, uznając, że osoba wprowadzana w błąd i rozporządzająca pod wpływem błędu lub nieświadomości niekorzystnie cudzym mieniem może być różna od osoby pokrzywdzonej. Nie jest też konieczna świadomość pokrzywdzonego o doznanej krzywdzie i jego zamiar zdemaskowania sprawcy, gdyż rozstrzygające znaczenie ma nie świadomość pokrzywdzonego, lecz zamiar przestępcy<sup>8</sup>.

W omawianej sytuacji sprawca, używając jako narzędzia nieprawdziwego zapewnienia o nieistnieniu innych spadkobierców, wprowadził sędziego w błąd, pozbawiając faktycznie w drodze orzeczenia prawa dziedziczenia innych spadkobierców. Gdyby sędzia wiedział, że jest inaczej, nie wydałby takiego rozstrzygnięcia. Dokument w postaci stwierdzenia nabycia spadku niewątpliwie daje uprawnienie do przyszłych dyspozycji majątkowych, w tym do zbycia nieruchomości. Orzeczenie to przy-

znaje niczym nieograniczoną władzę nad mieniem należącym do innej osoby, nieujętej w treści postanowienia jako spadkobierca. To, że spadkobierca wyłączony od dziedziczenia nie jest w chwili popełnienia przestępstwa znany, nie pozbawia takiego działania cech bezkarności. Jeszcze pod rządami Kodeksu karnego z 1932 r. wyjaśniono, że dla bytu oszustwa wymagane jest wyrządzenie szkody innej osobie, lecz nie ma znaczenia, kto jest tą osobą, ani w szczególności imienne jej wskazanie jako osoby pokrzywdzonej<sup>9</sup>. W postępowaniu spadkowym wobec braku testamentu ustalenie spadkobierców może stanowić wyzwanie dla sądu, który nie dysponuje taką wiedzą, jak bezpośrednio zainteresowani tym uczestnicy postępowania.

Głosowane orzeczenie jest już kolejnym wydanym w ostatnim czasie rozstrzygnięciem nawiązującym do przestępstw popełnionych w postępowaniach spadkowych, kwalifikowanych jako oszustwo sądowe. Należy zwrócić uwagę na stabilną linię orzeczniczą w kwestii oceny takich zachowań jako oszustwo sądowe. Celem działania sprawcy staje się takie określenie stanu rzeczy, niezgodnego z rzeczywistością, aby umożliwić mu realne wejście w uprawnienia przysługujące osobie legitymującej się postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku i rzeczywiste dysponowanie majątkiem spadkowym<sup>10</sup>. W sprawach tego typu, inaczej niż w komentowanym przypadku, sprawcy posługiwali się fałszywym testamentem, wyłączając ze spadkobrania spadkobierców ustawowych. Łączyło się to oczywiście z popełnieniem dodatkowego przestępstwa podrobienia testamentu. W każdym jednak układzie, niezależnie od tego, czy był to dokument fałszywy, czy jedynie nieprawdziwe oświadczenie, doszło do wprowadzenia sędziego w błąd, skutkiem czego wydano

<sup>7</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, J. Majewski, M. Rodzynekiewicz, M. Szewczyk, A. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Kraków 2006, t. 3, s. 297–298.

<sup>8</sup> Postanowienie SN z 28 września 1956 r., II KO 37/56, OSN 1957, nr 1, poz. 2.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 6 grudnia 1935 r., 3K 1417/35, Zb. O. 1936, nr 6, poz. 237.

<sup>10</sup> Wyrok SN z 17 maja 2012 r., V KK 322/11, „Biuletyn Prawa Karnego” 2012, nr 6, s. 52–53.

postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku przez niewłaściwą osobę. Stanowisko wyrażone w dotychczasowych rozstrzygnięciach nie podważyło w żadnej mierze dotychczasowych ustaleń judykatury odnośnie do dekodowania znamion oszustwa. Niekorzystnym rozporządzeniem mieniem w świetle tych uwag staje się również wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, uzyskanego na skutek świadomego wprowadzenia w błąd co do niezgodnego z rzeczywistością tytułu dziedziczenia czy kręgu uprawnionych spadkobierców<sup>11</sup>, jak również pominięcia osoby uprawnionej do dziedziczenia<sup>12</sup>.

Stabilne i w mojej ocenie słuszne rozstrzygnięcia judykatury spotkały się także z krytyczną ich oceną ze strony niektórych przedstawicieli doktryny. Posługują się oni argumentami, że postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku nie prowadzi do wypełnienia znamion oszustwa sądowego, albowiem postanowienie to jest wyłącznie orzeczeniem deklaratoryjnym<sup>13</sup>, nie stanowi dyspozycji mieniem i może być karane jedynie jako przestępstwo poświadczenia nieprawdy przez organ wprowadzany w błąd<sup>14</sup>. Spotkać można też pogląd, że instytucję oszustwa sądowego powinno się ograniczyć wyłącznie do przypadków wydania orzeczenia konstytucyjnego, wiążącego się z dokonaniem dyspozycji majątkowej<sup>15</sup>. Autor lansowanej koncepcji uznaje, że znamiona oszustwa są jednak precyzyjnie określone w ustawie, stąd też karalność zachowań, o których mowa w postępowaniu spadkowym, prowadzi do przyjęcia wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawy i godzi

w zasadę *nullum crimen sine lege*<sup>16</sup>. Poglądy te należy odrzucić. Nie chodzi tu jedynie o ich kolizję z szerokim rozumieniem pojęcia „rozporządzenie” cudzym mieniem. J. Bednarzak przyjął, że w postępowaniu sądowym mogą wystąpić sytuacje, w których orzeczenie zostaje wydane wyłącznie na podstawie twierdzenia osoby wszczynającej postępowanie sądowe, bez merytorycznej oceny materiału dowodowego, wskazanego przez stronę inicjującą postępowanie sądowe<sup>17</sup>. Stanowisko to aprobuje T. Oczkowski, przyjmując za J. Bednarzakiem, że jeśli zeznania świadka w tym postępowaniu są fałszywe, to powinny być oceniane jako element oszustwa<sup>18</sup>. Skoro katalog oszukańczych zabiegów nie istnieje, nie ma przeszkód, ażeby źródłem kłamstwa były nieprawdziwe zeznania. Następuje to przy wykorzystaniu norm art. 671 § 2 k.p.c. Spadkobierca składa oświadczenie co do wszystkiego, co jest mu wiadome o istnieniu lub nieistnieniu osób, które wyłączałyby znanych spadkobierców od dziedziczenia lub dziedziczyłyby wraz z nim, oraz o testamentach spadkodawcy. Według judykatury niedopuszczalne jest pominięcie w zapewnieniu niektórych osób z kręgu spadkobierców tylko dlatego, że nie spełniają one prawem przewidzianych przesłanek dziedziczenia<sup>19</sup>.

Podkreślić należy wyraźnie, że orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku, choć mają charakter deklaratoryjny, to jednak deklarują fałszywy stan prawny, wskazana w nim bowiem osoba jako spadkobierca spadkobiercą nie jest i być nie może. Z punktu widzenia Kodeksu cywilnego żadnego spadku nie nabyła, gdyż

<sup>11</sup> Wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50.

<sup>12</sup> Wyrok SN z 29 listopada 2012 r., V KK 419/11.

<sup>13</sup> R. Zawłocki, *Rozporządzenie mieniem w tzw. oszustwie sądowym. Glosa do wyroku SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 9, s. 493.

<sup>14</sup> A. Jezusek, *Orzeczenie sądowe w sprawie cywilnej jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 61.

<sup>15</sup> A. Pilch, *Oszustwo sądowe – trójkatne oszustwo*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 139.

<sup>16</sup> R. Zawłocki, *Rozporządzenie mieniem*, s. 494.

<sup>17</sup> J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 147.

<sup>18</sup> T. Oczkowski, *Glosa do wyroku SN z 29 listopada 2012 r., V KK 419/11*, OSP 2013, nr 9, s. 16.

<sup>19</sup> J. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2 (art. 506–1153), Kraków 2004, s. 202.

spadkobiercą nie jest. Wydawane więc w tej sprawie postanowienie bez wątpienia tworzy nieprawdziwy obraz rzeczywistości, wykreowało bowiem osobę nieuprawnioną do spadku na spadkobiercę<sup>20</sup>. Orzeczenia wydane w efekcie postępowania, gdy doszło do naruszenia prawa karnego, poprzez fałszywe zeznania czy oświadczenia wnioskodawcy, zawsze kreują jakiegoś pokrzywdzonego spadkobiercę, którym w ostatniej kolejności jest Skarb Państwa. Jednocześnie brak pokrzywdzonego w momencie ujawnienia przestępczych zabiegów nieuczciwego spadkobiercy nie może przesądzać o braku podstaw do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. W przypadku bowiem kiedy brak jest osób najbliższych zmarłego bądź też nie zostali oni ujawnieni, prawa

przysługujące pokrzywdzonemu może na podstawie art. 51 § 1 k.p.k. wykonywać prokurator, działając z urzędu.

Nie w każdym przypadku oszustwa sądowego sprawca działa z pokrzywdzeniem konkretnej osoby. Doświadczenia wyniesione z praktyki pozwalają przyjąć, że motywem przewodnim jest chęć zdobycia majątku, bez względu na to, do kogo on należy. Świadczą o tym pojawiające się coraz częściej przypadki bezprawnego przejęcia nieruchomości po właścicielach zmarłych w czasie ostatniej wojny, gdy trudno jest ustalić ich prawnych spadkobierców (mowa jest tu o kamienicach). Przedstawiony tu mechanizm dokładnie odcisnął swoje piętno w tych sprawach. Z powyższych przyczyn glosowany judykat zasługuje na aprobatę.

<sup>20</sup> Z. Kukuła, *Glosa do wyroku SN z 17 maja 2012 r., V KK 322/11*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 2, s. 140.

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W ŁODZI Z 30 STYCZNIA 2014 R., II AKA 251/13<sup>1</sup>

Teza głosowanego wyroku brzmi:

**Wniosek dotyczący zamiaru zabójstwa (choćby ewentualnego) nie może opierać się na samym tylko fakcie użycia niebezpiecznego narzędzia oraz sposobu działania polegającego zwłaszcza na godzeniu w ważne dla życia okolice ciała pokrzywdzonego, lecz powinien znaleźć potwierdzenie w całokształcie okoliczności czynu oraz cechach osobowości sprawcy.**

Prawidłowe ustalenie w toku postępowania karnego, czy sprawcy można przypisać nie tylko wypełnienie przedmiotowych, ale też podmiotowych znamion czynu zabronionego, jest z pewnością jednym z najtrudniejszych zadań stojących przed sądem w procesie karnym. Stronę podmiotową czynu zabronionego postrzegamy bowiem jako psychiczno-intelektualny stosunek sprawcy do popełnienia tego czynu<sup>2</sup>. Znamiona strony podmiotowej mają więc stanowić odzwierciedlenie wewnętrznych, intrapsychicznych przeżyć danego sprawcy, a te nie są przecież dostępne bezpośrednio poznaniu sądu.

Jednocześnie jednak, w kontekście przede wszystkim art. 115 § 1 k.k. i gwarancyjnej funkcji prawa karnego, nie sposób zrezygnować z ustalania kwestii wypełnienia przez danego sprawcę subiektywnych znamion czynu. Podstawowym celem procesu karne-

go jest przecież, w kontekście art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., udzielenie odpowiedzi na pytanie o to, kto i jakiego czynu się dopuścił. Zgodnie zaś ze sformułowaną w § 2 tego przepisu zasadą prawdy materialnej wszelkie rozstrzygnięcia w procesie muszą być oparte na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Sąd musi więc w postępowaniu karnym ustalić, jak wyglądał określony fragment przeszłej rzeczywistości<sup>3</sup>. Rzeczywistość ta składa się z określonych faktów. Za fakt główny, mający kardynalne znaczenie dla rozstrzygnięcia w procesie karnym i będący jego przedmiotem, uznać trzeba zestaw znamion danego czynu zabronionego<sup>4</sup>. Fakt główny rozłożyć możemy na fakty składowe, odpowiadające poszczególnym znamionom czynu. Znamiona strony podmiotowej stanowią więc w postępowaniu karnym jeden z faktów składowych, który musi być prawidłowo ustalony i należyście wyjaśniony.

<sup>1</sup> LEX nr 1461097.

<sup>2</sup> Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa: LexisNexis Polska 2012, s. 145.

<sup>3</sup> M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 1979, s. 64–65.

<sup>4</sup> J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1970, s. 95.

Przez ustalenie faktu należy rozumieć odpowiedź na pytanie o to, co było – co się stało. Przez wyjaśnienie natomiast odpowiedź na pytania o to, dlaczego tak było – dlaczego tak się stało<sup>5</sup>.

Trudności związane z prawidłowym wykazaniem – ustaleniem i wyjaśnieniem umyślności lub nieumyślności po stronie danego sprawcy – wynikają oczywiście stąd, że, jak już wyżej wspomniano, rozpatrujący sprawę sąd ani żaden inny uczestnik postępowania karnego, poza samym sprawcą, nie ma bezpośredniego dostępu do psychiki sprawcy – do jego przeżyć intelektualnych i wolicjonalnych. Trafne jest więc powtarzane po wielokroć zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie prawa karnego stwierdzenie, że wejść sprawcy do głowy nie można. Rację miał też C. Znamierowski, pisząc przed laty, że: „Ustalić rzeczywistą intencję czynu rzecz z reguły niełatwa, w wielu zaś przypadkach niepomierne trudna. Wedrzeć się przemocą do cudzej duszy nie podobna”<sup>6</sup>.

Trudności te nie są jednak nieprzezwyčajne. Warto przytoczyć tu porównanie, którym posługiwał się I. Andrejew, postrzegając przestępstwo jako chorobę, znamiona jako symptomy, a ich rozpoznanie jako diagnozę lekarską<sup>7</sup>. Jeszcze wyraźniej przebieg ustalania i wyjaśniania znamion strony podmiotowej w procesie karnym może obrazować porównanie go do diagnozy psychologicznej lub psychiatrycznej. Psycholog lub psychiatra również nie mają bezpośredniego dostępu do psychiki pacjenta. Dysponuje ewentualnie wynikami przeprowadzonej obserwacji, wywiadem i wynikami poszczególnych testów psychologicznych. Na podstawie tych szczątkowych informacji o pacjencie możliwe jest jednak sformułowanie trafnej diagnozy jego stanu psychicznego i wdrożenie skutecznego leczenia.

Analogicznie w postępowaniu karnym sąd może dysponować całym wachlarzem środków dowodowych, w tym m.in. wyjaśnieniami oskarżonego, zeznaniami świadków, dowodami rzeczowymi czy wreszcie opinią biegłego psychologa lub psychiatry, które mogą dostarczać relewantnych informacji na temat psychiczno-intelektualnego stosunku sprawcy do popełnienia czynu.

Niemal wzorcowe wnioskuje o kształcie wolicjonalno-intelektualnych determinant czynu z wykorzystaniem wyżej wymienionych środków dowodowych przeprowadził Sąd Apelacyjny w Łodzi, wydając głosowane orzeczenie. Sąd ten nie tylko zauważył, że analiza znamion strony podmiotowej nie może być jednoaspektowa, tj. opierać się np. tylko na fakcie użycia przez sprawcę niebezpiecznego narzędzia oraz sposobie działania, ale zwrócił także uwagę, że wniosek o procesach wolicjonalnych i intelektualnych danego sprawcy musi mieć potwierdzenie w całości kształcie okoliczności czynu oraz w psychice samego sprawcy.

Ustalanie kształtu zamiaru sprawcy lub jego braku właśnie ze względu na rodzaj użytego przy przestępstwie narzędzia było dość częstym zabiegiem już na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. Jak wskazywał I. Andrejew: „Jeżeli narzędziem przestępstwa była siekiera, łom, sztacheta żelazna, nóż, jeżeli tym narzędziem zadano razy w głowę albo w okolicę serca (...) – sędzia na podstawie zespołu takich faktów skłania się do wniosku, że było to zabójstwo umyślne przynajmniej w zamiarze ewentualnym. Jeżeli natomiast śmierć zadano gołymi rękami albo uderzeniem w okolice żołądka albo jakimś przedmiotem rzuconym z daleka, a sprawca jest osobą cieszącą się dobrą opinią – sędzia skłonny jest przyjąć nieumyślne spowodowanie śmierci”<sup>8</sup>. Zaznaczano też jednak

<sup>5</sup> M. Zieliński, *Poznanie*, s. 33.

<sup>6</sup> C. Znamierowski, *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1957, s. 107.

<sup>7</sup> I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1959, s. 260 i 290–291; *idem*, *Kwalifikacja prawna czynu przestępnego*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1987, s. 37.

<sup>8</sup> I. Andrejew, *Kwalifikacja*, s. 37.

wyraźnie w ówczesnym orzecznictwie, że samo narzędzie nie może stanowić jedynej podstawy wnioskowania<sup>9</sup>.

W postępowaniu, które zakończyło się wydaniem głosowanego orzeczenia, w akcie oskarżenia przyjęto kwalifikację czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Orzekający w pierwszej instancji Sąd Okręgowy, nie dopatrując się w zachowaniu oskarżonego zamiaru zabójstwa, uznał go za winnego dopuszczenia się jedynie czynu z art. 157 § 1 k.k. Wyrok ten został utrzymany w mocy w postępowaniu apelacyjnym. Prokurator, formułując swą apelację, wskazywał, że użycie przez oskarżonego noża, ugodzenie nim w brzuch oraz wcześniejsze posługiwanie się przez oskarżonego siekierą jednoznacznie świadczą o tym, że oskarżony działał z zamiarem zabójstwa pokrzywdzonego.

W uzasadnieniu głosowanego wyroku Sąd Apelacyjny trafnie jednak kontrargumentował twierdzenia prokuratury, podkreślając kilkakrotnie, że fakt użycia przez oskarżonego noża i zadanie nim ciosu w okolice brzucha, penetrującego do jamy brzusznej, gdzie znajdują się, jak podkreślał w skardze apelacyjnej prokurator, ważne dla życia człowieka organy, nie może samodzielnie przesądzać o istnieniu po stronie oskarżonego zamiaru zabójstwa, nawet ewentualnego. Pozostałe elementy całego zdarzenia przestępnego, a przede wszystkim dynamika zajścia, na którą zwróciły uwagę orzekające w sprawie sądy obu instancji, dostarczają informacji, że oskarżony nie zamierzał zabić pokrzywdzonego. Jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny, oskarżony zadał za pomocą noża tylko jeden cios, choć mógł, nie było bowiem ku temu faktycznych przeszkód, zadać ich znacznie więcej. Nadto oskarżony podczas wcześniejszej kłótni z pokrzywdzonym trzy-

mał w rękach siekierę oraz inne narzędzia, które mogły być użyte do zadania pokrzywdzonemu obrażeń, oskarżony nie wykorzystał ich jednak w tym celu. Wnioskowanie, które przeprowadził w tym zakresie Sąd, oparte było na okolicznościach całego zajścia, a nie tylko na momencie zadania przez oskarżonego ciosu nożem. Także kwestie wypowiedane przez oskarżonego przed samym czynem – mówienie w trybie przypuszczającym o zabójstwie pokrzywdzonego – mogą sugerować, że oskarżony nie miał takiego zamiaru. Na aprobatę zasługuje też zwrócenie przez Sąd Apelacyjny uwagi na ocenę całego zdarzenia przez jego naocznych świadków, którzy, co warto dodać, znali oskarżonego. Ich ocena jego zachowania mogła więc być dla Sądu miarodajna. Z zeznań świadków wynikało, że nie traktowali oni poważnie, podobnie zresztą jak sam pokrzywdzony, zachowania oskarżonego polegającego na posługiwaniu się nożem czy siekierą podczas kłótni z pokrzywdzonym. Wynikać z tego może wniosek, że oskarżony nie manifestował w żaden sposób swym zachowaniem zamiaru zabójstwa.

W świetle tych okoliczności sam rodzaj użytego narzędzia i miejsce zadania obrażeń nie mogą przesądzać o przypisaniu sprawcy zamiaru dokonania czynu z art. 148 § 1 k.k. Podkreślić przy tym trzeba, co też uczynił w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia Sąd Apelacyjny, że przy poszczególnych przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu desygnaty znamion przedmiotowych częstokroć pozostają tożsame. Zachowania ich sprawców różnicują natomiast właśnie znamiona strony podmiotowej<sup>10</sup>. Tak dzieje się np. przy spowodowaniu różnych uszczerbków na zdrowiu (art. 156 k.k. lub 157 k.k.) i usiłowaniu zabójstwa (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.) czy przy dokonaniu zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) i nieumyślnym

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 9 maja 1974 r., III KR 388/73, OSNKW 1994, nr 7, poz. 137 i wyrok Sądu Najwyższego z 18 czerwca 1974 r., III KR 53/74, OSNKW 1974, nr 9, poz. 170.

<sup>10</sup> M. Gałęski, M. Kowalewska, *Ustawowa charakterystyka znamienia skutku a jego subiektywna konkretyzacja na podstawie art. 156 § 1 k.k.*, (w:) E. Hryniewicz, M. Małolepszy (red.), *Karne aspekty spowodowania uszczerbku na zdrowiu w prawie polskim, niemieckim i austriackim*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 2013, s. 72.



spowodowaniu śmierci (art. 155 k.k.). Ustalenie zamiaru oskarżonego powinno więc być dokonywane w takich wypadkach każdorazowo ze szczególną starannością. Staranności takiej z pewnością nie zabrakło Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi przy wydawaniu glosowanego orzeczenia.

Kończąc omawianie i ocenę przedmiotowego wyroku, dodać jeszcze trzeba, że przedstawione w jego uzasadnieniu wzorcowe wnioskowanie Sądu co do kształtu znamion strony podmiotowej stanowić może argument na

rzecz poglądu, który jest bliski autorce glosy. Poglądu, który zakłada, że pomimo tego, iż dowodzenie w postępowaniu karnym znamion strony podmiotowej jest rzeczywiście piętą achillesową nie tylko prawa dowodowego<sup>11</sup>, ale prawa karnego w ogóle, to dowodzenie takie jest możliwe. Może być ono przy tym prawidłowe w tym znaczeniu, że będzie prowadziło do dokonania przez sąd ustaleń zgodnych z rzeczywistością i czyniło zadość podstawowej dla procesu karnego zasadzie prawdy materialnej.

---

<sup>11</sup> T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności*, (w:) J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń: TNOiK „Dom Organizatora” 2011, s. 31.

## GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 20 LISTOPADA 2013 R., II KK 184/13<sup>1</sup>

Teza glosowanego postanowienia brzmi:

Składający wyjaśnienia, chcąc skorzystać z obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 3 albo § 4 k.k., musi być lojalnym procesowym współpracownikiem organów ścigania oraz organów wymiaru sprawiedliwości i właśnie dlatego, trafnie, nazywany jest „małym świadkiem koronnym” we własnej i cudzej sprawie karnej.

Ocena glosowanego postanowienia Sądu Najwyższego wymaga omówienia dwóch kwestii. Pierwsza określa pytanie o trafność ogólnie pojętej tezy głównej (będącej fragmentem uzasadnienia glosowanego postanowienia). Druga łączy się ze sprawą pojmowania ustawowego określenia „istotne okoliczności przestępstwa” w kontekście art. 60 § 3 k.k.

Pytanie o trafność tezy glosowanego postanowienia zmusza następnie do wyjaśnienia trzech rzeczy. Najpierw chodzi o ustalenie konstrukcyjnych różnic między instytucjami „dużego” i „małego” świadka koronnego. Następnie zaś chodzi o to, czy art. 60 § 3 k.k. reguluje formę ujawnienia informacji dotyczących osób współdziałających ze sprawcą w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia. Odpowiedzi wymaga również pytanie, czy *de lege lata* istotnie należy przyjmować, że sprawca przestępstwa, chcąc skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary w postaci obligatoryjnej z przyczyn podanych w art. 60 § 3 k.k., rzeczywiście musi być „współ-

pracownikiem organów ścigania”, a do tego „procesowym”.

Sprecyzowane wyżej kwestie należy rozważyć na tle takiego oto układu procesowego. Sąd Apelacyjny w W., wyrokiem z 30 stycznia 2013 r., utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego w W. z 26 kwietnia 2013 r., którym skazani zostali: M. G. za czyn zakwalifikowany z art. 148 § 1 k.k. na karę 14 lat pozbawienia wolności, S. K. za czyn zakwalifikowany z art. 148 § 1 k.k. na karę dożywotniego pozbawienia wolności, A. L. za czyn zakwalifikowany z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. na karę 25 lat pozbawienia wolności oraz za czyn zakwalifikowany z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności i karę łączną 25 lat pozbawienia wolności, G. F. za czyn zakwalifikowany z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. na karę 6 lat pozbawienia wolności.

Od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego kasacje, na korzyść wszystkich oskarżonych, wnieśli ich obrońcy, formułując zarzuty naruszenia przez Sąd odwoławczy prawa procesowego.

<sup>1</sup> OSNKW 2014, nr 3, poz. 28.

wego i prawa materialnego. Wśród wniesionych kasacji znajdowała się kasacja wniesiona przez obrońcę skazanego M. G. Obrońca tego skazanego w kasacji zarzucił m.in. „rażącą obrazę prawa materialnego, tj. art. 60 § 3 k.k. przez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy M. G. jeszcze w toku pierwszego przesłuchania, a także podczas posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu, szczegółowo opisał istotne okoliczności dotyczące przebiegu zdarzenia oraz ujawnił organom ścigania informacje dotyczące pozostałych współsprawców, które to informacje nie były jeszcze organom znane, jego zeznania były pełne, szczerze, spontaniczne i stanowiły podstawę ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd”, wniósł o „uchylenie w całości wyroków Sądu pierwszej i drugiej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w W.”.

Głosowanym postanowieniem wniesiona kasacja została oddalona przez Sąd Najwyższy, który doszedł do wniosku, że *in concreto* skazany M. G. nie spełnił warunku ujawnienia „istotnych okoliczności” przestępstwa w rozumieniu art. 60 § 3 k.k. Nie podał mianowicie znanego sobie nazwiska kierowcy samochodu, którym sprawcy przybyli na miejsce zabójstwa, a przede wszystkim nie ujawnił postaci „zamiaru”, jaki miał być udziałem oskarżonych M. G. i S. K. Tymczasem M. G. we wszystkich wyjaśnieniach, a więc tym razem konsekwentnie, podawał, że z S. K. uzgodnili i realizowali zamiar „postraszenia” czy też „podduszenia” pokrzywdzonej, a nie zamiar pozbawienia jej życia w wyniku uduszenia zaciskanym na jej szyi paskiem, M. G. przytrzymał ofiarę za nogi, a S. K. zaciskał na jej szyi pasek. Ponieważ sprawca, zauważa Sąd Najwyższy, odwołując się do swojego wcześniejszego orzecznictwa, chcący skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary ma obowiązek również, a nawet przede wszystkim, złożyć prawdziwe wyjaśnienia dotyczące właśnie tego zamiaru, to tym

samym skazany M. G. nie spełnił warunków stosowania art. 60 § 3 k.k.

Jak łatwo dostrzec, *in concreto* Sąd Najwyższy uznał, że do zasobu „istotnych okoliczności” przestępstwa należą personalia osoby uczestniczącej w zdarzeniu w sposób niestanowiący żadnego przestępstwa oraz zamiar, z jakim sprawcy realizowali przestępstwo, w postaci ustalonej przez orzekające w sprawie sądy.

Kilka uwag wymaga zasygnalizowane wyżej pytanie dotyczące konstrukcyjnych różnic między instytucjami „dużego” i „małego” świadka koronnego, a tym samym ustalenia, czy adekwatna jest powszechnie funkcjonująca umowna nazwa „mały świadek koronny” dla rozwiązania przewidzianego w art. 60 § 3 k.k. Otóż z prawnomaterialnego punktu widzenia różnice między interesującymi nas tu instytucjami mają całkiem zasadniczy charakter. Odmiennie funkcje normatywne (oraz podstawy) ich stosowania harmonizują z odmiennymi konsekwencjami prawnymi ich zastosowania. Zasadniczy akcent pada zresztą na tę pierwszą sprawę. Nie ulega wątpliwości, że „duży” świadek koronny zawsze ujawnia wiedzę całkowicie lub częściowo nową dla organów ścigania<sup>2</sup>. Z pewnością nie wystarczy, aby sprawca przekazał wiedzę jedynie „subiektywnie” nową dla organu. Ta wiedza, którą sprawca dzieli się z organem ścigania, także obiektywnie musi być nieznaną temu organowi. Jest to nieodzowny warunek tego, aby w sposób rzeczywisty umożliwić organom ścigania wszczęcie i ukierunkowanie postępowania karnego oraz ściganie karne innych osób. Sprawca zatem jest pierwszym, a niekiedy i jedynym źródłem ujawnionych informacji. W takich warunkach wobec sprawcy całkowicie adekwatne jest posługiwanie się nazwą „świadek koronny”. Natomiast niepodobna teoretycznie uzasadniać analogicznych konotacji w stosunku do sprawcy, o którym mowa w art. 60 § 3 k.k., ponieważ ujawnienie informacji nowych dla organu powołanego do ścigania przestępstw do istoty art. 60 § 3 k.k. nie należy. Jest tak dlatego,

<sup>2</sup> Por. B. Kurzępa, *Świadek koronny w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, z. 9, s. 34.

że w art. 60 § 3 k.k. ustawodawca zadowolili się jedynie ujawnieniem „subiektywnym”, czyli – od strony organu ścigania patrząc – jedynie potwierdzeniem wiedzy już posiadanej przez ten organ<sup>3</sup>. Ustawa w ogóle nie żąda od sprawcy ujawnienia ani jednej informacji nieznaną organowi ścigania. Chodzi po prostu o to, że stan wiedzy organu ścigania po ujawnieniu przez sprawcę informacji o przestępstwie jest taki sam, jaki w tym zakresie był już wcześniej. Nic się w stanie tej wiedzy nie zmienia. Gdyby było inaczej, nie byłoby to żadne potwierdzenie wiedzy organu ścigania. Wszakże potwierdzić można wyłącznie to, co już organ zna; czego organ jeszcze nie zna, potwierdzić nie można. Obrazowo rzecz ujmując – w konkretnej sprawie karnej materiał dowodowy może się przedstawiać w ten sposób, że bez żadnego udziału „małego świadka koronnego” możliwe jest wniesienie oskarżenia przeciwko wszystkim współdziałającym w popełnieniu przestępstwa, a następnie przypisanie im tego przestępstwa w wyroku skazującym. Inaczej mówiąc – ujawnienie może się odbywać w warunkach, w których i bez udziału sprawcy wszystko może być dowiedzione, a informacje pochodzące od niego *in concreto* nie wniosą do sprawy nic nowego. Informacje te nie muszą również precyzować czy rozszerzać wiedzy już posiadanej przez organ ścigania. Taka właśnie jest normatywna konstrukcja art. 60 § 3 k.k.<sup>4</sup> Oczywiście jest zatem, że różnica między oczekiwaniami ustawodawcy w stosunku do „kandydata” na świadka koronnego a sprawcą, o którym mowa w art. 60 § 3 k.k., jeśli idzie o sprawę stanu wiedzy organu powołanego do

ścigania przestępstw, jest tak wyraźna, że trudno rozsądnie wskazać jakiegokolwiek podobieństwa. Właśnie ten aspekt normatywny jest tym, który w zasadniczy sposób różnicuje regulację art. 60 § 3 k.k. z instytucją „dużego” świadka koronnego<sup>5</sup>. Przepis art. 60 § 3 k.k. nie dotyczy zatem w ogóle sytuacji, z jaką mamy do czynienia w kontekście „dużego” świadka koronnego, ponieważ rolą rozwiązania przewidzianego w art. 60 § 3 k.k. nie jest ułatwienie organom procesowym wypełniania obowiązku ścigania przestępców. Odmienne myślenie w tej kwestii nie jest wolne od błędu *petitio principii*.

Powyższe uwagi wskazują na to, że całkowicie nieadekwatna jest nazwa „mały świadek koronny” dla rozwiązania przewidzianego w art. 60 § 3 k.k. Cóż to bowiem za świadek koronny, nawet jeśli powiemy, że jest on „mały”, skoro według ustawodawcy w ogóle nie musi on ujawnić żadnej nowej informacji o przestępstwie, poświadczyc jedynie prawdziwość faktów już znanych, ustalonych na podstawie innych źródeł dowodowych<sup>6</sup>. Można się upierać i taką nazwą posługiwać się dalej, tylko jaki sens dla prawa karnego ma posługiwanie się taką błędną nazwą, która nieadekwatnie opisuje rzeczywistość?

Kilka słów należy poświęcić sprawie formy ujawnienia, o której stanowi art. 60 § 3 k.k. Powstaje tu doniosłe praktycznie pytanie, czy art. 60 § 3 k.k. zawiera normatywny warunek ujawnienia w formie procesowej przewidzianej dla złożenia wyjaśnień. Jak wiadomo, za formą wyjaśnień opowiada się orzecznictwo i przeważająca część doktryny. Uważam jednak, że takiego warunku ustawa

<sup>3</sup> Szerzej zob. K. Siwek, *O znaczeniu pojęcia „ujawni” w art. 60 § 3 k.k. Uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 27 października 2009 r. (II KK 45/09)*, „Przebieg Sądowy” 2013, nr 9, s. 72–92.

<sup>4</sup> Zupełnie więc nie wiadomo, na jakiej podstawie sformułowano tezę, że nadzwyczajnie złagodzenie kary na podstawie art. 60 § 3 k.k. należy stosować wtedy, gdy sprawca, zrywając ze środowiskiem przestępczym, „umożliwia pociągnięcie jego członków do odpowiedzialności karnej”, zob. postanowienie SN z 27 listopada 2006 r., II KO 54/08, LEX nr 487693. Jest to zapewne wyraz nadmiernej przejęcia się nazwą „mały świadek koronny”.

<sup>5</sup> Natomiast odmienności przedmiotowe i podmiotowe obu tych instytucji, czy też konwersja roli procesowej sprawcy, są jedynie dalszymi, mniej już istotnymi różnicami.

<sup>6</sup> Przymiotnik „mały” nic tu przecież nie zmienia. Żeby bowiem określone rozwiązanie prawne nazywać „małym świadkiem koronnym”, w pierwszej kolejności należy móc je uznać za świadka koronnego. Wszakże ma to być świadek koronny, tyle że mały.

nie formułuje. Po pierwsze dlatego, że ustawa nie wyłącza ujawnienia pośredniego, przed organem niepowołanym w ogóle do ścigania przestępstw. Pośrednie ujawnienie nie może przecież nastąpić w formie procesowej przewidzianej dla wyjaśnień. Po drugie dlatego, że należy tu respektować normatywne zasadnicze różnice pomiędzy „ujawnieniem” a „zawiadomieniem”<sup>7</sup>.

Dalej należy odpowiedzieć na postawione na wstępie pytanie o to, czy *de lege lata* istotnie należy przyjmować, że sprawca przestępstwa, chcąc skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary w postaci obligatoryjnej z przyczyn podanych w art. 60 § 3 k.k., rzeczywiście musi być „współpracownikiem organów ścigania”, a do tego współpracownikiem „procesowym”.

Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco z dwóch powodów. Po pierwsze dlatego, że jest to oczywistą konsekwencją dopuszczalności ujawnienia pośredniego. Jest oczywiste, że ujawnienie przed organem niepowołanym w ogóle do ścigania przestępstw nie może się odbyć w warunkach procesowych. Następnie dlatego, że według ustawy miarodajny jest fakt ujawnienia określonych informacji „wobec” organu ścigania, a nie „przed” organem ścigania (por. art. 60 § 4 k.k. i art. 259 k.k.)<sup>8</sup>. Bez wątplenia więc ustawa zezwala na ujawnienie interesujących tu informacji przed sądem, byle odbyło się to „wobec”, czyli w obecności organu ścigania. W ten sposób unika się zresztą niebezpieczeństwa całkowitej eliminacji stosowania art. 60 § 3 k.k. w określonych uwarunkowaniach procesowych związanych z oskarżeniem posiłkowym subsydiarnym (art. 55 k.p.k.)<sup>9</sup>.

Trudno więc mówić, że do istoty art. 60 § 3 k.k. należy procesowa współpraca sprawcy z organem ścigania. Okazuje się zatem, że Sąd Najwyższy niesłusznie uważa w sposób generalny, iż sprawcę, względem którego ma być stosowany art. 60 § 3 k.k., należy określać mianem procesowego współpracownika organów ścigania. Ani to współpracownik procesowy, ani współpracownik organów ścigania.

Pozostaje jeszcze sprawa zaliczenia przez Sąd Najwyższy do zakresu pojęcia „istotne okoliczności” przestępstwa personaliów osoby, która nie uczestniczyła w popełnieniu przestępstwa, a także zamiaru, z jakim sprawcy realizowali przestępstwo. Nie trzeba bliżej wykazywać, że zagadnienie to ma doniosłe znaczenie praktyczne. Nie wchodząc tu w szczegóły, należy poprzestać na podkreśleniu, co następuje. Otóż przepisu art. 60 § 3 k.k., w tym użytego w nim określenia „istotne okoliczności” przestępstwa, nie można wyrywać z kontekstu, nader istotny jest zatem fakt, że w świetle art. 250a § 4 k.k. wyrażenie „okoliczności” przestępstwa oznacza li tylko okoliczności, w których doszło do popełnienia przestępstwa sprzedaży głosu wyborczego, a więc okoliczności czasu, miejsca, sytuacji. Cała reszta, w szczególności prawdziwe dane, które są istotne dla charakterystyki przestępstwa w jego ustawowych znamionach, a więc stan faktyczny odpowiadający opisowi typu czynu zabronionego w ustawie karnej czy sposób popełnienia przestępstwa, bez reszty należy do zakresu określenia „fakt przestępstwa”<sup>10</sup>. Należy więc przyjąć, że ilekroć ustawodawca żąda jedynie „okoliczności” czy „istotnych okoliczności” przestępstwa, tylekroć nie ma na względzie „faktu przestęp-

<sup>7</sup> Szerzej zob. K. Siwek, *Dziesięć mitów w myśleniu o wykładni art. 60 § 3 Kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 4, s. 90–95.

<sup>8</sup> Ewidencje niezgodna z treścią art. 60 § 3 k.k. jest więc wypowiedź, że w sferze stosowania art. 60 § 3 k.k. „ujawnienie musi być dokonane przed organem powołanym do ścigania przestępstw”. Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 4 kwietnia 2013 r., II Aka 90/13, LEX nr 1322882.

<sup>9</sup> Por. K. Siwek, *Dziesięć mitów*, s. 89–93.

<sup>10</sup> W taki właśnie sposób – na tle art. 243 § 1–4 k.k. z 1969 r. – trafnie pojmowano w literaturze „fakt przestępstwa” i „okoliczności” jego popełnienia. Zob. T. Chrustowski, *Prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty łapówkarstwa*, Warszawa 1985, s. 117–118.

stwa<sup>11</sup>. Jest tak dlatego, że ani „okoliczności”, ani „istotnych okoliczności” przestępstwa niepodobna traktować jako zawierających „fakt przestępstwa”. Generalnie rzecz biorąc, należy stwierdzić, że w języku prawnym ustaw karnych „fakt przestępstwa” to coś zupełnie innego niż „okoliczności” i „istotne okoliczności” przestępstwa<sup>12</sup>. Terminy „fakt przestępstwa” oraz „okoliczności” i „istotne okoliczności” przestępstwa są terminami rozłącznymi, gdyż

ich zakresy wykluczają się (nie mają żadnych wspólnych desygnatów)<sup>13</sup>. Ponieważ ustawa nigdzie nie zastrzega, że sprawca, o którym mowa w art. 60 § 3 k.k., ma obowiązek ujawnić również „fakt przestępstwa”, to tym samym te „istotne okoliczności” dotyczą czegoś innego aniżeli „faktu przestępstwa”, czyli stanu faktycznego odpowiadającego ustawowemu opisowi typu czynu zabronionego<sup>14</sup>. Do zakresu pojęcia „okoliczności” przestępstwa

<sup>11</sup> Na szczególną uwagę zasługuje następujący trafny pogląd SN wypowiedziany na tle art. 8 obowiązującego dekretu z 20 lipca 1964 r. o amnestii (Dz.U. nr 27, poz. 174): „przepis ten bowiem przewiduje ujawnienie przez sprawcę organom ścigania «okoliczności czynu» i osób współdziałających z nim w dokonaniu przestępstwa, a nie ujawnienie przez sprawcę «przestępstwa» i osób, które z nim współdziałały w dokonaniu tego przestępstwa”. Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z 16 grudnia 1966 r., VI KZP 23/66, OSNKW 1976, nr 3, poz. 19. Teza ta trafnie oddaje różnicę między „faktem przestępstwa” a „okolicznościami” jego popełnienia. Mówiąc innymi słowy, SN uznał, że „okoliczności czynu” nie obejmują „faktu przestępstwa”. Ponieważ w art. 8 powołanego dekretu użyto ogólnego określenia „okoliczności”, to z całą pewnością cytowana wypowiedź z powołaniem może być odniesiona również do pojęcia „istotne okoliczności przestępstwa”. Przemawiają za tym zarówno racje logiczne („okoliczności” jest nazwą nadrzędną względem „istotnych okoliczności” i obejmuje swym zakresem każde – „istotne” i „nieistotne” – okoliczności), jak i racje normatywne (*lege non distinguente*). Podobnie przedstawia się wzajemna relacja pojęć: „czyn” i „przestępstwo”. To pierwsze jest nadrzędne względem drugiego, skoro jest najszersze zakresowo. Zob. M. Kulik, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 233. Bliżej w sprawie nazw: „czyn”, „czyn zabroniony”, „czyn przestępny” (przestępstwo) i relacji zachodzących między zakresami tych nazw – zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typyzacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 145–146.

<sup>12</sup> Tak właśnie przedstawiała się ta kwestia na tle art. 2 § 1 pkt 2 ustawy z 10 maja 1985 r. o szczególnej odpowiedzialności karnej (Dz.U. nr 23, poz. 101): „(...) zawiadomił (...) o fakcie przestępstwa i istotnych okolicznościach jego popełnienia”. Analogiczne sformułowanie występowało również w art. 254 § 1 k.k. z 1969 r.: „(...) nie zawiadamia (...) o fakcie przestępstwa i okolicznościach jego popełnienia (...)”.

<sup>13</sup> Dodać tu jeszcze trzeba, że również „wszystkie” istotne okoliczności przestępstwa nie obejmują swym zakresem „faktu przestępstwa”. Gdyby było inaczej, w art. 229 § 6 k.k., art. 230a § 3 k.k. i art. 296a § 5 k.k. ustawodawca nie wymagałby zawiadomienia „o tym fakcie” (tj. o fakcie przestępstwa) obok wymogu ujawnienia „wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa”. Takie ujęcia świadczą o tym, że ustawa uwzględnia po prostu to, że „fakt przestępstwa” i „wszystkie” okoliczności przestępstwa to dwie rzeczy całkiem różne. Jak dalece mogą sięgać nieporozumienia spowodowane nieuwzględnianiem tych dwóch różnych określeń, świadczy następująca wypowiedź sformułowana na tle art. 229 § 6 k.k.: „okolicznościami istotnymi w rozumieniu tego przepisu są wszelkie okoliczności umożliwiające rozpoznawanie ustawowych znamion przestępstwa sprzedajności w zachowaniu osoby przyjmującej korzyści lub ich obietnice”, zob. O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, t. II, s. 71. Gdyby podzielić ten pogląd, należałoby retorycznie zapytać, co w takim razie należy do zakresu zwrotu: „o tym fakcie”. Jest oczywiste, że znamiona przestępstwa należą przecie do „faktu przestępstwa”. Takie jawne niestrzymanie się tekstu ustawy i utożsamianie ze sobą faktu przestępstwa i istotnych okoliczności jego popełnienia można również zaobserwować w wypowiedziach doktryny sformułowanych na tle aktów amnestyjnych. Pisano bowiem następująco: „Artykuł 5 wymaga jedynie, aby sprawca w określonym czasie ujawnił «okoliczności czynu oraz osoby, które z nim współdziałały w popełnieniu tego przestępstwa». Jeżeli zaś oskarżony okoliczności dotyczące «tego przestępstwa» ujawnił, nie ujawnił natomiast faktu popełnienia odrębnie oznaczonych przestępstw, to następstwem takiego stanu rzeczy jest, że ma on prawo do ubiegania się o złagodzenie kary **za przestępstwo, które ujawnił** (...) [podkreśl. moje – K. S.]”. Zob. J. Bednarzak, *Ustawa o amnestii. Komentarz*, Warszawa 1974, s. 28. Identycznie – J. Bednarzak, J. Lewiński, J. Mikos, W. Tomczyk, *Dekret o amnestii z dnia 19 lipca 1977 r. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 33.

<sup>14</sup> Doktryna nie stawiała zresztą wymagania ujawnienia „faktu przestępstwa” w związku z identycznym zwrotem użytym w art. 8 ust. 2 ustawy z 21 lipca 1969 r. o amnestii (Dz.U. nr 21, poz. 151). Zob. J. Bafia, S. Paweła, *Amnestia. Komentarz do ustawy z dnia 21 lipca 1969 r.*, Warszawa 1969, s. 32. Dodać trzeba, że ustawa nie zastrzega również, aby



(a więc i również podrzędnych „istotnych” okoliczności) należą tylko te elementy, których ustawodawca nie wskazał bezpośrednio w opisie typu czynu zabronionego (faktyczne okoliczności czasu, miejsca, sytuacji). Te bowiem elementy, które do tego opisu należą, znajdują się w zakresie „faktu przestępstwa” (modalne znamiona dotyczące czasu, miejsca i sytuacji). Słowem – okoliczności, które należą do znamion czynu zabronionego przez ustawę karną, nie można uważać za „istotne” okoliczności popełnienia przestępstwa na tle art. 60 § 3 k.k. Nie ma żadnych powodów, żeby określenie „istotne okoliczności” przestępstwa pojmować inaczej akurat w kontekście art. 60 § 3 k.k. Ze względów systemowych wysoce wątpliwe jest bowiem traktowanie określenia „istotne okoliczności” przestępstwa jako synonimu „faktu przestępstwa i okoliczności jego popełnienia” tudzież „faktu przestępstwa i wszystkich jego istotnych okoliczności”.

Jeżeli się więc uważa, że w rozumieniu art. 60 § 3 k.k. „istotne okoliczności” przestępstwa to te, „które stwarzają podstawy do ustalenia przestępstwa i jego właściwej kwalifikacji”<sup>15</sup>, czy też się przyjmuje, że „okoliczności istotne w rozumieniu art. 60 § 3 k.k. to takie, które pozwalają ustalić i udowodnić popełnienie przestępstw ich sprawcom (...)”<sup>16</sup>, tudzież okoliczności „istotne” wiąże się z ustawowymi znamionami przestępstwa<sup>17</sup>, to takie poglądy

są wynikiem splątania w jednym terminie odstających od siebie pojęć języka prawnego występujących w analogicznych kontekstach normatywnych, tj. „istotnych okoliczności przestępstwa” i „faktu przestępstwa”. Takie poglądy ewidentnie abstrahują od rzeczywistej treści art. 60 § 3 k.k. U ich podstaw leży bowiem objęcie zakresem ustawowego wyrażenia „istotne okoliczności” tego, co tymi istotnymi okolicznościami wcale nie jest, a mianowicie wszystkich ustawowych znamion typu czynu zabronionego (zwrotowi: „istotne okoliczności” nadaje się brzmienie: „ujawni fakt przestępstwa i istotne okoliczności jego popełnienia”). W ten sposób „uzupełnia” się art. 60 § 3 k.k. o zwrot, który nie został w nim użyty<sup>18</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że zamiar należy do zasobu informacji o przestępstwie, a nie do istotnych okoliczności jego popełnienia. Zamiar sprawcy odnosi się przecież do ustawowych znamion typu czynu zabronionego<sup>19</sup>. Tym samym przynależy do zakresu ustawowego określenia „fakt przestępstwa”, którego nie ma jednak w treści art. 60 § 3 k.k. Wbrew zatem stanowisku Sądu Najwyższego postać zamiaru, z jakim sprawcy realizowali popełnione przestępstwo, w ogóle nie należy do zakresu pojęcia „istotne okoliczności” przestępstwa w rozumieniu związanym z art. 60 § 3 k.k. W konsekwencji nieujawnienie zamia-

---

sprawca „ujawnił prawdę”, jak to było w art. 243 § 2 i 4 k.k. z 1969 r. Właśnie z tym określeniem doktryna łączyła fakt przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 521. Takim „zbiorczym” określeniem ustawodawca jednak w art. 60 § 3 k.k. nie operuje.

<sup>15</sup> Zob. wyrok SA w Lublinie z 30 sierpnia 2012 r., II Aka 152/12, LEX nr 1237249.

<sup>16</sup> Por. wyrok SA we Wrocławiu z 16 października 2013 r., II Aka 298/13, LEX nr 1392140.

<sup>17</sup> Do poglądu tego SN zdaje się być bardzo przywiązany, bliżej zob. K. Siwek, *O pojęciu istotne okoliczności przestępstwa*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 6, s. 38–39 i wskazane tam orzecznictwo oraz literatura. Zob. także wyrok SA w Warszawie z 13 września 2013 r., II Aka 215/13, LEX nr 1378884.

<sup>18</sup> W takim też świetle należy oceniać wypowiedź, że okoliczności „istotne” to takie, które m.in. pozwalają „określić (...) zakres odpowiedzialności karnej”. Zob. P. Hofmański, L. K. Paprzycki, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 283. Skoro bowiem ustawa w art. 60 § 3 k.k. nie przewiduje obowiązku ujawnienia „faktu przestępstwa”, a bez tego elementu nie sposób w ogóle ustalić istnienia odpowiedzialności karnej, to tym samym niepodobna ustalić i zakresu tej odpowiedzialności.

<sup>19</sup> Por. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona*, s. 69: „przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumiemy więc cechy zewnętrznego zachowania się człowieka, skutku i okoliczności tego zachowania się, jak również stosunku psychicznego do tego zdarzenia”. Nie ulega więc wątpliwości, że stosunek psychiczny sprawcy do zdarzenia (zamiar), należy do zespołu ustawowych znamion typu czynu zabronionego, czyli do „faktu przestępstwa”.

ru, z jakim sprawcy popełnili przestępstwo, w żadnym razie nie może blokować stosowania art. 60 § 3 k.k. W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy w ogóle się nie wypowiedział, jaki jest wzajemny stosunek pojęć „fakt przestępstwa” i „okoliczności” jego popełnienia na tle art. 250a § 4 k.k. i czy przepis ten ma, a jeśli tak, to jaki, wpływ co do sposobu pojmowania wyrażenia „istotne okoliczności” przestępstwa

na interpretację przepisu art. 60 § 3 k.k.<sup>20</sup> Zamiast tego mamy sformułowanie o charakterze arbitralnym: „sprawca chcący skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary ma obowiązek również, a nawet przede wszystkim, złożyć prawdziwe wyjaśnienia dotyczące właśnie tego zamiaru”<sup>21</sup>.

W świetle przedstawionych uwag głosowane postanowienie uważam za nietrafne.

<sup>20</sup> W tym zakresie pod uwagę należałoby również wziąć i wiele innych przepisów Kodeksu karnego. Chodzi o wspomniane już art. 229 § 6, art. 230a § 3 i art. 296a § 5.

<sup>21</sup> Tej krytycznej oceny w żadnym stopniu i sensie nie podważa fakt odwołania się przez SN do swojego wcześniejszego, bo błędnego, orzecznictwa.

## GŁOŚA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 16 MAJA 2012 R., III CSK 227/11

Teza głosowanego wyroku brzmi:

**Sama aprobatą pacjenta dokonania zabiegu, uzyskana w sytuacji braku uprzedniego udzielenia mu przystępnej informacji, nie może być traktowana jako zgoda w rozumieniu art. 32 i 34 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 277, poz. 1634 ze zm.).**

I. U podstaw komentowanego orzeczenia, opublikowanego w „Biuletynie Sądu Najwyższego”<sup>1</sup>, leży stan faktyczny, w którym to osobie chorej, przed wyrażeniem przez nią zgody na wdrożenie zaproponowanego sposobu leczenia, nie tyle nie udzielono informacji o samym zabiegu (skutkach i ryzyku z nim związanym), ile nie poinformowano jej o alternatywnej metodzie leczenia. Sąd Najwyższy na przestrzeni lat, na kanwie postępowań opartych na kwestii zgody na leczenie i obowiązku informacyjnego, wydał wiele doniosłych wyroków, które ukształtowały linię orzeczniczą w tym przedmiocie<sup>2</sup>. W dorobku Sądu Najwyższego natomiast brak było rozstrzygnięcia odnoszącego się do obowiązku informacyjnego w związku z niepoinformowaniem pacjenta o alternatywnej metodzie terapii. W praktyce do tej kwestii nie przywiązywano większego znaczenia, a to zapewne z uwagi na okoliczność, że pomimo zastosowania jednej z alternatywnych metod

w procesie terapeutycznym cel leczenia był osiągnięty, a co za tym idzie – wyleczony pacjent nie występował z roszczeniem o odszkodowanie. W dobie galopującego postępu medycyny coraz częściej jednak dochodzi do sytuacji, w których lekarz, mając do wyboru wachlarz możliwości terapeutycznych, proponuje pacjentowi leczenie bez wyczerpującego poinformowania go o innych metodach leczenia, a wręcz narzuca mu wybraną przez siebie metodę. Abstrahując jednak od arbitralnego wyboru sposobu leczenia przez lekarza, należy podkreślić, że brak wiedzy medyka w zakresie dostępnych metod leczniczych i zmieniających się standardów w opiece medycznej jest niedopuszczalny.

Jednocześnie poruszane w niniejszej glosie zagadnienie ma doniosłe znaczenie, gdyż odnosi się do kwestii stanowiącej fundament w relacjach między lekarzem a pacjentem. Przekazana przez lekarza informacja (właściwa co do zakresu, sposobu i formy) powinna

<sup>1</sup> „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2012, nr 7, s. 13.

<sup>2</sup> Zob. m.in. M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 95 i n.; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1999, s. 129 i n.; B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia medycznego. Ujęcie wewnętrzny-systemowe*, Warszawa 2013, s. 409 i n.

umożliwić pacjentowi swobodną ocenę ryzyka i korzyści, jakie są związane z proponowaną formą leczenia, a w konsekwencji prowadzić do podjęcia decyzji w kwestii udzielenia (lub odmowy) zgody na poddanie się interwencji medycznej<sup>3</sup>. Nadto należy zauważyć, że gwarancja prawa do informacji jest *conditio sine qua non* ochrony autonomii pacjenta, która jest jednym z przejawów demokratycznego państwa prawa i ma swoje korzenie w przepisach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Szczególna potrzeba ochrony autonomii pacjenta wynika z asymetrii w relacjach pacjent–lekarz. Efektem takiej asymetrii jest konieczność podporządkowania się osoby chorej dynamice systemu ochrony zdrowia. Przez to pacjent, którego choroba powinna znajdować się w centrum zainteresowania, staje się słabszą stroną tej relacji i jest uzależniony od działań lekarza. Z powyższych względów brak wyczerpującego poinformowania pacjenta o alternatywnych metodach terapii nie tylko stanowi naruszenie ustawowego obowiązku informacyjnego lekarza wobec osoby chorej, ale prowadzi także do naruszenia jej autonomii.

**II.** W stanie faktycznym, na podstawie którego zapadł głosowany wyrok, powódka skierowała przeciwko Szpitalowi Wojewódzkiemu w T. pozew z roszczeniem o zapłatę kwoty 10 000,00 zł tytułem odszkodowania, 190 000,00 zł tytułem zadośćuczynienia oraz 600,00 zł miesięcznej renty. Uzasadnieniem dla żądania powódki była okoliczność, że przed wyrażeniem zgody na zabieg fundoplakacji metodą Nissena sposobem klasycznym (tj. otwartym) nie została ona poinformowana o innej (możliwej w tamtym czasie) metodzie leczenia i nie proponowano jej wykonania zabiegu tą alternatywną metodą, tj. laparoskopową, gdyż nie była ona stosowana w pozwanym szpitalu.

Ponadto także nie poinformowano powódki, że istnieje możliwość przeprowadzenia zabiegu przy zastosowaniu tej metody w innych placówkach medycznych.

