



lipiec

# PALESTRA

7/2024

Pismo Adwokatury Polskiej

---

od 1924 roku



100-lecie  
PALESTRY

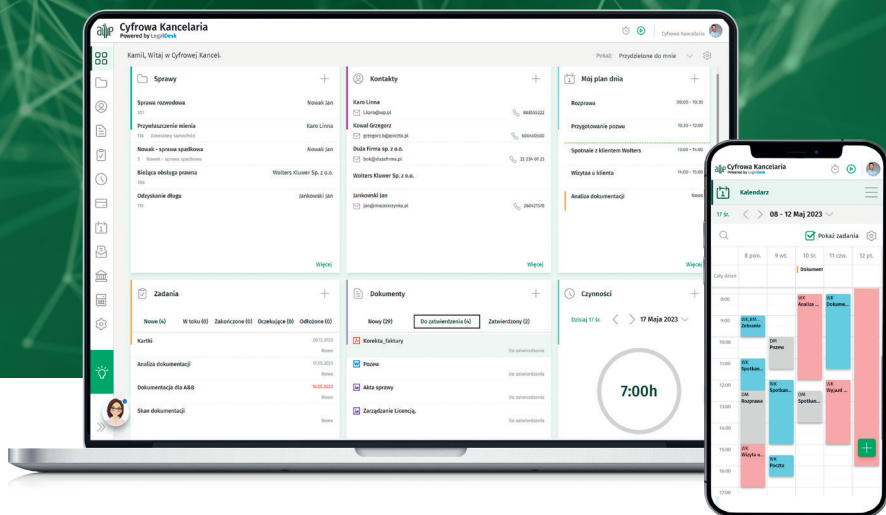


**PALESTRA**

Pismo Adwokatury Polskiej

# Teraz możesz zyskać więcej!

## Cyfrowa Kancelaria + LEX w specjalnej ofercie



### Cyfrowa Kancelaria

Aplikacja do  
zarządzania kancelarią

- pobieranie danych z PISP
- rejestrowanie czasu pracy
- zarządzanie zadaniami i współdzielenie dokumentów
- pobieranie danych z GUS
- rozliczanie klientów

**Już od 15 zł/mies.**

2 pierwsze miesiące bezpłatnie

### LEX dla użytkowników Cyfrowej Kancelarii

System Informacji Prawnej

- baza aktów prawnych i orzecznictwa prawa polskiego i EU
- komentarze kanon ze wszystkich dziedzin prawa
- LEX Kompas Orzeczniczy 2.0
- moduły dodatkowe z wybranej dziedziny prawa

**Już od 199 zł/mies.**

  
ADWOKATURA  
POLSKA

  
Wolters  
Kluwer

Sprawdź szczegóły  
**www.LEX.pl**



7/2024



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---

Rok LXIX nr 800



ADWOKATURA  
POLSKA

## Szanowni Czytelnicy!

W siódmym numerze „Palestry” w jubileuszowym roku obchodów 100-lecia Pisma Adwokatury Polskiej dominują kwestie związane z pracą i wykonywaniem zawodu adwokata, a także wątki karnistyczne związane z aktualnymi problemami i wyzwaniami w obszarze prawa karnego. W aktualnym numerze „Palestry” można przeczytać artykuły: adw. Piotra Rachwała pt. *Aksjologia roty ślubowania adwokackiego i pojęcie pracy adwokata*, prof. dr. hab. Jana Widackiego oraz dr Anny Szuba-Boroń pt. *Czy zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia osiągnęła zamierzony skutek?*, dr. hab. Szymona Tarapaty pt. *Wybrane uwagi o standardach przypisywania sprawstwa przestępstw fakturowych związanych z działalnością zorganizowanej grupy przestępczej*, dr Dominiki Bek - *O (nie)dopuszczalności skierowania sprawy karnej do mediacji na etapie postępowania przygotowawczego w fazie in rem*, adw. Małgorzaty Gemen pt. *Odrzucenie spadku w imieniu małoletniego – aspekt transgraniczny a nowelizacja art. 101 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, adw. dr. Jarosława Marciniaka pt. *Ochrona trwałości stosunku pracy osób odbywających czynną służbę wojskową*, a także Michaliny Kruszyńskiej pt. *Wykorzystanie prawniczych spółek kapitałowych jako innowacyjna forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego*. Ponadto w numerze 7/2024 „Palestry” na Czytelników w dziale Szpalty pamięci czeka wspomnienie o adw. Jakubie Jacynie autorstwa adw. Wojciecha Bergiera.

**Redaktor naczelny:** Michał Bieniak; **Sekretarz redakcji:** Adam Koziń;

**Redaktor języka angielskiego:** Anna Setkowicz;

**Członkowie Kolegium Redakcyjnego:** Stanislav Balik, Zbigniew Banaszczyk, Jacek Barcik, Wojciech Bergier, Józef Forystek, Piotr Fiedorczyk, Lech Gardocki, Paweł Gieras, Roman Hauser, Joseph Hoffmann, Krzysztof Kostański, Andrzej Kubas, Jan Kuklewicz, Katalin Ligeti, Erik Luna, Frank Meyer, Kamila Mrozek, Dariusz Mucha, Marek Antoni Nowicki, Piotr Ochwat, Szymon Pawelec, Krzysztof Piesiewicz, Piotr Piesiewicz, Krzysztof Pietrzykowski, Jerzy Pisuliński, Paweł Podrecki, Janusz Raglewski, Anna Rakowska-Trela, Stanisław Rymar, Marek Safjan, Philippe Sands, Piotr Sendecki, Elżbieta Skowrońska, Tomasz Sójka, Monika Strus-Wołos, Maciej Szpunar, Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Dariusz Świecki, Jaromir Tauchen, Stephen C. Thaman, Andrzej Tomaszek, Józef Wójcikiewicz, Maria Zabłocka, Stanisław Zabłocki, Jerzy Zajadło, Piotr Zientarski, Jerzy Zięba

**Wydawca:** Naczelna Rada Adwokacka, ul. Świętojerska 16/33, 00-202 Warszawa

**Kontakt do redakcji:** tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35, e-mail: redakcja@palestra.pl

Nakład 500 egz. ISSN: 0031-0344, indeks 36851

**Projekt i przygotowanie okładki:** Michał Kupidura – qpidu.com; **Skład, łamanie i druk:** 811 sp. z o.o.

## Spis treści

### OD REDAKCJI

**Michał Bieniak**

*Neminem captivabimus nisi iure victum*.....5

### ARTYKUŁY

**Piotr Rachwał**

*Aksjologia roty ślubowania adwokackiego i pojęcie pracy adwokata*.....7

**Jan Widacki, Anna Szuba-Boroń**

*Czy zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia osiągnęła zamierzony skutek?*.....25

**Szymon Tarapata**

*Wybrane uwagi o standardach przypisywania sprawstwa przestępstw fakturowych związanych z działalnością zorganizowanej grupy przestępczej*.....48

**Dominika Bek**

*O (nie)dopuszczalności skierowania sprawy karnej do mediacji na etapie postępowania przygotowawczego w fazie in rem*.....74

**Małgorzata Gemen**

*Odrzucenie spadku w imieniu małoletniego – aspekt transgraniczny a nowelizacja art. 101 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*.....91

**Jarosław Marciniak**

*Ochrona trwałości stosunku pracy osób odbywających czynną służbę wojskową*.....102

**Michalina Kruszyńska**

*Wykorzystanie prawniczych spółek kapitałowych jako innowacyjna forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego*.....116

SZPALTY PAMIĘCI

**Wojciech Bergier**

*Adwokat Jakub Jacyna 1963-2024.....130*

## Neminem captivabimus nisi iure victum

*Neminem captivabimus nisi iure victum* (nikogo nie uwięzimy bez wyroku sądowego) - taki przywilej nadał polskiej szlachcie Władysław Jagiełło. Przywilej, który następnie rozszerzył na całą ludność ówczesnego Królestwa Polskiego, nie kto inny, jak Aleksander I w Konstytucji z 1815 roku. Oczywiście gwarantuje nam go również aktualnie obowiązująca Konstytucja.

Zbyt często przechodzimy nad tą zasadą do porządku dziennego, uznając że przepisy Konstytucji oraz kodeksu postępowania karnego załatwiają temat. My, adwokaci, powinniśmy jednak mieć świadomość, że przepis jest dopiero początkiem, a nawet najlepszy przepis nic nie pomoże, jeżeli praktyka będzie wadliwa. Powinna nam o tym przypomnieć pewna głośna sprawa wniosku o tymczasowe aresztowanie, która wywołała populistyczną awanturę po dwóch stronach politycznej barykady.

Nie będę się wypowiadał na temat tamtej sprawy, bowiem mój śp. Ojciec mawiał, żeby się nie wypowiadać, dopóki nie zapoznamy się z aktami. Chciałbym natomiast tę sytuację wykorzystać do refleksji nad samą instytucją tymczasowego aresztowania w prawie polskim. Jak wskazuje raport Fundacji Court Watch Polska odsetek akceptowanych przez sądy wniosków o tymczasowe aresztowanie oscyluje wokół 85-90%<sup>1</sup>. W apelacji rzeszowskiej średnia ta jest blisko 100% (97,5%)<sup>2</sup>.

Gdybym nie był adwokatem wykonującym zawód blisko 20 lat, uwierzyłbym – być może – że to wynik dobrej pracy Prokuratury lub jej powściągliwości w składaniu wniosków o tymczasowe aresztowanie. Jednak mam tyle lat doświadczenia, więc na pewno w to nie uwierzę i nie będę w tym zakresie wyjątkiem.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka opublikowała nawet swego czasu raport o wiele znaczącym tytule „O standardzie, który się nie przyjął (w Polsce). Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania w świetle przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”<sup>3</sup>. Zgodnie z tym raportem, w 2022 roku mieliśmy w Polsce 8.453 tymczasowo aresztowanych<sup>4</sup>. Według stanu na 26 lipca 2024 r. w jednostkach

1 B. Pilitowski (w.): B. Pilitowski, A. Rekowska, Z. Branicka, J. Michalski, M. Hoffman, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w Polsce. Wyniki badań ilościowych i jakościowych*, Toruń 2024, s. 122.

2 B. Pilitowski (w.): B. Pilitowski, A. Rekowska, Z. Branicka, J. Michalski, M. Hoffman, *Stosowanie (...)*, s. 124.

3 P. Kładoczny (red.), *O standardzie, który się nie przyjął (w Polsce). Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania w świetle przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2023.

4 P. Kładoczny (w.): P. Kładoczny (red.), *O standardzie, który się nie przyjął (w Polsce). Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania w świetle przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2023, s. 35.

penitencjarnych przebywa: 8.164 tymczasowo aresztowanych i 62.591 skazanych<sup>5</sup>. Oznacza to, że istotnie więcej niż 10% osób pozbawionych wolności, zostało jej pozbawionych, będąc formalnie osobami niewinnymi. Za każdym tymczasowym aresztowaniem osoby faktycznie niewinnej kryją się natomiast dramaty osobiste aresztowanego, ale również jego najbliższych.

Jeżeli Polska chce faktycznie być państwem prawa, to zmiany muszą ulec nie tylko przepisy, albo nawet – nie tyle przepisy, co mentalność sędziów i prokuratorów. My, adwokaci, powinniśmy być natomiast pierwszymi, którzy będą patrzeć prokuraturze i sądom na ręce w zakresie praktyki stosowania tymczasowego aresztowania. Niezależnie od tego, kto aktualnie znajduje się u władzy, i kogo dotyczy wnioski aresztowy. Inaczej nasze prawo do wolności osobistej stanie się lub już jest – iluzoryczne.

***adw. dr Michał Bieniak***

redaktor naczelny miesięcznika „Palestra”

---

<sup>5</sup> Centralny Zarząd Służby Więziennej, Informacja o zaludnieniu jednostek penitencjarnych z 26.7.2024 r., BEW.0335.30.2024.JL, dostępny na stronie: <https://sw.gov.pl/strona/Statystyka>.



**Pojęcia kluczowe:** *ślubowanie, praca adwokata, aksjologia, wartości, sumienność, gorliwość, godność, uczciwość, słusność, sprawiedliwość społeczna*

**Piotr Rachwał**

## **Aksjologia roty ślubowania adwokackiego i pojęcie pracy adwokata**

### **ABSTRAKT**

W opracowaniu omówione zostały wartości zawarte w ślubowaniu adwokackim, którego złożenie stanowi warunek konieczny rozpoczęcia wykonywania zawodu adwokata. Są nimi: godność, uczciwość, słusność i sprawiedliwość społeczna, które to obowiązują zarówno w życiu zawodowym, jak i prywatnym adwokata. Mimo iż wspomniane wartości są często przywoływane w życiu korporacyjnym, jak i w sądownictwie dyscyplinarnym, to nie doczekały się do tej pory szerszego omówienia ich znaczeń. Ponadto w artykule omówiono cechy takie jak sumienność i gorliwość, które to powinny charakteryzować wykonywanie obowiązków oraz pracę adwokata. Została zwrócona uwaga, że takie ustawowe wymagania niosą za sobą konsekwencje kontraktowe, jak i mają znaczenie przy ocenie miernika staranności. Dodatkowo spróbowano zaproponować definicję pracy adwokata, która nawiązuje do przedmiotu działalności, jej celów, przy jednoczesnym uwzględnieniu ogólnoludzkich potrzeb adwokata jako człowieka. W opracowaniu wykorzystano także pozaprawne źródła, zwłaszcza filozoficzne. Artykuł został stworzony przede wszystkim w nawiązaniu do deontologii zawodu adwokata, co może wspomóc sądownictwo dyscyplinarne przy ocenie analizowanych czynów przez pryzmat dochowania wierności rocie ślubowania adwokackiego.

Co roku tysiące adwokatów i aplikantów adwokackich składa ślubowanie. Powtarzają tekst, który wcześniej wypowiedziały dziesiątki tysięcy osób. Czy wypowiadając tekst ślubowania, wszyscy są świadomi, jakich wartości przyrzekają dochować? Czy znane jest ich znaczenie? Czy sądownictwo dyscyplinarne korzysta z aksjologii roty ślubowania adwokackiego? Na te i na inne pytania postaram się odpowiedzieć w tym artykule.

## I. WSTĘP

Rota ślubowania jest tekstem podniosłym, którego treść wybija się literacko spośród innych norm prawnych. Może nie jest to tekst, który można by przyrównać do Preambuły Konstytucji RP<sup>1</sup>, ale niewątpliwie jest to tekst ważki<sup>2</sup>. Wobec przywołania w nim wartości takich jak gorliwość, sumiennosc, legalność, godność, uczciwość, słusność i sprawiedliwość ma charakter idealistyczny, z którym zawsze będzie się można mierzyć.

Jedynie dla porządku należy przytoczyć obowiązującą treść ślubowania adwokackiego:

*Ślubuję uroczyście w swej pracy adwokata przyczyniać się ze wszystkich sił do ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki swe wypełniać gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, zachować tajemnicę zawodową, a w postępowaniu swoim kierować się zasadami godności, uczciwości, słusności i sprawiedliwości społecznej.*

Mimo że ustroj Państwa się zmienia, świat ulega niewyobrażalnym przemianom, to wartości wyrażone w rocie ślubowania adwokackiego pozostają niemal niezmiennie<sup>3</sup>. Obecna treść ślubowania najbardziej zbliżona jest do tych, które składane były po 1950 r. Ustawy z 27.06.1950 r.<sup>4</sup> oraz 19.12.1963 r.<sup>5</sup> o ustroju adwokatury nie przewidywały ochrony praw i wolności obywatelskich, co było sprzężone z ówczesnymi zadaniami adwokatury ograniczonymi do współdziałania z sądami i innymi władzami w ochronie porządku prawnego oraz do udzielania pomocy prawnej zgodnie z prawem i interesem mas pracujących. Jednakże wartości, którymi kierować ma się adwokat, pozostały niezmiennie.

W II RP regulacje dotyczące Adwokatury odwoływały się do dobra Państwa Polskiego oraz godności stanu adwokackiego. W porównaniu do obecnej treści

1 W Preambule Konstytucji mowa o prawdzie, sprawiedliwości, dobru i pięknu, które to swoje źródło czerpią od Boga lub z innych źródeł. W końcowej części ponownie pojawia się nawiązanie do sprawiedliwości, ze wskazaniem, że między innymi na tej wartości oparta jest Konstytucja. Ostatecznie znajdujemy apel, aby stosowanie Konstytucji oparte było na dbałości o zachowanie przyrodzonej godności człowieka. Wartości te zostały powtórzone także w przepisach Konstytucji: sprawiedliwość w art. 2, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, a godność uregulowana została w art. 30 stanowiącym, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Mimo że wartości te są w rocie ślubowania adwokackiego, to nie oznacza, że ich wykładnia będzie tożsama w obydwu aktach prawnych.

2 Por. orz. WSD z 12.02.2022 r., sygn. akt WSD 23/21, w którym podkreśla się niebagatelne znaczenie rot ślubowania adwokackiego, która zawiera wszystkie najistotniejsze elementy (wartości) powiązane z zawodem adwokata.

3 G. Maroń, *Instytucja ślubowania adwokackiego w polskim porządku prawnym*, Instytucja\_slubowania\_adwokackiego\_w\_polskim\_porzadku\_prawnym.pdf (arslegis.org.pl) (dostęp: 31.01.2024 r.), który omawia także teksty ślubowania I RP i okresu zaborów.

4 Dz.U. z 1959 r. nr 8 poz. 41.

5 Dz.U. z 1963 r. nr 57 poz. 309.

ślubowania, gdzie mowa o kierowaniu się przez adwokata w jego postępowaniu zasadą godności, to sformułowanie w nich zawarte: „pomny godności stanu adwokackiego” stanowi cenną wskazówkę hermeneutyczną, która potwierdzi zaprezentowane poniżej socjologiczne rozumienie „godności adwokackiej”. Analiza treści roty ślubowania z okresu przedwojnia<sup>6</sup> zwraca uwagę, że wartość, jaką jest słusność, powiązana została ze spełnianiem obowiązków adwokata, w ramach których należało się kierować zgodnością z prawem i właśnie rzeczoną słusnością. Taka korelacja umożliwia łatwiejszą interpretację obecnie wyrażonej zasady słusności, gdzie zasada ta została powiązana nie z pracą adwokata, a z jego postępowaniem, czyli także sferą życia prywatnego, o czym mowa będzie jeszcze niżej. Wykonywanie obowiązków adwokackich zgodnie z prawem, ale przy jednoczesnej korekcie norm generalnych i ogólnych, w sytuacji, w której literalne ich stosowanie mogłoby prowadzić do niesprawiedliwości, stanowi kwintesencję klasycznie rozumianej zasady słusności, która raczej cechuje sferę zawodową adwokata, a nie jego postępowanie w życiu prywatnym. Oczywiście i w życiu prywatnym mogą zdarzyć się sytuacje, gdy konieczne będzie zastosowanie zasady słusności w celu skorygowania ustawowego bezprawia.

Podobnie zasady honoru i uczciwości, którymi adwokat powinien się kierować w swoim postępowaniu, czyli także w sferze życia prywatnego, mówią więcej niż posłuszenie się zasadami godności, uczciwości, słusności i sprawiedliwości społecznej. Jak widać, zasada uczciwości obowiązuje niezmiennie. Warto zadać sobie pytanie, czym jest honor i dlaczego ta wartość została wyeliminowana w ustawodawstwie komunistycznym. Honor to osobista godność człowieka, prawość moralna; doskonałość moralna człowieka zasadzająca się na posiadaniu pełni cnót, stanowiąca jedno z podstawowych dóbr osobowych; forma uznania i czci oddawanej osobie z racji jej autorytetu lub pełnionych funkcji<sup>7</sup>. Honor można rozpatrywać w znaczeniu podmiotowym i przedmiotowym. W znaczeniu podmiotowym wyraża poczucie się do określonej kategorii obowiązków, powinności wynikających z określonej sytuacji osobistej, społecznej lub zawodowej. W znaczeniu przedmiotowym honor oznacza dobre imię, szacunek, jakim cieszy się ktoś przestrzegający określonych reguł postępowania<sup>8</sup>. Jak widać, honor w znaczeniu przedmiotowym sprzężony jest ze znaczeniem podmiotowym i stanowi rezultat moralnego postępowania, na który trzeba sobie zasłużyć, ale który można także utracić. Biorąc pod uwagę etos zawodu adwokata, który

6 Por. art. 12 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 7.10.1932 r. Prawo o ustroju adwokatury oraz art. 65 ust. 1 ustawy z 4.05.1938 r. Prawo o ustroju adwokatury, których treść jest niemal identyczna i brzmi: „Pomny dobra Państwa Polskiego oraz godności stanu adwokackiego, przyrzekam uroczyście, że obowiązki adwokata spełniać będę zgodnie z prawem i słusnością, poświęcając się im z całą sumiennością i gorliwością, władzy okazywać będę poszanowanie, a w postępowaniu moim kierować się będę zasadami honoru i uczciwości”.

7 Z. Pańpuch, T. Zawojcka, *Honor* (w:) *Powszechna encyklopedia filozofii*, red. A. Maryniarczyk, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu (dostęp online: 30.01.2024 r.); Honor (gr. *time*, łac. *honor*) – cześć, uznanie, godność (ptta.pl).

8 Z. Pańpuch, T. Zawojcka, *Honor* (w:) *Powszechna encyklopedia...*

ustawodawca nazwał „godnością stanu adwokackiego”, należy uznać, że zachowanie adwokata nakierowane na misyjność prowadzić ma do uznania społecznego.

Zrezygnowanie przez ustawodawcę z ustawowego odwołania do wartości prawdopodobnie wynikało z żywego w kulturze polskiej zawołania „Bóg-Honor-Ojczyzna”<sup>9</sup> i dlatego doszło do zastąpienia go triadą: godności, uczciwości i sprawiedliwości społecznej. Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że współcześnie zarówno w języku normatywnym, jak i potocznym odchodzi się od pojęcia „honor” na rzecz pojęcia „godność”. Biorąc to pod uwagę, stosując wykładnię historyczną zasad postępowania adwokata, w pełni zasadne i usprawiedliwione będzie sięgnięcie do zasady honoru, która przynajmniej dla piszącego te słowa bardziej odpowiada sposobowi postępowania adwokata niż obecnie przywołana tetrada wartości.

Zanim przejdziemy do wykładni językowej, to nawiązać warto do wykładni systemowej i porównać rotę ślubowania z innymi zawodami prawniczymi, ze szczególnym uwzględnieniem roty powstałej później, a to rotę ślubowania radców prawnych. Przy ślubowaniu sędziów, notariuszy, komorników *in genere* należy zwrócić uwagę na odmienne zadania poszczególnych zawodów, co determinuje treść tekstu ślubowania. Zaczynając od ślubowania sędziowskiego – to sędzia w swoim postępowaniu powinien kierować się diadą: godności i uczciwości, natomiast obowiązki swoje powinien wykonywać sumiennie. Jak widać, wartości są tożsame, ale zostały przedstawione wężiej niż w rocie adwokackiej.

Rota ślubowania notariuszy jest niemal identyczna jak rota ślubowania komorników i nakłada na przedstawicieli tych zawodów obowiązek kierowania się w swoim postępowaniu zasadami godności, honoru i uczciwości, a powierzone obowiązki winni oni wypełniać zgodnie z prawem i sumiennie. Zwraca uwagę poświęcenie się wartością honoru, co można tłumaczyć tym, że ustawa Prawo o notariacie z 14.02.1991 r.<sup>10</sup> i poprzednio obowiązująca ustawa o komornikach sądowych z 29.08.1997 r.<sup>11</sup> uchwalane były, kiedy to powrót do wartości przedwojennych był powszechnie przyjęty.

Co się zaś tyczy ślubowania radców prawnych, to niewątpliwie wzorowane było ono na rocie adwokackiej, ale doszło w nim do kilku zmian, które zdają się interesujące w perspektywie wykładni rotę ślubowania adwokackiego. Zdziwiająca jest, że w rocie ślubowania mowa o „wykonywaniu zawodu radcy prawnego” w sytuacji, w której w rocie adwokackiej mowa o „pracy adwokata”, mimo że to właśnie adwokatów dotyczy ustawy zakaz pozostawania w stosunku pracy. Po drugie, praca zawodowa ograniczona została do „przyczyniania się do ochrony i umacniania porządku

9 Zgodnie z uchwałą nr 39/2009 NRA z 19.06.2009 r. godłem Adwokatury jest srebrny orzeł w koronie wznoszący się do lotu, stojący na białej wstędze z dewizą „Prawo, Ojczyzna, Honor”, otoczony liśćmi wawrzynu i dębu.

10 Dz.U. z 2022 r. poz. 1799.

11 Dz.U. z 2018 r. poz. 1309. Obecnie obowiązująca ustawa z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych przewiduje tożsamy tekst ślubowania, co jej poprzedniczka.

prawnego Rzeczypospolitej Polskiej” i nie objęła, podobnie jak u adwokatów, świadczenia pomocy prawnej, co jest podstawowym celem zawodu radcy prawnego i adwokata. W zakresie postępowania radcy posłużono się wartościami tożsamymi jak w ślubowaniu adwokackim: godnością i uczciwością, rezygnując ze słuszności, która raczej powinna dotyczyć wykonywania zawodu, a nie postępowania. Ponadto nawiązano wprost do obowiązku kierowania się zasadami etyki radcy prawnego, co znacznie poszerza zakres aksjologiczny wobec takiego odesłania<sup>12</sup>. Natomiast z perspektywy piszącego te słowa najciekawsze jest posłużenie się bezprzymiotnikową sprawiedliwością, w sytuacji, w której właśnie taką idiomatyczną sprawiedliwością<sup>13</sup> posługuje się zarówno Konstytucja, jak i rota ślubowania adwokackiego.

Wartością jest coś, co budzi oceniające uznanie człowieka. Słowo „wartość” zyskało status terminu filozoficznego u schyłku XIX w. za sprawą Kanta i Nietzschego. Dociekania nad wartością – jako tym, co cenne, godne, ważne, znaczące, użyteczne, a przez to zobowiązujące (powinne) – dały początek teorii wartości (E. von Hartmann) czy też aksjologii (P. Lapie). Aksjologia w tradycji filozofii krytycznej (idealizmu) to nauka o tym, co cenne (godne, ważne) i powinno w ludzkim działaniu<sup>14</sup>. Dlatego w rocie ślubowania adwokackiego wartościami będą: gorliwość, sumienność, legalność, godność, uczciwość, słuszność i sprawiedliwość społeczna.

## II. DEFINICJA POJĘCIA PRACY ADWOKATA

W pierwszej kolejności pojawia się potrzeba odniesienia do pierwszych słów przyrzeczenia adwokackiego, które mówią o „pracy adwokata”. Wykładnia tej części przepisu musi pozostawać w zgodzie z art. 4b ust. 1 pkt 1 Pr.adw.<sup>15</sup>, który stanowi, że „adwokat nie może wykonywać zawodu, jeżeli pozostaje w stosunku pracy”. Stosunek pracy definiuje zaś art. 22 k.p., który stanowi, że „przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem”. Kwestia aksjologii tego uregulowania jest ciągłym przedmiotem dyskusji w środowisku adwokackim i z uwagi na zakres tego opracowania nie będzie jej poświęcona uwaga. Dlatego pojawia się pytanie, jak rozumieć posłużenie się przez ustawodawcę

12 Za takim rozwiązaniem *de lege ferenda* opowiada się G. Maroń, *Instytucja ślubowania adwokackiego...*: „Za celowe wypada uznać odesłanie do treści ślubowania adwokackiego w tekście Kodeksu Etyki Adwokackiej. Potwierdzałoby to dobitniej, iż rota ślubowania, mówiąca m.in. o zasadzie godności, uczciwości, słuszności, sprawiedliwości społecznej, gorliwości, sumienności, jest źródłem podstawowych zasad etyki adwokackiej, trzonu adwokackiej deontologii i etosu mecenasa”.

13 Mowa o sprawiedliwości społecznej.

14 M. A. Krąpiec, *Wartość* (w): *Powszechna Encyklopedia...* (dostęp online: 31.01.2024 r.); WARTOŚĆ – coś, co budzi oceniające uznanie człowieka (ptta.pl).

15 Ustawa z 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 poz. 1184), dalej Pr.adw.

pojęciem pracy adwokata w rocie ślubowania. Zwrócić należy uwagę, że ustawodawca w samej rocie posłużył się co do „czynności sprawczych” adwokata także określeniem „wypełnianiem obowiązków”, a w dalszej części ustawy „wykonywaniem zawodu adwokata”, którym to określeniem posługuje się w kontekście podziału na adwokatów wykonujących zawód i niewykonujących zawodu. Daje to podstawę do przyjęcia, że ustawodawca stawia znak równości pomiędzy pracą adwokata a wypełnianiem przez niego obowiązków i wykonywaniem zawodu adwokata. Jednak nie wyczerpuje to problemu konstrukcji definicji pracy adwokata. Jeżeli dokonanie wykładni językowej nie prowadzi do zadowalających rezultatów i skorzystanie z wykładni systemowej jest niemożliwe z uwagi na wyraźne wyłączenie, to konieczne jest ponowne zdefiniowanie, czym jest praca adwokata.

Pierwszym sposobem zdefiniowania pracy adwokata będzie sięgnięcie do samej rotacji i wskazanie na zawarte w niej cele adwokatury. Są nimi: przyczynianie się do ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacnianie porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Mamy tu ewidentne nawiązanie do art. 1 ust. 1 Pr.adw., który jako zadania adwokatury podaje właśnie ochronę praw i wolności oraz współdziałanie w kształtowaniu i stosowaniu prawa. Usprawiedliwione zdaje się przyjęcie, że pomiędzy nazwami „umacnianie porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej” a „współdziałanie w kształtowaniu i stosowaniu prawa” zachodzi stosunek równoważności. Natomiast art. 1 ust. 1 Pr.adw. jako pierwszy zakres kompetencji adwokatury podaje – udzielanie pomocy prawnej. Próżno szukać tego sformułowania w rocie ślubowania. Oczywiście nie sposób przyjąć, że cała aksjologia rotacji ślubowania nie obejmuje tak podstawowej części pracy adwokata, bo w ramach „wypełniania obowiązków” mieści się niewątpliwie udzielanie pomocy prawnej. Niemniej to znamienne, że ustawodawca w rocie ślubowania *expressis verbis* nawiązuje do innych zadań adwokatury, a nie do tego konkretnego. Być może ustawodawca w ten sposób na pierwszy plan wysunął misyjność zawodu adwokata, rozumianą jako honor w znaczeniu podmiotowym, czyli poczuwanie się do określonej powinności działania na rzecz społeczeństwa.

Zaproponowana definicja pracy adwokata, zrekonstruowana na podstawie celów, a to: udzielania pomocy prawnej, przyczyniania się do ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego, nie spełnia jeszcze kryteriów pełnej definicji. Wskazanie na różnicę w stosunku do innych samorządów prawniczych w postaci braku możliwości nawiązania stosunku pracy także nie jest wystarczające.