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 16 maja 2012 r. skargi kasacyjnej powódki od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 23 listopada 2010 r. uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego. Zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego oddalił bowiem apelację powódki od wyroku Sądu Okręgowego, którym to zaś oddalone zostały żądania powódki w wyżej wskazanym zakresie. U podstaw rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego, jak można przeczytać w uzasadnieniu faktycznym wyroku Sądu kasacyjnego, leżało ustalenie, że powódka wyraziła zgodę na zabieg wykonany metodą klasyczną otwartą (metodą Nissena), oraz pogląd, iż brak jest podstaw do przyjęcia zawinienia lekarzy zatrudnionych przez pozwaną w związku z zastosowaniem tej metody.

Zdaniem Sądu Najwyższego uszło uwagi Sądu drugiej instancji, że powódka nie została poinformowana o możliwości dokonania zabiegu inną metodą, przez co pozbawiona została możliwości dokonania wyboru. W uzasadnieniu przedmiotowego rozstrzygnięcia czytamy, że „pacjent aby mógł dokonać świadomego wyboru, musi zostać o alternatywnej metodzie leczenia czy też diagnostyki poinformowany. W sytuacji, gdy istnieją alternatywne metody diagnostyczne lub lecznicze, wybór jednej z nich należy do pacjenta. Wybór ten lekarz ma obowiązek uszanować, nawet jeśli jego zdaniem nie jest on trafny”. Następnie Sąd Najwyższy wyprowadza zasadę „poinformowanej”, czy też jak w doktrynie określa się „uświadomionej”, „objaśnionej” zgody pacjenta<sup>4</sup> na czynność lekarską, z art. 31

<sup>3</sup> Udzielenie pacjentowi przystępnej informacji ma też swój cel terapeutyczny, albowiem ma wpłynąć na zmniejszenie jego lęku, zwiększenie gotowości do poddania się leczeniu i przestrzeganie związanych z nim dość często ograniczeń. Zob. w tej kwestii: B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie*, s. 417 i polecane tam źródła.

<sup>4</sup> O zgodzie „objaśnionej”, „uświadomionej” bądź „poinformowanej” w literaturze pisze się zamiennie. Zob. w tej kwestii: R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 259 i n.; Z. Banaszczyk, (w:) *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2011, s. 192 i polecana tam literatura.

ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, w którym to w kontekście obowiązku informacyjnego mowa o „proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych”. Jak zauważa Sąd kasacyjny, ustawodawca po to zamieścił to sformułowanie, aby dać wyraz zasadzie, że to pacjentowi powierza się wybór metody leczniczej. Wskazuje przy tym, że pacjent (z reguły laik) nie posiada stosownej wiedzy w przedmiocie diagnostyki i terapii, dlatego też w gestii lekarza leży przekonanie pacjenta do optymalnej, jego zdaniem, metody medycznej. Jak podnosi dalej w uzasadnieniu Sąd Najwyższy, jest to „istota staranności zawodowej lekarza”. Ostateczna zaś decyzja co do zastosowania konkretnej metody jest prerogatywą pacjenta, który może wybrać metodę nawet mniej inwazyjną, a także o zmniejszonej skuteczności terapeutycznej. Wybór taki jest podyktowany każdorazowo osobistymi przekonaniem pacjenta. Chory, wypowiadając swoje zdanie, daje wyraz swojemu przekonaniu, a także indywidualnej wrażliwości na ból, podatności na alergię oraz innym cechom osobniczym. Zadaniem lekarza jest natomiast wspomóc pacjenta w podjęciu decyzji, przy czym należy uszanować każdy wyraz woli chorego.

Wobec tak ukształtowanego poglądu Sąd Najwyższy orzekł, że zgoda pacjenta, o której mowa w art. 32 ust. 1 oraz w art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, która – jak podkreśla – jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli, wyłącza bezprawność interwencji lekarza dopiero wówczas, gdy jest to zgoda „poinformowana”. Oznacza to, że pacjent świadomie akceptuje zrozumiałe przezeń ryzyko dokonania zabiegu. Sama zaś aprobata dokonania zabiegu bez elementu objaśnienia czy też poinformowania „nie może być traktowana jako zgoda w jurydycznym tego słowa znaczeniu”.

**III.** Do lekarskiego obowiązku poinformowania pacjenta w taki sposób i w takim zakresie, aby pacjent wyraził uświadomioną zgodę na czynność, której ma zostać poddany, odniósł się ustawodawca, regulując przedmiotową kwestię w ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentystry<sup>5</sup>, jak również w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>6</sup>. Jak powszechnie przyjmuje się w nauce prawa, zgoda pacjenta dotknięta jest poważną, niedającą się usunąć wadą, a w konsekwencji tego jest nieskuteczna w sytuacji braku odpowiedniego i wyczerpującego poinformowania pacjenta, tj. braku „objaśnionej” zgody chorego. Nieudzielenie bowiem pacjentowi wyczerpującej informacji albo też udzielenie jej w sposób nieprzystępny bądź też przekazanie pacjentowi informacji nieprawdziwej powoduje, że udzielana zgoda jest nieuświadomiona, albowiem chory nie wie dokładnie lub w ogóle, na co wyraża zgodę i co mu grozi. W takich okolicznościach daną czynność lekarską trzeba traktować jako podjętą bez zezwolenia<sup>7</sup>.

**IV.** Przede wszystkim jednak wymóg uzyskania uświadomionej zgody osoby chorej na jakikolwiek zabieg terapeutyczny można wyprowadzić z przepisów ustawy zasadniczej, tj. z art. 41 Konstytucji RP<sup>8</sup>, który stanowi gwarancję nietykalności osobistej i wolności osobistej, oraz z art. 47 Konstytucji RP, stanowiącego, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, czci i dobrego imienia, a nadto do decydowania o swoim życiu osobistym. Sąd Najwyższy na kanwie innego stanu faktycznego zdefiniował wolność osobistą gwarantowaną przez przepisy Konstytucji RP jako „możliwość (niezależność, swobodę) podejmowania przez człowieka decyzji zgodnie z własną wolą”<sup>9</sup>. Jak słusznie zaś podkreśla B. Banaszak: „podjęte decyzje stają się z kolei w procesie ich realizacji podstawą dla podejmowania działań

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 27 września 2011 r. nr 277, poz. 1634.

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 24 stycznia 2012 r. poz. 159.

<sup>7</sup> Por. P. Daniluk, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 29 września 2005 r.*, I ACa 236/05, „Palestra” 2007, nr 5-6, s. 318.

<sup>8</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

<sup>9</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 13 marca 1990 r., V KZP 33/89, OSNKW 1990, nr 7, poz. 23.

i innych form aktywności (w tym również korzystania z innych wolności i praw) lub bezczynności jednostki w konkretnych sytuacjach zarówno w życiu prywatnym, jak i publicznym<sup>10</sup>. Nadmienić jednak należy, że w prawie pacjenta do informacji nie chodzi wyłącznie o urzeczywistnienie swobodnego i świadomego podjęcia decyzji o wyrażeniu zgody na zabieg, ale – jak zauważa M. Safjan – „wprost o ochronę wartości, jaką jest wiedza o sobie samym stanowiąca przesłankę konieczną dla podejmowania różnych decyzji w życiu osobistym”<sup>11</sup>. Warto też podkreślić, że już na wstępie uzasadnienia omawianego orzeczenia Sąd Najwyższy zauważa, iż pacjentowi przysługuje prawo do decydowania o sobie samym, dodając, że taka autonomia jest jednym z przejawów demokratycznego państwa prawa – jednej z najwyższych zasad konstytucyjnych.

V. Zakres przekazywanych przez lekarza informacji został przez ustawodawcę wskazany w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, tożsama w tym zakresie norma to art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Każdy z tych przepisów określa swoiste minimum informacji, jakie w przekonaniu ustawodawcy winien otrzymać pacjent, a które także może być uzupełnione przez inne przepisy prawa lub zmodyfikowane, jeżeli zdaniem lekarza zachodzi taka potrzeba, tak aby dostosować informację do konkretnego przypadku. Przyjąć należy zatem, że nie są to normy prawne mające charakter normy *numerus clausus*. W myśl przywołanych przepisów na informację lekarską składają się zatem przede wszystkim informacje o: 1) stanie zdrowia i rozpoznaniu, 2) proponowanych i możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, 3) następstwach zastosowania albo zaniechania możliwości proponowanych metod

diagnostycznych i terapeutycznych, 4) wyniku leczenia oraz rokowania<sup>12</sup>. Zgodnie zaś z wolą ustawodawcy, wyrażoną w dyspozycji art. 34 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, pacjent przed wyrażeniem zgody na zabieg operacyjny albo na zastosowanie proponowanej metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta winien zostać w zakresie wskazanym powyżej poinformowany.

VI. W przedmiotowym stanie faktycznym na pierwszy plan wysuwa się nie tyle zaniechanie udzielenia informacji jako takiej w ogóle, ile niepoinformowanie pacjentki o możliwych innych metodach leczenia. W tym zakresie wypowiedział się już sąd niższego rzędu – Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 26 lutego 2010 r.<sup>13</sup> Odnosząc się do skutków niedopełnienia obowiązku poinformowania pacjenta o różnych możliwych metodach leczenia, orzekł, że „jeżeli pacjent kwalifikuje się do leczenia (wykonania zabiegu operacyjnego) kilkoma różnymi metodami, to powinien zostać przez lekarza szczegółowo poinformowany o wszystkich konsekwencjach wynikających z zastosowania poszczególnych metod, w tym o stopniu i możliwym zakresie ryzyka powikłań tak, aby mógł w sposób w pełni świadomy uczestniczyć w wyborze najlepszej dla siebie metody”. Dalej Sąd ten wskazuje, że „zaniechanie przez lekarza wskazanego wyżej obowiązku poinformowania pacjenta narusza dyspozycję art. 31 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r. nr 28, poz. 152 ze zm.), jak również pozbawia pacjenta możliwości wyboru i współdecydowania o sposobie leczenia, przez co standardowe wyrażenie zgody na wykonanie zabiegu jedną z możliwych metod nie ma charakteru zgody uświadomionej”. W głosie aprobującej powyższe rozstrzygnięcie Anna

<sup>10</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 274.

<sup>11</sup> M. Safjan, *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, PiM 2005, nr 18, s. 19.

<sup>12</sup> R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 357 i n.

<sup>13</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 26 lutego 2010 r., I ACa 51/10, „Przebieg Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku” 2010, nr 3, s. 22–34.



Surynt-Skorupa<sup>14</sup> podkreśla, że brak prawidłowego poinformowania pacjenta skutkuje brakiem „uświadomionej” zgody, a już sam brak świadomości powoduje wadliwość jego oświadczenia, stanowiącego zgodę na zabieg.

Polskie orzecznictwo w tym przedmiocie nie doczekało się innych rozstrzygnięć, dlatego trudno jest wskazywać kierunek dyskursu judykatury, można natomiast odwołać się do stanowiska doktryny. Jak podkreśla m.in. Rafał Kubiak<sup>15</sup>, „przyjęcie koncepcji, iż to chory ma wskazać metodę, która będzie stosowana rodzi po stronie lekarza powinność przedstawienia wszelkich alternatyw”. Tym samym w doktrynie wyraża się pogląd, że należy przedstawić pacjentowi wszystkie możliwe sposoby, które zmierzają do poprawy lub przywrócenia zdrowia choremu. W szczególności oprócz leczenia operacyjnego metodą klasyczną wskazać należałoby także leczenie laparoskopowe, a nawet farmakologiczne. Podkreśla się również, że pacjent w ramach informacji o możliwych metodach leczenia winien zostać także powiadomiony o metodach niestandardowych<sup>16</sup>. Ponadto lekarz winien wskazać także metody leczenia, które mogą być bardziej ryzykowne albo mniej skuteczne. Obowiązkiem lekarza jest zatem przedstawienie pacjentowi jak najpełniejszego wachlarza metod diagnostycznych czy też leczniczych, a prawem pacjenta jest zadecydować o wyborze jednej z nich. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że nie można ograniczyć prezentowanych pacjentowi możliwości tylko do tych, jakie są dostępne w ramach danej placówki czy też objęte są fi-

nansowaniem ze środków publicznych. Choremu powinno się wskazywać także metody dostępne poza placówką, albowiem pacjent może być zainteresowany przewiezieniem do innego ośrodka, a nawet leczeniem poza granicami kraju. Mirosław Kapko<sup>17</sup> dodatkowo podkreśla, że „lekarz powinien jednak przede wszystkim poinformować pacjenta, że istnieją metody lecznicze, które nie powodują np. tak ciężkich skutków ubocznych, jak zabieg, który może on wykonać, i gdzie pacjent może poszukiwać informacji na temat zakładu opieki zdrowotnej, w którym są świadczone tego typu usługi”.

**VII.** Odnosząc się do wyżej przedstawionego rozstrzygnięcia i dokonując jego oceny, niejako na marginesie należy odwołać się do kwestii, która została wyłącznie zasygnalizowana przez skład orzekający w uzasadnieniu. Poruszając zagadnienie zgody pacjenta na interwencję medyczną, należy bowiem przybliżyć kwestię charakteru prawnego tejże zgody. W doktrynie wypracowane zostały w tym zakresie dwie koncepcje, co też sugeruje Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu. Wedle pierwszego, a zarazem historycznie pierwotnego poglądu zgoda pacjenta powinna być traktowana jako jednostronnie odwoalna czynność prawna, do której mają zastosowanie wszelkie wymogi ważności czynności prawnych przewidziane przepisami prawa cywilnego<sup>18</sup>. Odmienne stanowisko w tym zakresie zostało wypracowane nieco później, a zwolennicy tegoż poglądu głoszą, że zgodę należy zakwalifikować jako jednostronne odwoalne działa-

<sup>14</sup> Glosa aprobująca A. Surynt-Skorupy do wyroku SA w Gdyni z 26 lutego 2010 r. (I ACa 51/10), „Przegląd Sądowy” 2012, nr 4, s. 138. Autorka w swoim komentarzu do przedmiotowego wyroku wprost odwołuje się do art. 82 Kodeksu cywilnego, dotyczącego m.in. braku świadomości w momencie składania oświadczenia woli, w kontekście braku „uświadomionej” zgody pacjenta.

<sup>15</sup> R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 359.

<sup>16</sup> W doktrynie prowadzona była dyskusja, czy lekarz pomimo istnienia pewnych standardów postępowania, które są powszechnie przyjęte, powinien czynić zadość obowiązkowi informacji tak dalece, aby informować pacjenta o innych metodach, zwłaszcza tych niestandardowych. Ostatecznie wypracowano pogląd, wedle którego zaakceptowano tak daleko idące obowiązki lekarza, albowiem podkreślono, że ze względu na specyfikę przypadku medycznego może zająć taka potrzeba.

<sup>17</sup> M. Kapko, *Komentarz do art. 31 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty*, Lex 2013.

<sup>18</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120.

nie prawne, zbliżone w swym charakterze do oświadczenia woli, unormowanego przepisami Kodeksu cywilnego<sup>19</sup>.

Sąd Najwyższy przyjął w komentowanym orzeczeniu, że zgoda jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli, co zasługuje w pełni na aprobatę. W tym kontekście za Zbigniewem Radwańskim<sup>20</sup> należy podkreślić, że zgoda nie ma charakteru rozporządzenia skutkującego trwałym przeniesieniem lub wygaśnięciem praw osobistych, a li tylko odnosi się do sfery wykonania prawa. Ponadto zgoda może dotyczyć konkretnego działania osoby ingerującej w sferę dóbr osobistych pacjenta, a także do czasu podjęcia stosownej ingerencji może zostać odwołana. Skutki prawne zgody chorego, czyli – jak powszechnie się przyjmuje – uchylenie bezprawności ingerencji lekarza, następują niezależnie od woli wyrażającego zgodę<sup>21</sup>. Zatem zgoda powoduje nie tyle skuteczność czynności prawnej, ile jedynie zgodność z prawem zezwolonej czynności faktycznej<sup>22</sup>. Tak zarysowane podobieństwo zgody do oświadczeń woli pozwala na rozważanie skuteczności zgody poprzez unormowaną w przepisach prawa cywilnego instytucję wady oświadczeń woli.

Konsekwencją zaakceptowania tego poglądu jest możliwość odniesienia do zgody pacjenta unormowanej w odrębnej ustawie przepisów Kodeksu cywilnego normujących wady oświadczenia woli, a w szczególności brak świadomości w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli oraz błąd<sup>23</sup>. Słusznie zatem przyjął Sąd Najwyższy, że zgoda pacjenta jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli, tak samo bowiem jak oświadczenie woli dla

swjej ważności, a co za tym idzie – skuteczności, wymaga pełnej świadomości składającego je, tak samo zgoda pacjenta musi być zgodą „świadomą”, w tym znaczeniu, iż pacjent winien przed podjęciem decyzji o jej wyrażeniu otrzymać informacje, które mogą mieć wpływ na wyraz jego woli. Informacja udzielana przez lekarza pacjentowi przed zabiegiem, zgodnie z innym wyrokiem Sądu Najwyższego<sup>24</sup>: „ma na celu takie zapoznanie pacjenta ze stanem rzeczy, aby pacjent podejmował decyzję o wyrażeniu zgody na zabieg z pełną świadomością tego, na co się godzi i czego może się spodziewać”.

**VIII.** Celowe także, dla pełności wyводу, jest wskazanie, że obowiązek informacyjny lekarza wobec pacjenta wynika nie tylko z aktów normatywnych wskazanych wyżej, ale również z aktów deontologicznych. Z art. 13 Kodeksu etyki lekarskiej wprost wynika bowiem zasada zobowiązująca lekarza nie tylko do respektowania prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia, ale nadto do przedstawienia alternatywnych sposobów postępowania medycznego. W literaturze przedmiotu podnosi się także, że nie można interpretować zawężająco, w oderwaniu od powyżej wskazanej normy, prerogatywy lekarza, wskazanej w art. 6 Kodeksu etyki lekarskiej, która pozostawia lekarzowi swobodę wyboru w zakresie metody postępowania. Nie może to bowiem prowadzić do ograniczenia autonomii pacjenta i wyeliminować go z procesu leczenia jego samego<sup>25</sup>. Odwołując się do Kodeksu etyki lekarskiej w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia, Sąd Najwyższy słusznie zauważa, że

<sup>19</sup> M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZNUJ 1959, nr 6, s. 142. Za tą koncepcją opowiada się również M. Nesterowicz, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, pod red. W. Katnera, Warszawa 2010, s. 351 i n.

<sup>20</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 138.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 139.

<sup>22</sup> M. Sośniak, *Znaczenie zgody*, s. 142.

<sup>23</sup> M. Nesterowicz, (w:) *System*, s. 355.

<sup>24</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1979 r., IV CR 389/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna/Pracy” 1980, nr 4, poz. 81.

<sup>25</sup> Por. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 359; Glosa aprobująca A. Surynt-Skorupy, s. 139.

nieprawidłowo zredagowany art. 6 Kodeksu etyki lekarskiej „podlega (...) interpretacji, w powiązaniu z art. 13 Kodeksu – zwłaszcza zdaniem trzecim, że: «Lekarz powinien poinformować pacjenta o stopniu ewentualnego ryzyka zabiegów diagnostycznych i leczniczych i spodziewanych korzyściach związanych z wykonywaniem tych zabiegów, a także o możliwościach zastosowania innego postępowania medycznego». Informacja ta, jak już wskazano, służy dokonaniu świadomego wyboru przez pacjenta, nie przez lekarza. Lekarz wybiera jedynie metody, których zastosowanie następnie proponuje pacjentowi, a ten oświadczając, spośród jakich ewentualności dokonał wyboru, ostatecznie decyduje”.

Jak wykazano powyżej, powszechnie przyjętą zasadą jest „prawo pacjenta do prawdy”. Lekarz nie może zapomnieć o ciążyącym na nim obowiązku wyczerpującego i rzetelnego poinformowania pacjenta. Skutkiem bowiem takiego zaniechania jest wadliwość woli pacjenta, a co za tym idzie – podjęcie czynności medycznej w warunkach bezprawności. Wyrażenie „uświadomionej”, „poinformowanej” zgody przez pacjenta implikuje bowiem legalność dokonywanej na nim czynności medycznej. Sam zaś fakt, że jakakolwiek czynność, czy to diagnostyczna, czy lecznicza, była wykonana *lege artis*, a więc była prawidłowa z punktu widzenia medycznego, nie stanowi jeszcze okoliczności egzonerycyjnej, albowiem czyn-

ność ta była bezprawna. Na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza Sąd Najwyższy wyraził to w orzeczeniu wydanym 22 września 1967 r.<sup>26</sup> Aktualnie pod rządami nowej ustawy Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 31 marca 2006 r.<sup>27</sup> stwierdził, że: „Zabieg medyczny wykonany bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany jest zgodnie z zasadami wiedzy medycznej”.

**IX.** W badanym przez Sąd Najwyższy stanie faktycznym dochodzi do sytuacji, w której pacjentka nie została poinformowana o alternatywnej metodzie leczenia (metodzie laparoskopowej), która niewątpliwie w odróżnieniu od zastosowanej metody klasycznej wiąże się z mniejszą uciążliwością i mniejszymi komplikacjami pooperacyjnymi. Bez wątplenia zatem lekarz nie wykonał wobec pacjentki obowiązku informacyjnego. Pomimo faktu, że sama operacja wykonana została zgodnie ze sztuką i wiedzą medyczną, lekarz dokonał tej czynności bezprawnie, w warunkach braku zgody pacjentki. Jednocześnie doszło do sytuacji, w której naruszona została wolność osobista pacjenta, jego prawo do samostanowienia o sobie – o swoim życiu i zdrowiu. W świetle powyżej przedstawionej argumentacji należy w całej rozciągłości przychylić się do rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który, jako że nie jest sądem *meriti*, przekazał sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd drugiej instancji.

<sup>26</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 22 września 1967 r., I CR 188/67, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1968, nr 6, s. 222. Teza tego orzeczenia głosi, że: „Pobranie wycinka skóry dla celów badania histopatologicznego dopuszczalne jest tylko za zgodą pacjenta. Jeżeli takie pobranie – bez zgody pacjenta – wywołało rozstrój zdrowia lub inną szkodę na osobie, może ono powodować odpowiedzialność za szkodę, choćby nawet dokonane zostało zgodnie z wymaganiami sztuki lekarskiej w zakresie diagnozy raka skóry”.

<sup>27</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, I ACa 973/05, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 2, z głosem M. Nesterowicza.

## GŁOŚA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 6 LISTOPADA 2014 R., II CSK 53/14<sup>1</sup>

Glosowany wyrok zasługuje na uwagę z czterech powodów. Powody te stanowią również główne problemy, które możemy obserwować w toczącej się w doktrynie i w orzecznictwie dyskusji, dotyczącej szeroko pojętej problematyki uchwał w spółkach kapitałowych, mających również ważne znaczenie dla praktyki.

Po pierwsze, glosowany wyrok dotyczy problemu legitymacji czynnej do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały (a także powództwa o uchylenie uchwały), a dokładniej zagadnienia, czy wspólnikowi (akcjonariuszowi) w przypadku ustanowienia użytkownika udziałów (akcji) legitymacja czynna do zaskarżenia uchwał nadal przysługuje. Po drugie, wyrok porusza problem uchwał nieistniejących oraz ewentualnej bezskuteczności względnej takich uchwał. Po trzecie, rozstrzygnięcie dotyczy również problemu uchwał wymagających szczególnej większości głosów w przypadku uchwał uszczuplających prawa udziałowe (podwyższenie kapitału zakładowego); a zatem odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie art. 246 § 3 k.s.h. zgoda musi zostać wyrażona przez wszystkich wspólników,

których uchwała dotyczy. Natomiast główny problem glosowanego orzeczenia odzwierciedla pytanie o to, czy umowa użytkownika udziałów może skutecznie wyłączyć uprawnienie użytkownika do pobierania pożytków (a co za tym idzie – czy taka umowa jest ważna, czy też dotknięta sankcją nieważności).

Każdy ze wskazanych wyżej problemów jest istotny dla prawa spółek kapitałowych i dla funkcjonowania tych spółek w obrocie, jednakże w dalszej części glosy uwaga zostanie poświęcona przede wszystkim zagadnieniom związanym z użytkowaniem udziałów, przede wszystkim w kontekście ważności umowy o użytkowanie, oraz legitymacji czynnej do zaskarżania uchwał w przypadku ustanowienia użytkownika.

### STAN FAKTYCZNY

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego zapadło w następującym stanie faktycznym.

Pomiędzy spółką akcyjną (powódka) a spółką z o.o. (pozwana) istniało wiele powiązań osobistych i kapitałowych<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, <http://www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CSK%2053-14-2.pdf>; treść orzeczenia wraz z uzasadnieniem opublikowana w internetowej bazie orzeczeń Sądu Najwyższego w dniu 14 stycznia 2015 r.; M. Culepa, *Użytkownik może przejąć kontrolę nad spółką*, „Gazeta Prawna” z 13 listopada 2014 r., „Firma i Prawo”, s. B4.

<sup>2</sup> M. Culepa, *Użytkownik może*, s. B4.

Powódka S.A. jest operatorem telekomunikacyjnym świadczącym usługi na terenie W. Akcjonariuszami powódki są m.in.: pozwana spółka z o.o., Paweł K.

Pozwana spółka z o.o. jest również operatorem telekomunikacyjnym, a działa na obszarze P. Wspólnikami pozwanej spółki z o.o. są: powodowa S.A., M. M. i J. R.

Umowa pozwanej spółki z o.o. przewiduje możliwość obciążenia udziałów prawem użytkownika, a także możliwość wykonywania prawa głosu z tych udziałów przez użytkownika udziałów<sup>3</sup>.

W celu usprawnienia zarządzania przedsiębiorstwami ustalono, że Paweł K. będzie samodzielnie „zarządzał” pozwaną spółką z o.o., M. M. i J. R. będą zaś samodzielnie „zarządzali” powodową S.A. W tym celu zawarte zostały odpowiednie umowy użytkownika udziałów oraz umowy użytkownika akcji<sup>4</sup>.

W dniu 18 grudnia 2006 r. P.K. S.A. (poprzedniczka prawna powódki) – jako wspólnik pozwanej spółki z o.o. i Paweł K. (akcjonariusz powodowej S.A.) zawarli umowę użytkownika udziałów należących do S.A. w pozwanej spółce z o.o. Na mocy tej umowy użytkownika udziałów Paweł K. uzyskał niezbywalne uprawnienie do wykonywania z udziałów S.A. (powódki) w spółce z o.o. (pozwanej) prawa głosu na zgromadzeniu wspólników. Użytkowanie miało być nieodpłatne<sup>5</sup>.

Jednocześnie została zawarta pomiędzy spółką z o.o. a M. M. analogiczna umowa dotycząca akcji<sup>6</sup> (tj. spółka z o.o. oddała swoje akcje w S.A. w użytkowanie M. M.).

Strony tych umów ustaliły, że nie są obowiązkane do wzajemnego informowania się o terminach zgromadzeń obu spółek.

Ponadto od 22 grudnia 2006 r. Paweł K. dysponował pełnomocnictwem trzeciego wspólnika pozwanej spółki z o.o. do wykonywania

wszelkich praw korporacyjnych przysługujących temu wspólnikowi w pozwanej spółce z o.o., w tym do wykonywania prawa głosu<sup>7</sup>.

W dniu 13 października 2010 r. oraz w dniu 14 lipca 2011 r. Paweł K. (użytkownik udziałów) odbył u notariusza nadzwyczajne zgromadzenie wspólników pozwanej spółki z o.o. (i nie zawiadomił o tym pozostałych wspólników spółki z o.o.).

Podczas obu tych zgromadzeń podjęte zostały trzy uchwały, które zmieniały dotychczasowy „układ sił” w spółce z o.o. poprzez doprowadzenie do zmiany struktury udziałów w tej spółce. Na mocy tych uchwał Paweł K. (użytkownik) dokonał dwukrotnego podwyższenia kapitału zakładowego spółki z o.o. oraz objął wszystkie nowo powstałe udziały w podwyższonym kapitale zakładowym (uchwały zostały zarejestrowane w Krajowym Rejestrze Sądowym odpowiednio postanowieniami z 7 grudnia 2010 r. oraz z 28 lipca 2011 r., a ich treść ogłoszona w „Monitorze Sądowym i Gospodarczym”). Przed podjęciem uchwał powódce S.A. przysługiwały udziały reprezentujące 47% kapitału zakładowego pozwanej spółki z o.o., po podjęciu uchwał 17,4%. Pawłowi K. (użytkownikowi) przed podjęciem uchwał przysługiwały udziały reprezentujące 47% kapitału zakładowego spółki z o.o., a po podjęciu uchwał 80,68%. Natomiast J. R. przed podjęciem uchwał przysługiwały udziały reprezentujące 6% kapitału zakładowego spółki z o.o., a po podjęciu uchwał 2,19%.

W dniu 13 lutego 2012 r. powodowa S.A. wskazała, że umowa użytkownika udziałów, na mocy której Paweł K. jest użytkownikiem udziałów w pozwanej spółce z o.o., jest nieważna, w związku z czym nie jest on uprawniony do wykonywania prawa głosu i innych uprawnień korporacyjnych z 4080 udziałów w pozwanej spółce z o.o.

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 2.

<sup>4</sup> M. Culepa, *Użytkownik może*, s. B4.

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

Powództwo główne wytoczone przez S.A. przeciwko spółce z o.o. dotyczyło ustalenia nieistnienia uchwał spółki z o.o. (uchwały w sprawie podwyższenia kapitału zakładowego pozwanej spółki z o.o., uchwały w sprawie zmiany umowy pozwanej spółki z o.o., uchwały w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego umowy spółki – podjętych w dniu 13 października 2010 r. na zgromadzeniu wspólników pozwanej spółki z o.o. oraz trzech analogicznych uchwał podjętych na zgromadzeniu wspólników w dniu 14 lipca 2011 r.<sup>8</sup>) na podstawie art. 189 k.p.c., jako żądanie alternatywne zgłoszono również roszczenie o stwierdzenie nieważności uchwał na podstawie art. 252 w związku z art. 250 pkt 3 k.s.h.

## GLOSA

### 1. Legitymacja czynna do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały

Odnosnie do problemu legitymacji czynnej do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały: legitymacji wspólnika (akcjonariusza) w przypadku ustanowienia użytkownika udziałów (akcji) na podstawie art. 252 § 1 w zw. z art. 250 k.s.h., sąd okręgowy przyjął, że powódce nie przysługuje legitymacja do zaskarżenia uchwał powziętych przez pozwaną spółkę z o.o. na podstawie art. 252 § 1 k.s.h., ze względu na zawartą umowę użytkowania udziałów. Natomiast sąd okręgowy uznał, że powodowa spółka S.A. miała legitymację do wytoczenia powództwa o nieistnienie uchwał podjętych na zgromadzeniach wspólników pozwanej spółki<sup>9</sup>.

Stanowisko to podzielili sąd apelacyjny, wskazując, że przyznanie użytkownikowi prawa głosu oznacza przyznanie mu legitymacji do

zaskarżenia uchwały<sup>10</sup>, i wyjaśniając, że samo prawo głosu bez możliwości domagania się sądowej weryfikacji podjętych uchwał byłoby uprawnieniem iluzorycznym i podważającym sens zawierania umów użytkowania udziałów.

Również zdaniem Sądu Najwyższego powodowa spółka akcyjna nie spełniała żadnej z przesłanek określonych w art. 250 k.s.h.<sup>11</sup>, a zatem nie była legitymowana czynnie do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności uchwały.

Generalnie rzecz ujmując, w przypadku ustanowienia użytkownika na udziale w spółce z o.o. z możliwością wykonywania prawa głosu rozważyć można cztery rozwiązania w zakresie legitymacji czynnej. Po pierwsze, zgodnie z art. 250 k.s.h. ani użytkownik, ani wspólnik nie spełniają jego przesłanek (pkt 2–5), stąd nikt nie jest uprawniony do zaskarżenia uchwał; po drugie, do zaskarżenia uchwał jest uprawniony użytkownik; po trzecie, do zaskarżenia uchwał jest uprawniony wspólnik; po czwarte, do zaskarżenia uchwał jest uprawniony zarówno wspólnik, jak i użytkownik.

Artykuł 187 § 2 k.s.h. nie przewiduje przyznania użytkownikowi prawa zaskarżenia uchwały, przeciwko której głosował. Z kolei wykładnia językowa art. 250 k.s.h. wyklucza legitymację czynną zarówno wspólnika, jak i użytkownika.

W sytuacji gdy głosował użytkownik, wspólnik nie mógłby skorzystać z legitymacji czynnej, ponieważ nie spełniałby przesłanek wymienionych w pkt 2–5 art. 250 k.s.h. Konsekwencją takiego stanu rzeczy byłyby brak ochrony sądowej w ogóle<sup>12</sup>.

Z tego względu w doktrynie pojawia się pogląd, zgodnie z którym do zaskarżenia uchwał jest w takiej sytuacji uprawniony użytkownik, który wykonuje prawo głosu<sup>13</sup>. Gdyby było ina-

<sup>8</sup> *Ibidem*; M. Culepa, *Użytkownik może*, s. B4.

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 3.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 8.

<sup>12</sup> M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 5, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 331.

<sup>13</sup> A. Herbet, *Obrót udziałami w spółce z o.o.*, wyd. 2, C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 368; M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych*, s. 331.



czej, przyznanie użytkownikowi prawa głosu miałyby charakter fasadowy<sup>14</sup>.

Alternatywnie moglibyśmy mieć również do czynienia z takim rozwiązaniem, wedle którego, mimo że prawo głosu wykonuje użytkownik udziału, do zaskarżania uchwał uprawniony jest wspólnik, który musiałby wtedy działać w porozumieniu z użytkownikiem. W takim przypadku wspólnik mógłby się powołać na spełnienie przesłanek z pkt 2–5 art. 250 k.s.h. przez użytkownika<sup>15</sup>. Jednakże – jak się wydaje – takie rozwiązanie nie miałyby znaczenia i racji bytu w obrocie, gdyż – jak można sobie wyobrazić – najczęściej sytuacja konfliktowa (jak w głosowanej sprawie) będzie dotyczyła właśnie nieporozumień między wspólnikiem a użytkownikiem przysługujących temu wspólnikowi udziałów.

W związku z powyższym na aprobatę zasługuje pogląd, zgodnie z którym w przypadku ustanowienia użytkownika udziału z możliwością wykonywania prawa głosu legitymacja czynna do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały (czy też powództwa o uchylenie uchwały) przysługuje użytkownikowi z wyłączeniem wspólnika. Co prawda katalog podmiotów legitymowanych do zaskarżania uchwał o użytkownika nie wspomina, ale konsekwencją przyznania mu prawa głosu jest konieczność zezwolenia na kwestionowanie uchwał, z którymi się nie zgadzał.

## 2. Uchwały nieistniejące (ich bezskuteczność względna)

Odnosnie do problemu uchwał nieistniejących i skutków, jakie wywołują, sąd okręgowy wyraził przekonanie, że uchwały takie (nieistniejące) istnieją i są ważne, ale do chwili wyrażenia zgody przez wspólników, których dotyczą, pozostają bezskuteczne<sup>16</sup>.

Natomiast sąd apelacyjny przyjął, że uznanie uchwały za nieistniejącą jest ograniczone jedynie do wypadków rażącego naruszenia istoty norm proceduralnych, i nie podzielił stanowiska sądu okręgowego o bezskuteczności zawieszonych podjętych uchwał<sup>17</sup>.

Z kolei z głosowanego orzeczenia wynika, że Sąd Najwyższy przyjął, iż dopuszczalne jest powództwo o uznanie uchwały walnego zgromadzenia wspólników spółki z o.o. za nieistniejącą<sup>18</sup> (powództwo z art. 189 k.p.c. – zdaniem Sądu Najwyższego jest to przepis prawa materialnego<sup>19</sup>), w przeciwnym bowiem wypadku powódce, która wniosła skargę kasacyjną, nie przysługiwałaby legitymacja czynna i skarga nie zostałaby rozpatrzona.

## 3. Uchwały uszczuplające prawa udziałowe (podwyższenie kapitału zakładowego) jako wymagające szczególnej większości głosów – art. 246 § 3 k.s.h.

Zgodnie z art. 246 § 3 k.s.h. „uchwała dotycząca zmiany umowy spółki (...) lub uszczuplająca prawa udziałowe (...) wymaga zgody wszystkich wspólników, których dotyczy”.

Według sądu okręgowego uchwały podjęte na zgromadzeniach wspólników uszczuplały prawa udziałowe powodowej spółki S.A., a także J. R., z tego względu, że naruszały dotychczasową strukturę kapitału zakładowego w pozwanej spółce z o.o., powodując zmianę „układu sił”. Stąd też – zdaniem sądu okręgowego – do podjęcia tych uchwał konieczna była zgoda wszystkich wspólników, zgodnie z art. 246 § 3 k.s.h., a oddanie głosu przez Pawła K. w imieniu pozostałych wspólników nie jest tożsame z udzieleniem takiej zgody<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> A. Herbet, (w:) S. Sołtyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, t. 17A, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 311.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 3–4.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 4.

<sup>18</sup> M. Culepa, *Użytkownik może*, s. B4.

<sup>19</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 8.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 3.

Z taką wykładnią art. 246 § 3 k.s.h. nie zgodził się sąd apelacyjny, zdaniem którego Paweł K. był uprawniony do wykonywania prawa głosu na zgromadzeniu wspólników, w tym również do wyrażenia zgody wskazanej w wymienionym przepisie. Zgoda taka może być wyrażona w uchwale, gdy wspólnik za nią głosuje, należy to jednak wyraźnie zaznaczyć w protokole, co też w niniejszej sprawie uczyniono<sup>21</sup>.

W zakresie problemu wyrażania zgody wszystkich wspólników na podjęcie uchwały uszczuplającej prawa udziałowe (poprzez podwyższenie kapitału zakładowego) skład Sądu Najwyższego orzekający w głosowanej sprawie podzielił pogląd wyrażony wcześniej w wyroku Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2008 r.<sup>22</sup>, zgodnie z którym uchwała wspólników spółki z o.o. o podwyższeniu kapitału zakładowego przez zmianę umowy spółki nie wymaga jedności. Pogląd ten znajduje potwierdzenie również w art. 257 § 1 k.s.h., z którego wynika, że podwyższenie kapitału zakładowego według dotychczasowych postanowień umowy spółki następuje uchwałą zapadającą bezwzględną większością głosów (art. 245 w związku z art. 257 § 1 k.s.h.). Ustawa nie wiąże więc podwyższenia kapitału zakładowego ze zwiększeniem świadczeń wspólników bądź uszczupleniem ich praw udziałowych, a w przypadku podwyższenia kapitału według nowych zasad odsyła do unormowania przewidzianego w art. 246 § 1 k.s.h. Wymaganie jedności oznaczałoby, że wspólnik mniejszościowy mógłby skutecznie sprzeciwić się dokapitalizowaniu spółki bez podania przyczyn. Takiej wykładni, umożliwiającej nieracjonalne blokowanie rozwoju spółki, nie można zaaprobować<sup>23</sup>.

W związku z powyższym – zdaniem Sądu

Najwyższego – w głosowanej sprawie nie doszło do naruszenia art. 246 § 3 k.s.h. i podjęcia uchwały bez wymaganej zgody.

#### 4. Umowa użytkowania udziałów wyłączająca prawo do pobierania pożytków

Główny problem głosowanego orzeczenia dotyczy ważności umowy ustanawiającej użytkowanie udziałów, w przypadku gdy użytkownikowi zostało przyznane jedynie (albo aż) prawo głosu, wyłączone natomiast prawo do pobierania pożytków<sup>24</sup>. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy użytkowanie miało być nieodpłatne, przez co należy rozumieć wyłączenie prawa użytkownika do pobierania pożytków<sup>25</sup>.

Sąd okręgowy uznał, że na podstawie art. 252 w związku z art. 265 k.c. (użytkowanie praw) nie ma podstaw do uznania nieważności umowy użytkowania udziałów w spółce z o.o., wskazując, że prawo głosu jest swoistym pożytkiem prawa użytkownika udziałów w spółce z o.o.<sup>26</sup>

Sąd apelacyjny nie podejmuje natomiast wprost problemu ważności umowy użytkowania udziałów, jednakże z jego wywodów, m.in. ze stwierdzenia, że zaskarżone uchwały zostały ważnie podjęte, wnioskować można, iż przyjął on, że umowa użytkowania jest ważna<sup>27</sup>.

Tymczasem Sąd Najwyższy wskazał, że art. 253 § 1 k.c. dopuszcza ograniczenie zakresu użytkowania przez wyłączenie określonych pożytków rzeczy, i jednocześnie podkreślił rozbieżności w piśmiennictwie, w którym reprezentowany jest pogląd: 1) dopuszczający umowne wyłączenie uprawnienia do pobierania wszystkich pożytków; 2) przeważa jednak pogląd, że możliwe jest w szczególności ograniczenie uprawnienia pobierania pożytków do naturalnych bądź cywilnych.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 4.

<sup>22</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2008 r., V CSK 283/08, OSNC 2009, nr 12, poz. 170.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 5.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 4.

## UŻYTKOWANIE UDZIAŁÓW W SPÓŁCE Z O.O. – UWAGI OGÓLNE

Przepisy Kodeksu handlowego<sup>28</sup> (dalej: k.h.) pomijały dopuszczalność i skutki ustanowienia użytkowania na prawach członkowskich w spółkach kapitałowych<sup>29</sup>.

Ustawodawca zareagował na brak w k.h. przepisów dotyczących użytkowania udziału w spółce z o.o., a także związane z takim stanem rzeczy rozstrzygnięcie o możliwości wykonywania w przypadku ustanowienia tego ograniczonego prawa rzeczowego prawa głosu przez użytkownika i wprowadził w k.s.h. przepisy (art. 187–188), które wyraźnie regulują możliwość ustanowienia użytkowania oraz wykonywania prawa głosu w przypadku ustanowienia użytkowania udziału w spółce z o.o. Nie jest to jednak kompleksowa regulacja ograniczonych praw rzeczowych na udziałach, a jedynie regulacja fragmentaryczna<sup>30</sup>, stąd też nieodzowne jest posiłkowanie się przepisami k.c.

Obecnie powszechnie przyjmuje się dopuszczalność ustanowienia użytkowania zarówno w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i w akcyjnych. Na możliwość obciążenia w taki sposób praw udziałowych wskazuje przede wszystkim art. 265 § 1 k.c., który stwarza możliwość obciążenia użytkowaniem prawa. Paragraf 3 powołanego przepisu wskazuje, że do ustanowienia użytkowania na prawie (akcjach, udziałach) należy stosować

odpowiednio przepisy normujące przeniesienie tych praw<sup>31</sup>.

Przedmiotem użytkowania mogą być wyłącznie prawa majątkowe. Ponadto przedmiotem użytkowania mogą być jedynie prawa zbywalne – chodzi tutaj o dopuszczalność rozporządzenia prawem przez jego obciążenie<sup>32</sup>. Jak wskazano, art. 187–188 k.s.h. przewidują *explicite*, że przedmiotem użytkowania może być udział w spółce z o.o.<sup>33</sup>

Użytkowanie prawa polega na możliwości korzystania z prawa i pobierania pożytków. Oznacza to, że użytkownik prawa może wykonywać wszelkie uprawnienia objęte treścią obciążonego prawa (w tym czynności zarządu prawem), natomiast nie może dokonywać rozporządzenia tym prawem (tj. nie może go przenosić, obciążać ani znosić)<sup>34</sup>. „Używanie” w sytuacji użytkowania praw polega na wykonywaniu obciążonego prawa w sposób zgodny z treścią i celem stosunku prawnego, z którego to prawo wynika<sup>35</sup>. Ponadto w doktrynie wskazuje się, że w przypadku użytkowania na prawie używanie nie polega na posiadaniu, ale na wykonywaniu uprawnień majątkowych mieszczących się w ramach treści prawa obciążonego<sup>36</sup>.

Według większości przedstawicieli doktryny ustanowienie użytkowania na prawie nie wiąże się z przeniesieniem tego prawa na użytkownika, lecz tylko uprawnienia użytkownika do korzystania z cudzego prawa<sup>37</sup>. Zdaniem A. Szu-

<sup>28</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, Dz.U. z 1934 r. nr 57, poz. 502.

<sup>29</sup> A. Herbet, (w:) S. Sołtysiński (red.), *System*, s. 309, nb 188.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> A. Koch, *Stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego do niektórych stosunków spółek handlowych (art. 2 k.s.h.) – zagadnienia wybrane*, (w:) *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, red. K. Klafkowska-Waśniowska (et al.), Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 69.

<sup>32</sup> E. Gniewek, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. 4, red. E. Gniewek, C. H. Beck, Warszawa 2012, s. 147.

<sup>33</sup> K. Dadańska, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II – Własność i inne prawa rzeczowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 233.

<sup>34</sup> P. Księżak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 1260.

<sup>35</sup> A. Herbet, (w:) S. Sołtysiński (red.), *System*, s. 306.

<sup>36</sup> K. Zaradkiewicz, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–449<sup>10</sup> k.c.*, wyd. 7, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 683.

<sup>37</sup> E. Gniewek, (w:) *System*, t. 4, s. 344; J. Górecki, *Użytkowanie wierzytelności*, „Rejent” 1998, nr 10, s. 34.

mańskiego celem użytkowania jest przekazanie użytkownikowi ogółu praw z udziału (akcji) w zamian za czynsz, z wyjątkiem tylko tytułu własności, który pozostaje przy wspólniku<sup>38</sup>.

### POŻYTKI W PRZYPADKU USTANOWIENIA UŻYTKOWANIA NA UDZIALE W SPÓŁCE Z O.O.

Zasadniczy problem głosowanego orzeczenia dotyczy konieczności pobierania przez użytkownika pożytków, jako przesłanki mającej przesądzać o ważności umowy użytkowania udziałów w spółce z o.o. W tym kontekście podkreślić należy, że do użytkowania praw stosuje się przepisy o użytkowaniu rzeczy odpowiednio (art. 265 § 2 k.c. w zw. z art. 252 k.c.), a więc art. 252 i n. k.c., jak podkreśla Sąd Najwyższy, nie mają bezpośredniego zastosowania do użytkowania udziałów w spółce z o.o., gdyż w sprawach dotyczących spółek handlowych, nieuregulowanych w k.s.h., stosuje się przepisy k.c., jeżeli wymaga tego właściwość (natura) stosunku prawnego spółki handlowej<sup>39</sup>, w związku z czym użytkownik udziału będzie zasadniczo uprawniony do pobierania pożytków prawa w postaci dywidendy<sup>40</sup>.

W Kodeksie cywilnym określenie pożytków zostało zawarte w art. 53 i 54, z których wynika, że wyróżnić można dwie kategorie pożytków: pożytki rzeczy i pożytki prawa<sup>41</sup>. Pożytkami rzeczy są dochody, jakie przynosi rzecz, a pożytkami prawa dochody, jakie przynosi prawo. Pożytki rzeczy dzielą się na pożytki naturalne i pożytki cywilne. Wśród pożytków naturalnych można wyróżnić płody rzeczy (zboże, owoce, przychówek) oraz odłączone części składowe, jeżeli według zasad prawidłowej gospodarki stanowią normalny dochód

z rzeczy (np. glina, piasek, torf, kamień). Pożytki cywilne rzeczy to dochody, jakie rzecz przynosi na podstawie stosunku prawnego (np. czynsz dzierżawny). Pożytki prawa to dochody, jakie prawo to przynosi zgodnie ze swym społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (np. odsetki od wkładów na rachunku bankowym lub od sumy pożyczonej)<sup>42</sup>.

W przypadku rzeczy zakres użytkowania można ograniczyć przez wyłączenie oznaczonych pożytków rzeczy (art. 253 § 1 k.c.). W takiej sytuacji niezbędne jest ściśle określenie wyłączonych pożytków, zachowana musi być również zasada swobody umów.

Według E. Gniewka nie można podważać ważności umowy użytkowania nastawionej na pozytywne wskazanie wybranego rodzaju pożytków przypadających użytkownikowi<sup>43</sup>. Konstatacja ta, nawet odpowiednio zastosowana do użytkowania praw, nie przesądza jeszcze rozwiązania problemu głosowanego orzeczenia, gdyż mowa w niej o przypadku wyłączenia prawa do pobierania któregoś z rodzajów pożytków, z jednoczesnym określeniem prawa do pobierania innego ich rodzaju, a zatem w dalszym ciągu mamy do czynienia z sytuacją, gdy użytkownikowi przysługiwać będzie „jakiś” rodzaj pożytków.

Z kolei Z. Radwański podzielił prawa, które umożliwiają pobieranie pożytków, na dwie kategorie. Po pierwsze, wyróżnił prawa, których przedmiotem jest rzecz i których treść zawiera uprawnienie do pobierania z niej pożytków. Użytkownik w granicach przysługującego mu ograniczonego prawa rzeczowego, a jednocześnie w granicach wyznaczonych treścią obciążonego prawa, może wówczas korzystać z rzeczy będącej przedmiotem tego prawa. Pożytki, które mu przypadają, stanowią pożytki rzeczy (naturalne bądź cywilne), a nie pożytki tego prawa.

<sup>38</sup> A. Szumański, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo papierów wartościowych*, t. 19, C. H. Beck, Warszawa 2006, s. 320.

<sup>39</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 6.

<sup>40</sup> B. Ziemiński, K. Dadańska, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2012, s. 153–154.

<sup>41</sup> J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2012, s. 27.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 27–28.

<sup>43</sup> E. Gniewek, (w:) *System*, t. 4, s. 139.

Kategoria ta nie ma zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, gdyż udział jest zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w piśmiennictwie częścią kapitału zakładowego spółki z o.o., która odpowiada nominalnej wartości wniesionego przez wspólnika wkładu oraz określa kompleks praw wspólnika<sup>44</sup> – a zatem udział z pewnością nie jest rzeczą. Po drugie, Z. Radwański wyróżnił prawa niedotyczące rzeczy, które będą podlegały obciążeniu użytkowaniem tylko wtedy, gdy przynoszą one pożytki prawu, w przeciwnym razie użytkowanie nie ma racji bytu<sup>45</sup>. Pogląd ten podziela A. Sylwestrzak, zdaniem której przedmiotem użytkowania mogą być tylko takie prawa podmiotowe, które albo dotyczą rzeczy i polegają na korzystaniu z niej, albo nie dotyczą rzeczy, lecz przynoszą pożytki prawa<sup>46</sup>. Podobne stanowisko wyraża także E. Gniewek, według którego przedmiotem użytkowania mogą być jedynie prawa przynoszące pożytki; samodzielne: jak pożytki prawa (art. 54 k.c.) – bądź też razem z innymi składnikami jako pożytki użytkowanego przedsiębiorstwa lub też gospodarstwa rolnego<sup>47</sup>.

Powyższe konstatacje co prawda nie odnoszą się wprost do sytuacji, w której prawo obciążone użytkowaniem (udział) można zakwalifikować jako takie, które przynosi pożytki, a jedynie możliwość pobierania pożytków przez użytkownika została umownie wyłączona, jednakże z myśli przewodniej powyższych wywodów przyjąć można, że ich autorzy opowiedzieliby się za tym, że umowa użytkowania prawa (udziału) wyłączająca całkowicie możliwość pobierania pożytków jest nieważna.

Natomiast na drugim biegunie plasują się poglądy, które głoszą, że za nietrafne należy uznać stanowisko, iż „prawo podlegające obciążeniu w drodze ustanowienia na nim użytkow-

wania musi także dawać możliwość pobierania pożytków”<sup>48</sup>. Z kolei J. Górecki przyjmuje, że pojęcie pożytków w przypadku użytkowania praw powinno być interpretowane możliwie szeroko i obejmować wszelkie korzyści majątkowe, jakie daje określone prawo<sup>49</sup>.

Wydaje się, że ten tok rozumowania przyjął również sąd pierwszej instancji, wskazując, iż użytkownikowi przysługiwało przeciwieństwo prawa głosu. Co prawda trudno prawo głosu kwalifikować w myśl powyższej koncepcji jako bezpośrednią korzyść majątkową, jednakże jest to z pewnością jakiś naddatkowy przywilej przysługujący użytkownikowi i związany bezpośrednio z wykonywanym przez niego użytkowaniem.

Z kolei według poglądu P. Księżaka użytkowanie prawa nie ogranicza się jedynie do pobierania pożytków, jakie to prawo przynosi. Pobieranie pożytków jest tylko jednym z elementów użytkowania, w istocie nie zawsze najważniejszym; nie jest to element konieczny<sup>50</sup>. Użytkowanie jest bowiem unormowane jako najszersze ograniczone prawo rzeczowe, tylko ono zostało ukształtowane jako prawo o podwójnym charakterze: alimentacyjnym i produkcyjnym. Cechą wyróżniającą użytkowanie spośród innych praw rzeczowych jest szeroki, najszerszy w stosunku do innych praw ograniczonych, zakres uprawnień przyznanych użytkownikowi. W najszerszym zakresie obciąża ono więc cudze prawo własności<sup>51</sup>.

Wyznacznikiem treści użytkowania praw jest również umowa o ustanowieniu użytkowania. Bez względu na treść umowy użytkowanie obciąża zawsze całe prawo, w tym wszystkie należności uboczne (np. odsetki od wierzytelności pieniężnej). Co do zasady, odesłanie do przepisów o użytkowaniu rzeczy pozwala na dość szerokie modyfikowanie za-

<sup>44</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 5.

<sup>45</sup> A. Sylwestrzak, *Użytkowanie. Konstrukcja prawna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 422–423.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> E. Gniewek, (w:) *System*, t. 4, 2012, s. 147.

<sup>48</sup> P. Księżak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks*, s. 1257.

<sup>49</sup> J. Górecki, *Użytkowanie wierzytelności*, „Rejent” 1998, nr 10, s. 33.

<sup>50</sup> P. Księżak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks*, s. 1260.

<sup>51</sup> A. Brzozowski, W. Kocot, W. Opalski, *Prawo rzeczowe*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 174.

kresu wykonywania użytkownika prawa. Przykładowo, strony mogą określić, że użytkownik będzie uprawniony do wykonywania jedynie niektórych uprawnień wchodzących w treść obciążonego prawa podmiotowego<sup>52</sup>.

Podsumowując, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy, pożytki naturalne z natury rzeczy nie występują w wypadku użytkowania udziałów w spółce z o.o.<sup>53</sup> Jest tu zatem dopuszczalne ograniczenie pobierania pożytków polegające na wyłączeniu pożytków cywilnych, co w praktyce oznacza całkowite wyłączenie uprawnienia do pobierania pożytków<sup>54</sup>. Zdaniem Sądu Najwyższego wolą stron umowy może być bowiem ograniczenie zakresu użytkowania udziałów wyłącznie do prawa głosu (i praw pochodnych) oraz pozostawienie wspólnikowi uprawnień majątkowych, w szczególności prawa do dywidendy, co prowadzi do konkluzji, że w umowie użytkowania udziałów dopuszczalne jest ograniczenie zakresu użytkowania przez wyłączenie uprawnienia użytkownika do pobierania pożytków<sup>55</sup>.

### PODSUMOWANIE

Wydaje się, że komentowane rozstrzygnięcie należy uznać za trafne. Z tego względu,

że zagadnienie, czy umowa użytkowania udziałów może skutecznie wyłączyć uprawnienie użytkownika do pobierania pożytków, nie było jak dotąd przedmiotem wypowiedzi orzecznictwa<sup>56</sup>, zajęcie przez Sąd Najwyższy stanowiska w tej sprawie przyczyniło się do przesądzenia statusu umów użytkowania zawierających takie postanowienia jako ważnych, co należy uznać za cenne z punktu widzenia praktyki obrotu. Z drugiej jednak strony rozstrzygnięcie będzie zapewne stanowiło pole do rozpoczętej już zresztą dyskusji dotyczącej tego, czy użytkownik może „przejąć kontrolę”<sup>57</sup> nad spółką. W tym zakresie zauważyć należy, że stan faktyczny głosowanej sprawy ukształtowany był w sposób specyficzny, gdyż strony umów użytkowania ustaliły przecież, że nie są obowiązane do wzajemnego informowania się o terminach zgromadzeń obu spółek, a ponadto ustanowienie użytkowania miało właśnie na celu ułatwienie powierzenia zarządzania każdą ze spółek przez określone osoby (użytkowników). Z tego względu nie wydaje się, by orzeczenie Sądu Najwyższego miało stanowić przyczynek do rozpowszechnienia się praktyki „przejmowania kontroli” nad spółką przez użytkowników udziałów.

*Publikacja realizowana w ramach projektu  
2014/13/N/HS5/01442 (Preludium) Narodowego Centrum Nauki*

<sup>52</sup> P. Księżak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks*, s. 1260.

<sup>53</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r., II CSK 53/14, uzasadnienie, s. 6.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 6–7.

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>57</sup> M. Culepa, *Użytkownik może*, s. B4.



# Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Szonert

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

### Właściwość organu w postępowaniu egzekucyjnym w administracji

Wnioskiem z 23 czerwca 2014 r. Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, działając na podstawie art. 36 § 1 i § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. nr 153, poz. 1269 z późn. zm.) oraz art. 264 § 1–3 w związku z art. 15 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.), wystąpił o podjęcie uchwały w składzie siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego wyjaśniającej:

Czy w egzekucji administracyjnej należności pieniężnych art. 19 § 2 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 z późn. zm.) w sposób wyłączny określa właściwość organu egzekucyjnego, będącego właściwym organem gminy o statusie miasta, wymienionej w odrębnych przepisach, oraz gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego?

Uzasadniając wniosek, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego podniósł, że analiza orzecznictwa sądów administracyjnych wskazuje, iż sprawy związane z egzekucją należności pieniężnych prowadzonych przez organ gminy, o którym mowa w art. 19 § 2 ustawy

z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 z późn. zm.) (dalej: u.p.e.a.), następczą trudności w zakresie określenia właściwości tego organu jako organu egzekucyjnego, w sytuacji gdy miejsce zamieszkania lub siedziba zobowiązanego umiejscowione są poza obszarem oddziaływania terytorialnego danej gminy. Podobne trudności występują, kiedy organ gminy o statusie miasta wymienionej w odrębnych przepisach oraz gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego przed wszczęciem egzekucji stwierdzi, że majątek zobowiązanego lub większa jego część nie znajduje się na terenie jego działania, ustalonego wprzód na podstawie miejsca zamieszkania lub siedziby zobowiązanego.

Powstaje zatem wątpliwość, czy zgodnie z regulami określonymi w art. 22 § 2 i 3 u.p.e.a. organ ten w omawianej sytuacji traci swoją właściwość miejscową i w związku z tym zobowiązany jest przekazać sprawę organowi właściwemu, przy czym nie jest możliwe jednoznaczne wskazanie organu egzekucyjnego właściwego do przeprowadzenia egzekucji w takim przypadku. Zrodziło to pytanie, czy organem tym

może być organ innej gminy o statusie miasta wymienionej w załączniku do ustawy z 24 listopada 1995 r. lub gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego uprawniony do dochodzenia tego samego rodzaju należności pieniężnych w stosunku do organu gminy, który pierwotnie ustalił (określił) egzekwowaną należność pieniężną, na obszarze której zamieszkuje zobowiązany lub też tam znajduje się jego majątek bądź jego większa część, czy też właściwy może będzie naczelnik urzędu skarbowego miejsca zamieszkania, siedziby zobowiązanego albo miejsca położenia jego majątku.

Naczelnny Sąd Administracyjny, wyjaśniając przedstawione wątpliwości, zważył między innymi, co następuje.

Z zestawienia treści art. 19 § 2 i art. 22 § 2 i 3 u.p.e.a. wynika, że organy wykonawcze gminy o statusie miasta oraz Prezydent miasta stołecznego Warszawy są organem egzekucyjnym właściwym rzeczowo i miejscowo w zakresie egzekucji należności pieniężnych ustalonych lub stwierdzonych przez organ tej jednostki samorządu terytorialnego tylko w takich sytuacjach, gdy zobowiązany zamieszkuje lub ma siedzibę na terenie oddziaływania tej gminy bądź też na jej terenie położony jest majątek zobowiązanego w znacznej części. Przy czym organ gminy jest organem egzekucyjnym tylko w takiej sytuacji, gdy jest jednocześnie wierzycielem. Natomiast w sytuacji, gdy zobowiązany zamieszkuje lub ma swą siedzibę na terenie innej gminy, w tym również takiej, która posiada status miasta, organem egzekucyjnym jest zawsze właściwy miejscowo naczelnik urzędu skarbowego. Za tym wnioskiem przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, naczelnik urzędu skarbowego jest organem egzekucyjnym o kompetencji ogólnej. Nie tylko zakres jego uprawnień jest

najszerszy. Jednocześnie jego kompetencje doznają ograniczenia tylko w wypadkach ściśle określonych przez ustawodawcę.

Po drugie, naczelnik urzędu skarbowego jest również organem egzekucyjnym właściwym rzeczowo do egzekucji należności pieniężnych, które określa lub ustala organ wykonawczy gminy nieposiadającej statusu miasta. Nie ma więc przeszkód, aby prowadził egzekucję świadczeń pieniężnych należnych gminom o statusie miast.

Z tych powodów, na podstawie art. 264 § 1 p.p.s.a. oraz art. 264 § 2 p.p.s.a. w zw. z art. 15 § 1 pkt 2 p.p.s.a., Naczelnny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę o sygn. II FPS 5/14 z 8 grudnia 2014 r. następującej treści: „W egzekucji administracyjnej należności pieniężnych art. 19 § 2 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 ze zm.) nie określa w sposób wyłączny właściwości organu egzekucyjnego, będącego właściwym organem gminy o statusie miasta, wymienionej w odrębnych przepisach oraz gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego. Na podstawie art. 19 w związku z art. 22 § 2 i § 3 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 ze zm.) do przeprowadzenia egzekucji administracyjnej należności pieniężnych określonych w art. 19 § 2 powyższej ustawy właściwym organem egzekucyjnym jest naczelnik urzędu skarbowego, o ile zobowiązany zamieszkuje lub ma siedzibę, bądź też znany przed wszczęciem egzekucji majątek zobowiązanego lub większa jego część znajduje się na terenie działania innej gminy niż ta jednostka samorządu terytorialnego, która ustaliła lub określiła dochodzoną należność”.

## Odliczenie od podatku nakładów na nabycie jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych

Postanowieniem z dnia 20 marca 2014 r., sygn. akt II FSK 850/12, skład orzekający Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie ze skargi

kasacyjnej Ministra Finansów (organu upoważnionego: Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu) od wyroku Wojewódzkiego Sądu Admini-

stracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt I SA/Go 1140/11, w sprawie ze skargi A. G. (dalej: skarżąca) na interpretację indywidualną Ministra Finansów z 1 sierpnia 2011 r. w przedmiocie podatku dochodowego od osób fizycznych, postanowił na podstawie art. 187 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 ze zm., dalej: p.p.s.a.) przedstawić do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego następujące zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości: „Czy w stanie prawnym obowiązującym do dnia 31 grudnia 2013 r. wydatki na nabycie jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych poniesione przez spadkodawcę mogły zostać odliczone przez spadkobiercę od przychodu ze zbycia tych jednostek na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 2012 r. poz. 361 t.j. ze zm.) w związku z art. 97 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2012 r. poz. 749 t.j. ze zm.)”.

Rozstrzygając przedstawione zagadnienie prawne, Naczelny Sąd Administracyjny zważył między innymi, co następuje.

Potwierdzeniem konieczności jednolitego traktowania podatników podatku dochodowego uzyskujących podlegające opodatkowaniu dochody z omawianego źródła przychodów stanowi dokonana z dniem 1 stycznia 2014 r. nowelizacja ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, wprowadzająca dodatkową regulację art. 22 ust. 1m tej ustawy (por. art. 2 pkt 8 lit. c ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym, Dz.U. z 2013 r. poz. 1387). Zgodnie z tym przepisem w przypadku odpłatnego zbycia udziałów w spółce kapitałowej oraz papierów wartościowych, wykupu przez emitenta papierów wartościowych albo odkupienia (umorzenia) tytułów uczestnictwa w funduszach kapitałowych, a także zwrotu wkładów albo udziałów w spółdzielni, nabytych przez podatnika w dro-

dze spadku, kosztami uzyskania przychodu są wydatki poniesione przez spadkodawcę w celu objęcia lub nabycia tych udziałów w spółce kapitałowej oraz papierów wartościowych, udziałów albo wkładów w spółdzielni, a także na nabycie tych tytułów uczestnictwa w funduszach kapitałowych. Zatem z dniem 1 stycznia 2014 r., przy niezmienionej treści art. 23 ust. 1 pkt 38 u.p.d.o.f., na zasadzie wprost wynikającej z dodanego przepisu art. 22 ust. 1m tej ustawy, kosztem uzyskania przychodów będą wydatki poniesione przez spadkodawcę w celu objęcia lub nabycia tych udziałów w spółce kapitałowej oraz papierów wartościowych, udziałów albo wkładów w spółdzielni, a także na nabycie tych tytułów uczestnictwa w funduszach kapitałowych.

Motywy uzasadnienia tej nowelizacji przedstawione w uzasadnieniu projektu grupy posłów (druk nr 1611, Sejm RP VII kadencji) jednoznacznie wskazują na konieczność wyeliminowania rozbieżnej interpretacji obowiązujących przepisów. Wyjaśniono, że brak pewności obrotu prawnego, uzależnienie od wyroków sądów oraz interpretacji organów administracji podatkowej podejścia do opodatkowania sprzedaży nabytych w drodze spadku udziałów albo wkładów w spółdzielni, udziałów (akcji) w spółkach mających osobowość prawną oraz innych papierów wartościowych, a także tytułów uczestnictwa lub jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych wpływa niekorzystnie na postrzeganie przez inwestorów tego rodzaju kategorii inwestycji. Podkreślono również, że w omawianym kontekście obowiązujące przed nowelizacją przepisy podatkowe w nieuzasadniony sposób preferują lokaty bankowe, w wyniku których zakończenia lub zerwania przez spadkobiercę nie dochodzi do obowiązku zapłaty podatku od całej wartości lokaty, a jedynie od naliczonych odsetek. Dodatkowo można również wskazać brak jednolitego podejścia w odniesieniu do dziedziczonych obligacji, gdzie podatek dochodowy płacony jest od całej wartości obligacji w przypadku ich sprzedaży przez spadkobiercę przed terminem wykupu, natomiast w przypadku gdy spadko-

biecra zatrzyma obligacje do terminu wykupu, wówczas podatek zapłaci wyłącznie od kwoty naliczonego dyskonta lub odsetek. Wyjaśniono również, że proponowana nowelizacja ma na celu zapewnienie sukcesji kosztów uzyskania przychodów poniesionych przez spadkobiercę (uczestnika funduszu inwestycyjnego lub akcjonariusza) na nabycie jednostek uczestnictwa lub papierów wartościowych w przypadku ich dziedziczenia.

Przyjmując, że wprowadzone rozwiązanie doprowadziło ostatecznie do ujednoczenia zasad opodatkowania dla tej grupy podatników, należało uznać, iż stanowiło jedynie doprecyzowanie wcześniej obowiązujących przepisów. Odmienne interpretacja charakteru tej zmiany, prowadząca z kolei do zróżnicowania znajdujących się w tej samej sytuacji podatników tylko z tego powodu, że odkupienie tytułów uczestnictwa lub jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych nastąpiło przed dniem 1 stycznia 2014 r., czy też po tym dniu, prowadziłyby wprost do naruszenia zasady wyrażonej art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Z omówionych wcześniej powodów odnoszących się do zasad wykładni przepisów prawa podatkowego tego rodzaju wykładnia nie mogła zostać zaakceptowana. W kontekście zaprezentowanej wykładni mających zastosowanie w sprawie przepisów art. 22 ust. 1 i art. 23 ust. 1 pkt 38 w związku z art. 10 ust. 1 pkt 7, art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 30a ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.f. zmianę polegającą na dodaniu w art. 22 ust. 1m tej ustawy należało uznać za zmianę usuwającą istniejące dotychczas wątpliwości interpretacyjne. W zakresie, w jakim należało uznać wydatki na nabycie jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych poniesione przez spadkodawcę za koszty uzyskania przychodów spadkobiercy z tytułu odkupienia tych jednostek przez fundusz, zmiana ta

nie miała charakteru prawotwórczego. Norma ta była bowiem, jak wykazano, zawarta w treści przepisów obowiązujących przed tą zmianą. Zatem nowelizacja od 1 stycznia 2014 r. przez dodanie dodatkowej jednostki redakcyjnej w art. 22 stanowiła w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego jedynie doprecyzowanie istniejących przed tą zmianą zasad opodatkowania dochodu z tytułu odkupienia jednostek uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych, eliminując tym samym możliwe na tym tle wątpliwości, będące wynikiem przyjęcia różnej wykładni wskazanych przepisów, stanowiących od 1 marca 2002 r. podstawę opodatkowania dochodu z tego tytułu. Opisany charakter zmiany wprowadzonej z dniem 1 stycznia 2014 r. potwierdza jednoznacznie treść uzasadnienia projektu poselskiego, wskazującego potrzebę wyeliminowania w wyniku zaprojektowanej zmiany (dodanie art. 22 ust. 1m) istniejących wątpliwości interpretacyjnych. Nie każda zatem zmiana przepisu prawa jest zmianą o charakterze prawotwórczym (normatywnym), lecz tak jak w rozpoznawanym przypadku nowelizacja danego przepisu prawa może mieć także charakter redakcyjny i porządkujący (por. T. Grzybowski, *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, wyd. LEX 2013, s. 163–177).

Podsumowując, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził w uchwale o sygn. II FPS 3/14 z 17 listopada 2014 r., że w stanie prawnym obowiązującym do 31 grudnia 2013 r. wydatki na nabycie jednostek uczestnictwa w funduszach kapitałowych poniesione przez spadkodawcę podlegały odliczeniu przez spadkobiercę od przychodu z tytułu odkupienia przez fundusz inwestycyjny tych jednostek na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.).

## Skutki podatkowe zbycia lokalu mieszkalnego w drodze umowy o dożywocie

Skarżąca wystąpiła z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej w sprawie

dotyczącej podatku dochodowego od osób fizycznych w zakresie skutków podatkowych

zbycia lokalu mieszkalnego w drodze umowy o dożywocie, w którym podała, że po zmarłym w dniu 3 grudnia 2010 r. synu nabyła w drodze spadku spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego. Potwierdzenie nabycia spadku nastąpiło 9 lutego 2011 r. na podstawie aktu poświadczenia dziedziczenia. W dniu 16 czerwca 2011 r. nastąpiło przekształcenie spółdzielczego własnościowego prawa do tego lokalu w prawo odrębnej własności lokalu mieszkalnego, które skarżąca zamierza przekazać za opiekę w drodze umowy dożywocia synowi kuzynki. Zapytała w związku z tym, w jakiej wysokości, zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 8 oraz art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2010 r. nr 51, poz. 307 z późn. zm., dalej: u.p.d.o.f.), należy uiszczyć podatek w sytuacji przedstawionej we wniosku. Zdaniem skarżącej zgodnie z tymi przepisami powinna ona zapłacić podatek w wysokości 2%. Uzasadniając własne stanowisko, powołała się na artykuł prasowy, w którym jego autor stwierdził, że przekazanie mieszkania za dożywotnią opiekę nie jest źródłem przychodów – umowa dożywocia nie jest źródłem przychodu podlegającego opodatkowaniu, a więc nie można również stosować art. 19 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy.

W interpretacji indywidualnej z 9 sierpnia 2011 r. Dyrektor Izby Skarbowej uznał stanowisko wnioskodawczyni za nieprawidłowe. Organ stwierdził, że zbycie na podstawie umowy o dożywocie prawa odrębnej własności lokalu mieszkalnego przed upływem pięcioletniego terminu będzie stanowić dla skarżącej źródło przychodów w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.f. i podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym w wysokości 19% podstawy obliczenia podatku. Podstawą obliczenia podatku jest dochód stanowiący różnicę pomiędzy przychodem określonym zgodnie z dyspozycją art. 19 a kosztami uzyskania przychodu ustalonymi na podstawie art. 22 ust. 6d u.p.d.o.f.

Wnioskodawczyni nie zgodziła się z powyższym stanowiskiem i po złożeniu wezwania do usunięcia naruszenia prawa, w odpowiedzi na

które Dyrektor Izby Skarbowej podtrzymał swoje stanowisko, wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie.

Sąd pierwszej instancji nie zgodził się ze stanowiskiem organu, który uznał, że umowa o dożywocie ma charakter umowy odpłatnej i wzajemnej, co miałyby skutkować tym, iż jej zawarcie stanowi źródło przychodu w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a u.p.d.o.f., a w konsekwencji za podstawę opodatkowania przyjął, stosownie do art. 19 ust. 1 i ust. 3 u.p.d.o.f. – wartość rynkową zbywanej nieruchomości. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie w świetle art. 10 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.f. umowie dożywocia nie można przypisać charakteru odpłatnego (pomimo co do zasady wzajemnego i ekwiwalentnego charakteru świadczeń tej umowy na gruncie cywilnym), wobec tego, że nie jest możliwe ustalenie wielkości tego przychodu (podstawy opodatkowania), ze względu na charakter świadczeń otrzymywanych przez zbywcę i brak możliwości ich wyceny w chwili zawarcia umowy.

Wnosząc skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego, Dyrektor Izby Skarbowej zaskarżył w całości wyrok WSA w Szczecinie, wnosząc o rozpoznanie skargi, względnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Naczelny Sąd Administracyjny, rozpatrując powyższą skargę kasacyjną na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2014 r., uznał, że na jej tle wyłoniło się zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, koncentrujące się wokół problemu interpretacji przepisów prawa materialnego, a dotyczące tego, czy przy umowie o dożywocie możliwe jest określenie przychodu ze źródła, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a u.p.d.o.f., na zasadach wynikających z art. 19 ust. 1 i 3 tej ustawy.

Rozpatrując przedstawione zagadnienie, skład siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego zważył między innymi, co następuje.

Skoro podstawą opodatkowania (dochodem z odpłatnego zbycia nieruchomości

i praw określonych w art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a–c u.p.d.o.f.) jest różnica pomiędzy przychodem z odpłatnego zbycia nieruchomości lub praw określonym zgodnie z art. 19 a kosztami ustalonymi zgodnie z art. 22 ust. 6c i 6d, powiększona o sumę odpisów amortyzacyjnych, o których mowa w art. 22h ust. 1 pkt 1, dokonanych od zbywanych nieruchomości lub praw, to każdy z elementów rachunku podatkowego musi cechować odpowiednio wysoki stopień precyzji i określoności. Także zasady wykładni systemowej wewnętrznej i zewnętrznej potwierdzają, że w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe określanie przychodu z tytułu zbycia nieruchomości w drodze umowy o dożywocie. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku umowy zamiany legislator podatkowy prawidłowo i zgodnie ze standardami wynikającymi z art. 217 Konstytucji w art. 10 ust. 1 pkt 8 *in fine* i w art. 19 ust. 2 u.p.d.o.f. w jednoznaczny sposób określił sposób ustalania wartości przychodu z pominięciem kryterium ceny określonej w umowie. Natomiast jako wzór prawidłowej legislacji w zakresie opodatkowania umowy o dożywocie należy wskazać uregulowania zawarte w ustawie z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. z 2010 r. nr 101, poz. 649 ze zm., dalej: u.p.c.c.). W przepisach tego aktu normatywnego szczegółowo określono przedmiot opodatkowania, wskazując umowę dożywocia jako

umowę nazwaną z k.c. (art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. e u.p.c.c.), podmiot, na którym ciąży obowiązek podatkowy przy umowie dożywocia (art. 4 pkt 4 u.p.c.c.) oraz – co najistotniejsze dla rozpatrywanej sprawy – podstawę opodatkowania (art. 6 ust. 1 pkt 4 u.p.c.c.) i stawkę podatku (art. 7 ust. 1 pkt 2 lit. a u.p.c.c.). Wątpliwości w tym zakresie wskazano także w piśmiennictwie (por. J. Stępień, *Prawne aspekty opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych odpłatnego zbycia nieruchomości w drodze umowy dożywocia*, „Przegląd Podatkowy” 2014, nr 8, s. 19–23).

Odnosząc się zatem w konkluzji do pytania przedstawionego składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, należy stwierdzić, że w przypadku zbycia nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie nie jest możliwe określenie przychodu ze źródła, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2010 r. nr 51, poz. 307 z późn. zm.), na zasadach wynikających z art. 19 ust. 1 i 3 tej ustawy. Uwzględniając zaprezentowane zasady wykładni prawa oraz oparte na nich rozumowanie w przedmiocie przedstawionego zagadnienia prawnego, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 15 § 1 pkt 3 i art. 264 § 1 i 2 p.p.s.a. podjął uchwałę o sygn. II FPS z 17 listopada 2014 r. o treści wyżej podanej.



## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO (grudzień 2014–styczeń 2015)

1. W dniu 10 grudnia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok o sygn. K 52/13 w sprawie budzącej kontrowersje – uboju rytualnego. Wnioskodawca – Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej – wniósł o zbadanie zgodności art. 34 i art. 35 ustawy o ochronie zwierząt w zakresie, w jakim nie zezwalały na poddawanie zwierząt ubojowi rytualnemu oraz sankcjonowały go. TK orzekł o niezgodności obu tych przepisów z Konstytucją. Uznał, że art. 34 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt w zakresie, w jakim nie zezwala na poddawanie zwierząt ubojowi w ubojni (rzeźni) według szczególnych metod wymaganych przez obrzędy religijne, oraz art. 35 ust. 1 i 4 tej ustawy w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną za poddawanie zwierząt ubojowi w ubojni (rzeźni) według szczególnych metod wymaganych przez obrzędy religijne, są niezgodne z art. 53 ust. 1, 2 i 5 Konstytucji RP w związku z art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>1</sup>.

Niezależnie od samego rozstrzygnięcia, któ-

re wywołało kontrowersje w łonie samego Trybunału<sup>2</sup>, jak i opinii publicznej, która śledziła ten spór konstytucyjny z dużym zainteresowaniem, wyrok ten jest warty odnotowania, gdyż w jego uzasadnieniu Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił znaczenie i treści wolności wyznania oraz dokonał wykładni art. 53 Konstytucji, stanowiącego wzorzec konstytucyjny<sup>3</sup>. Wskazał, że wolność wyznania jest fundamentalną (podstawową) wolnością człowieka. Już wstęp do Konstytucji podkreśla znaczenie wiary jako źródła prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna. Ujmowana łącznie z wolnością sumienia, zajmuje centralne miejsce w katalogach podstawowych wolności i praw jednostki. Jest chroniona przez art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 18 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka oraz art. 10 Karty Praw Podstawowych.

Materia konstytucyjna dotycząca wolności sumienia i wyznania składa się z dwóch części: instytucjonalnej, dotyczącej zwłaszcza relacji między państwem a kościołami i in-

<sup>1</sup> Wyrok TK z 10 grudnia 2014 r., K 52/13, OTK-A 2014, nr 11, poz. 118.

<sup>2</sup> Do orzeczenia złożono 7 zdań odrębnych przez sędziów W. Hermelińskiego, T. Liszcza, S. Rymara, P. Tuleję, S. Wronkowską-Jaśkiewicz, S. Biernata, M. Granata.

<sup>3</sup> Na ten temat por. również wypowiedź TK zawartą w wyroku z 2 grudnia 2009 r., U 10/07, OTK-A 2009, nr 11, poz. 163.

nymi związkami wyznaniowymi, regulowanej przede wszystkim w art. 25 Konstytucji, a także części odnoszącej się do indywidualnych gwarancji wolności sumienia i wyznania, wynikających zwłaszcza z art. 53 Konstytucji. Artykuł 25 i art. 53 Konstytucji mają charakter komplementarny i winny być rozpatrywane jako pewna całość<sup>4</sup>. Wolność religii jest nie tylko wolnością jednostki o charakterze osobistym, lecz również zasadą ustrojową, co odpowiednio zwiększa wagę tej wolności.

Artykuł 53 jest jednym z najbardziej rozbudowanych przepisów Konstytucji dotyczących wolności i praw jednostki. Stanowi, że wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. W myśl tego przepisu wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują. Z art. 53 ust. 1 i 2 Konstytucji wynika zakaz podejmowania działań, w tym natury prawnej, które w sposób nieuprawniony ingerowałyby (utrudniałyby) w wyznawanie określonej religii.

Trybunał Konstytucyjny zauważył, że również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podkreśla się, iż wolność myśli, sumienia i wyznania jest jednym z fundamentów pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego. W swoim religijnym wymiarze wolność ta jest jednym z najistotniejszych elementów tworzących tożsamość wyznawców i ich koncepcję życia, ale jest też wartością dla ateistów, agnostyków,

sceptyków i osób indyferentnych w stosunku do wiary. ETPCz przyjmuje, że podczas gdy wolność wyznania jest przede wszystkim sprawą sumienia jednostki, pociąga ona także za sobą wolność uzewnętrzniania wyznania. Albowiem świadczenie słowem i czynem o prawdach swojej wiary jest powiązane z istnieniem przekonań religijnych. Państwo ma obowiązek pełnić funkcję bezstronnego i neutralnego organizatora praktykowania różnych religii. Obowiązek ten jest nie do pogodzenia z jakąkolwiek kompetencją państwa do dokonywania oceny zasadności przekonań religijnych lub sposobów, za pomocą których są one wyrażane<sup>5</sup>.

Przewidziana w art. 53 ust. 1 i 2 Konstytucji gwarancja wolności religii obejmuje dokonywanie wszelkich czynności (praktyk, obrzędów, rytuałów), które mają charakter religijny. Konstytucyjna ochrona obejmuje również czynności religijne dalekie od zachowań konwencjonalnych, dominujących w danym państwie, w tym czynności niepopularne z punktu widzenia społecznej większości. Władze publiczne nie powinny oceniać zasadności przekonań religijnych ani sposobów, za pomocą których są one wyrażane. Na tej podstawie TK przyjął, że ubój zwierząt według szczególnych metod, które wymagane są przez obrzędy religijne w celu uzyskania dozwolonego pożywienia, podlega ochronie w ramach wolności religii.

Podkreślił, że wolność religii nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 53 ust. 5 Konstytucji. Jednak w badanej sprawie uznał, że zakaz uboju rytualnego nie znajduje oparcia ani w art. 53 ust. 5, ani w art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Podobnie wyroki TK: z 2 grudnia 2009 r., U 10/07, OTK-A 2009, nr 11, poz. 163; z 8 czerwca 2011 r., K 3/09, OTK ZU 2011, nr 5, poz. 39.

<sup>5</sup> Wyrok ETPCz z 25 maja 1993 r. w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji*, skarga nr 14307/88 oraz wyroki Wielkiej Izby ETPCz z 10 listopada 2005 r. w sprawie *Leyla Şahin przeciwko Turcji*, skarga nr 44774/98 i z 7 lipca 2011 r. w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03.

<sup>6</sup> Po przedmiotowym wyroku TK postanowieniem z 24 lutego 2015 r., P 34/13, umorzył postępowanie z pytania prawnego Sądu Rejonowego w Białymstoku o konstytucyjność art. 34 ustawy o ochronie zwierząt, przyjmując, że kwestia ta została już zbadana.

2. W grudniu 2014 r. i styczniu 2015 r. Trybunał Konstytucyjny dwukrotnie orzekał o konstytucyjności przepisów dotyczących autonomii informacyjnej jednostki. W dniu 18 grudnia 2014 r., w sprawie K 33/13, zakwestionował art. 19 i art. 20 ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia, w zakresie, w jakim przewidywały ustanowienie rejestrów medycznych, a także określenie danych przetwarzanych w rejestrach, w drodze rozporządzenia ministra<sup>7</sup>. Natomiast wyrokiem z 20 stycznia 2015 r., K 39/12, orzekł, że art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. i ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli, w zakresie, w jakim uprawnia przedstawicieli Najwyższej Izby Kontroli do przetwarzania danych ujawniających poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, jak również dane o kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym, jest niezgodny z art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji<sup>8</sup>.

W sprawie K 33/13 Trybunał podkreślił, że autonomia informacyjna oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów<sup>9</sup>. Wśród nich wyróżnia się dane wrażliwe, podlegające szczególnej ochronie. W rejestrach medycznych przetwarzane są natomiast dane wrażliwe należące do najbardziej chronionej sfery prywatności<sup>10</sup>.

Jako że prawo do prywatności, wyrażone w art. 47 Konstytucji, zagwarantowane jest m.in. przez ochronę danych osobowych, przewidzianą w art. 51 Konstytucji<sup>11</sup>, autonomia informacyjna stanowi istotny element składowy prawa do prywatności<sup>12</sup>. Zarówno prawo do prywatności, jak i ochrona autonomii

informacyjnej jednostki nie mają charakteru absolutnego. Zawarta w art. 51 ust. 2 Konstytucji przesłanka „niezbędności” gromadzenia informacji o obywatelach w demokratycznym państwie prawnym nie jest wyłączna. Dopuszczalność ograniczenia autonomii informacyjnej jednostki zależy również od spełnienia przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jedną z nich jest wymóg ustawowej formy ingerencji w prawo lub wolność.

Wymaganie ograniczeń prywatności i autonomii informacyjnej w ustawie nie jest jednak równoznaczne z wyłączością, rozumianą jako pełne unormowanie w ustawie, bez możliwości posłużenia się także rozporządzeniami. W dziedzinie przetwarzania danych osobowych można wyróżnić zagadnienia istotne, które wymagają uregulowania w ustawie. Ustawodawca może jednak przekazać do unormowania w drodze rozporządzenia niektóre sprawy szczegółowe i techniczne związane z przetwarzaniem danych osobowych. W kontekście tych rozważań TK przyjął, że niedopuszczalne jest przekazanie ministrowi prawa do uregulowania w drodze rozporządzenia przedmiotu poszczególnych rejestrów. Niezgodna z art. 51 ustawy zasadniczej jest sytuacja, gdy ustawa o systemie informacji wyznacza jedynie zbiorcze ramy dla wszystkich rejestrów medycznych. Wymagane jest uszczegółowienie ogólnego określenia przez wskazanie w ustawie przedmiotu konkretnych rejestrów. Po drugie, niektóre dane, jakie mogą być przetwarzane w rejestrach tworzonych przez ministra, nie zostały sprecyzowane w ustawie. Warunku prawidłowej regulacji ustawowej nie spełnia użycie wyrażenia „inne dane”, których możliwość przetwarzania w re-

<sup>7</sup> Wyrok TK z 18 grudnia 2014 r., K 33/13, OTK-A 2014, nr 11, poz. 120.

<sup>8</sup> Wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., K 39/12, OTK-A 2015, nr 1, poz. 2.

<sup>9</sup> Tak również wyroki TK: z 19 lutego 2002 r., U 3/01, OTK-A 2002, nr 1, poz. 3 i z 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83.

<sup>10</sup> Wyroki TK: z 20 marca 2006 r., K 17/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 30; z 11 maja 2007 r., K 2/07, OTK-A 2007, nr 5, poz. 48; z 23 czerwca 2009 r., K 54/07, OTK-A 2009, nr 6, poz. 86.

<sup>11</sup> Wyrok TK z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK 1998, nr 4, poz. 46.

<sup>12</sup> Wyroki TK: z 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008, nr 5, poz. 81; z 13 grudnia 2011 r., K 33/08, OTK-A 2011, nr 10, poz. 116; z 22 lipca 2014 r., K 25/13, OTK-A 2014, nr 7, poz. 76.

jestrach przewiduje ustawa, pozostawiając ich dookreślenie ministrowi.

3. W wyroku w sprawie K 39/12 Trybunał Konstytucyjny powtórzył, że konstytucyjna ochrona prywatności stanowi jeden z podstawowych elementów aksjologii demokratycznego państwa prawnego. Przejawia się w możliwości samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących własnej osoby, a także sprawowania kontroli nad tymi informacjami, nawet jeżeli znajdują się w posiadaniu innych osób (autonomia informacyjna jednostki), oraz możliwości samostanowienia o swym życiu osobistym w aspekcie przedmiotowym, podmiotowym oraz czasowym (autonomia decyzyjna jednostki). W sferze autonomii informacyjnej normy konstytucyjne gwarantują jednostce ochronę przed pozyskiwaniem, przetwarzaniem, przechowywaniem i ujawnieniem, w sposób naruszający reguły przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto*, informacji m.in. o stanie zdrowia<sup>13</sup>, sytuacji majątkowej<sup>14</sup>, sytuacji rodzinnej<sup>15</sup>, przeszłości politycznej lub społecznej<sup>16</sup>, nazwisku lub wizerunku<sup>17</sup> lub innych informacji niezbędnych dla działań organów władzy publicznej<sup>18</sup>. W sferze autonomii

decyzyjnej normy konstytucyjne gwarantują jednostce ochronę przed – dokonaną z naruszeniem reguły przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* – ingerencją w decyzje jednostki o własnym życiu lub zdrowiu<sup>19</sup>, kształtowaniu życia rodzinnego<sup>20</sup>, wychowaniu dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami<sup>21</sup> czy urodzeniu dziecka<sup>22</sup>.

Konstytucyjna regulacja prywatności implikuje w szczególności zakaz domniemywania kompetencji władzy publicznej w zakresie ingerencji w prywatność, nakaz powstrzymania się od niedopuszczalnej konstytucyjnie ingerencji zarówno przez organy władzy publicznej, jak i podmioty prawa prywatnego, oraz nakaz stworzenia przez państwo warunków, w których jednostka może swobodnie i bezpiecznie korzystać ze swych konstytucyjnych praw<sup>23</sup>. Trybunał Konstytucyjny uznał, że nawet gdy przetwarzanie danych osobowych jest niezbędne dla zapewnienia rzetelności i sprawności instytucji publicznych, konieczne jest zawsze przeprowadzenie testu proporcjonalności i weryfikacja, czy takie przetwarzanie jest niezbędne.

Wyjaśnił, że zgodnie z wymogiem proporcjonalności ograniczenia nie mogą w sposób nieadekwatny nakładać ciężarów na podmioty

<sup>13</sup> Wyroki TK: z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK 1998, nr 4, poz. 46 i z 19 lutego 2002 r., U 3/01, OTK-A 2002, nr 1, poz. 3.

<sup>14</sup> Wyroki TK: z 24 czerwca 1997 r., K 21/96, OTK 1997, nr 2, poz. 23 i z 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83.

<sup>15</sup> Wyroki TK: z 12 listopada 2002 r., SK 40/01, OTK-A 2002, nr 6, poz. 81 i z 13 lipca 2004 r., K 20/03, OTK-A 2004, nr 7, poz. 63.

<sup>16</sup> Wyroki TK: z 21 października 1998 r., K 24/98, OTK 1998, nr 6, poz. 97; z 5 maja 2003 r., K 7/01, OTK-A 2003, nr 3, poz. 19; z 26 października 2005 r., K 31/04, OTK-A 2005, nr 9, poz. 103.

<sup>17</sup> Wyroki TK: z 20 marca 2006 r., K 17/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 30 i z 18 lipca 2011 r., K 25/09, OTK-A 2011, nr 6, poz. 57.

<sup>18</sup> Wyroki TK: z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; z 20 kwietnia 2004 r., K 45/02, OTK-A 2004, nr 4, poz. 30; z 23 czerwca 2009 r., K 54/07, OTK-A 2009, nr 6, poz. 86; z 13 grudnia 2011 r., K 33/08, OTK-A 2011, nr 10, poz. 116.

<sup>19</sup> Wyroki TK: z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK-A 2009, nr 7, poz. 108 i z 11 października 2011 r., K 16/10, OTK-A 2011, nr 8, poz. 80.

<sup>20</sup> Wyroki TK: z 27 stycznia 1999 r., K 1/98, OTK 1999, nr 1, poz. 3 i z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK-A 2003, nr 4, poz. 32.

<sup>21</sup> Wyrok TK z 2 grudnia 2009 r., U 10/07, OTK-A 2009, nr 11, poz. 163.

<sup>22</sup> Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

<sup>23</sup> Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

praw i wolności. Ograniczenia powinny pozostawać w bezpośrednim związku i odpowiedniej proporcji do nałożonych ciężarów. W wypadku ingerencji prawodawczej w autonomię informacyjną spełnienie wymogu proporcjonalności *sensu stricto* oznacza m.in.: a) istnienie ustawowo determinowanych gwarancji proceduralnych i technicznych bezpiecznego przetwarzania danych osobowych; b) ograniczenie katalogu podmiotów przetwarzających dane do minimum podyktowanego rodzajem danych i celem ich przetwarzania; c) określenie ram czasowych przetwarzania danych; d) wprowadzenie efektywnego mechanizmu

anonimizacji; e) wprowadzenie przepisów umożliwiających stabilne finansowanie i konserwację baz danych w celu zapewnienia ich niezakłóconego funkcjonowania w dobie dynamicznego rozwoju nowoczesnych technologii i różnego rodzaju ryzyka z tym związanego.

W konsekwencji TK przyjął, że w obecnym stanie prawnym przetwarzanie danych ujawniających poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, jak również danych o kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym nie jest przydatne w świetle konstytucyjnego i ustawowego zakresu dopuszczalnej kontroli przez przedstawicieli NIK.

## EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (styczeń–marzec 2015 r.)

### PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Działania albo zaniechania władz w sferze zdrowia publicznego mogą w pewnych okolicznościach rozdzielić ich odpowiedzialność na podstawie art. 2.

*Wyrok Asiye Genç v. Turcja, 27.1.2015 r.,  
Izba (Sekcja II), skarga nr 24109/07, § 66.*

Jeśli zawinięcie przez funkcjonariuszy albo organy państwa było czymś więcej niż tylko błędem w ocenie albo zaniedbaniem, brak ścigania osób odpowiedzialnych za zamachy na życie może oznaczać naruszenie art. 2 niezależnie od innych dostępnych środków prawnych, po jakie zainteresowani mogliby sięgnąć z własnej inicjatywy. Podejście to obowiązuje również w dziedzinie zdrowia publicznego, w zakresie, w jakim istnieją dowody, że władze naraziły życie osoby na niebezpieczeństwo przez odmowę opieki medycznej, jaką zobowiązały się zapewnić ogółowi ludności.

*Wyrok Asiye Genç v. Turcja, 27.1.2015 r.,  
Izba (Sekcja II), skarga nr 24109/07, § 73.*

### PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Przy ocenie, czy przyznanie organizacji międzynarodowej immunitetu jurysdykcyjnego

przed sądami krajowymi było dozwolone na podstawie Konwencji, istotne jest ustalenie, czy skarżący miał dostęp do rozsądnych alternatywnych środków skutecznej ochrony jego praw na podstawie Konwencji.

*Decyzja Klausecker v. Niemcy, 6.1.2015 r.,  
Izba (Sekcja V), skarga nr 415/07, § 64.*

Państwa Konwencji – w razie przekazania części swojej suwerennej władzy organizacji międzynarodowej, której są członkami – mają obowiązek ustawicznego monitoringu, czy zagwarantowane prawa są w niej chronione w sposób ekwiwalentny do systemu Konwencji. Ich odpowiedzialność na podstawie Konwencji może pojawić się w razie późniejszego stwierdzenia, że ochrona tych praw w organizacji międzynarodowej była „wyraźnie niewystarczająca”. Na odwrót, nie można przypisać państwu zarzuconego naruszenia Konwencji z powodu decyzji albo środka podjętego przez organ organizacji międzynarodowej, której jest członkiem, jeśli nie zostało ustalone, a nawet nie było zarzutu, że ogólnie ochrona praw podstawowych w tej organizacji nie była „ekwiwalentna”, a państwo to bezpośrednio ani pośrednio nie uczestniczyło w realizacji zarzuconego aktu.

*Decyzja Klausecker v. Niemcy, 6.1.2015 r.,  
Izba (Sekcja V), skarga nr 415/07, § 97.*



### ZAKAZ KARANIA BEZ PODSTAWY PRAWNEJ (ART. 7)

W przypadku zarzutu przestępstwa „ciągłego” zasada pewności prawnej wymaga, aby czyny, które się na nie składają i prowadzą do odpowiedzialności karnej, były wyraźnie wskazane w akcie oskarżenia. Ponadto sąd w wyroku również musi wyraźnie wskazać, że stwierdzenie winy i wymierzona kara wynikały z uznania, iż zostały spełnione warunki charakteryzujące przestępstwo ciągle.

*Wyrok Rohlena v. Czechy, 27.1.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 59552/08, § 57.*

W każdym systemie prawnym do sądów należy interpretacja przepisów prawa karnego materialnego w celu ustalenia, że czyn zagrożony karą został popełniony, z odwołaniem się do struktury konkretnego przestępstwa, oraz wskazanie daty, w której wszystkie jego znamiona zostały spełnione. Konwencja nie zakazuje jej, pod warunkiem że wynikające z niej wnioski sądów można było rozsądnie przewidzieć.

*Wyrok Rohlena v. Czechy, 27.1.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 59552/08, § 58.*

Wzmocnienie krajowej ochrony prawnej przed przemocą domową – stosowaną wobec kobiet i nadal stanowiącą kwestię poważnej troski w dzisiejszych społeczeństwach europejskich – jest zgodne z fundamentalnymi zadaniami Konwencji, której istotą jest poszanowanie godności ludzkiej i wolności.

*Wyrok Rohlena v. Czechy, 27.1.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 59552/08, § 71.*

### PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

W pewnych okolicznościach zamach na dobre imię nieżyjącego członka rodziny danej osoby będzie oznaczać zamach na życie prywatne i tożsamość jej samej i w rezultacie pojawia się kwestia ochrony jej praw na podstawie

art. 8. Należy jednak wyraźnie odróżnić znieważające ataki na zmarłe osoby prywatne, których dobre imię składa się na reputację całej rodziny, od przypadków uprawnionej krytyki zmarłych osób publicznych, które – przez podjęcie ról przywódczych – same wystawiły się na kontrolę i krytykę przez innych.

*Decyzja Yevgeniy Yakovlevich Dzhugashvili v. Rosja, 9.12.2014 r. (ogłoszona 15.1.2015 r.), Izba (Sekcja I), skarga nr 41123/10, § 30.*

Obowiązek uwzględnienia najlepszego interesu dziecka ciąży na państwie niezależnie od natury więzi rodzicielskiej, genetycznej czy innej osób związanych z tym dzieckiem.

*Wyrok Paradiso i Campanelli v. Włochy, 27.1.2015 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 25358/12, § 80.*

Odebranie dziecka rodzinie jest środkiem wyjątkowo drastycznym, po który można sięgać wyłącznie w ostateczności. Jest on usprawiedliwiony, jeśli ma uchronić dziecko przed bezpośrednim zagrożeniem. Kryterium wynikające z orzecznictwa jest w tym zakresie bardzo wymagające.

*Wyrok Paradiso i Campanelli v. Włochy, 27.1.2015 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 25358/12, § 80.*

W dziedzinie adopcji oraz oceny konieczności objęcia dziecka opieką publiczną – zwłaszcza w pilnych przypadkach – władze korzystają z dużej swobody. Zawsze jednak należy wykazać, że istniejące okoliczności uzasadniały odebranie dziecka, a władze – przed sięgnięciem po taki środek – starannie oceniły wpływ adopcji na rodziców i dziecko oraz rozważyły rozwiązania inne niż opieka publiczna.

*Wyrok Paradiso i Campanelli v. Włochy, 27.1.2015 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 25358/12, § 74.*

Ściganie i napaści ze strony władz na adwokatów, radców prawnych i inne osoby świadczące pomoc prawną wymagają zawsze szczególnie ścisłej kontroli. Przy ocenie ich zasadności

Trybunał ocenia istnienie dostępnych gwarancji prawnych przed nadużyciami i arbitralnością oraz bada, w jaki sposób były one stosowane w konkretnym przypadku. Uwzględni przy tym wagę przestępstwa, w związku z którym nastąpiło przeszukanie i zajęcie przedmiotów, oraz ocenia, czy podstawą był nakaz sędziego, a także czy powodem było uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, a jego zakres był odpowiednio ograniczony. Trybunał musi również zbadać sposób jego przeprowadzenia oraz – w przypadku kancelarii adwokackiej – ustalić, czy nastąpiło ono w obecności niezależnego obserwatora mającego zapewnić, aby nie zostały zajęte materiały objęte prawnie zagwarantowanym immunitetem zawodowym. Musi wreszcie uwzględnić skalę możliwego wpływu przeszukania na działalność i reputację objętych nim osób.

*Wyrok Yuditskaya i inni v. Rosja, 12.2.2015 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5678/06, § 27.*

Nakazy przeszukania należy sporządzać w miarę możliwości tak, aby jego zakres i skutki pozostawały w rozsądnych rozmiarach.

*Wyrok Yuditskaya i inni v. Rosja, 12.2.2015 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5678/06, § 29.*

Państwa powinny korzystać z szerokiej swobody w swoich systemach prawnych przy rozwiązywaniu konkretnych problemów wynikających z prawnego uznania nowej płci pooperacyjnych transseksualistów. Odnosi się to również do regulacji dostępu do środków medycznych lub chirurgicznych dla osób transseksualnych chcących poddać się modyfikacjom ciała związanym ze zmianą płci.

*Wyrok Y. Y. v. Turcja, 10.3.2015 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 14793/08, § 106–107.*

Państwa mają obowiązek umożliwić transseksualistom korzystanie w pełni, podobnie jak ich współobywatelom, z prawa do oso-

bistego rozwoju oraz integralności fizycznej i psychicznej.

*Wyrok Y. Y. v. Turcja, 10.3.2015 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 14793/08, § 109.*

Relacje między rodzicem adopcyjnym i adoptowanym dzieckiem mają zasadniczo tę samą naturę, co związki rodzinne chronione w art. 8. Związek wynikający z legalnej i autentycznej adopcji można uważać za wystarczający, aby poza życiem rodzinnym wchodziło w grę również poszanowanie życia prywatnego w rozumieniu art. 8 Konwencji.

*Wyrok Zaiet v. Rumunia, 24.3.2015 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 44958/05, § 34.*

Przepisy regulujące adopcję mają, co do zasady, w pierwszej kolejności przynosić korzyść i dawać ochronę dziecku. Unieważnienie adopcji nie może nastąpić wbrew jego interesom.

*Wyrok Zaiet v. Rumunia, 24.3.2015 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 44958/05, § 48.*

Jeśli okaże się, że podstawą zgody na adopcję były dowody fałszywe albo informacje wprowadzające w błąd, w procesie związanym z naprawą szkód wyrządzonych rodzicowi adopcyjnemu w rezultacie błędnego postanowienia o adopcji interesy dziecka nadal powinny przeważać.

*Wyrok Zaiet v. Rumunia, 24.3.2015 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 44958/05, § 49.*

## ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

Państwo demokratyczne może wymagać od osób, które chcą uzyskać jego obywatelstwo, lojalności wobec niego, a zwłaszcza wobec zasad konstytucyjnych, na których jest ono zbudowane. Wymagania lojalności wobec państwa i jego konstytucji nie można uważać za środek represyjny oznaczający ingerencję w podstawowe wolności.

*Wyrok Petropavlovskis v. Łotwa, 13.1.2015 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 44230/06, § 85.*

# Pytania i odpowiedzi prawne

*Ewa Stawicka*

## **CZY BYŁY DZIERŻAWCA MOŻE SKUTECZNIE BRONIĆ SIĘ ZARZUTEM NADUŻYCIA PRAWA PODMIOTOWEGO PRZED ŻĄDANIEM PRZYWRÓCENIA NIERUCHOMOŚCI DO STANU POPRZEDNIEGO?**

Wyrok Sądu Najwyższego z 12 września 2013 r. wydany pod sygnaturą IV CCSK 44/13 mógłby przejść szerzej niezauważony, gdyby nie zainteresowanie mediów sprawą, w której zapadł. Jak można wnosić z treści doniesień prasowych<sup>1</sup>, spór toczy się pomiędzy łomżyńskim przedsiębiorcą a miastem, które w pierwszych latach XXI wieku wydzierżawiło mu ponadhektarową nieruchomość nad Narwią, na której miała powstać przystań wraz z wypożyczalnią sprzętu sportowego. Zgodnie z treścią towarzyszącego umowie porozumienia dzierżawca nawiózł na mocno zaniedbaną, podmokłą działkę dziesiątki ton ziemi i gruzu – na wyrównanym dzięki temu do poziomu ulicy terenie wyrósł konieczny dla zamierzonej budowy nasyp oraz sztuczne zbrocze w pobliżu rzeki. Wydano równoległe decyzję o warunkach zabudowy – i wówczas, po prawie pięciu latach, strona wydzierżawiająca zerwała umowę, powołując się na naruszenie jednego z jej warunków: na nieruchomości zostały bowiem ustawione, bez zgody miasta, banery reklamowe. Przedsiębiorcę, który przegrał proces o uznanie wypowiedzenia za bezskuteczne, w wyniku kolejnego postępowania sądowego wyeksmitowano z działki.

Władze Łomży zażądały następnie przywrócenia przedmiotu dzierżawy do stanu sprzed zawarcia umowy. Inwestor wniósł wówczas powództwo przeciwko miastu o zapłatę blisko półtora miliona złotych tytułem rozliczenia nakładów przezeń poniesionych na ulepszenie nieruchomości. Strona pozwana wносиła o oddalenie powództwa. W pierwszej i w drugiej instancji uwzględniono roszczenie powoda w nikłej części, to znaczy co do kwoty 9000 zł. Sądy: okręgowy i apelacyjny stanęły bowiem na stanowisku, że przedsiębiorca nie udowodnił w sposób należyty poniesienia nakładów w większej wysokości.

Rozpoznając skargę kasacyjną od orzeczenia drugoinstancyjnego, Sąd Najwyższy w omawianym tutaj wyroku zajął się dwoma zagadnieniami prawnymi. Przed ich bliższym przedstawieniem należy jednak podkreślić, że skład orzekający SN zgodził się z obydwoma sądami niższej instancji, iż wobec nieuregulowania w samym kontrakcie prawideł rozliczeń na wypadek jego zakończenia kwestia ta winna być co do zasady rozstrzygana na podstawie norm zawartych w art. 676 Kodeksu cywilnego, które stosuje się do stosunków kontraktowych poprzez odesłanie z art. 694 k.c.

<sup>1</sup> „Rzeczpospolita” z 13 września 2013 r.

Pierwsze z zagadnień sprowadza się do tego, czy po zakończeniu stosunku umownego wybór pomiędzy zatrzymaniem ulepszeń za zapłatą ich równowartości a żądaniem przywrócenia stanu poprzedniego przysługujący wydzierżawiającemu z mocy wyżej wskazanych, łącznie stosowanych dwóch przepisów jest swobodny, czy też podlega on ograniczeniom z punktu widzenia zasad współżycia społecznego. Odpowiedź Sądu Najwyższego udzielona w uzasadnieniu wyroku o sygnaturze IV CSK 44/13 wyraźnie wskazuje na dopuszczalność posłużenia się art. 5 k.c. wtedy, gdy z ekonomicznego punktu widzenia powrotna destrukcja terenu nie znajdowałaby uzasadnienia.

Motywy tego poglądu przywołują wcześniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wskazują po pierwsze, że podmiot szukający ochrony swojej pozycji poprzez zasady współżycia społecznego nie musi definiować ani konkretnie brzmiącej reguły socjalnej kogezystencji, ani też w jakiś szczególny sposób udowadniać, iż miałyby ona ulec naruszeniu. Po wtóre – potwierdzają, że specyfika umowy dzierżawy wykazuje w zestawieniu z najmem odrębności skutkujące węższym (a więc – zgodnie z brzmieniem art. 694 k.c. – odpowiednim tylko, a nie dosłownym) stosowaniem zasady rozliczeń wyrażonej w treści art. 676 Kodeksu cywilnego; zawężenie to sprowadza się do nieprzyznania wydzierżawiającemu prawa do żądania restytucji wtedy, jeśli takowa naruszałaby substancję rzeczy lub zmieniałaby jej przeznaczenie i charakter nabyte dzięki poczynionym nakładom.

Sąd Najwyższy zaakcentował swoje stanowisko również co do innego zagadnienia. Sprowadza się ono do określenia metody wyłaniania kwoty, jaką wydzierżawiający miałby

wypłacać byłemu dzierżawcy w zamian za zatrzymanie ulepszeń. W uzasadnieniu relacjonowanego tu wyroku wyrażono pogląd, że kwota ta nie powinna być sumą udowodnionych nakładów, lecz – wycenianym przez biegłego sądowego – pieniężnym ekwiwalentem istniejącego w dacie zwrotu przedmiotu dzierżawy wzrostu wartości rzeczy w porównaniu z jej stanem wyjściowym.

Orzeczenie należy uznać w całości za trafne. Wypada też zauważyć, że wpisuje się ono w nurt myśli orzeczniczej pozwalającej powoływanie normy art. 5 k.c. także przez stronę powodową. Gwoli ścisłości trzeba dodać, że choć w ujęciu procesowym norma ta stała się dla niefortunnego łomżyńskiego dzierżawcy orężem ataku, to jednak z materialnoprawnego punktu widzenia zasady współżycia społecznego posłużyły mu w istocie jako ochronny puklerz: wytoczenie procesu o zapłatę było wszak reakcją na wcześniejsze pozasądowe pretensje miasta, sprowadzające się do żądania rozebrania usypanych wałów i usunięcia sztucznie wytworzonego, wyrównanego podłoża.

Obserwację powyższą należałoby właściwie rozszerzyć jeszcze bardziej. Oto wytoczenie przez byłego dzierżawcę powództwa o zapłatę równowartości nakładów na zwróconą nieruchomości stało się samo w sobie narzędziem ofensywnym – w tym sensie, że z inicjatywy podmiotu, któremu literalna treść art. 676 k.c. w zw. z art. 694 k.c. przydziela rolę bierną, nastąpiło przenicowanie żądań drugiej strony zakończonego kontraktu; tej, dla której zapisano w owych przepisach prawo wyboru roszczenia. Wytworzył się dzięki temu sprawiedliwy balans dla kodeksowej normy pozbawiającej byłego dzierżawcę możliwości korzystania z prawa zatrzymania.

# Pytanie o obronę (25)

Antoni Bojańczyk

## CZY ZANIECHANIE PRZEZ SĄD SKORZYSTANIA Z INICJATYWY DOWODOWEJ MOŻE BYĆ PRZEDMIOTEM KONTROLI ODWOŁAWCZEJ W ZNOWELIZOWANYM PROCESIE KARNYM?

1. Eksplorując rozległy labirynt prawa karnego procesowego, każdy adwokat nie jeden raz trafił na jego ciemne zakamarki – miejsca, w których kłębi się od niejasnych przepisów i sprzecznych interpretacji. Pewnym pocieszeniem dla obrońcy może zatem być to, że jedna sprawa w tym gąszczu prawa procesowego stanowiła zawsze *constans*. W dodatku była stosunkowo prosta. Otóż nie budziło nigdy niczych wątpliwości, że w postępowaniu odwoławczym ustawa nie stawia jakichkolwiek ograniczeń przedmiotowych przy formułowaniu zarzutów odwoławczych bazujących na naruszeniu prawa procesowego. Nikt więc do tej pory nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do tego, że każde uchybienie przepisom postępowania mogło stanowić podstawę formułowania zarzutu odwoławczego (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Oczywiście – dla skuteczności takiego zarzutu musiał obrońca zatroszczyć się o to, żeby podnieść takie uchybienie, które *in concreto* mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia (art. 438 pkt 2 *in fine* k.p.k.). Ale ten warunek – choć bezdyskusyjny i dla skuteczności zarzutu odwoławczego oczywiście nieodzowny – interesuje nas w tym miej-

scu akurat najmniej. Nie było i nie ma zatem takiego naruszenia przepisu czy przepisów prawa karnego procesowego, którego nie mógłby obrońca kwestionować i poddać kontroli przed sądem *ad quem*. Nie było – aż do chwili uchwalenia nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 2013 r. Oto bowiem od 1 lipca 2015 r. do ustawy postępowania karnego wprowadza się daleko posunięte ograniczenia w zakresie dopuszczalności podnoszenia zarzutów odwoławczych przez strony. Obrońca nie będzie mógł już zarzucić naruszenia *jakiegokolwiek* z przepisów Kodeksu postępowania karnego (innych przepisów procesowych). Pewne obszary prawa procesowego zostają przez ustawodawcę w zasadzie bezwzględnie wyłączone spod kontroli odwoławczej przeprowadzanej w wyniku wniesienia środka zaskarżenia.