Dlatego proponuję następującą definicję pracy adwokata: jest to realizowanie osobowych potencjalności adwokata, polegających na posiadanej wiedzy, doświadczeniu zawodowym i życiowym, w celu umocnienia się we własnym bytowaniu (w aspektach: wegetatywnym, sensorywnym i rozumowym) i w celu udzielania pomocy

prawnej osobom trzecim, przyczyniania się do ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego<sup>16</sup>.

Złożone czynności rozumu wyróżniają człowieka ze świata przyrody. Adwokata powinna wyróżniać wiedza, którą zdobył w trakcie kształcenia akademickiego, aplikanckiego oraz doskonalenia zawodowego. Te dwa ostatnie umożliwiają także zdobycie wiedzy praktycznej, określanej doświadczeniem zawodowym. Zdobywanie wiedzy teoretycznej, a następnie praktycznej, przy dodatkowym zdobywaniu wiedzy ogólnej prowadzi do zdobywania doświadczenia życiowego. Życie człowieka jest zbyt krótkie, żeby na własnym doświadczeniu osiągnąć doświadczenie życiowe, które to jest między innymi kryterium oceny dowodów. Dlatego praktyka zawodowa pozwala zetknąć się z niezliczoną liczbą przypadków, które następnie można kategoryzować, co umożliwia lepsze wykonywanie pracy, w szczególności udzielanie pomocy prawnej. Nie można utożsamiać doświadczenia życiowego z doświadczeniem zawodowym. Relacja między nimi jest taka, w kontekście wykonywania pracy adwokata, że to doświadczenie życiowe umożliwia nam pogłębienie doświadczenia zawodowego. Natomiast zdobywanie doświadczenia życiowego w tym kontekście nie wynika na ogół z doświadczenia empirycznego, bowiem w pewnej kategorii wiedzy mogłoby się to równać co najmniej z popełnieniem deliktu dyscyplinarnego. Dlatego doświadczenie to zdobywa się poprzez kontakt ze sztuką, zwłaszcza literaturą, teatrem i filmem, gdzie spotykamy się ze stanami faktycznymi, w tym z opisem psychologicznym, co może być później wykorzystane w pracy zawodowej<sup>17</sup>. Dlatego realizowanie wspomnianych potencjalności adwokackich oparte jest na wiedzy teoretycznej, praktycznej i doświadczeniu życiowym.

Te trzy elementy potencjalności adwokata muszą mieć możliwość rozwoju, co wymaga ciągłego ich doskonalenia i pogłębiania. To z kolei prowadzi do prawa adwokata do rozwoju, co powinno być między innymi zapewniane przez samorząd adwokacki i samodoskonalenie się. Przy takim ujęciu jasne staje się, że doskonalenie zawodowe powinno obejmować także sferę doświadczenia życiowego, w tym inicjowania przez samorząd zawodowy życia kulturalnego. Sprzężona z tym zwrotnie powinna być wolność adwokata od hamowania lub uwsteczniania jego potencjalności, tych, które stanowią definiens pracy adwokata. Zakaz ten obejmować musi w szczególności innych uczestników wymiaru sprawiedliwości. W wykonywaniu pracy adwokat posługuje się swoim rzemiosłem, które można także nazwać sztuką<sup>18</sup>. Zwłaszcza widoczne jest to w pracy adwokata sądowego, który oprócz wiedzy, praktyki i doświadczenia musi mieć możliwość ich przedstawienia. Dlatego zgodnie z poziomem tych potencjalności oraz temperamentem i cechami osobowości, adwokaci prezentują zróżnicowany warsztat, który musi znaleźć szacunek u innych uczestników wymiaru sprawiedliwości.

16 M. A. Krąpiec, *Praca* (w:) *Powszechna encyklopedia...* (dostęp online: 31.01.2024 r.); *praca.pdf* (ptta.pl)

17 Kwestią tą zajmuje się ruch Law and Literature.

18 *Ius est ars boni et equi* – jedna z najstarszych i najpiękniejszych definicji prawa autorstwa Ulpiana.

Mimo że postępowania sądowe cechuje co do zasady kontradyktryjność, to strony powinna cechować wzajemna lojalność. Kontradyktryjność powinna sprowadzać się do podważania wiedzy teoretycznej drugiej strony (spór co do prawa), doświadczenia zawodowego (prawidłowość podjętych czynności procesowych) i doświadczenia życiowego (błędna ocena dowodów), ale nie powinna polegać na podważaniu sztuki, którą adwokat się posługuje. To zagwarantować ma zasada oględności. Natomiast te same zasady powinny dotyczyć sądów, organów postępowania przygotowawczego i organów administracji. Forowana tu zasada lojalności tych organów wobec pozostałych uczestników postępowania powinna gwarantować zachowanie przez adwokatów wolności od naruszania ich potencjalności. Tym samym niedochowanie tej zasady prowadzić musi do uznania, że w takim wypadku dochodzi do naruszenia prawa adwokata do wykonywania swojej pracy, a tym samym narusza jego dobro osobiste w postaci prawa do pracy.

Zaproponowana definicja pracy adwokata jest kwalifikowana podwójnymi celami, a to własnymi i osób trzecich. Zacząć należy od tych pierwszych, które z perspektywy ludzkiej muszą być pierwszorzędnymi. Całe życie człowieka jest nakierowane na przyszłość: człowiek planuje swe życie, swoją niezależność od innych oraz środki zabezpieczające tę niezależność<sup>19</sup>. Aby osiągnąć to w pracy adwokata, środowisko adwokackie musi przyznać, że praca jego członków jest odpłatna i taka być musi. Nie można dopuścić do tego, że z pracą adwokata nie będzie łączyć się ekwiwalentne świadczenie. Ponieważ wysokość wynagrodzenia adwokata kształtuje umowa z klientem, to zwrócić należy uwagę, że wynagrodzenie za pomoc prawną udzielaną z urzędu wielokrotnie nie jest proporcjonalne do pracy adwokata w powyższym rozumieniu. Jego podwyższenie uzależnione jest zaś od nakładu pracy adwokata, czyli nie są brane pod uwagę omawiane potencjalności, a jedynie praca w rozumieniu wytwórczym, tj. liczba rozpraw, liczba pism, opiniowanie przez biegłego, a także okoliczności, na które adwokat nie ma wpływu, między innymi ocena skomplikowania sprawy. Słuszne byłoby, aby premiovane były potencjalności w postaci wiedzy, doświadczenia zawodowego i życiowego, które pozwalają na przygotowanie sprawy do rozstrzygnięcia na pierwszej rozprawie. Po drugie, różnicowanie wynagrodzeń pomocy prawnej udzielanej z urzędu i tej udzielanej z wyboru, przy założeniu, że praca ta jest jakościowo tożsama, nie może się ostać, bowiem prowadzi to do naruszenia zasady równości wobec prawa. Konieczna jest tu ingerencja ustawodawcy, mimo że praktyka sądowa „ruszyła” w stronę stosowania rozproszonej kontroli konstytucyjnej. Dodatkowo nie można nie poruszyć tematu, że część stawek, niewaloryzowanych w zasadzie od 2012 roku, wynikających z norm przepisanych odbiega od realiów rynkowych i stawki w wysokości

19 M. A. Krąpiec, *Praca* (w:) *Powszechna encyklopedia...* (dostęp online: 31.01.2024 r.); praca.pdf (ptta.pl)



kilkuset złotych są najzwyczajniej niesprawiedliwe. Dodatkowo przepisy rządzące wynagrodzeniami powinny być podwyższone proporcjonalnie do wzrostu cen i to rolę ustawodawcy jest wprowadzić optymalne rozwiązanie, a zakres tej wypowiedzi nie pozwala na poszerzenie tego tematu. Gdy sądy rozumieją, że inaczej pracuje się „na swoim”, a inaczej „na cudzym” (zwłaszcza na państwowym), to powinny brać pod uwagę, że lwia część zasądzonych wynagrodzeń brutto stanowi daniny publiczne, a z wykonywaniem pracy adwokata wiążą się jeszcze inne koszty, w tym biurowe, które dla osób pracujących „na cudzym” są kosztami „niczymi”.

Reasumując tę część wypowiedzi – pracę adwokata należy zdefiniować jako realizowanie osobowych potencjalności adwokata polegających na posiadanej wiedzy i doświadczeniu zawodowym i życiowym, w celu umocnienia się we własnym bytowaniu i pomocy prawnej na rzecz osób trzecich. Dlatego adwokaci powinni z dumą mówić o swojej PRACY i bynajmniej nie posługiwać się wyrazami bliskoznacznymi, których konotacja nawiązuje do cech charakterystycznych dla kodeksowego stosunku pracy<sup>20</sup>.

### III. PODZIAŁ WARTOŚCI W ROCIE ŚLUBOWANIA NA TE ZWIĄZANE Z PRACĄ I POSTĘPOWANIEM ADWOKATÓW

W dalszej części zajmę się kwestiami aksjologicznymi, tj. wartościami, którymi powinien kierować się adwokat w wykonywaniu swojej pracy, takimi jak: gorliwość, sumiennosc, zgodność z przepisami prawa, godność, uczciwość, słusność i sprawiedliwość społeczna. W rocie ślubowania wartości te zostały wymienione w dwóch kategoriach. Gorliwość, sumiennosc, zgodność z przepisami prawa, zachowanie tajemnicy adwokackiej odniesione zostały do wypełniania obowiązków, czyli pracy, natomiast godność, słusność i sprawiedliwość społeczna przypisane zostały do postępowania adwokata. Jest to celowym zabiegiem ustawodawcy. Zasady godności, uczciwości, słusności i sprawiedliwości mają zastosowanie szersze, w tym w życiu prywatnym. Zgodnie z § 4 Kodeksu Etyki Adwokackiej adwokat odpowiada dyscyplinarnie za uchybienie etyce adwokackiej lub naruszenie godności zawodu podczas działalności zawodowej, publicznej, a także w życiu prywatnym. Wykładnia językowa art. 5 Pr.adw. potwierdza takie zapatrywanie. Niewątpliwie określenie „wypełnianie obowiązków” nie może odnosić się do życia prywatnego adwokata, bo obowiązki odniesione zostały w tej normie do wspomnianego już udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa. Dodatkowo przysłówki: gorliwie, sumiennie, z zachowaniem tajemnicy adwokackiej mają tylko konotację z deontologią pracy adwokata. Natomiast wartości takie jak: godność, uczciwość, słusność i sprawiedliwość społeczna mogą odnosić się także do życia prywatnego. Te wartości stają się wzorcem do ustalenia deontologii, czyli

20 Np. robota.

nauki o obowiązkach adwokackich w ogólności. Deontologia, aby chronić godność człowieka spełniającego funkcje zawodowe, podkreśla moralny charakter obowiązków, włączając ogólne normy moralne w ramy swego kodeksu i dbając o ich respektowanie.

Pewne pojęcia, takie jak: legalność i zachowanie tajemnicy zawodowej, należą raczej do sfery prakseologii, czyli teorii działania, i doczekały się swoich szerokich opracowań, dlatego nie warto tu poświęcać im uwagi. Natomiast pozostałe, niekiedy traktowane po macoszemu, jako te nieostre poddane zostaną tu analizie.

### III.I. GODNOŚĆ

Zacznijmy od tych wartości uniwersalnych, które dotyczą zarówno sfery pracy, jak i życia prywatnego. Ustawodawca jako pierwszą wymienił godność. Jest to usprawiedliwione, bowiem wartość ta znalazła się w samej nazwie Kodeksu Etyki Adwokackiej – Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Już w § 1 ust. 2 znajdujemy definicję godności zawodu adwokata (sformułowaną poprzez wskazanie, co jest jej naruszeniem), bowiem powiedziane jest, że „naruszeniem godności zawodu adwokackiego jest takie postępowanie adwokata, które mogłoby go poniżyć w opinii publicznej lub poderwać zaufanie do zawodu”. Czyli dopuszczalnym minimum godności adwokackiej jest nie-negatywna ocena społeczna, tj. co najmniej neutralna, a horyzont tej wartości jest niedookreślony. Takie ujęcie godności nawiązuje do socjologicznego rozumienia godności adwokackiej. Socjologia zajmuje się wybranym aspektem godności osobistej i rozpatruje ją pod kątem społecznej lub zawodowej roli człowieka. Wyznacza ona pewien status życia i przypisane mu zaszczyty, honory oraz miejsce w hierarchii społecznej lub zawodowej. Odpowiada jej postulowany wzór zachowania ze względu na społeczną pozycję jednostki lub pełnioną przez nią społeczno-zawodową rolę. Termin „godny” przypisany tym wzorom oznacza zarówno szacunek, powagę, zajmowanie zaszczytnego stanowiska, jak i przekonanie, że ktoś wart jest tych przywilejów, zasługuje na nie ze względu na swą społeczną lub zawodową pozycję<sup>21</sup>. Taka wykładnia godności jest uzasadniona także wykładnią historyczną rot ślubowań adwokackich sprzed 1950 r., gdzie wyraźnie nawiązywano do etosu zawodu adwokata, oraz honorowego postępowania, co właśnie skorelowane było z odbiorem społecznym.

21 Por. postanowienie WSD z 16.09.2021 r., sygn. akt WSD 55/21, gdzie stwierdzono: „Wykonywanie zawodu adwokata jako zawodu zaufania publicznego określane jest normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej, czy też szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji (aplikacja). Każdy adwokat przyjmuje na siebie nie tylko zobowiązania osobiste określone w treści ślubowania adwokackiego, ale jak słusznie zauważył Sąd Izbowy, staje się także depozytariuszem wizerunku adwokatury jako całości. Dzięki temu właśnie wizerunkowi adwokatury jako całości, adwokat jako wykonujący zawód zaufania publicznego ma możliwość korzystania z domniemań co do swej wiarygodności i co do szczególnych przymiotów jakie posiada, a więc, iż swoje obowiązki jako adwokat wypełnia gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa oraz zachowuje tajemnicę zawodową, a w postępowaniu kieruje się zasadami godności, uczciwości, słuszności i sprawiedliwości społecznej. Dbałość o przestrzeganie przez wszystkich adwokatów powyższych zasad jest podstawowym zadaniem Adwokatury, a pion dyscyplinarny jest jednym z jego elementów”.

Jeżeli zgodzić się z zaoferowaną definicją godności, to nie jest ona do pogodzenia z definicją godności wynikającą z Konstytucji, bowiem godność nie jest tam przedstawiona w kontekście socjologicznym, a rozumiana jest jako podstawa całego systemu prawa i przesądza o jego niepozytywistycznych źródłach, godność stanowi podstawę konstytucyjnego katalogu praw człowieka, co ma znaczenie zarówno dla charakteru tych praw, określenia relacji osoba–władza publiczna, jak i dla normatywnej treści poszczególnych wolności i praw. I wreszcie art. 30 Konstytucji wyraża publiczne prawo podmiotowe do ochrony godności<sup>22</sup>.

Zasady Etyki Adwokackiej nakładają na adwokata obowiązek strzeżenia godności zawodu, zarówno swojej, jak i kolegów korporacyjnych – § 1 ust. 3 i § 5 Kodeksu. Wartość ta w zakresie deontologii zawodowej odniesiona została do: (i) łączenia zawodu adwokata z innymi zajęciami, których wykonywanie uwłaczałoby godności zawodu adwokata lub ograniczało jego niezależność oraz podważało zaufanie do Adwokatury – § 9 ust. 1, (ii) naruszenia godności zawodu z powołaniem się na poczynione przez klienta sugestie – § 10, (iii) formułowania wypowiedzi co do drastycznych okoliczności lub wyrażenia, tak aby nie uchybić powadze sądu, władz i godności zawodu adwokackiego, (iv) zachowania umiaru, współmierności i ogłędności w wypowiedziach tak, aby nie uchybić zasadzie godności zawodu – § 17, (v) zakazu pozyskiwania klientów w sposób sprzeczny z godnością zawodu – § 23, (vi) zachowania godności zawodu podczas widzeń z osobami pozbawionymi wolności. Te nawiązania do godności w ramach wykonywania pracy adwokata nie prowadzą do potrzeby sformułowania innej definicji godności niż ta socjologiczna zaproponowana powyżej. Dochodzi do zaostrzenia wymagań aksjologicznych godności, bowiem w przypadku pracy zawodowej adwokata ocen dokonywać będą inni uczestnicy wymiaru sprawiedliwości, którzy z uwagi na swój etos powinni stawiać wyższe wymagania etyczne.

### III.II. Uczciwość

Kolejną wartością wymienioną w rocie ślubowania jest uczciwość. Umieścimy tę wartość w kontekście wypowiedzi ustawodawcy: „adwokat w postępowaniu swoim powinien kierować się zasadą uczciwości”. Kodeks Etyki Adwokackiej tylko raz mówi o uczciwości, a to w przepisach ogólnych w § 8, który stanowi, że „adwokat powinien wykonywać czynności zawodowe według najlepszej woli i wiedzy, z należytą uczciwością, sumiennością i gorliwością. Obowiązkiem adwokata jest stałe podnoszenie kwalifikacji zawodowych i dążenie do utrzymania wysokiej sprawności zawodowej”. W Kodeksie Etyki nie znajdziemy dalszych wskazówek umożliwiających określenie uczciwości adwokackiej, zarówno w działalności zawodowej, jak i w życiu prywatnym. Czym jest uczciwość? To synonim prawości, ale to jeszcze nie zbliża nas do prawdy.

22 P. Tuleja (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Tuleja, Komentarz, Warszawa 2023 (dostęp online: 2.02.2024 r.).

Uczciwość w filozofii stanowi inną nazwę sprawiedliwości wymiennej, której przedmiotem są wzajemne uprawnienia jednostek, relacje między członkami społeczności, odmiennymi grupami, narodami<sup>23</sup>. W życiu prywatnym adwokata wchodzi on w różne dobrowolne relacje dotyczące wszelakich dziedzin życia i zasadą powinna być ekwiwalentność świadczeń, co z uwagi na funkcjonowanie pieniądza nie powinno prowadzić do większych kontrowersji w ocenie. Natomiast sprawa staje się o wiele ciekawsza w pracy adwokata. Zgodnie z art. 16 ust. 1 Pr.adw. opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem. Jeżeli uczciwość jest wartością, którą ślubuje adwokat przed rozpoczęciem wykonywania czynności zawodowych, to tym samym opłaty za czynności adwokackie podlegają weryfikacji nie tylko na podstawie ogólnych przepisów prawa – art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353<sup>1</sup> k.c., ale także przez pryzmat zasady sprawiedliwości wymiennej. Zastanowić należy się, czy powyższy wniosek może rodzić konsekwencje praktyczne. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Ponieważ zasada uczciwości jest zasadą ustawową, powyższą normę można uzupełnić właśnie o znamię ustawowe w postaci uczciwości. W praktyce może to prowadzić do szerszej ochrony klienta, jeżeli wynagrodzenie nie będzie odpowiadało wzajemnemu świadczeniu adwokata.

Dalszym uszczegółowieniem zasady uczciwości jest norma deontologiczna, która nakłada na adwokata szczególną skrupulatność w sprawach finansowych z klientem, informowania go o wysokości honorarium lub o sposobie jego wyliczenia (np. na podstawie czasu pracy) – § 50 Kodeksu Etyki Adwokackiej.

### III.III. SŁUSZNOŚĆ

Co się tyczy słuszności, to także ona jest elementem sprawiedliwości. Sprawiedliwość jako cnota jest dyspozycją do działania na podstawie postanowienia zgodnego z tak pojętą słusznością w odniesieniu do innych osób i rzeczy. Słuszność ta polega na zachowaniu środka, czyli unikaniu niesprawiedliwości polegającej na posiadaniu zbyt wiele lub doznawaniu czy otrzymywaniu zbyt mało. Uzupełnieniem koncepcji sprawiedliwości Arystotelesa wydaje się słuszność, która dopełnia niedomagania sprawiedliwości szczególnie tej określonej przez prawo. Prawo jest bowiem ogólne, a konkretne przypadki postępowania szczegółowe. Dlatego prawo nie wystarczy do szczegółowego określenia poprawności działania i domaga się czasem uzupełnienia,

23 Z. Pańpuch, *Cnoty i wady* (w:) *Powszechna encyklopedia...* (dostęp online: 31.01.2024 r.); *Powszechna Encyklopedia Filozofii* (wersja dla WWW) (ppta.pl).

a czasem skorygowania<sup>24</sup>. Adwokat w postępowaniu swoim powinien kierować się zasadą słuszności, tylko czy ma on do tego odpowiednią przestrzeń? Na gruncie życia codziennego niewątpliwie tak jest i tak być powinno. Adwokat powinien nie tylko być legalistą, ale powinien niesprawiedliwości prawa, jego błędy i niedoskonałości skutecznie sanować poprzez odwołanie się do wszystkich koncepcji prawnych, które na to pozwalają. Natomiast czy w swojej pracy adwokat może stosować zasadę słuszności? Słusznym stwierdzeniem jest, że pozytywizm prawniczy zakończył się w Auschwitz. *Lex iniusta non est lex*. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Konstytucji „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”. Dlatego adwokaci mają pole do sprzeciwiania się zarówno w ramach świadczonej pomocy prawnej, ale także w ramach umacniania porządku prawnego RP do stosowania zasady słuszności. Dodatkowo zasada słuszności swoje zakorzenienie czerpie z ochrony praw i wolności obywatelskich. Ochrona praw i wolności wymaga właśnie odwołania się do słuszności, tak aby ochroną objęci zostali ci „najbardziej upośledzeni” społecznie<sup>25</sup>.

#### III.IV. SPRAWIEDLIWOŚĆ SPOŁECZNA

Ostatniego akapitu nie sposób było zakończyć inaczej, bowiem w rocie ślubowania na ostatnim miejscu wymieniona zostaje „zasada sprawiedliwości społecznej”<sup>26</sup>. Ostatnie jej miejsce nie oznacza jej pośledniego charakteru, wręcz przeciwnie, skoro dwie poprzednie cnoty, tj. uczciwość i słuszność, są jej emanacjami, to z tych trzech największa jest sprawiedliwość<sup>27</sup>. Można powiedzieć, że ustawodawca posłużył się klasyczną figurą retoryczną, że najsilniejszy argument można zostawić na sam koniec.

W rocie ślubowania pojawia się dodatkowo przydawka przymiotnikowa po rzeczowniku, tj. „społeczna”, co powoduje, że mamy do czynienia z wyrażeniem idiomatycznym<sup>28</sup>. Natomiast współczesne definicje sprawiedliwości akcentują, że klasyczne rozróżnienia poczynione przez Arystotelesa z punktu widzenia jednostki uzupełniają się, dodając społeczny, wspólnotowy punkt widzenia. Z tego powodu można mówić o tzw. sprawiedliwości społecznej, aczkolwiek sprawiedliwość ze swojej istoty jest społeczna, ponieważ dotyczy bądź relacji człowieka do innych ludzi, bądź jednych grup czy

24 Z. Pañpuch, *Cnoty i wady* (w:) *Powszechna encyklopedia...* (dostęp online: 31.01.2024 r.), Powszechna Encyklopedia Filozofii (wersja dla WWW) (ptta.pl).

25 „Idź bo tylko tak będziesz przyjęty do grona zimnych czaszek / do grona twoich przodków: Gilgamesza Hektora Rolanda / obrońców królestwa bez kresu i miasta popiołów / Bądź wierny Idź”, Z. Herbert, *Przesłanie Pana Cogito*, Wrocław 2022, s. 414.

26 Współcześnie sprawiedliwość społeczna definiowana jest zgodnie z koncepcją J. Rawlsa, który właśnie posługuje się kategorią „najbardziej upośledzonych”.

27 Podobnie jak w platońskim *Państwie*.

28 Zasadą jest, że jeżeli przymiotnik następuje po rzeczowniku, to mamy do czynienia ze związkiem frazeologicznym stałym, np. „panna młoda”, „dobro wspólne”.

wspólnot do innych. Nie ma więc innej sprawiedliwości niż społeczna<sup>29</sup>. Jeżeli przyjąć powyższe za trafne, to rezygnacja przez ustawodawcę w rocie ślubowania radcy prawnego z przymiotnika „społeczna” nie ma praktycznego znaczenia.

Dla potrzeb omówienia wartości w życiu prywatnym adwokata można sięgnąć do znanej definicji sprawiedliwości Ulpiana: „wola do oddawania każdemu tego, co mu się od nas należy”<sup>30</sup>. Można pokusić się jeszcze o taką wariację zaproponowanej definicji: jeśli nie wiesz, jak należy się w jakiejś sytuacji zachować, na wszelki wypadek zachowaj się przyzwoicie<sup>31</sup>. Jeżeli nie wiesz, co to znaczy przyzwoicie, to przynajmniej zachowaj się zgodnie z prawem, a jeżeli prawo także nie daje wskazówki, to posłuż się imperatywem kategorycznym i „postępuj tylko według takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się powszechnym prawem”, „postępuj tak, jak gdyby maksyma twojego postępowania przez wolę twą miała się stać ogólnym prawem przyrody” i ostatecznie „postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też w osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”<sup>32</sup>.

W życiu zawodowym adwokata sprawiedliwość społeczną należy rozdzielić na świadczenie pomocy prawnej i w tej dziedzinie zaproponowana powyżej definicja zdaje się wystarczająca. Ponieważ opisana powyżej cnota uczciwości jest elementem sprawiedliwości, dlatego uwagi poczynione powyżej znajdują i tu zastosowanie.

Co się tyczy zaś „ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej” przez adwokatów<sup>33</sup>, to zasadnym będzie sięgnięcie do wyrafinowanej koncepcji sprawiedliwości społecznej J. Rawlsa, opartej na umowie społecznej, którą można streścić następująco: koncepcja ta oparta jest na wymyślonym tworze, zwanym pierwotnym położeniem, w którym jednostki znajdując się, ustalają strukturę społeczeństwa, którego są częścią. Pierwotne położenie spełnia tzw. założenia „zasłony niewiedzy”, czyli jednostki znajdujące się w nim nie dysponują takimi informacjami jak: (i) obecne i przyszłe miejsce w społeczeństwie, z uwzględnieniem statusu społecznego, (ii) posiadany majątek, a także wrodzone zdolności, takie jak inteligencja, uroda itd., (iv) inne okoliczności (wiek, sytuacja polityczna itp.).

29 Z. Pańpuch, *Cnoty i wady (w:) Powszechna encyklopedia...*

30 *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

31 Aforyzm przypisywany A. Slonimskiemu.

32 I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Warszawa 1984.

33 Sprawiedliwość społeczna w orzecznictwie TK jest definiowana jako „dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywanie się od kreowania nieusprawiedliwionych, nieopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli”, a także podkreśla się, że „sprawiedliwość społeczna jest celem, który ma urzeczywistnić demokratyczne państwo prawne. Nie jest demokratycznym państwem prawnym państwo, które nie realizuje idei sprawiedliwości” (TK – K 8/98). TK podkreśla, że zasada sprawiedliwości społecznej nie ma jednorodnego charakteru. Niewątpliwie wiąże się z nią m.in. równość praw, solidarność społeczna, minimum bezpieczeństwa socjalnego oraz zabezpieczenie podstawowych warunków egzystencji dla osób pozostających bez pracy nie z własnej woli. Ocena sposobów urzeczywistniania zasady sprawiedliwości społecznej w danych warunkach wymaga zachowania przez Trybunał Konstytucyjny szczególnej powściągliwości, stąd naruszenie zasady sprawiedliwości społecznej może on orzec tylko wtedy, gdy nie budzi ono wątpliwości (TK – K 21/95, K 5/99).

Jeżeli jednostka nie zdaje sobie sprawy, w jakiej pozycji skończy w ustalonym przez siebie łańdźie społecznym, prawdopodobnie nie będzie nadawała przywilejów jakiegokolwiek grupie społecznej, a raczej skupi się na stworzeniu systemu sprawiedliwego dla wszystkich. Taki system będzie opierał się na dwóch zasadach sprawiedliwości: (i) każda osoba powinna mieć równe prawo do jak najszerzego całościowego systemu równych podstawowych wolności, dającego się pogodzić z podobnym systemem dla wszystkich, (ii) nierówności społeczne i ekonomiczne mają być tak ułożone, aby: były z jak największą korzyścią dla najbardziej upośledzonych (zasada dyferencji), były związane z dostępnością do urzędów i stanowisk dla wszystkich, w warunkach autentycznej równości szans (zasada merytokracji)<sup>34</sup>.

Przedstawione rozważania teoretyczne pasują do pracy adwokatów, w ramach której powinni kierować się zasadą sprawiedliwości społecznej. Ochrona prawa i wolności obywatelskich i umacnianie porządku prawnego przez adwokatów może następować na etapie stanowienia prawa i jego stosowania. Adwokaci powinni stać na straży sprawiedliwości społecznej stanowionego prawa poprzez działalność samorządu adwokackiego. Natomiast osobiście powinni być obrońcami sprawiedliwości społecznej w stosowaniu prawa, tak aby wykładnia norm prawa materialnego i procesowego pozostawała w zgodzie z tą zasadą. Pominięcie w ustawie o radcach prawnych w treści ślubowania przymiotnika „społeczna” i nieobjęcie obowiązkiem radcy prawnego ochrony praw i wolności obywatelskich może prowadzić do wniosku, że między innymi na tym polega różnica obydwu zawodów. Radcowie prawni i ich samorząd nie są powołani do wdrażania sprawiedliwości społecznej na etapie stanowienia i stosowania prawa.

### III.V. GORLIWOŚĆ I SUMIENNOŚĆ

Co do gorliwości i sumiennosci wykonywania pracy adwokackiej, to znalazły się one w § 8 Kodeksu Etyki, który to był już przytoczony powyżej. Zastanowić należy się, jakie znaczenie przypisać przymiotnikowi „należyta”, który odnosi się do uczciwości, sumiennosci i gorliwości. Definicji legalnej należytej staranności dostarcza art. 355 § 1 i 2 k.c., który stanowi, że dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Dlatego należyta sumiennosc i gorliwość należałoby zdefiniować jako sumiennosc i gorliwość wymaganą przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru działalności adwokackiej<sup>35</sup>. Żadna ustawa

34 W. Sady (w): K. Gurczyńska-Sady, W. Sady, *Wielcy filozofowie współczesności*, Kęty 2012, s. 176–182.

35 Por. orz. WSD z 12.02.2022 r., sygn. akt WSD 23/21. Zasady godności, uczciwości, słuszności i sprawiedliwości społecznej to te elementy, które obok tajemnicy zawodowej stanowią o tym, że zawód adwokata jest zawodem zaufania publicznego.

procesowa nie nakłada na kwalifikowanego pełnomocnika bardziej rygorystycznego traktowania przez sądy i urzędy niż strony niezastępowanej przez taki podmiot<sup>36</sup>. Sumiennosc i gorliwosc adwokacka staly się miernikiem oceny winy przy ocenie wniosków o przywrócenie terminu<sup>37</sup>. Oczywiście sumiennosc i gorliwosc są także miernikami oceny pracy adwokackiej na płaszczyźnie dyscyplinarnej<sup>38</sup>.