2. Zasygnalizowana powyżej zmiana nie wynika z modyfikacji przepisu normującego podstawy (czy przyczyny – operujemy tu terminologią przyjętą przez prof. Mariana Cieślaka i powszechnie – w ślad za nim – używaną w orzecznictwie i piśmiennictwie) odwoławcze, tj. art. 438 k.p.k. Jest on tradycyjnie wiąż-

zany z normą wyznaczającą kształt programu kontroli odwoławczej przeprowadzanej w procesie karnym. Na pierwszy rzut oka wydawałby się więc najbardziej intuicyjnym miejscem dla wprowadzania takich korekt. Przepis ten nie ulega jednak żadnej zmianie. Może to wywoływać pewne zdziwienie. Jeżeli bowiem chce się wprowadzić ustawowe wyłączenie(-a) w zakresie podnoszenia określonego rodzaju zarzutów (tj. zarzutów wskazujących na naruszenie pewnych przepisów postępowania), to w zasadzie powinno się je wprowadzić(-a) właśnie do przepisu określającego przyczyny odwoławcze. Pewne ograniczenia powodów odwoławczych wbudowane w ten akurat przepis muszą w naturalny wręcz sposób pociągnąć za sobą ograniczenie kognicji sądów odwoławczych, skoro sąd nie byłby zobligowany do zmiany albo uchylenia orzeczenia w razie stwierdzenia określonej kategorii wadliwości orzeczenia wyłączonych decyzją ustawodawcy spod kontroli odwoławczej. Ustawodawca zdecydował się jednak postąpić inaczej. Posłużył się odmienną metodą legislacyjną dla osiągnięcia założonego celu i wprowadzenia – *sit venia verbo* – „ślepych obszarów” postępowania odwoławczego w procesie karnym. Ograniczenia te ulokowała nowelizacja (tj. ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1247 ze zm. (!) – dalej cyt. jako nowelizacja) w dodawanych do istniejących przepisów art. 427 § 4 k.p.k. i art. 447 § 5 dodatkowych jednostkach redakcyjnych (odpowiednio § 4 i 5 obu przepisów). Trzeba powiedzieć, że ten zabieg co do zasady zasługiwał (piszemy „zasługiwał”, bo po drodze nowelizacja została przez ustawodawcę... znowelizowana!) na aprobatę. Było to (jest?) mimo wszystko lepszym rozwiązaniem niż alternatywny pomysł wprowadzenia ewentualnych ograniczeń odwoławczych do treści przepisu art. 438 k.p.k. I nie chodzi tu wcale o to, że w przepisie art. 438 k.p.k. nie wymienia się przecież wprost katalogu uchybień, które można skutecznie podnosić w apelacji (wokół których można formułować zarzuty odwoław-

cze). Z technicznego punktu widzenia w przepisie tym określa się „tylko” przesłanki, które – jeżeli zostaną *in concreto* stwierdzone przez sąd – pociągają za sobą konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia („orzeczenie ulega uchyleniu lub zmianie w razie stwierdzenia” uchybień taksatywnie wymienionych w tym przepisie). Literalna interpretacja art. 438 k.p.k. nie ma jednak większego znaczenia praktycznego. Jeśli bowiem zarzut odwoławczy ma się okazać skuteczny, to siłą rzeczy musi być w zupełności sprzęgnięty z powodami uruchomienia orzekania odwoławczego precyzyjnie określonymi w art. 438 k.p.k. w tym sensie, że winien opierać się właśnie na wskazanych w tym przepisie powodach odwoławczych. Technika legislacyjna, do której odwołał się (początkowo) ustawodawca, ma więcej zalet niż wspomniany poprzednio wariant rozwiązania, tj. pomysł wprowadzenia do postępowania odwoławczego blokad procesowych w art. 438 k.p.k. Pomieszczenie wyłączeń odwoławczych w przepisach normujących konstrukcję środków odwoławczych (generalnie – w art. 427 k.p.k. i co do apelacji w art. 447 k.p.k.) ma bowiem tę istotną i niewątpliwą zaletę, że dezaktualizuje możliwość podnoszenia określonych zarzutów niejako u samego zarania postępowania odwoławczego. Krótko mówiąc – formalnie stronie nie wolno nawet formułować zarzutu opartego na pewnych naruszeniach prawa, czy raczej – twierdzeniach o pewnych naruszeniach, a jeżeli już taki zarzut zostanie wyartykułowany, to w zasadzie już na etapie wstępnej kontroli środka odwoławczego jego podniesienie winno skutkować odpowiednią reakcją w postaci decyzji sądu odwoławczego o odmowie przyjęcia środka odwoławczego w określonym zakresie (*arg. ex art. 429 § 1 k.p.k.*). Na dalszym etapie postępowania środek odwoławczy powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania w tym zakresie (*arg. ex art. 430 § 1 k.p.k. i art. 429 § 1 in fine k.p.k.*). Wprawdzie do podobnego rezultatu przypuszczalnie można by dojść także w drodze modyfikacji przepisu art. 438 k.p.k. Wtedy jednak ocena niedopuszczalności zarzutu od-



wolańczego wymagałaby (znacznie) bardziej zawiłych zabiegów interpretacyjnych.

3. Swoiste blokady odwoławcze wprowadzone przez ustawodawcę polegają na tym, że nie będzie można od 1 lipca 2015 r. podnieść w środku odwoławczym zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, ani też zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie lub poza zakresem wniosku (przepis art. 427 § 4 k.p.k.). Nie wiadomo jednak, dlaczego w zasadzie podobnie ujęty przepis, przewidujący identyczną właściwie blokadę odwoławczą, wprowadzono do przepisów o apelacji (art. 447 § 5 k.p.k.). W efekcie doszło do całkowicie niezrozumiałego zdublowania regulacji normatywnej tej samej materii procesowej. Kwestię procesowo niedopuszczalnych zarzutów odwoławczych uregulowano – nie wiedzieć czemu – zarówno w przepisach ogólnych (art. 427 § 2 k.p.k.), mających przecież również zastosowanie do postępowania apelacyjnego, jak i – po raz drugi – (być może na zapas?) w przepisach normujących apelację. Ale to nie wszystko. Pół biedy, gdyby chodziło tu tylko o zwyczajne zdublowanie określonej regulacji prawnej. Takie rzeczy się zdarzają i z czymś takim praktyka by sobie zapewne bez trudu poradziła. Stała się jednak rzecz znacznie gorsza, potencjalnie mogąca doprowadzić nie tylko do znacznego zamętu interpretacyjnego, ale wręcz do niebezpiecznego rozchwiania całego modelu postępowania odwoławczego. Oto dwie analogiczne blokady odwoławcze dotyczące treści zarzutów odwoławczych, przewidziane w przepisach ogólnych o postępowaniu odwoławczym i w przepisach o apelacji, zostały ujęte w sposób *rozbieżny* (!). W tych przepisach (dotyczących przecież dokładnie tej samej materii) jakby wręcz celowo i *naczej* rozłożono akcenty zakresowe. I tak na przykład w przepisie „ogólnym” wprowadzoną blokadę odwoławczą odniesiono do zarzutu *nieprzeprowadzenia* przez sąd dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego. Tymczasem w przepisie

„apelacyjnym” kwestię tę uregulowano w ten oto sposób: „nie można podnosić zarzutu *niedopuszczenia* dowodu z urzędu lub niedostatecznej aktywności sądu w przeprowadzaniu dowodu”. Niuans? Być może, ale za to niuans bardzo istotny. Wynikałoby bowiem z niego, że w postępowaniu zażaleniowym zarzut oparty na wskazaniu uchybienia polegającego na niedopuszczeniu dowodu z urzędu byłby jednak dopuszczalny (w postępowaniu apelacyjnym już nie, z kolei zarzut nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu byłby dopuszczalny, pod warunkiem że nie wkraczałby w sferę opisaną niezbyt precyzyjnie jako „niedostateczna aktywność sądu w przeprowadzaniu dowodu”). Nie bardzo wiadomo, dlaczego ustawodawca – co do bardzo trudnych do uchwycenia niuansów procesowych – odmiennie uregulował te same kwestie. Rzecz całą dałoby się być może wyprostować w pewnym stopniu na drodze uważnego ustalenia relacji *lex generalis–lex specialis* pomiędzy konkurującymi ze sobą przepisami. Tyle tylko, że na pewno nie w *szybkim* i *wątpliwym* dałoby się w ten sposób usunąć.

Tak się jednak szczęśliwie złożyło, że dla nowelizacji przewidziano bardzo długie *vacatio legis* (prawie dwa lata). Czas ten – w normalnych warunkach i wedle teoretycznego założenia przeznaczony na uważne zapoznanie się *adresatów* (a więc także adwokatury) z treścią aktu prawnego i ich przygotowanie do gładkiego przedstawienia praktyki na tory zmodyfikowanej procedury karnej – w przypadku nowelizacji w dość groteskowy sposób *przeistoczył* się jednak w czas dla *ustawodawcy* na spokojne zapoznanie i zastanowienie się nad swoim dziełem (nowelizacją) i wprowadzenie do niej licznych korekt. Całe zagadnienie *vacatio legis* zostało więc przez ustawodawcę *faktycznie* potraktowane jako dalszy element procesu legislacyjnego, który *formalnie* tylko zakończył się w dniu uchwalenia ustawy przez Sejm. Korekt dokonano w świeżo podpisanej przez Prezydenta RP ustawie z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396). Zmieniono w sposób bardzo

istotny nowelizację (w art. 12), wprowadzając – w zaiste mało czytelny sposób – zmiany do nowelizacji. Ponieważ nowelizacja w dacie wydania ustawy z 20 lutego 2015 r. nie weszła jeszcze w życie (!), to zmiany do nowelizacji (ogółem w zakresie nowelizowanego Kodeksu postępowania karnego jest ich 42) siłą rzeczy przybrały postać nowelizacji do nowelizacji, tj. punktu 1 art. 12 ustawy z 20 lutego 2015 r., który zmienia kolejne punkty art. 1 nowelizacji (czyni się to w układzie literowym od *a* do *z*, a następnie, po wyczerpaniu porządku alfabety łącińskiego, już w *p o d ó j n y m* układzie literowym od *za* do *zp*). Uff. Czy Czytelnik musiał to zdanie przeczytać trzy razy, żeby je zrozumieć? Myślę, że niestety tak właśnie było. Daje to pewne wyobrażenie o stopniu przejrzystości techniki legislacyjnej zastosowanej przez ustawodawcę. Skoro prawnikowi jest się w tym wszystkim trudno zorientować, to cóż dopiero powiedzieć o szeregowym adresacie prawa karnego procesowego? Ale nie zapomniano też w ustawie z 20 lutego 2015 r. o Kodeksie postępowania karnego. Przy okazji postanowiono więc dokonać dalece idących zmian Kodeksu postępowania karnego (art. 5, 54 zmiany Kodeksu postępowania karnego), nie wszystkie z nich są związane z nowelizacją Kodeksu karnego, część z nich dotyczy także nowelizacji z 2013 r. Powstaje tylko pytanie (retoryczne raczej), czy nie należałoby w związku z tym wszystkim przedłużyć *vacatio legis* nowelizacji i nowelizacji do nowelizacji o jeszcze jeden rok, tak żeby dać adresatom ustawy realny czas na zapoznanie się z jej teraz już naprawdę solidnie pogmatwaną treścią?

4. Udało się jednak we wspomnianej ustawie z 20 lutego 2015 r. poprawić opisaną powyżej ewidentnie dysfunkcyjną regulację „podwójnej” blokady odwoławczej, ujętej odmiennie w dwóch przepisach Działu IX Kodeksu postępowania karnego („Postępowanie odwoławcze”). Wykreślono całkowicie zbędny przepis art. 447 § 5 k.p.k., pozostawiając w Kodeksie tylko „nowy” art. 427 § 4 k.p.k. Ale teraz (tj. w ustawie lutowej) otrzymuje on zmienione brzmienie. „W postępowaniu przed

sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, w środku odwoławczym nie można podnosić zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie, ani też zarzutu naruszenia przepisów dotyczących aktywności sądu przy przeprowadzaniu dowodów, w tym również przeprowadzenia dowodu poza zakresem tezy dowodowej”.

*Ratio legis* art. 427 § 4 k.p.k. nie może budzić żadnych wątpliwości. Ujmując je w największym skrócie: chodzi o to, że skoro w nowelizacji zdecydowano się na – odmienne niż do tej pory – uregulowanie rozłożenia ciężarów związanych z inicjatywą i przeprowadzaniem dowodów (chodzi tu o nowe brzmienie art. 167 k.p.k.: o tym węzłowym dla nowelizacji przepisie była mowa w 20. odcinku niniejszego cyklu, w „Palestrze” nr 7–8 z 2014 r., s. 222–226), przerywając ten obowiązek w zasadzie całkowicie na strony, to nie chciano się jednocześnie godzić na to, by strony następnie kwestionowały przed sądem odwoławczym braki w zakresie przeprowadzania dowodów spowodowane przez nie same, a konkretnie przez swoją własną pasywność w zakresie przejawienia jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej i w zakresie przeprowadzania dowodów. Ta klarownie rysująca się funkcja przepisu niewątpliwie zasługuje na aprobatę. Celem ustawodawcy jest więc wyeliminowanie powszechnej w zasadzie praktyki kwestionowania przez strony w środkach odwoławczych zaniechań dowodowych sądu. Wyłączenie zaskarżalności jest ponadto w pewnym sensie w sposób naturalny zharmonizowane z podstawową ideą nowelizacji, tj. dążeniem do zwiększenia kontradyktoryjności procesu karnego. Jakiś zasadniczy dysonans konstrukcyjny i istotna niekonsekwencja ustawodawcy tkwiłyby bowiem w takiej regulacji, która z jednej strony zakładałaby zdecydowane zwiększenie aktywności dowodowej stron (taki jest bowiem duch przepisu art. 167 k.p.k.), z drugiej strony bez żadnych przeszkód dopuszczałaby kwestio-

nowanie w środku zaskarżenia pasywności sądu w tym zakresie. To, co powiedziano wyżej, odsłania jednocześnie – paradoksalnie – ukrytą niekonsekwencję w przeprowadzeniu założeń nowelizacji Kodeksu postępowania karnego. Gdyby bowiem tkwiła u podstaw przepisu art. 167 k.p.k. idea skargowej inicjatywy dowodowej i skargowego (wnioskowego) przeprowadzania dowodów została przeprowadzona przez ustawodawcę w sposób rzeczywiście konsekwentny, to nie byłoby też najmniejszej potrzeby wprowadzania (sztucznej w istocie) blokady dowodowej określonej w przepisie art. 427 § 4 k.p.k. Tyle tylko, że idea ta nie została przeprowadzona w ustawie postępowania karnego w sposób spójny i konsekwentny. Nie jest przecież tak, że sąd został przez znowelizowany przepis art. 167 k.p.k. całkowicie zwolniony z wszelkich obowiązków dowodowych w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony. Na sądzie nadal bowiem ciąży obowiązek dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu w „wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” (art. 167 zd. 3 k.p.k.). Jest rzeczą bezsporną, że użytemu przez ustawę określeniu „sąd może” (dopuszczyć i przeprowadzić dowód) nie można przypisać takiego znaczenia, że jest to uprawnienie sądu do dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu. Taka interpretacja tego przepisu niewiele miałaby wspólnego z nawet bardzo minimalistycznie pojmowaną, idealizującą koncepcją prawodawcy racjonalnego. Do bardzo niejasnego i zdradliwie pojemnego określenia (graniczącego wręcz z dowolnością) przesłanek dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z urzędu miałyby teraz dojść zawieszony w próżni normatywnej uprawnienie sądu do arbitralnego w zasadzie przeprowadzenia dowodu. Uprawnienie, z którego sąd mógłby, ale nie musiałby wcale skorzystać. Nie można się jednak zgodzić na taką wykładnię tego przepisu, bo byłoby to tożsame z wprowadzeniem do Kodeksu postępowania karnego pierwiastków opartych na całkowitej wręcz losowości postępowania organów procesowych. Jedyny

zatem sposób interpretacji, który pozwala na odczytanie normy zakodowanej w przepisie art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k. w sposób umożliwiający nadanie jej racjonalnego kształtu zgodnego z zachowanymi przez nowelizację zasadami procesu karnego, to wykładnia systemowa, uwzględniająca należycie kontekst normatywny całej ustawy, a w szczególności treść przepisów art. 2 § 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k. Oznacza to tyle, że w sytuacji gdy brak jest inicjatywy dowodowej stron, a niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie dowodu stwarzałoby ryzyko dla osiągnięcia prawdy materialnej, to sąd obowiązany jest dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

Pytanie co do prawidłowości ujęcia przepisu art. 427 § 4 k.p.k. nie nurtuje zatem dlatego, że wyłaniają się jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, czy ustawodawcy wolno jest wprowadzać pewne ograniczenia w zakresie dopuszczalnych podstaw zaskarżenia. Ogólnie rzecz biorąc, trzeba bowiem uznać, że wolno jest mu to czynić. Dzieje się tak dlatego, że nader wątpliwe wydaje się wprowadzanie wyłączeń odwoławczych dla tych układów procesowych, w których na sądzie ciąży obowiązek określonego postępowania niezależnie od inicjatywy innych uczestników postępowania. Przyjęty przez ustawodawcę w przepisie art. 427 § 4 k.p.k. kształt blokady odwoławczej może więc budzić wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją RP. Ustawa zasadnicza przewiduje bowiem nie tylko dwuinstancyjność postępowania sądowego (art. 176 ust. 1), ale przyznaje także każdej ze stron prawo do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. To prawda, że jednocześnie przewiduje się możliwość określenia przez ustawę wyjątków od tej zasady (art. 78 zd. 2 Konstytucji RP). Jednak wyjątki te niewątpliwie nie mogą mieć dowolnego charakteru i w sposób dość arbitralny ograniczać prawa do odwołania się do organu drugiej instancji.

5. Na koniec o jednej jeszcze sprawie powiedzmy w telegraficznym wręcz skrócie. Zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia skorelowania blokady odwoławczej przewi-

dzianej przez przepis art. 427 § 4 k.p.k. z ideą przekształcenia postępowania sądowego w postępowanie o charakterze kontradiktoryjnym budzi ograniczenie formułowania zarzutów odwoławczych w tym zakresie, w którym dotyczy ono niedopuszczalności formułowania zarzutu odwoławczego opartego na „przeprowadzeniu dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie”. Ta *ratio* przepisu jest całkowicie niespójna z ideą kontradiktoryjności. Kontradiktoryjność bowiem to nie tylko zdjęcie ciężaru dowodzenia z sądu (co – trzeba przyznać – nowelizacja w pewnym zakresie czyni), ale także takie rozłożenie ciężaru

dowodzenia pomiędzy stronami, aby nieudowodnienie pewnej okoliczności zarachowywane było na poczet (niekorzyść) strony obowiązanej do wykazania tej okoliczności. Jest więc sprawą zupełnie oczywistą, że obrońca będzie mógł mieć fundamentalne zastrzeżenia co do tego, że sąd (niejako „za” pasywnego oskarżyciela publicznego) przeprowadził pewien dowód czy pewne dowody niekorzystne dla jego mandanta. A jednak nie będzie mógł takiego postąpienia sądu zakwestionować w apelacji. Czy taka blokada odwoławcza harmonizuje z modelem kontradiktoryjnego procesu? Pytanie to ma charakter całkowicie retoryczny.

*W następnym odcinku:*

*Czy nowelizacja zniosła ograniczenie przeprowadzania postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym?*

# Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

## ZAWINIONE POTRĄCENIE PIESZEJ

Wypadek miał miejsce na przejściu dla pieszych. Oskarżona, kierując samochodem Volkswagen Polo, po przejechaniu skrzyżowania zbliżała się do oznakowanego znakiem pionowym i poziomym przejścia dla pieszych. Za nią w odległości około 15 m poruszał się samochód marki Honda Civic. Podczas zbliżania się do przejścia dla pieszych samochód oskarżonej został wyprzedzony przez samochód Fiat 126p, jadący w tym samym kierunku, lecz lewym pasem dwupasowej jezdni. W tym czasie na pasie zieleni oddzielającym jezdnie znajdowała się pokrzywdzona. Była ubrana w czarne spodnie i brązową kurtkę. Miała na sobie czarne buty oraz ze sobą czarną torebkę. Piesza podjęła próbę przedostania się biegiem na drugą stronę jezdni, w kierunku położonego tam przystanku komunikacji miejskiej. Zdążyła przebiec przed samochodem Fiat 126p. Oskarżona nie obserwowała należycie przedpola jazdy i pierwotnie nie dostrzegła wbiegającej na jezdnię i znajdującej się na jej prawym pasie pokrzywdzonej. W chwili gdy ją dostrzegła, było już za późno, manewr hamowania połączony ze skrętem w prawo okazał się nieskuteczny i w konsekwencji doszło do potrącenia pieszej, w wyniku którego doznała ona obrażeń ciała w postaci rany szarpanej powieki górnej oka prawego i niewydolności powiek oka, otarcia naskórka okolicy rzępkowej prawej, stłuczenia

nadgarstka i łokcia lewego, złamania podudzia prawego, złamania kości szczękowej prawej, kości nosa sitowej i kości oczodołu prawego, które spowodowały u niej naruszenie czynności narządów ciała na okres powyżej 7 dni.

Sąd nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonej w tej części, w której wskazała, że w czasie gdy pokrzywdzona znalazła się przed prowadzonym przez nią samochodem, była bardzo blisko maski tego pojazdu. Wyjaśnienia te bowiem stanowiły główny składnik przyjętego przez oskarżoną sposobu obrony, sprowadzającego się do stwierdzenia, że nie miała możliwości wykonania skutecznego manewru obronnego, gdyż pokrzywdzona wkroczyła przed prowadzonym przez nią samochód w sposób nagły. Wyjaśnienia te jednak pozostają w sprzeczności z rzetelnie ocenionymi opiniami biegłych z zakresu bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wynika z nich niezbicie, że widoczność w miejscu zdarzenia i wymagana od kierującego samochodem właściwa reakcja na zmianę sytuacji na jezdni *in concreto* pozwalały dostrzec pokrzywdzoną z odległości około 40 m i w konsekwencji, przy uwzględnieniu prędkości, z którą poruszała się oskarżona, zatrzymać samochód przed pokrzywdzoną. Skoro oskarżona tego nie uczyniła, jasne staje się, że niewłaściwie obserwowała przedpole jazdy. W konsekwencji nie było podstaw do uznania,

że nie miała możliwości uniknięcia uderzenia w pokrzywdzoną.

Słusznym zdaniem sądu oskarżonej należało przypisać sprawstwo i winę w zakresie zarzucanego jej czynu określonego w art. 177 § 1 k.k. Sprawcą czynu stypizowanego w art. 177 § 1 k.k. jest ten, „kto naruszając chociażby nieumyślnie zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym (...) powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba doznała obrażeń ciała określonych w art. 157 § 1 k.k.”. Wskazany typ czynu zabronionego, mający charakter materialny i powszechny, dla swego bytu wymaga w pierwszej kolejności naruszenia określonej zasady lub zasad bezpieczeństwa m.in. w ruchu lądowym, co nastąpić ma „chociażby nieumyślnie”. Oznacza to, że wolą legislatora przepis art. 177 § 1 k.k. kształtuje tzw. hybrydalną postać owego naruszenia zasad bezpieczeństwa, które nastąpić może – z punktu widzenia strony podmiotowej – umyślnie bądź nieumyślnie, choć wystarczającą jest nieumyślność. Sam analizowany typ czynu zabronionego ma z kolei zawsze charakter nieumyślny<sup>1</sup>, co znajduje pierwotnie uzasadnienie w wykładni językowej przepisu art. 177 § 1 k.k. Sprawca odpowiada za spowodowanie wypadku drogowego, gdy – co wymaga podkreślenia – dopuści się naruszenia zasady lub zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym. Jedną z nich jest zasada ostrożności, która wyraża się w podjęciu przez kierującego takich czynności, jakie zwykle w takiej sytuacji przeciętny człowiek powziąć powinien, by uniknąć nastąpienia skutku przestępnego<sup>2</sup>. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że oskarżona kierowała samochodem, a zatem prowadziła ten pojazd. Z tej przyczyny stała się zdalna do bycia podmiotem analizowanego typu czynu zabronionego<sup>3</sup>. Bezsporne jest, że oskarżona zbliżyła się do oznakowanego znakiem poziomym i pionowym

przejścia dla pieszych. Oznacza to, że powinna była zachować szczególną ostrożność, w myśl dyspozycji art. 3 w zw. z art. 26 ust. 1 Prawa o ruchu drogowym, a zatem ostrożność o podwyższonym pułapie. Innymi słowy, musiała ona zwiększyć uwagę na tyle, by móc odpowiednio szybko zareagować na zmianę warunków i sytuacji na drodze<sup>4</sup>. Mimo to oskarżona nie uczyniła wskazanemu obowiązкови zadość. Jak bowiem podkreślono przy okazji oceny dowodów, oskarżona, przy prawidłowej obserwacji przedpoła jazdy, powinna była zauważyć pokrzywdzoną z odległości około 40 m. Jest to zresztą widoczne tym bardziej, gdy dostrzeże się, że pokrzywdzoną zauważył kierujący jadący kilkanaście metrów za oskarżoną.

Tak więc w warunkach prawidłowej obserwacji przedpoła jazdy oskarżona nie tylko dostrzegłaby pokrzywdzoną z odległości około 40 m, lecz – przy uwzględnieniu warunków jazdy, prędkości, z którą się poruszała, a także sposobu przemieszczania się pokrzywdzonej – byłaby w stanie wykonać skuteczny manewr hamowania i zatrzymać się około 7 m przed miejscem zdarzenia, co wyjątkowo precyzyjnie i rzeczowo wyjaśnił powołany do sprawy biegły z zakresu kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych. W konsekwencji istniały pełne podstawy do uznania, że *in concreto* oskarżona naruszyła zasadę ostrożności w ruchu lądowym przez nienależytą obserwację drogi.

Osobnego podkreślenia wymaga to, że w sprawie istniały pełne podstawy do uznania, iż naruszenie przez oskarżoną wskazanej zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym miało charakter nieumyślny. Wynikało bowiem z niezachowania ostrożności przy przemieszczaniu się, a nie z woli bądź przewidywania możliwości uderzenia w pokrzywdzoną i godzenia się na taki bieg wydarzeń.

<sup>1</sup> Por. uchwałę SN z 22 listopada 1973 r., VI KZP 29/73, OSNPG 1974, nr 2, poz. 23.

<sup>2</sup> Zob. Sąd Najwyższy w wyroku z 7 lutego 1949 r., WAK 82/49, PiP 1949, z. 11, s. 153.

<sup>3</sup> Por. wyrok SN z 26 września 1972 r., V KRN 379/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 9 i wyrok SN z 17 stycznia 1973 r., Rw 77/72, OSNKW 1973, nr 3, poz. 1.

<sup>4</sup> Zob. R. A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, (w:) *Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie komentarze. Kodeks karny. Zeszyt 24*, Warszawa 1999, s. 151.



Przestępstwo z art. 177 § 1 k.k. ma charakter materialny. W tym aspekcie zwrócić uwagę należy na fakt, że powszechnie aprobowana w nowoczesnej dogmatyce prawa karnego nauka o obiektywnym przypisaniu posługuje się różnymi, teleologicznie ujętymi regułami przypisania skutku, wśród których najważniejszą rolę odgrywa reguła urzeczywistnienia stworzonego przez sprawcę niedozwolonego niebezpieczeństwa. W myśl tej reguły kauzalne spowodowanie skutku może być tylko wtedy przypisane sprawcy, jeżeli urzeczywistniło się w nim niebezpieczeństwo, któremu zapobiec mogło zachowanie naruszonego obowiązku ostrożności. Oznacza to w praktyce, że sprawcy spowodowanego (w sensie teorii ekwiwalencji związku przyczynowego) skutku przestępnego można ów skutek obiektywnie przypisać tylko wtedy, gdy zachowanie owego sprawcy stworzyło lub znacznie zwiększyło prawnie nieakceptowane niebezpieczeństwo (ryzyko) dla dobra prawnego stanowiącego przedmiot zamachu i w konsekwencji niebezpieczeństwo to zrealizowało w postaci nastąpienia skutku przestępnego<sup>5</sup>.

Jak zaznaczono, przestępstwo z art. 177 § 1 k.k. ma charakter nieumyślny. W niniejszej sprawie oskarżona nie miała zamiaru go popełnić, lecz uczyniła to, nie zachowując należytej ostrożności podczas jazdy samochodem, do zachowania której – w zaistniałych warunkach – była zobowiązana. Dlatego wyczerpała także ustawowe znamiona strony podmiotowej przypisanego jej czynu.

Dodatkowej analizie wymaga wpływ zachowania pokrzywdzonej na spowodowanie przez oskarżoną wypadku drogowego określonego w art. 177 § 1 k.k. Jak podkreślono powyżej, pokrzywdzona poruszała się w sposób nieprawidłowy. Mimo oznakowanego przejścia dla pieszych przemieszczała się obok niego, i to na dodatek biegnąc i starając się ominąć jadące samochody. Z drugiej strony, jakkolwiek zachowanie pieszej stanowiło przyczynienie się do wypadku spowodowanego przez oskarżoną, w żaden sposób nie mogło ekskulpować sprawcy. A to z tego powodu, że – co słusznie podkreślono tak w literaturze<sup>6</sup>, jak i w judykaturze<sup>7</sup> – w ruchu drogowym właśnie dlatego obowiązuje zasada tzw. ograniczonego zaufania wobec innych uczestników ruchu, że nawet ewentualne przyczynienie się innego uczestnika ruchu do spowodowania wypadku drogowego nie zwalnia od odpowiedzialności tego, kto swym działaniem także się do niego przyczynił. Rzecz jasna, okoliczność ta ma wpływ na wymiar kary.

Przy wymiarze oskarżonej kary w pierwszej kolejności, w charakterze okoliczności obciążających, uwzględniono znaczny stopień winy oraz ukształtowany na średnim pułapie stopień społecznej szkodliwości przypisanego czynu przestępnego, przy jednoczesnym dostrzeżeniu, że przesłanki warunkujące wskazane dyrektywy wymiaru kary nie pozostają wobec siebie w stosunku krzyżowania<sup>8</sup>.

Sąd słusznie akceptuje, wyrażone w piśmiennictwie karnistycznym<sup>9</sup>, a zakorzenione

<sup>5</sup> Por. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, tom I i II, Gdańsk 2000, s. 114 i n. oraz 335 i n.; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 183 i n.; C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania*, (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, pod red. T. Kaczmarska, Wrocław 1990, s. 5 i n.; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 76 i n.; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 166 i n. oraz SN w wyrokach: z 8 marca 2000 r., III KRN 231/98, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 45 i z 4 listopada 1998 r., IV KKN 303/97, OSNKW 1998, nr 11–12, poz. 50.

<sup>6</sup> Zob. R. A. Stefański, *Przestępstwa*, s. 226.

<sup>7</sup> Zob. SN w wyrokach: z 24 stycznia 1997 r., II KKN 133/96, Prok. i Pr. 1997, z. 6, poz. 5 i z 1 października 1997 r., II KKN 251/96, niepubl.

<sup>8</sup> Zob. J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10, *passim*.

<sup>9</sup> Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997; A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 43; V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 83.

w normatywnej koncepcji winy, której hołduje Kodeks karny, zapatrywania, że na stopień winy wpływ mają takie okoliczności, jak: poziom rozwoju intelektualnego i emocjonalnego sprawcy, stan jego wiedzy, doświadczenie, zdolności w zakresie percepcji, normalność sytuacji i okoliczności, w których sprawca działał, dostrzegając też, iż w świetle tych zapatrywań do okoliczności obniżających stopień winy zalicza się: nieznaczne przekroczenie wieku odpowiedzialności karnej, działania w warunkach zaskoczenia, brak czasu do namysłu, prowokację pokrzywdzonego, a wśród okoliczności stopień ten zwiększających wymienia się choćby: działanie z chęci zemsty czy odpłatnie na zlecenie innej osoby. Dlatego na znaczny stopień winy oskarżonej wpływ miało cechujące ją pełne rozeznanie rodzaju i charakteru czynu przestępnego, połączone z możliwością dostosowania swego zachowania do społecz-

nie akceptowanych wzorców i jednocześnie nieuczynienie tego.

Na ocenę stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonej występku wpływ miał rodzaj naruszonego dobra, gdyż zdrowie ludzkie podlega szczególnej ochronie.

Reasumując całokształt dyrektyw wymiaru kary i mających zastosowanie w niniejszej sprawie okoliczności jej wymiar warunkujących, sąd doszedł do przekonania, że wobec oskarżonej swe cele pozwoli spełnić kara 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Dokonując ogólnie ujętego wymiaru oskarżonej kary, sąd odrębnej analizie poddał zasadność zastosowania wobec niej środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Należy wyrazić pogląd, że sąd doprowadził do słusznego rozstrzygnięcia, które jest prawomocne.

# Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

## SCRIPTA MANENT, CZYLI O SZTUCE PROFESJONALNEJ WYPOWIEDZI

Wobec lawinowego wzrostu liczby osób uprawnionych do zawodowego reprezentowania stron jeszcze ważniejsze niż dotąd stało się szkolenie aplikantów i doskonalenie zawodowe adwokatów w zakresie deontologii zawodu. Przez lata opierało się ono, przynajmniej w izbie warszawskiej, na pracach dr. Zdzisława Krzemińskiego, w szczególności na jego komentarzu do zasad etyki (*Etyka adwokacka. Teksty. Orzecznictwo. Komentarz* – ostatnie wydanie Warszawa 2008). Dziś mamy nie tylko dostęp do orzecznictwa dyscyplinarnego, ale i coraz więcej przydatnych do szkolenia publikacji. Od 2004 roku orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych adwokatów i radców prawnych są dostępne w periodyku „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego”. W 2011 roku wydano pracę W. Marchwickiego i M. Nieduzaka pt. *Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych*, zawierającą duży zasób orzecznictwa. W 2012 roku ukazał się komentarz do Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu pióra adw. Jerzego Naumanna (J. Naumann, *Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu. Komentarz*, wyd. C. H. Beck, Warszawa 2012). W tym roku otrzymaliśmy bogaty w orzecznictwo

poradnik W. Bergiera i J. Jacyny pt. *Etyka zawodu adwokata. Regulamin wykonywania zawodu adwokata. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, kazusy* (wyd. C. H. Beck, Warszawa 2015) oraz wybór orzeczeń dyscyplinarnych K. Korczyńskiej i R. Baszuka pt. *Etyka adwokacka. Wybór orzeczeń Wyższego Sądu Dyscyplinarnego*. Szkolić i doskonalić się w zakresie deontologii można dziś zatem bez przeszkód, trzeba tylko chcieć. Ze swej strony starał się będę dostarczać odpowiedniej inspiracji.

Spośród licznych ważnych i interesujących zagadnień deontologicznych chciałbym tym razem poprosić o chwilę refleksji nad sztuką adwokackiej wypowiedzi, która wydaje się dzisiaj – w dobie pośpiesznej i zwięzłej komunikacji – poważnie zagrożona. Chodzi w szczególności o wypowiedzi pisemne, które choć ze swej istoty mogą być przemyślane i starannie przygotowane, jakże często bywają nie tylko wadliwe konstrukcyjnie i językowo, ale i niegrzeczne, napastliwe bądź w inny sposób nierzeczowe. Dlatego warto przywołać dotyczące tych kwestii orzecznictwo i komentarze.

Zacznijmy od poczty elektronicznej, którą J. Naumann traktuje na równi z tradycyjną. „Gdy chodzi o formy właściwe korespondencji nieformalnej lub półformalnej, zwłaszcza

obecnie nadmiernie rozpowszechnione «witam» i «pozdrawiam», to są one w pismach adwokackich absolutnie nie na miejscu i bardzo źle świadczą o wyrobieniu autora, a raczej dowodzą jego niewyrobienia na poziomie elementarnym” – stwierdza komentator (*Zbiór*, s. 168). Ocena surowa, ale trudno uniknąć irytacji, gdy oto wita mnie i pozdrawia ktoś, z kim nie jestem i nie zamierzam być spoufalony. Zdaniem językoznawców zwroty „witam” i „pozdrawiam” są może uprawnione wobec gości na progu domu, ale i wtedy zawierają dawkę protekcyjności. Użyte w korespondencji, nadają autorowi przymiot popolitości, jakże odległy od wyższych niż przeciętne standardów kultury.

„Wymaganie elementarnej kultury słowa nie jest ani bizantyjską etykietą, ani wyrazem jakiegokolwiek konformizmu. Jest troską o poziom kultury członków korporacji, których zachowanie winno cechować się nawet wyższymi standardami kultury niż przeciętne i wzmacniać przez to godność zawodu, który ma historyczne tradycje budujące zaufanie do jego członków” – stwierdził Wyższy Sąd Dyscyplinarny w wyroku z 14 czerwca 2008 r. (sygn. akt WSD 14/08). Z orzecznictwa wynika, że adwokat nie tylko powinien sumiennie wykonywać swoje obowiązki i przestrzegać prawa, ale „wręcz wymagać od siebie wyższych standardów kultury” (wyrok WSD z 21 maja 2011 r., sygn. WSD 133/10).

Zgodnie z § 6 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu „w korespondencji zawodowej należy przestrzegać właściwych form”. W komentarzu J. Naumanna czytamy: „Aby zatem upewnić się, co jest formą właściwą, musimy zwrócić się ku ogólnym zasadom dobrego wychowania, kultury osobistej oraz usankcjonowanym przez palestrę normom zwyczajowym” (*Zbiór*, s. 165). Wobec przemian w polskiej obyczajowości i obniżenia kulturowych wymagań w relacjach międzyludzkich dobre wychowanie i kultura osobista to dziś szczególnie cenne wartości i środowisko adwokackie jeszcze bardziej niż dotychczas powinno przywiązywać do nich wagę. Od

pisemnych wypowiedzi można oczekiwać jeszcze wyższej staranności niż od wypowiedzi ustnych, gdyż „przy redagowaniu pism istnieją większe możliwości zastanowienia się, dokonania krytycznej oceny i ewentualnej korekty, niż w przypadku wypowiedzi ustnych, zwłaszcza w atmosferze napięcia sali sądowej” (wyrok WSD z 11 grudnia 1999 r., WSD 18/99). „O ile może być usprawiedliwiony pewien *lapsus linguae* w toku przemówienia, to fakty takie nie powinny mieć miejsca w pismach redagowanych i podpisanych przez adwokata, który ma wszelkie możliwości spokojnego i właściwego zredagowania treści pisma” (orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z 10 września 1960 r. – WKD 73/60).

Z uwag J. Naumanna wynika, że w korespondencji adwokackiej (w tym i tej kierowanej do sądu) powinny obowiązywać następujące zasady:

– Rzeczowość:

„Korespondencja winna ograniczać się ściśle do tematu i charakteryzować zwięzłością. Treść winna być tak ułożona, żeby adresat od razu mógł się zorientować, czego pismo dotyczy. Zwięzłość oznacza także unikanie poruszania wątków niezwiązanych bezpośrednio z tematem oraz wszelkiego rodzaju wycieczek, które miałyby na celu pobudzenie emocji adresata. Forma korespondencji musi być wolna od antagonizowania adresata i prowokowania go do retorsji w odpowiedzi na nierzeczowe uwagi” – *Zbiór*, s. 165.

– Uprzejmość:

„(...) całkowicie obce tradycji i zwyczajom obowiązującym w palestrze jest formułowanie korespondencji w tonie wyniosłym, aroganckim, butnym, bezczelnym, przemądrzałym lub pouczającym. Tego rodzaju forma nie odpowiada godności stanu adwokackiego i podkopuje wizerunek całej palestry, a więc uderza w zaufanie publiczne, które jest jedną z najważniejszych wartości zawodu adwokata” – *Zbiór*, s. 165.

– Odrzucenie wszelkiej argumentacji *ad personam*:

„Posługiwanie się przez adwokata meto-

dą argumentacji *ad personam* jest generalnie nierzeczowe, co więcej najzupełniej zbędne w pracy adwokackiej, ponieważ adwokat walczy z wiarygodnością dowodu, a nie z osobą świadka, biegłego itd. Identyfikacja przedstawia się kwestia w przypadku atakowania kwestionowanego orzeczenia. Próba przekierowania argumentacji zwalczającej błędne rozstrzygnięcie i przenoszenie jej na osobę, która to orzeczenie wydała jest nie tylko merytorycznie błędne, ale także niedopuszczalne” – *Zbiór*, s. 176; także WSD w wyroku z 19 listopada 1983 r. stwierdził *expressis verbis*: „Adwokat w swojej pracy zawodowej nie powinien posługiwać się argumentacją *ad personam*, lecz tylko argumentacją *ad rem*”.

– A w szczególności niedopuszczalność dokonywania oceny innego zawodowego pełnomocnika:

„Absolutnie niedopuszczalne, bo niehonorowe jest posługiwanie się *argumentum ad personam* kierowanym pod adresem innego adwokata występującego w sprawie. Adwokat nie powinien (nie wolno mu) wypowiadać się o przymiotach kolegi adwokata, a więc o jego biegłości w sztuce adwokackiej, znajomości prawa, doświadczeniu, wieku itp.” – *Zbiór*, s. 177.

Adwokat może natomiast, a nawet powinien, oceniać dowody i argumenty, ale w sposób odpowiedni do statusu zawodu, który wykonuje. W pełni zgadzam się z J. Naumannem, że: „Adwokat, jako osoba zawodowo biegła we władaniu słowem, może powiedzieć wszystko, ale **nie w każdy sposób i nie w każdej formie**. Wypowiadając się w formie ocennej (...) powinien tak formułować – nawet najbardziej surowe – oceny, aby używane określenia zachowały odpowiednią kulturę słowa” (*Zbiór*, s. 178). I dalej: „Przekazanie sądowi własnej krytycznej oceny odnośnie skarżonego orzeczenia lub pism i wypowiedzi będzie najzupełniej wystarczające, jeśli adwokat określi je mianem chybiony, nietrafny, nielogiczny, nierzeczowy, oderwany od meritum, niezasadny, bezzasadny, nieprzekonywujący, niezasadniony (...) Na szczęście polszczyzna jest tak bogata, że

w każdej sytuacji pozwala na znalezienie tego rodzaju słów i zwrotów, które w pełni pozwolą oddać krytyczną ocenę, jaką adwokat pragnie przekazać, wykonując czynności zawodowe, a równocześnie będzie świadectwem klasy, o zachowaniu której nigdy nie zapomina” – *Zbiór*, s. 179.

Reprezentacją stron zajmują się zawodowo *de lege lata* adwokaci, radcowie prawni i rzecznicy patentowi. Choć w każdym z tych zawodów obowiązują inne regulacje dotyczące deontologii zawodu, od wszystkich należy oczekiwać równie wysokiego poziomu wiedzy.

W adwokackim Zbiorze zasad mowa jest o zachowaniu właściwych form (§ 6 ZZEAGZ). W przyjętym 22 listopada 2014 r. nowym Kodeksie etyki radcy prawnego (zacznie obowiązywać 1 lipca 2015 r.) ustalono, że „radca prawny powinien w swoich wystąpieniach zachować umiar i takt”. Wydaje się, choć terminologia jest różna, że cele i intencje obu przepisów są zbieżne. O umiarze w wystąpieniach jest mowa w § 17 ZZEAGZ, a o takcie i umiarze w adwokackim orzecznictwie dyscyplinarnym (m.in. wyroki WSD z 5 kwietnia 1990 r. – WSD 4/90 i z 6 grudnia 1997 r. – WSD 14/97). Zasady etyki zawodowej rzecznika patentowego nakazują mu „zachować takt i umiar wobec sądów, urzędów i instytucji, przed którymi występuje” (§ 17 Zasad) oraz przestrzegają „zasad uprzejmości, lojalności, koleżeństwa i uczciwej konkurencji” wobec innych rzeczników (§ 19), ale milczą na temat zachowania wobec adwokatów i radców prawnych.

Nie sposób wszakże akceptować stawiania zarzutów *ad personam* innemu zawodowemu pełnomocnikowi, bez względu na to, do której grupy zawodowej należy autor i adresat takiej wypowiedzi. Tak jak nie sposób akceptować zarzucania sądowi ignorancji czy choćby powierzchowności w wykonywaniu pracy, nie może być przyzwolenia na to, aby wykorzystując niejednorodność regulacji i odrębne sądownictwo dyscyplinarne w ramach każdego z samorządów zawodowych, profesjonalny pełnomocnik pozwalał sobie na personalne

ataki wobec pełnomocnika z innego samorządu. Okazano mi niedawno skargę na wyrok sądu polubownego, której nienależąco do adwokatury autor twierdzi, że przynależność do adwokatury pełnomocnika strony przeciwnej i dwóch spośród trzech rozpoznających sprawę arbitrow oznacza, iż „mamy do czynienia z wieloma różnymi relacjami towarzyskimi, biznesowymi i zawodowymi pomiędzy arbitrami, pełnomocnikami strony przeciwnej”, wobec czego „zamierza podjąć dalsze przysługujące mu środki ochrony w postaci zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa”. Gdyby autor tych słów był adwokatem, ufam, że sąd dyscyplinarny należycie ocenił-

by jego postępowanie. Ufności tej brakuje mi wszakże w odniesieniu do sądu dyscyplinarnego, który byłby w tej sprawie właściwy. Cóż z tego, że adwokatura ma wspaniały dorobek orzecznictwa dyscyplinarnego, skoro może go nie uwzględniać sąd dyscyplinarny innego samorządu. Jako że z uwagi na lawinowy wzrost liczby zawodowych pełnomocników deliktów dyscyplinarnych dotyczących ich wzajemnych relacji będzie więcej, może warto rozważyć podjęcie współpracy pomiędzy sądami dyscyplinarnymi drugiej instancji adwokatów, radców prawnych i rzeczników dyscyplinarnych w celu wymiany dorobku orzeczniczego we wspólnych tym trzem zawodom obszarach?



# Po lekturze

*Andrzej Bąkowski*

## ŻAŁUJĘ, ŻE GO NIE ZNAŁEM

Pod takim tytułem książkę z gatunku historycznych otrzymałem do przeczytania i opatrzenia jej swoimi refleksami, jak to w „Palestrze” od wielu lat czynię.

Książka ma interesującą kompozycję. Opracowali ją dwaj autorzy: Jerzy Czarniecki i Mariusz Piętka. Pierwszy z nich to adwokat praktykujący w Przemyślu, a ponadto dziennikarz, muzyk i żeglarz z zamiłowaniem, a drugi – nauczyciel matematyki, instruktor harcerstwa, pasjonat żeglarstwa i szkatuństwa (budowa łodzi), związany od lat ze szkolnictwem na terenie Przemyśla.

Autorskie fragmenty książki łączy osoba bohatera rzucona w tło polskich narodowych dziejów.

Zacznę od relacji Mariusza Piętki. Odtworzył on duży fragment dziejów polskiego harcerstwa na przykładzie VI Przemyskiej Harcerskiej Drużyny Żeglarskiej. Harcerstwo, jak wiemy, przeniesiono na ziemie polskie z tradycji skautingu brytyjskiego. Rozprzestrzeniło się tutaj w iście brawurowym tempie, ale tylko w zaborze austriackim, który prawie od połowy XIX wieku cieszył się dużą autonomią polityczną.

Przemyśl kipiał od inicjatyw harcerskich. Harcerze między innymi skutecznie rozbrajali w czasie Wielkiej Wojny wojsko austriackie. Wśród owych harcerzy znalazł się gimnazjalista

Edward Heil. Wywodził się on z niemieckiej rodziny, ale określił się zdecydowanie jako Polak. Cynik mógłby powiedzieć: inteligentny chłopak wyczuł koniunkturę, chciał się urządzać w nowej rzeczywistości. Ale cały fascynujący jego życiorys temu przeczy. On po prostu już w polskiej, patriotycznej szkole został zauroczony naszą wspaniałą historyczną przeszłością i całym życiem służył Ojczyźnie.

Mariusz Piętka pięknie przedstawił życiorys bohatera książki właśnie od czasów harcerskich. Widzimy tę część młodzieży przemyskiej z VI Drużyny Harcerskiej w pracy nad budowaniem łodzi, w żeglowaniu po polskich wodach śródlądowych, na zlotach i świętach skautowych; byli w Gdyni, po drodze zwiedzali Warszawę itd.

Edward Heil angażował się całym sobą; odbył szkolenie morskie na jachcie gen. Mariusza Zaruskiego, opiekuna młodzieży sportowej. Trzeba tu wskazać, że było to najwyższe wyróżnienie dla tzw. harcerza wodniaka.

Przemyscy harcerze wodniacy wyprawiali się bardzo daleko. Odbyli rejs kilkoma łodziami żaglowymi do Morza Czarnego. *Nota bene* król rumuński przyjął delegację z Heilem na czele w dniu święta marynarki wojennej Królestwa Rumunii. Ba, harcerze przemyscy, wodniacy, podczas wizyt w Warszawie kontaktowali się również z wielkimi postaciami życia polityczne-

go w Polsce. Byli na spotkaniu z Marszałkiem Józefem Piłsudskim czy prezydentem Rzeczypospolitej prof. Ignacym Mościckim. To była ranga harcerstwa polskiego w II Rzeczypospolitej.

Edward Heil był człowiekiem ambitnym i konsekwentnym, ciągle wyznaczającym sobie kolejne cele. Ukończył prawo na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie, po czym rozpoczął karierę w administracji rządowej. Tuż przed II wojną światową został mianowany starostą w Brześciu. Był w owym czasie najmłodszym urzędnikiem tej rangi w kraju. Nigdy nie stracił kontaktu z harcerstwem. Od czasów gimnazjalnych wspinał się w hierarchii aż do harcmistrza. W przededniu wybuchu wojny pełnił funkcję Komendanta Chorągwi Poleskiej ZHP.

W ten sposób kończy się w książce opowieść o Edwardzie Heilu w międzywojniu, a zaczyna relacja o jego aktywności w warunkach wojennych i okupacyjnych.

Edward Heil działał w konspiracji niemal od początku istnienia Związku Walki Zbrojnej, a potem Armii Krajowej. Jest członkiem BIP w Krakowie i używa pseudonimu „Stokłosa”. Od marca 1943 r. walczył w krakowskich Szarych Szeregach pod pseudonimem „Jerzy”, jako ostatni komendant tej formacji.

Kontaktuje się w Warszawie z komendą Szarych Szeregów, tzw. „Ulem”. Rozważa, jakie metody pracy konspiracyjnej powinien przynieść do Małopolski z szykującej się już do powstania Warszawy. Uznał, że należy wprowadzić w Krakowskim nowe metody szkolenia Szarych Szeregów. Tu już nie chodziło o mały sabotaż, ale o akcje zbrojne, do których rwali się harcerze krakowscy.

Pod dowództwem Edwarda Heila odbywała się reorganizacja krakowskich Szarych Szeregów. Przeprowadzono podział na grupy szturmowe, bojowe szkoły i Zawiszę. Proponuje utworzyć z grup szturmowych trzy kompanie o kryptonimach „Bartek”, „Maciek” i „Wojtek”, które miałyby się stać awangardą Armii Krajowej. Heil formułuje program szkolenia, grupy podchorążych, organizuje manewry w terenie.

Niestety niedobór broni uniemożliwia udział Szarych Szeregów w akcjach zbrojnych, choć uczestniczą w obstawach akcji.

Heil jednocześnie nie zaniedbuje zadań czyisto harcerskich. Starsi harcerze mają nie tracić kontaktu z młodszymi – prowadzą kursy drużynowych i zastępowych, tworzą harcerską prasę konspiracyjną. Niestety, jak w innych częściach kraju, zdarzają się „wsypy”. Niektórzy nie wytrzymują tortur. Heil niezwykle boleśnie to przeżywa. W grudniu 1943 r. wyjeżdża do Warszawy na odprawę, na której omawiano kwestię przygotowania Szarych Szeregów do spodziewanego niedługo ogólnonarodowego powstania.

W pierwszych miesiącach 1944 r. nasilały się aresztowania, a 8 maja tr. podczas spotkania z grupą „Watry” i „Na ucho” został aresztowany sam Heil. Konspiracyjne środowisko krakowskie jest wstrząśnięte. Heil był, zdawało się, osobą nie do zastąpienia. Przygotowywano plany jego zbrojnego uwolnienia. Jednakże 15 maja 1944 r. ukazał się *Bekanntmachung* podpisany przez szefa policji i SD na dystrykt krakowski, w którym poinformowano, że straceni zostali Polacy w liczbie 44 – na pozycji 19. wymieniono Edwarda Heila.

Po latach adwokat Janusz Czarniecki postanowił dotrzeć do osób, które znały harcmistrza Edwarda Heila. Relacje ze spotkań zawierające odpowiedzi świadków znajdują się w omawianej książce. Oprócz wspomnień współpracowników zamieszczono też wypowiedź Romana Heila (jednego z dwóch synów Edwarda Heila), który z ogromnym żalem powiedział: „żałuję, że Go nie znałem”.

W części drugiej znajdują się fotografie oraz kalendarium wydarzeń upamiętniających pośmiertnie harcmistrza Edwarda Heila.

Harcerstwo polskie ma wielu bohaterów z okresu ostatniej wojny – będących wzorcami patriotyzmu. Wśród nich pięknym blaskiem łśni nazwisko Edwarda Heila, przemyskiego harcerza, żeglarza i znakomitego żołnierza polskiego.

# Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

## MOTYW INTYMNY (cz. 3) Brudne sprawki pięknoducha

Świątelka w mroku z latarki beletrysty.

Komu zależało na tej wycieczce? Lechowiczowi. I to bardzo. 24 maja 1933 wrócił na Konfederacką wcześniej niż zazwyczaj – jakoś tak około pół do piątej po południu. Olejniczak oderwał się od lektury – oszczędnej, bo przy dziennym świetle – trochę zdziwiony zjawieniem się kolegi o nietypowej dlań porze, i na dodatek usłyszał propozycję wygłoszoną tonem rozkazu:

– No to jutro, mój Bolu, skoro świt ruszamy na wycieczkę! Brzegiem Wisły sobie pójdziemy, aż do Mogiły. Piękny kościół tam przy klasztoru, zabytek<sup>1</sup>, że ho-ho! Ty lubisz taką starszą architekturę... Wiem, wiem, bez żartów, zmęczony jesteś, ale to przecież jutro święto Zesłania Ducha Świętego, nabożeństwo, chór, my tak lubimy śpiewy choralne...

– E, no co ty, nad Wisłą jeszcze chłodno, w nocy w Tatrach spadł śnieg, piszą w gazetach, pod Krakowem grad, dlatego tak zimno... Toż przecie można iść na sumę do bazyliki Franciszkanów, tam jutro utwory religijne będzie

śpiewał Chór Cecyliański męski i mieszany (tu zajrzał do rozpostartej płachty „Czasu” i dalej już odczytywał) pod kierunkiem doktora Życzkowskiego, z towarzyszeniem zespołu symfonicznego urzędników Kasy Chorych. A soliści – widzisz, ciebie to może zainteresować jako melomana – to artyści operowi. Przy organach profesor Mastela.

– To nie to samo, Bolu. Zresztą, jak chcesz. Ale może ominie cię niespodzianka...

– Ależ Stašku! Poszedłbym z tobą. Problem w tym, że po całym dniu będę wykończony. No bo dziś jeszcze muszę iść do miasta, mam podwójne lekcje z średnim Pietrzakiem, a i Miłą wypada już odwiedzić, nie byłem jeszcze w tym tygodniu u Korczyńskich. Miła, w jej stanie, nie powinna się niepokoić.

– A dałbyś spokój z tą Miłą! To nie jest kobieta dla ciebie. Powtarzam się, ale ostrzegam: przy niej stoczysz się po równi pochyłej.

– A czy nie uważasz, że mam wobec Mili poważny obowiązek?

– No, nie wiem.

<sup>1</sup> W romańskim i z elementami wczesnego gotyku klasztorze OO. Cystersów we wsi Mogiła (dziś Nowa Huta, dzielnica Krakowa) już w 1913 odrestaurowano krużganek klasztorny (prace pod kierunkiem architekta Franciszka Mączyńskiego) i wydobyto spod podbiały i utrwalono wspaniałe figuralne freski z początku XVI w. (pod kierunkiem artysty malarza i konserwatora Juliusza Makarewicza).

– Nie wiesz, Staśku, bo nie znasz kobiet.

– A, o tym, czy znam, to porozmawiamy właśnie jutro nad Wisłą.

– Intrygujesz mnie. A już się martwiłem, że zaczyna być nudno. Zastanowię się, może dam się namówić.

– Na pewno dasz się namówić! A jak wieczorem wrócisz, to mnie ostrzyżesz, co?

– Dobrze. Wkręcimy tę mocniejszą żarówkę. Ale co to? Nowa koszula?

– Nie. Z pralni. Ładnie wyprasowali, nakrochmalili...