#### IV. PODSUMOWANIE

Jak widać, wartości wyrażone w rocie ślubowania są częściowo powtórzone i częściowo skonkretyzowane w Kodeksie Etyki. Wyższy Sąd Dyscyplinarny także w najnowszych orzeczeniach sięga do samej treści roty ślubowania, wskazując na konieczność oceny zachowania adwokatów przez pryzmat właśnie wartości tam wyrażonych. Natomiast do tej pory doktryna i orzecznictwo nie poświęciły głębszej uwagi na zdefiniowanie wartości, a lukę tę stara się wypełnić niniejsza wypowiedź. Liczę, że lektura tego tekstu może być inspirująca zarówno dla adwokatów i aplikantów, przed którymi pozostaje złożenie ślubowania przed dziekanem okręgowej rady adwokackiej, ale także dla tych, którzy już dawno tę przysięgę mają za sobą i swoją pracą i postawą dali świadectwo jej dochowaniu.

#### ***adw. Piotr Rachwał***

*adwokat Krakowskiej Izby Adwokackiej, wykładowca Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego*

*advocate of the Krakow Bar Association, lecturer at the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University*

36 Oczywiście za wyjątkiem norm specjalnych, które kierowane są wyłącznie do pełnomocników kwalifikowanych.

37 Por. post. NSA z 16.05.2023 r., sygn. akt II GZ 131/23: „W przedmiotowej sprawie wina profesjonalnego pełnomocnika procesowego będącego adwokatem nie budzi wątpliwości. Pełnomocnik ten z racji zawodowego świadczenia usług prawniczych z zakresu pomocy prawnej (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze) powinien pod rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej (zob. art. 80 i n. ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze) lub cywilnoprawnej (zob. np. art. 8a ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze) dochować należytej staranności wymaganej od profesjonalisty (por. art. 355 § 2 k.c.). Zgodnie bowiem z rotą ślubowania adwokackiego ma on swoje obowiązki wypełniać «gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa» (zob. art. 5 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze). W tej sytuacji zaniedbania pełnomocnika procesowego w zakresie organizacji pracy kancelarii adwokackiej lub organizacji i rozkładu czasu wykonywania obowiązków adwokackich (np. w zakresie niewyznaczenia osoby zastępującej adwokata jako pełnomocnika procesowego w danej sprawie) albo niedochowanie obowiązku zawiadomienia sądu o zmianie adresu (art. 70 § 1 w zw. z art. 67 § 5 p.p.s.a.) są typowymi przykładami zwinionych działań lub zaniechań tego rodzaju pełnomocnika procesowego, których skutki prawne obciążają bezpośrednio mocodawcę”. Podobnie WSA w Rzeszowie w post. z 20.06.2017 r., sygn. akt II SA/Rz 618/16.

38 Orzeczenie WKD z 25.06.1966 r., gdzie rozważano upozorowanie zachowania terminu do złożenia apelacji polegające na nadaniu listem poleconym pod adresem sądu niepodpisanego projektu apelacji, a następnie – pomimo kilkakrotnych ponagleń ze strony sądu – niezłożenie tej apelacji. Uznano, że stanowi to rażącą niesumienność w wykonywaniu swoich podstawowych obowiązków i wyjątkowe lekceważenie interesów swoich klientów oraz podrywa zaufanie społeczeństwa do rzetelności adwokatury i dlatego winny takiego postępowania nie powinien być członkiem palestry.



## ABSTRACT

**Keywords:** *oath, advocate's work, axiology, values, reliability, dedication, dignity, honesty, fairness, social justice*

## The axiology of the oath of an advocate and the notion of an advocate's work

The paper discusses the values embodied in the oath of an advocate, which has to be taken as a prerequisite for entering this profession. Said values include: dignity, honesty, fairness and social justice, and an advocate should hold to them in both their professional and private life. Even though the aforementioned values are often invoked in the professional milieu, as well as before the disciplinary judiciary, their meaning has not yet been the subject of a broader discussion. Furthermore, the article discusses qualities such as reliability and dedication, which should characterize both the performance of duties by and the work of an advocate. Attention is drawn to the fact that such statutory requirements carry contractual consequences, as well as have a bearing on the assessment of the standard of diligence. In addition, an attempt is made at defining the advocate's work, with references to both the subject and goals of the advocate's activities, while taking into account the general human needs of the advocate as a human being. The article draws both from legal and extra-legal sources, especially philosophical ones. The article was created primarily with reference to the deontological ethics of the profession of an advocate, which can further assist the disciplinary judiciary in evaluating the examined cases through the prism of faithfulness to the contents of the oath of an advocate.

### Bibliografia załącznikowa

- Herbert Zbigniew, *Przesłanie Pana Cogito*, Wrocław 2022
- Kant Immanuel, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1984
- Krąpiec Mieczysław A. (w:) *Powszechna encyklopedia filozofii*, red. A. Maryniarczyk, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu
- Maroń Grzegorz, Instytucja ślubowania adwokackiego w polskim porządku prawnym, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012/2 poz. 6-18
- Pańpuch Zbigniew (w:) *Powszechna encyklopedia filozofii*, red. A. Maryniarczyk, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu
- Pańpuch Zbigniew, Zawojcka Teresa (w:) *Powszechna encyklopedia filozofii*, red. A. Maryniarczyk, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu

**Tuleja Piotr** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Tuleja, *Komentarz*,  
Warszawa 2023

**Sady Wojciech, Gurczyńska-Sady Katarzyna** *Wielcy filozofowie współczesności*, Kęty 2012

Pojęcia kluczowe: zgwałcenie, tryb ścigania zgwałcenia, populizm penalny

*Jan Widacki, Anna Szuba-Boroń*

## Czy zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia osiągnęła zamierzony skutek?

### ABSTRAKT

W artykule omówiono także istotę instytucji „ścigania na wniosek pokrzywdzonego” oraz uzasadnienie jej wprowadzenia. Następnie dokonano oceny skutków zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia z perspektywy 8 lat od czasu jej wprowadzenia (w 2014 roku ściganie na wniosek osoby pokrzywdzonej zmieniono na tryb ścigania z urzędu). Zasadność tej zmiany była szeroko dyskutowana w literaturze prawniczej. Konieczność takiej zmiany uzasadniano głównie zwiększeniem ochrony interesu kobiet w postępowaniu i spowodowaniem większej ujawnialności tych przestępstw, a więc zmniejszeniem ciemnej liczby zgwałceń. Zakładano, że tryb ścigania zgwałceń na wniosek osoby pokrzywdzonej powstrzyma pokrzywdzone od zgłaszania o tego rodzaju przestępstwach. Zatem zmiana trybu ścigania, rezygnacja z trybu ścigania na wniosek pokrzywdzonych, skutkować będzie większą liczbą zgłoszeń, a tym samym zmniejszy się ciemna liczba zgwałceń. Analiza danych statystycznych wykazuje, że zmiana trybu ścigania w żaden sposób nie wpłynęła na liczbę stwierdzanych przestępstw zgwałcenia, która systematycznie maleje. Fakt, że począwszy od 2005 roku wszczyna się znacznie więcej postępowań, niż później stwierdza przestępstw zgwałcenia, czyli systematycznie rośnie liczba spraw umorzonych z powodu niestwierdzenia przestępstwa, świadczy być może o zmianie polityki ścigania lub o łatwiejszym podejmowaniu decyzji o zgłoszeniu zgwałcenia. Fakt, że zjawisko to zostało zapoczątkowane już w 2005 roku, świadczy o tym, że nie była to konsekwencja nowelizacji i zmiany trybu ścigania.

Nowelizacja Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego dokonana ustawą z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz Kodeks postępowania karnego<sup>1</sup> między innymi uchyliła art. 205 k.k. i zmieniła tym samym tryb ścigania przestępstw przeciwko wolności seksualnej (art. 197, 199 § 1 i art. 198 k.k.) w ten

<sup>1</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 849.

sposób, że zlikwidowała tryb ścigania tych przestępstw na wniosek pokrzywdzonego, nakazując tym samym ściganie ich z urzędu.

Cała ta nowelizacja od samego początku budziła liczne kontrowersje, szczególnie dyskusyjny był właśnie ten jej fragment, który dotyczył rezygnacji z trybu ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej przestępstw z art. 197, 199 § 1 i art. 198 k.k.

Wprowadzenie zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia motywowane było dwoma podstawowymi argumentami: zwiększeniem ochrony interesu kobiet w samym postępowaniu i spowodowaniem większej ujawnialności tych przestępstw, a więc zmniejszeniem ciemnej liczby zgwałceń. Obydwa wyartykułowane były już w uzasadnieniu projektu, a później wielokrotnie powtarzane przez zwolenników nowelizacji. Ponadto uzasadniając tę zmianę, podnoszono, iż przybliży to postępowanie karne do Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, podpisanej w Stambule 11.05.2011 r. („Konwencja Stambulska”), a także nie uniemożliwi wszczęcia postępowania, gdyby na osobę pokrzywdzoną wywierany był nacisk w kwestii odstąpienia od złożenia wniosku<sup>2</sup>.

Niekiedy sugerowano, że jedną z głównych przesłanek uchylenia trybu wnioskowego jest właśnie wymóg wspomnianej Konwencji Stambulskiej<sup>3</sup>. Spróbujmy rozważyć kolejno wszystkie te argumenty, zaczynając od tego ostatniego. Używanie tego argumentu jest nadużyciem, bowiem Konwencja w ogóle nie wypowiada się na temat trybu ścigania zgwałceń, w szczególności czy ma to być tryb ścigania z urzędu, czy na wniosek.

Trzeba przyznać, że celowość zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia postulowali jeszcze przed nowelizacją liczni autorzy, m.in. J. Leszczyński<sup>4</sup>, J. Kudrelek i M. Lisiecki<sup>5</sup>, M. Lipczyńska<sup>6</sup>, H. Pracki<sup>7</sup>, E. Zielińska<sup>8</sup>, E. Bieńkowska i L. Mazowiecka<sup>9</sup>, a po nowelizacji aprobowano wypowiedzi się o niej m.in. M. Płatek<sup>10</sup>, G. Sidor<sup>11</sup>,

2 M. Piotrowski, *Krytycznie o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Palestra” 2016/6, s. 27.

3 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, s. 10–11, druk nr 532 [www.sejm.gov.pl].

4 J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973.

5 J. Kudrelek, M. Lisiecki, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Przegląd Policyjny” 2000/3–4.

6 M. Lipczyńska, *Wniosek o ściganie w sprawach o przestępstwo zgwałcenia w świetle ustawy i praktyki*, „Palestra” 1973/11.

7 H. Pracki, *Czy zgwałcenie powinno pozostać przestępstwem ściganym na wniosek pokrzywdzonego?*, „Problemy Praworządności” 1981/8–9.

8 E. Zielińska, *Wnioskowy tryb ścigania w przypadku przestępstwa zgwałcenia: ochrona ofiar czy przyzwolenie na bezkarność sprawców i bezczynność systemu wymiaru sprawiedliwości (w): Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberlego*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.

9 E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009.

10 M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 345–377.

11 G. Sidor, *Przestępstwo z urzędu – ścigane z urzędu czy na wniosek?*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, t. 20.

W. Jasiński<sup>12</sup>, A. Chodorowska<sup>13</sup>. Nawiasem mówiąc – przedstawiana argumentacja nie zawsze była rzetelna. Tak np. W. Jasiński<sup>14</sup> jako argumentu uzasadniającego celowość rezygnacji z trybu ścigania zgwałcenia na wniosek używa przykładu przestępstwa kradzieży. Autor ten ewidentnie przeoczył treść art. 278 § 4 k.k., wedle którego gdy kradzież popełniona jest na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek osoby pokrzywdzonej. Za utrzymaniem trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia na wniosek osoby pokrzywdzonej optowali: J. Warylewski<sup>15</sup>, M. Cieślak<sup>16</sup>, A. Marek<sup>17</sup>, E. Kolińska<sup>18</sup>, M. Budyn-Kulik<sup>19</sup>, M. Bielski<sup>20</sup>, M. Mozgawa<sup>21</sup>, J. Widacki, A. Cempura, M. Przybycień<sup>22</sup>, M. Berent, M. Filar<sup>23</sup>, J. Widacki, A. Szuba-Boroń<sup>24</sup>, M. Mozgawa-Saj<sup>25</sup>.

Jak widać, sprawa nie jest bezdyskusyjna i zapewne taka pozostanie, a zajęcie stanowiska w tym sporze poprzedzone być musi świadomym lub nieświadomym przyjęciem pewnych założeń doktrynalnych.

Rozważania proponujemy rozpocząć od przypomnienia, na czym polega instytucja „ścigania na wniosek pokrzywdzonego”, jaka jest jej istota, czym i w jaki sposób uzasadniano wprowadzenie tej instytucji. Instytucja „ścigania na wniosek pokrzywdzonego” znana była wszystkim polskim kodeksom karnym: z 1932 r., z 1969 r. i obecnie obowiązującemu z 1997 r. Nie była natomiast znana poprzednio obowiązującym na ziemiach polskich kodeksom (por. E. Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiska nauki trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*, Kraków 1921). Przypomnijmy, nasze prawo karne, a w konsekwencji procedura karna zna faktycznie trzy tryby ścigania

12 W. Jasiński, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2014/1.

13 A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia na przestrzeni lat w polskim prawie karnym (w:) Idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014.

14 W. Jasiński, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2014/1.

15 J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.

16 M. Cieślak, *O ściganiu na wniosek w obowiązującym polskim prawie*, „Państwo i Prawo” 1973/1.

17 A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003.

18 E. Kolińska, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia – problem wtórnej wiktyimizacji i związanej z nią możliwości cofnięcia wniosku*, „Jurysta” 2003/7–8.

19 M. Budyn-Kulik, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013; M. Budyn-Kulik, *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*, „Palestra” 2014/1–2.

20 M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013.

21 M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2014

22 J. Widacki, A. Cempura, M. Przybycień, *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2014/9

23 M. Berent, M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014

24 J. Widacki, A. Szuba-Boroń, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, T. XLI, nr 2, s. 253–285.

25 M. Mozgawa-Saj, *Z problematyki trybów ścigania*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne” 2020/41, s. 120–121

przestępstw: z urzędu, z oskarżenia prywatnego i na wniosek pokrzywdzonego<sup>26</sup>. Zasadniczym trybem ścigania jest ściganie przestępstw z urzędu, wynika on z zasady legalizmu, wyrażonej w art. 10 k.p.k. Jednym z odstępstw od tej zasady jest ściganie z oskarżenia prywatnego, które stosuje się w przypadku przestępstw mniejszej wagi, takich jak zniesławienie (art. 212 § 4 k.k.), zniewagi (art. 216 § 5 k.k.) czy naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 5 k.k.). Jednak we wszystkich sprawach ściganych z oskarżenia prywatnego prokurator może sam wszcząć postępowanie lub może przystąpić do toczącego się postępowania, jeśli wymaga tego interes społeczny (art. 60 k.p.k.).

Innym odstępstwem od zasady ścigania z urzędu jest tryb ścigania na wniosek pokrzywdzonego. Tryb taki przewidziany jest przy ściganiu niektórych przestępstw. Są to:

- nieumyślne narażenie na niebezpieczeństwo (art. 160 § 5 k.k.);
- narażenie człowieka na zarażenie (chorobą weneryczną, zakaźną, HIV) (art. 161 § 3 k.k.);
- spowodowanie wypadku komunikacyjnego, w którym pokrzywdzonym jest jedynie osoba najbliższa, doznająca lekkiego lub średniego uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 157 § 1 k.k. (art. 177 § 3 k.k.);
- groźba karalna (art. 190 k.k.);
- stalking (art. 190a § 4 k.k.);
- zmuszanie innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia poprzez stosowanie przemocy, albo uporczywe utrudnianie innej osobie korzystania z zajmowanego lokalu mieszkalnego (art. 191 § 1a k.k.);
- utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, przy wykorzystaniu w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej albo podstępny, albo rozpowszechnianie takiego jej wizerunku, bez jej zgody (art. 191a § 2 k.k.);
- wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 § 2 k.k.);
- naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 3 k.k.);
- ujawnienie informacji poznanych w związku z wykonywaną funkcją (art. 266 § 3 k.k.);
- bezprawne uzyskanie informacji (art. 267 § 5 k.k.);
- utrudnianie zapoznania się z informacją (art. 268 § 4 k.k.);
- niszczenie danych informatycznych (art. 268a § 3 k.k.);
- kradzież na szkodę osoby najbliższej (art. 278 § 4 k.k.);

---

26 S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 288–290; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 111–113, 128.

- przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej na szkodę osoby najbliższej (art. 284 § 4 k.k.);
- uruchamianie na rachunek osoby najbliższej impulsów telefonicznych (art. 285 § 2 k.k.);
- oszustwo na szkodę osoby najbliższej (art. 286 § 4 k.k.);
- oszustwo komputerowe na szkodę osoby najbliższej (art. 287 § 3 k.k.);
- zniszczenie mienia (art. 288 § 4 k.k.);
- wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym podmiotowi innemu niż Skarb Państwa (art. 296 § 4a k.k.);
- udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela innego niż Skarb Państwa (art. 300 § 4 k.k.);
- niwelowanie dokumentacji działalności gospodarczej, jeśli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa (art. 303 § 4 k.k.);
- zakłócenie przetargu publicznego, jeśli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa (art. 305 § 3 k.k.).

Nadto na wniosek pokrzywdzonego ściga się niektóre występki z prawa autorskiego i o prawach pokrewnych<sup>27</sup>, a to:

- rozpowszechnianie utworu bez pozwolenia (art. 116 ust. 1, 2 i 4 paiopp),
- wielokrotne utrwalanie oraz zwielokrotnianie przedmiotów praw autorskich i praw pokrewnych (art. 117 ust. 1 paiopp),
- paserstwo w zakresie praw autorskich i praw pokrewnych (art. 118 ust. 1 paiopp),
- tworzenie urządzeń do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia zabezpieczeń technicznych (art. 118<sup>1</sup> paiopp).

Do czasu wejścia w życie wspomnianej na wstępie nowelizacji do grupy przestępstw ściganych na wniosek pokrzywdzonego należały jeszcze: zgwałcenie (art. 197 k.k.), nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia (art. 199 k.k.) albo niepoczytalności lub bezradności (art. 198 k.k.) do doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego, poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności.

Przestępstwa, które ścigane były na wniosek pokrzywdzonego, są tego rodzaju, że po pierwsze są one występkami, osobą pokrzywdzoną jest z zasady konkretna osoba (osoba fizyczna), wyjątkowo osoba prawna (ale inna niż Skarb Państwa). Poza tym inną cechą wspólną jest to, że postępowanie karne w ich sprawach z samej swej istoty mogłoby zaszkodzić więziom rodzinnym lub społecznym albo gospodarczym osoby pokrzywdzonej, mogłoby rodzić u niej konflikt sumienia, zmuszając do składania zeznań przeciw osobom, z którymi pozostawała lub pozostaje w osobistych relacjach, ujawniać fakty ze swego życia intymnego lub okoliczności zdarzenia, które z różnych

<sup>27</sup> Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509), dalej: paiopp.

względów wolałaby zachować w tajemnicy, z obawy przed kompromitacją, lub choćby wywołujących u niej uczucie wstydu, albo narażać ją na inne jeszcze konsekwencje, których osoba pokrzywdzona z różnych powodów wolałaby uniknąć. Dodatkowo, są to przestępstwa, których uznanie za takie w dużej mierze zależy od osobistej oceny dokonanej przez osobę pokrzywdzoną.

Z tych właśnie względów ustawodawca dał pokrzywdzonym większe prawa niż te, które przysługują osobom pokrzywdzonym innymi przestępstwami. Osoby pokrzywdzone mają tu prawo zdecydować, czy chcą, aby wszczynać postępowanie karne, z wszystkimi jego koniecznymi konsekwencjami, choćby maksymalnie złagodzonymi przez ustawę i kulturę osób prowadzących postępowanie. Ochrona interesów osoby pokrzywdzonej uznana została za ważniejszą niż wyrażony w zasadzie legalizmu obowiązek państwa w ściganiu przestępstw. Inaczej mówiąc – uznano, że skoro samo wszczęcie postępowania karnego i jego przebieg mogły w sposób oczywisty przynieść negatywne konsekwencje osobiste i społeczne dla osoby pokrzywdzonej, a których ona wolałaby uniknąć nawet za cenę bezkarności sprawcy, dlatego decyzję o ściganiu lub nieściganiu sprawcy należy pozostawić tej osobie. Bez jej wyraźnej woli, wyrażonej we wniosku o ściganie, postępowanie karne nie może być wszczęte.

Warto przypomnieć, że w Kodeksie karnym z 1969 r., na wniosek pokrzywdzonego ściganych było tylko 10 przestępstw<sup>28</sup>, jeszcze mniej było ich w Kodeksie karnym z 1932 r., a zupełnie były nieznanne poprzednim kodeksom obowiązującym w Polsce przed wejściem w życie Kodeksu karnego z 1932 r.

Jak łatwo policzyć, przestępstw ściganych na wniosek w Kodeksie karnym z 1997 r. było przeszło dwukrotnie więcej niż w k.k. z 1969 r., a więc w czasach PRL. Zwiększenie liczby przestępstw ściganych w tym trybie było przejawem liberalizacji prawa karnego wyrażającej się między innymi liczbą odstępstw od zasady legalizmu i przekazania przez organy państwa prawa decydowania o wszczęciu lub niewszczęciu procesu w ręce osób pokrzywdzonych.

Warto też może zwrócić uwagę, że przejawem liberalizacji prawa i procesu karnego, a przy tym również odstępstwem od zasady legalizmu, jest też instytucja mediacji wprowadzona do Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. (por. art. 23a, art. 492–493 k.p.k.).

Należy ponadto przypomnieć, że od momentu złożenia wniosku o ściganie przestępstwo jest ścigane tak jak z oskarżenia publicznego, a późniejsze wycofanie wniosku o ściganie bez zgody prokuratora (w fazie postępowania przygotowawczego) lub sądu (w fazie postępowania jurysdykcyjnego) jest bezskuteczne.

---

28 Były to: narażenie na zarażenie chorobą weneryczną, jeśli sprawcą była osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 162); zmuszanie (art. 167); zgwałcenie (art. 168); czyn nierządny przy nadużyciu zależności (art. 170); uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego (przy czym wniosek mogły złożyć również organ opieki społecznej lub organizacja społeczna) (art. 186); kradzież na szkodę osoby najbliższej (art. 203); przywłaszczenie rzeczy ruchomej na szkodę osoby najbliższej (art. 204); uszkodzenie mienia osobistego i indywidualnego (art. 212); bezprawne użycie pojazdu mechanicznego niebędącego mieniem społecznym (art. 214).



Argumentacja przemawiająca za wydzieleniem grupy przestępstw w sprawach, których ściganie karne wymaga zgody osoby pokrzywdzonej, wydawała się większości autorów tak oczywista, że z reguły nie była szerzej przedstawiana w podręcznikach prawa karnego czy procesu karnego, ani w komentarzach do kodeksów<sup>29</sup>. Na przykład Waltoś i Hofmański<sup>30</sup> przedstawiają to skrótowo, pisząc, że ustawodawca stał na stanowisku, że „ściganie niektórych przestępstw leży w interesie publicznym tylko o tyle, o ile pokrzywdzony traktuje swe dobro prawne jako naruszone lub zagrożone przez takie przestępstwo. Innymi słowy, jeżeli pokrzywdzony jest zainteresowany postępowaniem karnym”.

Wcześniej, w komentarzu do Kodeksu karnego z 1969 r., autorzy<sup>31</sup> w uzasadnieniu instytucji ścigania na wniosek pokrzywdzonego pisali tak: „Proces prowadzony wbrew jej [osoby pokrzywdzonej] woli, mógłby pogłębić krzywdę wyrządzoną jej przez sprawcę. Ponadto w procesie takim wystąpiłyby trudności natury dowodowej”, „uzasadnione jest to przede wszystkim ostrożnością w ingerowanie w sferę życia osobistego osoby pokrzywdzonej, która z tych czy innych powodów może sobie nie życzyć procesu”.

Kilkadziesiąt lat wcześniej Makarewicz<sup>32</sup> uważał to za rzecz tak oczywistą, że nawet niewymagającą uzasadnienia, że poprzestawał na stwierdzeniu, iż „skarga publiczna nie może wystąpić w żadnej postaci, zanim uprawniony nie zaznaczy formalnie, że ścigania tego sobie życzy”.

Wydaje się, że nawet przy tak skrótowym przedstawieniu argumentacji uzasadniającej instytucję ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej to ostatnie zdanie wymaga rozwinięcia i uzupełnienia. Chodzi tu nie tylko o „brak zainteresowania postępowaniem karnym”, czy też „nieżyczenie sobie postępowania”, ale przede wszystkim o niebezpieczeństwo, że postępowanie karne z samej swej istoty może pogłębić krzywdę wyrządzoną osobie pokrzywdzonej przez sprawcę (co dostrzegali: Andrejew, Świda, Wolter<sup>33</sup>), zatem należy dać jej prawo decydowania, czy chce, aby proces taki wszczynać, ergo, czy chce ścigania sprawcy.

Powtórzmy raz jeszcze – dobro osoby pokrzywdzonej stawiane jest tu wyżej niż interes państwa wyrażony w zasadzie legalizmu. Nowelizacja z 2014 r. ewidentnie ignoruje ten interes, zakładając faktycznie, że państwo (tu: prokuratura) wie lepiej od jednostki, co jest dla niej w konkretnej sytuacji korzystne. Jest to świadome lub nie

29 J. Grajewski, *Ściganie na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1992/6, s. 57–58; *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do art. 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 874.

30 S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 290.

31 I. Andrejew, W. Świda i W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 496.

32 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 244, 251.

33 I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 496.

zaakceptowanie niebezpiecznej filozofii, że dobro i interes państwa stoją zawsze wyżej niż dobro i interes jednostki.

Celowość takiego odrębnego trybu dla tych wybranych kategorii przestępstw była dotąd zasadniczo akceptowana w literaturze. Przez lata przeważał pogląd, że ściganie na wniosek szczególnie uzasadniony jest w przypadku przestępstwa zgwałcenia. Postępowanie karne w tych sprawach z natury rzeczy, mimo wszystkich ustawowych prób złagodzenia tych dolegliwości (których drugą stroną jest ograniczenie prawa do obrony osoby podejrzanej czy oskarżonej, a przecież nie zawsze winnej!), zawsze jest dolegliwe. Osoba pokrzywdzona poddać się musi badaniom sądowo-lekarskim (w tym ginekologicznym), wyjawić przed obcymi w końcu osobami fakty z jej życia intymnego, w tym historię swego życia seksualnego. Wyjawić okoliczności, o których z różnych względów mówić by może nie chciała, uważając za krępujące i wstydlive. Musi odpowiadać na pytania zadawane przez biegłych, prokuratora, sąd, wreszcie obrońcę oskarżonego, o ile ten ostatni jest już ustanowiony. Te opisy jej intymnego życia, mimo wyłączenia jawności rozprawy, trafiają do akt prokuratorskich i sądowych, do których w przyszłości dostęp może mieć wiele osób (np. badacze, dziennikarze, praktykanci, etc.).

Ściganie przestępstwa zgwałcenia z urzędu, a więc bez oglądania się na wolę osoby pokrzywdzonej, jak to ma miejsce przy „ściganiu na wniosek”, jest faktycznie postawieniem zasady legalizmu wyżej od dobra jednostki, co więcej, jest przyjęciem, że państwo wie lepiej od jednostki, co jest dla niej dobre, przyjęciem, że represja karna i jej prewencyjne oddziaływanie jest ważniejsze niż dobro pokrzywdzonego. Jest zastąpieniem liberalnego podejścia, podejściem bardziej autorytarnym<sup>34</sup> (lewicowym lub prawicowym).

Środowiska feministyczne lobbujące za tą nowelizacją lub aprobujące ją, jak można na podstawie treści ich wywodów podejrzewać, nie zawsze rozumiały sens instytucji „ścigania na wniosek”, a nawet czasem można podejrzewać, że nie odróżniały tej instytucji od instytucji „ścigania z oskarżenia prywatnego”. Co więcej, choć bez istotnego związku z głównym nurtem naszych rozważań, najwyraźniej nie przyjmowały do wiadomości faktu, że przy przestępstwie zgwałcenia zdarzają się czasem, podobnie, jak to ma miejsce przy innych przestępstwach, fałszywe oskarżenia. Przy takim założeniu każde umorzenie postępowania w sprawie o zgwałcenie albo wyrok uniewinniający traktowały jako porażkę wymiaru sprawiedliwości i jako osobistą krzywdę wyrządzoną domniemanej ofierze (Łojkowska<sup>35</sup>, gdzie autorka powtarza

34 Jedną z cech podejścia lewicowego (tu wyjątkowo zbieżnego z podejściem autorytarnym) jest przekonanie, że państwo wie lepiej od jednostki, co dla niej jest dobre, lepiej więc podzieli ogólnie dobra, rozważy interesy i wymierzy sprawiedliwość. Można powiedzieć, że mamy tu do czynienia z pewną analogią do sporu, czy ważniejsza jest sprawiedliwość dystrybucyjna (rozdzielcza), dokonywana ogólnie przez państwo, czy sprawiedliwość wymienna, oparta na umowach między ludźmi.

35 M. Łojkowska, *Sytuacja ofiar przemocy seksualnej w postępowaniu karnym (w:) Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011, s. 191–211.

bezkrytycznie obiegowe, niczym nieuzasadnione populistyczne twierdzenie, że „postępowanie karne w niewielkim stopniu uwzględnia potrzeby osób pokrzywdzonych, nadając pierwszoplanowe znaczenie prawom oskarżonego”).

Tak czy inaczej teoretycznie możliwe są obydwa podejścia, zarówno liberalne, jak i autorytarne. Dawanie pierwszeństwa jednemu z nich nad drugim jest zarazem nie zawsze uświadomioną manifestacją stanowiska filozoficznego. Nie ma obiektywnych kryteriów, wedle których można by ocenić, które stanowisko jest słuszne. Jest to kwestia przekonań. Rzecz w tym, aby te przekonania i zajęcie stanowiska w sporze były dobrze uargumentowane. Argumenty, na które powołuje się uzasadnienie projektu nowelizacji, są dla nas co najmniej mało przekonujące. W szczególności twierdzenie, że „od czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 roku zmieniły się warunki społeczne skutkujące szczególnie brakiem stygmatyzacji pokrzywdzonej przestępstwem zgwałcenia, nie mówiąc już o ocenie zmiany postaw i zachowania funkcjonariuszy śledczych”<sup>36</sup>, nie jest poparte żadnymi wynikami badań socjologicznych. Jest to jedynie subiektywne przekonanie, niczym niepoparte twierdzenie. Może być ono równie dobrze prawdziwe, jak i fałszywe, i nie ma z tego powodu żadnej wartości poznawczej. Nie powinno być zatem podstawą do zmian legislacyjnych. W dodatku jest ono nie do pogodzenia z doświadczeniami praktyki<sup>37</sup>.

W naszym przekonaniu rezygnacja z trybu ścigania na wniosek wbrew deklarowanym założeniom nie służy dobru pokrzywdzonej, a co więcej – ujawnia filozofię dającą przewagę interesowi państwa wyrażonemu w zasadzie legalizmu i prewencji generalnej nad jej interesem.

Drugim argumentem, którym uzasadniano zmianę trybu ścigania przestępstw zgwałcenia poprzez rezygnację z trybu ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej, było – jak wiemy – przekonanie, że w ten sposób zwiększy się ujawnialność przestępstw zgwałcenia, zmniejszając tym samym ciemną liczbę tych przestępstw. Autorzy, którzy posługiwali się tą argumentacją, zakładali, że sama konieczność złożenia przez osobę pokrzywdzoną wniosku o ściganie jest czynnikiem powstrzymującym ofiarę przestępstwa zgwałcenia przed zawiadomieniem o przestępstwie zaistniałym na jej szkodę. Założenie to też nie było poparte żadnymi badaniami empirycznymi. Z metodologicznego punktu widzenia było więc przypuszczeniem, a nie twierdzeniem. Co więcej, było przypuszczeniem osób, które – jak można podejrzewać – nie wiedziały nawet, jak w praktyce wyglądało złożenie wniosku o ściganie. A wyglądało tak, że osoba pokrzywdzona, po złożeniu zawiadomienia o przestępstwie i złożeniu zeznań, dodawała jedno zdanie, że wnosi o ściganie sprawcy.

36 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, s. 10–11, druk nr 532 [www.sejm.gov.pl].

37 J. Widacki, A. Cempura, M. Przybycień, *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2014/9.

Przypuszczenie, że obowiązek złożenia przez osobę pokrzywdzoną wniosku o ściganie powstrzymuje taką osobę przed zgłoszeniem o popełnionym na jej szkodę przestępstwie, a w konsekwencji zwiększa ciemną liczbę przestępstw, jest na gruncie kryminologii weryfikowalne<sup>38</sup>.

Dziś z perspektywy czasu można podjąć próbę empirycznego sprawdzenia, czy zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia ze „ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej” na „ściganie z urzędu” miała wpływ na zgłaszalność popełnienia tego przestępstwa, a więc zwiększyła liczbę ujawnionych przestępstw zgwałcenia i zmniejszyła ciemną liczbę tych przestępstw. Tak więc można empirycznie sprawdzić to, co w roku 2019 mogło być jedynie przypuszczeniem<sup>39</sup>.

Analizą objęto dane statystyczne za lata 1999–2022, a więc okres 15 lat przed nowelizacją (lata 1999–2014) oraz 8 lat po nowelizacji (2015–2022). Porównano liczby bezwzględne stwierdzonych przestępstw zgwałcenia, ich współczynnik liczony na 100.000 mieszkańców, a także odsetek, jaki stanowiły przestępstwa zgwałcenia wśród ogółu przestępstw stwierdzonych. Dane podano w poniższym zestawieniu:

#### ZESTAWIENIE 1

Rok	Liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia	Współczynnik zgwałceń na 100.000 mieszkańców	Odsetek, jaki wśród wszystkich przestępstw stwierdzonych stanowią zgwałcenia
1999	2.089	5,4	0,19
2000	2.399	6,2	0,19
2001	2.339	6,1	0,17
2002	2.345	6,1	0,17
2003	2.322	6,0	0,16
2004	2.176	5,7	0,15
2005	1.987	5,2	0,14
2006	2.001	5,2	0,15
2007	1.827	4,8	0,16
2008	1.611	4,2	0,15
2009	1.530	4,0	0,13
2010	1.567	4,1	0,14
2011	1.497	3,9	0,13

38 Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, s. 10–11, druk nr 532 (dostępne na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl)).

39 J. Władacki, A. Szuba-Boroń, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. II, s. 253–287

2012	1.432	3,7	0,13
2013	1.362	3,5	0,13
2014	1.249	3,2	0,14
2015	1.144	3,0	0,14
2016	1.383	3,6	0,18
2017	1.262	3,3	0,17
2018	1.326	3,45	0,17
2019	1.354	3,5	0,17
2020	1.034	2,7	0,13
2021	1.081	2,86	0,13
2022	1.066	2,8	0,12

*Źródło: opracowanie własne*

Dla porządku dodać można jeszcze dane z tego samego okresu dotyczące przestępstw z art. 198 k.k. oraz art. 199 § 1 k.k. Zaznaczyć od razu trzeba, że liczba tych przestępstw i liczba wszczętych w ich sprawach postępowań jest relatywnie (nawet w porównaniu z liczbą przestępstw z art. 197 k.k.) niewielka i gdyby rozpatrywać je nawet łącznie, z przestępstwami z art. 197 k.k., nie miałyby to większego wpływu na obraz statystyczny tego ostatniego.

Liczbę wszczętych postępowań i stwierdzonych przestępstw z art. 198 k.k. i art. 199 §1 k.k. prezentują poniższe zestawienia:

**ZESTAWIENIE 2.**

Rok	Liczba postępowań wszczętych w sprawach o wykorzystanie seksualne osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198)	Liczba stwierdzonych przestępstw wykorzystania seksualnego osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198)
1999	96	145
2000	112	102
2001	116	137
2002	119	107
2003	135	96
2004	143	104
2005	150	126
2006	168	120
2007	159	125
2008	153	98
2009	161	118
2010	165	104
2011	166	100
2012	197	95
2013	195	108
2014	249	98
2015	230	104
2016	233	93
2017	274	129
2018	328	136
2019	308	137
2020	265	157
2021	bd	bd
2022	bd	bd

*Źródło: opracowanie własne na podstawie danych KGP*

**ZESTAWIENIE 3.**

Rok	Liczba postępowań wszczętych w sprawach o seksualne wykorzystanie zależności (art. 199)	Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania zależności (art. 199)
1999	42	52
2000	56	89
2001	52	107
2002	62	139
2003	64	64
2004	46	225
2005	64	54
2006	69	70
2007	78	82
2008	69	143
2009	71	94
2010	84	90
2011	56	84
2012	78	81
2013	87	87
2014	112	80
2015	96	46
2016	102	99
2017	119	89
2018	118	96
2019	137	107
2020	100	83
2021	bd	bd
2022	bd	bd

*Źródło: opracowanie własne na podstawie danych KGP*

Wszystkie te dane jednoznacznie wskazują na to, że zmiana trybu ścigania przestępstw zgwałcenia nie wpłynęła na wzrost liczby ujawnionych, a następnie stwierdzonych tych przestępstw, a tym samym nie zmniejszyła ich ciemnej liczby. Gdyby wziąć pod uwagę okres 6-letni przed wprowadzeniem zmiany trybu ścigania (2009–2014) i 6-letni po jej wprowadzeniu, to zarówno liczby bezwzględne, jak i współczynniki pokazują, że liczba ujawnionych, a następnie stwierdzonych, a więc ujętych w statystykach, przestępstw – wbrew oczekiwaniom zwolenników zmiany trybu – nie tylko że nie wzrosła, ale przeciwnie, zmalała. W latach 2009–2014 średnio rocznie statystyki wykazywały 1439,5 zgwałceń. W latach 2015–2022 rocznie stwierdzano średnio 1206,25 zgwałceń.

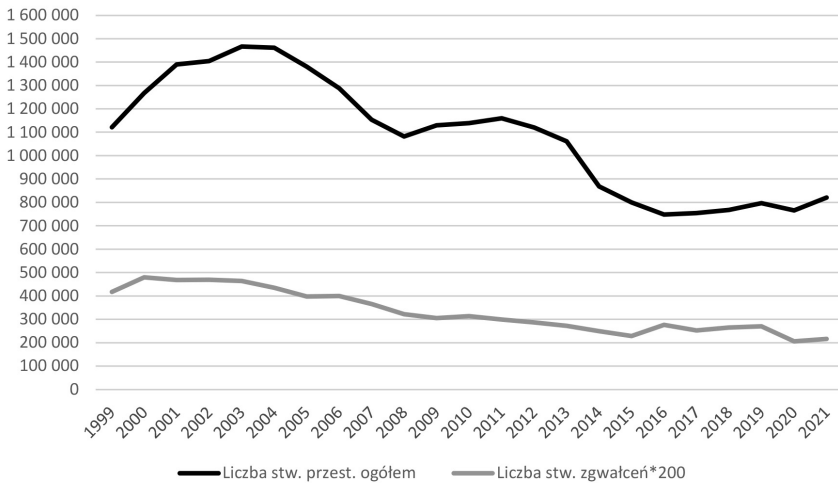
Gdyby wziąć pod uwagę dłuższy okres przed zmianą trybu ścigania, od 1999, to do roku 2014 rocznie średnio odnotowywano 1858,0 zgwałceń, czyli liczba zgwałceń ujawnionych po 2014 roku zmalała o 32,4%.

Odnosząc to do malejącej od 2011 roku populacji (38.263.300 w 1999, 38.538.447 w 2011, 37.750.00 w 2021), należy wskazać, że współczynnik zgwałceń liczony na 100.000 mieszkańców również wyraźnie zmalał. W latach 2015–2020 wynosił on rocznie średnio 3,26, podczas gdy w 6 latach poprzedzających zmianę trybu ścigania wynosił 3,73. Gdyby wziąć pod uwagę dłuższy okres przed zmianą trybu ścigania, od roku 1999, to był on jeszcze wyższy i średnio w latach 1999–2014 wynosił aż 4,8.

Teoretycznie mógłby ktoś, broniąc uparcie twierdzenia, że zmiana trybu ścigania zmniejszyła jednak ciemną liczbę tych przestępstw, stworzyć hipotezę *ad hoc*, że to rzeczywista liczba zgwałceń zmalała, a wśród tej liczby – ciemna liczba jednak zmalała na korzyść liczby przestępstw ujawnionych. Przeciw tej hipotezie *ad hoc* można by przedstawić dwa kolejne, falsyfikujące ją argumenty. Po pierwsze, taka hipoteza *ad hoc* byłaby jedynie kolejnym, przyjętym bez żadnego dowodu przypuszczeniem. Co więcej, przeczą jej dane statystyczne. Jak łatwo policzyć, w latach 1999–2014 przestępstwa zgwałcenia stanowiły 0,16% wszystkich przestępstw stwierdzonych. Niemal identycznie jest w latach 2015–2022, kiedy stanowią one 0,15% wszystkich przestępstw stwierdzonych. Zatem liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia pozostaje w stałej proporcji do ogółu przestępstw stwierdzonych. Ilustruje to wykres 1.



WYKRES 1.



*Źródło: opracowanie własne (uwaga: chcąc zestawić w jednym wykresie zmiany wielkości liczby wszystkich przestępstw stwierdzonych – których w badanym okresie było od kilkuset tysięcy do niemal półtora miliona – ze zmianami liczby zgwałceń, których w badanym okresie było od 1034 do 2.399, dla liczby zgwałceń zastosowaliśmy inną skalę, odpowiadającą pomnożeniu liczby zgwałceń x 200)*

Po roku 2005 nastąpiła jednak pewna wymagająca wyjaśnienia zmiana stosunku liczby wszczętych postępowań w sprawach o zgwałcenie do liczby stwierdzonych zgwałceń. Przedstawiono także współczynnik liczby wszczętych postępowań do liczby stwierdzonych przestępstw zgwałcenia (liczba postępowań wszczętych podzielona przez liczbę przestępstw stwierdzonych). Ilustruje to poniższe zestawienie 4.

**ZESTAWIENIE 4.**

Rok	Liczba postępowań wszczętych w sprawach o zgwałcenie	Liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia	Współczynnik liczby wszczętych postępowań do liczby stwierdzonych zgwałceń
1999	1.803	2.089	0,86
2000	1.999	2.399	0,83
2001	1.947	2.339	0,83
2002	1.972	2.345	0,84
2003	2.084	2.322	0,90
2004	2.126	2.176	0,98
2005	2.137	1.987	1,08
2006	2.212	2.001	1,10
2007	2.027	1.827	1,11
2008	2.041	1.611	1,27
2009	1.816	1.530	1,19
2010	1.759	1.567	1,12
2011	1.784	1.497	1,19
2012	1.786	1.432	1,25
2013	1.885	1.362	1,38
2014	2.444	1.249	1,96
2015	2.418	1.444	1,67
2016	2.426	1.383	1,75
2017	2.486	1.262	1,97
2018	2.502	1.326	1,89
2019	2.527	1.354	1,87
2020	2.181	1.034	2,10
2021	2.257	1.081	2,08
2022	2.436	1.066	2,28

*Źródło: opracowanie własne na podstawie danych KGP*

Podobne zestawienie dla przestępstw z art. 198 i 199 k.k. przedstawiamy poniżej:

**ZESTAWIENIE 5.**

Rok	Współczynnik liczby wszczętych postępowań do liczby stwierdzonych przestępstw wykorzystania seksualnego osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198)	Współczynnik liczby wszczętych postępowań do liczby stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania zależności (art. 199)
1999	0,66	0,81
2000	1,10	0,63
2001	0,85	0,49
2002	1,11	0,45
2003	1,41	1,0
2004	1,38	0,20
2005	1,19	1,19
2006	1,40	0,99
2007	1,27	0,95
2008	1,56	0,48
2009	1,36	0,76
2010	1,59	0,93
2011	1,66	0,67
2012	2,07	0,96
2013	1,81	1,0
2014	2,54	1,4
2015	2,21	2,09
2016	2,51	1,03
2017	2,12	1,34
2018	2,41	1,23
2019	2,25	1,28
2020	1,69	1,20
2021	b.d.	b.d.
2022	b.d.	b.d.

*Źródło: opracowanie własne*

Podstawowe statystyki dla analizowanych przestępstw przedstawia zestawienie 6:

**ZESTAWIENIE 6.**

Przestępstwo	Średnia arytmetyczna w okresie 1999–2022	Współczynnik zmienności	Odchylenie przeciętne
Art. 197 k.k.	1638,41	27,61	389,93
Art. 198 k.k.	Dla okresu 1999–2020 115,40	16,05	15,99
Art. 199 k.k.	Dla okresu 1999–2020 93,68	40,30	23,68

*Źródło: opracowanie własne*

Zmienność zgwałceń w oparciu o współczynnik zmienności (miarę względnej zmienności) można zinterpretować jako przeciętną [ $< 25\%$  – mała zmienność, (25%; 45%) – przeciętna zmienność, (45%; 100%) – silna zmienność,  $> 100\%$  – bardzo silna zmienność], podobnie w przypadku seksualnego wykorzystania zależności, natomiast w odniesieniu do wykorzystania seksualnego osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198) mamy do czynienia z małą zmiennością.

Zastanawiać może fakt, że o ile do roku 2004 liczba stwierdzonych zgwałceń zawsze była wyższa od liczby wszczętych postępowań, to od roku 2005 począwszy, liczba wszczętych postępowań zaczęła systematycznie przewyższać liczbę przestępstw stwierdzonych, by w roku 2020 przewyższyć ją ponad dwukrotnie (2.181 wszczętych, 1.034 stwierdzonych). Większa liczba stwierdzonych przestępstw niż liczba wszczętych postępowań jest czymś normalnym przy naszym systemie statystyki policyjnej<sup>40</sup>.

Zmiana proporcji liczby wszczętych postępowań w sprawach o przestępstwo zgwałcenia do liczby stwierdzonych zgwałceń zaczęła się już od 2005 roku, jednak dość wyraźnie zwiększyła po roku 2015. Fenomen polegający na tym, że wszczynają się znacznie więcej postępowań (ostatnio nawet dwa razy więcej!), niż później stwierdza przestępstw, oznacza, że znaczny procent (ostatnio nawet 50%) postępowań wszczętych w sprawie zgwałceń zostaje umorzonych z powodu ustalenia, że „czynu nie popełniono albo brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa” (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.). Oznacza to, że nastąpiła zmiana w polityce wszczynania postępowań w tego typu sprawach (są łatwiej wszczynane) lub też nastąpiła zmiana postaw osób uważających się za ofiary zgwałceń zgłaszających o popełnionym na ich szkodę przestępstwie. Sprawa wymaga dokładniejszego zbadania. Poza sporem jednak

40 J. Widacki, W. Dadak, M. Grzyb, A. Szuba-Boroń, *Kryminologia. Zarys systemu*, Warszawa 2022, s. 48–49.

jest, że zjawisko to zapoczątkowane zostało już w 2005 roku, a więc na 9 lat przed nowelizacją, a po 2014 roku tendencja ta była kontynuowana.

W oparciu o dotychczasowy stan wiedzy można jedynie próbować postawić pewne hipotezy wyjaśniające to zjawisko.

Obecnie zdecydowana większość zgwałceń ma postać tzw. „gwałtów randkowych” (*date rape*). O ile w opisywanych w kazuistykach zgwałceń z końca XIX wieku i co najmniej do pierwszej połowy XX wieku sprawca zgwałcenia z zasady nie był wcześniej znany ofierze i był dla niej osobą obcą, to współcześnie jest on nie tylko znany jej, ale często jest to osoba z jej kręgu rodzinnego lub towarzyskiego. W badaniach 248 zgwałceń z terenu Krakowa w latach 1969–1973 odsetek sprawców znajomych ofiary był niższy przy zgwałceń pojedynczych (wynosił 29%) niż przy zgwałceń zbiorowych (przy których wynosił 47%)<sup>41</sup>. Podobnie w tym czasie wyglądało to w USA. Potwierdza to obserwacja praktyki, że coraz częściej sprawcami zgwałceń są osoby znajome ofiary, w tym partnerzy lub byli partnerzy<sup>42</sup>.

W badaniach prowadzonych przez A. Pietrykę<sup>43</sup> w 57 sprawach z lat 2014–2016, tylko w 11 przypadkach (19%) sprawcą zgwałcenia była osoba obca. W 81% przypadków sprawcami byli znajomy (28 przypadków – blisko 50%), mąż lub były mąż (4 przypadki), partner lub były partner (6 przypadków), rodzic lub inny członek rodziny (5 przypadków).

Można zasadnie podejrzewać, że jeszcze 20–30 lat temu znaczna część tych przypadków zgwałceń nie byłaby zgłaszana, a nawet gdyby do zgłoszenia doszło, w wielu przypadkach odmówiono by wszczęcia postępowania, nie dopatrując się znamion przestępstwa<sup>44</sup>.

W przypadku „gwałtu randkowego” granica między gwałtem a nie-gwałtem bywa czasem trudna do ustalenia nie tylko dla organu procesowego, ale także w ocenie społecznej. Wiele takich zdarzeń, kwalifikowanych nawet przez organy ścigania i sąd jako zgwałcenia, w ocenie społecznej zgwałceńmi nie było. Być może organy ścigania, będąc pod presją społeczną, nawet w sytuacjach wątpliwych boją się odmówić wszczęcia postępowania, by później, po zebraniu i przeprowadzeniu dowodów, uznać, że zdarzenie nie miało charakteru przestępstwa zgwałcenia, i umarzają postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 lub pkt 2 k.p.k. Być może również osoby uważające się za pokrzywdzone, w aktualnych warunkach kulturowych chętniej zgłaszają także o zdarzeniach wątpliwych lub po prostu częściej fałszywie oskarżają o gwałt.

41 T. Hanausek, Z. Marek, J. Widacki, *Zgwałcenia*, Warszawa 1976, s. 22.

42 J. M. Macdonald, *The Rape – Offenders and their victims*, Ch. Thomas Publ. Springfield 1971, s. 77–78; M. Amir, *Victim Precipitated Forcible Rape*, „The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science” 1967 Vol. 58, No. 4 (Dec., 1967), s. 493–502.

43 A. Pietryka, *Ściganie przestępstwa zgwałcenia. Aspekty dogmatyczne i praktyczne*, Warszawa 2023, s. 268, 273.

44 Jeszcze w komentarzach do Kodeksu karnego z 1969 r. rozważano, czy w ogóle jest możliwy gwałt małżeński, z uwagi na art. 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, wedle którego małżonkowie są zobowiązani do pożycia (por. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 433).

Są to jednak tylko hipotezy próbujące wyjaśnić fenomen relatywnego zwiększania się liczby wszczętych postępowań w sprawach o zgwałcenia, która to liczba stała się dwukrotnie większa od liczby stwierdzonych w tych postępowaniach przestępstw zgwałcenia. Trzeba przypomnieć, że z fenomenem tym mamy do czynienia już od roku 2005, a więc bez związku ze zmianą trybu ścigania. Można podejrzewać, że ów fenomen statystyczny jest też efektem zmian kulturowych i obyczajowych dokonujących się w społeczeństwie polskim. Wymaga to jednak, jak pisaliśmy wyżej, odrębnych badań.

Wszystkie racjonalne argumenty wskazują na to, że zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia (ze ścigania na wniosek na ściganie z urzędu) nie spełniła oczekiwań zwolenników tej nowelizacji. Praktycznie była bez znaczenia dla skuteczności ścigania tych przestępstw, w niczym nie poprawiła sytuacji pokrzywdzonej w procesie. Była zatem bezcelowa.

Szkodliwa natomiast w naszej ocenie była nie sama treść nowelizacji, ale wpisujący się w populizm penalny sposób jej wprowadzenia.

Zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia i cała dyskusja wokół niej potwierdzają dobrze od dawna znane prawdy: po pierwsze, że tworzeniu dobrego prawa nie służy prawicowe ani lewicowe zacietrzewienie i ideologizacja; po drugie zaś, że wszędzie, gdzie tylko to jest możliwe, zanim jakąś hipotezę uzna się za twierdzenie, w oparciu o które tworzy się lub modyfikuje prawo, należy empirycznie te hipotezy sprawdzić lub co najmniej uprawdopodobnić. Dostosowywanie prawa do tych niepotwierdzonych, niezwyfikowanych (a czasem nawet nieweryfikowalnych!) hipotez zawsze jest ryzykowne i prowadzić często może do skutków zupełnie przeciwnych niż deklarowane. Obawiamy się, że mogło to mieć miejsce właśnie przy zmianach trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia.

Jak już wspomniano, taki sposób definiowania dobra pokrzywdzonej, jaki ma miejsce przy uzasadnieniu nowelizacji, tak naprawdę ujawnia filozofię dającą przewagę interesowi państwa (wyrażonemu w zasadzie legalizmu) i prewencji generalnej nad interesem jednostki.

### ***adw. Prof. dr hab. Jan Widacki***

*Adwokat, profesor w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, członek korespondent Polskiej Akademii Umiejętności*

*advocate, professor at the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Corresponding Member of the Polish Academy of Arts and Sciences*

### ***Dr Anna Szuba-Boroń***

*Adiunkt w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego  
assistant professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University*

## ABSTRACT

**Keywords:** *rape, model for the prosecution of rape, penal populism*

## Has the change in rape prosecution model achieved the intended effect?

The article discusses the essence of the institution of “prosecution upon the complaint from the victim”, its significance and the justification of its introduction. It subsequently assesses the effects of changing the rape prosecution model from prosecution upon the victim’s complaint to prosecution ex officio, from the perspective of eight years since the change took effect, as the shift was legally mandated in 2014. The rationale behind the change has been widely debated in legal literature. The need for such a change was mainly justified by increasing the protection of the women’s interests in relevant proceedings and improving disclosure rate of these crimes so as to reduce the dark figure of rapes. It was assumed that prosecuting rapes upon the complaint from the victim discouraged victims from reporting such crimes and that, for this reason, changing the model of prosecution so as to move away from prosecution upon the victim’s complaint would result in a greater number of reported rapes and consequently reduce the dark figure of rapes. Yet an analysis of statistical data demonstrates that changing the model of prosecution did not affect the number of confirmed cases of rape, which is steadily decreasing. The fact that, from 2005 onwards, the number of investigations into rape cases has been far higher than that of confirmed offences of rape, with a steady increase in number of cases closed due to the failure to establish legal offence, may indicate a change in prosecution policy or expediting the decisions to report rape. However, the fact that the trend started to change as early as in 2005 implies that it was not a consequence of the amendment and change in the model of prosecution.

## Bibliografia

- Amir Menechem**, *Victim Precipitated Forcible Rape*, „The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science” 1967, Vol. 58, No. 4 (Dec., 1967), s. 493–502
- Andrejew Igor, Świda Witold, Wolter Władysław**, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1971

- Bafia Jerzy, Mioduski Krystian, Siewierski Mieczysław**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977
- Berent Marcin, Filar Marian**, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014
- Bielski Marek**, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013
- Bieńkowska Ewa, Mazowiecka Lidia**, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009
- Budyn-Kulik Magdalena**, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013
- Budyn-Kulik Magdalena**, *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*, „Palestra” 2014/1–2
- Chodorowska Anna**, *Przestępstwo zgwałcenia na przestrzeni lat w polskim prawie karnym (w:) Idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014
- Cieślak Marian**, *O ściganiu na wniosek w obowiązującym polskim prawie*, „Państwo i Prawo” 1973/1
- Grajewski Jan**, *Ściganie na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1992/6, s. 57–58
- Grzegorzczak Tomasz, Tylman Janusz**, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 111–113, 128
- Hanausek Tadeusz, Marek Zdzisław, Widacki Jan**, *Zgwałcenia*, Warszawa 1976
- Jasiński Wojciech**, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2014/1
- Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Komentarz do art. 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006
- Kolińska Ewa**, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia – problem wtórnej wiktyimizacji i związanej z nią możliwości cofnięcia wniosku*, „Jurysta” 2003/7–8
- Krzymuski Edmund**, *System prawa karnego ze stanowiska nauki trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*, Kraków 1921
- Kudrelek Jan, Lisiecki Mirosław**, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Przegląd Policyjny” 2000/3–4
- Leszczyński Juliusz**, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973
- Lipczyńska Maria**, *Wniosek o ściganie w sprawach o przestępstwo zgwałcenia w świetle ustawy i praktyki*, „Palestra” 1973/11
- Łojkowska Małgorzata**, *Sytuacja ofiar przemocy seksualnej w postępowaniu karnym (w:) Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011



- Macdonald John M.**, *The Rape – Offenders and their victims*, Ch. Thomas Publ. Springfield 1971
- Makarewicz Juliusz**, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932
- Marek Andrzej**, *Prawo karne*, Warszawa 2003
- Mozgawa Marek**, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2014
- Mozgawa-Saj Marta**, *Z problematyki trybów ścigania*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne” 2020, t. 41, s. 120, 121
- Pietryka Artur**, *Ściganie przestępstwa zgwałcenia. Aspekty dogmatyczne i praktyczne*, Warszawa 2023
- Piotrowski Marcin**, *Krytycznie o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Palestra” 2016/6, s. 27
- Plątek Monika**, *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 345–377
- Pracki Henryk**, *Czy zgwałcenie powinno pozostać przestępstwem ściganym na wniosek pokrzywdzonego?*, „Problemy Praworządności” 1981/8–9
- Sidor Gabriela**, *Przestępstwo z urzędu – ścigane z urzędu czy na wniosek?*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, t. 20
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, s. 10–11, druk nr 532 [www.sejm.gov.pl]
- Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr**, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013
- Warylewski Jarosław**, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001
- Widacki Jan, Cempura Aleksandra, Przybycień Michał**, *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2014/9
- Widacki Jan, Dadak Wojciech, Grzyb Magdalena, Szuba-Boroń Anna**, *Kryminologia. Zarys systemu*, Warszawa 2022
- Widacki Jan, Szuba-Boroń Anna**, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, T. XLI, nr 2, s. 253–285
- Zielińska Ewa**, *Wnioskowy tryb ścigania w przypadku przestępstwa zgwałcenia: ochrona ofiar czy przyzwolenie na bezkarność sprawców i beczynność systemu wymiaru sprawiedliwości (w:) Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberlego*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007

**Słowa klucze:** przestępstwa fakturowe, nierzetelne faktury, zbrodnia fakturowa, zorganizowana grupa przestępcza, współsprawstwo, pomocnictwo

*Szymon Tarapata*

## **Wybrane uwagi o standardach przypisywania sprawstwa przestępstw fakturowych związanych z działalnością zorganizowanej grupy przestępczej**

### **ABSTRAKT**

W praktyce prokuratorskiej i sądowej dostrzegalna jest tendencja do przypisywania odpowiedzialności karnej za przestępstwa fakturowe, popełniane w związku z funkcjonowaniem zorganizowanej grupy przestępczej, w sposób, który może budzić daleko idące wątpliwości z punktu widzenia standardów interpretacyjnych, które powinny być przestrzegane w państwie demokratycznym. Zdarza się, że prokuratorzy oraz sądy, idąc na skróty, nadużywają pewnych konstrukcji normatywnych (przede wszystkim czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k.) oraz stosują niedopuszczalne uproszczenia i domniemania. Celem niniejszego tekstu jest wyrażenie zdecydowanego sprzeciwu wobec takich praktyk oraz przypomnienie, jak powinien wyglądać proces przypisywania odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione w związku z funkcjonowaniem zorganizowanej grupy przestępczej, realizowane w różnych postaciach przestępnego współdziałania (przede wszystkim we współsprawstwie oraz w formie pomocnictwa).

### **I. WSTĘP**

Przypisywanie sprawstwa przestępstwa popełnionego w związku z działalnością zorganizowanej grupy przestępczej często jest przedsięwzięciem niezwykle złożonym i trudnym. Wynika to przede wszystkim z wewnętrznej solidarności i zmyślenia panującej wśród jej członków. W efekcie organy ścigania oraz sądy mogą nie dysponować wystarczającymi dowodami, dzięki którym można przypisać odpowiedzialność karną za przestępstwa popełnione w grupie. Z tego powodu ustawodawca wprowadził do systemu prawnego mechanizmy mające za zadanie zachęcić członków

struktury przestępczej do dzielenia się swą wiedzą i obciążania samych siebie oraz ich współtowarzyszy<sup>1</sup>. Jednak nawet jeżeli organom ścigania uda się rozbić solidarność wewnątrz grupy i uzyskać określoną wiedzę na temat jej funkcjonowania, pewne problemy natury dowodowej mogą i tak nie zostać wyeliminowane. Dotyczy to zwłaszcza rozbudowanych, działających przez wiele lat, struktur. W ich wnętrzu mogło dojść bowiem do popełnienia licznych przestępstw w różnych konfiguracjach osobowych. Z racji zaś tego, że pamięć ludzka bywa zawodna, często nie będzie można uzyskać pełnych i precyzyjnych informacji co do czynów zabronionych popełnionych w dłuższym odcinku czasowym oraz ich sprawców. W praktyce zdarza się również, iż poszczególni członkowie grup przestępczych obciążają się wzajemnie, składając sprzeczne ze sobą wyjaśnienia. Nie jest wykluczone, że w tego typu sytuacjach nie będzie możliwa weryfikacja prawdziwości relacji przedstawianych przez te osoby.

Ustawodawca, świadomy istnienia wskazanych powyżej trudności dowodowych, wprowadza do porządku prawnego różne mechanizmy będące przejawem stosowania tzw. kryminalizacji uproszczonej<sup>2</sup>. Przykładem tego typu instrumentu są czyny zabronione stypizowane w art. 258 k.k. Opisane w tym przepisie zachowania polegają, ogólnie rzecz ujmując, na braniu udziału w zorganizowanej grupie przestępczej lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (bądź też zakładaniu takiej grupy lub związku bądź kierowaniu nimi). Dla przypisania przestępstw stypizowanych w art. 258 k.k. nie jest konieczne popełnienie jakiegokolwiek czynu przestępnego w obrębie danej struktury przestępczej<sup>3</sup>. Opisane w tymże przepisie zachowania są typami z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Pośród ich znamion brak jest skutku w postaci stworzenia co najmniej konkretnego zagrożenia dla określonego przedmiotu prawnokarnej ochrony<sup>4</sup>. Typy z art. 258 k.k. chronią różnorakie dobra prawne na głębokim nieraz przedpolu ich naruszenia<sup>5</sup>. Mają one bowiem zabezpieczać wszelkie wartości, które można zaatakować poprzez popełnienie zróżnicowanych przestępstw<sup>6</sup>. Prawodawca, uchwalając art. 258 k.k., wyszedł ze słusznego założenia, że samo uczestnictwo w zorganizowanej

1 Przykładem takiego mechanizmu może być niewątpliwie konstrukcja tzw. „małego świadka koronnego” z art. 60 § 3 i 4 k.k. czy też podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia z art. 277c i d k.k.