– O, widzę, że to ta na specjalne okazje. No, no, pumpy, i ma być świeża koafiura! Żebyś tylko dziury zacerował na tych twoich pięknych kraciastych skarpetach, bo to, Staśku, nigdy nic nie wiadomo... Wybacz, na wycieczce nie musimy być piękni; czy nie mam racji, sądząc, że za twoją wyjątkową troską o wygląd zewnętrzny, zalatujący elegancją, kryje się kobieta? Co ty tak nagle na buzi zszarzałeś, Staśku? Przede mną się nic nie ukryje!

– To uważaj.

Olejniczak ze zdziwieniem wyczuł w głosie przyjaciela ton groźby.

Mężczyźni wstali nazajutrz o pół do piątej rano, ubrali się cichutko, starając się nie zbudzić Fingerowej (sypiała czujnie, w jednym pokoju z dwunastoletnią córką, musiała być ostrożna, słyszała, jak się krzątają i wychodzą z domu), a gdy kwadrans na szóstą pojawili się na moście Dębnickim, żeby skierować się w prawo, przeciąć Rynek Główny, Starowiślną dotrzeć do III mostu, w wiosennym słońcu – na tle zabytkowych wież i tryskających złotem forsycji – nadawali się na wizytówkę optymizmu. Przystojni, szczupli, z pozoru beztroszy. Lechowicz w płóciennym płaszczu narzuconym na marynarkę, w zielonkawym kapeluszu, w jasnych pumpach, w kraciastych

skarpetach i jasnobrązowych (mówiono na nie: żółte) półbutach, Olejniczak w ciemnym płaszczu, rozpiętym, w marynarce marengo, w spodniach w paski i w czarnych półbutach i w szarym kapeluszu.

Ale-ale! Olejniczakowi przecież należy się śniadanie w Hotelu Francuskim! Zanim więc dwaj wędrowcy przetną Rynek, będą szli Plantami, Olejniczak skręci u wylotu Sławkowskiej w Pijarską i tam, na rogu św. Jana, wejdzie do wytwornej hotelowej restauracji, pustej o tej porze i przestronnej, i rozsiądzie się przy stoliku. Kelner Franciszek Kowalczyk i służąca Zofia Prochownik zdziwili się wprawdzie, że tak wcześnie, ale oczywiście nie przyszłoby im do głowy pytać<sup>2</sup>. Zjadł, wypił kawę... Pytanie: co w tym czasie robił Lechowicz? Czy stał przed hotelem jak piesek czekający na pana? Może siedział na ławce na Plantach, może się przechadzał, w każdym razie musiał być głodny. Bardzo prawdopodobne, że Olejniczak przemycił dlań bułkę z masłem, z plastrem kiełbasy. Bo to nie bardzo prawdopodobne, żeby jeden się najadł do syta, a drugi miał iść głodny. W każdym razie istotny rys Olejniczaka: nie mógł sobie pozwolić na rezygnację ze śniadania wpisanego w umowę.

Czy już nigdy się nie wyjaśni, który z mężczyzn obstawał przy tym, żeby iść prawym brzegiem Wisły? Upór? Bo przecież żeby bez dodatkowych przygód dojść do kościoła w Mogile, wcale nie trzeba było przemierzać III mostu, bo kościół i klasztor stoją po lewej stronie Wisły. Ani w śledztwie, ani w sądzie Olejniczak nie powiedział na ten temat słowa rozjaśniającego te mroki i wskutek jego uporu już się nie dowiemy, który z wędrowców obstawał przy tym, żeby iść wałem strony przeciwnej i po kilku kilometrach, we wsi Rybitwy<sup>3</sup>, skorzystać z przewozu promem na drugą, powiedzmy sobie, właściwą stronę, do wsi – nomen omen – Przewóz.

<sup>2</sup> Ci sami, jako służba hotelowa, zawezwani przez obronę w charakterze świadków, zeznają zgodnie, że wtedy Olejniczak nie miał przy sobie ani teczki, ani laski z uchwytem zakończonym siekierką. (Skoro jednak kolega Olejniczaka, Lechowicz, czekał na niego poza gmachem hotelu, niewykluczone, że opiekował się tęczką, a z laską z obronną rękojeścią było mu raźniej w mieście o tak wczesnej porze).

<sup>3</sup> Wieś Rybitwy, w 1973 włączona jako obszar miejski do krakowskiej dzielnicy Podgórze, jest dziś znana głównie z targowisk, hurtowni i magazynów oraz z giełdy samochodowej.

Do jedenastoletniej Zosi Krzemykównej, paszącej krowy, przystąpił Lechowicz i zadał jej to pytanie, które tak zadziwiło Olejniczaka: – Czy nie ma tu jakiegoś dworu?

– A właśnie tu, we wsi Przewóz, jest dwór!  
– odpowiedziała dziewczynka.

– A folwark?

– Jest i folwark.

Można się domyślać – ale nic więcej – że na Lechowicza ktoś umówiony mógł czekać powiedzmy na folwarku.

Olejniczak, nieswój, poprosił dziewczynkę o wodę w kubku. Zanim wróciła, podszedł blisko do Lechowicza, chciał go zapytać, co tu właściwie jest grane, odchrząknął, przełknął ślinę, ale gdy spojrział mu w oczy i natrafił na obelżywą dlań obojętność, zamilczał.

Czy matka Lechowicza, na sali sądowej przebacząc zabójcy syna po chrześcijańsku, poszła za głosem głębokiej wiary i postąpiła wspaniałomyślnie, czy wiedziała o czymś, o czym się nie dowiedział sąd i czego my się już nie dowiemy? Możemy się domyślać, możemy snuć przypuszczenia, niejako wróżyć ze strzępków słów, z nieprostych zachowań, z tajemniczych meandrow psychologicznych, możemy się wreszcie zdać na intuicję. I tyle. Sprawa pozostaje niejasna. Mistyfikacja i inscenizacje w tle wzmagają czujność kogoś, kto po osiemdziesięciu latach znalazł się znów w punkcie wyjścia. Oczywiście najprościej zwalić winę na opętanie, na diabła.

Nie uszło uwagi dziennikarzy sądowych, że Gera Fingerowa, zaprzysiężona na Torę, wykazała zadziwiającą pamięć: daty, godziny, szczegóły rozmów i najdrobniejszych epizodów – wszystko to dawało, błędne zresztą, poczucie, że główna najemczyni mieszkania skupiała czemuś uwagę wyłącznie na swych lokatorach. Opowiada o dniu 24 marca 1933, kiedy Olejniczak zgłosił się do niej na Konfederacką z jakąś panią i wynajął pokój za 35 zł. Wypełnił kartę meldunkową: sublokatorzy są małżeństwem. Żyli zgodnie, spokojnie. Mieszkali u niej przez miesiąc. Zaraz po wyprowadzce „żony” Olejniczaka, czyli panny Korczyńskiej, wprowadził się na Konfederacką Lechowicz,

z którym Fingerowa nie rozmawiała, mając zaufanie do Olejniczaka, i z nim załatwiła formalności, zgadzając się, żeby ten nowy lokator, kolega student, który jest biedny, płacił tylko 10 zł miesięcznie. Ważny szczegół: – Kiedy Korczyńska przychodziła do Olejniczaka, to Lechowicz wychodził do kuchni.

Tak, panowie studenci żyli w zgodzie. Toteż kiedy w czwartek wieczorem 25 maja 1933 po powrocie z tej całodziennej wyprawy Olejniczak wrócił sam i w milczeniu upychał do walizy rzeczy Lechowicza, Fingerowa, nie mogąc wytrzymać napięcia, spytała, czy może coś się stało. – Lechowicz już tu nie wróci – odrzekł. – Jak to? – spytała bardziej oburzona niż zdziwiona. – To tak można bez pożegnania? Pojechał? A dokądże mu było tak spieszno? – Skąd przyjechał, tam pojechał – powiedział takim tonem, że Fingerowej zrobiło się zimno. Zaraz doszła do siebie i pomyślała, że skoro tak, to znaczy, że Lechowicz wrócił do Wilna, gdzie jeszcze niedawno studiował w seminarium. Zdaje się, że miał tam jeszcze zaległy egzamin. Olejniczak zapakował rzeczy kolegi i zaczął zbierać z półek własne drobiazgi i książki, wyciągnął spod łóżka kuferek i walizę.

– Pan także?

– Tak, bo muszę się żenić. Wyjeżdżam – powiedział i dodał, dziwnie jak na niego niewyraźnie, jakby przez zaciśnięte zęby: – Do Andruszowa. Albo raczej: – Do Andrychowa.

Więc to nie była żona. Ta zameldowana.

Gera Fingerowa poczuła się podobnie jak wtedy, gdy jej w tramwaju ukradli pieniądze. No tak, ale w tramwaju był ścisk.

Wybiegam w przyszłość. Olejniczak, w ostatnim słowie, powie:

– Panowie przysięgli, mam tylko jedno powiedzenia: Bóg jest jedynym świadkiem, że nie mordowałem z premedytacją!

Nigdy nikomu nie udało się wydobyc odeń ni śladu informacji o przyczynach, które wywołały porażający afekt. Przez blisko rok siedział w areszcie, w tym przez kwartał z adwokatem Maurycym Pufeselem, wówczas jeszcze koncypieniem, skazanym w 1933 na dwa lata więzie-

nia i pięć lat pozbawienia praw obywatelskich za przestępstwo o charakterze politycznym<sup>4</sup> oraz przez jakiś czas z aferzystą filmowym J. C. Sikorowiczem<sup>5</sup>, człkiem obrotnym i wyjątkowo mownym, panowie zostali wezwani do sądu w charakterze świadków – i do żadnego z nich w ciągu trzystu dni we wspólnej celi nie przedostał się ślad takich zwierzeń Olejniczaka, które mogłyby rzucić światelko na motyw zbrodni. Nic. Nawet przez sen<sup>6</sup>.

Z ważnych spostrzeżeń adwokata Pufelesa: Olejniczak uczył się języka angielskiego, poza tym na nic nie zwracał uwagi. Taki stan rzeczy trwał do chwili, kiedy doręczono mu akt oskarżenia. Zabił człowieka, tak. Ale dopiero akapity, w których była mowa o kradzieżach, jakich się dopuszczał, wyprowadzały go z równowagi. Dr Pufeles podkreśla:

– Miał chwile wybuchów, ale nie wpadał w szal.

Dlaczego wszystkich badających tę wymyślną sprawę szybko przestały interesować takie, powiedzmy, szczegóły, jak fakt zjawienia się Pragnącej na miejscu zbrodni; jak fakt, że Lechowicz dokładnie znał adres kontaktowy Pragnącej, która wróżyła po domach w rozległych okolicach Limanowej; fakt natychmiastowego przyjazdu Pragnącej na wezwanie Lechowicza i stawienie się jej w okolicy, której do tej pory nie znała; wreszcie siła przekonania Lechowicza w stosunku do Olejniczaka: Lechowicz dopiął swego: w dawnym dworku w Przewozie (a może w planie było to

w nieco dalej nad Wisłą leżących Brzegach lub w Grabiach)<sup>7</sup> dokonała się konfrontacja Olejniczaka z Pragnącą. Olejniczak to notoryczny kłamca – dlaczego mamy mu wierzyć, że widzi Pragnącą po raz pierwszy? Olejniczak to człowiek bywały: wszystkim zdawał się być na swoim miejscu i w katolickim seminarium duchownym, i w bursie kleryckiej hodowców, i w pałacu archimandryty kościoła greckokatolickiego, i w salach wykładowych Uniwersytetu Jagiellońskiego, i na tajnych zebraniach komunistów, w jednym czasie przemienne w otoczeniu bliskich Narzeczonej numer 1 i Narzeczonej numer 2, i w szafie gospodyni, skąd kradnie płaszcz jej syna, i w komórce gospodarza, z której kradnie rower, i w najelegantszej w Krakowie hotelowej restauracji, i tego samego dnia u pasera z rowerem doprowadzonym pod osłoną zmroku. Olejniczak, przemity gładzysz, notoryczny kłamca i złodziej, po konfrontacji twarzą w twarz z Pragnącą, której tam, na wale wiślanym, ze straszliwym gniewem każe iść precz, jak najdalej od tego miejsca, gdzie jest niepożądana, i sprawia, że kobieta, która z niejednego przecię pieca chleb jadła, umyka w śmiertelnym strachu, że ten człowiek, którego wyczyny złodziejskie wyjawiała właśnie przed Lechowiczem, dopadnie ją i zatłucze na śmierć. Kiedy Pragnąca znika z ich pola widzenia (schowała się w chaszczach u szczytu wału, stamtąd widziała wszystko, ale to na zawsze zostawi dla siebie), Lechowicz, który ma wszystko do stracenia w obliczu wściekłego gniewu Olejniczaka, zagrożonego

<sup>4</sup> Dr Maurycy Pufeles był, jak go określała ówczesna prasa, „wybitnym komunistą”. W czasie okupacji uniknął obozu koncentracyjnego, został bowiem wpisany na tzw. Listę Schindlera (jako niezbędny dla interesów fabryki Bilanzbuchhalter), zaraz po wojnie (1947) działał w Krakowie jako adwokat.

<sup>5</sup> Zob. „Procesy artystyczne” w 5–6, 7–8, 10, 11–12 numerach „Palestry” z 2014 r.

<sup>6</sup> Dr Pufeles o Olejniczaku: spokojny, nie brał udziału w dyskusjach, nie dawał się sprowokować, jego walka wewnętrzna wychodziła jednak wtedy na jaw w postaci czerwienienia się na przemian i blednięcia. J. C. Sikorowicz o Olejniczaku: z rozmaitych powodów często popadał w furję. Panowie Łyczko, Nadler, Lyżewski, Mossoczy, dawni koledzy szkolni o Olejniczaku: chłopak o pogodnym usposobieniu, grzeczny, spokojny, kiedy jednak mu dokuczano, ulegał niepospolitemu wzburzeniu.

<sup>7</sup> Z protokołu rozprawy z 18 kwietnia 1934. Sędzia przewodniczący dr Pilarski do Olejniczaka:

„Pan zeznał, żeście się pytali o dworek w Przewozie. Dlaczego pytałicie się następnie o wieś Brzegi i Grabie, kiedy mieliście iść do tego dworku w Przewozie?”

„Nie wiem tego – odpowiada Olejniczak. – Ja się nie pytałem”.

Pytać więc mógł tylko Lechowicz.



przez przyjaciela szantażem, że jeśli nie pozostanie tylko z nim, wyrzekając się tych niewiele wartych kobiet, to wszystkie jego kompromitujące sprawki i przestępstwa wyjawi jego najbliższemu, dotąd niemającym pojęcia o jego prawdziwym, łotrowskim życiu kryminalisty i o wyrzeczeniu się wiary ojców, a także społeczności studentów, profesorów oraz duchownych. Lechowicz więc, żeby ratować życie – nie trzeba było specjalnej intuicji, żeby wiedzieć, że się porywczego człowieka doprowadziło do ostateczności – umyka w ślad za Pragnącą i wtedy dosięga go pierwszy cios. W tył głowy. Tym niezidentyfikowanym ostrym narzędziem o ciężkim ostrzu szerokości siekiery. Ale skąd narzędzie w rękę wycieczkowicza? Niesione, do końca nie wiadomo, pod płaszczem, jak nosił siekierkę Raskolnikow, czy w teczce? Wyczuł coś już w przededniu, kiedy podobno po lekcjach z synem zamożnego gastronomika zboczył z trasy do domu, żeby zahaczyć o sklep żelazny przy Grodzkiej i wybrać tam (w cenie 70 groszy) narzędzie pasujące najlepiej do zadania gwałtownej śmierci?

Tu jest wymagana ruchliwość. Trochę więc cofam się w czasie i tak to wracamy na rozprawę w Sądzie Okręgowym w Krakowie. Sędzia: Mieczysław Pilarski. Sędzia wotant: Rudolf Stuhr. Zeznaje Miła, hafciarka<sup>8</sup>:

– Tego dnia, 25 maja, kiedy z wycieczki wzdłuż brzegów Wisły wrócił bez Lechowicza, wstąpił, jak już wiemy, do pani.

– Przyszedł o pół do ósmej wieczorem. O ósmej wieczorem wyszedł.

– To było w czwartek. A następnego dnia?

– Nie, nie, w ostatnich tygodniach Bolesław nie odwiedzał mnie, jak robił to dawniej, znaczy wtedy, kiedy jeszcze nie byłam w ciąży, co drugi dzień, lecz o wiele rzadziej. Niekiedy raz w tygodniu. Toteż nawet się nie zdziwiłam, kiedy przyszedł dopiero w niedzielę, 28 maja. Zjawił się rano, o pół do dziewiątej. Był u nas do siódmej wieczorem. Podenerwowany, jakiś smutny, dziwnie jak na niego małowówny.

Mnie się marzyła, zwłaszcza przy nim, lepsza przyszłość, i wtedy także zwierzałam mu się z planów, z szansy, jaką daje wyjazd za granicę do pracy – no, zwłaszcza on, z jego świetną znajomością niemieckiego – a na to Bolek, cicho, jakimś strasznie łamiącym się głosem, prawi o bezsensie moich mrzonek wobec nastrojów, które zapanowały w Niemczech. Nawet nie bardzo starał się być miły, miałam wrażenie, że oszczędzał mnie tylko ze względu na mój ówczesny stan. Właśnie – ilekroć w rozmowie była okazja, napomykałam o ślubie. Trudno, dziecko powinno mieć ojca. Dawał wymijające odpowiedzi albo milczał, patrząc na mnie, trudno to było wytrzymać. Powiedział od niechcienia: – A wiesz, przeniósłem się na nowe mieszkanie. – Daleko nie odszedł, wynajął pokój w zgrabnej kamieniczce przy ulicy Konopnickiej 11. Oderwał skrawek gazety, wykaligrafował adres ołówkiem chemicznym, bo taki był tylko pod ręką, dał mi w milczeniu ten paperek i wyszedł zgaszony, spięty. Jak nie on. Ciarki przeze mnie całą przeszły, kiedy nazajutrz odwiedzili nas dwaj mężczyźni w cywilu, ale wiadomo – mrugnęła – i pytali o Olejniczaka. Bo wynosząc się z Konfederackiej, nie zostawił Fingerowej nowego adresu. Powiedziałam, że nie wiem, gdzie teraz mieszka, ale na pewno wciąż na Dębnikach. Wybiegłam na miasto, chodziłam pod oknami tego domu na Konopnickiej, kręciłam się wokół, to tu, to tam. Wreszcie znalazł się przy mnie. Wchodzimy w narożną uliczkę Powroźniczą, mówię mu: – Bolek, szukają ciebie! – Ruszył biegiem, wzdłuż murów, do tego domu przy Konopnickiej. Ja za nim, choć już na mnie chyba nie zwracał uwagi. Weszłam do sieni, widzę, że Bolek wychodzi z oficyny z jakąś czarną teczką, wygląda jak oślepiony, to znaczy wciąż nie zwraca uwagi na to, że ja tam stoję, i wspina się po schodach na samą górę tej dwupiętrowej kamieniczki. Po co? Nie wiem. Wtedy coś mi przysłoniło widoczność. Za Bolkiem popędzili ci dwaj, wiadomo, wywiadowcy w cywilu. Bo oni, o czym nie miałam pojęcia, śledzili każdy

<sup>8</sup> Emilia Korczyńska.

mój krok. Ja ich do niego bezwiednie zaprowadziłam. Zabrali Bolka i odprowadzili go na Kannoniczą „Pod Telegraf”. Teraz się zmieniło i to ja szłam za nimi, i widziałam, jak tam weszli. Nie wiem, po co jeszcze czekałam, stojąc na trotuarze. Przecież zaprowadzili go do aresztu.

– Bardzo go kochałam – odpowiada Korczyńska na pytanie sądu, czy była szczęśliwa w pożyciu z Olejniczakiem. Co nie przeszkadza jej relacjonować, jak to ten narzeczony, powróciwszy z wakacji spędzonych u rodziców w Brzeżanach, nie zastał jej w domu i wtedy energicznie „podwalał się” do jej siostry. Trudno dociec, czy tylko dlatego, że była akurat w domu. Gdy narzeczona wreszcie wróciła, zagroził, że z nią zerwie i nawiąże stosunki z tą jej siostrą. Działo się to wszystko w mieszkaniu rodziny Korczyńskich, gdzie Olejniczak właściwie prawem kaduka (nawet ślubu nie obiecywał) mieszkał niemal na prawach domownika; niemal – bo domownicy zazwyczaj poczuwają się do scalania wspólnoty poprzez pracę, dobra materialne lub fundusze dla dobrego funkcjonowania domu, on natomiast do tego nie był

zobligowany. Ani się nie poczuwał. – Potem się załagodziło i Bolesław już mojej siostrze nie robił awansów – dodaje z półuśmiechem Emilia Korczyńska.

Wypytywana o życie erotyczne, wyznaje, że we wszystkich poprzednich mieszkaniach, w których w ciągu kilku miesięcy często odwiedzała Olejniczaka, nie dochodziło nawet do prób współżycia. Ich połączenie fizyczne nastąpiło dopiero tam, w rodzinnym domu państwa Korczyńskich, a stało się to z inicjatywy Bolesława. (Nietrudno się domyślić, że narzeczony zagroził przeniesieniem uczuć na siostrę Mili, można by mu to było wywlec i podejrzewać o szantaż). Półzarty półzartami, nie pora na nie, choć trudno bez odwołania się do poetyki groteskowego absurdu przyjąć dialog między przewodniczącym sądu a Emilią Korczyńską:

– Czy była mowa o poznanej podczas tamtych wakacji przez narzeczonego jego bardzo bliskiej znajomej ze Lwowa?

– Tak. Raz, kiedy mu ją wypomniałam, uderzył mnie w twarz.

Aha...

*Cdn.*

# Historia adwokatury

Ryszard Szawłowski

## RAFAŁ LEMKIN WARSZAWSKI ADWOKAT (1934–1939), TWÓRCA POJĘCIA „GENOCYD” I GŁÓWNY ARCHITEKT KONWENCJI Z 9 GRUDNIA 1948 R. („KONWENCJI LEMKINA”). W 55-LECIE ŚMIERCI

### Część II: Roczne *interludium* szwedzkie 1940–1941 i lata amerykańskie 1941–1948

#### 1. EWAKUACJA Z WARSZAWY

Część I tego artykułu, poświęcona biografii Rafała Lemkina w jego latach polskich do pierwszych dni września 1939 roku i wybuchu II wojny światowej<sup>1</sup>, zakończyła się na tym, jak 6 września, usłuchawszy apelu radiowego płk. Umiastowskiego, Lemkin udał się wieczorem na dworzec w Warszawie i dostał się do zapchanego do granic możliwości pociągu, który ruszył o świcie 7 września. Dodajmy, że kierunkiem podróży były prawdopodobnie Siedlce i dalej Brześć nad Bugiem, czego nie podaje w swej autobiografii.

Pociąg początkowo jechał bez przeszkód, powoli i ostrożnie. Nie wiemy, jak daleko zdołał ujechać. Zakładamy, że może minął Mińsk Mazowiecki. Tam został nagle zaatakowany przez lotnictwo niemieckie. Padł rozkaz rzu-

nia się na podłogę. Bomby rozerwały pociąg na pół i coś paliło się między tymi dwiema częściami, lokomotywa leżała na zboczu. Wydany został rozkaz opuszczenia pociągu. Ludzie wyskakiwali przez drzwi i okna. Był to jeden z wielu przykładów zbrodniczego atakowania przez samoloty niemieckie polskich pociągów z ludnością cywilną.

Lemkin opisuje, jak wyczerpany i głodny położył się pod drzewem i zasnął. Spał długo i obudził się dopiero o zachodzie słońca. Ruszył w poszukiwaniu jada. Zauważył grupę ludzi piekących kartofle. Kiedy się zbliżył, mężczyzna w średnim wieku powitał go przyjaznym uśmiechem, zapraszając do szykującej się „uczty”. Polska gościnność w zaiste ekstremalnych warunkach! Następnie w grupie pięciu mężczyzn ruszyli w dalszą drogę. Niedługo potem udało im się zorganizować wóz wiejski,

<sup>1</sup> Część I artykułu ukazała się w „Palestrze” nr 9 (wrzesień 2014), s. 288–311.

którym chłop przewiózł ich do najbliższej wsi w pożądanym kierunku – na daleki transport nie pozwoliła mu żona.

Dalsza wędrówka Lemkina, przeciągająca się na drugą dekadę września 1939, odbywała się głównie pieszo i chłopskimi wozami, choć raz, na przykład, udało mu się pokonać jakiś odcinek drogi w szoferce samochodu wojskowego, gdzie zajął miejsce obok zaspanego kierowcy. Później żołnierz ten go wyprosił<sup>2</sup>.

Wiadomość o agresji sowieckiej na Polskę z 17 września 1939 doszła do Lemkina z pewnym opóźnieniem. Że „coś” się stało, było jasne, ponieważ od paru dni panowała cisza na niebie – w sensie nieobecności niemieckich samolotów. Lemkin nie przemieścił się głęboko na wschód kraju i nie znalazł się blisko granicy polsko-sowieckiej. Prawdopodobnie znalazł się na południowo-zachodnim skrawku województwa poleskiego, na terenie powiatu Brześć nad Bugiem. Zaczął stopniowo przemieszczać się na południe, w kierunku Kowla na Wołyniu, będącego węzłem kolejowym. Chciał przeczekać do momentu uruchomienia pociągów, aby najpierw pojechać do rodziny w Wołkowysku, następnie zaś realizować swój plan przedostania się do Wilna i przez Litwę i Łotwę do Szwecji. Stamtąd marzyły mu się Stany Zjednoczone. Plan swój wykonał<sup>3</sup>.

W swej wędrówce był zatrzymany na kilkanaście godzin przez Sowietów przy kontroli na jakimś moście, spędził noc w areszcie. Szczęśliwie nierozpoznany, został zwolniony. „Zdemaskowanie” go oznaczałoby wprost tragiczne dla niego skutki – miejsce „burżuazyjnego prawnika”, „opluwającego” w swoich publikacjach sowieckie prawo karne, było w łagrze,

z perspektywą „wykończenia”. Gdy koleje ruszyły, pojechał do Wołkowyska.

W autobiografii opisuje radość spotkania z rodziną. Prawdopodobnie proponował jakąś wspólną ucieczkę za granicę. Ale, jak pisze, czytał w oczach rodziny jedną prośbę: „nie mów o opuszczeniu przez nas tego ciepłego domu, naszych łóżek, naszych zapasów żywności, bezpieczeństwa naszych zwyczajów. Będziemy musieli cierpieć, ale jakoś przeżyjemy”. Myśl o przyszłym holocaustie nie przychodziła wówczas nikomu do głowy. Lemkin dodaje, pytając retorycznie, co on rzeczywiście mógłby swojej rodzinie zaoferować? Pozostał jeszcze na następny dzień z rodziną, po czym „konspiracyjnie” wyruszył w drogę do Wilna. Nie znamy przebiegu tej podróży, którą rozpoznał – jak wspomina – na końskim wozie.

## 2. WILNO, KOWNO, RYGA

Wilno, dwustutysięczne zabytkowe miasto uniwersyteckie, znalazło się w okresie wojny z Niemcami w wyjątkowej sytuacji, jako swego rodzaju „oaza spokoju”. Położone w północno-wschodnim „klinie” Polski, nie stało się teatrem działań wojennych. W zasadzie w okresie 1–16 września 1939 życie w mieście toczyło się niemal normalnie. Wiadomość o agresji sowieckiej w niedzielę, 17 września, oczywiście wstrząsnęła miastem. Atak sowiecki na Wilno rozpoczął się 18 września po południu. Dowódca wojskowy nie zdecydował się na obronę miasta, oddziały polskie przeszły częściowo na Litwę, gdzie zostały internowane. Niemniej wieczorem i w nocy z 18 na 19 września miały w Wilnie miejsce walki odwrotowe, w czasie

<sup>2</sup> Dość liczne wiadomości zaczerpnięte z autobiografii Lemkina, dotyczące jego losów od momentu opuszczenia Warszawy 7 września 1939 do końca okresu objętego częścią II niniejszego artykułu, nie są – dla oszczędności wielce ograniczonego miejsca – zaopatrzone przypisami ze wskazaniem odpowiednich stron wydanego w USA w 2013 r. *Totally Unofficial* (por. przypis 3 w części I niniejszego artykułu).

<sup>3</sup> W związku z itinerarium Lemkina z Europy do USA spotykamy się w publikacji krajowej (por. A. Żebrowski, *Polski słownik judaistyczny*, hasło „Lemkin, Rafał”, cyt. w przypisie 1 części I naszego artykułu) z następującymi całkowicie błędnymi twierdzeniami: „Na początku okupacji niemieckiej był [Lemkin] związany z polskim podziemiem. Kiedy większość jego rodziny została zamordowana, uciekł do Wilna, skąd przez Szwecję, Związek Radziecki, Japo-

których zniszczono m.in. nieco czołgów przeciwnika<sup>4</sup>. Sowietci dokonali licznych aresztowań i wywózek oraz rabunków mienia publicznego i prywatnego<sup>5</sup>. Pod koniec października 1939, w akcie, który określić trzeba jako perfidną komedię międzynarodową, Sowietci przekazali Wilno Litwinom (których mieszkało w mieście poniżej jednego procenta), po to tylko, by w niewiele miesięcy później, w czerwcu 1940, okupować całą Litwę i włączyć ją do ZSRS.

Miasto przepełnione było uchodźcami, którzy szukali sposobów przedostania się jedni na zachód przez kraje bałtyckie i Skandynawię, inni do Palestyny, lub możliwości przetrwania na miejscu. Lemkin wysłał z Wilna trzy telegramy: do zaprzyjaźnionego Karla Schlytera, byłego ministra sprawiedliwości Szwecji, poznanego na przedwojennych międzynarodowych konferencjach prawniczych; do Belga, hr. Carton de Wiarta, prezesa Association Internationale de Droit Pénal, przewodniczącego jednego z kolejnych Zgromadzeń Ligi Narodów, wreszcie do swego wydawcy w Paryżu w sprawie losów manuskryptu wspomnianej już jego pracy *La régulation des paiements internationaux*, wysłanego z Warszawy przed samym wybuchem wojny. Wreszcie napisał list do również już wzmiankowanego prof. McDermotta z USA, z którym nawiązał przyjazne stosunki w Warszawie w 1935 roku, a potem wspólnie

wydali przekład angielski polskiego Kodeksu karnego z 1932 roku. Wszystkie te zabiegi odniosły doskonały skutek. Zwłaszcza depesza do Szweda dała zbawienną w ówczesnych warunkach wizę do Szwecji oraz późniejsze wykłady w Sztokholmie.

Na zakończenie powyższej mocno skomprimowanej relacji o pobycie Lemkina w Wilnie jeszcze nawiązanie do wzmiankowanego już jego spotkania tamże z przyjacielem, również warszawskim adwokatem, Beniem Tomkiewiczem<sup>6</sup>. Obok wspomnień o szczęśliwym i bogatym życiu adwokatów w przedwojennej Warszawie Lemkin miał wówczas, jak twierdzi w autobiografii, powiedzieć: „Nie ma sensu wspominać przeszłości. Wysokie honoraria adwokackie, czcze rozmowy o naszej nieskończonej mądrości zawodowej, kosztowne umeblowanie, domy na wsi, nigdy już nie powrócą. A gdyby znów znalazły się na mojej drodze, nie dałbym im przekroczyć mego progu. One nigdy nie robiły mnie naprawdę szczęśliwym, jedynie odurzały mnie przez pewien czas. Jako prokurator i adwokat służyłem władzy i cieszyłem fałszywym prestiżem. Naprawdę żyłem tylko wtedy, kiedy walczyłem o jakiś ideał. Chcę poświęcić resztę mego życia mojej pracy postawienia poza prawem niszczenia ludzi”<sup>7</sup>. Przyjaciel życzył mu szczęścia, zadał jednak pytanie, dlaczego nie może on

---

nię i Kanadę – przedostał się do Stanów Zjednoczonych”. W rzeczywistości Lemkin – na swoje szczęście – nigdy nie znalazł się pod okupacją niemiecką. Nie był związany z „polskim podziemiem”. Jego rodzina została wymordowana przez Niemców w 1942 roku, kiedy był on już dawno (od kwietnia 1941 roku) w USA. Autor zaferował niestety stek bzdur.

<sup>4</sup> Na temat owych walk odwrotowych z Sowietami w Wilnie od wczesnego wieczora 18 września do poranka 19 września 1939 por. R. Szawłowski, *Wojna polsko-sowiecka 1939 roku*, wyd. III, Warszawa 1997, t. I, s. 75–86 oraz parę sprawozdań i relacji zawartych w t. II, s. 32–41.

<sup>5</sup> Na odnośnej liście, którą opublikowałem w *Wojnie*, t. II, s. 185–190, figuruje 226 nazwisk ludzi aresztowanych i wywiezionych, z wielką przewagą polskiej inteligencji. Jeśli chodzi o adwokatów, odnotowujemy osiem nazwisk: Witold Abramowicz, Stanisław Bagiński, Maciej Jamontt, Aleksander Krestjanow (prezes Towarzystwa Rosyjskiego w Wilnie), Jan Łuczyczek, Andrzej Romankiewicz, Józef Tejtel, Eliasz Zaks i Henryk Erlich (z zaznaczeniem: „adwokat zamieszkały w Warszawie”). Figurują oni, z podaniem adresów, w „Kalendarzu Informatorze Sądowym” na 1939 rok, s. 423–426; adw. Erlich figuruje na liście warszawskiej, ul. 6 Sierpnia 25 (s. 386). Jego imię w tym wydawnictwie brzmi „Hersz”.

<sup>6</sup> Adw. Tomkiewicz był już wzmiankowany w przypisie 25 w I części niniejszego artykułu.

<sup>7</sup> Rozmowa częściowo już cytowana w I części artykułu, s. 296–297 (szczęśliwe i bogate życie obu adwokatów w przedwojennej Warszawie). Tutaj interesuje nas jednak dalsza część ówczesnej wypowiedzi Lemkina, określająca jego nową filozofię życia, stanowiącą jakby postawienie grubej kreski pod hedonistycznym życiem warszawskim.

mieć tych dwóch rzeczy jednocześnie. Lemkin miał zapewnić go, że jest to niemożliwe, iż byłby zahamowany przez własną chciwość i „instynkt władzy”. „Nie można jednocześnie służyć dwóm bogom. Ideal, jak starożytny bóg, wymaga stałego poświęcenia, niepodzielnej lojalności, kompletnej integracji i samozaparcia”. Kończąc ten fragment autobiograficzny, pisze, że nagle poczuł, iż wygłasza serdecznie mu przyjacielowi kazanie i zaambarasowany umilkł.

Tydzień później przeniósł się Lemkin do Kowna, by być w bezpośrednim kontakcie z tamtejszym konsulem szwedzkim. Po pewnym czasie otrzymał wiadomość, że wiza dla niego nadeszła i wbito mu ją do paszportu (dodajmy: przedwojennego polskiego).

Już następnego dnia udał się Lemkin pociągiem do Rygi, skąd istniało regularne połączenie lotnicze ze Sztokholmem. W stolicy jeszcze niepodległej Łotwy (choć już z narzuconymi jej – podobnie jak Litwie i Estonii – sowieckimi bazami wojskowymi) musiał najpierw wykupić bilet lotniczy, a później nieco poczekać na miejsce w samolocie. Dodajmy, że na *waiting list* na samolot tej linii dużą część pasażerów stanowili wówczas Polacy, wojskowi po cywilnemu i cywile – wyżsi urzędnicy państwowi, ziemianie itp., nieraz z rodzinami, którzy *via* Szwecja przedostawali się głównie do Francji.

### 3. SZWECJA

Po krótkim pobycie w Rydze znalazł się Lemkin wreszcie w Szwecji. Daty nie podaje – zakładamy, że był to luty 1940 roku.

W Szwecji przebywał ponad rok. Rozpoczął intensywną naukę języka. Jego wspomniana już praca o płatnościach międzynarodowych, która ukazała się w Paryżu w 1939 roku, już po wybuchu wojny, była również drukowana w szwedzkiej prasie fachowej. Przyjaciół Lemkina, były minister Schlyter, wówczas deputowany Riksdagu i prezes Sądu Apelacyjnego, który załatwił mu szwedzką wizę, zasugerowa-

wał, że mógłby on rozpocząć wykłady na ten temat na Uniwersytecie w Sztokholmie.

Lemkin złożył wizytę prorektorowi Uniwersytetu, z którym łatwo znalazł wspólny język (*we had a meeting of minds*) i który go do takich wykładów zachęcił. Rozmowa zesłała na język wykładów. Lemkin powiedział, iż zna trochę język szwedzki i że studiuje go codziennie – i spróbował swoich wiadomości na prorektorze. Ten rozumiał go, ale nie był zadowolony z jego wymowy. Przyjaciele zatelefonowali do byłej aktorki i wytłumaczyli jego przypadek. Zgodziła się ona na pracę z nim nad jego dykcją, parę godzin w tygodniu. Poszło bardzo dobrze.

Pierwszy wykład Lemkina po szwedzku odbył się zaledwie po pięciu miesiącach jego pobytu w tym kraju. Przybyło na niego około trzystu osób, w tym wielu profesorów i prorektor. Rychno owe wykłady – nie wiemy, ile ich było – zostały wydane w Sztokholmie w postaci książki *Valutareglering och clearing* w 1941 roku. Lemkin podkreśla, że owo „zwycięstwo lingwistyczne” miało duże znaczenie dla jego „ego”.

\* \* \*

Lemkin wspomina, że oprócz nauki języka szwedzkiego i pracy zawodowej w czasie pobytu w Szwecji zebrał wiele dokumentów, przeważnie nazistowskiego prawa okupacyjnego, które zostały „przeszmuglowane” z terenów zajętych przez Niemców.

Siłą rzeczy, choćby z tego powodu, że tereny polskie były okupowane najwcześniej, i dodatkowo wprowadzono tam dwa przestępcze reżimy: jeden na terenach „włączonych” do Rzeszy, drugi w tak zwanej Generalnej Guberni (*Generalgouvernement*) – materiały te dotyczyły wówczas głównie terenów Polski. W „Outline” do autobiografii Lemkin sygnalizuje ową pracę hasłowo następująco: „Przygotowując moją kampanię przeciw genocydowi, którą zamierzam wszcząć w Stanach Zjednoczonych, studiuje techniki genocydalne nazistów w Polsce”.

Jak pisze, z materiału tego wynikało jasno, że chodziło tu o skoncentrowany spisek (*concentrated plot*) w celu zniszczenia narodów, nad który-



mi Hitler objął kontrolę, w całości lub w części. Lemkin był zdania, że dokumenty podpisane przez Hitlera i jego doradców stanowią będą nieodparty dowód i nikt nie będzie w stanie powiedzieć, iż on, Lemkin, uprawia propagandę.

Po swoim przyjeździe do USA Lemkin przekazał te dokumenty do Departamentu Wojny i do innych amerykańskich agencji rządowych, podkreślając fakt, że to, co działo się wówczas w Europie, nie było tylko wojną, ale że był to genocyd, który – jak pisze – nastąpił rok później. Oczywiście miał tu na myśli ludobójstwo na europejskich Żydach.

Lemkin tu i w innych miejscach nieraz używa terminu „genocyd” w kontekście swoich myśli i wypowiedzi znacznie sprzed 1943/44 roku, a więc przed przygotowaniem i wydaniem swojej podstawowej pracy *Axis Rule in Occupied Europe*, w której formalnie po raz pierwszy ten termin „ogłosił”. Jednak aby mógł on być przez niego stosowany już w okresie pobytu w Szwecji (1940/41), jest wykluczone.

\* \* \*

Niezależnie od opisanych wyżej prac Lemkina w gościnnej Szwecji, znalazł on tam jeszcze czas na pierwsze swoje badania w dziedzinie, którą dziś nazwalibyśmy studiami w zakresie genocydu porównawczego (*comparative genocide*). Piszemy „pierwsze”, ponieważ w swoim okresie polskim w tę dziedzinę raczej się nie zapuszczał. Tymczasem przesiadując w „bibliotece sztokholmskiej” (prawdopodobnie chodziło o słynną Karolinę), pogrążył się Lemkin w problematyce mającego miejsce w XIII wieku najazdu Mongołów na część Europy i dokonanego tam przez nich straszliwego genocydu (znów, oczywiście, używamy tu terminu ukutego przez Lemkina dopiero parę lat później w USA).

Nawiązując do wypadków mających miejsce w okupowanej przez Niemców Polsce (wówczas, z konieczności, do wydarzeń jedynie z lat 1939/40–1940/41), Lemkin zauważa, że to nie pierwszy raz w historii Polska poddana została genocydowi, ponieważ równo 700 lat wcześniej, w roku 1241, hordy mongolskie najpierw załaziły Rosję, następnie zaś Polskę, Śląsk i Węgry. W Polsce – kontynuuje Lemkin – została wymordowana duża część ludności miast Lublina, Sandomierza i Krakowa. Około 30 tysięcy polskich dzieci zostało porwanych, wywiezionych i sprzedanych w rosyjskim mieście Włodzimierzu. Kraj został zniszczony. W związku z tym musiano potem praktykować na wielką skalę obce osadnictwo.

Szczególnie porażają przytoczone przez Lemkina wydarzenia, które miały wówczas miejsce na Węgrzech. Przed egzekucją strzałami z łuków ofiary musiały się rozbierać, chodziło bowiem o rabunek przez oprawców nieuszkodzonych ubrań. Kupcy byli przypiekani na ogniu w celu zmuszenia ich do wyjawienia miejsca ukrycia kosztowności. Mongołki, które towarzyszyły swoim mężom, uczestniczyły w rzeziach.

Praktykowane było odcinanie nosów ładnym kobietom węgierskim. Tutaj ustawiono w szeregu własne, uzbrojone w kije dzieci, naprzeciw dzieci miejscowych; te pierwsze, na sygnał swych matek, rozbijały kijami głowy dzieci węgierskich. Wreszcie, po tej samej strasznej linii, miało miejsce określone przez Lemkina jako „kanibalizm na tle seksualnym” – odcinanie piersi pięknym Węgierkom i zjadanie ich (!). Chodziło więc – stosując konstrukcję obecnie przez nas proponowaną – o trudno wprost wyobrażalną formę *genocidium atrox*<sup>8</sup>, połączonego w tym wypadku z kanibalizmem.

Poza tym wszystkim trwały starania Lemkina o pracę uniwersytecką i wizę imigracyjną

<sup>8</sup> Kategorię *genocidium atrox* zaproponowałem po raz pierwszy w moim haśle „Ludobójstwo” w *Encyklopedii białych plam*, tom XI, s. 174: „(...) w ramach samego ludobójstwa wylania się potrzeba stworzenia jego postaci kwalifikowanej”. Chodzi o ludobójstwo połączone z najbardziej wyrafinowanymi torturami, stosowanymi z czystego sadyzmu. Wyłoniło się ono w czasie, gdy pisałem obszerną przedmowę do dwutomowego dzieła Ewy i Władysława Siemaszków, *Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na ludności polskiej Wołynia 1939–1945*, Warszawa 2000. Chodziło tam bowiem o genocyd nie tylko totalny (typu niemieckiego holocaustu na Żydach), ale o mordowanie połączone np. z rąbaniem ofiar siekierami, wrzucanie rannych do studzien, przerywanie piłą, wleczenie koniem, wydubywanie oczu

do USA. Wspomniany już prof. McDermott, w sytuacji gdy Duke University w Durham w Północnej Karolinie zgodził się zatrudnić Lemkina na dwa lata, ale pod warunkiem, że jego finansowanie zapewnione zostanie całkowicie ze źródeł zewnętrznych (!), zwrócił się o pomoc do Emergency Committee in Aid to Displaced Foreign Scholars w Nowym Jorku<sup>9</sup>. Stamtąd nadeszła jednak odpowiedź odmowna. Zaznaczono, że „odmowa w najmniejszym stopniu nie rzutuje na zdolność i kwalifikacje naukowe dr. Lemkina, który otrzymał doskonałe rekomendacje z odpowiedzialnych źródeł”. Wymieniając powody odmowy grantu, podkreślono, że „kryzys europejski” spowodował napływ wielu pilnych aplikacji. Komitet nie posiada funduszy na zaspokojenie ich wszystkich. Jego specjalne zainteresowanie skupia się „od lat” na *displaced professors and Privatdozenten*, podczas gdy Lemkin był adwokatem i Komitet preferuje nie używać swych funduszy dla uczonych znajdujących się ciągle w Europie. Wreszcie jednak, w piśmie z 25 lipca, National Refugee Service powiadał, że krewni Lemkina, pewien Mr. Ogus oraz Mr. Alex Greenberg z Brooklynu, przekazali do Duke University potrzebną kwotę 1200 dolarów. Tak więc zapaliło się „zielone światło” dla Lemkina do przybycia do Stanów Zjednoczonych, jak się okazało – na resztę życia, „na dobre i na złe”.

#### 4. STANY ZJEDNOCZONE 1941–1946

Po załatwieniu sprawy finansowania oraz otrzymaniu wiza imigracyjnej powstał ostry problem przedostania się do Ameryki. Przypo-

mnijmy: Norwegia, sąsiad Szwecji od zachodu, i Dania okupowana przez Niemców, Francja pokonana i częściowo okupowana łącznie z Paryżem, Holandia, Belgia i Luksemburg okupowane w całości. Możliwości wydostania się ze Szwecji drogą lotniczą na zachód były dla Lemkina praktycznie niemal zerowe. Jedyną realnie możliwą marszrutą ze Sztokholmu do USA była oferowana przez sowiecki „Inturist” kosztowna i długa półwycieczka: przelot do Rygi i dalej do Moskwy (gdzie parodniowy pobyt) oraz dziesięciodniowy przejazd koleją transsyberyjską do Władywostoku. Następnie, już w innym świecie, statkiem do Japonii, skąd przez Pacyfik do Seattle, wreszcie *via* Chicago pociągiem do Durham. Taką podróż odbył Lemkin gdzieś między końcem marca a około 22–23 kwietnia 1941 roku.

##### 4.1. Durham, Północna Karolina

Na Duke University został Lemkin przyjęty bardzo życzliwie, prof. McDermott wziął zaś na siebie rolę protektora. Przybycie w trzeciej dekadzie kwietnia oznaczało zjawienie się pod koniec amerykańskiego roku akademickiego. Wykłady w nowym roku akademickim rozpoczynają się tam we wrześniu. Miał więc Lemkin błogosławione cztery miesiące (maj–sierpień 1941) na „aklimatyzację”.

W Duke University Law School Lemkin jako „special lecturer” miał wyklądać prawo porównawcze i prawo rzymskie. Jeśli idzie o tę pierwszą dyscyplinę, chodziło bodaj głównie o porównawcze prawo karne, ponieważ komparatystyka w dziedzinie prawa cywilnego (której Lemkin nigdy wcześniej nie uprawiał) byłaby jednak, bez poważnego przygotowa-

czy wyrywanie języków. Oczywiście fenomen *genocidium atrox* nie ogranicza się do zbrodni ukraińskich na Polakach. Takie zbrodnie miały też miejsce np. w czasie I wojny światowej w Turcji na Ormianach, w czasie II wojny światowej w Jugosławii, w szczególności Chorwatów na Serbach, w kilkadziesiąt lat później w Ruandzie, potem w Darfurze. W tym ostatnim można np. odnotować wylapywanie mężczyzn i chłopców, wyprowadzanie ich poza wieś, częstokroć torturowanie i wreszcie rozstrzelanie, czasami wiązanie łańcuchem i palenie żywcem; również mordowanie przez wleczenie wielbłądami.

<sup>9</sup> O rozmiarach problemu i trudnościach rozmieszczenia na uniwersytetach w USA masy europejskich profesorów i docentów prawa, zwłaszcza uciekinierów z Niemiec, począwszy od 1933 roku, w tym wybitnych, daje obraz źródłowy artykuł: K. Graham, *The Refugee Jurist and American Law Schools, 1933–1941*, „The American Journal of Comparative Law” 2002, nr 4, s. 777–818.

nia, znacznie trudniejsza. Jeśli chodzi o prawo rzymskie, musiał on prawdopodobnie tylko odświeżyć swoją wiedzę ze studiów w tym zakresie na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie w latach dwudziestych, bo oczekiwania w Stanach nie były tu prawdopodobnie wielkie. Przypomnijmy tylko, że pierwszy podręcznik prawa rzymskiego ukazał się w USA bodaj dopiero w 1927 roku (!)<sup>10</sup>.

Prawdopodobnie gdzieś na przełomie maja i czerwca McDermott zaproponował mu wspólny wyjazd samochodem do Waszyngtonu, na co przystał tym chętniej, że nigdy dotąd tam nie był. Po wizycie w ambasadzie RP udał się do Library of Congress. Lemkin odwiedził tam Johna T. Vance'a, kierownika działu prawnego Biblioteki, którego poznał na Kongresie Prawa Porównawczego w Hadze w 1937 roku. Jak odnotowuje, przy spotkaniu wielce życzliwy Vance „wydawał się czuć osobiście odpowiedzialnym za wyzwolenie Europy i za odrodzenie Polski – jako osobisty dar dla niego” (Lemkina).

Vance poznał go z płk. Archibaldem Kingiem z Wydziału Administracji Wojskowej Departamentu Wojny. Lemkin wyłożył pułkownikowi całą perwersję niemiecko-nazistowskiego prawa. Ten bardzo się zainteresował tą problematyką, oświadczając, że jest to zupełnie *novum* dla myślenia amerykańskiego (przypomnijmy, że w tym czasie USA były jeszcze państwem neutralnym i jakby „uprawnionym” do niedostatecznego interesowania się teatrem wydarzeń kontynentalno-europejskich). Kiedy Lemkin wspominał, że wygłosi w Duke University serię wykładów na ten temat, King wyraził chęć ich wysłuchania i oświadczył, iż wie, że będą one miały zasadnicze znaczenie

dla War Department – amerykańskiego Ministerstwa Wojny.

To zachęciło Lemkina do zintensyfikowania swej pracy rozpoczętej w Szwecji. Tłumaczył niemiecko-nazistowskie dekryty okupacyjne na angielski i komentował, uwypuklając ich zbrodniczy charakter. Zachęcił Johna Vance'a w Waszyngtonie, aby zdobywał te teksty, których ciągle przybywało, za pośrednictwem księgarzy w neutralnych krajach Europy: w Portugalii, Szwajcarii lub w Szwecji. Teksty te, w kopiach, były mu prawdopodobnie przesyłane później do Durham. Miał nadzieję stworzyć w przyszłości w Library of Congress centrum odnośnej dokumentacji.

Niezależnie od tego wszystkiego niemal od początku swego pobytu w Durham Lemkin musiał sobie łamać głowę nad własną przyszłością w Stanach Zjednoczonych. Bowiem, jak już była mowa wyżej, interludium na Duke University nie zapewniało mu – doraźnie – ani jakichś choćby zbliżonych do normalnych poborów, ani jakiegokolwiek stabilizacji akademickiej. Mogło być tylko traktowane jako arcy-skromny „przyczółek mostowy” w USA.

W związku z tym zależało mu na nawiązaniu możliwie najszerzych kontaktów naukowych w kraju swego nowego osiedlenia i zwróceniu uwagi na swoje dotychczasowe publikacje. Wynikiem tego była niewątpliwie recenzja jego szwedzkiej pracy ekonomicznej z 1941 roku, która ukazała się w *The Annals* Amerykańskiej Akademii Nauk Politycznych i Społecznych już w lipcu 1942. Recenzja rozpoczęła się w sposób dla Lemkina wręcz doskonały i mogła stanowić poważną „wizytówkę” na samym początku jego nowej odpowiedzialnej pracy w Waszyngtonie<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Chodzi o: Max Rodin, *Handbook of Roman Law*, 1927. Dodajmy, że zainteresowanie prawem rzymskim i porównawczym było w USA bardzo niewielkie. K. Graham (*The Refugee*, s. 783–784) podaje, że z niemal osiemdziesięciu amerykańskich szkół (wydziałów) prawa objętych przeglądem dokonany w 1940 r. tylko 8 oferowało kursy z prawa rzymskiego, tylko 7 zaś z prawa porównawczego.

<sup>11</sup> Por. recenzję pracy Lemkina *Valutareglering och clearing*, (w:) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 222 (1942), s. 235–236, napisaną przez Erika T. H. Kjillstroma z Rutgers University. Recenzent zdecydowanie postulował wydanie owej pracy w tłumaczeniu angielskim. Stwierdził: „It is doubtful whether I have ever had the pleasure of reading a more instructive and more carefully worded treatise in the field of law and foreign exchange than Professor Lemkin's work (...)”.

W czerwcu 1942 roku otrzymał Lemkin w Durham telegram z Waszyngtonu, w którym zaproponowano mu stanowisko głównego doradcy (*chief consultant*) w Board of Economic Warfare. Odtelegrafował, wyrażając zgodę. Przyjęcie tej propozycji pociągało za sobą przeniesienie się z Durham, N.C., do Waszyngtonu, D.C. Ale oznaczało uzyskanie wreszcie przyzwoitej pozycji finansowej i wypłynięcie na szerokie wody stolicy, co gwarantowało mu między innymi liczne znajomości, które zawsze tak sobie cenił jeszcze w Warszawie, oraz uczestnictwo stamtąd w międzynarodowych konferencjach prawniczych.

Z drugiej strony odchodził w ten sposób ze środowiska akademickiego do służby w administracji państwowej. W 1942 roku być może liczył na to, że po wojnie – jeśli zostanie w USA – już jako człowiek dość szeroko znany i ceniony – tym razem bez większych trudności ulokuje się w którymś z licznych tamtejszych uniwersytetów. Jednak, jak zobaczymy dalej, okazało się to dla niego trudne – jakiejś stałej profesury nigdy nie zdołał uzyskać. W każdym razie już latem 1942 roku był gościnnym wykładowcą (*guest lecturer*) w School of Military Government Departamentu Wojny z siedzibą w Charlottesville w stanie Wirginia.

Przeniesienie się z Durham do Waszyngtonu nie oznaczało automatycznej rezygnacji z pracy na Duke University. W liście dziekana School of Law tego Uniwersytetu, H.C. Horacka, datowanym 5 lipca 1944 roku, czytamy bowiem, że Lemkin miał *lectureship* na tym Uniwersytecie w okresie 1941–1943<sup>12</sup>; a więc wykorzystany został całkowicie okres dwóch lat, na który opiewał jego tamtejszy kontrakt. W 1942 roku opublikował w organie tamtejszej School of Law artykuł z dziedziny kryminologii<sup>13</sup>.

#### 4.2. Waszyngton, D.C.

Kiedy Rafał Lemkin odwiedził Waszyngton po raz pierwszy późną wiosną 1941 roku, był on spokojnym miastem, stolicą neutralnego państwa. Gdy przybył tam „na stałe” w połowie 1942 roku, atmosfera i rytm miasta były już inne, bo też sytuacja międzynarodowa USA zmieniła się radykalnie. Przypomnijmy krótko: 7 grudnia 1941 Japonia – prowadząca jednocześnie „negocjacje” w Waszyngtonie – działając z całkowitego zaskoczenia, zaatakowała lotnictwem bazę morską Pearl Harbor na Hawajach. W wyniku tego ataku znaczna część amerykańskiej floty wojennej Pacyfiku została zniszczona lub uszkodzona, zaś ponad dwa tysiące ludzi, głównie marynarzy, zostało zabitych.

Rozpoczęła się wojna amerykańsko-japońska. Jednocześnie Niemcy i Włochy wypowiedziały wojnę USA (szaleństwo z ich strony). W ten sposób Stany Zjednoczone zostały wciągnięte do II wojny światowej na dwóch wielkich teatrach operacyjnych: dalekowschodnim i europejskim.

Z punktu widzenia lemkinowskiej idei „genocydu”, nad którą jeszcze wówczas pracował, następnie sformułował pod koniec 1943 i wreszcie wydał drukiem pod koniec 1944 roku, udział USA w II wojnie światowej, zwłaszcza w Europie, okazał się zdecydowanie korzystny. Udział ten bowiem musiał siłą rzeczy zwrócić rosnącą uwagę amerykańskich czynników rządowych na problematykę straszliwych mordów, dokonywanych przez Niemców, poprzednio dla nich, Amerykanów, jakby „egzotyczną” i w zasadzie mało interesującą. Tymczasem w miarę pokonywania przeciwnika i zbliżającego się momentu jego kapitulacji powstała paląca potrzeba – poza samą dokumentacją odnośnych wydarzeń – oceny prawnej niemiecko-nazistowskich

<sup>12</sup> List ten przechowywany jest w zbiorach archiwalnych *American Jewish Historical Society* w USA, kserokopia w moim posiadaniu.