2 Szerzej o kryminalizacji uproszczonej: zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 66–68.

3 Zob. D. Gruszecka (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 1077–1079.

4 Zob. Z. Cwiakalski (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 550.

5 J. Giezek, *Udział w zorganizowanej grupie przestępczej a odpowiedzialność karna na przedpolu naruszenia dobra prawem chronionego* (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 87.

6 Słusznie zauważa J. Giezek, iż choć art. 258 k.k. został zgrupowany w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, to właściwym przedmiotem ochrony opisanych w tymże przepisie typów zdaje się być to dobro, do którego naruszenia dojść mogłoby dopiero wówczas, gdyby grupa, w której sprawca wziął udział, zrealizowała cel, w jakim została powołana (J. Giezek, *Udział...*, s. 87–88).

grupie przestępczej lub związku wiąże się z wysokim prawdopodobieństwem popełnienia przez członka tych struktur różnorodnych zachowań przestępczych. Nie jest więc wykluczone, że nawet gdy uczestnikowi grupy, z uwagi na trudności dowodowe, nie będzie się dało przypisać popełnienia konkretnego czynu przestępczego, możliwe stanie się jego ukaranie za samą przynależność do przestępnej struktury. Społeczeństwo nie może sobie bowiem pozwolić na tolerowanie tego, by tego rodzaju organizacje działały legalnie, zaś samo państwo musi dysponować skutecznymi narzędziami do walki z przestępczością zorganizowaną.

Celem niniejszego tekstu jest ocena pewnego zjawiska, które można zaobserwować w praktyce stosowania prawa<sup>7</sup>. Sprowadza się ono do tego, że w sytuacji, gdy organy ścigania odkrywają fakt funkcjonowania danej grupy przestępczej, coraz częściej przyjmują wniosek, iż za popełnienie zrealizowanych w jej ramach przestępstw powinni odpowiedzieć wszyscy jej członkowie. Uzasadniając taki punkt widzenia, stosują one różne schematy interpretacyjne. Można zaryzykować tezę, że organy ścigania najczęściej nadużywają konstrukcji współsprawstwa lub innych form przestępczego współdziałania. Chcąc w sposób pełniejszy przedstawić ten problem, w niniejszym tekście za przykład obrano grupę przestępczą, której uczestnicy zajmują się wytwarzaniem nierzetelnych faktur VAT i obrotem nimi<sup>8</sup>. Realizowane przez uczestników takich struktur zachowania mogą oczywiście wyczerpywać znamiona różnorodnych typów czynu zabronionego. Chodzi nie tylko o zachowania opisane m.in. w art. 270a albo 271a lub 277a k.k., ale również, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, o czyny stypizowane w art. 55, 56, 62, 76 k.k.s. lub art. 286, 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 bądź § 3 lub § 4 k.k.<sup>9</sup> Wybór takiego przykładu determinowany jest przede wszystkim tym, że analizowane zjawisko związane z przypisywaniem odpowiedzialności karnej za czyny popełniane w grupie jest szczególnie widoczne właśnie w odniesieniu do struktur trudniących się przestępczością fakturową. Sprowadza się ono np. do tego, że jeśli prokurator ustali, że na przestrzeni pięciu lat działała

7 Zostało ono przeze mnie zaobserwowane w trakcie wykonywania zawodu adwokata.

8 Proceder ten polega na handlu tzw. „fakturami kosztowymi”. Najczęściej sprowadza się do tego, że członkowie grupy, działając pod szyldem danej firmy, wystawiają nierzetelne faktury na rzecz podmiotów, które ewidencjonują owe dokumenty w swych kosztach, chcąc doprowadzić do uszczuplenia w podatku VAT. W zamian za to członkowie grupy otrzymują od swych klientów wynagrodzenie.

9 Trzeba pamiętać, że aktualnie w orzecznictwie dominuje pogląd, że wystawianie nierzetelnych faktur i/lub posługiwanie się nimi, w szczególności do wprowadzania w błąd organów podatkowych i doprowadzania ich w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, realizuje znamiona przestępstw zarówno z Kodeksu karnego, jak i Kodeksu karnego skarbowego, co powoduje, że pomiędzy tymi czynami przestępnymi zachodzi tzw. idealny zbieg z art. 8 § 1 k.k.s. – m.in. pomiędzy art. 62 § 2 k.k.s. a art. 271 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. a art. 76 § 1 k.k.s. [zob. m.in. postanowienie SN z 3.07.2020 r. (V KK 14/20), LEX nr 3152861; uchwała SN (7) z 24.01.2013 r. (I KZP 19/12), LEX nr 1252697]. Istnieją jednak istotne argumenty przemawiające za wadliwością takiego ujęcia. Bardziej przekonuje pogląd, że – generalnie rzecz ujmując – wskazane powyżej przepisy Kodeksu karnego skarbowego stanowią *legis specialis*, co powoduje, że regulacje Kodeksu karnego nie powinny być w przypadku takiego zbiegu stosowane (szerzej: P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008/12, s. 5–31). Z racji jednak tego, że w praktyce takie ujęcie jest odrzucane, wyłącznie na potrzeby niniejszego tekstu przyjęto dominujący w orzecznictwie pogląd, że w przypadku wystawienia nierzetelnych faktur i posługiwania się nimi oraz dokonywania oszustw za pomocą tych dokumentów zachodzi idealny zbieg czynów karalnych (nie oznacza to jednak, że z tym poglądem się zgadzam).

organizacja przestępcza złożona z siedmiu osób, w ramach której wytwarzano i dystrybuowano nierzetelne faktury VAT, stawia wówczas członkom tej struktury zarzuty, że wystawili oni wszystkie te dokumenty, działając wspólnie i w porozumieniu. Zalicza on więc wystawienie każdego z tych dokumentów na ich konto. Dzieje się tak pomimo deficytów informacji w zakresie tego, kto konkretnie tworzył te faktury lub się nimi posługiwał.

## II. NADUŻYWANIE KONSTRUKCJI CZYNU CIĄGŁEGO Z ART. 12 § 1 K.K.

Niekiedy również organy ścigania łączą poszczególne zachowania polegające na wystawianiu poszczególnych faktur VAT oraz posługiwaniu się nimi w jeden czyn zabroniony spięty klamrą ciągłości za pomocą art. 12 § 1 k.k. Zabieg taki ma przede wszystkim na celu osiągnięcie jednego istotnego rezultatu. Konkretnie rzecz ujmując – w sytuacjach, gdy kwoty widniejące na poszczególnych fakturach są relatywnie niskie, lecz ich łączna suma jest pokaźna, gdyż przekracza kwotę 10.000.000 zł, wówczas można postawić sprawcy zarzut dopuszczenia się zbrodni fakturowej opisanej w art. 277a § 1 k.k., która zagrożona jest karą od 5 do 25 lat pozbawienia wolności. Taki sam efekt można osiągnąć w stosunku do grup, które trudnią się uzyskiwaniem nienależnych zwrotów VAT za pomocą nierzetelnych faktur. Spięcie tych zachowań klamrą ciągłości może niekiedy spowodować, że będzie możliwe zsumowanie kwot bezprawnie uzyskanych, co otworzy szansę na łączne zakwalifikowanie takich czynów z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 4 k.k. (przewidującym karę od 5 do 25 lat pozbawienia wolności). Co więcej – z racji tego, że przestępstwo fakturowe będzie popełniane w warunkach czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k., sąd, w razie jego przypisania, z uwagi na dyrektywę sądowego wymiaru kary wynikającą z art. 57b k.k., musi orzec wobec oskarżonego karę powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Omawiany zabieg, podejmowany przez oskarżyciela, ma więc z jednej strony zwiększyć szansę na wymierzenie sprawcy surowszej kary, z drugiej zaś – ułatwić stosowanie wobec niego w toku postępowania środków przymusu procesowego, w tym tymczasowego aresztowania<sup>10</sup>.

Opisana powyżej praktyka rodzi konieczność przeprowadzenia analizy na temat standardów przypisywania członkom zorganizowanej grupy przestępczej poszczególnych przestępstw, które zostały w związku z działalnością takiej grupy popełnione. Nie trzeba przecież przekonywać, że każdy z członków działającej kiedyś w Polsce mafii pruszkowskiej nie może odpowiadać za wszystkie zabójstwa lub wymuszenia rozbójnicze, które były dokonywane przez członków tejże grupy, jeżeli ze zdarzeniami tymi sam nie miał nic wspólnego (w żaden sposób w nich nie uczestniczył). Możliwość

<sup>10</sup> W orzecznictwie dominuje pogląd, że grożąca surowa kara (art. 258 § 2 k.p.k.) jest samoistną przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania – zob. m.in. postanowienie SN z 13.01.2022 r. (I KZ 63/21), LEX nr 3369783. Ujęcie to jednak budzi uzasadnione wątpliwości (szerzej: S. Tarapata, *Znaczenie grożącej oskarżonemu surowej kary w podejmowaniu decyzji w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, „Studia Iuridica Lubliniensa” 2022, Vol 31, No 3, s. 233–254).

przypisania przestępstwa jest bowiem uzależniona od wyczerpania znamion czynu zabronionego w jednosprawstwie, sprawczych lub niesprawczych formach przestępnego współdziałania. Istotne jest przy tym, że realizacji tych cech nie można domniemywać (tj. przyjmować pozaustawowego domniemania ich wyczerpania). Znamiona te muszą zostać ponad wszelką wątpliwość ustalone oraz dowodowo wykazane w toku procesu. Dalsze części tekstu zostaną poświęcone standardom, jakich trzeba się trzymać w trakcie badania możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przedsięwzięcia realizowane w związku z funkcjonowaniem struktury ukierunkowanej na popełnianie przestępstw. Dla uproszczenia wyводу – w toku dalszej analizy będą się posługiwać wyłącznie typami czynu zabronionego z art. 270 § 1 k.k., art. 271a § 1 lub 2 k.k. bądź art. 277a § 1 k.k.

Działanie w grupie przestępczej zajmującej się wystawianiem i dystrybuowaniem nierzetelnych faktur VAT może przybierać różne formy. Czynności te mogą polegać przede wszystkim na:

1. zakładaniu grupy i organizowaniu jej działalności;
2. sprawstwie, współsprawstwie, sprawstwie kierowniczym lub polecającym konkretnych przestępstw popełnianych w jej ramach;
3. podżeganiu i pomocnictwie do popełnienia tych przestępstw;
4. podtrzymywaniu warunków koniecznych do funkcjonowania grupy;
5. praniu pieniędzy lub innych aktywów pochodzących z przestępstw;
6. działaniach likwidujących grupę oraz ukierunkowanych na zacieranie śladów jej funkcjonowania.

Może się zdarzyć, że zachowania opisane w pkt 1, 4, 5 i 6 będą jednocześnie czynami wskazanymi w pkt 2 i 3, lecz nie zawsze tak być musi.

Podział ról w grupie przestępczej zajmującej się tworzeniem pustych faktur może być bardzo zróżnicowany. Możliwe jest, że dokumenty te są wystawiane przez każdego z jej członków. Jeśli przestępne porozumienie obejmowało wszystkie tego rodzaju czyny, wówczas normatywna ocena takiego układu sytuacyjnego nie nastęrcza większych trudności. W takich przypadkach wszystkie te zachowania mogą zostać po prostu zarachowane na konto każdego ze współsprawców. Jeśli natomiast dana osoba nieco później dołączy do grupy i zacznie wystawiać nierzetelne faktury VAT dopiero w trakcie działalności struktury, wówczas będzie można przypisać na jej rachunek tylko te zachowania innych współdziałających, które zdarzyły się od przyłączenia się przez nią do przestępnego porozumienia. W takim przypadku będziemy mieć bowiem do czynienia z tzw. współsprawstwem sukcesywnym<sup>11</sup>.

11 Współsprawstwo sukcesywne obejmuje przypadki, gdy w trakcie wykonywania czynu zabronionego przez jedną osobę przyłącza się do niej inna osoba i od tego momentu wspólnie i w porozumieniu wykonują czyn zabroniony (P. Kardas (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 392 i 404 oraz wskazana tam literatura).

Bywa też jednak, że wytwarzaniem faktur zajmują się tylko niektórzy uczestnicy grupy przestępczej. Pozostali zaś bądź to w te czynności się nie angażują, bądź też do ich wykonywania nakłaniają lub pomagają w ich realizacji. Rozpocząć należy od analizy dokonywania przestępstw fakturowych w sprawczych formach współdziałania, a konkretnie od tej, która została wymieniona w art. 18 § 1 zd. 2 k.k. Znamiona takich czynów mogą być realizowane zarówno w formie współsprawstwa równoległego, dopełniającego<sup>12</sup>, jak i sukcesywnego. Należy też w tym kontekście pamiętać o dwóch kwestiach. Po pierwsze – przestępstwa fakturowe mają charakter umyślny. Po drugie – czyny te zwykle popełniane są wieloma zachowaniami. Znamienne jest przy tym, że typy z art. 270a § 2 k.k., art. 271a i 277a k.k. polegają na wystawianiu „faktury lub faktur” albo używaniu takich dokumentów. Użycie na gruncie przytoczonych przepisów słowa „faktur” może sugerować, że opisane w nich przestępstwa mają charakter „wieloczynowy” (skoro ustawodawca użył w nich rzeczownika w liczbie mnogiej). W literaturze podkreśla się jednak, iż

„realizacja znamion czynności wykonawczej jednego przestępstwa z art. 271a w stosunku do dwóch lub większej liczby faktur wymaga albo spełnienia kryteriów ontologicznych i normatywnych jedności czynu, albo zastosowania konstrukcji czynu ciągłego z art. 12”<sup>13</sup>.

Oznacza to, że za jeden czyn zabroniony można uznać takie wystawienie większej liczby faktur, kiedy sprawca czynu robi to w ramach jednego zdarzenia, czyli wytwarza te dokumenty jednorazowo w warunkach tożsamości bądź bliskości czasowej i miejscowej. Jeżeli natomiast dany podmiot sekwencyjnie tworzy faktury w dłuższym odstępie czasu, to jego zachowania można uznać za jeden czyn zabroniony wyłącznie wówczas, gdy spełnione są wszystkie warunki czynu ciągłego określone w art. 12 § 1 k.k.<sup>14</sup>

Powyższe twierdzenia mają istotne znaczenie w kontekście badania, czy w konkretnym układzie sytuacyjnym ma się do czynienia z jednością/tożsamością

12 Współsprawstwo równoległe (wielosprawstwo) polega na wypełnieniu samoistnie przez zachowanie każdego ze współdziałających wszystkich znamion czynu zabronionego przy jednoczesnym istnieniu między współdziałającymi porozumienia co do wspólnego wykonania tego czynu i świadomości jego wspólnego wykonania. Współsprawstwo dopełniające (współsprawstwo właściwe) objawia się w wypełnieniu przez jednego ze współdziałających wszystkich znamion oraz realizacji części znamion przez drugiego ze współdziałających lub na wypełnieniu przez każdego ze współdziałających na podstawie porozumienia jedynie części znamion czynu, przy czym po złożeniu ich zachowań i uczynieniu z nich jednej podstawy wartościowania łącznie doprowadzą one do wypełnienia wszystkich znamion czynu zabronionego (P. Kardas (w:) *Kodeks...*, s. 392 i 404 oraz wskazana tam literatura).

13 T. Sroka (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 760. Zob. też: T. Razowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 1205.

14 Trzeba przy tym zaznaczyć, że czyn ciągły na gruncie prawa karnego skarbowego ma szersze określone granice niż art. 12 § 1 k.k. Art. 6 § 2 k.k.s. pozwala bowiem łączyć kłamrą ciągłości nie tylko zachowania podjęte w wykonaniu tego samego zamiaru, ale również czyny popełnione przy wykorzystaniu takiej samej sposobności. Możliwy jest więc taki scenariusz, że to, co na gruncie Kodeksu karnego nie będzie czynem ciągłym, może zostać spięte kłamrą ciągłości na gruncie Kodeksu karnego skarbowego. Nie oznacza to jednak np., że jeżeli sprawca różnymi zachowaniami wystawia trzy faktury na kwoty X, Y i Z, które mogą być spięte kłamrą ciągłości w obrębie k.k.s., nie zaś w obszarze k.k., to przypisując czyn karalny na gruncie k.k., będzie można zsumować wartość tych faktur. Na płaszczyźnie przestępstw pospolitych będziemy mieć bowiem do czynienia z trzema osobnymi przestępstwami.

przestępstwa fakturowego realizowanego w formie współsprawstwa. W przypadku bowiem czynów umyślnych – warunkiem uznania wielu zachowań za jeden przedmiot prawnokarnej oceny jest to, by realizowane były one ze z góry powziętym zamiarem. Zamiar ten musi więc istnieć już w momencie podjęcia się pierwszego z zachowań składających się na czyn ciągły i obejmować wszystkie aktywności złączone klamrą ciągłości. Sprawca musi sobie więc od początku uświadamiać, ile działań i jakie aktywności podejmie w przyszłości. Spełnienie takiego warunku w stosunku do wszystkich zachowań polegających na wystawianiu lub używaniu nierzetelnych faktur, podjętych w trakcie funkcjonowania grupy przestępczej, będzie najczęściej wysoce wątpliwe. Wiadomo przecież, że jeśli struktura taka zajmuje się np. sprzedawaniem faktur kosztowych, to na przestrzeni lat podejmuje szereg działań ukierunkowanych na pozyskanie klientów. Proces ten następuje zwykle sukcesywnie. W różnych fazach działalności grupy pojawiają się przecież nowi, wcześniej nieznanymi kontrahenci. Pewna grupa klientów przestaje też korzystać z pozyskiwania kolejnych faktur, zaś ci, co je wciąż nabywają, zgłaszają na nie nowe zapotrzebowania. Nadto członkowie grupy, z powodu powstania nowych okoliczności, zakładają kolejne spółki, pod szyldem których wystawiają faktury, oraz likwidują stare firmy bądź zaprzestają korzystania z ich szyldu. Oczywiście jest więc, że w tym stanie rzeczy nie jest możliwe spięcie wszystkich zachowań podjętych przez członków struktury przestępczej klamrą ciągłości. Przykładowo – skoro jeden z klientów na zakup nierzetelnych faktur pojawił się dopiero po 2 latach od czasu rozpoczęcia jej funkcjonowania, to wystawienie tychże dokumentów dla niego nie mogło przecież być objęte z góry powziętym zamiarem na początku działania przestępczej struktury. W takiej sytuacji o zastosowaniu art. 12 § 1 k.k. nie może być mowy. Jeżeli więc w tego rodzaju okolicznościach prokurator, w celu zakwalifikowania zachowania sprawców jako najsurowiej karanej zbrodni fakturowej, spina wszystkie czyny popełnione w okresie funkcjonowania grupy klamrą ciągłości, czyni to wadliwie, nadużywając konstrukcji opisanej w art. 12 § 1 k.k. i aplikując ją niezgodnie z jej przeznaczeniem i w sposób sprzeczny z ustawowymi przesłankami. Niestety taka wątpliwa koncepcja nierzadko broni się przed sądem, co musi głęboko dziwić. Konstrukcji czynu ciągłego nie można przecież domniemywać. Jej cechy muszą zostać skrupulatnie udowodnione, ze wskazaniem, jakie okoliczności świadczą o tym, iż poszczególne zachowania sprawcy zostały popełnione w warunkach z góry powziętego zamiaru.



### III. CZYNY ZABRONIONE POPEŁNIONE W ZWIĄZKU Z DZIAŁALNOŚCIĄ W ZORGANIZOWANEJ GRUPIE A ZNAMIONA WSPÓLSPRAWSTWA ORAZ INNYCH FORM PRZESTĘPNEGO WSPÓLDZIAŁANIA

Jak już wspomniano, skutkiem przyjęcia konstrukcji współsprawstwa jest, że na konto jednego współsprawcy można zaliczyć to, co „własnoręcznie” wykonał inny<sup>15</sup>. Aby tak się jednak stało, muszą zostać spełnione określone warunki. Przede wszystkim współsprawca, który nie wykonuje konkretnego zachowania sprawczego, winien obejmować swą świadomością i wolą to, co robi inna osoba<sup>16</sup>. Jeśli zaś nie uświadamia on sobie tego, że ktoś inny podejmuje określoną aktywność, wówczas działanie to nie powinno żadną miarą zostać zarachowane na jego konto. W ramach grupy przestępczej może się zdarzyć, iż w jej obrębie przyjęty jest podział ról, wedle którego różni jej członkowie wystawiają puste faktury. Niemniej jednak jeden ze współsprawców może zostać obciążony działaniami, które wykonał drugi, jeśli o nich wiedział. Wiedza ta nie może być w żaden sposób domniemywana. Nie można przyjmować z góry założenia, że skoro jeden członek grupy zajmował się wystawianiem nierzetelnych faktur, to wie o wytworzeniu wszystkich tego typu dokumentów, które w obrębie danej struktury przestępnej zostały wystawione.

Jeśli chodzi o kolejny warunek przyjęcia figury z art. 18 § 1 zd. 2 k.k., to trzeba pamiętać, że w orzecznictwie dominuje materialno-objektywna koncepcja współsprawstwa. Opiera się ona, ogólnie rzecz ujmując, na twierdzeniu, iż za współsprawcę uznaje się tego, kto albo realizuje co najmniej fragment znamion czynu zabronionego, albo podejmuje zachowanie stanowiące istotny wkład w tę realizację<sup>17</sup>. Koncepcja ta jest krytykowana w piśmiennictwie. Podnosi się przede wszystkim, że może ona prowadzić do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*<sup>18</sup>. Art. 18 § 1 zd. 2 k.k. wymaga bowiem dla przyjęcia współsprawstwa tego, by czyn był „wykonywany” przez co najmniej dwie osoby „wspólnie i w porozumieniu”. Nie ma żadnych powodów, by na gruncie art. 18 § 1 zd. 2 k.k. słowo „wykonuje” rozumieć inaczej, aniżeli ma to miejsce na gruncie art. 18 § 1 zd. 1 k.k. Świadczy o tym zresztą brzmienie art. 18 § 1 k.k. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że „Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą (...)”. Słowo „wykonuje” na gruncie tej regulacji zostało ewidentnie ujęte zbiorczo w odniesieniu do sprawstwa pojedynczego oraz współsprawstwa. Nie ma natomiast wątpliwości, że na gruncie jednosprawstwa w rozumieniu art. 18 § 1 zd. 1 k.k. (tj. wykonywania czynu zabronionego samemu) wykonywać czyn zabroniony to po prostu nic innego, jak realizować jego

15 P. Kardas (w:) *Kodeks...*, s. 383.

16 P. Kardas (w:) *Kodeks...*, s. 386; wyrok SA w Warszawie z 9.11.2022 r. (II AKa 67/21), LEX nr 3440746.

17 Zob. np. wyrok SN z 9.09.2022 r. (V KK 346/22), LEX nr 3485163; wyrok SA we Wrocławiu z 29.09.2022 r. (II AKa 159/22), LEX nr 3460924.

18 P. Kardas (w:) *Kodeks...*, s. 399.

ustawowe znamiona. Trzeba zatem stwierdzić, iż nie może być współsprawcą ten, co nie realizuje chociażby fragmentu znamion czynu zabronionego. Nie oznacza to jednak, że koncepcja materialno-objektywna na gruncie współsprawstwa w ogóle nie może być przyjmowana. Przeciwnie – jej aplikowanie możliwe jest na gruncie niektórych przestępstw skutkowych, w obrębie których ustawodawca posługuje się schematem „powoduje skutek S”. W obrębie takich typów koncepcja formalno-objektywna może być z powodzeniem stosowana wspólnie z koncepcją materialno-objektywną<sup>19</sup>. Ta druga pozwala bowiem ustalić, kiedy zostały spełnione warunki do stwierdzenia, że dana osoba spowodowała określony w ustawie skutek. Współsprawcą w wystąpieniu tego następstwa może stać się mianowicie ten, czyje zachowanie stanowi istotny wkład w jego spowodowanie. Taka bowiem osoba „powoduje skutek S”. W takich sytuacjach koncepcja materialno-objektywna znakomicie uzupełnia ujęcie formalno-objektywne. Trzeba jednak w tym kontekście pamiętać, że niekiedy aplikacja teorii materialno-objektywnej będzie ograniczona przez ustawodawcę wskutek użycia znamienia czasownikowego sugerującego, że realizacja komponentu czasownikowego musi nastąpić własnoręcznie. Sytuacja taka ma właśnie miejsce na gruncie przestępstw fakturowych. W art. 271a k.k. i art. 277a k.k. wskazano przecież, że realizuje znamiona opisanych w tychże przepisach ten, kto wystawia nierzetelną fakturę lub faktury lub ich używa, nie zaś osoba, której zachowanie stanowi istotny wkład w jego wystawienie lub użycie. Słowo „wystawić” oznacza „wypisać, wypełnić lub wydać jakiś dokument”<sup>20</sup>. W zakresie znaczeniowym tego słowa nie może się więc mieścić wykonanie wyłącznie takich czynności, jak np. uzgodnienie treści nierzetelnej faktury lub przekazanie danych, które się w niej znajdują<sup>21</sup>. Takie zachowania mogą co do zasady co najwyżej stanowić pomocnictwo do przestępstwa fakturowego. Wyjątkiem są sytuacje, w których spełnione zostaną znamiona wskazanego w art. 18 § 1 zd. 3 i 4 k.k. sprawstwa kierowniczego albo polecającego<sup>22</sup> (jeśli, rzecz jasna, spełnione zostaną wszelkie cechy konstytutywne z punktu widzenia możliwości przyjęcia tychże form sprawczych).

19 S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 488; M. Bielski, *Objektywna przewidywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepublikowana rozprawa doktorska, s. 367–368; W. Wróbel, *Kilka uwag o współsprawstwie przestępstw materialnych w perspektywie kryteriów objektywnego przypisania skutku (w): Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 644.

20 *Słownik języka polskiego PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2008, s. 1220. Warto zauważyć, że znamię czasownikowe „wystawić” zostało zaczerpnięte z ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1570), w której jest używane w wielu miejscach (np. art. 106b ustawy o VAT). Termin ten nie ma jednak swej definicji legalnej w prawie podatkowym. Przyjąć więc trzeba, że definicja słownikowa jest zbieżna z tym, co da się wyczytać z kontekstów, w których czasownik „wystawić fakturę” jest używany na gruncie aktów prawnopodatkowych, w tym właśnie ustawy VAT.

21 Z tych powodów za zbyt kategoryczny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku SA w Warszawie z 21.03.2021 r., iż „Bez znaczenia pozostaje (...), kto fizycznie podpisywał rzeczony faktury, skoro przypisano sprawcom działanie wspólnie i w porozumieniu oraz w ramach grupy przestępczej” (II AKA 394/20, LEX nr 3348649).

22 Przykładowo szef firmy poleca swemu pracownikowi wystawienie nierzetelnej faktury, podając mu dane, które mają się znaleźć w jej treści.

W praktyce można również dostrzec zjawisko, w ramach którego organy ścigania traktują czynności organizacyjne podejmowane wewnątrz grupy przestępczej jako podżegania lub pomocnictwa do wszystkich lub niektórych przestępstw popełnianych przez członków tejże struktury. Chodzi tu o takie czynności, jak np. rejestrowanie spółek, wynajęcie wirtualnego biura, zakładanie rachunków bankowych, werbowanie formalnych członków zarządu, obsługa czynności notarialnych itp. W tym kontekście trzeba zauważyć, że czyny polegające na karalnym podżeganiu lub pomocnictwie mają miejsce przed dokonaniem danego przestępstwa w formach sprawczych. Nie ma też przeszkód, by zachowanie podżegacza lub pomocnika było popełnione nawet w znacznym odstępie czasowym od zachowania sprawcy. Należy jednak pamiętać, że podżeganie i pomocnictwo musi dotyczyć konkretnego, nie zaś jakiegokolwiek bliżej nieokreślonego w przyszłości czynu zabronionego<sup>23</sup>. Oznacza to, że warunkiem koniecznym przyjęcia form współdziałania z art. 18 § 2 i 3 k.k. jest, by podżegacz lub pomocnik uświadamiał sobie, jakie znamiona przedmiotowe może zrealizować nakłaniany lub osoba, której się ułatwia ową realizację. Jeżeli więc przykładowo dany uczestnik grupy zarejestruje spółkę po to, by za jej pomocą wystawiać w nieustalonej przyszłości bliżej nieokreślone nierzetelne faktury, o żadnym pomocnictwie nie może być mowy. W takiej sytuacji osoba ta nie będzie uświadamiać sobie konkretnego zachowania sprawczego, do którego pomaga. Słusznie podkreśla się w orzecznictwie, że:

„Udzielający pomocy musi obejmować świadomością to, że podejmując określone czynności, czyni to w odniesieniu do konkretnego, scharakteryzowanego w odpowiednim przepisie części szczególnej lub w przepisie pozakodeksowym czynu zabronionego. Musi więc obejmować swoją świadomością zarówno prawną charakterystykę czynu zabronionego, którego popełnienie ma zamiar ułatwić, oraz mieć świadomość znaczenia swojego zachowania (działania lub zaniechania), w tym w szczególności tego, że stanowi ono ułatwienie popełnienia tego czynu zabronionego przez inną osobę”<sup>24</sup>.

23 K. Lipiński, *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamiennego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 2, s. 44. Trafnie wskazuje P. Kardas, iż „Przepisy art. 18 § 2 i 3 k.k. nie stwarzają (...) podstaw do odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo *per se*, będące nakłanianiem lub ułatwieniem popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego przez jakąkolwiek osobę, lecz podstawy odpowiedzialności za nakłanianie lub ułatwianie popełnienia konkretnego czynu zabronionego” [P. Kardas, *Podżeganie i pomocnictwo ad incertam personam. Uwagi o warunku indywidualizacji (oznaczoneści) osoby bezpośredniego wykonawcy (w): Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 126–127].

24 Wyrok SA w Warszawie z 24.06.2015 r. (II AKA 39/15), LEX nr 1782084. Zob. też: wyrok SA w Szczecinie z 30.06.2022 r. (II AKA 89/22), LEX nr 3521430. Zob. też: wyrok SA w Warszawie z 23.06.2020 r. (II AKA 5/20), LEX nr 3049436.

Podkreśla się też, że:

„istota pomocnictwa polega (...) na obiektywnym ułatwieniu popełnienia czynu zabronionego, przy czym od strony podmiotowej pomocnictwo charakteryzuje się zamiarem, aby inna osoba popełniła czyn zabroniony, a zamiar odniesiony jest do wszystkich znamion strony przedmiotowej”<sup>25</sup>.

Z zacytowanych wypowiedzi wynika jednoznacznie, że nie jest możliwe karalne pomocnictwo do podjęcia w przyszłości jakiegoś abstrakcyjnego zachowania o nieokreślonych cechach. Oczywiście takie czynności, jak rejestracja spółki lub inne działania istotne dla funkcjonowania przestępnej struktury, które mają na celu popełnienie w przyszłości bliżej nieokreślonych przestępstw gospodarczych, w tym skarbowych, można traktować (przy spełnieniu pewnych warunków, o których będzie mowa dalej) jako przejaw uczestnictwa w zorganizowanej grupie przestępczej. Podjęcie się takich zachowań może bowiem świadczyć o tym (choć nie musi), że dana osoba jest zaangażowana w działalność takiej struktury, solidaryzuje się z jej członkami i traktuje przedsięwzięcia w niej podejmowane jako sprawę wspólną.

Powyższe ustalenia wcale jednak nie oznaczają, że takie czynności, jak rejestracja spółki, zwerbowanie kandydata na członka zarządu do firmy, w imieniu której wystawiane będą fikcyjne faktury, czy otwarcie rachunku bankowego, nigdy nie mogą zostać uznane za podżeganie lub pomocnictwo do konkretnego przestępstwa fakturowego. Można w tym kontekście posłużyć się prostym przykładem. Klient zorganizowanej grupy zgłasza do niej zapotrzebowanie na wystawienie dla niego nierzetelnych faktur na określone kwoty, zaś jeden z jej członków, chcąc stworzyć warunki do wystawienia tych dokumentów, zakłada w tym celu firmę, od której mają one pochodzić. W takiej sytuacji niewątpliwie dojdzie do realizacji znamion określonych w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271a § 1 k.k. (bądź też, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, głównie sum widniejących na fakturach, art. 271 § 1, 2 lub 3 k.k., art. 271a § 2 lub 3 k.k. bądź art. 277a § 1 albo 2 k.k.). Czynność w postaci ułatwienia będzie bowiem dotyczyła skonkretyzowanego czynu o znamionach opisanych w przytoczonych przepisach zawartych w części szczególnej ustawy karnej (a pomocnik będzie uświadamiał sobie, jakie znamiona przedmiotowe będzie realizował bezpośrednio wykonawca). Nie można natomiast powiązać takich czynności organizacyjnych z czynami sprawczymi polegającymi na wystawianiu nierzetelnych faktur w sytuacji, gdy zlecenie na wytworzenie tych dokumentów (lub potrzeba ich wytworzenia) pojawia się dopiero po wykonaniu tychże czynności organizacyjnych. Nie może bowiem budzić jakichkolwiek wątpliwości, że jeśli w momencie podjęcia tego rodzaju aktywności uczestnik grupy nie wie, że w przyszłości zostaną podjęte określone aktywności sprawcze, to nie może do nich pomagać w rozumieniu art. 18 § 3 k.k.

---

25 Wyrok SA w Katowicach z 25.02.2015 r. (II AKa 457/14), LEX nr 1770350.

Zdarza się jednak, że członkowie struktury przestępczej, wiedząc ogólnie, czym grupa będzie się w przyszłości zajmować, wykonują szereg czynności organizacyjnych umożliwiających taką działalność, lecz nie mają wiedzy na temat tego, jakie konkretne czynności przestępne zostaną ostatecznie w przyszłości podjęte. Innymi słowy – planują oni np. to, że ich zrzeszenie będzie się zajmowało handlem pustymi fakturami, lecz nie mają jeszcze na nie żadnych odbiorców ani zleceń na ich wystawienie. Nie wiedzą oni zatem, czy, a jeżeli tak, to jakie przestępstwa fakturowe i przez kogo dokładnie będą w przyszłości realizowane. W takim stanie rzeczy nie dochodzi do wyczerpania znamion chociażby karalnego pomocnictwa. Dzieje się tak z dwóch powodów. Po pierwsze, trzeba pamiętać, że nie spełnia cech określonych w art. 18 § 3 k.k. udzielenie pomocy *ad incertam personam*. Tymczasem w opisywanych przypadkach kandydat na pomocnika nie wie jeszcze, czy, a jeżeli tak, to kto będzie sprawcą bezpośrednim czynu popełnionego w formie sprawczej. Z tego powodu zamiar takiej osoby nie skonkretyzował się wystarczająco, by można było mówić o pomocnictwie. Zauważyć trzeba tymczasem, że w postanowieniu SN z 20.10.2005 r. (II KK 184/05) zasadnie wskazano, iż dla przypisania pomocnictwa konieczne jest przekonanie sądu o tym, że istniała osoba indywidualnie oznaczona, względem działań której podejmowane były przez pomocnika czynności określone w art. 18 § 3 k.k. (oraz przepisie określającym znamiona przestępstwa, którego dopuszczał się sprawca)<sup>26</sup>. W judykacie tym wskazano zarazem, iż brak jest podstaw zarówno do twierdzenia, że osoba ta musi być z imienia i z nazwiska oznaczona w czynie przypisanym pomocnikowi, jak i do twierdzenia, że personalia tej osoby muszą być znane udzielającemu pomocy. SN podkreślił, że:

„«oznaczoność» sprawcy(-ów) głównego(-ych) należy rozumieć nie jako obowiązek personalnej identyfikacji – w procesie prowadzonym przeciwko pomocnikowi lub podżegaczowi – osoby(-ób), której(-ym) pomoc została przez pomocnika udzielona [lub wobec której(-ych) wzburzony został przez podżegacza zamiar przestępny], ale jako dowodowe przekonanie, że osoba(-y) taka(-ie), to jest indywidualnie oznaczona(-e), istniała(-y), a zatem np. nakłanianie do popełnienia przestępstwa nie było skierowane *ad incertam personam*, do «tłumu», co nakazywałoby przyjęcie odpowiedzialności nie za podżeganie, ale za nawoływanie do popełnienia występku lub zbrodni – art. 255 § 1 i 2 k.k.»

Tymczasem w opisywanych przypadkach wymóg „oznaczoności” bezpośredniego wykonawcy ewidentnie nie został spełniony. Nie bardzo bowiem wiadomo, komu konkretnie i do czego pomocnik ma udzielać pomocy.

26 LEX nr 163969.

Po drugie – należy przypomnieć, że art. 18 § 3 k.k. nie tylko zawiera charakterystykę bezpośredniego wykonawcy, ale również podmiotu lub przedmiotu czynności wykonawczej<sup>27</sup>. Konsekwencje tej tezy można zaprezentować na przykładzie, w którym członek gangu o charakterze zbrojnym kupuje broń z myślą o tym, że być może w przyszłości okaże się ona przydatna do zabicia jakiejś bliżej nieokreślonej osoby przez innego członka grupy przestępczej, który pełni w niej rolę „cyngla” (płatnego mordercy). Mimo że w takiej sytuacji nabywca broni w swej świadomości skonkretyzuje sobie bezpośredniego wykonawcę, tym niemniej nie będzie się mu dało przypisać czynu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. Nie sposób bowiem przyjąć pomocnictwa do pozbawienia życia nieoznaczonego człowieka. Należy zauważyć, że w art. 18 § 3 k.k. jest mowa o tym, że pomocnik ma mieć zamiar, by „inna osoba” (a więc konkretna) „dokonała czynu zabronionego” (a więc czynu zabronionego o ściśle określonych znamionach). Trzeba zaś zauważyć, że na kanwie analizowanego przykładu obraz powstający w świadomości pozyskującego broń nie odzwierciedla wszystkich znamion przedmiotowych czynu zabronionego z art. 148 § 1 k.k. Nie obejmuje on bowiem znamienia podmiotu czynności wykonawczej, który również musi być oznaczony i dostatecznie skonkretyzowany w umyśle pomocnika. Nie można mówić o pomocnictwie do zabójstwa wtedy, gdy w świadomości pomagającego pojawia się jedynie jakiś abstrakcyjny człowiek<sup>28</sup>. Analizując bowiem jego sposób myślenia, nie da się przecież ustalić chociażby w przybliżeniu, kto, kiedy i gdzie ma zostać zabity. Nie miał więc miejsca taki stopień konkretyzacji, który jest wymagany dla przypisania realizacji znamion niesprawczych postaci współdziałania. Nie ma przecież wątpliwości, że jeżeli dana osoba zwróci się do innej słowami „jeśli nie masz za co żyć, to zacznij kraść”, to o podżeganiu do kradzieży jeszcze nie może być mowy. Przedmiot czynności wykonawczej czynu z art. 278 § 1 k.k. nie został bowiem przez nakłaniającego dostatecznie oznaczony.

Analogiczny do przedstawionego w poprzednim akapicie tok rozumowania można zastosować do przestępstw fakturowych. Ich przedmiotem czynności wykonawczej są właśnie faktury<sup>29</sup>. Wymóg konkretyzacji musi w oczywisty sposób dotyczyć też właśnie tego znamienia. Prowadzi to do wniosku, że tak, jak się nie da pomagać do zabicia nieoznaczonego człowieka, tak nie może spełniać cech karalnego pomocnictwa ułatwianie wystawienia bliżej nieokreślonych faktur. Wymóg dostatecznej konkretyzacji zostanie spełniony dopiero wówczas, gdy np. w chwili rejestracji spółki będzie wiadomo, na czym rzecz i jakie faktury zostaną wystawione przy użyciu tejsze

27 P. Kardas, *Podżeganie...*, s. 128.

28 Szerzej o tym, że strona podmiotowa sprawcy czynu zabronionego musi dotyczyć konkretnego przedmiotu/podmiotu czynności wykonawczej, zob.: W. Górowski, *Charakter prawny aberratio ictus*, „Państwo i Prawo” 2006/11, s. 80–91.

29 T. Sroka (w:) *Kodeks...*, s. 759–761. W przypadku typu art. 271 § 1 k.k. będą to dokumenty, do których zaliczyć można m.in. fakturę.

firmy. Wówczas będzie można stwierdzić, że czyn pomocnika dotyczył popełnienia przestępstwa o konkretnych znamionach.

#### **IV. PRZYPISYWANIE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA UDZIAŁ W PRZESTĘPSTWACH FAKTUROWYCH OSOBOM PEŁNIĄCYM ROLĘ TZW. „SŁUPÓW”**

W praktyce widoczna jest tendencja do uznawania za współsprawców lub pomocników do przestępstw fakturowych lub oszustw podatkowych tzw. „słupów”<sup>30</sup>. Często tego rodzaju rozstrzygnięcia prawne mogą budzić uzasadnione wątpliwości. Należy zaznaczyć, iż rola „słupa” z reguły polega na tym, iż użycza on jednak swojego nazwiska przy zarejestrowaniu spółki i podpisuje różne dokumenty związane z funkcjonowaniem firmy, nie wnikając niekiedy w to, do czego takie czynności zostaną wykorzystane. Motywem takiego zachowania jest wyłącznie chęć otrzymania wynagrodzenia, które najczęściej nie jest przesadnie wysokie. Do roli „słupów” często przybierane są osoby bezdomne, uzależnione od alkoholu lub innych środków odurzających. Bywa, że nie są one zdolne do oszacowania konsekwencji swych działań lub zdolność ta jest znacząco ograniczona. Działają w akcie desperacji, doraźnie przyjmując niewielkie wynagrodzenie za wykonanie zleconych czynności głównie np. po to, by zaspokoić swój głód alkoholowy lub zakupić żywność.

Problematyka przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa osób, które pełnią rolę słupów, coraz częściej analizowana jest w orzecznictwie. Warto wspomnieć przede wszystkim o wyroku SN z 16.05.2023 r. (II KK 615/22)<sup>31</sup>. W sprawie, na gruncie której zapadło to orzeczenie, zachowania jednego ze współoskarżonych polegały na udostępnieniu danych personalnych pozwalających na zakup w jego imieniu udziałów w spółce z o.o. oraz na wskazywaniu go jako prezesa tejże, założeniu rachunku bankowego dla tej firmy i przekazaniu pozostałym sprawcom dokumentacji umożliwiającej korzystanie z tego konta. Za czynności te otrzymał on wynagrodzenie w wysokości 5.000 zł. Uwzględniając takie okoliczności, sądy I oraz II instancji przypisały mu odpowiedzialność m.in. za współsprawstwo do zbrodni fakturowej z art. 277a § 1 k.k. oraz oszustwo. SN zakwestionował jednak to rozstrzygnięcie. Podkreślił, że czynności podjęte przez skazanego w najmniejszym stopniu nie wykraczały poza zakres czynności dokonywanych w innych, podobnych, sprawach przez osoby określane zwykle jako tzw. „słupy”. SN zwrócił uwagę na to, że podsądny nie brał bezpośredniego udziału w wystawianiu nierzetelnych faktur. Nie uczestniczył też w podziale zysków, a otrzymał jednorazowe wynagrodzenie po wykonaniu czynności, których od niego oczekiwano.

30 Są to osoby, które jedynie formalnie pełnią rolę właściciela firmy bądź zarządzającego spółką. Faktycznie przedsiębiorstwa takie są kontrolowane i zarządzane przez inne osoby.

31 LEX nr 3585426.

SN zakwestionował możliwość uznania skazanego za współsprawcę. Podkreślił jednak, że sądy niższej instancji powinny zbadać, czy istnieją przesłanki do przypisania mu pomocnictwa. Wskazał on, że:

„Sąd Apelacyjny dokonując oceny zarzutów postawionych przez obronę skonstatował, że «Sąd I instancji prawidłowo uznał, iż oskarżony K.S. (...) godząc się na nabycie udziałów w spółce, objęcie funkcji prezesa zarządu, obejmował swoją świadomością, że te czynności stanowią współdziałanie w ramach fikcyjnego funkcjonowania spółek, a co za tym idzie wystawiania nierzetelnych faktur VAT w imieniu spółek» (...). Wniosek taki jednak jest nie tylko mało przekonujący, a wręcz skrajnie nielogiczny. Dlaczego bowiem z faktu objęcia funkcji prezesa zarządu jednej spółki miała wynikać świadomość tego, że w sprawie ma miejsce fikcyjne funkcjonowanie innych spółek, a w dodatku wiąże się ono z wystawianiem nierzetelnych faktur VAT w imieniu tych spółek? Bezsprzecznie skazany wiedział o tym, że bierze udział w wykupieniu spółki, w której fikcją będzie pełnienie przez niego funkcji prezesa. Wiedział też, że zakłada dla tej spółki rachunek bankowy, nad którym nie będzie miał jakiegokolwiek kontroli. Wiedział również, że taki sposób rejestracji spółki i wprowadzenie jej do uczestniczenia w obrocie gospodarczym, z punktu widzenia przeciętnego doświadczenia życiowego, nie może wiązać się z perspektywą działań legalnych. Rozumiał zatem, że firmując swoim nazwiskiem te działania naraża się na odpowiedzialność karną. Co więcej, przyjąć można, że w tych realiach sprawy, jako człowiek rozumiejący znaczenie czynności, w których brał udział, godził się na to, że swoim zachowaniem uczestniczy w jakiejś formie oszustwa. Bezsprzecznie bowiem działania, w których uczestniczył, musiały mieć na celu wprowadzenie w błąd jakichś osób co do personaliów faktycznych kierowników spółki oraz jej prawdziwego charakteru. Uczynił to dla osiągnięcia korzyści majątkowej w kwocie 5.000 zł. Żadna jednak z tych okoliczności nie prowadzi wprost do wniosku, że oszustwo to polegać miało na wystawianiu nierzetelnych faktur VAT. Sądy obu instancji nie przedstawiły jakiegokolwiek dowodu na to, że skazany wiedział o wystawianiu nierzetelnych faktur, a także, co równie istotne, a na co wskazywano już wyżej, że prowadził w tym zakresie jakąkolwiek działalność po otrzymaniu wynagrodzenia. (...) Z pewnością nie jest zaś tak, że świadomość i wola, po stronie jednego ze sprawców, uczestniczenia w przestępstwie, oznacza automatycznie, że posiada on wiedzę o wypełnieniu znamion typu kwalifikowanego (lub uprzywilejowanego) tego czynu zabronionego przez innych jego



uczestników i można mu w tym zakresie przypisać zawinienie, nie jest również tak, że przy popełnianiu czynu zabronionego o złożonej strukturze personalnej, czyn każdego ze sprawców musi być zakwalifikowany z tego samego przepisu i wyczerpywać znamiona tej samej formy zjawiskowej i stadialnej tego przestępstwa”.

Podzielając w przeważającej części zacytowane powyżej argumenty wyrażone przez SN, należy stwierdzić, że te same powody, na które zwracał uwagę skład orzekający, mogą być przeszkodą do przypisania pomocnictwa do zbrodni fakturowej z art. 277a § 1 k.k. Wynika to z faktu, że skazany nie wiedział o wystawianiu nierzetelnych faktur. W tym kontekście trzeba zwrócić uwagę na fakt, iż granice odpowiedzialności za to, co może być przypisane w formie pomocnictwa, uzależnione są od tego, co potencjalny pomocnik przewidywał *ex ante*, a więc w momencie podjęcia zachowania skutkującego ułatwieniem dla późniejszej realizacji znamion czynności realizowanych w formach sprawczych. Jeśli nie zdawał sobie sprawy, że dzięki swemu czynowi ułatwi grupie przestępczej wystawianie pustych faktur, wówczas do wypełnienia cech pomocnictwa do przestępstw fakturowych nie dojdzie.

W praktyce wymiaru sprawiedliwości od dłuższego czasu można dostrzec niepokojącą tendencję do bagatelizowania konieczności dowodzenia zamiaru. Można dostrzec, że sądy, dowodząc realizacji znamion strony podmiotowej, obierają „drogę na skróty” i kierują się swoistym domniemaniem umyślności<sup>32</sup>. Przykład argumentacji obrazującej to zjawisko można dostrzec np. w uzasadnieniu wyroku SA w Katowicach z 27.04.2021 r. (II AKa 556/19)<sup>33</sup>:

„Mając powyższe w polu widzenia stwierdzić trzeba, że na oskarżonej M. L., z racji pełnienia obowiązków prezesa zarządu spółki (...) spoczywał szczególny, prawny, ustawowy obowiązek zajmowania się sprawami tej spółki. Oskarżona była zatem prawnie odpowiedzialna za działalność tego podmiotu, w tym w szczególności za wiarygodność wystawianych dokumentów, jak i za rzetelność prowadzonych transakcji oraz dokonywanych rozliczeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że oskarżona podejmując określone działania winna była zweryfikować i rzetelność i autentyczność, a tego nie uczyniła. Co więcej, oskarżona sygnowała określone dokumenty nie mając w ogóle kontaktu z kontrahentami, których miały one dotyczyć. W tych warunkach, wbrew stanowisku przyjętemu przez Sąd I instancji, oskarżonej nie może eskulpować okoliczność w postaci wykonywania «w dobrej wierze» poleceń jej męża – oskarżonego W. L. Każda bowiem

32 Szerzej o tym niedopuszczalnym zjawisku: J. Majewski, *O pozaustawowym domniemaniu umyślności i jego szkodliwości* (w:) *Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011, s. 15–26.

33 LEX nr 3480034.

osoba, która wyłącznie formalnie pełni obowiązki prezesa zarządu spółki prawa handlowego, w rzeczywistości natomiast firmuje działania innej osoby nie weryfikując ich, tzn. co najmniej nie sprawdzając, czy odpowiadają one rzeczywistemu stanowi rzeczy, a zatem są odzwierciedleniem rzeczywistych autentycznych zdarzeń gospodarczych, co najmniej godzi się na to, że postępując w ten sposób ułatwia innej osobie popełnienie przestępstwa. Tego rodzaju zachowanie nie może być oceniane wyłącznie w kategoriach nieumyślności z racji gwarancyjnych dla rzetelności i pewności obrotu gospodarczego uwarunkowań, jakie przepisy prawa wiążą z funkcją prezesa zarządu spółki. Innymi słowy, jeżeli określona osoba podejmuje się pełnienia funkcji prezesa zarządu spółki prawa handlowego wyłącznie «na papierze», to właśnie z racji takiej «substytucji», ocenianej w powiązaniu z zaniechaniem weryfikacji firmowanych przez siebie działań, osoba taka musi uświadamiać sobie (liczyć się z tym, przewidywać i akceptować taką możliwość), że postępując w ten sposób może ułatwić innej osobie popełnienie przestępstwa”.

Zaprezentowany powyżej punkt widzenia opiera się na założeniu, że skoro dana osoba jest zobligowana do pełnienia czynności związanych ze szczególnymi obowiązkami, w tym weryfikacyjnymi, to skoro tego nie czyni, to co najmniej godzi się na udzielenie pomocy do popełnienia przestępstwa. Taki tok rozumowania należy uznać za nieprawidłowy i nieakceptowalny na gruncie prawa karnego. To bowiem, że ktoś, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi, nie weryfikuje dokumentów, które otrzymuje do podpisania, nie świadczy jeszcze o tym, iż uświadamia sobie, że dokumenty te zostaną później wykorzystane do popełnienia przestępstwa. Wnioskowanie takie może okazać się zawodne szczególnie w przypadkach, kiedy podpisujący darzy zaufaniem osobę, która przedkłada mu dokumenty do podpisu. W takiej sytuacji może on po prostu nie podejrzewać, iż zostaną użyte do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Wierzy bowiem, że osoba, której ufa, nie zrobiłaby czegoś, co mogłoby wpędzić go w kłopoty. Kwestionowany sposób argumentacji jest szczególnie niebezpieczny z punktu widzenia standardów dowodzenia cech pomocnictwa. Zagrożenie to dostrzegalne jest zresztą na gruncie przywołanego już wyroku SN z 16.05.2023 r. (II KK 615/22). Wyrażono w nim sugestię, iż uświadomienie sobie przez daną osobę, że podjęcie się określonych zachowań zostanie wykorzystane do popełnienia czegoś nielegalnego, jest wystarczające do spełnienia cech strony podmiotowej pomocnictwa. Takie wnioskowanie należy uznać za niedopuszczalne. Pamiętać bowiem trzeba, że pomocnictwa można dopuścić się z zamiarem ewentualnym. Dla przypisania odpowiedzialności karnej za nie konieczne jest, by pomocnik uświadamiał sobie możliwość tego, że sprawcy mogą wykorzystać w przyszłości wytwory jego czynności do realizacji

nie jakichkolwiek, ale skonkretyzowanych zachowań sprawczych. Jak już jednak wykazano, to, ile będzie można mu przypisać, zależy od granic jego stanu świadomości i jej szczegółowości (konkretyzacji). Postawić należy pytanie o konieczny stopień tego uszczegółowienia.

Dla przypisania odpowiedzialności karnej za pomocnictwo do określonego czynu zabronionego nie jest z pewnością wystarczające np. to, by osoba pełniąca rolę „słupa” podejrzewała jedynie to, iż założony przez nią rachunek może służyć innym do popełnienia w przyszłości czegoś nielegalnego. Wskazano już bowiem, że nie da się pomagać do bliżej nieokreślonego przestępstwa. Stan świadomości pomagającego jest w takiej sytuacji zbyt mglisty, gdyż nie da się w oparciu o treść jego reprezentacji umysłowej ustalić, jakie znamiona czynu zabronionego realizowanego przez sprawcę sobie on konkretnie zwizualizował w trakcie podejmowania działań ułatwiających. W tym stanie rzeczy nie zostają spełnione przesłanki określone w art. 18 § 3 k.k. w powiązaniu z właściwymi przepisami części szczególnej Kodeksu karnego lub ustawy pozakodeksowej. Nie ma przecież odpowiedzialności za pomocnictwo jako takie, lecz jedynie za pomocnictwo do ściśle określonego czynu zabronionego. Art. 18 § 3 k.k. nie ma przecież samodzielnego znaczenia normatywnego, lecz zawsze musi być on związany z konkretnym przepisem typizującym<sup>34</sup>.

Znacznie więcej problemów mogą nastroić sytuacje, w których osoba pełniąca rolę „słupa” pomaga grupie przestępczej w czynnościach organizacyjnych, mając świadomość tego, że członkowie tejże struktury będą wykorzystywać pomoc do późniejszego popełnienia przestępstw fakturowych. W takich przypadkach zakres grożącej mu odpowiedzialności karnej może zależeć od wystąpienia szeregu okoliczności. Chodzi przede wszystkim o dokładną rolę „słupa” w procedurze oraz stopień konkretyzacji jego świadomości. Oczywiście stosunkowo proste są sytuacje, kiedy taka osoba wie, ile faktur zostanie w przyszłości wystawionych przez sprawców (członków grupy) i na jaką kwotę. Wówczas treść jego świadomości jest wystarczająco skonkretyzowana. Nie ma wówczas większych problemów z przypisaniem pomocnictwa do odpowiedniego przestępstwa fakturowego (typu zasadniczego lub zmodyfikowanego).

Nie można jednak tracić z pola widzenia, że najczęściej „słup” nie jest wtajemniczany w szczegóły działalności grupy. Z reguły nie ma on informacji co do tego, jakie konkretnie zachowania w przyszłości podejmą członkowie przestępczej struktury, nie zna skali realizowanego przez nich procederu. Nierzadko bywa, że „słup” nie dysponuje szczegółową wiedzą co do liczby kontrahentów grupy oraz planowanych transakcji. Pojawić się musi pytanie, jaki jest rozmiar tego, co pomagającemu można przypisać, kiedy potencjalny pomocnik w momencie podejmowania działań pomocniczych ogólnie przewiduje, do czego osoby realizujące znamiona form sprawczych będą w przyszłości wykorzystywać działania pomocnicze. Chodzi np. o przypadek,

34 Zob. np. P. Kardas (w:) *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 995.

kiedy „słup” podejrzewa, że zakładane przez niego spółki mogą być używane do wystawiania fikcyjnych faktur, lecz nie zdaje sobie sprawy z tego, jaka będzie skala tego przedsięwzięcia. Osoba, która pełni taką rolę, często o tego rodzaju konsekwencjach nie myśli, gdyż jedyne, na czym jej zależy, to szybki zarobek. Po dokonaniu czynności zleconych przez grupę często traci ona kontakt z jej członkami. Trudności w ocenie opisywanej sytuacji potęguje wspomniana już możliwość dopuszczenia się pomocnictwa z zamiarem ewentualnym. Rodzi ona bowiem pokusę uznania, że jeżeli dana osoba wie, iż zakładane przez nią spółki będą służyć do wystawiania wszystkich faktur, to godzi się ona na wszystko, do czego jej czynności pomocnicze zostaną następnie wykorzystane. Ulegają jej niestety podmioty stosujące prawo. W praktyce często zdarza się przecież, że prokuratorzy lub sędziowie sumują kwoty z wszystkich faktur wystawionych przez grupę, a następnie stwierdzają, iż osoba pełniąca rolę słupa udzieliła pomocy do wystawienia dokumentów opiewających na tak ustaloną łączną sumę. Taki tok rozumowania trzeba jednak uznać za nadmiernie uproszczony i nieprawidłowy. Trzeba bowiem przypomnieć, że pomocnictwo nie ma charakteru akcesoryjnego. Jego byt nie jest uzależniony od tego, co następnie uczynił sprawca bezpośredni. To natomiast, co pomocnikowi można przypisać, mieści się w granicach jego zamiaru, który – jak już wskazano – jest ustalany z perspektywy *ex ante*, a więc na czas wykonywania czynności pomocniczych, nie zaś w odniesieniu do późniejszej realizacji znamion form sprawczych realizowanych przez inną osobę. Jest to istotna wskazówka co do tego, jak owe granice zamiaru winno się ustalać.

Jak już była o tym mowa, dla przypisania pomocnictwa do przestępstw fakturowych konieczna jest wystarczająca konkretyzacja zachowania bezpośredniego wykonawcy w umyśle pomocnika. Wykazano też, że dla przypisania mu odpowiedzialności nie wystarcza, że udzielający pomocy wie, iż czynności pomocnicze zostaną być może w przyszłości wykorzystane do wytworzenia bliżej nieokreślonych faktur. Dla stwierdzenia karalnego pomocnictwa należałoby oczekiwać przynajmniej tego, że pomocnik będzie wiedział o tym, że istnieją konkretni kontrahenci, dla których członkowie grupy zamierzają wystawić nierzetelne faktury (nie musi on ich oczywiście znać z imienia

i nazwiska)<sup>35</sup>. Problem pojawi się jednak wtedy, gdy udzielający pomocy nie będą znać dokładnych kwot, na jakie mają opiewać takie dokumenty. Może być również tak, że pomocnik nie tylko będzie wiedział, że jego czynności zostaną wykorzystane do wystawienia konkretnych faktur, lecz również liczył się z tym, iż członkowie grupy przestępczej mogą użyć efektów działań pomocniczych również do kontynuowania takiego procederu w przyszłości.