<sup>13</sup> Por. R. Lemkin, *The Treatment of Young Offenders in Continental Europe*, „Law and Contemporary Problems”, Autumn 1942. Dwa lata później nieustrudzony Lemkin ogłosił w tym samym periodyku (Summer 1944) obszerny artykuł zatytułowany *Orphans of Living Parents: A Comparative Legal and Sociological View*.

zbrodni oraz sprawa ścigania i osądzenia sprawców.

Tak się złożyło, że przewodniczącym Board of Economic Warfare (a więc szefem Lemkina) był Henry Wallace – wiceprezydent Stanów Zjednoczonych. Pierwsza z nim rozmowa na temat bezustannie nurtujący Lemkina była całkowitym rozczarowaniem. To samo okazało się w trakcie paru dalszych prób, w tym jednej w czasie kolacji w domu niezidentyfikowanego „przyjaciela”. Wallace, jak pisze Lemkin w autobiografii, okazał się człowiekiem z mentalnością farmera z Ohio<sup>14</sup>. Interesowało go głównie rolnictwo, wówczas w szczególności nowe odmiany kukurydzy. Słuchał uprzejmie, ale nie było reakcji. Mocno rozczarowany Lemkin próbował jeszcze, przez „przyjaciela” (którego nazwiska nie ujawnia), jak twierdzi w autobiografii, zainteresować tą sprawą samego prezydenta Roosevelta, ale również bez wyniku.

Olbrzymia praca, którą wykonał Lemkin w czasie swego ponaddwuletniego pobytu w Waszyngtonie, da się podzielić na trzy podstawowe działy. Po pierwsze, była to praca kontraktowego wyższego urzędnika federalnego, praca prawdopodobnie szczególnie mocno absorbująca ze względu na fakt, że nie była ona w dziedzinie stanowiącej główny temat jego zainteresowań w ciągu kilkunastu lat pracy zawodowej w Polsce. Bodaj dzięki wielkim zdolnościom i ambicji oraz różnym konsultacjom fachowym *ad hoc* dawał sobie niezłe radę. Jednak fakt, że w momencie zbliżania się końca dwuletniego kontraktu w połowie 1944 roku nie zaproponowano mu jego przedłużenia, wskazywałyby, iż jednak nie uzyskał wysokiego uznania swoich przełożonych.

Po drugie, chodzi o odbyte w Waszyngtonie (częściowe?) zaoczne studia prawnicze, o których wspomniałem – bodaj pierwszy raz w „lemkinowskiej” literaturze światowej – parę lat temu<sup>15</sup>.

Wreszcie po trzecie, absolutnie najważniejszą dla nas sprawą było dokończenie pisanie i wydanie drukiem *magnum opus* Lemkina: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation. Analysis of Government, Proposals for Redress*<sup>16</sup>, dzieła, w którym po raz pierwszy przedstawił koncepcję i termin zbrodni GENOCIDE oraz postulat jej inkorporacji do prawa karnego. Stąd pracy tej – w szczyptych rozmiarach tego artykułu – trzeba poświęcić szczególną uwagę.

*Axis Rule* ukazała się w Nowym Jorku 15 listopada 1944 roku. Trzeba przy tym zaznaczyć, że „Wstęp” do owej przeszło 650-stronicowej pracy nosi datę o rok wcześniejszą: 15 listopada 1943. Jest to ważne, ponieważ informuje, że termin *genocide* (genocyd, ludobójstwo) prawdopodobnie powstał już w pierwszej połowie 1943 roku, może już na przełomie lat 1942–1943. Jednocześnie nasuwało się krytyczne pytanie, dlaczego pionierska i tak wówczas pilnie potrzebna praca Lemkina przeleżała aż rok nieopublikowana. Dopiero po wielu latach wyjaśniło się, że powodem owej zwłoki było niezadowolenie Lemkina aspektami prawnymi i finansowymi wydania jego dzieła. Kwestionował on propozycje przedstawiane mu przez Carnegie Endowment, co prowadziło do długiego okresu negocjacji<sup>17</sup>.

W „Przedmowie” do *Axis Rule*, napisanej przez G. A. Fincha, Lemkin określony został jako *a noted Polish scholar and attorney*. Finch wysoko oceniał pracę polskiego uczonego, m.in. jako „dającą w łatwo dostępnej formie

<sup>14</sup> Omyłka co do stanu, z którego pochodził wiceprezydent: nie Ohio, lecz Iowa.

<sup>15</sup> Por. R. Szawłowski, *Raphael Lemkin's Life Journey: From Creative Legal Scholar and Well-to-do Lawyer in Warsaw until 1939 to Pinnacle of International Achievements during the 1940s in the States, Ending Penniless Crusader in New York in the 1950s.*, rozdział w pracy zbiorowej *Rafał Lemkin: A Hero of Humankind*, wyd. PISM, Warszawa 2010, s. 31–57; sprawa zaocznych studiów prawa przez Lemkina w USA – por. s. 44.

<sup>16</sup> Praca wydana w 1944 r. przez Carnegie Endowment for International Peace w Waszyngtonie. Następne wydanie ukazało się dopiero w 1973 r., po czym dwa wydania w pierwszej dekadzie XXI w.

<sup>17</sup> Sprawę tę wyjaśnił archiwalnie John Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, Houndmille, Basingstokes and New York 2008, s. 54.



w języku angielskim podstawowe dokumenty oraz istotną informację faktograficzną z autentycznych źródeł, która będzie pilnie potrzebna, kiedy rozpocznie się proces rozplątywania pajęczyny ustawodawstwa [państw] Osi, która usidliła życie i zniszczyła losy milionów ludzi”<sup>18</sup>. Zdumiewa zarazem fakt, że Finch w swej „Przedmowie” ani słowem nie odniósł się do skonstruowanego przez Lemkina i rozwiniętego w jego pracy pionierskiego pojęcia i terminu *genocide*.

Przeoczenie Fincha naprawiła parę miesięcy później umiarkowana satysfakcjonująca recenzja *Axis Rule* pióra A. K. Kuhna w wiodącym amerykańskim kwartalniku prawa międzynarodowego<sup>19</sup>. Czytamy tam między innymi: „Jeden z najbardziej oryginalnych i ważnych rozdziałów książki jest zatytułowany «Genocyd» (s. 79–94). Jest to termin ukuty przez autora dla oznaczenia starej praktyki w nowoczesnym przejawie”.

Recenzent podkreśla, że „polityka genocydu jest bardziej niszcząca dla [określonej] ludności niż straty poniesione we właściwych walkach”. Wreszcie zauważa, że gdyby projekt Lemkina przedstawiony w 1933 roku na V Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego w Madrycie został przyjęty, „okazałby się on przydatny jako efektywny instrument karania przestępców wojennych. Problem stał się obecnie nieskończenie większym”.

Tymczasem następną recenzją, ogłoszoną w prestiżowym czasopiśmie poświęconym prawu (nie tylko międzynarodowemu), lecz napisaną przez nie-prawnika Merle Fainsoda<sup>20</sup>, stanowiła pewien krok wstecz. Bowiernie recenzja owa, arcysłusznie wysoko oceniająca zebranie olbrzymiej ilości materiałów prawa okupacyjnego i jego „przedestylowanie” *etc.*, do przełomowej lemkinowskiej konstrukcji „genocyd” odniosła się jedynie w dwuzdaniowej, czysto informacyjnej wzmiance<sup>21</sup>.

Można jeszcze przypomnieć w tym zakresie cytowane już przez nas w „Palestrze” rozczarowujące „oceny” dwóch światowo znanych profesorów prawa: notatkę recenzyjną Herscha Lauterpachta w „The Cambridge Law Journal” (1945) oraz recenzję Hansa Kelsena w „California Law Review” (1946)<sup>22</sup>.

Ogólnie biorąc, dzieło Lemkina zyskało pierwotnie poważne uznanie, lecz głównie dlatego, że autor dostarczył imponującego materiału dotyczącego funkcjonującej – w warunkach okupacyjnego terroru i olbrzymiej eksploatacji – przestępczej administracji, prawa, gospodarki, stosunków własnościowych oraz pracy, oświaty *etc.* we wszystkich krajach europejskich zajętych przez nazistowskie Niemcy (częściowo również przez Włochy, a nawet Węgry czy Bułgarię). Natomiast kapitalne znaczenie lemkinowskiej konstrukcji GENOCIDE nie zostało jeszcze wówczas przez recenzentów uchwycone.

<sup>18</sup> Por. G. A. Finch, *Foreword*, (w:) R. Lemkin, *Axis Rule*, s. VIII.

<sup>19</sup> Por. A. K. Kuhn, „American Journal of International Law”, nr 2, April 1945, s. 360–362. Kuhn (1876–1954) był wybitnym prawnikiem amerykańskim, nowojorskim adwokatem, szczególnie zainteresowanym prawem międzynarodowym. Przez wiele lat zasiadał we władzach American Society of International Law, wydającym AJIL. Od 1924 roku aż do śmierci był członkiem Board of Editors tego kwartalnika, w którym często publikował. Nie był związany z żadnym z amerykańskich uniwersytetów.

<sup>20</sup> Por. M. Fainsod, „Harvard Law Review”, nr 5, May 1945, s. 744–747. Fainsod (1907–1972) był politologiem, specjalizującym się w dziedzinie administracji publicznej oraz ZSRR. W 1932 r. otrzymał amerykańskie stypendium do Rosji. Współdziałał w stworzeniu Russian Research Centre na Uniwersytecie Harvarda. W chwili pisania interesującej nas tu recenzji w 1945 r. był Associate Professor of Government na tym uniwersytecie. Fainsod okazał się pionierskim amerykańskim sowietologiem, autorem pracy *How Russia is Ruled*. Opanowała ona dosłownie wyższe uczelnie północnoamerykańskie, z czym sam zetknąłem się na uniwersytetach kanadyjskich. Posługiwałem się również tłumaczeniem niemieckim owej pracy.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 775: „(...) In the case of some peoples, notably the Jews, and to a lesser extent the Slavic peoples of the East, the goal was little short of extermination. Dr. Lemkin has coined the term genocide to describe this policy (...)”.

<sup>22</sup> Por. moją recenzję: *Dzieło Rafała Lemkina Axis Rule in Occupied Europe* (1944) w przekładzie polskim z 2013 r., „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 260, przypisy 1 i 2.



Część I *Axis Rule*, zatytułowana „Niemieckie techniki okupacji”, obejmuje dziewięć rozdziałów: I – „Administracja”; II – „Policja”; III – „Prawo”; IV – „Sądy”; V – „Własność”; VI – „Finanse”; VII – „Praca”; VIII – „Status prawny Żydów”; i wreszcie podstawowy rozdział IX – „Genocyd”.

W części II pracy, zatytułowanej „Kraje okupowane”, Lemkin omówił alfabetycznie pod tym kątem wszystkie owe kraje, poczynawszy od Albanii i Austrii, a kończąc na Polsce, ZSRS („częściowo pod okupacją niemiecką i rumuńską”) i rozczłonkowanej przez okupantów Jugosławii (Słowenia, Dalmacja, Czarnogóra, Serbia, Chorwacja, Kosowo, Macedonia oraz mniejsze jednostki terytorialne).

Część III pracy zatytułowana jest „Prawa okupacyjne. Ustawy, dekryty i inne dokumenty”. Zamieszczona tam imponująca dokumentacja liczy 370 stron i stanowi ponad połowę całego dzieła Lemkina. Obejmuje ona w tłumaczeniach angielskich, nieraz ze skrótami, około 330 różnorodnych aktów prawa – czy raczej w większości bezprawia okupacyjnego – wydanych przez okupantów niemieckich i częściowo włoskich. Znalazły się tam również pewne akty prawne wydane przez satelitów „Osi” – Bułgarię, Rumunię i Węgry oraz przez rządy marionetkowe, np. w Vichy, Belgradzie czy Atenach. W sumie dokumentacja Lemkina obejmowała około 35 krajów i terytoriów okupowanych. Należy jednak zaznaczyć, że żaden z przywołanych aktów prawnych nie wykraczał poza jesień 1942 roku.

Nieliczne, mniej ważne z punktu widzenia tematu dzieła Lemkina „wejścia” w rok 1943 znajdujemy w części II. Wspomniane tam są, choć jedynie incydentalnie, dwa wydarzenia: obalenie Mussoliniego we Włoszech pod koniec lipca i „rewolta” antyniemiecka w Danii we wrześniu. Znajdujemy również najdalej czasowo posunięte odniesienie w postaci wzmianki, że „w wykonaniu decyzji Konferencji Moskiewskiej dotyczących tego, iż przestępcy wojenni powinni być sądzeni przez lokalne sądy krajów, gdzie przestępstwa zostały popełnione, rząd ZSRS zarządził pierwsze rozprawy

niemieckich przestępców wojennych w grudniu 1943 roku. Rozprawy te ujawniły ponury obraz okrucieństw wojennych”.

Jednak w *Axis Rule* znajdujemy również parę szczególnie ważnych „wejść” w tenże rok 1943, kiedy prawda o niemieckim genocydzie w okupowanej Europie zaczęła się dopiero w pełni ujawniać. Już w samej „Preface” jest ogólna wzmianka o „masowych morderstwach głównie Żydów, Polaków, Słoweńców i Rosjan”.

W dwóch przypadkach wskazanych poniżej, powołując się na uznane za wiarygodne publikacje pozarządowe z 1943 roku, Lemkin, nawiązując do nazistowskiego genocydu na Żydach oraz chorwackiego na Serbach, podał zawarte tam oceny liczby zamordowanych.

W pierwszym przypadku wymieniona jest liczba 1 702 500 (dodajmy: nieco rażąca „dokładność” co do stu) Żydów „zabitych przez zorganizowany mord we wszystkich krajach okupowanych”. W cytowanej publikacji nie podano prawdopodobnie jakiejś daty – powiedzmy w tym przypadku miesiąca czy kwartału – do której doprowadzony został powyższy szacunek.

W przypadku drugim jest mowa o doniesieniu o tym, iż „ludność serbska Chorwacji poddawana jest masakrom i torturom” oraz że „rzekomo paręset tysięcy Serbów zostało zamordowanych przez Ustaszów”. Tu zatem postąpiono znacznie rozsądniej pod kątem koniecznego, zwłaszcza jeszcze w danym momencie, olbrzymiego „zaokrąglenia”.

Dodajmy, że w zakresie tych spraw Rafał Lemkin był bardzo oględny. Wynikało to prawdopodobnie z pewnej niechęci do opierania się na informacjach, którym wówczas duża część opinii publicznej w USA nie w pełni dawała wiarę, a nieraz wręcz odrzucała jako „niewyobrażalne”. Co bodaj jeszcze przyczyniało się do owego sceptycyzmu, to fakt, że – z pewnym jedynie wyjątkiem – odnośne informacje pochodziły ze źródeł nieoficjalnych, pozarządowych, od organizacji społecznych, religijnych itp.

W związku z tym warto zwrócić uwagę na fakt, że tak się złożyło, iż dopiero w niewiele dni po ukazaniu się *Axis Rule*, w listopadzie 1944 r.

(zaś praca ta, przypomnijmy, sięgała najdalej schyłku 1943 r.), „New York Times” z 26 listopada 1944 ogłosił na s. 1 (i dalszych) przełomową informację w interesującej nas tu dziedzinie. Czytamy tam, że chodzi o *pierwszy* szczegółowy raport ogłoszony przez amerykańską agencję rządową (War Refugee Board), oferujący dowody przedstawione przez trzech naocznych świadków (dwóch młodych słowackich Żydów i polskiego majora) o masowych mordach dokonywanych przez Niemców. Dalej jest mowa, że „zorganizowane okrucieństwa” w Birkenau i Oświęcimiu (Auschwitz) przewyższają horrory Lublina (chodziło oczywiście o lubelski Majdanek). Dodano, że sprawozdania świadków zostały poręczone (*vouched for*) przez WRB.

Lemkinowi chodziło jednak przede wszystkim o samą koncepcję genocydu: to było właśnie zamierzonym – i z niewielkim opóźnieniem osiągniętym – celem całego jego dzieła. Zatem kluczowy w *Axis Rule* jest rozdział IX, w którym autor określił genocyd jako „nowy termin i nową koncepcję” dla niszczenia narodów i grup etnicznych. Ów nowy termin, stworzony przez siebie neologizm – *genocide* – ukuł Lemkin z dwóch słów: greckiego *genos* (rasa, szczerp) i „zmodyfikowanego” łacińskiego *cide* (od *caedes* – mordowanie, zabijanie). Przy czym – konkludował Lemkin – „genocyd niekoniecznie oznacza natychmiastowe zniszczenie jakiegoś narodu (...) Jest raczej zamierzone dla oznaczenia skoordynowanego planu różnorodnych akcji, skierowanych na zniszczenie fundamentów grup narodowych, w celu unicestwienia (*annihilating*) samych tych grup. Celem takiego planu byłby rozkład instytucji politycznych i społecznych, kultury, języka, uczuć narodowych, religii i egzystencji gospodarczej grup narodowych, jak również zniszczenie bezpieczeństwa osobistego, wolności, zdrowia, godności, a nawet życia jednostek należących do takich grup. Genocyd jest wymierzony przeciw grupie jako jednostce (*entity*), akcje zaś z tym związane wymierzone są przeciw poszczególnym ludziom (*individuals*) nie w charakterze indywidualnym, lecz jako członkom grupy narodowej”.

W konkluzji Lemkin sformułował „reko-

mendacje na przyszłość”. W swoim dziele z lat 1943–1944 nie proponował jeszcze zawarcia odrębnej, wielostronnej umowy międzynarodowej, jak późniejsza konwencja o genocydzie z 9 grudnia 1948 r. Zaproponował to dopiero w parę miesięcy po ukazaniu się *Axis Rule* w dwuczściowym artykule, na łamach miesięcznika „The Nation”. W samym dziele postulował natomiast znowelizowanie Regulaminu stanowiącego aneks do konwencji haskiej o prawach i zwyczajach wojny lądowej z 1907 r., łącznie z powołaniem międzynarodowej agencji kontrolnej, wyposażonej w takie uprawnienia, jak wizytowanie krajów okupowanych i prowadzenie dochodzeń w sprawie traktowania przez okupanta znajdujących się „w warunkach więziennych” narodów.

Lemkin podkreślał przy tym, że genocyd jest nie tylko problemem okresu wojny, ale także problemem czasu pokoju. Argumentował, że jest to problem szczególnie ważny w Europie, gdzie występuje tak duże zróżnicowanie narodowościowe, że jeśli grupy mniejszościowe, zmuszone żyć w ramach innych państw, nie będą należycie chronione, taki brak ochrony może powodować zakłócenia międzynarodowe, przede wszystkim w formie „dezorganizowanej emigracji”. Było to powtórzenie przez Lemkina tego, co sygnalizował już w 1933 roku, a co w latach dziewięćdziesiątych XX wieku potwierdziły tragiczne wydarzenia w Bośni i Hercegowinie oraz w Kosowie. W tej zatem dziedzinie – ochronie grup mniejszościowych – już w *Axis Rule* Lemkin postulował zawarcie wielostronnego traktatu międzynarodowego, który powinien przewidzieć wprowadzenie, nie tylko do konstytucji, ale i do kodeksu karnego każdego kraju, postanowień chroniących grupy mniejszościowe od opresji z powodu ich narodowości, religii lub rasy.

Mordercza praca w Waszyngtonie w latach 1942–1944 nie mogła się nie odbić na jego zdrowiu. On sam wspomina w swojej autobiografii, że stan jego zdrowia zaczął się wyraźnie pogarszać i jego przyjaciele urządzili mu wizytę lekarską. Lekarz stwierdził wyczerpanie nerwowe i nadciśnienie; radził spowolnienie tempa

pracy, wypoczynek, relaks, nieprzejmowanie się, i powtarzał to. Lemkin twierdzi, że słuchał tych zaleceń z taką samą obojętnością, jakby słuchał monotonnego tykania swego ręcznego zegarka. Późniejsze dalsze wielkie wysiłki – i pewien nonszalancki stosunek demonstrowany w tej sferze – bodaj skróciły mu życie.

\* \* \*

Wspomniana już wyżej sprawa nieprzedłużenia Lemkinowi latem 1944 roku dwuletniego kontraktu pracy spowodowała wszczęcie jego starań o stanowisko uniwersyteckie. Podobnie jak w 1940 roku – wówczas działał za niego prof. McDermott – teraz sam Lemkin zwrócił się o pomoc do wspomnianego wcześniej Emergency Committee in Aid to Displaced Foreign Scholars. Wyraził chęć uzyskania pracy uniwersyteckiej w dziedzinie finansów międzynarodowych. Powołał się na swoje dwie publikacje z początkowego okresu wojny: francuską i szwedzką (obie cytowane już wyżej) i wyraził gotowość przygotowania ich wersji angielskiej. Stwierdził, że w tym języku praca taka wówczas nie istniała, temat zaś był ważny ze względu na planowanie okresu powojennego i likwidację skutków wojny. Dołączył skierowany do niego pochwalny list prof. A. E. Taylora, dyrektora Bureau of Foreign and Domestic Commerce w Department of Commerce (amerykańskim Ministerstwie Handlu).

Sprawa się nie udała. Tak rozpoczął się dla niego pierwszy w USA okres trwającego wiele miesięcy bezrobocia. Szczęśliwie posiadał jednak wówczas jakieś oszczędności z okresu dwóch lat nieźle płatnej pracy w administracji federalnej oraz honorarium za właśnie wydaną *Axis Rule*. A więc o jakiejś nędzy, którą przyszło mu przeżywać w USA w paru okresach późniejszych, wówczas nie było mowy.

### 4.3. Pierwsza delegacja do Europy (1945). Genocide w akcie oskarżenia Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z 6 października 1945 r.

2 maja 1945 roku prezydent Harry Truman mianował sędziego Sądu Najwyższego USA

Roberta Jacksona reprezentantem Stanów Zjednoczonych dla przygotowania i oskarżenia przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze. Lemkin, działając niemal błyskawicznie, 4 maja wysłał przemyślny list do sędziego, załączając egzemplarz miesięcznika „Free World” z kwietnia tego roku ze swym artykułem *Genocide – a Modern Crime*. Wykorzystał tę okazję, by zwrócić uwagę Jacksona na swoje dzieło *Axis Rule*. Zaznaczył, że z przyjemnością sprezentowałby Jacksonowi egzemplarz. Niestety, jak się dowiedział „dopiero dzisiaj”, jego *first printing* jest wyczerpany, *second printing* zaś dopiero podjęty. Wyraził jednak przekonanie, że biblioteka Sądu Najwyższego USA posiada jego egzemplarz.

Ów list okazał się w ówczesnej sytuacji Lemkina wręcz dla niego zbawienny. Jackson wypożyczył pracę z biblioteki, potem zabrał ją do Londynu i Norymbergi (a zwrócił dopiero po powrocie do USA w 1946 roku). Polecił potwierdzić otrzymanie listu Lemkina, co zostało wykonane pismem z 12 maja 1945. Sztab Jacksona nawiązał z nim osobiste kontakty i 28 maja Lemkin rozpoczął pracę w War Crimes Office w War Department, amerykańskim ministerstwie wojny. Rok później uzyskał stanowisko doradcy do spraw zagranicznych – Adviser on foreign affairs, War Department. O randze tego stanowiska świadczy zachowana „karta wstępu” do messy oficerskiej, opiewająca na przywileje pułkownika – *Colonel's privileges*.

Lemkin wyleciał z Waszyngtonu do Anglii późnym latem – zakładamy, że gdzieś pod koniec sierpnia 1945. Nie współdziałał zatem w Londynie w redagowaniu tekstu Porozumienia (*Agreement*) czterech wielkich mocarstw o ściganiu i karaniu głównych przestępców wojennych Państw Osi w Europie oraz stanowiącej do niego Aneks – Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z 8 sierpnia 1945. Karta ta kreowała trzy kategorie przestępstw międzynarodowych: zbrodnie przeciw pokojowi, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciw ludzkości. Kategoria „zbrodni genocydu” tam jeszcze nie wystąpiła. Energiczną akcją w tym kierunku podjął w Londynie dopiero Lemkin,

siłą rzeczy głównie w ramach delegacji amerykańskiej. Jej członek, Sydney Alderman, wspomina, iż Lemkin „ciągle przychodził, aby mnie widzieć, starając się upewnić, że jego słowo *genocide* zostało użyte w akcie oskarżenia. W końcu, pokonując pewną opozycję pochodzącą od innych członków naszego sztabu, umieściłem słowo *genocide* w ostatnim projekcie aktu oskarżenia i jestem całkiem pewien, że prof. Lemkin był zawsze wielce zadowolony, że ukazało się ono w tym dokumencie. W szczególności Brytyjczycy uważali, że było to słowo zbyt «fantazyjne» (*fancy*), aby być umieszczone w dokumencie prawnym, zaś niektórzy z nich, absolwenci Uniwersytetu Oxfordzkiego, powiedzieli, iż nie mogą zrozumieć co to słowo znaczy” [sic! – R. S.]<sup>23</sup>.

Zacytujmy tu jeszcze Telforda Taylora<sup>24</sup>. Utrwalił on, że na przełomie września i października 1945 w czasie czterostronnych rokowań londyńskich zdecydowane zostało w stosunku trzy do jednego (z przegłosowaniem przez Amerykanów, Francuzów i Rosjan delegata brytyjskiego Roberta, który był temu wyraźnie przeciwny) użycie w akcie oskarżenia przed MTW w Norymberdze terminu „genocyd”. „Użyliśmy – podkreśla Taylor – słowa «genocyd», świeżo ukutego przez Rafała Lemkina (w tym czasie członka amerykańskiego personelu prokuratorskiego)”.

Zatem w akcie oskarżenia, datowanym 6 października 1945, przedstawionym w Berlinie Międzynarodowemu Trybunałowi Wojskowemu 18 października, znalazł się *passus* o następującym brzmieniu:

„Oskarżeni (...) popełniali umyślny i systematyczny genocyd, to jest eksterminację

rasowych i narodowych grup ludności cywilnej pewnych okupowanych obszarów, w celu zniszczenia określonych ras oraz warstw narodów i ludów, grup rasowych i religijnych, w szczególności Żydów i Polaków, Cyganów i innych”.

Ten ważny fragment aktu oskarżenia jednoznacznie zawdzięczamy Rafałowi Lemkinowi, co on sam podkreślił w „Outline” do swej autobiografii: „Włączam zarzut genocydu do aktu oskarżenia”.

W czasie pobytu w Londynie spotkał się Lemkin z niektórymi ze swoich przedwojennych polskich przyjaciół, prawdopodobnie głównie ze sfer adwokackich, którzy znaleźli się nad Tamizą. W „Outline” do swojej autobiografii sygnalizuje: „Spotykam dawnych przyjaciół z Polski i jestem wstrząśnięty ich opowiadaniem o własnych przeżyciach pod panowaniem nazistowskim”. W spotkaniach tych z pewnością miały też miejsce dyskusje nad sytuacją w opanowanej przez sowieckich komunistów Polsce.

Delegacja Lemkina do Europy w 1945 roku nie trwała długo (dokładna data jego powrotu do USA nie jest ustalona). Jego pobyt ograniczył się do Anglii i prawdopodobnie nie trwał dłużej niż jakieś półtora miesiąca. Nie był obecny na otwarciu wielkiego Procesu Norymberskiego w listopadzie 1945 roku, widocznie jego szef uznał, że był on tam niepotrzebny. W ogóle stosunki Lemkina z Jacksonem, którego został mianowany doradcą, nie ułożyły się najlepiej.

Pod datą 20 maja 1946 roku Lemkin skierował list-memoriał do świeżo powołanego pierwszego sekretarza generalnego ONZ, Norwega Trygve Lie<sup>25</sup>. Stanowił on rodzaj „przedstawi-

<sup>23</sup> S. Alderman cytowany z dokumentu archiwalnego powołanego w rozdziale: J. W. Barret, *Raphael Lemkin and Genocide at Nuremberg 1945–1946*; w pracy C. Saffering i E. Conze (red.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, The Hague 2010, s. 35–54.

<sup>24</sup> Por. T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A Personal Memoir*, New York 1992, s. 103.

<sup>25</sup> Chodzi tu o ponaddwustronicowy tekst maszynowy ścisłym drukiem, przy końcu którego znalazł się ambitny plan Lemkina o zasięgu światowym: „Please excuse this lengthy letter, but somehow I feel that I should write my story of genocide to you. You will understand that I am eager to have my idea, for which I have been working since 1933, receive your attention and, through you, the attention of all leaders who are working for a better world”. Oryginał tego dokumentu znajduje się w Jacob Rader Marcus Center of the American Jewish Archives, kserokopia w moim posiadaniu.

nia się” i pierwszą próbę nawiązania kontaktu z szefem dopiero tworzonej Organizacji Narodów Zjednoczonych, przejmującej miejsce formalnie rozwiązanej 8 kwietnia 1946 Ligi Narodów. W piśmie tym znalazł się *passus* zawierający odniesienie do szerokiego spektrum praw człowieka, na tle którego, na konkretnym hipotetycznym przykładzie, autor przedstawił rolę, jaką powinna odegrać prawnomiędzynarodowo zaakceptowana koncepcja zbrodni genocydu. Wreszcie owo wystąpienie stworzyło – w ramach rosnącego w tamtym okresie szerokiego uznania dla Lemkina w opiniotwórczych kręgach szczególnie w USA – pewne ułatwienie do poruszania się w tymczasowej siedzibie ONZ w ramach I Sesji jej Zgromadzenia Ogólnego na jesieni 1946 roku i później.

#### 4.4. Druga delegacja do Europy (1946) Lemkina na pierwszej konferencji ILA w Cambridge.

##### Rozczarowanie nieumieszczeniem GENOCIDE w wyroku MTW z 30 września–1 października 1946 r.

Późną wiosną i lato 1946 roku spędził Lemkin ponownie w Europie. Musimy tu znowu sięgnąć do „Outline” jego autobiografii:

„Powracam do Europy na objazd inspekcyjny (*inspection tour*) wszystkich amerykańskich trybunałów wojskowych, zajmujących się zbrodniami wojennymi w okupowanych Niemczech. Odwiedzam obozy i widzę tych, którzy przeżyli. Moje beznadziejne poszukiwania pozostałości mojej rodziny. Pojęcie konsekwencji genocydu. Perpetuacja nienawiści wśród osób, które pozostały przy życiu”.

Czerwiec 1946 spędził Lemkin głównie w Norymberdze. W „Outline” czytamy: „Kontakty z sędziami i prokuratorami Trybunału Norymberskiego”. 25 czerwca dzieło Lemkina *Axis Rule in Occupied Europe* zostało zacytowane, jako poważne źródło, na posiedzeniu Trybunału. Zastępca głównego oskarżyciela

brytyjskiego, Sir David Maxwell Fyfe, przysłuchując oskarżonego von Neuratha (byłego protektora III Rzeszy dla Czech i Moraw), wprost zacytował „dobrze znaną książkę profesora Lemkina”. Jest prawdopodobne, że w tym momencie Lemkin znajdował się na sali rozpraw i chodziło o zrobienie mu przyjemności przez wyrażenie uznania dla koncepcji *genocide* i niego osobiście.

Zakładamy, że owe parę tygodni końca wiosny i samego początku lata 1946 roku, spędzone w Norymberdze, Lemkin wykorzystał – w miarę wyłaniających się możliwości – do raczej dyskretnego propagowania swej koncepcji „genocydu” zwłaszcza wśród zachodnich prokuratorów, którzy już pod koniec lipca tegoż roku mieli wygłosić swoje końcowe mowy oskarżycielskie.

Ale w swoich mowach końcowych główny oskarżyciel amerykański, sędzia Sądu Najwyższego USA Robert Jackson, którego Lemkin był przecież jednym z doradców, raczej nieoczekiwanie (oraz – raczej oczekiwanie – główny oskarżyciel sowiecki, prokurator wojskowy generał Rudenko) nie odwołali się do „genocydu” ani razu. Wprost naganny wydaje się sam fakt, że główny prokurator amerykański, występujący w procesie przed MTW wszczętym na podstawie aktu oskarżenia z 6 października 1945 roku, w którym zawarta została pionierska wówczas lemkinowska koncepcja „zbrodni genocydu”, pominął ją w swojej mowie końcowej kompletnym milczeniem.

Natomiast posłużyli się „genocydem” – choć w skromnym zakresie – ich koledzy: Brytyjczyk oraz dwaj Francuzi; u tych ostatnich, być może, sam Lemkin natrafił na życzliwe ucho.

W tym miejscu, jako przyjemny „polonik”, może być wymieniony znajdujący się w Bibliotece Jagiellońskiej w Krakowie egzemplarz *Axis Rule* z dedykacją, datowaną „Norymberga, 24 czerwca 1946”, Rafała Lemkina dla Biblioteki Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie<sup>26</sup>. Jak

<sup>26</sup> Kserokopię strony pracy Lemkina z ową dedykacją zawdzięczam uprzejmości prof. Marka Kornata. Wydaje się, że Lemkin, dedykując Bibliotece UJ, uczelni, z którą ćwierć wieku wcześniej – z własnej winy – musiał się pożegnać, egzemplarz swego dzieła, wykazał pewną klasę.



z tego widać, Lemkin po wojnie nie dystansował się od Polski, w której przeżył tak pomyślne lata pracy zawodowej i naukowej. Dystansował się natomiast coraz bardziej od narzuconego krajowi z zewnątrz reżymu komunistycznego, wręcz go atakując – po linii swoich zainteresowań – w okresie „zimnej wojny”.

\* \* \*

Gdzieś na początku lata 1946 roku zapadający na zdrowiu Lemkin udał się do Anglii. Wbrew zaleceniu lekarzy odbył podróż samolotem, co przypłacił omdleniem na lotnisku w Croydon i hospitalizacją w amerykańskim szpitalu wojskowym, gdzie był leczony na wysokie nadciśnienie.

W drugiej połowie sierpnia tegoż roku wziął aktywny udział w pierwszej powojennej konferencji International Law Association w Cambridge<sup>27</sup>. Była to pierwsza i jedyna duża międzynarodowa konferencja prawnicza, w której mógł uczestniczyć po II wojnie światowej. Podczas gdy przed wojną mógł brać udział niemal we wszystkich takich konferencjach (nie tylko ILA!) w Europie, po wojnie nie mógł tego czynić z braku środków finansowych. W Polsce do 1933 r. korzystał ze środków państwowych, potem – do 1939 r. – ze środków własnych (zamożnego adwokata).

Konferencja, w której uczestniczyło około 300 poważnych prawników z wielu krajów (oczywiście nie byli wówczas dopuszczeni prawnicy niemieccy), miała na pierwszym miejscu swego porządku obrad temat „Obecna struktura Karty Narodów Zjednoczonych i kierunek pożądanych zmian”. Rozpoczęła się ona sprawozdaniem (*Report*) prof. de La Pradelle’a (Francja), który zresztą o „genocydzie” nie wspominał ani słowem. Po sprawozdaniu miało miejsce kilkanaście wypowiedzi. Jednym z pierwszych, którzy zabrali głos, był Rafał Lemkin<sup>28</sup>.

Przytoczmy najpierw w całości – w tłumaczeniu

polskim – pierwszy akapit jego wystąpienia, niejako wprowadzający pojęcie „genocydu”.

„Genocyd jest zbrodnią niszczenia całych narodów oraz grup rasowych i religijnych. Stanowi on zbrodnię przeciw prawom człowieka, lecz stanowi on również problem, który powinien być specjalnie rozważony w ramach realiów naszych czasów. Przegląd historii ataków na indywidualne prawa człowieka pokaże, iż jakościowo, większość takich ataków była skierowana przeciwko grupom, zaś jednostki cierpiały jako członkowie takich grup. Takie ataki były do pewnego stopnia niepersonalne.

Akta procesów norymberskich zawierają przypadki, w których antynaziści, ludzie, którzy pisali pamflety i książki przeciw rządowi nazistowskiemu w okupowanych krajach, próbowali fałszować swoje papiery w celu uniknięcia prześladowania przez Niemców. Później wyrzucili oni swoje sfałszowane papiery, ponieważ Niemcy nie byli zainteresowani zemstą na tych ludziach z powodu sprzeciwiania się systemowi nazistowskiemu, lecz byli zainteresowani w niszczeniu ich jako Polaków, Żydów czy Greków”.

W dalszym ciągu wywodu Lemkin przypomniał, że piractwo czy fałszowanie pieniędzy są uznane za przestępstwa międzynarodowe, lecz że nie jest tak, jeśli chodzi o tych, którzy eksterminują miliony ludzi. „Musimy skończyć z takimi rozbieżnościami (*discrepancies*)”. Genocyd musi być uznany za zbrodnię międzynarodową i ten sam rodzaj jurysdykcji winien być ustanowiony dla niego – genocydu – jak dla istniejących zbrodni międzynarodowych. Dalej – wywodził Lemkin – Karta Narodów Zjednoczonych powinna zostać zmieniona (znowelizowana), aby wprowadzić postanowienie, że ONZ powinna przejąć nadzór nad wykonaniem i zabezpieczeniem praw grup ludzkich.

Gdy rząd oskarżony o genocyd zostanie wezwany przed Radę Bezpieczeństwa, Rada

<sup>27</sup> Całość obrad owej konferencji zawarta jest w: *International Law Association, Report of the Forty-first Conference held at Cambridge in the Old Schools August 19th to 24th, 1946, Cambridge 1948.*

<sup>28</sup> Wystąpienie Lemkina na konferencji w Cambridge, prawdopodobnie poważnie skrócone. Por. *ibidem*, s. 26–27.



powinna być władna wysłać komisję śledczą do kraju owego rządu w celu ustalenia, czy genocyd został popełniony. Gdy komisja tak uzna, Rada Bezpieczeństwa mogłaby zwrócić się do Międzynarodowego Sądu Karnego o udzielenie opinii doradczej o ustalenie, czy w danym kraju istnieje stan genocyd. Następnie sprawa mogłaby zostać przekazana temu Sądowi do rozpoznania.

Po Lemkinie – w ramach tego samego tematu ogólnego – zabrakło głosu jeszcze dziesięciu mówców. Ale żaden z nich nie tylko nie udzielił poparcia lemkinowskiemu „genocydu”, lecz nawet słowem o nim nie wspomniał. Dopiero w parę dni później (23 sierpnia 1946) krótkie nawiązanie do „genocydu” miało miejsce w dyskusji w ramach innego tematu Konferencji, zatytułowanego „Metody ukrócenia agresywnego ducha” (*curbing aggressive spirit*). Chodzi o wystąpienie dr. Paula Weisa<sup>29</sup>. Ów Weis – pomijając oczywiście samego Lemkina – okazał się jedynym spośród kilkudziesięciu aktywnych (zabierających głos) uczestników Konferencji, który użył parokrotnie pojęcia „genocyd”. Samego obecnego na sali twórcy – z nazwiska – nie wymienił jednak dosłownie nikt (!).

Polskiego czytelnika *Report* z Konferencji ILA z 1946 roku może jeszcze dzisiaj razić zachowanie w owej sprawie grupki polskich prawników biorących udział w tej imprezie (w tym czterech przedwojennych adwokatów warszawskich). Chodzi tu szczególnie o owych paru, którzy wzięli udział czynny, zabierając utrwalony w *Record* głos.

Wymieńmy tu alfabetycznie trzy nazwiska: prof. Cezary Berezowski<sup>30</sup>, dr Zygmunt Nagórski<sup>31</sup> oraz sędzieja Mieczysław Szerer<sup>32</sup>. Żaden z nich nie nawiązał słowem do „genocydu” i Lemkina. Paru zaś innych uczestniczących w Konferencji polskich prawników – Manfred Lachs (znacznie później, od 1967 roku, sędzieja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze i jego prezydent w latach 1973–1976), dr Roman Kuratowski<sup>33</sup> oraz dr Edward Muszalski, wybitny warszawski adwokat, który później powrócił z brytyjskiej emigracji do kraju, w ogóle nie zabrali głosu. Wielka szkoda, z punktu widzenia polskiego biografisty Lemkina rzecz wręcz niewybaczalna<sup>34</sup>.

Konferencja nie przyjęła żadnej rezolucji na temat rewolucyjnie nowej koncepcji „zbrodni nad zbrodniami”. Sam Lemkin w „Outline”

<sup>29</sup> Bliższych szczegółów o dr. Weisie nie udało się ustalić. Mogło tu chodzić o niemieckiego prawnika pochodzenia żydowskiego, zmuszonego przez nazistów w latach trzydziestych do opuszczenia kraju. Osiedlił on w Wielkiej Brytanii (adres londyński podany w tomie wskazanym w przypisie 27).

<sup>30</sup> Cezary Berezowski (1898–1970) był już przed 1939 rokiem profesorem prawa międzynarodowego na Uniwersytecie Warszawskim. Wojnę przeżył w kraju. Uczestniczył w konferencjach ILA już w latach trzydziestych.

<sup>31</sup> Zygmunt Nagórski (1884–1973), wybitny prawnik. Studiował na Uniwersytetach w Warszawie, Berlinie, Paryżu i Odessie, w roku 1908 uzyskał doktorat prawa w Zurychu. Członek Komisji Kodyfikacyjnej RP, warszawski adwokat do września 1939, a więc starszy kolega Lemkina w okresie lat 1934–1939. W czasie wojny wiceprezes emigracyjnej Najwyższej Izby Kontroli w Londynie. Po wojnie pozostał na emigracji i później osiedlił się w USA.

<sup>32</sup> Mieczysław Szerer (1884–1981), wybitny prawnik, warszawski adwokat do września 1939, a więc – podobnie jak Nagórski – starszy kolega Lemkina w latach 1934–1939. W czasie wojny wyższy urzędnik emigracyjnego rządu RP w Londynie. Po wojnie powrócił do Polski, gdzie do 1962 był sędzią Sądu Najwyższego.

<sup>33</sup> Roman Kuratowski (1890–1964), absolwent prawa Uniwersytetu w Petersburgu (1912), doktorat prawa w Paryżu (1922), warszawski adwokat do września 1939, a więc jeszcze jeden starszy kolega Lemkina z Polski. Utrzymywał rozległe międzynarodowe stosunki naukowe – publikował za granicą, w roku 1923 należał do założycieli Oddziału Polskiego ILA i był jego sekretarzem do 1939 roku, uczestniczył we wszystkich (czy niemal wszystkich) odbywanych co dwa lata konferencjach tej organizacji od 1924 roku (Sztokholm, Wiedeń, Warszawa, Nowy Jork, Oxford, Budapeszt, Paryż, Amsterdam). W czasie II wojny światowej członek audytoriatu wojskowego przy sztabie Naczelnego Wodza w Londynie, wykładowca międzynarodowego prawa prywatnego na polskim Wydziale Prawa Uniwersytetu w Oxfordzie. Po wojnie pozostał w W. Brytanii i został przyjęty do adwokatury angielskiej.

<sup>34</sup> Należało Lemkina i jego wybitną przedwojenną rolę odegraną na polu międzynarodowej współpracy w dziedzinie międzynarodowego prawa karnego bliżej przedstawić w dyskusji plenarnej i silnie poprzeć jego koncepcję zbrodni GENOCIDE.

określił, że jego idea spotkała się na konferencji w Cambridge z *cool reception* – z chłodnym przyjęciem.

Konferencja zakończyła się 24 sierpnia i Lemkin udał się do Londynu. Prawdopodobnie stamtąd następnego dnia nawiązał telefonicznie czy telegraficznie kontakt z zaprzyjaźnioną redakcją „New York Timesa”, w wyniku czego już następnego dnia ukazał się w tym dzienniku dość krótki artykuł wstępny zatytułowany *Genocide*<sup>35</sup>. W tym tekście nazwisko Lemkina wystąpiło aż czterokrotnie. Artykułów, międzynarodowo promujący lemkinowski „genocyd”, doraźnie usiłował wywrzeć nacisk na sędziów MTW w Norymberdze, by tak określona superzbrodnia znalazła się w mającym być ogłoszonym w parę tygodni później wyroku. Jednak i to nie pomogło.

\* \* \*

Z Anglii Lemkin, prawdopodobnie gdzieś w samym początku września 1946, udał się do Paryża. W Paryżu, tym razem w hotelu, znów zasłabł. Ponownie został hospitalizowany w amerykańskim szpitalu wojskowym, z powodu niepokojąco podniesionego ciśnienia krwi. Podobnie jak w Norymberdze, lekarz wykluczył podróż lotniczą – tym razem do USA. Znowu sygnał ostrzegawczy.

Wyrok Trybunału Norymberskiego z 30 września–1 października 1946 roku głęboko rozczarował Lemkina, ponieważ nie została w nim uwzględniona jego konstrukcja i termin „GENOCIDE”. Stało się to mimo faktu, że genocyd – jak już wspomnieliśmy – znalazł się w akcie oskarżenia przedstawionym Trybunałowi w październiku 1945 roku. Oraz mimo stałych wysiłków Lemkina w czasie pobytów w Norymberdze (i nie tylko), by tę nową kategorię zbrodni forsować w Trybunale. W „Outline” napisał: „Wyrok Trybunału Norymberskiego okazuje się rozczarowujący. Nie ustalił on jasnego precedensu, jeśli chodzi o postawienie genocydu poza prawem (zakaz genocydu)”.

Ale ta poważna porażka pchnęła go do decyzji o próbie natychmiastowej akcji związanej z trwającą wówczas I sesją Zgromadzenia Ogólnego ONZ, odbywającego się w Lake Success w USA. Z powodów zdrowotnych mógł odbyć drogę powrotną z Europy jedynie drogą morską, fortunnie amerykański generał zapewnił mu miejsce na transportowcu wojskowym.

## 5. STANY ZJEDNOCZONE, KONIEC 1946–KONIEC 1948: DROGA DO UCHWALENIA KONWENCJI O GENOCYDZIE Z 9 GRUDNIA 1948 R.

### 5.1. Rezolucja G.A. 96 (I) z 11 grudnia 1946 r. i postęp sprawy *genocide* w 1947 r.

Lemkin powrócił do USA gdzieś w drugiej połowie października 1946 roku. Na temat hektycznego półtora miesiąca (koniec października–11 grudnia 1946) swoich uwieńczonych wielkim sukcesem starań o uchwalenie podstawowej rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 96 (I) czytamy w „Outline”:

„Po powrocie do Ameryki załatwiam bezpłatny urlop w War Department. Udaję się do Lake Success, by zorganizować poparcie dla rezolucji czyniącej genocyd przestępstwem międzynarodowym. Kuba, Indie i Panama zgadzają się sponsorować moją rezolucję. Zdobywam poparcie delegacji amerykańskiej, włączając w to ambasadora Warren Austina, Adlai Stevensona i innych. Kontakt z wiodącymi dziennikarzami, Kościołami, grupami obywatelskimi dla poparcia mojej idei. Rezolucja o genocydzie zostaje jednomyślnie przyjęta przez ONZ”.

Wydaje się, że w czasopiśmie prawniczym warto przytoczyć tę niedługą rezolucję *in extenso* w przekładzie polskim:

„96 (I) Zbrodnia genocydu

Genocyd stanowi zaprzeczenie prawa do istnienia całych grup ludzkich, tak jak zabójstwo stanowi zaprzeczenie prawa do życia indywidualnych ludzkich istnień; takie zaprzeczenie pra-

<sup>35</sup> „New York Times” z 26 sierpnia 1946 r., s. 22.

wa do istnienia wstrząsa sumieniem ludzkości, skutkuje wielkimi stratami dla ludzkości w formie wkładu kulturalnego i innych wkładów reprezentowanych przez te grupy ludzkie, i jest sprzeczne z prawem moralnym oraz z duchem i celami Narodów Zjednoczonych.

Wiele przykładów takich zbrodni jest sprawą troski międzynarodowej.

Z tego powodu Zgromadzenie Ogólne

Potwierdza, że genocyd jest przestępstwem w rozumieniu prawa międzynarodowego, które potępia świat cywilizowany i za popełnienie którego sprawcy i pomocnicy – bez względu na to, czy chodzi o osoby prywatne, urzędników publicznych, czy mężów stanu oraz bez względu na to, czy zbrodnia została dokonana z powodów religijnych, rasowych, politycznych, czy innych – podlegają karze;

Zaprasza Kraje Członkowskie do przyjęcia niezbędnego ustawodawstwa dla zapobiegania i karania tej zbrodni;

Rekomenduje, by została zorganizowana współpraca międzynarodowa pomiędzy Państwami w celu ułatwienia szybkiego zapobiegania i karania zbrodni genocydu, i w tym celu

Prosi Radę Gospodarczą i Społeczną o podjęcie niezbędnych studiów w celu przygotowania projektu Konwencji o zbrodni genocydu, dla jej przedłożenia na następnej sesji zwyczajnej Zgromadzenia Ogólnego”.

Rezolucja 96 (I) z 11 grudnia 1946 stała się fundamentalnym punktem wyjścia do trwających dwa lata *travaux préparatoires*, które doprowadziły ostatecznie do uchwalenia „rewolucyjnej” Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 roku. Podstawowa inicjatywa w tej sprawie była wyłączną zasługą Rafała Lemkina. W decydującym stopniu był on również autorem przyjętego tekstu.

W autobiografii Lemkin relacjonuje, jak po jednomyślnym przyjęciu rezolucji 96 (I) otrzymywał gratulacje od delegatów na Zgromadzenie Ogólne, od przyjacielów z USA i z wielu części świata. Posypały się artykuły prasowe i audycje

radiowe. Jak pisze, świat wiedział, co miało miejsce, ale niemal nie wiedział w tym czasie, jak wiele więcej będzie potrzeba i jak wielką będzie opozycja, zanim dojdzie do uchwalenia Konwencji. Podkreślić trzeba duże i szybkie publiczne poparcie udzielone idei konwencji o genocydzie przez ówczesnego prezydenta USA. Już w lutym 1947 roku Harry Truman, w swoim raporcie dla Kongresu w sprawie ONZ, chwalił delegację amerykańską za jej przywództwo w sprawie genocydu, które określił jako „rozwój o głębokim znaczeniu w prawie międzynarodowym”.

Z braku miejsca możemy jedynie krótko wspomnieć dalszy wybitny udział Lemkina w dojściu do skutku konwencji o genocydzie z grudnia 1948 roku. (1) Wiodący udział w posiedzeniach grupy trzech ekspertów (Lemkin, prof. V. Pella oraz prof. Donnedieu de Vabres) obradujących na przełomie maja i czerwca 1947 w ramach Sekretariatu ONZ nad przygotowaniem przez jego Wydział Praw Człowieka projektem konwencji; (2) Poważny udział jako lobbysty w trakcie II Zgromadzenia Ogólnego ONZ na jesieni 1947 roku.

Przytoczmy dwa przykłady. Pierwszy z nich to zainspirowany przez niego zbiorowy list do redakcji, opiniotwórczego w skali światowej, „New York Times’a” z 8 listopada 1947 roku, wzywający ONZ do uchwalenia konwencji o genocydzie. List ten podpisało dwadzieścia pięć osobistości, w tym trzy Noblistki z dziedziny literatury: Norweżka Sigrid Undset, Amerykanka Pearl Buck, Chilijka Gabriela Mistral oraz późniejszy Noblista, Francuz François Mauriac. Z ludzi bardziej w Polsce znanych muszą być jeszcze wymienieni: francuski polityk, były premier i przewodniczący Zgromadzenia Narodowego w latach 1947–1955 Edouard Herriot, brytyjski pisarz Aldous Huxley i Szwed – hr. Folke Bernadotte, zamordowany przez żydowskiego bojownika nacjonalistycznego w czasie misji mediacyjnej z ramienia ONZ w Palestynie w 1948 roku.

Drugim przykładem jest wydarzenie opisane przez dziennikarza amerykańskiego<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Por. H. Yahraes, *He Gave the Name to the World's Most Horrible Crime*, „Collier's”, 3 marca 1951 r., s. 28.

Lemkin, rzekomo z pewnym tupetem, zaczął przewodzić II Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ, ministra spraw zagranicznych Brazylii Oswalda Arancho, pytając go wprost: „Kto tworzy prawo międzynarodowe dla świata – Wyszyński<sup>37</sup> czy Zgromadzenie Ogólne?”. Lemkin „apelował o krótkie odroczenie propozycji sowieckiej, aby nie zniszczyła ona Konwencji o genocydzie przez bezterminowe jej odroczenie”. Arancho zobowiązał się do tego, dając tym samym Lemkinowi czas w celu zorganizowania „sponsorów” dla przeforsowania rezolucji zmodyfikowanej.

Ostatecznie Zgromadzenie trzydziestoma ośmioma głosami „za” i czternastoma wstrzymującymi się uchwaliło 21 listopada 1947 roku rezolucję 180 (II). Rezolucja ta między innymi: potwierdziła rezolucję 96 (I) z 1946 roku; poprosiła Radę Gospodarczą i Społeczną o kontynuowanie pracy już przez nią w tej dziedzinie rozpoczętej i o procedowanie w kierunku dokończenia (tekstu) konwencji. Zauważając, że duża większość państw-członków ONZ nie nadesłała jeszcze swoich uwag do projektu konwencji – Zgromadzenie poprosiło Radę o przedstawienie sprawozdania i (projektu) konwencji na trzeciej sesji zwyczajnej Zgromadzenia Ogólnego (jesień 1948).

Tymczasem Lemkin, pochłonięty walką o konwencję o genocydzie, ponownie (po trudnych miesiącach końca 1944 i początków 1945 roku) znalazł się w krytycznej sytuacji „bezrobocia”. Bowiem gdzieś od połowy 1947 roku rozstał się z War Department. W „Outline” do autobiografii czytamy: „Rezygnuję z pracy w War Department i zaczynam żyć w małym

umeblowanym pokoju w Nowym Jorku. Ponieważ poświęcam cały mój czas Konwencji o genocydzie, nie mam czasu na podjęcie płatnej pracy i w rezultacie cierpię na ostre wyrzeczenia (*fierce privations*)”.

Starania Lemkina z października i listopada 1947 roku o „zakotwiczenie” w prestiżowym Institute for Advanced Study w Princeton (gdzie miał wówczas profesurę m.in. Albert Einstein) nie powiodły się<sup>38</sup>. Poprawę jego sytuacji materialnej przyniosła dopiero wiosna 1948 roku. Pismem z 17 kwietnia 1948 Uniwersytet w Yale powiadomił, że „Rafał Lemkin, doktor praw”, mianowany został *visiting lecturer* prawa w randze profesora, od 1 marca do 31 grudnia 1948, bez poborów (*without salary*) (!). Co do wynagrodzenia znaleziono jednak dyskretne rozwiązanie – „pobory” (nie wiemy, w jakiej wysokości) Lemkin otrzymywał, lecz pochodziły one z pieniędzy przekazywanych przez ustanowiony na Yale Genocide Research Fund, o którym bliższe szczegóły pozostają nieznane<sup>39</sup>.

## 5.2. Wielkie lobbowanie w ramach ONZ w 1948 roku: Genewa i Paryż

Przystępujemy do sprawy działalności lobbyistycznej Lemkina na decydującym etapie prac nad projektem konwencji o genocydzie w ramach ONZ w drugiej połowie 1948 roku. Chodziło tu w znacznie mniejszym stopniu o paratygodniową sesję letnią Rady Gospodarczo-Społecznej (Genewa), przede wszystkim zaś o decydującą, niemal trzymiesięczną sesję III Zgromadzenia Ogólnego ONZ (Paryż).

Lemkin przybył do Genewy około 25 lip-

<sup>37</sup> Andrej Wyszyński (1883–1954), przedrewolucyjny prawnik i mienszewik, przeszedł do bolszewików, generalny prokurator ZSRS, znany jako oskarżyciel w procesach pokazowych późnych lat trzydziestych, kończących się wyrokami śmierci na czołowych komunistów likwidowanych na polecenie Stalina. W latach II wojny światowej zastępca komisarza ludowego spraw zagranicznych ZSRS, przewodniczący delegacji ZSRS na Zgromadzenie Ogólne ONZ, 1949–1953 minister spraw zagranicznych.

<sup>38</sup> Jesteśmy w posiadaniu kserokopii dwu datowanych 24 października i 17 listopada 1947 pism, wysłanych do Lemkina przez prof. J. R. Oppenheimera, dyrektora Instytutu (fizyka atomowego, zwanego ojcem amerykańskiej bomby atomowej), który w delikatny sposób zniechęcał go do aplikowania o miejsce dla siebie w Instytucie. Lemkin nalegał, ale bez powodzenia.

<sup>39</sup> Tak więc sytuacja Lemkina na Yale University była niestety podobna do sytuacji, w której pozostawał na Duke University – uczelnia go zatrudniła, ale bez centa poborów z własnej kasy!

ca 1948. Współczesny autor określa krótko<sup>40</sup>: „Rada dyskutowała projekt konwencji tylko ogólnie (*summarily*) na swojej sesji w sierpniu 1948 i przedstawiła go niezmiennym Zgromadzeniu Ogólnemu”. Przyczynek „lemkinowski” znajdujemy w pamiętnikach J. Humphreya<sup>41</sup>: „Częściowo z powodu lobbingu Lemkina oraz innych wysiłków, publiczność stała się niezmiernie zainteresowana genocydem i obecnie wszelkie odroczenie tej sprawy przez Radę dotknęłoby prestiżu tej ostatniej”. Tak więc pod koniec lata 1948 roku pozostały już „tylko” decydujące końcowe dyskusje i ostateczne głosowanie nad konwencją w ramach Zgromadzenia Ogólnego ONZ.

W czasie pobytu w Genewie udało się Lemkinowi nawiązać cenne znajomości. Chodziło najpierw o przypadkową znajomość z szefem delegacji kanadyjskiej, ambasadorem Davidem Walgrassem, która nastąpiła pewnej letniej nocy na moście w Genewie, gdy obaj spacerowali, chcąc zwalczyć trapiącą ich bezsenność. Następnie, dzięki Walgrassowi, poznał Lemkin Herberta Evatta, ministra spraw zagranicznych Australii, również obecnego nad Lemanem w związku z sesją Rady<sup>42</sup>. W „Outline” Lemkin określił spotkanie z Walgrassem jako „cud na moście” (*the miracle on the bridge*).

Dotarcie do Evatta okazało się szczególnie ważne: we wrześniu 1948 został on wybrany przewodniczącym III Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Paryżu. A więc stał się Herbert Evatt najważniejszą postacią Zgromadzenia, na którym miał ostatecznie zadecydować się los „konwencji Lemkina”.

Evatt uległ pewnej fascynacji celem promowanym przez Lemkina. Zapewnił Lemkina: „*We will work together. I promise to conspire with you and to get the thing through in Paris*” –

„Będziemy pracować razem. Obiecuję konspirować z panem i przeforsować tę rzecz w Paryżu”. Powstały stosunki przyjacielskie, które okazały się nadzwyczaj przydatne w okresie wrzesień–grudzień 1948, kiedy to doszło do ostatecznego uchwalenia konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa.

W Genewie Lemkin nawiązał również kontakty osobiste z paroma wpływowymi, międzynarodowymi organizacjami pozarządowymi. Wymienia się tu na pierwszym miejscu Światową Federację Stowarzyszeń Narodów Zjednoczonych (The World Federation of United Nations Associations), mającą swą kwaterę główną w Genewie, która mogła oddziaływać lobbistycznie przez swoje organizacje narodowe na rządy w poszczególnych krajach. Uzyskał również poparcie odbywającego się właśnie międzynarodowego zebrania przywódców protestanckich. Zorganizowano mu też w gmachu rządowym dużą konferencję prasową w Bernie.

\* \* \*

Po ponadpółtoramiesięcznym pobycie w Szwajcarii, pod koniec którego mógł sobie nawet pozwolić na dziesięciodniowy wypoczynek w okolicach Montreux, Lemkin przybył do Paryża. Rozpoczął tam zakrojony na wielką skalę lobbing w ramach III Zgromadzenia Ogólnego ONZ i poza nim. Z „Outline” do jego autobiografii wynotowujemy tu następujące zdania:

„Pracuję z wszystkimi Delegatami i przedstawiam memoranda o przeszłych przypadkach genocydu (...) Moje rozmowy o Konwencji o Genocydzie z przedstawicielami francuskich Protestantów i pisarzy. Spotykam się i ściśle pracuję z Nuncjuszem Papieskim w Paryżu,

<sup>40</sup> W. A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, wyd. II, Cambridge 2009, s. 77.

<sup>41</sup> Por. *On the Edge of Greatness. The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights*, vol. 1, 1948–1949, wyd. A. J. Hobbins, Montreal 1994, s. 30. Powyższy fragment cytowany jest również przez Schabasa.

<sup>42</sup> Herbert Evatt (1894–1965), prawnik, był adwokatem, sędzią, politykiem. Jak wspomniano wyżej, w 1948 roku – jako australijski minister spraw zagranicznych – reprezentował swój kraj na sesji Rady Gospodarczej i Społecznej w Genewie, a następnie, już jako przewodniczący III Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Paryżu, udzielił wielkiego poparcia idei lemkinowskiego *Genocide*. Był autorem książki *The Task of Nations*, New York 1949.



Monsig. Roncalli, obecnym Papieżem. Wzmacniam swoją pozycję, spotykając się z mężami stanu, włączając w to Premierów (...) Arcybiskup Canterbury i Sigrid Undset udzielają swej pomocy Konwencji o Genocydzie”.

Ów szczególnie rozmach działalności umożliwiły Lemkinowi hojne niepubliczne środki finansowe, udostępnione mu przez US Committee for a United Nations Genocide Convention. Ilustracją owych możliwości może być szczególnie fakt, że – jak wspomniał w swej autobiografii – mógł zakwaterować się (przypomnijmy: na okres około trzech miesięcy) w ekskluzywnym hotelu Claridge przy Champs Elysées (gdzie zatrzymała się większość delegatów na Zgromadzenie Ogólne ONZ). Nie wydaje się, aby kiedykolwiek w życiu miał Lemkin stworzone tak luksusowe warunki pracy zagranicznej.

Z powodu braku miejsca proces dyskusyjny i uchwalania konwencji o genocydzie w ramach sesji III Zgromadzenia Ogólnego ONZ możemy omówić jedynie bardzo krótko. Rozpoczął się on na forum VI Komisji (Prawnej) Zgromadzenia. Na początku obrad zarysowała się tam sytuacja dość kryzysowa. Wielu delegatów wystąpiło z wnioskami, których przyjęcie oznaczałoby odroczenie uchwalenia konwencji do roku 1949 czy jeszcze dalej – albo w ogóle jej uśmiercenie.

Zdecydowanym zwolennikiem uchwalenia konwencji były jednak Stany Zjednoczone i podobne stanowisko zademonstrowała znaczna część delegatów państw członkowskich ONZ. W rezultacie wniosek Afryki Południowej poparty przez Zjednoczone Królestwo o przekazanie projektu konwencji do rozpa-

trzenia Komisji Prawa Międzynarodowego został odrzucony dużą większością głosów. Przyjęto natomiast rezolucję USA, które były za szybkim uchwaleniem konwencji (38 głosów za, 7 przeciw, 4 wstrzymujące się). Następnie przyjęto rezolucję Filipin o przystąpieniu do dyskusji nad projektem konwencji, artykuł po artykule (48 głosów za, przy jednym wstrzymującym się).

Następnie wyłoniły się bodaj dwie najważniejsze do rozstrzygnięcia kwestie: (1) Kwestia zaliczenia – czy niezaliczenia – do chronionych przez konwencję grup politycznych oraz (2) kwestia objęcia przewidzianymi w konwencji rodzajami anihilacji również tak zwanego genocydu kulturowego.

Odnosnie do pierwszej grupy – Lemkin od początku nie był jej zwolennikiem<sup>43</sup>. W jego podstawowej pracy *Axis Rule* (1944) grupa ta nie była uwzględniona<sup>44</sup>. Pomimo tego „grupy polityczne” zostały wymienione w już cytowanej „wyjściowej” rezolucji 96 (I) Zgromadzenia Ogólnego ONZ z grudnia 1946 roku. Natomiast inaczej ułożyła się sytuacja w tej sprawie jesienią 1948 roku. Tutaj Lemkin zmienił swoje zdanie, przyłączając się do opinii amerykańskiego eksperta prawnego Johna Maktosa, czyli utrzymania zapisu o grupach politycznych. Na pierwszy rzut oka nie chciał płynąć „pod amerykański prąd” i stać się mimowolnym sojusznikiem pozycji zajmowanej przez blok sowiecki, który twardo odrzucił zapis o „grupach politycznych”.

Ale szybko nastąpiła tu ponowna zmiana stanowiska. Kulisy tej sprawy ujawniła częściowo dokumentacja z sektora organizacji pozarządowych, zaangażowanych na III Zgro-

<sup>43</sup> W. A. Schabas (*Genocide*, wyd. II, s. 154) ustalił, że Lemkin uznał, iż „political groups lacked the permanency and specific characteristics of the other groups, insisting that the convention should not risk failure by introducing ideas on which the world was deeply divided. In practice, history had shown that racial, national and religious groups were the most predominant victims of genocide”. Sprzeciwił się temu Donnedieu de Vabres, argumentując, że „genocide was an odious crime, regardless of the group which fell victim to it and that the exclusion of political groups might be regarded as justifying genocide in the case of such groups”. Trzeci ekspert, V.V. Pella, nie zajął stanowiska, argumentując, że jest to sprawa do rozstrzygnięcia przez Zgromadzenie Ogólne ONZ.

<sup>44</sup> W. A. Schabas (*Genocide*) ostrzega przed nieporozumieniem w tym zakresie: „In Lemkin, *Axis Rule*, pp. 62–63, Lemkin spoke of «political genocide», but meant something entirely different than the destruction of political groups. Rather, he was concerned with genocide of ethnic groups by the destruction of their political institutions”.



madzeniu w lobbing na rzecz konwencji. Nieżyjący już autor amerykański<sup>45</sup> oparł się tu na dwóch udostępnionych mu listach Joeła Wolfsohna, dyrektora filii American Jewish Committee w Paryżu. W liście z 27 listopada 1948 do kierownika departamentu spraw zagranicznych w centrali AJC w Nowym Jorku Wolfsohn napisał, że podczas gdy wiodący dyplomaci amerykańscy na Zgromadzeniu Ogólnym wahali się zrezygnować z „grup politycznych” w tekście konwencji, czyniliby to, gdyby jego włączenie stanowiło zagrożenie dla przyjęcia tego traktatu. Wolfsohn donosił dalej, że on oraz wielu innych reprezentantów organizacji pozarządowych w Paryżu spotkało się z dyplomatami amerykańskimi i starało się przekonać ich, że genocyd polityczny, jeśli zostanie utrzymany w (projekcie) konwencji, może oznaczać, po pierwsze, że konwencja nie przejdzie przez Zgromadzenie Ogólne i po drugie – nawet przyjęta przez Zgromadzenie może nie zapewnić sobie dość zwolenników, aby ją uczynić znaczącą.

Według Wolfsohna Lemkin był silniejszy w wyrażaniu swoich obaw, że włączenie „grup politycznych” może „zatopić” (*scuttle*) konwencję. Tego samego dnia, 27 listopada, napisał on do prezesa Amerykańskiego Stowarzyszenia na rzecz Narodów Zjednoczonych, że podczas gdy organizacje pozarządowe były, ogólnie biorąc, zaniepokojone sytuacją taktyczną, Lemkin był bardziej „wojowniczy”, zdecydowany wyrzucić za burtę wszystko w celu ratowania okrętu.

Korey zaznacza tu, że chociaż Lemkin wyrażał się czasami człowiekiem bezkompromisowym w dążeniu do osiągnięcia swych ogólnych celów (*in pursuing his overall objectives*), nie

był on w żadnym razie nieelastyczny. Zwrócił się w tej sprawie do wspomnianego już wyżej amerykańskiego prawnika Maktosa i miał go zapytać: „Czy jest lepiej uzyskać wszystko, czego chcemy i później mieć to ratyfikowanym jedynie przez niewiele krajów, czy też pójść na kompromis i mieć większość świata za sobą?”. Maktos zdecydował się przedstawić pytanie Lemkina całej delegacji amerykańskiej, włączając w to Sekretarza Stanu G. Marshalla<sup>46</sup>. W końcu Amerykanie postanowili wycofać odniesienie do „grup politycznych” z projektu konwencji.

Tu jednak pojawił się na scenie, wzmiankowany już wyżej, delegat Zjednoczonego Królestwa Sir Hartley Shawcross, w ogóle przeciwny, jak wiemy, uchwaleniu konwencji o genocydzie. Tym razem, niewątpliwie dla tworzenia dodatkowych trudności, silnie agitował on przeciw wykluczeniu „grup politycznych”. Lemkin, widząc wahania w tej sprawie różnych delegacji na Zgromadzenie i traktując działanie Shawcrossa jako próbę „niszczenia” konwencji, udał się do poznanego w Genewie Australijczyka, H. Evatta, obecnie przewodniczącego III Zgromadzenia Ogólnego ONZ i wytłumaczył mu swoje obawy (*misgivings*) co do możliwej skuteczności takich manewrów. Następnego dnia Evatt miał lunch z J. F. Dullem<sup>47</sup>. W rozmowie mocno naciskał na niego, by delegacja amerykańska przystąpiła do intensywnego wysiłku lobbystycznego w VI Komisji (Prawnej) w celu zrezygnowania z odniesienia w projekcie do „grup politycznych”. Rada ta została przyjęta i w jej wyniku inicjatywa Zjednoczonego Królestwa „unieszkodliwiona” (*founded*).

Przechodzimy do kwestii objęcia konwencją

<sup>45</sup> W. Korey, *An Epitaph for Raphael Lemkin*, New York, „prepublication copy” (b.d.w., prawdopodobnie 2002).

<sup>46</sup> George Marshall (1880–1959), amerykański generał, szef sztabu armii USA w okresie 1939–1945, Sekretarz Stanu w latach 1947–1949. Szczególnie znany od momentu, gdy ogłosił w 1947 r. *European Recovery Program* (popularnie określany jako „plan Marshalla”), który dostarczył wielką pomoc gospodarkom krajów Zachodniej, zniszczonym w czasie II wojny światowej. ZSR i jego satelici – w tym Polska – odrzucili, jak wiadomo, plan Marshalla.

<sup>47</sup> John Foster Dulles (1888–1959), polityk i dyplomata amerykański. W czasie II wojny światowej występował jako rzecznik stworzenia światowej organizacji międzynarodowej, która miała zastąpić Ligę Narodów. W 1945 r. był doradcą przy pracach nad Kartą Narodów Zjednoczonych, następnie delegatem USA na Zgromadzenie Ogólne ONZ. Sekretarz Stanu w latach 1953–1959.

„genocydu kulturalnego”, czego Lemkin był silnym zwolennikiem. Ów genocyd nie został jednak w *Axis Rule* w jakiś bardziej szczegółowy sposób zarysowany i zezemplifikowany, nie mówiąc już o zdefiniowaniu. Ale jeden fragment, dotyczący sceny polskiej pod okupacją niemiecką, orientuje: „(...) specjalnie w Polsce zostały zburzone pomniki narodowe, zaś biblioteki, archiwa, muzea i galerie wywiezione”. Dalej wspomina Lemkin zniszczenie największego w Polsce żydowskiego Seminarium Teologicznego w Lublinie i spalenie jego dużej biblioteki.

W całości ten krótki podrozdział w dziele Lemkina, naszym zdaniem, jakby tylko musnął problem zbrodni przeciw kulturze. Natomiast już w pierwszej połowie 1947 roku, w projekcie konwencji o genocydzie przedstawionym przez Sekretariat ONZ – w przygotowaniu którego, jak pamiętamy, Lemkin grał wielką rolę jako ekspert – „genocyd kulturalny” został ujęty lepiej, szerzej i jaśniej.

W debatach w VI Komisji w sprawie „genocydu kulturalnego” ujawniły się dwa przeciwstawne stanowiska – negatywne, które zwyciężyło, oraz pozytywne, które ostatecznie przegrało. Stanowisko negatywne zaprezentowały kolejno: Francja, Belgia, Szwecja, Iran, Zjednoczone Królestwo, Peru i Holandia. Dla niektórych delegacji, jak to uwytkła Schabas, sprawa „genocydu kulturalnego” uderzyła w czułe miejsce (*had hit the nerve*), ponieważ miały świadomość, że same mają problemy z powodu własnej polityki w stosunku do ludności tubylczej czy imigrantów. Nawet Szwecja zauważyła, że fakt, iż nawróciła ona Lapończyków na chrześcijaństwo, może „odsłonić” ją na zarzut genocydu kulturalnego. Do grupy przeciwników należała też Brazylia, Nowa Zelandia, Południowa Afryka, Kanada.

Natomiast za utrzymaniem w konwencji „genocydu kulturalnego” silnie optował ZSRS

i jego „satelici”, w tym ówczesny rząd polski. Sowietci bowiem, jak się można domyślać, obiecywali sobie – w razie uchwalenia – spore możliwości ataków na niektóre państwa zachodnie.

Jeśli chodzi o stanowisko Lemkina w stosunku do takiego obrotu sprawy, to nie wydaje się, by kruszył on w związku z tym kopie na III Zgromadzeniu. Choć był on bowiem, jak wiemy, od początku zdecydowanym zwolennikiem zawarcia w konwencji zapisu o „genocydzie kulturalnym”, to jednak – jak już było wzmiankowane wyżej w sprawie jego stanowiska odnośnie do genocydu na „grupach politycznych” – okazał się on również silnym pragmatykiem. Chodziło mu bowiem przede wszystkim o to, by konwencja o genocydzie – może nawet jego zdaniem w pewnym zakresie ułomna – jednak ostatecznie się narodziła.

### 5.3. Jednomyślne przyjęcie „konwencji Lemkina” przez Zgromadzenie Ogólne ONZ

Debata plenarna nad projektem konwencji na plenum Zgromadzenia Ogólnego odbyła się 9 grudnia 1948<sup>48</sup>. Zajął ją posiedzenie poranne (godziny 10.30–13.20), jak i popołudniowe (15.00–17.55), a więc w sumie niemal sześć godzin. Najpierw sprawozdawca (*rapporteur*), delegat Grecji, przedstawił sprawozdanie VI Komisji oraz projektowane rezolucje. Następnie przewodniczący udzielił głosu przedstawicielowi ZSRS.

W obszernym wystąpieniu krytykował on niektóre rozwiązania, przyjęte w projekcie przez VI Komisję – „pewną liczbę bardzo ważnych, zasadniczych braków” – i kolejno proponował poprawki. Wspominał, że poprawki te były już przedstawiane przez delegację sowiecką na Komisji Prawnej, ale odrzucono je i dlatego zostają przedstawione Zgromadzeniu Ogólnemu.

<sup>48</sup> Całość powyższej debaty zawarta jest w sprawozdaniu z obrad Zgromadzenia. Por. *United Nations General Assembly (...) Third Session. Verbatim Record of the One Hundred and Seventy Eighth Meeting Held at the Palais des Chaillot, Paris, on Thursday, 9 December 1948 (...)* – posiedzenie poranne; oraz *Verbatim Record of the One Hundred and Seventy-Ninth Meeting* – posiedzenie popołudniowe.

Pierwsza sprawa dotyczyła preambuły, która: „powinna prawidłowo scharakteryzować genocyd. Nie jest rzeczą dostateczną powiedzieć, że genocyd spowodował wielkie straty dla ludzkości. Jest rzeczą konieczną uzupełnić to stwierdzeniem mówiącym, iż najnowsze okoliczności i wydarzenia pokazują, że zbrodnia genocydu jest organicznie związana z faszyzmem, nazizmem i innymi teoriami rasistowskimi, propagującymi nienawiść rasową wśród tak zwanych wyższych ras i prowadzą do eksterminacji tak zwanych ras niższych (...) Owe kanibalistyczne teorie, które doprowadziły hitlerowców do eksterminacji milionów ludzi, zdołały uczynić strony historii współczesnej nawet ciemniejszymi od tych, dotyczących wieków średnich (...)”.

Te i dalsze podobne wywody musiały jednak budzić podstawowe zastrzeżenia wśród delegatów zachodnich na Zgromadzenie oraz „central” w ich krajach. Podejmując bowiem próbę uznania w preambule do konwencji genocydu nazistowskiego jako quasi-unikalnego, strona sowiecka usiłowała przemyścić jakąś zbiorową amnezję w stosunku do własnego ludobójstwa, wszczętego zresztą już jakieś dwadzieścia lat wcześniej od ludobójstwa niemieckiego. Przypomnijmy krótko: począwszy od rewolucji październikowej końca 1917 roku, miliony „wrogów klasowych” padło ofiarą gułagów, masowych egzekucji czy niewolniczej pracy, np. przy budowie kanału białomorskiego; dokonano genocydu również na rosyjskich warstwach posiadających, szczególnie na większych posiadaczach ziemskich i duchowieństwie. Co do genocydalnych łagrów, przypomnieć można Aleksandra Sołżenicyna, który napisał, że gułag w Rosji rozpoczął się od strzałów krążownika „Aurora”, a więc od samego początku bolszewickiej rewolucji pod koniec 1917 roku<sup>49</sup>.

Podobnie wielkie zakłamanie można było zaobserwować, kiedy delegat sowiecki przeszedł do odrzuconego przez Komisję

Prawną Zgromadzenia Ogólnego zapisu o „genocydzie kulturalnym”. Strona sowiecka domagała się włączenia do projektu nowego artykułu, mającego stanowić, że ludobójstwo powinno również obejmować czyny umyślne, popełnione z zamiarem zniszczenia języka, religii lub kultury jakiejkolwiek grupy narodowej, rasowej lub religijnej z powodów pochodzenia narodowego lub rasowego czy poglądów religijnych. Tutaj także cyniczna dwulicowość Sowietów była oczywista – zwłaszcza w zakresie żądania przez nich ujęcia w konwencji „genocydu religijnego”. Stanowiło to bowiem dezyderat reżimu komunistycznego, który sam zniszczył w Rosji Kościoły w sensie wyznań religijnych oraz tysiące świątyń, częściowo zburzonych, głównie jednak sprofanowanych i zamienionych na magazyny, sale kinowe czy wręcz kluby „wolnomyślicieli”.

Wszystko to były sprawy całkowicie jasne. Tylko żadna delegacja zachodnia nie miała wówczas odwagi choćby o tym napomknąć na sesji Zgromadzenia Ogólnego, chociaż co najmniej w zaciszu niektórych gabinetów niewątpliwie sporo się o tym mówiło. Mamy podstawy przypuszczać, że Lemkin, dobrze przecież zorientowany w tych sprawach, w swoich rozlicznych rozmowach zakulisowych owe aspekty poruszał. W każdym razie w niewiele lat po uchwaleniu konwencji już ostro i publicznie potępiał zbrodnie sowieckie.

Wszystkie dezyderaty delegata sowieckiego poparł, jeszcze na posiedzeniu przedpołudniowym Zgromadzenia, przedstawiciel Sowieckiej Republiki Białorusi. Natomiast na posiedzeniu popołudniowym „pełnego poparcia” udzielili również przedstawiciele Polski i Czechosłowacji. Ze względów zrozumiałych nas może tu interesować szczególnie wystąpienie delegata „warszawskiego”, którym był Katz-Suchy. Otóż przemówienie owo było, nawet w porównaniu z wystąpieniami wyżej wymienionych delegatów innych państw „obozu pokoju”, nacecho-

<sup>49</sup> Tu cytat z tłumaczenia angielskiego: *The Gulag Archipelago 1918–1956*, tom II, New York–Evanston–San Francisco–London [1975], s. 9.

wane wyraźną *Scharfmacherei*, agresywnością i arogancją, w sumie demonstrując na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ jakiś bolszewicki substandard<sup>50</sup>.

Wkrótce potem wszystkie poprawki sowieckie zostały poddane pod głosowanie i wszystkie zostały odrzucone przeważnie dużą większością głosów.

Przed poddaniem głosowaniu rezolucji zawierającej konwencję jako całość przewodniczący Zgromadzenia Evatt udzielił jeszcze głosu przedstawicielowi ZSRS Morozowowi w celu złożenia „krótkiego oświadczenia” w sprawie głosowania. Ten ostatni ponownie przytoczył wcześniejsze zarzuty sowieckie (zawarte w odrzuconych poprawkach). Wreszcie jednak oświadczył:

„Braki w obecnym projekcie konwencji, które wymieniłem, niewątpliwie zmniejszają jej efektywność. Ponieważ jednak apeluje ona do wszystkich krajów o zwalczanie zbrodni ludobójstwa – które dotąd pozostawało bezkarne znacznie za często – delegacja ZSRS będzie głosowała za projektem konwencji takim, jakim został on przedstawiony”.

Dodajmy, że tak poważna i finalna decyzja polityczna musiała być podjęta w Moskwie, gdzie widocznie ostatecznie uznano, że głosowanie przeciw konwencji o genocydzie (a nawet, jak widać, ewentualne wstrzymanie się od głosu), „rozdmuchane przez propagandę antykomunistyczną”, byłoby dla Sowietów w odczuciu najszerzej opinii światowej niekorzystne. Innego wytłumaczenia trudno się doszukać.

\* \* \*

Ponieważ „satelici” i (jeszcze wówczas) Jugosławia automatycznie dopasowali się do decyzji Moskwy – Konwencji o zapobieganiu

i karaniu zbrodni ludobójstwa została 9 grudnia 1948 roku jednomyślnie – nawet bez głosów wstrzymujących się – uchwalona przez III Zgromadzenie Ogólne ONZ.

Głos zabrał wówczas przewodniczący Zgromadzenia Australijczyk Herbert Evatt, podsumowując osiągnięty wynik. Jego przemówienie zasługuje na zacytowanie *in extenso* w tłumaczeniu polskim<sup>51</sup>:

„(...) Jako Przewodniczący chciałbym powiedzieć, że przyjęcie Konwencji o genocydzie przez Zgromadzenie stanowi wydarzenie epokowe. – Całkowite lub częściowe zniszczenie grup religijnych, rasowych i narodowych od dawna wstrząsało sumieniem ludzkości. W ubiegłych stuleciach były niekiedy podejmowane próby uchronienia grup ludzkich od zniszczenia przez tak zwane interwencje humanitarne, przedsięwzięte samotnie, lecz czasami łącznie z innymi mocarstwami. Była to akcja dyplomatyczna i rządy podejmujące takie interwencje były często oskarżane o kierowanie się celami innymi niż humanitarne.

Dzisiaj ustanowiliśmy zbiorowe, międzynarodowe gwarancje dla samej egzystencji takich grup ludzkich. Ktokolwiek będzie działał w imieniu Narodów Zjednoczonych, będzie to czynić w imieniu uniwersalnego sumienia ucieleśnianego w naszej wielkiej Organizacji. Interwencja Narodów Zjednoczonych oraz innych organów, które będą miały za zadanie nadzorować stosowanie Konwencji o genocydzie, będą dokonywane zgodnie z prawem międzynarodowym, a nie – zgodnie z jednostronnymi motywami politycznymi. W tej dziedzinie, która odnosi się do świętego prawa grup ludzkich do egzystencji, proklamujemy dzisiaj supremację prawa międzynarodowego raz, i mam nadzieję, na zawsze.

Zaaprobowanie przez nas tej Konwencji

<sup>50</sup> Nie mając miejsca na omówienie tu kompromitującego wprost Polskę Ludową przemówienia Katza-Suchego, ograniczamy się do zacytowania utrwalonego w pamiętnikach pierwszego sekretarza generalnego ONZ (Trygve Lie, *In the Cause of Peace. Seven Years with the United Nations*, New York 1954, s. 384) jego określenia na sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w 1950 roku dyplomatów amerykańskich *jako army of the United States arm twisters* [armii amerykańskich wykręcający ręk (!)].

<sup>51</sup> Por. sprawozdanie z obrad III Zgromadzenia Ogólnego ONZ, cytowane w przypisie 48, s. 53–55.

oznacza ważny postęp w rozwoju międzynarodowego prawa karnego. Formalnie podstawowe prawa człowieka były chronione przez międzynarodowe konwencje, wprowadzające sankcje karne przeciw piractwu, handlowi niewolnikami oraz handlowi kobietami i dziećmi. Obecnie chronimy prawo najbardziej fundamentalne ze wszystkich, samo prawo grup ludzkich do istnienia. Czyniąc tak, Zgromadzenie Ogólne podejmuje również pozytywną akcję dla wypełnienia swojej misji zgodnie z artykułem 13 Karty [Narodów Zjednoczonych], mianowicie promowania «stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego i jego kodyfikacji».

W końcu niech mi będzie wolno przypomnieć, iż podstawowa rezolucja Zgromadzenia Ogólnego w sprawie genocydu z 11 grudnia 1946 roku była jedną z niewielu rezolucji, które zostały jednomyślnie przyjęte na pierwszej sesji Zgromadzenia. Rezolucja ta stwierdziła, że zbrodnia genocydu wstrząsnęła sumieniem ludzkości, wyrządziła ludzkości wielkie straty i była niezgodna z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych. W tym czasie wszystkie narody czuły, że wszelkie zastrzeżenia polityczne lub legalistyczne powinny ustąpić przed zasadami moralnymi, i względami ludzkiej solidarności, które żądały zachowania grup religijnych, rasowych i narodowych.

Ten duch musi panować wśród nas zarówno dzisiaj, jak i jutro. Chciałbym nalegać, aby ta Konwencja została podpisana przez wszystkie państwa i ratyfikowana przez wszystkie parlamenty w najbliższym czasie tak, aby te podstawowe prawa człowieka otrzymały ochronę przez prawo międzynarodowe dla dobra postępu oraz pokoju społecznego i międzynarodowego”.

Nie wahamy się zauważyć, że w tym doskonałym przemówieniu – podsumowaniu Evatta zabrzmiał jakby głos samego Rafała Lemkina. Musiało mu ono sprawić wielką przyjemność. Biorąc zaś pod uwagę nacechowane życzliwością i wielkim zrozumieniem kontakty osobiste z Evattem, nie można bodaj nawet wykluczyć

aktywnej roli Lemkina w przygotowaniu tego tekstu.

\* \* \*

Owego pamiętnego dnia – 9 grudnia 1948 roku – Lemkin musiał odczuwać olbrzymią satysfakcję z osiągnięcia wielkiego celu życiowego. Jednocześnie ogarnęło go głęboko ludzkie wzruszenie, uzasadnione losem wojennym olbrzymiej większości jego rodziny, która padła ofiarą genocydu niemieckiego w Polsce.

Jego satysfakcję „profesjonalną” musiało podnieść, raczej nieoczekiwana, następująca wypowiedź na plenum Zgromadzenia Ogólnego delegata Iranu, dr. Djalala Abdoha, który w swym wystąpieniu złożył mu hołd publiczny:

„Chciałbym (...) złożyć hołd człowiekowi, który wzbogacił naukę prawa przez ideę międzynarodowej kryminalizacji ludobójstwa. Mówię o profesorze Lemkinie z Yale University, który spędził dużą część swojego życia uświadamiając opinię publiczną o konieczności zwalczania tej strasznej plagi o rozmiarach światowych”.

Jak pisze Lemkin, John Foster Dulles powiedział mu w manierze nieco „biznesowej”, że dokonał on wielkiego wkładu do prawa międzynarodowego. Minister spraw zagranicznych Francji Robert Schumann (potem jeden z „ojców” integracji wówczas zachodnioeuropejskiej) podziękował mu za jego pracę i powiedział, że cieszy się, iż to wielkie wydarzenie miało miejsce we Francji. Sir Zafrullah Khan, minister spraw zagranicznych Pakistanu, późniejszy sędzia i prezes Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze, śmiało i trafnie powiedział, że konwencja powinna być nazwana „Konwencją Lemkina”. O jakimkolwiek gratulującym dygnitarzu „polskim” nie ma mowy.

Myślę, że powyższe wyrazy wysokiego uznania zlewały się u „adresata” w jedną całość wielkiej, jakże zasłużonej satysfakcji, zacytowanym wyżej przemówieniem końcowym Herberta Evatta, mimo że nazwisko Lemkina nie zostało w nim wzmiankowane. Szkoda, należało mu się to.

W odniesieniu do późnych godzin tamtego 9 grudnia prasa amerykańska doniosła o wzruszającym wydarzeniu<sup>52</sup>. Kiedy reporterzy bezpośrednio po uchwaleniu konwencji szukali Rafała Lemkina, nie mogli go znaleźć. Odnaleźli go dopiero późnym wieczorem, siedzącego samotnie i płaczącego, czy raczej – łkającego. I ten człowiek, który wcześniej wprost narzucał się dziennikarzom, teraz prosił ich, aby zostawili go samego... Określił przy tym konwencję jako „epitafium na grobie swojej matki, która zginęła w Polsce z rąk niemieckich” oraz jako dowód uznania, że „ona i wiele milionów istnień nie zmarło na próżno”.

W swej autobiografii sam Lemkin utrwalił swoją ówczesną kondycję somatyczno-psychiczną:

„Światła w Palais de Chaillot wygasły. Zgromadzenie się skończyło. Delegaci w pośpiechu

wymieniali między sobą uściski dłoni i znikali w zimowej mgłę Paryża. Następnego dnia Radio Francuskie poprosiło mnie o zrobienie nagrania. Chociaż czułem się chory – nie mogłem odmówić. Radiowcy przyrzekli dokonać nagrania w moim pokoju. Starłem się zebrać myśli, ale kiedy zacząłem mówić do nagrywającej maszyny, z moich ust (krtani) nie wyszło nic sensownego. Następnego dnia byłem w szpitalu, gdzie leżałem chory przez ponad trzy tygodnie. Nikt nie ustalił mojej diagnozy. Określiłem ją sam i nazwałem: GENOCIDITIS: wyczerpaniem pracą nad Konwencją”.

Nieco wisielczy humor po światowym sukcesie. W każdym razie mocno go wyczerpujące walki o GENOCIDE – tu zwycięskie o konwencję o genocydzie w 1948 roku, wcześniej niepomysłne o umieszczenie tej zbrodni w wyroku MTW z 1946 – przypłacił Lemkin pobytami w szpitalu.

<sup>52</sup> A. M. Rosenthal, *A Man Called Lemkin*, „New York Times” z 16 października 1988 r.



# Sympozja, konferencje

## Konferencja naukowa „Model dualistyczny czy dwa modele. Konsensualizm a kontrydiktoryjność w procesie karnym”, Kraków, 14–15 marca 2015 r.

W dniach 14–15 marca 2015 r. w Domu Gościennym Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie-Przegorzalach odbyła się konferencja naukowa „Model dualistyczny czy dwa modele. Konsensualizm a kontrydiktoryjność w procesie karnym” zorganizowana przez Katedrę Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Było to już czwarte spotkanie młodych naukowców z całej Polski, reprezentujących m.in. ośrodki naukowe z Gdańska, Katowic, Krakowa, Łodzi, Poznania czy Wrocławia. Otwarcia konferencji dokonał dr hab. Andrzej Światłowski, który oprócz powitania członków komitetu naukowego konferencji, prelegentów oraz licznie zgromadzonych gości słowa podziękowania skierował również do sponsorów konferencji: prof. dr hab. Krystyny Chojnickiej, Dziekana WPiA UJ, oraz mec. Andrzeja Zwary, Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej.

Panel wprowadzający, zatytułowany „Pytania o model”, poprowadził prof. UW dr hab. Jerzy Skorupka. Już w pierwszym referacie, „Dyspozycyjność stron jako warunek konieczny kontrydiktoryjnego procesu karnego”, prelegenci mgr Magdalena Tokarska i mgr Paweł Dębowski zauważyli, że spojrzenie na model procesu przez pryzmat jego przedmiotu wyklucza mówienie o modelu dualistycznym, a dyspozycyjność traktowana jako warunek

konieczny dla prowadzenia kontrydiktoryjnego postępowania nie powinna się spotykać z zarzutem tzw. „prywatyzacji procesu”. W referacie mgr Natalii Szumińskiej „Kontrydiktoryjność i konsensualizm – dwa modele procesu karnego” przedstawiono już zgola odmienną koncepcję, zakładającą istnienie dwóch równorzędnych modeli, kontrydiktoryjnego i konsensualnego, co prelegentka uzasadniła zmianami przeprowadzonymi w ostatnich nowelizacjach, a prowadzącymi do jednoczesnego rozszerzenia elementów kontrydiktoryjności i trybów konsensualnych oraz pogłębienia istniejących już dotychczas różnic pomiędzy modelami. Pierwszą sesję naukową zakończyła mgr Agnieszka Orfin referatem „Spór czy układ? Kilka uwag na temat dwoistości polskiej procedury karnej”. Według prelegentki na skutek nowelizacji model procesu przybierze charakter dwoisty, z jednej strony kontrydiktoryjny – pełny, a z drugiej konsensualny – uproszczony. Druga sesja panelowa, „Kontrydiktoryjność a konsensualizm”, poprowadzona przez prof. UG dr hab. Krzysztofa Woźniewskiego, rozpoczęła się od referatu mgr. Michała Pruska „Konsensualne sposoby zakończenia postępowania a kontrydiktoryjność”, w którym podkreślono, że tryby konsensualne systematycznie, ze względu na swoją konstrukcję, kształtują drugi zredu-

kowany model procesu, prowadzony w nurcie tzw. sprawiedliwości zadośćuczynieniowej, a konkurujący wobec modelu spornego realizującego idee retributywne. W tematykę drugiego panelu wpisał się również referat Moniki Abramek, której rozważania doprowadziły do wniosku, że nie można mówić, aby dwie metody dochodzenia do rozstrzygnięcia sprawy karnej, mające wiele cech wspólnych, wskazywały jednocześnie na istnienie przeciwstawnych sobie modeli procesu karnego. Kolejny prelegent, mgr Amadeusz Małolepszy, wprowadził do dyskusji ważny argument, że genezą obu metod prowadzenia procesu jest spór stron, co m.in. nie może świadczyć o wyodrębnieniu się autonomicznych modeli procesu. Niezależnie od wielu dobrodziejstw konsensualizmu referent podkreślił, że należy tryb zredukowany stosować z ostrożnością, zwłaszcza z uwagi na redukcję postępowania przygotowawczego oraz stanowisko pokrzywdzonego, dla którego konsensus między oskarżonym a prokuratorem jawi się jako niezwykle niezrozumiały i krzywdzący. Referat mgr Anny Tuszyńskiej „Cele i efekty niezamierzone rozszerzenia konsensualizmu i wzmocnienia kontradyktoryjności jako wyznacznik modelu procesu karnego”, poprzez analizę realizacji celów postępowania karnego w obu formach jego prowadzenia, ukazał wspólne zalety konsensualizmu i kontradyktoryjności, przekonując o istnieniu jednego modelu, choć o charakterze dualistycznym. W panelu „Oskarżony i jego obrońca”, prowadzonym pod kierunkiem sędziego Trybunału Konstytucyjnego Wojciecha Hermelińskiego, referat wprowadzający wygłosił mgr Mariusz Ratajczak, zwracając uwagę na szersze niż dotychczas obowiązki obrońców na etapie postępowania przygotowawczego, które powinny korespondować z większym dostępem do akt. Referent zauważył przy tym problematykę prowadzenia prywatnych czynności obrończych w kontekście niebezpieczeństwa poniesienia odpowiedzialności z art. 245 k.k. Aleksandra Andrzejczak próbowała z kolei wyważyć korzyści i uciążliwości dla oskarżonego wypływające z rozstrzygnięcia

konsensualnego, podkreślając, że tryb konsensualny nie jest rezygnacją z obrony, ale przyjęciem przez oskarżonego jego efektywniejszej formy, tzw. obrony niekonfliktowej, skierowanej na dążenie do negocjacji. Na zakończenie sesji referent Artur Kowalczyk, przedstawiając potrzebę wzmocnienia pozycji oskarżonego, wobec którego złożono wnioski o skazanie w trybie art. 335 k.p.k., apelował o wprowadzenie różnorodnych mechanizmów, które zwiększą świadomość osoby oskarżonego na etapie negocjacji w trybie konsensualnym, aby można było mówić o rzeczywistym, a nie wymuszonym konsensusie. Podczas sesji dotyczącej pokrzywdzonego prowadzonej przez prof. UZ dr hab. Hannę Paluszkiwicz padły rozbieżne oceny względem zwiększania uprawnień pokrzywdzonego w trybie konsensualnym, krytyczne – zaprezentowane przez Błażeja Błocha i aprobujące ze strony Marty Pratkowieckiej w kontekście zagwarantowania pokrzywdzonemu prawa do sprzeciwu blokującego rozpoznanie sprawy w trybie konsensualnym. W dalszych panelach – „Kontradyktoryjność a konsensualizm” cz. 2 oraz „Centrum i peryferia”, których moderatorami byli odpowiednio dr hab. Wojciech Dadak oraz dr hab. Radosław Olszewski – zwrócono uwagę na wiele istotnych kwestii. Paulina Robaszkiewicz w odpowiedzi na tytułowe pytanie referatu „Czy rozwój kontradyktoryjności w procesie karnym wpłynie na zawieranie porozumień konsensualnych? Rozważania na gruncie art. 335 Kodeksu postępowania karnego” przywołała zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą z 20 lutego 2015 r., wyrażając jednakże obawy, że zwiększenie kontradyktoryjności może znacznie obniżyć częstotliwość sięgania po tryby konsensualne. Aneta Truskowska poprzez kryterium realizacji zasady prawdy materialnej doszła do wniosków, że tryb konsensualny jest odrębnym modelem prowadzenia tzw. paraprocesu, obciążonego ryzykiem uproszczeń dowodowych, oparcia rozstrzygnięcia na porozumieniu, uwzględnienia li tylko zasady pośredniości oraz szybkości postępowania. W wystąpieniu Macieja

Korytka można było zapoznać się z zagrożeniami art. 335 i art. 387 w świetle dysfunkcji i doświadczeń amerykańskiej instytucji *plea bargaining*. Obawy referenta dotyczyły m.in. nieefektywności działań obrońców, zwłaszcza gdy wniosek składany jest na zbyt wczesnym etapie postępowania przygotowawczego. Rafał Kowalczyk podzielił się wątpliwościami m.in. co do utajnienia przebiegu mediacji oraz charakteru uczestników procesu mediacyjnego, którym odmówił charakteru stron, z uwagi na brak cechy sporności w przebiegu mediacji. Prelegent mgr Jakub Znamierowski dokonał zaś analizy instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w postępowaniu karnym skarbowym wraz ze wskazaniem jej mankamentów, w tym m.in.: braku rozszerzenia jej zakresu przedmiotowego. Interesującymi uwagami z procedury wykroczeniowej podzielił się mgr Adam Koziara, podkreślając niekompatybilność zmian poczynionych w k.p.k. względem trybu orzekania w sprawach o wykroczenia, gdzie dostrzega się osobliwe ograniczenia kontradiktoryjności. Szczególnie problematyczna według prelegenta może się okazać eliminacja art. 345 k.p.k. w obliczu pojawiającej się w praktyce potrzeby zmiany opisu czynu w postępowaniu o wykroczenia.

W drugim dniu konferencji pierwszy z paneli – „Kontradiktoryjność a konsensualizm” cz. 3 – poprowadził dr hab. Radosław Koper. Wybrzmiały w pierwszej kolejności uwagi Anety Leszczyńskiej o istocie konstrukcji modelu kontradiktoryjnego i konsensualnego na tle szczegółowego opisu uregulowań amerykańskiego procesu karnego, których prelegentka dokonała poprzez analizę zasady domniemania niewinności, zasady rozkładu ciężaru dowodu oraz zasad pozyskiwania dowodów. Magister Dorota Czerwińska na tle pytania, czy mamy do czynienia z modelem dualistycznym, czy z dwoma modelami, zaprezentowała interesujące rozważania o ograniczeniach podstaw odwoławczych od wyroku uzgodnionego w ramach porozumienia procesowego, dostrzegając braki w zapewnieniu oskarżonemu informacji o częściowym braku dopuszczalności apelacji.

Natomiast mgr Anna Lewandowska przekonywała o atrakcyjności modelu dualistycznego, zakładając, że niepożądane jest zastępowanie trybu kontradiktoryjnego konsensualnym, zwłaszcza w postępowaniu o ciężkie przestępstwa, nawet w oparciu o przyspieszenie procesu, które według prelegentki nie ulegnie tak drastycznemu skróceniu, jak pokazują prognozowane statystyki. Agnieszka Cybulska przy analizie założeń noweli w zakresie zmian postępowania przygotowawczego krytycznie odniosła się do braku dostatecznych uprawnień stron na etapie prejurysdykcyjnym, braku radykalnych zmian w odniesieniu do celów postępowania przygotowawczego, braku redukcji postępowania dowodowego. Ostatnią sesję „Dowody – między kontradiktoryjnością a urzędowością”, poprowadził sędzia dr Dariusz Kala. W referacie mgr Dominiki Czerniak wyrażono wątpliwości, na ile wprowadzenie protokołów ograniczonych czy wyodrębnionego zbioru akt postępowania przygotowawczego urealni w postępowaniu sądowym pokładane w kontradiktoryjności nadzieje. Z kolei Joanna Kurzynoga i Damian Zbrojewski, poświęcając uwagę zagadnieniu przeprowadzania dowodów z urzędu w świetle nowelizacji z 2013 roku, rozważali optymalne możliwości zaktywizowania stron poprzez nową redakcję art. 167 oraz art. 370 k.p.k., powiązując to ze zlikwidowaniem instytucji ujętych w art. 397 i art. 345 k.p.k. Prelegenci wyrazili obawy o prawdę materialną w kontekście chociażby innego ujęcia zasady *in dubio pro reo*, jednocześnie postulując rozszerzenie obrony na żądanie o etap postępowania przygotowawczego. Joanna Krawczykowska na przykładzie opinii biegłego po nowelizacji zastanawiała się, na ile będziemy mieli do czynienia z kulejącą kontradiktoryjnością, a na ile z realnym wyrównywaniem szans procesowych stron. Wskazała możliwość wprowadzenia jednolitego systemu certyfikacji biegłych, co według referentki zapewniłoby wiarygodność, niezależność i bezstronność biegłych, jak ma to miejsce chociażby w systemie niemieckim. Ostatni prelegent, mgr Jędrzej Kupczyński, również

odnosząc się do problematyki dowodu z prywatnej opinii biegłego, omówił kwestie statusu tej opinii, czyniąc przy tym krytyczne uwagi wobec polskich uregulowań na tle statusu biegłego w systemie anglosaskim, przypominając wszakże o projekcie ustawy o biegłych, opracowywanej w resorcie sprawiedliwości.

Wartością dodaną konferencji była ożywiona dyskusja po każdej sesji panelowej. Wśród wielu cennych uwag wskazywano, że kontradyktoryjność i konsensualizm powinny być środkiem do osiągnięcia celu, jakim jest poznanie prawdy materialnej w ramach jednego modelu procesu karnego. Ponadto poruszono problematykę: aksjologicznych podstaw nowelizacji k.p.k.; statusu w procesie karnym osoby sporządzającej prywatną opinię; prywatyzacji procesu karnego; obiektywizmu prokuratora

w postępowaniu jurysdykcyjnym; sprzeciwu zaporowego pokrzywdzonego w trybach konsensualnych; dostępu do akt postępowania przygotowawczego; tzw. śledztwa obrończego i wiele innych ciekawych problemów wielkiej nowelizacji k.p.k.

Kończąc dwudniowe obrady, dr hab. Andrzej Światłowski podziękował prelegentom za trud włożony w przygotowanie referatów, członkom komitetu naukowego za prowadzenie poszczególnych sesji, uczestnikom za aktywny udział podczas dyskusji panelowych, a studentom i doktorantom za pomoc przy organizacji konferencji. Jednocześnie zaprosił wszystkich uczestników na jubileuszową V konferencję karnoprocesową, która poświęcona będzie zagadnieniu pożądanego modelu orzekania w sprawach o drobne czyny zabronione.

Marzena Andrzejewska, Maciej Andrzejewski

## Pierwszy Kongres Prawa Konkurencji, Warszawa, 13–15 kwietnia 2015 r.

W dniach 13–15 kwietnia 2015 r. w Warszawie odbył się Pierwszy Kongres Prawa Konkurencji zorganizowany w związku z rocznicą 25-lecia działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Organizatorem kongresu było Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego, które nade wszystko dzięki osobie prof. Tadeusza Skoczego przez wiele lat, mimo ówczesnego braku sformalizowanej struktury organizacyjnej, było głównym zapleczem naukowo-badawczym UOKiK. Wszyscy uczestnicy uroczystej sesji otwarcia podkreślali ogromne zasługi prof. Anny Fornalczyk, niewątpliwego lidera Urzędu Antymonopolowego, a następnie UOKiK, która dzięki umiejętności zaangażowania w sprawy antymonopolowe sprawnego zespołu badawczego doprowadziła do zbudowania niezależnej instytucji publicznej w dobie przemian ustrojowych. List gratulacyjny przesłał z tej okazji prof. Marek Safjan, sędzia TSUE.

Pierwsze wystąpienia kongresu poświęcone były refleksjom dotyczącym zmieniającej się sytuacji gospodarczej, zarówno z uwagi na zmianę struktury własności przez ostatnie 25 lat, jak i przystąpienie Polski do UE i otwarcie gospodarki na skalę globalną. Prof. Stanisław Sołtysiński wygłosił prelekcję na temat potrzeby prawa konkurencji i zmieniających się w tym prawie tendencji. Rzecznik Generalny w Trybunale Sprawiedliwości UE prof. Maciej Szpunar przedstawił zagadnienia *private enforcement* w kontekście regulacji prawa międzynarodowego prywatnego. Sędzia Sądu Najwyższego Teresa Fleming-Kulesza przedstawiła kamienie milowe w orzecznictwie SN dotyczące konkurencji i konsumentów, a sama prof. Anna Fornalczyk rozwinęła refleksję na temat potrzeby i zakresu wprowadzania elementów ekonomii do prawa konkurencji. Zagadnienie to powracało w kilkunastu jeszcze wypowiedziach prelegentów przez

całe trzy dni kongresu i odnoszone było do różnych metod badawczych stosowanych w ekonomii i możliwości ich zaadaptowania dla potrzeby działalności organów ochrony konkurencji. Prezes UOKiK Adam Jasser podkreślił w tym zakresie znaczenie zmian strukturalnych w Urzędzie i zwiększenie pionu badawczego.

W części naukowo-badawczej kongresu odbyło się pięć paneli dyskusyjnych, w których wystąpili niemal wszyscy przedstawiciele świata nauki oraz wielu praktyków, którzy poświęcają się zagadnieniom prawa konkurencji. Sesja pierwsza, prowadzona przez prof. Andrzeja Wróbla, dotyczyła zagadnień interesu publicznego w prawie ochrony konkurencji i w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sesja druga, której moderatorem, obok wiceprezesa UOKiK Bernadetty Kasztelan-Świetlik, był adw. Tomasz Wardyński, poświęcona była przeciwdziałaniu ograniczeniom prawa konkurencji w kontekście sprawiedliwości proceduralnej i ochrony praw podstawowych w postępowaniach antymono-

polowych. Sesja trzecia, prowadzona przez prof. Annę Głębocką-Zielińską i prof. Sławomira Dudzika, obejmowała zagadnienia ekonomizacji prawa antymonopolowego w zakresie praktyk antykonkurencyjnych i zjawiska koncentracji. Sesja czwarta, moderowana przez prof. Cezarego Kosikowskiego i SSO Andrzeja Turlińskiego, budząca najgorętsze dyskusje, odnosiła się do negocjacyjnych metod stosowania prawa konkurencji oraz programów *compliance*. Dzień trzeci kongresu poświęcony został zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tematyka dwóch paneli prowadzonych przez dr hab. Annę Piszcz oraz profesorów Mariana Kępińskiego i Ryszarda Skubisza dotyczyła relacji klauzul generalnych do przepisów typizujących czyny nieuczciwej konkurencji oraz stosowania zakazów czynów nieuczciwej konkurencji.

Uroczystościom kongresowym towarzyszyły także spotkania wieczorne i dyskusje prowadzone w mniej sformalizowany sposób. W imieniu NRA w kongresie uczestniczyła adw. dr Małgorzata Kożuch, sporządzająca przedmiotowe sprawozdanie.

*Małgorzata Kożuch*

# Kronika adwokatury

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 3 MARCA 2015 R.

Po formalnościach wstępnych w głosowaniu tajnym podjęto uchwały merytoryczne w sprawach osobowych i omówiono protokoły z posiedzeń ORA w poszczególnych izbach.

Adwokat Tomasz Korczyński poinformował, że wdrażanie programu SOA w izbach oraz przygotowanie modułu centralnego zakończy się na jesieni. Do połowy lutego program został wdrożony w 6 izbach, w kilkunastu odbyły się szkolenia prowadzone przez firmę CONFIDO. Wskazał, że niestety kilka izb bardzo niechętnie podchodzi do procesu informatyzacji, choć uchwała NRA jest wiążąca. Dodał, że szkolenia zakończą się w czerwcu, a do września program powinien zostać wdrożony we wszystkich izbach. Poruszył kwestię ponoszonych kosztów, związanych z funkcjonowaniem programu oraz prowadzonymi szkoleniami. Zauważył, że możliwe jest równoległe prowadzenie prac nad wdrażaniem programu w izbach i nad modułem centralnym.

Prezes NRA zapowiedział, że Prezydium będzie interweniowało w izbach, w których występują problemy.

Zaproszonej na posiedzenie adw. Dominice Stępińskiej-Duch podziękował za staranne sporządzenie memorandum dotyczącego polityki zagranicznej NRA. Przyjęto, że zasadą winno się stać, iż w ciągu 7 dni od danego wydarzenia

będą przygotowane sprawozdania, które zostaną zamieszczone na stronie [www.adwokatura.pl](http://www.adwokatura.pl). Adwokat Stępińska-Duch zapewniła, że Prezydium NRA będzie otrzymywało takie sprawozdania, które we współpracy z Biurem Prasowym NRA będą zamieszczane na portalu [adwokatura.pl](http://adwokatura.pl).

Prezydium zatwierdziło przedstawioną przez prezesa NRA treść umowy dotyczącej współorganizacji posiedzenia plenarnego CCBE, które odbędzie się w dniach 28–30 maja 2015 r. w Gdańsku. Przewidziano po stronie NRA koszty do kwoty 46 000 zł brutto. Na konferencję zostali zaproszeni m.in. Lech Wałęsa i Donald Tusk oraz zagraniczni goście.

Adwokat D. Stępińska-Duch poinformowała, że w dniach 19–20 marca 2015 r. w Warszawie odbędzie się spotkanie reprezentantów samorządów prawniczych oraz seminarium w sprawie przyszłości zawodów prawniczych – z udziałem prezydenta CCBE adw. Marii Ślęzak. Podniesiono kwestię kosztów związanych z aktywnością NRA w CCBE.

Adwokat D. Stępińska-Duch poruszyła kwestię udziału przedstawicieli NRA w pracach IBA. Wskazała, że została oficerem IBA w kadencji 2015–2017 i że koszty swoich wyjazdów będzie finansowała osobiście. Adwokat Andrzej Zwara stwierdził, że poza opłatą



członkowską NRA nie będzie ponosić innych kosztów. NRA będą w IBA reprezentować adwokaci, którzy pokrywają wydatki na wyjazdy z własnych środków.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował zaproszoną na posiedzenie NRA adw. Katarzynę Przyłuską-Ciszewską, prezes Centrum Mediacyjnego przy NRA, że plan działań Centrum na rok 2015 nie zyskał aprobaty Prezydium. Przypomniał, że celem powołania CM było zbudowanie platformy informatycznej, za której pośrednictwem każdy chętny będzie mógł trafić do adwokata mediatora w najbliższej okolicy. Otrzymała się dyskusja na temat działania Centrum Mediacyjnego. Prezes NRA stwierdził, że liczba 117 wyszkolonych mediatorów jest zbyt niska. Mediacja powinna być w Adwokaturze powszechna, w tym roku powinno być wykształconych kilkuset mediatorów. Adwokat Rafał Dębowski zaproponował, aby na najbliższe posiedzenie adw. K. Przyłuska-Ciszewska opracowała propozycje rozwiązań i kierunków działań CM, których celem będzie znaczące powiększenie liczby mediatorów. Prezydium NRA zgodziło się z ww. propozycją.

Zaproszona na posiedzenie Prezydium NRA adw. Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska przedstawiła informację o działaniach podejmowanych przez Zespół ds. Kobiet – odbytych spotkaniach oraz przeprowadzonych w izbach badaniach na temat realizacji uchwały NRA w zakresie zwalniania kobiet adwokatów z naliczania opłaty składki na rzecz NRA przez 6 miesięcy po urodzeniu dziecka. Część izb nie respektuje uchwały. W trakcie dyskusji prezes NRA wskazał, że 2/3 adwokatury to młodzi ludzie, a problem zakładania rodzin jest problemem nie tylko środowiska adwokackiego, ale całego pokolenia. Adwo-

kat Gajowniczek-Pruszyńska stwierdziła, że pogodzenie macierzyństwa z wykonywaniem zawodu adwokata jest bardzo trudne z uwagi na przepisy regulujące własną działalność gospodarczą. Poinformowała, że 16 kwietnia br. odbędzie się współorganizowana przez Zespół konferencja naukowa poświęcona przeglądowi orzecznictwa polskiego i międzynarodowego w zakresie dyskryminacji ze względu na płeć.