Przyjmowane w praktyce założenie, że jeśli udzielający pomocy ma ogólną wiedzę co do tego, iż grupa złożona z większej liczby osób trudni się procederem wystawiania fikcyjnych faktur, to zarazem godzi się on na to, iż mogą oni wystawić te dokumenty na kwotę przekraczającą 10.000.000 zł, co z kolei daje podstawy do przypisania mu pomocnictwa do zbrodni watowskiej z art. 277a § 1 k.k., rodzi daleko idące niebezpieczeństwa. Trzeba bowiem pamiętać, że pomocnik w trakcie swego czynu często nie jest w stanie przewidzieć skali konsekwencji, która zostanie wywołana przez sprawców. Potencjalne prognozy w tej kwestii mogą się okazać zresztą *ex post* wysoce niedokładne. Może być przecież tak, iż członkom grupy ostatecznie uda się wystawić jedynie relatywnie niewielką liczbę faktur na niezbyt pokaźne sumy (np. na fakt, że ich działalność zostanie przerwana z uwagi na ich wykrycie i zatrzymanie przez organy ścigania). Nie jest z drugiej strony wykluczone, że skala działalności grupy okaże się na tyle duża, iż jej członkowie zdążą wytworzyć dokumenty opiewające łącznie na wiele milionów lub nawet miliardy zł. Pomocnik nie jest więc nierzadko w stanie *ex ante* oszacować, ile pustych faktur zostanie wytworzonych przez grupę. Trzeba przypomnieć, że aktualnie na gruncie ustawy karnej występują dwie zbrodnie fakturowe: z art. 271a § 2 k.k. (zagrożona karą od 3 do 20 lat pozbawienia wolności) oraz

35 Budzić musi przy tym wątpliwości argumentacja J. Kluzy w odniesieniu do granic odpowiedzialności karnej za pomocnictwo popełnione przez tzw. „słupa”. Autor ten wskazuje, że „nader często zdarzają się sytuacje, gdy tzw. «słup» zakłada konto na rzecz osoby trzeciej, która dokonuje oszustwa, a konto to jest wielokrotnie wykorzystywane w procederze przestępnym. Rodzi się zatem pytanie, czy ów «słup» powinien odpowiadać każdorazowo za dokonanie pomocnictwa do oszustwa pokrzywdzonego X, a następnie pokrzywdzonego Y, który został oszukany w ten sam sposób, lecz np. tydzień później. Odpowiedź na to pytanie jest negatywna. Z przywołanych wyżej judykatów wynika jasno, że pomocnik ma mieć świadomość tego, że jego działanie może zostać wykorzystane w zamiarze przestępnym. Nie można jednak oczekiwać w świadomości sprawcy zmaterializowania się zamiaru, że pomocnik będzie przypuszczał, iż bezpośredni sprawca oszuka konkretnie X. Dlatego też dla przypisania pomocnictwa do oszustwa wystarczające jest, że będzie on przypuszczał, iż założone konto może być wykorzystane dla celów oszukańczych. To z kolei powoduje, że uprzednie skazanie pomocnika za czyn z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. na szkodę X musi eliminować możliwość kolejnego skazania za tożsamy czyn, dokonany jedynie na szkodę Y. Zgodnie z art. 17 § 1 pkt 7 Kodeksu postępowania karnego postępowanie karne w takiej sytuacji podlega umorzeniu. W obu przypadkach zachowanie pomocnika jest tożsame i sprowadza się jedynie do założenia konta bankowego i jego udostępnienia bezpośredniemu sprawcy. Granice tożsamości czynu zostają zaś wyznaczone przez osobę sprawcy, dobro prawne, osobę pokrzywdzonego. W doktrynie procesu karnego wskazuje się, że zmiana tożsamości czynu zachodzi, gdy nastąpiła zmiana osoby sprawcy albo zmiana dobra prawnego, albo zmiana osoby pokrzywdzonego z jednoczesną zmianą miejsca czynu, czasu czynu i przedmiotu czynności wykonawczej; albo nastąpiła równoczesna zmiana miejsca, czasu czynu, przedmiotu wykonawczego i znamion czynu” (J. Kluza, *Problematyka kwalifikowania zachowania polegającego na udostępnieniu konta, które służyło do dokonania oszustwa. Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy z 2.10.2018 r., IV Ka 555/18, „Prawo w Działaniu” 2024/53, s. 241*). Argumentacja ta oparta została na nieporozumieniu. W opisywanym przez cytowanego autora przypadku pomocnictwo wykonano przecież jednym zachowaniem, zaś skutek udzielenia pomocy został następnie wykorzystany do wielu oszustw przez sprawcę bezpośredniego (już bez udziału pomocnika). Warunek tożsamości czynu pomocnika trzeba zatem uznać za spełniony. Niemożność rozciągnięcia odpowiedzialności karnej udzielającego pomocy za ułatwienie oszustwa skierowanego również w stosunku do Y może więc wynikać tylko z tego, iż udzielający pomocy nie był świadomy, że jego czyn zostanie wykorzystany do oszukania jeszcze jednej osoby.

z art. 277a § 1 k.k. (zagrożona karą od 5 do 25 lat pozbawienia wolności). Jeśliby przyjąć kwestionowany pogląd, należałoby zadać pytanie, czy jeśli pomocnik ma informacje, że skala przyszłej działalności grupy może być niebagatelna, to pomocnictwo do której z powyższych zbrodni winno się mu przypisać. Trzeba uznać, że przyjęcie w odniesieniu do opisywanych kategorii sytuacji możliwości przypisania pomocnictwa do typów kwalifikowanych należy uznać za rozwiązanie nieracjonalne z kryminalno-politycznego widzenia, antyegwarancyjne oraz mocno dyskusyjne z punktu widzenia zasady równości wobec prawa. Jeśli bowiem stwierdzimy, iż ogólna świadomość pomocnika, że konsekwencje wywołane przez współdziałających realizujących znamiona form sprawczych mogą być duże, wystarczy do skazania za najsurowszy z typów kwalifikowanych, to trudno będzie ustalić maksymalną granicę potencjalnego zła, którego spowodowanie ułatwił pomocnik. Teoretycznie bowiem jeśli grupa przestępcza jest zdolna do długotrwałego działania, dość liczna i ma duże zdolności przerobowe, to jej członkowie mogą wystawić ogromną liczbę faktur opiewających na astronomiczne sumy. Dałoby się wówczas twierdzić, że czyn pomocnika dotyczył zbrodni fakturowych na łączną kwotę przekraczającą setki milionów lub nawet miliard złotych, mimo że członkowie tejże struktury ostatecznie zdołali wystawić faktury na „jedynie” setki tysięcy złotych (wszak zamiar pomocnika oceniamy *ex ante*, nie zaś *ex post*). Oznaczałoby to, że w przypadku, kiedy dany typ cechuje się znamieniem ilościowym, wówczas pomocnictwo mogłoby dotyczyć czynu odnoszącego się do trudnej do oznaczenia górnej granicy. W takim stanie rzeczy w dużo lepszej sytuacji byłyby osoby, które swymi zachowaniami zrealizowały znamiona form sprawczych. Jeżeli bowiem udało się im, poprzez działanie wspólnie i w porozumieniu, wystawić faktury na kwotę przekraczającą razem 5.000.000 zł, wówczas będzie im groziła kara od 3 do 25 lat pozbawienia wolności. Zostałoby im więc przypisane to, co odpowiada skali osiągniętych przez nie efektów. Tymczasem pomocnikowi można byłoby postawić zarzut popełnienia czynu zabronionego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 277a § 1 k.k., za który grozi kara od 5 do 25 lat pozbawienia wolności. Przy przyjęciu kwestionowanego ujęcia można byoby uznać, że skoro potencjał działania grupy był dużo większy niż rezultaty, które udało się wypracować jej członkom, to udzielający pomocy winien odpowiedzieć za pomocnictwo do najsurowszego z możliwych typów kwalifikowanych. Odpowiedzialność pomocnika byłaby więc w omawianych przypadkach praktycznie Nielimitowana co do sum, które mogły w przyszłości pojawić się na fakturach. Takie negatywne konsekwencje można zresztą zaobserwować w praktyce. Zdarza się bowiem, że uzależnionym od alkoholu słupom, za pomocą których doszło do założenia kilku spółek wykorzystywanych następnie do wystawiania fikcyjnych faktur, stawia się zarzuty pomocnictwa do zbrodni vatowskiej dotyczącej dokumentów opiewających na setki milionów złotych. Dzieje się tak pomimo faktu,

że osoby takie w chwili czynu nie brały pod uwagę tego, że skala działalności grupy będzie tak potężna. Praktyce takiej należy się zdecydowanie sprzeciwić.

Winno się zarazem uznać, że dla przypisania np. pomocy do występku z art. 271 § 1 k.k. nie jest wymagane, by udzielający pomocy znał dokładne kwoty, jakie pojawiły się w nierzetelnych fakturach. Wystarczające do tego jest bowiem istnienie po jego stronie świadomości, iż sprawca bezpośredni ma wystawić dla danej osoby tego rodzaju dokumenty. Wymóg, by pomagający znał dokładne kwoty widniejące na tych fakturach, byłby zbyt daleko idący. Typ z art. 271 § 1 k.k. nie zawiera przecież żadnego znamienia liczebnikowego<sup>36</sup>. Nie wskazano więc w nim dolnej granicy kwoty, która ma widnieć na nierzetelnych fakturach wystawianych przez sprawcę<sup>37</sup>.

Inne kryteria trzeba natomiast przyjąć w odniesieniu do typów zmodyfikowanych. Konkretnie rzecz ujmując, przypisanie pomocnictwa do typów kwalifikowanych cechujących się znamieniem liczebnikowym można uznać za możliwe wyłącznie wówczas, gdy w chwili udzielenia pomocy pomocnik zdawał sobie sprawę z tego, iż przyszłe zachowania sprawcy bezpośredniego (lub sprawców) przekroczą pułap oznaczony w cesze kwalifikującej, a więc np. wiedział, że osoby realizujące znamiona sprawczych form współdziałania wystawią nierzetelne faktury na kwoty przekraczające 5.000.000 zł lub 10.000.000 zł<sup>38</sup>. Jeżeli zaś takiej świadomości pomagający nie ma, lecz jedynie przypuszcza, że sumy widniejące na tych dokumentach mogą być duże (lecz nie wie dokładnie, jakie), wówczas może on co najwyżej odpowiadać za pomocnictwo do typu podstawowego. W przeciwnym razie, jeżeli sprawca w swej świadomości nie odzwierciedlił sobie precyzyjnego obrazu przyszłej realizacji znamienia liczebnikowego przez sprawców bezpośrednich, pojawi się problem, pomocnictwo do którego z typów kwalifikowanych należałoby mu przypisać oraz wedle jakich kryteriów<sup>39</sup>. Nie można się zaś kierować tym, co ostatecznie powiodło się późniejszym wykonawcom, gdyż – jak już wspomniano – pomocnictwo nie ma charakteru akcesoryjnego i jest oceniane na czas czynu udzielającego pomocy. Słusznie zaś wskazuje J. Giezek, iż:

„znaczenie stanu świadomości sprawcy wzrasta wraz z przesuwaniem kryminalizacji zachowania na przedpole naruszenia dobra chronionego prawem, a także wraz z pojawianiem się rozmaitych form przestępnego

36 Inaczej jest zaś na gruncie występku fakturowego z art. 271a § 1 k.k., który zawiera znamię liczebnikowe. W przepisie tym wskazano bowiem, że sprawca musi wystawić fakturę lub faktury na kwotę o znacznej wartości (przekraczającą 200.000 zł). Należy uznać, że czyn z art. 271a § 1 k.k. jest typem kwalifikowanym w stosunku do art. 271 § 1 k.k.

37 W przepisie tym, jak już wspomniano, nie posłużono się pojęciem „faktura”, lecz „dokument”, który to termin cechuje się szerszym zakresem znaczeniowym.

38 Zgodzić się trzeba z A. Zollem, iż nieświadomość znamienia kwalifikującego wyklucza możliwość przypisania sprawcy popełnienia czynu zabronionego typu kwalifikowanego [A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*. t. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 614].

39 Może być też tak, że pomocnik będzie sobie uświadamiał, że bezpośredni wykonawca zamierza wystawić fakturę na sumę o znacznej wartości w rozumieniu art. 115 § 5 k.k., nie zdając sobie jednocześnie sprawy z tego, iż przekroczy ona pułap 5.000.000 zł lub 10.000.000 zł. W takiej sytuacji będzie można mu przypisać co najwyżej odpowiedzialność za czyn zabroniony z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271a § 1 k.k.

współdziałania. Chodzi jednak nie tylko o stan świadomości, lecz także o płaszczyznę wolicjonalną. Dlatego też – nadając wskazanej tezie charakter bardziej uniwersalny – należałoby przyjąć, że każdej ze zmodyfikowanych form popełnienia czynu zabronionego – zarówno stadialnych, jak i wiążących się z przestępnym współdziałaniem – towarzyszy wzrost znaczenia elementów składających się na stronę podmiotową<sup>40</sup>.

Ewidentnie pomocnictwo jest czynem z przedpola naruszenia dobra prawnego. Można więc przyjmować bardziej restrykcyjne podejście co do koniecznej precyzji stanu świadomości, która pozwoli na spełnienie znamienia strony podmiotowej tejże formy współdziałania. Nie może przecież być tak, iż pomocnictwo „opłaca się” mniej niż jakakolwiek sprawcza forma przestępnego współdziałania<sup>41</sup>. Zaproponowane rozwiązanie z pewnością pozwala na racjonalizację granic odpowiedzialności karnej pomocnika.

W praktyce dostrzec można także tendencję do przypisywania „słupom”, którzy zostali wykorzystani do pomocy przy przestępstwach fakturowych, przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie przestępczej. Dotyczy to również osób, które pomogły tylko do jednego czynu zabronionego. Tego rodzaju rozstrzygnięcia mogą się okazać nieprawidłowe. Często pomoc ze strony słupów jest wykorzystywana właśnie z tego powodu, że znajdują się oni poza strukturą zorganizowanej grupy przestępczej. Mniej zatem wiedzą oni o jej funkcjonowaniu, przez co nie są w stanie przekazać organom ścigania zbyt wielu precyzyjnych informacji o procederze realizowanym przez jej członków. Tymczasem branie udziału w grupie zakłada pewną trwałość<sup>42</sup>. Wskazuje się, że dla spełnienia tego znamienia konieczna może okazać się m.in. zależność od członków struktury przestępnej oraz istnienie trwałej współpracy w ramach podziału ról<sup>43</sup>. W wyroku SN z 23.04.2013 r. (V KK 405/12) słusznie wskazano, że „wykorzystanie” przez członków grupy osoby spoza jej kręgu do wykonania najbardziej ryzykownych czynności w przestępczym procederze, wiążących się choćby z koniecznością

40 J. Giezek, *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa i Administracji”, CXX/2, Wrocław 2020, s. 21.

41 J. Giezek, *Strona...*, s. 33.

42 Wyrok SA we Wrocławiu z 15.09.2022 r. (II AKa 269/11), LEX nr 3485905; wyrok SN z 22.03.2022 r. (IV KK 259/21), LEX nr 3412146.

43 Wyrok SA w Białymstoku z 3.03.2020 r. (II AKa 184/19), LEX nr 3268863. Z kolei w wyroku SA w Łodzi z 15.05.2019 r. (II AKa 202/17), wskazano, że „Sam fakt kilkukrotnego, czy nawet wielokrotnego zakupu narkotyków od określonej osoby, nie świadczy bowiem o działaniu w ramach zorganizowanej grupy przestępczej w rozumieniu przepisu art. 258 § 1 k.k. Osią stanowiska sądu meriti jest założenie, iż osoby systematycznie nabywające środki odurzające wchodzą w skład zorganizowanej grupy przestępczej. Założenie takie powinno iść jednak w parze z jednoczesnym wykazaniem, czego nie uczyniono, iż osoby nabywające narkotyki miały świadomość nie tylko istnienia zorganizowanej grupy przestępczej, w ramach której działały co najmniej trzy osoby, mające na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstw, będące w pewien sposób zorganizowane, ale także, że ich zachowaniu towarzyszył zamiar działania w takich strukturach i byli przez tą grupę akceptowani. Nie każda bowiem szajka przestępcza, nie każdy zespół współsprawców (art. 18 § 1 k.k.), stanowi zorganizowaną grupę mającą na celu popełnienie przestępstwa (art. 258 § 1 k.k.), ale tylko te, które są strukturami istniejącymi i funkcjonującymi w celu popełniania przestępstw, uświadomionymi przez ich uczestników” (LEX nr 3344239).



ujawnienia tożsamości, nie musi czynić ją automatycznie członkiem takiej organizacji<sup>44</sup>. W przypadku gdy oskarżony stoi pod zarzutem popełnienia czynu z art. 258 k.k., sąd ma obowiązek rozważyć, w oparciu o konkretne dowody, a nie domniemania, czy popełnione przestępstwo „nie zostało zrealizowane w ramach zwykłego współsprawstwa, czy zorganizowana grupa przestępcza rzeczywiście istniała, czy każdy z oskarżonych był jej członkiem, czy też jedynie jego zachowanie miało charakter współdziałania z grupą”<sup>45</sup>. Jeśli więc słupek nie współpracował przez dłuższy czas z grupą, funkcjonował poza jej strukturami i jedynie doraźnie pomógł w dokonaniu przestępnego zachowania przez jej członków, o realizacji znamion któregośkolwiek z typów z art. 258 k.k. nie może być mowy. Zlecenie takiej osobie działań pomocniczych przez członka struktury przestępczej nie będzie najczęściej wyczerpywać znamion sprawstwa polecającego. W tego rodzaju sytuacjach nie wystąpi stosunek zależności pomiędzy słupek a członkami grupy. Nakłonienie takiej osoby do pomocy przez przedstawiciela struktury przestępnej będzie więc wyczerpywać znamiona podżegania do pomocnictwa do przestępstwa fakturowego.

## V. PODSUMOWANIE

Rozważania zawarte w niniejszym tekście upoważniają do wniosku, że proces przypisywania odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej jest niezwykle żmudny i skomplikowany. Bywa, że prokuratorzy i sądy nierzadko „idą na skróty”, przyjmując niedopuszczalne na gruncie prawa karnego domniemania, że wszyscy członkowie grupy lub osoby im pomagające są współdziałającymi w popełnianiu przestępstw realizowanych w trakcie działalności struktury przestępnej. Podejścia takiego w żaden sposób nie można aprobować. Realizacja istotnego niewątpliwie celu w postaci walki z przestępczością zorganizowaną nie może stanowić usprawiedliwienia dla ignorowania gwarancji, które muszą być przestrzegane w trakcie dokonywania interpretacji przepisów prawa karnego. Pamiętać o tym muszą przede wszystkim sądy, których podstawowym zadaniem jest stanie na straży praw i wolności jednostki.

### **adw. dr hab. Szymon Tarapata**

*adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego Wykonawczego UJ i Katedrze Prawa Karnego UJ, adwokat  
assistant professor at the Department of Executive Criminal Law and the Chair of Criminal Law at the  
Jagiellonian University in Krakow, advocate*

*e-mail: szymon.tarapata@uj.edu.pl*

*ORCID: 000-0002-4095-8892*

44 LEX nr 1314496.

45 Wyrok SA w Katowicach z 27.10.2010 r. (II AKa 123/10), LEX nr 686851.

## ABSTRACT

**Keywords:** *invoice-related offence, fraudulent invoices, invoicing crime, organised criminal group, complicity, aiding and abetting*

# Selected remarks on the standards for attributing criminal liability for invoice-related offences related to the activities of an organised criminal group

In prosecutorial and judicial practice, there is a noticeable tendency to attribute criminal liability for invoice-related offences committed in connection with the operation of an organised criminal group in a way that may raise serious doubts from the perspective of interpretative standards that should be adhered to in a democratic state. It happens that prosecutors and courts, taking shortcuts, abuse certain normative constructs (primarily the continuous offence under Article 12(1) of the Criminal Code) and apply unacceptable simplifications and presumptions. The purpose of this paper is to express strong opposition to such practices and to remind how criminal liability for offences committed in connection with the operation of an organised criminal group should be attributed when such offences are committed in various forms of criminal collaboration (primarily complicity and aiding and abetting).

## Bibliografia

- Bielski Marek**, *Obiektywna przewidywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepublikowana rozprawa doktorska
- Ćwiakalski Zbigniew** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017
- Gardocki Lech**, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990
- Giezek Jacek**, *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa i Administracji”, CXX/2, Wrocław 2020
- Giezek Jacek**, *Udział w zorganizowanej grupie przestępczej a odpowiedzialność karna na przedpolu naruszenia dobra prawem chronionego* (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska–Flieger, Lublin 2011
- Górowski Wojciech**, *Charakter prawny aberratio ictus*, „Państwo i Prawo” 2006/11

- Gruszecka Dagmara** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021
- Kardas Piotr** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016
- Kardas Piotr**, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008/12
- Kardas Piotr**, *Podżeganie i pomocnictwo ad incertam personam. Uwagi o warunku indywidualizacji (oznaczości) osoby bezpośredniego wykonawcy* (w:) *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007
- Kardas Piotr** (w:) *System prawa karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013
- Kluza Jan**, *Problematyka kwalifikowania zachowania polegającego na udostępnieniu konta, które służyło do dokonania oszustwa. Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy z 2.10.2018 r., IV Ka 555/18*, „Prawo w Działaniu” 2024/53
- Lipiński Konrad**, *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamiennego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017/2
- Majewski Jarosław**, *O pozaustawowym domniemaniu umyślności i jego szkodliwości* (w:) *Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011
- Razowski Tomasz**, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021
- Słownik języka polskiego PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2008
- Sroka Tomasz** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017
- Tarapata Szymon**, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019
- Tarapata Szymon**, *Znaczenie grożącej oskarżonemu surowej kary w podejmowaniu decyzji w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, „Studia Iuridica Lubliniensa” 2022, Vol. 31, No 3
- Wróbel Włodzimierz**, *Kilka uwag o współsprawstwie przestępstw materialnych w perspektywie kryteriów obiektywnego przypisania skutku* (w:) *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zablockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014
- Zoll Andrzej**, *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016

**Pojęcia kluczowe:** *mediacja w sprawach karnych, postępowanie karne, umorzenie wnioskowe, negatywne przesłanki procesowe, wniosek o ściganie*

**Dominika Bek**

## **O (nie)dopuszczalności skierowania sprawy karnej do mediacji na etapie postępowania przygotowawczego w fazie *in rem***

### **ABSTRAKT**

**Mediacja w sprawach karnych funkcjonuje w Polsce od 1998 r. Choć twórcy kodyfikacji karnej zakładali, że najważniejszym momentem na mediację jest postępowanie przygotowawcze, statystyki pokazują, że zainteresowanie prokuratorów tą instytucją jest śladowe. Praktycy sygnalizują, że zmianę tej sytuacji przyniosłaby możliwość skierowania sprawy do mediacji jeszcze przed postawieniem zarzutów. Autorka poddaje tę tezę krytycznej analizie w świetle zasad mediacji i procesu karnego.**

### **I. WPROWADZENIE**

Mediacja w sprawach karnych funkcjonuje w Polsce – ze zmiennym acz raczej niewielkim powodzeniem – od 1998 r. Obecnie ramy prawne dla jej prowadzenia stwarza przede wszystkim art. 23a k.p.k. wraz z wykonawczym Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 7.05.2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych<sup>1</sup> oraz art. 53 § 3 k.k., jako materialno-prawna podstawa uwzględniania pozytywnych wyników mediacji w wyroku.

Zgodnie z art. 23a § 1 k.p.k. sprawę karną do mediacji skierować może „sąd lub referendarz sądowy, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator lub inny organ prowadzący to postępowanie”. Z danych statystycznych publikowanych na stronie Prokuratury Krajowej<sup>2</sup> wynika jednak, że na etapie postępowania przygotowawczego do mediacji trafia znikoma liczba spraw. W 2016 r. w całej Polsce było to 1160 spraw

---

1 Dz.U. z 2015 r. poz. 716.

2 <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/sprawozdania-i-statystyki?page=1&size=10>

na 557 414 wszczętych w tym czasie postępowań. Następnie liczba ta systematycznie spadała, by w 2023 r. osiągnąć 362 sprawy na 644 867 wszczętych w tym czasie postępowań. W tym samym okresie sądy powszechne korzystały z mediacji nawet dziewięciokrotnie częściej, bo w wyniku postępowania mediacyjnego kończono ok. 3–4 tys. spraw rocznie i ta liczba utrzymuje się na względnie stałym poziomie. Na marginesie dodać należy, że poziom ten i tak jest niski – do mediacji trafia ok. 1% osądzonych osób dorosłych<sup>3</sup>.

Śladowe zainteresowanie mediacją na etapie postępowania przygotowawczego sprzeczne jest z założeniami twórców kodyfikacji karnej. Zgodnie bowiem z art. 320 k.p.k. (uchylonym z dniem 1.07.2003 r.) decyzja o skierowaniu sprawy do mediacji miała być domeną prokuratora. Zasadnicza reforma procedury mediacyjnej przeprowadzona w 2003 r. nie wpłynęła na wzrost popularności mediacji na etapie postępowania przygotowawczego. Badania prowadzone wśród prokuratorów w pierwszych latach obowiązywania nowej regulacji wykazały nie tylko brak przekonania i niewystarczającą znajomość istoty mediacji wśród ankietowanych, ale też dostrzeżone przez nich proceduralne przeszkody dla jej prowadzenia<sup>4</sup>.

Wspomniane na wstępie dane statystyczne pokazują, że spadku poziomu wykorzystania mediacji na etapie przygotowawczym nie powstrzymała także kolejna reforma mediacji w sprawach karnych przeprowadzona w 2015 r., czyniąca zadość niektórym oczekiwaniom praktyków<sup>5</sup>. Taki stan rzeczy skłonił badaczy do pogłębienia analizy postaw prokuratorów wobec mediacji. Prokuratorzy biorący udział w panelu eksperckim zorganizowanym w 2019 r. zwrócili uwagę na kilka problemów<sup>6</sup>. Obok troski o interes pokrzywdzonego (zagrożony pozornymi deklaracjami oskarżonego lub zawarciem ugody pod presją), wymieniali dysfunkcyjne rozwiązania proceduralne i organizacyjne. Wśród spostrzeżeń i postulatów powtarzało się ubolewanie nad tym, że mediacja w rzeczywistości wydłuża postępowanie przygotowawcze i podnosi jego koszty, a ugoda nie znajduje wprost przełożenia na możliwość umorzenia postępowania przez prokuratora. Przy tym wskazano, że umorzenie postępowania po postawieniu zarzutów (w fazie *in personam*) jest postrzegane negatywnie – osłabia

3 Mediacje karne w latach 1998–2023; Osądzienia (w tym skazania) w I instancji w sądach rejonowych i w sądach okręgowych w latach 1997–2023, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>

4 O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych, cz. 2, Opinie skazanych oraz sędziów i prokuratorów*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012/4, s. 132 i n.; B. Czarnecka-Działuk, *Perspektywy i bariery mediacji w opinii prokuratorów i sędziów (w:) Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2013, s. 113 i n.; L. Mazowiecka, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r. (w:) Mediacja karna...*, s. 121 i n.

5 Szerzej o nowelizacji z 2015 r. w zakresie mediacji w sprawach karnych: L. Mazowiecka, *Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2015/10, s. 91–95; O. Sitarz, D. Bek, *Uwagi do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2016/4, s. 144–158; O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic View of Mediation in Penal Matters – the Reasons for the Failure and Remedial Measures*, „Studia Prawnicze (PAN)” 2021/2, s. 10–18.

6 O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 30–33.

wskaźnik skuteczności ścigania prokuratury, który jest obliczany jako stosunek osób podejrzanych i oskarżonych. Na kanwie tych obserwacji wypowiedzią się w badaniu asesorka prokuratorska wyraziła przekonanie, że najlepszym rozwiązaniem byłaby możliwość mediacji jeszcze w fazie *in rem* – wobec ugody zawartej w czasie mediacji prokurator nie stawiałby zarzutu. Praktyka mediacyjna w Śląskim Centrum Arbitrażu i Mediacji w Katowicach potwierdza, że postulat ten nie jest wśród prokuratorów odosobniony, a przy tym cieszy się też pewnym zainteresowaniem ze strony obrońców i pełnomocników stron<sup>7</sup>.

Równocześnie podkreślić należy, że walory mediacji w sprawach karnych i liczne korzyści, które potencjalnie niesie uczestnikom, wymiarowi sprawiedliwości i całemu społeczeństwu, nie są zasadniczo kwestionowane<sup>8</sup>. Co więcej, nie tylko z ekonomicznego punktu widzenia, mediacja na etapie postępowania przygotowawczego przynosi potencjalnie więcej korzyści niż na późniejszych etapach<sup>9</sup>.

Nakreślona wyżej sytuacja skłania do naukowej refleksji nad zasadnością prowadzenia mediacji w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego. Warto również rozważyć, czy rozwiązanie to możliwe byłoby *de lege lata* i pod jakimi warunkami. Odpowiedź na postawione pytania wymaga odtworzenia stanu prawnego i *communis opinio* w zakresie przesłanek dopuszczalności mediacji i konsekwencji ugody na etapie postępowania przygotowawczego. Zasadny jest także przegląd proponowanych w literaturze rozwiązań mających za zadanie popularyzację mediacji na etapie postępowania przygotowawczego, by dopiero na tym tle ocenić zasadność mediowania przed postawieniem zarzutów. W końcu zaś niezbędna jest ocena mediacji pomiędzy osobą pokrzywdzoną a osobą wskazywaną jako sprawca z perspektywy zasad mediacji oraz analiza przepisów regulujących mediację z wykorzystaniem metody formalno-dogmatycznej.

## II. MEDIACJA NA ETAPIE POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO

### – ZAGADNIENIA OGÓLNE

Podstawę prawną dla prowadzenia mediacji na etapie postępowania przygotowawczego stwarza art. 23a k.p.k. Regulacja ma zastosowanie do mediacji w każdym stadium postępowania, zmienia się jedynie organ kierujący sprawę do mediacji, którym każdorazowo jest organ prowadzący postępowanie na danym etapie; w przypadku etapu przygotowawczego – najczęściej prokurator.

<sup>7</sup> Por. też O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 29.

<sup>8</sup> Por. D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa* (w:) *Zagadnienia ogólne. System prawa karnego*, red. A. Marek, Warszawa 2010, t. 1, s. 360–361; O. Sitarz, *O mediacji w ogólności* (w:) *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015, s. 34–38.

<sup>9</sup> Por. A. Murzynowski, *Mediacja w toku postępowania przygotowawczego* (w:) *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002, s. 245–246.

Ustawodawca nie ogranicza w formalny sposób możliwości prowadzenia mediacji<sup>10</sup>. J. Kosonoga podkreśla, że „formalnie nie ma znaczenia relacja, jaka zachodzi pomiędzy sprawcą i pokrzywdzonym, waga sprawy (np. zbrodnia), przeszłość kryminalna oskarżonego (np. multirecydywa), jego właściwości i warunki osobiste bądź też fakt pozbawienia wolności”<sup>11</sup>. Swoisty katalog wyłączeń został jednak wypracowany przez praktykę, przede wszystkim w oparciu o podstawowe zasady mediacji. Wśród czynników wykluczających mediację wymienia się:

- brak pokrzywdzonego,
- brak zgody choć jednej ze stron na mediację,
- negowanie przez oskarżonego podstawowych faktów zdarzenia<sup>12</sup>,
- upośledzenie umysłowe lub zaburzenia psychiczne jednego z potencjalnych uczestników,
- brak równowagi między stronami,
- przestępczość zawodową, zorganizowaną, terrorystyczną i wielokrotną recydywę.

Przy czym dwa ostatnie punkty nie eliminują całkowicie możliwości skorzystania z mediacji, a jedynie skłonić powinny organ prowadzący postępowanie i mediatora do szczególnej ostrożności<sup>13</sup>. Powyższe oznacza, że nie ma takich typizacji, które wykluczałyby możliwość sięgnięcia przez prokuratora po mediację, o ile tylko można wskazać pokrzywdzonego i oskarżonego<sup>14</sup>.

Zmienną, która ma szczególne znaczenie z perspektywy popularności mediacji wśród pragmatycznie nastawionych prokuratorów i stron postępowania, są procesowe konsekwencje udziału w mediacji i zawarcia ugody. Sam udział w mediacji, a nawet podpisanie ugody nie mogą być odczytywane jako przyznanie się oskarżonego do winy<sup>15</sup>. Poufność mediacji sprawia natomiast, że nie można postrzegać mediacji jako sposobu na szybsze wyjaśnienie okoliczności sprawy na potrzeby postępowania. Słusznie więc zauważa się, że „w sprawach niejednoznacznych, w których sprawstwo i okoliczności popełnienia czynu budzą wątpliwości bądź też istnieje potrzeba zweryfikowania ujemnych przesłanek procesowych, kierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego uznać należy za przedwczesne”<sup>16</sup>. Do tezy tej wypadnie jeszcze powrócić.

10 Wyjątek stanowi przepis art. 113 § 2 pkt 1 k.k.s., w myśl którego w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe nie stosuje się przepisów k.p.k. dotyczących mediacji.

11 J. Kosonoga, *Komentarz do art. 23a (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, s. 399.

12 Nie musi przyznawać się do winy w znaczeniu procesowym.

13 Por. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku (w:) Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015, s. 91–98; J. Kosonoga, *Komentarz do art. 23a...*, s. 398–401; C. Kulesza, *Komentarz do art. 23a (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 92–93.

14 Tak też C. Kulesza, *Komentarz do art. 23a...*, s. 92.

15 Por. D. Wójcik, *Rola...*, s. 372; D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych...*, s. 91.

16 J. Kosonoga, *Komentarz do art. 23a...*, s. 399.

Tymczasem uwypuklenia domaga się faktyczne znaczenie mediacji i ugody dla biegu postępowania przygotowawczego.