Prezydium NRA zatwierdziło kwotę 25 000 zł brutto na wydanie przygotowywanej w OBA publikacji *Polscy adwokaci w Auschwitz-Birkenau*.

Prezydium NRA podjęło kierunkową decyzję o współpracy z Fundacją dla Polski w zakresie działania Funduszu Nagrody im. adw. Edwarda Wende.

Prezydium NRA po omówieniu projektu preliminarza budżetowego NRA na 2015 rok w drodze głosowania przyjęło poszczególne pozycje dotyczące budżetów Komisji oraz zatwierdziło projekt całego preliminarza.

Prezydium NRA zdecydowało o objęciu patronatem konferencji szkoleniowej Zrzeszenia Prawników Polskich, która odbędzie się w dniach 16–18 kwietnia 2015 r. w Kołobrzegu. Prezydium NRA zdecydowało o przekazaniu kwoty 8000 zł brutto jako wsparcie tego wydarzenia. Prezydium NRA zdecydowało o przeznaczaniu 19 000 zł brutto na spotkanie reprezentantów samorządów prawniczych w Brukseli oraz seminarium w sprawie przyszłości zawodów prawniczych, które odbędzie się 19–20 marca 2015 r. w Warszawie.

Prezydium NRA podjęło uchwałę o utworzeniu Komisji ds. Arbitrażu i powołaniu na jej przewodniczącego adw. Macieja Łaszczuka.

Prezydium NRA delegowało adw. Sławomira Ciemnego na konferencję, która odbędzie się w dniach 23–26 kwietnia 2015 r. w Madrycie

*Andrzej Bąkowski*

## Posiedzenie Instytutu Praw Człowieka Adwokatury Europejskiej (IDHAE), Paryż, 20 marca 2015 r.

20 marca 2015 r. w Paryżu w Maison de l'Europe odbyło się walne zgromadzenie członków IDHAE, tj. Instytutu Praw Człowieka Adwokatury Europejskiej.

Instytut został powołany do obrony praw człowieka przez adwokatów, w tym prowadzenia szkolenia adwokatów występujących przed międzynarodowymi trybunałami broniącymi praw człowieka, a zwłaszcza Trybunałem w Strasburgu, organizowania seminariów i konferencji na ten temat, monitorowania stanu przestrzegania praw człowieka w poszczególnych państwach i obrony adwokatów na całym świecie, represjonowanych z racji pełnienia swej misji. Instytut wydaje mailowy periodyk „L'Observatoire”, przedstawiający sytuacje naruszania praw człowieka i zawierający apele o podpisywanie żądań do przywódców państw o zwolnienie z więzień czy innych form represji obrońców praw człowieka, w szczególności adwokatów. Raz w roku wydaje w formie książkowej wykaz adwokatów prześladowanych, z krótką charakterystyką ich działalności i prześladowań. W bieżącym roku jest to lista aż 200 adwokatów, spośród nich wielu zostało zamordowanych.

IDHAE jest wnioskodawcą i członkiem jury przyznającym co roku nagrodę im. Ludovica Trarieux adwokatowi wyróżniającemu się w obronie praw człowieka. IDHAE skupia członków indywidualnych – adwokatów i oso-

by prawne – tj. izby adwokackie lub instytuty praw człowieka jedenastu izb adwokackich z krajów europejskich: Francji (Paryża, Bordeaux), Niemiec (Berlina), Szwajcarii (Genewy), Włoch (Florencji), Holandii (Amsterdamu), Polski (Warszawy), które są reprezentowane przez dziekanów tych izb.

W czasie zgromadzenia jednomyślnie dokonano przyjęcia nowego członka IDHAE, tj. Izby Adwokackiej Aten. Istotnym punktem walnego zgromadzenia był wybór członków 12-osobowego zarządu IDHAE, tj. adwokatów tworzących wspólnie z 11 dziekanami izb adwokackich wchodzących do zarządu *ex officio* 23-osobowy zarząd. W wybranym zarządzie przewodniczącym jest Bertrand Favreau – adwokat z Bordeaux, skarbnikiem Thierry Bontick – adwokat z Brukseli, sekretarzem zaś adw. Christophe Pettiti. Niżej podpisany został wybrany członkiem zarządu.

Następnie nowo wybrany zarząd rozważał plan działania na bieżący rok, w tym tematy konferencji. Mecenas Favreau zaproponował temat dotyczący europejskiego nakazu aresztowania, ja zaś dotyczący prawa dostępu do świadczeń socjalnych i kontroli sądowej, a to wobec coraz większego ich znaczenia w dobie kryzysu ekonomicznego. Decyzje zostaną podjęte po rozeznaniu zainteresowania tematyką wśród adwokatów i możliwości znalezienia odpowiednich prelegentów.

Jako jedno z potencjalnych miejsc zorganizowania konferencji wymieniono Kraków, wspominając w ciepłych słowach konferencję sprzed 10 lat zorganizowaną przez Komisję

Praw Człowieka Izby Adwokackiej w Krakowie na temat nowych wyzwań dla Trybunału w Strasburgu wobec przyjęcia do Rady Europy państw Europy Centralnej i Wschodniej.

Zbigniew Cichoń

## „Kryształowe Serca” dla toruńskich adwokatów

6 marca 2015 r. w Dworze Artusa w Toruniu po raz dwudziesty zostały przyznane „Kryształowe Serca” – nagrody „Dziennika Toruńskiego Nowości” dla tych, którzy w minionym roku włożyli najwięcej pracy w pomoc osobom potrzebującym.

Wśród laureatów „Kryształowego Serca” jest grono toruńskich młodych adwokatów, którzy pod kierownictwem adw. Piotra Domańskiego zaangażowali się w świadczenie pomocy prawnej na łamach gazety „Nowości”. Nie sposób wymienić wszystkich osób uczestniczących w projekcie. W gronie wyróżnionych znaleźli się między innymi: adw. Aleksandra Chołub, adw. Andrzej Pazdyga, adw. Adam Kozioziemski, adw. Filip Węgierski. Wyżej wymienieni doskonale rozumieją dzisiejszą rzeczywistość, są pełnymi pasji młodymi ludźmi, którzy pragną właściwie spożytkować swoje umiejętności.

Warto przypomnieć, że adwokaci we współpracy z toruńskimi „Nowościami” nieodpłatnie odpowiadają na pytania prawne już od listopada 2013 r., rozwiązując problemy czytelników, których nie stać na wizytę w kancelariach adwokackich w celu uzyskania porady prawnej. W tym okresie udzielono już blisko 100 porad prawnych dotyczących najróżniejszych, najpilniejszych życiowych spraw.



Rozdanie nagród przebiegało w miłej i uroczystej atmosferze. Wśród gości gali nie zabrakło ważnych dla naszego miasta i regionu postaci. Szczególne podziękowania nasi Wyróżnieni otrzymali od Wicewojewody Kujawsko-Pomorskiego Elżbiety Rusielewicz, a także Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego Piotra Całbeckiego. W uroczystości uczestniczyli Dziekan i Rzecznik Pra-

sowy ORA w Toruniu.

W imieniu laureatów nagrody „Kryształowego Serca” zabrał głos adwokat Piotr Domański, który podkreślił, że nagroda jest podziękowaniem dla wszystkich adwokatów, którzy udzieliли i udzielają pomocy najbardziej potrzebującym na co dzień i wskazywał, że pomoc najuboższemu jest jedną z podstawowych misji polskiej palestry.

Wyróżnienie w postaci „Kryształowego Serca” jest powodem do dumy i dużej satysfakcji, a obecność wśród laureatów jest niekwestionowanym dowodem osiągniętego sukcesu. Stanowi zarazem potwierdzenie zasług toruńskich adwokatów dla rozwoju działalności charytatywnej w Kujawsko-Pomorskiem.

Życzę wszystkim wyróżnionym, a także wszystkim osobom zaangażowanym w projekt, wytrwałości i kreatywności w przygotowaniu kolejnych inicjatyw społecznych.

Wiktor Indan-Pykno

## Delegacja Adwokatury Polskiej oddała hołd pamięci adwokatom zamordowanym w Katyniu i ofiarom katastrofy w Smoleńsku

Grupa przedstawicieli Adwokatury Polskiej odbyła podróż autokarową przez Białoruś do Rosji w terminie od 10 do 12 kwietnia. Inicjatorem i organizatorem wyjazdu był adw. Bartosz Grohman, zastępca sekretarza Naczelnej Rady Adwokackiej. W delegacji uczestniczyli m.in. adwokaci z izby warszawskiej: Tomasz Chmał, Sławomir Ciemny – przewodniczący Wyższej Komisji Rewizyjnej, Bartosz Grohman, Wojciech Jaworski, Jerzy Naumann, Piotr Nowaczyk, Andrzej Orliński – wicedzielnik ORA w Warszawie, Artur Wdowczyk. Izbę rzeszowską reprezentował adw. Antoni Put. Z Monachium dotarł adw. Oskar Derkacz, który specjalnie z Niemiec przybył do Warszawy, aby wziąć udział w wyjeździe adwokackim do Katynia i Smoleńska. Wśród uczestników był też pracownik biura prasowego NRA, członkowie rodzin adwokackich oraz inne osoby, które chciały przyłączyć się do adwokackiej inicjatywy i również złożyć hołd Polakom, którzy zginęli w Katyniu i Smoleńsku. Wszyscy uczestnicy pokrywali pełne koszty wyjazdu we własnym zakresie.

Pierwszym miejscem szczególnej pamięci narodowej, które adwokaci odwiedzili ranniem 11 kwietnia, był las katyński. Wśród ponad 4,4 tys. polskich oficerów zostało tam zamordowanych 110 adwokatów. By uczcić ich pamięć, delegacja adwokatów złożyła wieniec biało-czerwonych kwiatów od Adwokatury Polskiej i zapaliła znicze. Delegaci zostawili też na polskim cmentarzu wojennym chorągiewki z napisem „Adwokatura Polska pamięta” i logo Adwokatury Polskiej.

Następnie grupa adwokatów udała się do oddalonego o kilka kilometrów Gniezdowa, na małą stację kolejową. W tym miejscu polscy oficerowie po raz ostatni wysiadali z bydlęcych wagonów, stąd ciężarówkami przewożono ich na miejsce kaźni. Miejsce nie jest w żaden spo-

sób oznaczone, dlatego trudno jest odnaleźć niepozorną stację kolejową.

Z Gniezdowa delegacja udała się do Smoleńska, gdzie pięć lat temu w katastrofie rządowego tupolewa zginęło czworo adwokatów. W trakcie przejazdu adw. Grohman podzielił się osobistym wspomnieniem adw. Joanny Agackiej-Indeckiej, prezes Naczelnej Rady Adwokackiej oraz adw. Stanisława Mikke, redaktora naczelnego „Palestry”, zaangażowanego w badanie zbrodni katyńskiej, który przyczynił się do powstania polskiego cmentarza wojskowego w Katyniu. Wskazał, że razem z nimi zginęli także adwokaci: posłanka na Sejm RP adw. Jolanta Szymanek-Deresz oraz senator RP adw. Stanisław Zając. Przypomniał o dniach wielkiej żałoby po katastrofie smoleńskiej, o inicjatywie Adwokatury, by wystawić wartę honorową przy trumnach z ciałami Koleżanek i Kolegów, które przywieziono z Rosji do kaplicy na Torwarze. Adwokaci w togach pełnili wartę przez okrągłą dobę, a chętni przybywali z całego kraju. W autokarze odbyła się też projekcja spektaklu *Ja jestem Żyd* z „Wesela”, który poprzedza wywiad z adw. Joanną Agacką-Indecką, zarejestrowany na kilka miesięcy przed jej śmiercią.

W Smoleńsku delegacja Adwokatury udała się na miejsce, w którym odbywają się uroczystości dla upamiętnienia 96 ofiar katastrofy, tuż przy terenie, gdzie znajdowały się szczątki samolotu prezydenckiego. Na spotkanie przyjechał przedstawiciel Konsulatu RP w Smoleńsku oraz franciszkanin ojciec Ptolemeusz. Polski kapłan, od lat posługujący duszpastersko w Smoleńsku, odprawił mszę świętą polową dla delegacji Adwokatury w intencji czworga polskich adwokatów, którzy zginęli w katastrofie. W homilii szczególnie wspominał swoją znajomość z adw. Stanisławem Mikke, którego spotykał w Katyniu, gdy ten angażował się w badania nad zbrodnią katyńską.

– Miałem szczęście poznać Pana Mecenasa, tak samo wy mieliście szczęście poznać adwokatów, którzy zginęli w tej katastrofie, pracować z nimi, być ich przyjaciółmi – mówił. – To, co dzisiaj możemy zrobić, to pamiętać o nich, modlić się za nich, wspierać duchowo ich rodziny.

Po zakończeniu mszy świętej polska delegacja złożyła wieniec od Adwokatury Polskiej i zapaliła znicze pod pamiątkowym kamieniem oraz pozostawiła chorągiewki.

Trzydniowy wyjazd autokarowy do Katynia i Smoleńska przygotowało biuro turystyczne „Bezkrzesy”. Prócz dwóch kluczowych celów wyjazdu w programie znalazły się także inne punkty związane z historią Polski – między innymi zwiedzanie samego Smoleńska.

Delegacja nocowała w Orszy na Białorusi, a następnie w Mińsku. W Berezie Kartuskiej uczestnicy wyjazdu obejrzeli pozostałości po polskim obozie, miejscu odosobnienia, w którym osadzano głównie więźniów politycznych w latach 30. ubiegłego wieku. Delegacja obejrzała też ruiny po klasztorze kartuzów – największym, jaki istniał w Rzeczypospolitej Polskiej w XVII wieku.

Na weekend 10–12 kwietnia przypadła Wielkanoc świętowana przez Kościoły wschodnie. Stąd można było obserwować świąteczne przygotowania liturgiczne w cerkwiach, mijanych na Białorusi i w Rosji. 11 kwietnia dla prawosławnych był dniem Wielkiej Soboty.



W soborze Zaśnięcia Matki Bożej w Smoleńsku trwały uroczystości poświęcenia pokarmów i adorowania „płasczycy” – płótna z wizerunkiem umarłego Chrystusa. 12 kwietnia to prawosławny poranek Wielkanocny. Tego dnia uczestnicy wyprawy zwiedzali stolicę Białorusi, a następnie Nieśwież, gdzie znajduje się zrekonstruowana siedziba Radziwiłłów oraz ich nekropolia. W drodze powrotnej odwiedzono także Mir, magnacką siedzibę na dawnych Kresach.

Na zakończenie adw. Bartosz Grohman podziękował wszystkim uczestnikom za udział w wyjeździe, stwierdzając, że takie inicjatywy są potrzebne, aby upamiętnić miejsca kaźni narodu polskiego i wiedzę o tych wydarzeniach przybliżyć kolejnym pokoleniom Polaków, nie zapominając zarazem o roli Adwokatury i jej członkach, którzy ponieśli największą ofiarę za wolną Polskę. Przewodnikiem grupy podczas wyjazdu był Waldemar Ławecki z Biura Turystyki „Bezkrzesy”.

Izabela Matjasik

## Doroczne Spotkanie Sekcji Polskiej Międzynarodowej Komisji Prawników – wręczenie nagród w Konkursie „Sędzia Europejski”

24 kwietnia 2015 r. w głównej Sali posiedzeń w Sądzie Najwyższym odbyło się Doroczne

Spotkanie zorganizowane przez Zarząd Główny Polskiej Sekcji Międzynarodowej Komisji



Prawników, podczas którego wręczono nagrody w Konkursie o tytuł honorowy „Sędzia Europejski 2014”.

Była to już XIV edycja Konkursu, którego celem jest promowanie najwyższego poziomu pracy sędziów, a ocenie poddawane są uzasadnienia zgłoszonych do konkursu orzeczeń, które zapadły w sprawach rozstrzygniętych w poprzednim roku. Jury Konkursowe stanowili: Prezes Sądu Najwyższego prof. dr hab. Lech Paprzycki (przewodniczący), radca prawny Dorota Hajduk, prof. dr hab. Zbigniew Lasocik, sędzia SN w stanie spoczynku Teresa Romer, Prezes Trybunału Konstytucyjnego prof. dr hab. Andrzej Rzepliński oraz adwokat Marek Zieliński. Patronat nad Konkursem sprawowali: Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf oraz Sekretarz Generalny Rady Europy Torbjørn Jagland.

W uroczystości uczestniczyli przedstawiciele najwyższych instancji sądowniczych, nauki prawa oraz praktyki, a także parlamentu, rządu i prezydenta.

Spotkanie otworzył prof. Zbigniew Lasocik, przewodniczący Zarządu Głównego Sekcji Polskiej Międzynarodowej Komisji Prawników, który przypomniał, że organizacja powstała w 1954 r. w związku z przyjęciem przez Radę Europy Konwencji Praw Człowieka w celu propagowania jej oraz idei rządów prawa. Polska sekcja MKP powstała natomiast w 1992 r., wkrótce po ratyfikowaniu przez Polskę konwencji Rady Europy i stanowi ją około 60 prawników polskich. Siedziba MKP znajduje się w Genewie.

Wyniki konkursu przedstawił przewodniczący Jury sędzia SN prof. Lech Paprzycki. Nagrody przyznano w czterech kategoriach, sędziów sądów: rejonowych, okręgowych i apelacyjnych oraz wojewódzkich sądów administracyjnych. Laureatami zostali: sędzia Jerzy Rażewski z SR we Wrocławku, sędzia Jacek Szerer z SO w Świdnicy, sędzia Marzena Konsek-Bitkowska z SA w Warszawie oraz

sędzia Dagmara Dominik-Ogińska z WSA we Wrocławiu. Wszystkie nagrodzone orzeczenia w uzasadnieniach oparte zostały na głębokiej analizie nie tylko polskiego prawa i orzecznictwa, ale i prawa europejskiego (unijnego), są przykładem umiejętnego łączenia obydwu porządków w uzasadnieniu wyroku. Spośród nagrodzonych orzeczeń szczególnie głośna była sprawa rozstrzygnięta przez SO w Świdnicy. Dotyczyła ona procesu z pozwu Stowarzyszenia Autorów ZAiKS przeciwko wałbrzyskiemu drobnemu przedsiębiorcy (fryzjerowi). Sąd, przeprowadzając dokładną analizę prawa polskiego (ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) i unijnego, uznał, że przewidziany w ustawie dozwolony użytek utworu występuje wówczas po stronie użytkownika odbiornika radiowego, w tym drobnego przedsiębiorcy, gdy nie łączy się to ze wzrostem jego przychodów. W analizowanym przypadku zdaniem sądu nie powstał – w związku z powyższym – obowiązek zapłaty tantiem na rzecz ZAiKS. Nagrodzony sędzia w uzasadnieniu przywołał orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z 2012 r., w którym Trybunał uznał, że stomatolog (z Włoch) nie ma obowiązku płacenia tantiem za emitowanie muzyki w swoim gabinecie.

Gościem specjalnym był prof. dr hab. Maciej Szpunar, Rzecznik Generalny Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wcześniej adwokat, który wygłosił wykład pt. *System ochrony praw człowieka w Unii Europejskiej: uwagi na tle opinii 2/13 Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie przystąpienia UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Referent przedstawił dzieje dyskusji nad tym, czy Unia Europejska jako podmiot prawa międzynarodowego powinna stać się stroną EKPCz – co wynika z traktatu lizbońskiego. Tytułowa opinia 2/13 stwierdza, że UE nie powinna stawać się stroną Konwencji, gdyż przyniesie to więcej problemów prawnych niż stan obecny, kiedy to każdy kraj członkowski UE jest samodzielnie stroną konwencji.

AJR



## Jan Karski, Franciszek Zieliński i Skaldowie

### Z okazji premiery wyjątkowej książki o Janie Karskim oraz 50-lecia legendy polskiego rocka

24 kwietnia br. – w dniu rzekomych urodzin Jana Karskiego (bo w rzeczywistości urodził się 24 czerwca 1914 r. w Łodzi – w dzień św. Jana, dlatego nadano mu to imię) na ekranach polskich kin wszedł znakomity film *Karski i władcy ludzkości* w reżyserii Sławomira Grünberga. 15 maja miał natomiast swoją premierę pierwszy tom książki Waldemara Piaseckiego pt. *Jan Karski. Jedno życie. Kompletna historia, tom. I (1914–1939) Madagaskar* (Wydawnictwo Insignis).

Ta świetnie napisana niby powieść biograficzna, niby reportaż, jest kopalnią wiedzy o przedwojennym okresie życia Jana Romualda Kozielskiego – późniejszego bohatera trzech narodów: polskiego, żydowskiego i amerykańskiego – znanego jako Jan Karski. Narracja źródłowa przeplata się z fikcją, przy czym ta druga wynika ze źródeł, którymi – oprócz bardzo licznych dokumentów archiwalnych – były relacje samego bohatera książki, gdyż Autor był przez lata jego bliskim współpracownikiem. Nie miejsce tu jednak na recenzję książki. Na to przyjdzie czas.

W książce jest fragment o Skaldach... tak, tak – o legendzie polskiego rocka, grupie muzycznej, założonej przed 50 laty i ciągle grającej w klasycznym składzie.

W książce czytamy:

„(...) Siedzieliśmy z Profesorem w fotelach i oglądali polską telewizję z satelity. Pokazano klip z Marylą Rodowicz śpiewającą *Dziś prawdziwych Cyganów już nie ma*. Karski słuchał uradowany, próbował podśpiewywać.

– To piosenka syna mego kolegi ze Lwowa – zakomunikował po ostatnich taktach przeboju.

Myślałem, że się przesłyszałem. Na wszelki wypadek nie ciągnąłem tematu.

– Nie mów mi, że nie znasz tego szlagieru. To muzyka Andrzeja Zielińskiego. Jego ojciec

Franciszek był ze mną na prawie na UJK... – powiedział Karski.

– To jakiś żart?

– Jaki żart? Franek Zieliński był najlepszym muzykiem wśród naszej prawniczej braci studenckiej. Był rok młodszy ode mnie. Pochodził z Niska koło Stalowej Woli, dumy Centralnego Okręgu Przemysłowego. Grał na wszystkim, na czym popadło. Przede wszystkim na skrzypcach i innych smykach. Potrafił naśladować różne style muzyczne i różny folklor. Jego popisy miały duże wzięcie. Nie wiedziałem, jak się potoczyły jego losy aż do przyjazdu do Polski w 1974 roku na stypendium Fulbrighta. Wtedy u gospodyni kwatery, gdzie mieszkałem, usłyszałem płytę i song o dworcu w Kansas City, gdzie kiedyś byłem. Potem o wiejskim listonoszu i wreszcie o przepięknej wiolonczeliste. Zapytałem, co to za ansambl śpiewa, a ona podała nazwę «Skaldowie». Pokazała mi okładkę tej płyty i jeszcze dwie inne. Puściła mi je z gramofonu. Bardzo mi się spodobały. Przy jakiejś okazji dowiedziałem się, że Andrzej i Jacek Zielińscy są synami Franciszka Zielińskiego, który przed wojną studiował we Lwowie, po wojnie został muzykiem. Grał w Orkiestrze Polskiego Radia, a teraz szefuje zespołowi artystycznemu «Desant». Od razu pomyślałem o moim koledze ze studiów. W pierwszym odruchu przyszło mi do głowy, żeby się z nim spotkać. Coś mnie jednak tknęło i zapytałem moich warszawskich znajomych, czy to dobry pomysł. Szczerze odradzili. «Możesz narobić człowiekowi kłopotu. Przecież ty jesteś amerykańskim profesorem, na dodatek z katolickiego uniwersytetu. 'Desant' to zespół wojskowy. A dookoła jest PRL, kraj, który w Układzie Warszawskim z ZSRR na czele ma zwalczać NATO i przewodzącą mu Amerykę». Nie trzeba mi było powtarzać. Zielińskiego mogliby wziąć po naszym spotkaniu za

«amerykańskiego agenta». Dałem spokój... – opowiadał Karski.

Rok później dowiedział się, że Franciszek Zieliński zmarł nagle na zawał serca. Wzmogło to sympatię Profesora dla «Skaldów» (...). Niestety, Janowi Karskiemu nie udało się nigdy posłuchać «Skaldów» na żywo”.

Kim był ów Franciszek Zieliński – przyjaciel Jana Karskiego z okresu studiów i ojciec braci Skaldów?

Urodził się w 1915 r. w Nisku jako piąte dziecko w rodzinie<sup>1</sup>. Po uzyskaniu matury wyjechał do Lwowa w celu studiowania w Konserwatorium Muzycznym (właściwie Konserwatorium Polskiego Towarzystwa Muzycznego). Studiował w klasie skrzypiec pod kierunkiem znakomitego skrzypka i pedagoga Henryka Czaplńskiego<sup>2</sup>. Wkrótce został przyjęty do Lwowskiej Orkiestry Symfonicznej. Po latach wspominał:

„[...] już na pierwszym roku studiów [muzycznych], pomimo świetnie zdanych egzaminów, pomimo wielu pochwał ze strony moich pedagogów zacząłem się zastanawiać, czy nie za późno zabrałem się do poważnego studiowania muzyki (oczywiście nie z mojej winy). Spotkałem we Lwowie wielu młodych ludzi, bardzo zdolnych, którzy mieli możliwość kształcenia się u najlepszych pedagogów od najmłodszych lat i stwierdziłem, że dystans dzielący mnie od nich jest zbyt duży, abym mógł go szybko wyrównać. Byłem jeszcze młody, ale zdawałem sobie sprawę z tego, że w sztuce li-



Franciszek Zieliński w okresie nauki w Gimnazjum w Nisku

czą się tylko «wybitni». To też kontynuując w dalszym ciągu moje studia muzyczne rozpocząłem w następnym roku również studia na Wydziale Prawa”<sup>3</sup>.

Na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie studiował w tym samym okresie co Jan Koziulewski. Tam się poznali. Koziulewski nie był anonimowy z powodu tego, że jego opiekun prawny i jednocześnie starszy brat był komendantem policji we Lwowie, Zieliński słyszał z kolei z nieprzeciętnych zdolności muzycznych – ponoć mawiano, że był

„najlepszym muzykiem wśród prawników”. Na studiach dostrzegł go prof. Leon Piniński, nie tylko wybitny prawnik, ale także meloman i znawca sztuki i przy Zakładzie Prawa Rzymskiego UJK Franciszek Zieliński uzyskał stypendium. Wspominał:

„[Piniński] zachęcił mnie do specjalnego zainteresowania się prawem rzymskim. Jednak w ciągu dalszych moich studiów w większym stopniu interesowały mnie zagadnienia ekonomii społecznej i zdradziłem prof. Pinińskiego dla ekonomisty prof. Stanisława Grabskiego”<sup>4</sup>.

Obok czteroletnich studiów prawniczych Franciszek Zieliński odbył także studia uzupełniające – ale nie te, co Koziulewski, który studiował w Studium Dyplomatycznym UJK kierowanym przez prof. Ludwika Ehrlicha. Franciszek Zieliński studiował w Studium Ekonomicznym UJK związanym z osobą prof. Stanisława Grabskiego (brata prof. Władysława

<sup>1</sup> *Saga Rodu Zielińskich*, „Radar” 1970, nr 7, s. 22–24; Z. Nowacki, *Polski song*, „Panorama Północy” 1967, nr 52–53 (24–31 grudnia 1967 r.), s. 11.

<sup>2</sup> *Saga Rodu Zielińskich*, s. 23.

<sup>3</sup> Tamże, s. 23–24.

<sup>4</sup> Tamże, s. 24.

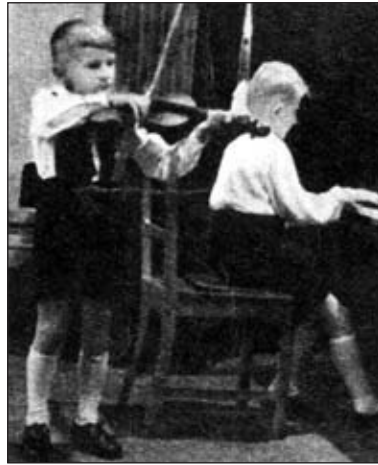
Grabskiego, premiera rządu i autora słynnej reformy walutowej z 1924 r.). Obok tytułu magistra praw uzyskała tytuł magistra nauk ekonomicznych.

W czasie studiów działał w Polskiej Korporacji Akademickiej „Slavia”, której w semestrze zimowym 1937/38 wybrano go sekretarzem, ale jeszcze w 1937 r. został wykreślony z listy członków „Slavii”<sup>5</sup>.

W czasie wojny Franciszek Zieliński pracował jako księgowy w małych miasteczkach i wsiach, współpracował też z polskim podziemiem, a jego mieszkanie niejednokrotnie było miejscem przetrzymywania ludzi „spalonych”. Jedną z osób, której w Krościenku pomógł ukryć się (po jej ucieczce z transportu na roboty do Rzeszy), była młoda panna Zofia z Zakopanego... Niedługo potem została ona jego żoną, a 5 października 1944 r. urodził się pierworodny.

Po wojnie Franciszek Zieliński porzucił profesję prawniczą i poświęcił się działalności artystycznej. Był członkiem pierwszego powojennego zespołu Filharmonii Krakowskiej, potem współtworzył Orkiestrę i Chór Polskiego Radia w Krakowie, w której grał do końca. Współtworzył w Krakowie Miejski Teatr Muzyczny. Był też od 1962 r. kierownikiem artystycznym Zespołu Estradowego „Desant”<sup>6</sup>.

Franciszek Zieliński miał troje dzieci: Andrzeja (ur. 1944), Jacka (ur. 1946) oraz Marysię. Od wczesnego dzieciństwa rodzeństwo Zielińskich przejawiało wybitne uzdolnienia muzyczne, a ojciec zadbał o ich muzyczne kształcenie<sup>7</sup>. Przyjmuje się, że to ojciec wprowadził element ludowy do ich twórczości. Franciszek zmarł



Siedmioletni Jacek i dziewięcioletni Andrzej w jednym z pierwszych duetów podczas koncertu szkolnego

5 sierpnia 1975 r. w Krakowie, ale pochowany został w Zakopanem.

W 1965 r. bracia Zielińscy założyli zespół muzyczny, którego nazwę wymyślił młodszy z nich – nawiązał on do nadwornych poetów w dawnej kulturze skandynawskiej. Debiutowali latem 1965 r., a pierwszym ich sukcesem była piosenka *Moja czarownica* z muzyką Andrzeja Zielińskiego do słów Wiesława Dymnego. Pierwszą płytę nagrali w 1967 r. – co ciekawe, na wiolonczeli w piosence *Uciekaj, uciekaj*

zagrał z synami Franciszek Zieliński.

Rok później ukazała się druga płyta Skaldów – *Wszystko mi mówi, że mnie ktoś pokochał*, z licznymi przebojami. Do 1981 r. zespół nagral 11 płyt długogrających. Skaldowie osiągnęli w Polsce szczyty, koncertowali i nagrywali w wielu krajach. Co ciekawe, wydanie płyty dla szerszego odbiorcy łączyli z równoległym wydaniem płyt z muzyką ambitniejszą. Były to: *Cała jesteś w skowronkach* (1969), *Od wschodu do zachodu słońca* (1970), *Ty* (1971), *Wszystkim zakochanym* (1972), *Krywań, Krywań* (1973) oraz *Szanujmy wspomnienia* (1977), *Stworzenia świata część druga* (1977), *Rezerwat miłości* (1979), *Droga ludzi* (1980). Po wznowieniu działalności nagrali *Nie domykajmy drzwi* (1989) – bez Andrzeja Zielińskiego, który został w USA. Na płycie znalazły się kompozycje Jacka Zielińskiego i Konrada Ratyńskiego. Płyta nagrana w 1981 r., ukazała się dopiero w 2010 r. nakładem Polskiego Radia.

Skaldowie – świętujący w 2015 roku pięćdziesiątce – są wyjątkową grupą muzyczną. Grają w niemal tym samym składzie od

<sup>5</sup> <http://www.archiwumkorporacyjne.pl/index.php/muzeum-korporacyjne/lwow/k-slavia/> [6 maja 2015 r.]

<sup>6</sup> *Saga Rodu Zielińskich*, s. 22–24.

<sup>7</sup> Zob. szerzej: A. Icha, *Skaldowie. Historia i muzyka zespołu*, Gdynia 2004, s. 49–60.



Okładka promująca jubileuszowy box klasycznych płyt Skaldów, który ukazuje się nakładem wydawnictwa płytowego Kameleon Records ([www.kameleonrecords.pl](http://www.kameleonrecords.pl)) z okazji 50-lecia zespołu. Od lewej: Andrzej Zieliński, Jerzy Tarsiński, Jan Budziaszek, Jacek Zieliński i Konrad Ratyński

początku, a ich muzyka przyciąga zarówno szerszego odbiorcę – dzięki melodyjnym szlagierom, jak *Prześlizna wiolonczelistka*, *W żółtych płomieniach liści*, *Ktoś mnie pokochał*, *Medytacje wiejskiego listonosza* czy *Nie domykajmy drzwi* – jak i melomanów uwielbiających progresywne rockowe brzmienie Skaldów z legendarnych znakomitych albumów *Krywań*, *Krywań* czy

*Od wschodu do zachodu słońca*. W ostatnich latach progresywne nagrania Skaldów dokonane w Niemczech i w Czechosłowacji zostały wydane na płytach winylowych oraz na CD, ale nakład wyczerpał się bardzo szybko. Mają wiernych fanów. Muzyka ich jest ponadczasowa, gości na antenach radiowych, a zespół wytrwale koncertuje.

Janusz Kanimir

## Spotkanie Łódzkiego Porozumienia Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, 11 kwietnia 2015 r.

Nad tytułowym wydarzeniem społeczno-kulturalnym patronat honorowy objęła Prezydent Miasta Łodzi Hanna Zdanowska. Gospodarzem spotkania był dziekan ORA w Łodzi adw. Jarosław Zdzisław Szymański. Spotkanie podzielone było na dwie części. W pierwszej, poświęconej współpracy samorządów, zgromadzeni wysłuchali wykładu prof. UŁ dr hab. adw. Justyny Jurewicz pt. „Zawody zaufania publicznego. Stan obecny a stan pożądany”. Referentka przedstawiła trudności, z jakimi borykają się samorządy zawodów zaufania publicznego w relacjach z organami władzy i poszczególnych partii politycznych, które nie chcą zrozumieć roli tych zawodów w ży-

ciu społecznym. Zwróciła uwagę na duże niebezpieczeństwa dla społeczeństwa i państwa wynikające z realizowanej od kilku lat polityki deregulacyjnej. W drugiej części zgromadzeni wysłuchali koncertu zespołu Skaldowie, do którego wprowadził (opowiadając o dokonaniach muzyków w roku ich jubileuszu 50-lecia) adw. Andrzej Malicki, pomysłodawca koncertu. Znakomicie wcielił się on też w rolę konferansjera, przygotowując dla każdego z reprezentowanych na spotkaniu zawodów zaufania publicznego dedykację nawiązującą do tekstów piosenek Skaldów. Zespół zagrał w pełnym składzie, a koncert dedykował „aktywnym samorządowo”.

Redakcja

# Listy do Redakcji

## O potrzebie strategii adwokatury słów kilka. *Ad vocem* artykułu adw. prof. Macieja Gutowskiego pt. *Pytania o przyszłość adwokatury*

Z ogromną nadzieją sięgnąłem po artykuł mec. Macieja Gutowskiego zamieszczony w numerze 9 z 2014 r. „Palestry” – *Pytania o przyszłość adwokatury*. Liczyłem, że piórem znanego Autora zostaną przedstawione, pozwalając na refleksje, określone problemy, przed którymi stoi adwokatura. Nadzieję podtrzymał *passus* o zadaniu, które autor postawił sobie: „raczej postawienie pytań, niż udzielenie odpowiedzi”.

Oczekiwałem rozwinięcia postawionych myśli, w tym: „trudno bowiem zasadnie krytykować działania władz samorządowych, jeśli ich kierunek jest wyznaczony przez szeroko akceptowane założenia strategiczne”. Skąd zatem pomysł dyskusji nad strategią i czym dla Autora jest owa strategia?

Nie trzeba nikogo przekonywać, że od wielu lat adwokatura znajduje się w odwrocie, najpierw pozwoliła na zmianę statusu wykształcenia niezbędnego do ubiegania się o wpis na listę adwokatów z uniwersyteckiego na wyższe, następnie swoimi zachowaniami dała pretekst do ingerencji politycznej w kwestii naborów, którego skutkiem było tzw. otwarcie zawodów, pozbawiła się, czy też została pozbawiona, samodzielnego naboru swoich członków.

Jak uczy doświadczenie, jeżeli sami nie zagniemy dbać o własne prawa, nikt tego za nas nie zrobi.

Nie mogę zgodzić się z przedstawioną przez autora definicją strategii, jako „działania według uświadomionych i zdefiniowanych celów oraz przyjętych z góry założeń strategicznych, które wyznaczałyby ramy działań ciągłych, niestanowiących intuicyjnej odpowiedzi na pojawiające się na bieżąco problemy”. Strategia to zachowanie w zamiarze zrealizowania celu, może być jednorazowe, ale może także składać się z szeregu różnego rodzaju posunięć, będących efektem zdarzeń, które pojawią się na drodze do realizacji celu. Nie ma zatem możliwości przewidzenia na etapie opracowywania „drogi do celu” wszystkich przyszłych zdarzeń lub zachowań – one muszą stanowić przedmiot działania bieżącego, które można, używając języka wojskowości, określić mianem taktyki.

Nie chcę jednak spierać się o słowa, nie to jest najważniejsze.

Autor stawia pytanie, na które niestety nie próbuje udzielić odpowiedzi: „czy jesteśmy w stanie zaproponować taki kształt samodzielnej Adwokatury, który będzie atrakcyjny i zrozumiały dla przeciętnego obywatela” – nie stanowi takiej odpowiedzi propozycja powołania komisji, która miałaby za zadanie sformułowanie kluczowych pytań z punktu widzenia *strategii*.

W czasach „słusznie minionych”, gdy nie wiadomo, jak się zachować, powoływano komisje. Nikt wówczas indywidualnie nie ponosił odpowiedzialności za podjęte decyzje, one zapadały kolektywnie. Dzisiejsze czasy, nie wiem, czy trudne, nie mam odniesienia, nie żyłem w innych, nie pozwalają na taką wygodę. Nie zgadzam się także ze stwierdzeniem, że kształt owej mitycznej adwokatury ma być zrozumiały dla każdego „przeciętnego obywatela” – jeżeli coś jest dla wszystkich, jest dla nikogo – nie stawia żadnych wymagań, pozwala biernie płynąć z prądem, staje się konformistyczne.

Dzisiejsza adwokatura nie potrzebuje w mojej ocenie nowej strategii, potrzebuje natomiast działań, które pozwolą na zrealizowanie celów istnienia adwokatury, przedstawionych w ustawie Prawo o adwokaturze i Kodeksie etyki adwokackiej. Potrzebuje, aby każdy członek palestry odpowiedział sobie na pytanie, czym dla mnie jest adwokatura, czy jej potrzebuję? Pozytywna odpowiedź na to pytanie pozwoli postawić kolejne, jak to z plakatu mobilizacyjnego „co możesz zrobić dla Ameryki?”, czy może lepiej, co zrobisz?

Podczas rozmów z wieloma członkami mojej Izby często spotykam się z głosami, że samorząd jest niepotrzebny, że stanowi nadmierne obciążenie, że nic nie daje swoim członkom, że nie ma żadnych uprawnień poza automatycznym wpisem na listę osób z kręgu określonego przez ustawodawcę. Wielu nie zgadza się ze stwierdzeniem, że „brak samorządu powodowałby wzmocnienie państwa w relacji do pojedynczego adwokata”, skoro korporacja – tak sami często o sobie mówimy – nie potrafiła, w powszechnej ocenie adwokatów, obronić swoich uprawnień, jak może bronić praw swoich członków, a poza tym, jak powiedział ów młynarz do króla Fryderyka Wielkiego: „są jeszcze sądy w Berlinie”. Rzadko przekonuje argument, że każdy stan, który stracił swoje sądownictwo, popadał w uzależnienie od silniejszych.

Przyznaję, że staram się śledzić na bieżąco wszelkie informacje o działaniach adwokatów,

ry, nie znajduję ich jednak zbyt wiele, a czasy, gdy „ciszej jedziesz, dalej stajesz” minęły w działalności publicznej bezpowrotnie. Jakie informacje poza tymi, które podawane są w „Palestrze” czy internetowych wiadomościach adwokackich, są powszechnie dostępne? W jaki sposób mają dotrzeć do „przeciętnego obywatela”?

Adwokatura, jak Michał Wołodyjowski, ma dwa wyjścia: albo ludzie będą się z niej śmiali, albo będą się jej bali. Nie chcę, aby ktokolwiek bał się adwokatury, chcę, aby była szanowana. Nie będzie zaś szanowana, jeżeli nie stanie po stronie praw i wolności obywatelskich, chociażby było to niepopularne, czy gorzej – śmieszne.

Stąd też nie jest dla mnie zrozumiała wypowiedź mec. Gutowskiego udzielona dziennikarzowi „Dziennika Gazety Prawnej” 31 marca 2015 r. w artykule *Lepiej, by palestra nie dyskutowała* – „(...) w ocenie większości członków NRA ogół adwokatów i aplikantów nie powinien budować swojego samorządu (...)” – mam nadzieję, że wypowiedź ta nie była autoryzowana, jest ona zestawiona z pytaniami w rodzaju: „czy prowadzić akcję wizerunkową adwokatury?”, „czy potrzebne jest wzmocnienie szkolenia zawodowego?”, „czy zamierzamy przeciwdziałać potencjalnemu odpływowi adwokatów do konkurencyjnego samorządu?”. Między innymi tych pytań Naczelna Rada Adwokacka nie zgodziła się zadać członkom palestry, i co wywołało aż taką reakcję mec. Gutowskiego.

Dziwiłbym się, gdyby takie pytania zostały postawione, bo jaka może być na nie odpowiedź:

– na pierwsze z przykładowych pytań, a co do tej pory robią członkowie Naczelnej Rady Adwokackiej, czy nie prowadzą akcji wizerunkowej adwokatury, czy każdy z nas nie jest w miniaturze obrazem adwokatury, czy przez pryzmat zachowania każdego adwokata i aplikanta nie jest oceniana adwokatura;

– na drugie, czy jestem tak zadufany w sobie, że nie widzę zmieniającego się świata, w tym tworzonych w iście „stachanowskim



tempie” prawa i konieczności ciągłej nauki, a może nauka „to nie na moją głowę”;

– na trzecie – nie jesteśmy sektą, skupiamy wolnych ludzi decydujących o sobie, mamy tworzyć warunki, aby chcieli u nas zostać. Jeżeli zaś ktoś uważa, że w innym miejscu będzie miał lepiej – to wszędzie dobrze, gdzie nas nie ma.

W mojej ocenie żadne z pytań nie przybliży nas do opracowania owej „strategii”.

Uważam, że adwokatura nie potrzebuje opracowywania strategii, potrzebuje powrotu do roli, dla której została ustanowiona – udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa – to jest strategia adwokatury.

Stojąca na straży praw i wolności adwokatura nie boi się powiedzieć: „*non possumus*”, nie boi się podnieść rzuconej rękawicy. Nie boi się zapytać, jeżeli zamordowanie 100 000, 200 000, 300 000 Polaków tylko z tego tytułu, że byli Polakami, nie jest zbrodnią ludobójstwa, to co nią jest, na przykładzie „sejmowych kilometrów” nie boi się zapytać o równość wobec prawa osób prawo tworzących i drobnego przedsiębiorcy, nie boi się zapytać, dlaczego od jednych wystarczy oświadczenie, inni zaś muszą szczegółowo rozliczać każdy przejechany kilometr. Taka adwokatura nie boi się zapytać, dlaczego wysiłek obywatelski – głosy zebrane pod inicjatywą ustawodawczą, jest odrzucany, nie boi się zapytać, dlaczego przed terminem rozpatrzenia protestów wyborczych przedstawiciele trzech sądów stwierdzają o wyborach,

ma odwagę zapytać, co stało się złego, że jedna piąta głosów oddanych w ostatnich wyborach jest nieważna. Umie zawołać: „*pro dubio in reo*”, bo skoro jest spór co do chwili, gdy zaczyna się ludzkie życie... – nie boi się zarzutu, że to polityczne pytania, bo i brak ciepłej wody może być kwestią polityczną. To wszystko to ochrona praw i wolności obywatelskich – zadanie adwokatury.

Taka – moja – adwokatura z nadzieją walczy na wałach Jasnej Góry, nie zaś tkwi w bez nadziei okopów Świętej Trójcy, nie czeka, aż ktoś wejdzie i powie: „Bar wzięty”, i nie jest to bar w pubie za rogiem.

Taka adwokatura szanuje każdą konkurencję, chyli czoła – nie staje na baczność – przed osobami, które mają wizję, na jakimkolwiek polu, i tę wizję realizują. Taka adwokatura nie boi się żadnej konkurencji, bo walczy w słusznej sprawie.

Powtórzę po raz kolejny, adwokatura nie potrzebuje pytań, potrzebuje powrotu do tego, co ważne. Problem nie tkwi w konkurencji radców prawnych, doradców prawnych, podatkowych, rzeczników patentowych, syndyków, rzesz bezpłatnych porad prawnych udzielanych w biurach poselskich lub innych. Problem tkwi w społecznym wizerunku adwokatury, w nas samych, ile i co jesteśmy w stanie poświęcić dla realizacji misji naszego zawodu? A może tej misji już nie ma, a my staliśmy się tylko jedną z gałęzi gospodarki – bo jak inaczej rozumieć sens zadania pytania o konieczność działania na rzecz bezwzględnego przestrzegania tajemnicy zawodowej.

Wojciech Zwierzchowski

## TABLE OF CONTENTS

<i>Jarosław Warylewski</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, University of Gdańsk (Gdańsk) The legal professional privilege and conditions of criminal liability for its infringement (disclosure) .....	7
<i>Radosław Baszuk</i> , advocate (Warszawa) The influence of the amendment to the Advocates Act and the Criminal Procedure Code on the advocates disciplinary proceedings model .....	17
<i>Bartosz Kędziński</i> , assistant of University of Gdańsk (Gdańsk) Fighting Poland Sign – public insults problem .....	41
<i>Piotr Poniatowski</i> , advocate’s trainee (Lublin) Active repentance in attempted crime (part 1) .....	46
<i>Kazimierz Postulski</i> , retired judge of Court of Appeal (Lublin) Amendments to the execution of the fine penalty in force from 1 <sup>st</sup> July 2015 .....	55
<i>Magdalena Aksamitowska-Kobos</i> , candidate for doctor’s degree of University of Silesia (Katowice) Polish citizens’ applications for legal help, forwarded abroad, in proceedings in front of foreign courts .....	64
<i>Marek Derlatka</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of State Higher Vocational School (Sulechów) Social harmfulness of pretending to be a public officer .....	81
<i>Filip Cieply</i> , Ph.D., senior lecturer of Catholic University of Lublin (Lublin), <i>Krzysztof Hoffmann</i> , student of Adam Mickiewicz University (Poznań) Trance and possession disorder and assessment of criminal accountability .....	85
<i>Marta Romańska</i> , judge of Supreme Court (Warszawa) The application of action for a declaratory judgment (art. 189 of the Code of Civil Procedure) in contractual relationships .....	94
<i>Bartosz Stelmach</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) Interpretation of nullity – selected problems .....	110
<i>Artur Krzysztof Kruszewski</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Warsaw University (Warszawa) The need for amendment of the regulations governing the form of declarations of will .....	118
<i>Tomasz Marek</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) The effects of the abstract control of the provisions of the standard contracts .....	123
<b>POINTS OF VIEW</b>	
<i>Piotr Zaporowski</i> , candidate for doctor’s degree of University of Wrocław (Wrocław) Should an entrepreneur not be able to act under different firms? .....	135
<i>Dariusz Michta</i> , advocate, Ph.D. (Będzin) Can a board of directors represent a limited liability company in a lawsuit concerning social insurance where the parties are the company and its board’s member? .....	149
<b>GLOSSES</b>	
<i>Zygmunt Kukuła</i> , Ph.D. (Bielsko-Biała) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Wrocław of 21 <sup>st</sup> January, 2014, II Aka 123/14 [on the criteria of a judicial fraud] .....	153

<i>Magdalena Kowalewska</i> , Ph.D., University of Szczecin (Szczecin)	
Gloss to the sentence of Court of Appeal in Łódź of 30 <sup>th</sup> January, 2014, II Aka 251/13 [on the intention of murder] . . . . .	158
<i>Kamil Siwek</i> , student of Adam Mickiewicz University (Poznań)	
Gloss to the decision of Supreme Court of 20 <sup>th</sup> November, 2013, II KK 184/13 [on obligatory extraordinary mitigation of punishment] . . . . .	162
<i>Marcel Góra</i> , legal adviser's trainee, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University, (Kraków)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 16 <sup>th</sup> May, 2012, III CSK 227/11 [on the failure to provide a patient with accessible information about the operation] . . . . .	169
<i>Katarzyna Szczepańska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 6 <sup>th</sup> November, 2014, II CSK 53/14 [on the agreement of the usufruct of shares in a limited liability company excluding a possibility of deriving benefits] . . . . .	176
<b>RECENT CASE-LAW</b>	
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court's case-law . . . . .	185
<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań)	
Review of Constitutional Tribunal's case-law (December 2014–January 2015) . . . . .	191
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa)	
European Court of Human Rights – review of case-law (January–March 2015) . . . . .	196
<b>LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS</b>	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Can a former tenant defend themselves with an allegation of an abuse of the substantive right against a claim to restore the property to its original state? . . . . .	199
<b>QUESTION ABOUT DEFENCE</b>	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Warsaw University (Warszawa)	
Can failing by the court to make use of the right to adduce evidence be a subject of appeal control in the amended criminal procedure? . . . . .	201
<b>ROAD ACCIDENTS</b>	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa)	
Culpable hit of a female pedestrian . . . . .	207
<b>LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES</b>	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
<i>Scripta manent</i> , or on the art of professional speech . . . . .	211
<b>AFTER THE READING</b>	
<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	
<i>I wish I had known Him</i> . . . . .	215
<b>TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD</b>	
<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków)	
An intimate motive (part 3). Dirty doings of an artsy dreamer . . . . .	217
<b>THE HISTORY OF THE BAR</b>	
<i>Ryszard Szawłowski</i> , Prof. LL.D. (Warszawa)	
Rafał Lemkin. A Warsaw lawyer (1934–1939), a creator of the concept of “genocide” and	

a main architect of the convention of 9 <sup>th</sup> December 1948 (“Lemkin’s Convention”). On 55 <sup>th</sup> death anniversary. Part II: The one-year Swedish <i>interlude</i> 1940–1941 and the American years 1941–1948 . . . . .	223
<b>SYMPOSIA AND CONFERENCES</b>	
<i>Marzena Andrzejewska</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków), <i>Maciej Andrzejewski</i> advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) A scientific conference “A dualistic model or two models. Consensual vs. adversarial system in criminal procedure”, Kraków, 14 <sup>th</sup> –15 <sup>th</sup> March 2015 . . . . .	251
<i>Małgorzata Kożuch</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of Jagiellonian University (Kraków) First Competition Law Congress, Warsaw, 13 <sup>th</sup> –15 <sup>th</sup> April 2015 . . . . .	254
<b>THE BAR CHRONICLE</b>	
From the meetings of Polish Bar Council’s Presidium . . . . .	256
<b>VARIA</b>	
The meeting of the European Bar Human Rights Institute (IDHAE), Paris, 20 <sup>th</sup> March 2015 <i>Zbigniew Cichoń</i> , advocate (Kraków) . . . . .	258
“Crystal Hearts” for the Toruń lawyers <i>Wiktor Indan-Pykno</i> , advocate, dean of District Bar Council (Toruń) . . . . .	259
The Polish Bar’s delegation honoured the memory of the lawyers murdered in Katyn and the victims of the Smolensk catastrophe <i>Izabela Matjasik</i> , Press Office of Polish Bar Council (Warszawa) . . . . .	260
The Annual Meeting of the Polish Section of the International Commission of Jurists – presentation of awards in the “European Judge” Contest <i>AJR</i> (Warszawa) . . . . .	261
Jan Karski, Franciszek Zieliński and “Skaldowie” <i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa) . . . . .	263
A Meeting of the Łódź Alliance of the Self-Governments of Professions of Public Trust, 11th April 2015 . . . . .	266
<b>LETTERS TO THE EDITORS</b>	
A couple of words about the need for the strategy of the Bar. In reference to the article of Prof. Maciej Gutowski, advocate, entitled <i>Questions about the future of the Bar</i> <i>Wojciech Zwierzchowski</i> , advocate (Kielce) . . . . .	267

# DAŁ POLSCE WOLNOŚĆ, GRANICE, MOC I SZACUNEK

*(Prezydent Ignacy Mościcki nad trumną Marszałka)*

## PRZEMÓWIENIE JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO W LUBLINIE

*(11 stycznia 1920 r.)*

Polska, jeżeli chce być silną nie na uroczystościach, nie przy kielichu wina, lecz w codziennej pracy, w codziennym życiu, w codziennych wspólnych kłopotach, w codziennym słuchaniu ogólnych i zjednoczonych praw, Polska musi być zjednoczona i Polska musi być jednością.

## PRZEMÓWIENIE JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO W WINNICY

*(17 maja 1920 r.)*

Polska i Ukraina przeżyły ciężką niewolę. Oba te kraje należą do tych, na których panował stały terror. Już dziecko uczono tutaj, aby trzymało na uwierzy swe myśli. Niewola i prześladowanie były stałym udziałem obydwu krajów. Wolna Polska nie może być istotnie swobodną, dopóki naokoło panuje wciąż hasło niewolniczego poddawania woli narodowej przemocy terroru. Polska, osiągnąwszy największy skarb na ziemi, tj. wolność, zdecydowała się odrzucić wszystko to, co wolności zagraża, jak najdalej od swych granic.

I w błysku naszych bagnatów i naszych szabel nie powinniście widzieć nowego narzucania cudzej woli. Chcę, abyście w nim widzieli odbłysek swej wolności. Ataman wasz w pięknej swej odezwie obiecał zwołać jak najprędzej wolny sejm w wolnej Ukrainie.

Szcześliwym będę, kiedy nie ja – mały sługa swego narodu – ale przedstawiciele sejmu polskiego i ukraińskiego ustanowią wspólną platformę porozumienia. W imieniu Polski wznoszę okrzyk: Niech żyje wolna Ukraina!

## TOAST MARSZAŁKA NA CZEŚĆ PREZYDENTA RZECZYPOSPOLITEJ GABRIELA NARUTOWICZA

*(14 grudnia 1922 r.)*

Panie Prezydencie Rzeczypospolitej!

Czuję się niezwykle szczęśliwym, że pierwszy w Polsce mam wysoki zaszczyt podejmowania w moim jeszcze domu i w otoczeniu mojej rodziny pierwszego obywatela Rzeczypospolitej Polskiej.

Panie Prezydencie, jako jedyny oficer polski służby czynnej, który dotąd nigdy przed nikim nie stawał na baczność, staję oto na baczność przed Polską, którą Ty reprezentujesz, wznosząc toast: Pierwszy Prezydent Rzeczypospolitej niech żyje!

*W numerze między innymi:*

## JAROSŁAW WARYLEWSKI

Tajemnica adwokacka i odpowiedzialność karna  
za jej naruszenie (ujawnienie)

## RADOSŁAW BASZUK

Wpływ nowelizacji Prawa o adwokaturze  
oraz Kodeksu postępowania karnego na model  
adwokackiego postępowania dyscyplinarnego

## KAZIMIERZ POSTULSKI

Zmiany dotyczące wykonywania kary grzywny  
obowiązujące od 1 lipca 2015 r.

## MARTA ROMAŃSKA

Wykorzystanie powództwa o ustalenie  
(art. 189 k.p.c.) w stosunkach umownych

## ARTUR KRZYSZTOF KRUSZEWSKI

Potrzeba nowelizacji regulacji  
dotyczącej formy oświadczeń woli

## PIOTR ZAPOROWSKI

Czy przedsiębiorca nie powinien  
móc działać pod różnymi firmami?

## BARTOSZ KĘDZIERSKI

Publiczne znieważenie Znaku Polski Walczącej