Konsekwencje ugody między pokrzywdzonym a oskarżonym na etapie postępowania przygotowawczego zależne są między innymi od trybu ścigania czynu objętego postępowaniem. Konsekwencje najdalej idące – w postaci umorzenia postępowania – wiążą się z trybem prywatnoskargowym<sup>17</sup>, który jednak zasadniczo nie angażuje prokuratora. Przesłanką umorzenia postępowania przygotowawczego może być natomiast cofnięcie wniosku o ściganie przez pokrzywdzonego usatysfakcjonowanego ugodą zawartą w postępowaniu wszczętym na wniosek. Zatem jeśli zgodnie z art. 12 § 3 k.p.k. pokrzywdzony – np. w ramach ugody lub w jej konsekwencji – cofnie wniosek, a prokurator wyrazi na to zgodę, postępowanie podlega umorzeniu wobec ziszczenia się negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.

W trybie publicznoskargowym pojednanie stron lub naprawienie wyrządzonej przestępstwem szkody nie stanowią przesłanki umorzenia postępowania. Mogą natomiast skłonić prokuratora do zastosowania instrumentów prowadzących do szybszego zakończenia postępowania sądowego, nawet bez przeprowadzenia rozprawy głównej. Prokurator może zastąpić akt oskarżenia wnioskiem o warunkowe umorzenie (art. 336 k.p.k.) lub dołączyć do aktu oskarżenia wnioski o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych za zarzucany mu występki (art. 335 § 2 k.p.k.). W obydwu przypadkach ugoda może stanowić ważki argument na rzecz proponowanych rozwiązań, nie jest jednak niezbędna. W końcu zaś sąd – na mocy art. 53 § 3 k.k. – zobowiązany jest wziąć pod uwagę pozytywne wyniki mediacji, także tej zawartej na etapie postępowania przygotowawczego<sup>18</sup>. Powyższe rozwiązania nie prowadzą jednak do wyraźnego odciążenia oskarżyciela publicznego i nie są bezwzględnie powiązane z ugodą, a przez to nie stanowią silnego bodźca skłaniającego do tego, by proponować stronom mediację.

Z perspektywy pokrzywdzonego istotne jest, że ugoda zawarta przed mediatorem stanowi nie tylko umowę cywilnoprawną, ale także tytuł egzekucyjny, któremu – w oparciu o art. 107 § 3 k.p.k. – sąd lub referendarz sądowy nadać może klauzulę wykonalności. Ponadto treść ugody skłonić może sąd do zastosowania środków karnej reakcji stworzonych na potrzeby ochrony interesu pokrzywdzonego, np. zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zbliżania się do określonych osób (art. 41a k.k.). Ugoda może też odwieźć sąd od stosowania tego typu środków

17 Por. D. Bek, *Wpływ ugody mediacyjnej na kształt reakcji prawnokarnej (w:) Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2016, s. 88.

18 Szerzej: D. Bek, *Wpływ...*, s. 81–125.



ingerujących w prywatność pokrzywdzonego, o ile tylko nie są one obligatoryjne<sup>19</sup>. Przywoływane już rozmowy z praktykami pokazują, że interes pokrzywdzonego jest dla prokuratorów istotny, jednak ugoda postrzegana bywa jako zagrożenie dla tego interesu, a nie jako szansa<sup>20</sup>.

Konsekwencją postępowania mediacyjnego, która może być odbierana jako negatywna, jest wydłużenie postępowania i zwiększenie jego kosztów. Zgodnie z art. 23a § 2 k.p.k. postępowanie mediacyjne nie powinno trwać dłużej niż miesiąc, a jego okresu nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego. Termin miesięczny ma charakter instrukcyjny<sup>21</sup> i na wniosek mediatora może zostać przedłużony (§ 17 ust 2 rozporządzenia z 7.05.2015 r.). Słusznie zauważa S. Steinborn, że „celem tej regulacji jest przyczynienie się do częstszego korzystania z mediacji w postępowaniu przygotowawczym, gdyż organ prowadzący to postępowanie nie staje przed dylematem, czy skierować sprawę do mediacji, czy też zakończyć postępowanie przygotowawcze w kodeksowych terminach”<sup>22</sup>. Celu tego nie udało się jednak w pełni osiągnąć, gdyż bieg mediacji i tak wymusza formalne przedłużanie postępowania przygotowawczego po upływie ustawowego terminu jego prowadzenia, a sprawa, która – z powodu mediacji – wciąż się toczy, jest wykazywana w statystykach jako niezakończona. Ponadto koszty prowadzenia mediacji na etapie postępowania przygotowawczego ponosi prokuratura, co nie ma znaczenia z perspektywy Skarbu Państwa, ale jest istotne dla finansów danej jednostki prokuratury<sup>23</sup>.

### III. POSZUKIWANIE ROZWIĄZAŃ *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*

Zarysowane realia prowadzenia mediacji na etapie postępowania przygotowawczego w zestawieniu z wypowiedziami przedstawicieli prokuratury potwierdzają, że tym, co mogłoby przyczynić się do wzrostu popularności mediacji wśród prokuratorów, byłyby możliwość umorzenia postępowania przygotowawczego w wyniku mediacji. Propozycję taką już lata temu zgłaszał A. Murzynowski, wskazując pokrewne rozwiązania w prawie francuskim, belgijskim i niemieckim<sup>24</sup>. Polski ustawodawca zauważył tę potrzebę dekadę temu, dostrzegając równocześnie, że zakończenie konfliktu stron

19 Szerzej: A. Jaworska-Wieloch, *O potrzebie zachowania spójności wokół nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (w): Współczesne przekształcenia sankcji karnych – zagadnienia teorii, wykładni i praktyki stosowania*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Warszawa 2018; D. Bek, *Środek karny z art. 39 pkt 2b k.k. a prawo ofiary i sprawcy do samostanowienia*, „Problemy Prawa Karnego” 2019/3, s. 11–22.

20 Por. O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 30–31.

21 S. Steinborn, *Komentarz do art. 23a (w): J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el. 2016 i przywołana tam literatura.

22 S. Steinborn, *Komentarz do art. 23a...*

23 O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 30–33.

24 A. Murzynowski, *Mediacja...*, s. 252–253.

i ekonomika procesowa nie są głównymi celami postępowania karnego. Umorzenie konsensualne – bo o nim mowa – było jednym z intensywniej dyskutowanych rozwiązań wprowadzonych do systemu prawa karnego 1.07.2015 r.<sup>25</sup> Artykuł 59a k.k. przewidywał liczne warunki umorzenia postępowania:

- sprawca popełnił występki zagrożony karą do 3 lat pozbawienia wolności (a w razie występków przeciwko mieniu i średniego uszczerbku na zdrowiu – do 5 lat pozbawienia wolności);
- sprawca nie był uprzednio skazany za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy;
- sprawca pojednał się, w szczególności w wyniku mediacji, i naprawił szkodę lub zadośćuczynił krzywdzie wobec wszystkich pokrzywdzonych danym czynem;
- sprawca dokonał kompensacji przed rozpoczęciem przewodu sądowego w I instancji;
- pokrzywdzony złożył wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 59a k.k.;
- nie zachodzi szczególna okoliczność uzasadniająca, że umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary<sup>26</sup>.

Mimo że od uchylecia art. 59a k.k. minęło już 7 lat, a czas jego obowiązywania nie pozwolił na pełną weryfikację jego użyteczności w praktyce<sup>27</sup>, regulacja wciąż wskazywana jest jako rozwiązanie, które mogło realnie przyczynić się do wzrostu popularności mediacji – także na etapie postępowania przygotowawczego<sup>28</sup>. Z uwagi na zakładany temat opracowanie niniejsze nie stanowi właściwego pola dla ponownego rozważania szczegółów umorzenia wnioskowego, warto jednak podkreślić kilka kwestii. Po pierwsze, możliwość umorzenia postępowania w wyniku pojednania stron obwarowana była licznymi warunkami gwarantującymi realizację celów postępowania karnego i chroniącymi interes pokrzywdzonego. Równocześnie krytycy wciąż jednak podkreślali, że umorzenie wnioskowe nie spełnia celów postępowania karnego w postaci odpłaty za popełnienie czynu zabronionego i naraża pokrzywdzonego na presję ze strony oskarżonego, co przyczyniło się do uchylecia zmiany<sup>29</sup>. Po drugie, w doktrynie wskazywano, że umorzenie postępowania na podstawie art. 59a k.k. wymaga,

25 Ostateczne brzmienie art. 59a k.k. ukształtowała ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw zmieniająca art. 12 ustawy z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

26 Szerzej: D. Bek, *Wpływ...*, s. 90–102. Por. też: R. Koper, *Warunki umorzenia postępowania karnego w trybie art. 59a k.k.*, „Ius Novum” 2014/3, s. 11–27; A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015/1–2, s. 137–148.

27 Przepis został uchylony po ok. 9 miesiącach od wejścia w życie, tj. z dniem 15.04.2016 r. przez art. 7 pkt 5 ustawy z 11.03.2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

28 Por. np. opinie sędziego, prokuratora i adwokata w: O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 26–33.

29 Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 207.

by stopień pewności organu podejmującego decyzję o umorzeniu „co do sprawstwa, jak i winy określonej osoby winien być nie niższy od tego, który jest wymagany dla postawienia jej zarzutów”, a stąd wywodzono, że może ono nastąpić dopiero w fazie *in personam*<sup>30</sup>.

Alternatywnym rozwiązaniem proponowanym *de lege lata* przez praktyków było umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., a zatem z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu. Praktykę tę uznać należy za wadliwą. Pojednanie stron, samo w sobie, nie obniża stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu. Ocena stopnia społecznej szkodliwości musi odbywać się w oparciu o art. 115 § 2 k.k., który nie wskazuje naprawienia szkody, pojednania się z pokrzywdzonym czy innego zachowania się sprawcy po popełnieniu czynu jako czynnika kształtującego ocenę karygodności czynu. Uwzględnienie w ocenie elementu spoza katalogu z art. 115 § 2 k.k. stanowi obrazę przepisów prawa materialnego<sup>31</sup>. Możliwe jest natomiast, że niezależnie od zawartej ugody organ procesowy dojdzie do przekonania, że szkodliwość czynu jest ostatecznie znikoma<sup>32</sup>. Prawdą jest również, że umorzenie postępowania na mocy art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. jest możliwe już na etapie postępowania przygotowawczego<sup>33</sup>, pod warunkiem, że już na tym etapie okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości<sup>34</sup>. Z uwagi na temat niniejszego opracowania zaznaczyć warto, że umorzenie postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu przed postawieniem zarzutów osobie podejrzewanej traktowane jest jako obraza art. 313 k.p.k. Katalog z art. 115 § 2 k.k. obejmuje elementy podmiotowe, których ocena wymaga wskazania konkretnej osoby, co równocześnie prowadzi do spełnienia przesłanek z art. 313 § 1 k.p.k. C. Kulesza zauważa przy tym, że „jeśli chodzi o skutki procesowe zaniechania ścigania na podstawie przesłanki znikomej szkodliwości społecznej czynu, to, jak wskazuje orzecznictwo sądowe, wydane na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 prawomocne postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego, w którym stwierdzono popełnienie przez oznaczoną osobę czynu o znamionach określonych w ustawie karnej, ale o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, stwarza stan rzeczy osądzonej w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 7 również wtedy, gdy przed wydaniem tego postanowienia osobie tej

30 Cytat z: A. Pilch, *Umorzenie kompensacyjne w trybie art. 59a k.k. – wybrane zagadnienia*, „Palestra” 2015/7–8, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/7-8-2015/artukul/umorzenie-kompensacyjne-w-trybie-art.-59a-k.k.-wybrane-zagadnienia>; tak też A. Lach, *Umorzenie...*, s. 143–144.

31 Wyrok SN z 12.12.2006 r. (IV KK 395/06), OSNwSK 2006/1, poz. 2413; tak też np. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, s. 264.

32 Por. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych...*, s. 145.

33 Por. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 17...*, s. 265.

34 Post. SN z 9.10.2008 r. (WZ 61/08), OSNKW 2009/1, poz. 6, s. 41; tak też np. J. Skorupka, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2023, Legalis.

ani nie przedstawiono zarzutów, ani nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego, dopuszczając się obrazy art. 313<sup>35</sup>.

Wobec braku negatywnej przesłanki procesowej wprost powiązanej z ugodą, jako szczególnie atrakcyjny jawi się wnioskowy tryb ścigania. To właśnie w tym trybie, usatysfakcjonowany ugodą pokrzywdzony może – za zgodą prokuratora – cofnąć wniosek o ściganie. Skuteczne wycofanie wniosku o ściganie powinno powodować umorzenie postępowania na mocy art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. Ponowne złożenie wniosku jest niedopuszczalne, a zatem nie można będzie w przyszłości wszcząć postępowania karnego o to samo<sup>36</sup>. Chronione są zatem zarówno interesy pokrzywdzonego (cofnięcie wniosku jest wyrazem jego autonomii, a kontrola prokuratorska/sądowa zmniejsza ryzyko presji ze strony oskarżonego), jak i osoby wskazanej jako sprawca. Dodatkowo poprzedzenie decyzji o cofnięciu wniosku ugodą mediacyjną wzmacnia przekonanie o tym, że postępowanie karne nie jest niezbędne z perspektywy społecznej. W literaturze pojawia się pogląd, że ściganie na wniosek pokrzywdzonego „łączy w sobie zalety obu podstawowych trybów ścigania, ciężar dowodowy został bowiem przerzucony na fachowe podmioty, jakimi są organy ścigania (cecha postępowania prowadzonego *ex officio*), a wola ścigania zależy od pokrzywdzonego (jak w postępowaniach prywatnoskargowych)”<sup>37</sup>. Rozszerzenie zastosowania ścigania publicznoskargowego na wnioski pokrzywdzonego przyniosłoby efekt nieco zbliżony do tego wykreowanego przez uchylony art. 59a k.k. Przy tym zauważyć należy, że ustawodawca postawił właśnie pierwsze kroki na tej drodze: od 1.10.2023 r. na wniosek ścigane jest naruszenie miru domowego (art. 193 k.k.) oraz uchylanie się od wykonania obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę albo nawiązki (art. 244c k.k.)<sup>38</sup>. Trudno jednak zakładać wzmocnienie tej tendencji<sup>39</sup>, a zmiana ustawodawcza byłaby nieodzowna, by tą metodą osiągnąć efekt wzrostu zainteresowania mediacją na etapie postępowania przygotowawczego.

Na przedstawionym tle, w aktualnym stanie prawnym, propozycja, by prowadzić mediację jeszcze w fazie *in rem* i w razie ugody nie stawiać zarzutów, tylko umorzyć postępowanie na mocy art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k., może wydawać się sensownym rozwiązaniem. Czy zatem opcja ta jest dopuszczalna w świetle zasad mediacji oraz przepisów prawa i postępowania karnego?

35 C. Kulesza, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 65; wyrok SN z 15.02.2012 r. (II KK 201/11), OSNKW 2012/6, poz. 60.

36 Por. C. Kulesza, *Komentarz do art. 17...*, s. 65.

37 M. Kurowski, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2023; por. też A. Gerecka-Żołyńska, *Ochrona praw autorskich i praw pokrewnych w polskim procesie karnym*, Toruń 2002, s. 135–136; D. Bek, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, *Prawo karne wobec naruszeń praw i wolności osób starszych*, Warszawa 2020, s. 129–130.

38 Art. 1 ustawy z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600).

39 Wraz z dodaniem nowych typów ściganych na wnioski, ustawodawca przewidział także możliwość wszczęcia postępowania w sprawie grózb karalnych, mimo niezłożenia wniosku o ściganie przewidzianego w art. 190 § 4 k.k. [art. 12 § 4 k.p.k. dodany przez art. 9 ustawy z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600)].

#### IV. DOPUSZCZALNOŚĆ MEDIACJI W FAZIE *IN REM* Z PERSPEKTYWY ZASAD MEDIACJI

Katalog zasad mediacji nie ma charakteru normatywnego i bywa różnie formułowany. Do fundamentalnych zasad mediacji zalicza się powszechnie zasady:

- dobrowolności,
- poufności,
- bezstronności,
- neutralności,
- bezinteresowności i
- akceptowalności<sup>40</sup>.

Wymagają one przybliżenia w niniejszym opracowaniu tylko o tyle, o ile mogą mieć znaczenie dla dopuszczalności mediacji między osobą pokrzywdzoną a osobą wskazywaną przez nią jako sprawca.

Wśród istotnych cech mediacji wymienia się także jej odformalizowanie<sup>41</sup>. Założenie, że brak nadmiernego formalizmu sprzyja swobodnej rozmowie stron i ułatwia porozumienie, prowadzi do wniosku, że to, co wprost nie zostało zakazane w przepisach i nie jest sprzeczne z zasadami mediacji, jest dozwolone. Z tej przyczyny dopuszcza się np. udział w mediacji w sprawie karnej osób, które nie są stronami toczącego się postępowania, ale są zaangażowane w konflikt<sup>42</sup>. Tym bardziej więc – z perspektywy organizacji mediacji – nie ma znaczenia formalny status głównych stron konfliktu w postępowaniu karnym.

Zasady bezstronności, neutralności i bezinteresowności odnoszą się do osoby i postawy mediatora. Brak związków ze sprawą i ze stronami, a także brak korzyści dla mediatora z określonego zakończenia mediacji mają zagwarantować równość stron mediacji oraz ich autonomię w zakresie podejmowanych decyzji<sup>43</sup>. Trudno zatem jakkolwiek wiązać te zasady z etapem postępowania karnego i formalnym statusem jego uczestników. Podobnie skwitować można zasadę akceptowalności, która dotyczy stosunku stron do mediatora i reguł mediacji<sup>44</sup>.

Najwięcej uwagi poświęcić wypada zasadom dobrowolności i poufności. Dobrowolność obejmuje nie tylko decyzję o podpisaniu ugody, ale także o samym udziale w spotkaniu mediacyjnym. Zgodnie z treścią art. 23a k.p.k. „zgodę na uczestniczenie w postępowaniu mediacyjnym odbiera organ kierujący sprawę do mediacji lub mediator, po wyjaśnieniu oskarżonemu i pokrzywdzonemu celów i zasad postępowania mediacyjnego i pouczeniu ich o możliwości cofnięcia tej zgody aż do zakończenia

40 Por. O. Sitarz, *O mediacji...*, s. 25; D. Wójcik, *Rola...*, s. 354.

41 Tak np. M. Bialecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 43.

42 D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych...*, s. 128–130.

43 Por. O. Sitarz, *O mediacji...*, s. 30–33.

44 O. Sitarz, *O mediacji...*, s. 33–34.

postępowania mediacyjnego”. Z regulacją tą koresponduje § 14 pkt 2 rozporządzenia, w myśl którego mediator „odbiera od oskarżonego i pokrzywdzonego zgodę na uczestniczenie w postępowaniu mediacyjnym, jeżeli nie odebrał jej organ kierujący sprawę do mediacji”. Zasada dobrowolności mediacji wymaga jednak, by mediator bezwzględnie pytał uczestników o zgodę na udział w mediacji oraz o akceptację warunków, w jakich odbywa się rozmowa. Co więcej, zgoda ta powinna być poprzedzona wyczerpującą informacją na temat istoty mediacji<sup>45</sup>. Brak zgody lub rezygnacja z prowadzenia rozmów mediacyjnych nie mogą działać na niekorzyść którejkolwiek ze stron<sup>46</sup>. Strony podpisujące ugodę powinny być wolne od presji ze strony innych uczestników mediacji, organu kierującego sprawę do mediacji czy mediatora – stan wyłączający swobodne powzięcie woli, błąd, podstęp czy groźba stanowią przykłady wad oświadczenia woli prowadzących do jego nieważności<sup>47</sup>. Czy tak rozumiana dobrowolność może być zagrożona skierowaniem sprawy do mediacji przed postawieniem zarzutów? Wydaje się, że na tym etapie uwidacznia się pewna strukturalna przewaga pokrzywdzonego nad osobą wskazaną przez nią jako sprawca. Osoba, która nie jest dotąd podejrzana, ale obawia się stygmatu oskarżonego *sensu largo*, ma dużo do stracenia. Presja, by podpisać ugodę z nadzieją na to, że zarzuty nie będą postawione i uda się całkowicie uniknąć składania wyjaśnień w postępowaniu karnym, może być duża. Nie wyklucza to, rzecz jasna, prowadzenia mediacji. Wielu oskarżonych obawia się skazania i w ugodzie dostrzega szansę na uniknięcie poważnych konsekwencji, a mimo to (a może właśnie dlatego?) prowadzi się mediację. Zarysowana sytuacja powinna jednak skłonić mediatora do szczególnej dbałości o pozyskanie swobodnej zgody wskazywanego sprawcy na udział w mediacji oraz wolnego od wad oświadczenia woli wyrażonego w ugodzie. Niezwykle ważne jest, by osoba wskazywana jako sprawca znała przedmiot sprawy. Jeśli dotąd nie postawiono jej zarzutów, to jej wiedza na temat grożących jej konsekwencji może być mocno ograniczona. Strony powinny również mieć świadomość, że ugodą na tym etapie nie gwarantuje, że prokurator faktycznie nie postawi zarzutów w sprawie.

Drugą z kluczowych dla tematu zasad mediacji jest poufność. Rozmowy mediacyjne nie zawsze prowadzą do zawarcia ugody, czasem zaś prowadzą ku niej kręłą drogą. Gwarancja poufności sprzyja otwartości rozmów i rozwiązaniu konfliktu. Etyka mediatora obejmuje zachowanie przebiegu mediacji w tajemnicy. W myśl Kodeksu Etycznego Mediatorów Polskich<sup>48</sup> mediator powinien zachować poufność postępowania mediacyjnego, zarówno przed jego rozpoczęciem, w jego trakcie,

45 Por. O. Sitarz, D. Bek, *Uwagi...*, s. 155.

46 Zgodnie z art. 53 § 3 k.k. sąd bierze pod uwagę jedynie „pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji”. Por. O. Sitarz, *O mediacji...*, s. 26.

47 Art. 82–88 k.c.

48 Opracowanego przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości, maj 2008, <http://ms.gov.pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki/> (dostęp: 30.06.2014 r.).

jak i po jego zakończeniu. Z kolei w Kodeksie Etyki Mediatora opracowanym przez Polskie Centrum Mediacji doprecyzowano, że wszystko, co dzieje się w czasie przeprowadzania rozmów mediacyjnych, jest poufne i nie może być przekazywane żadnej instytucji lub osobie prywatnej. Dokumentacja przechowywana w związku z prowadzonymi mediacjami musi być zabezpieczona przed osobami niepowołanymi<sup>49</sup>. Dodatkowym wzmocnieniem etycznego obowiązku mediatora jest art. 178a k.p.k. przewidujący zakaz przesłuchiwania mediatora „co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego”. W przypadku mediacji prowadzonej u progu postępowania karnego zasada poufności jest szczególnie ważna. Informacje zgromadzone podczas rozmów mediacyjnych mogą obciążać osobę wskazywaną przez pokrzywdzonego jako sprawca, a ich ujawnienie mogłoby utrudnić obronę na kolejnych etapach procesu. Nie ma bowiem gwarancji, że rozmowy mediacyjne doprowadzą do ugody, a ugoda – do umorzenia postępowania karnego. Zauważyć przy tym trzeba, że żaden przepis nie zobowiązuje wprost uczestników mediacji do zachowania przebiegu rozmów w tajemnicy. Nie sposób więc wykluczyć, że pokrzywdzony wykorzysta wiedzę zdobytą podczas mediacji, by przekazać ją w zeznaniach organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze i skuteczniej oskarżać sprawcę. Co więcej, istnieje ryzyko, że któraś ze stron nagra spotkanie bez wiedzy mediatora, a nagranie to stanie się dowodem w postępowaniu<sup>50</sup>. Strony przystępujące do rozmów mediacyjnych, zwłaszcza w fazie *in rem*, powinny mieć tego świadomość. Szczególnie ważne wydają się zatem czujność mediatora i – o ile to możliwe – pomoc profesjonalnych pełnomocników.

## V. NORMATYWNA DOPUSZCZALNOŚĆ SKIEROWANIA SPRAWY KARNEJ DO MEDIACJI NA ETAPIE POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO W FAZIE *IN REM*

Zasady mediacji nie wykluczają prowadzenia rozmów przed postawieniem zarzutów, czy zatem pozwalają na to przepisy?

J. Kosonoga stwierdza stanowczo: „z oczywistych względów mediacja jest niemożliwa w sprawach, w których nie występuje pokrzywdzony (...), oraz w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym *in rem*. Warunkiem mediacji jest bowiem istnienie stron postępowania mediacyjnego”<sup>51</sup>. Teza ta nie jest całkiem precyzyjna. Strony postępowania mediacyjnego nie muszą być równocześnie stronami postępowania

49 <https://mediator.org.pl/baza-wiedzy/kodeks-etyki-mediatora/>

50 Nawet jeśli uznać, że zasada poufności z art. 23a § 7 k.p.k. obejmuje wszystkich uczestników mediacji i naruszenie tej reguły czyni zachowanie strony nielegalnym, to art. 168a k.p.k. nie pozwala uznać dowodu za niedopuszczalny „wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania”. Szerzej: O. Sitarz, D. Bek, *A Realistic...*, s. 11–12.

51 J. Kosonoga, *Komentarz do art. 23a...*, s. 399.

karnego. Nie ulega wątpliwości, że pokrzywdzony może być pełnoprawną stroną postępowania mediacyjnego w sprawie karnej nawet wówczas, gdy w postępowaniu sądowym nie działa jako strona w charakterze oskarżyciela posiłkowego na mocy art. 53 k.p.k. Czy może być nią więc także osoba wskazywana przez pokrzywdzonego jako sprawca, zanim oskarżyciel postawi mu zarzuty?

Kodeks karny wiąże koncyliacyjną dyrektywę wymiaru kary (art. 53 § 3 k.k.) z pozytywnymi wynikami przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodą pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem. Z materialnoprawnego punktu widzenia mediacja i uгода zawarta w fazie *in rem* nie powinny pozostać bez znaczenia. Wykładnia art. 53 § 3 k.k. wskazuje na szerokie rozumienie zarówno ugody, jak i innych pozytywnych efektów mediacji obejmujące nie tylko ugodę zawartą w wyniku mediacji prowadzonej na mocy art. 23a k.p.k.<sup>52</sup> Jeżeli zatem postępowanie karne potwierdzi sprawstwo osoby wskazywanej przez pokrzywdzonego, to sąd wydający wyrok powinien wziąć pod uwagę ewentualną mediację prowadzoną przed postawieniem zarzutów. Wciąż jednak rozstrzygnąć należy, czy prokurator kierujący sprawę do mediacji w fazie *in rem* działa *de lege artis* i czy na skutek ugody może odstąpić od postawienia zarzutów.

Przepis art. 23a § 1 k.p.k. wyraźnie wskazuje na postępowanie mediacyjne „między pokrzywdzonym i oskarżonym”. Nie ulega przy tym wątpliwości, że chodzi o oskarżonego *sensu largo*, a więc w myśl art. 71 § 3 k.p.k. także podejrzanego<sup>53</sup>. Osoba podejrzana już jednak nie jest objęta nazwą „oskarżony” w tym szerokim znaczeniu i nie jest stroną postępowania przygotowawczego<sup>54</sup>. Co więcej – wobec braku legalnej definicji osoby podejranej – nie jest jasne, czy osobie wskazywanej przez pokrzywdzonego jako sprawca w ogóle taki status przysługuje<sup>55</sup>. Wątek ten – choć badawczo ciekawy – ma jednak marginalne znaczenie dla podejmowanego tematu. Efekty wykładni art. 23a § 1 k.p.k. uznać jednak trzeba w przedmiotowym zakresie za jednoznaczne. Przepis ten *de lege lata* wyklucza kierowanie sprawy do mediacji przed wskazaniem osoby podejranej.

Skierowanie sprawy do mediacji w fazie *in rem* byłoby teoretycznie możliwe, gdyby w art. 23a pojawiła się „osoba wskazywana przez pokrzywdzonego jako sprawca”<sup>56</sup> jako alternatywna wobec oskarżonego strona mediacji. Czemu jednak miałyby służyć taka zmiana? Jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia postępowania lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn zabroniony popełniła osoba wskazana przez pokrzywdzonego, to art. 313 k.p.k. wymaga, by

52 Por. D. Bek, *Wpływ...*, s. 82–87.

53 Tak też m.in. C. Kulesza, *Komentarz do art. 23a...*, s. 92; J. Kosonoga, *Komentarz do art. 23a...*, s. 398.

54 Por. A. Baj, *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016/10, s. 83–94.

55 Przegląd definicji podaje np. A. Baj, *Czy osoba...*, s. 86–87.

56 Lub inne równoważne określenie.



postawić tej osobie zarzuty, a dopiero potem ewentualnie skierować sprawę do mediacji. Jeśli z kolei organ prowadzący postępowanie przygotowawcze nie osiągnął tego stopnia uzasadnienia podejrzenia, to mediacja z pewnością nie jest właściwym narzędziem, by to zmienić<sup>57</sup>. Mediacja, ze swej istoty, nie może zastąpić czynności procesowych zmierzających do weryfikacji negatywnych przesłanek procesowych, a w szczególności do ustalenia, czy czyn popełniono i czy zawiera on znamiona czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k.). Oczywiście rozmowa stron konfliktu zmierzająca do jego rozwiązania zawsze jest wartościowa i może wpłynąć na ich postawę w toku dalszych czynności, ale ugoda zawarta w takich okolicznościach nie powinna stać się podstawą umorzenia postępowania z wykorzystaniem przesłanek z art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. Rozwiązanie takie uznać należy za równie błędne, jak omówiony już wyżej koncept dotyczący znikomej społecznej szkodliwości czynu (art. 17 § 1 pkt 3). Nie bez znaczenia jest i to, że umorzenie postępowania przed postawieniem zarzutów nie tworzy zasadniczo stanu rzeczy osądzonej w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

## VI. WNIOSKI

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego przed postawieniem zarzutów osobie wskazywanej jako sprawca jest sprzeczne z art. 23a k.p.k. Co więcej, jest też niewłaściwe z perspektywy celów i zasad postępowania karnego. Podobnie bowiem jak w fazie *in personam*, pojednanie stron konfliktu nie stanowi na tym etapie negatywnej przesłanki procesowej. Udziału w mediacji lub ugody nie można też traktować jako argumentu weryfikującego uzasadnienie podejrzenia popełnienia czynu zabronionego.

Równocześnie jednak prowadzenie rozmów mediacyjnych pomiędzy osobą, która uznaje się za pokrzywdzoną, i osobą, którą ta wskazuje jako sprawcę, nie jest błędem w świetle zasad mediacji. Mediator musi jednak liczyć się z tym, że spotkanie takie nie stanowi w istocie mediacji, o której mowa w art. 23a k.p.k. i w rozporządzeniu z 2015 r. Postępowanie takie bliższe jest mediacji cywilnej, i to pozasądowej.

Ewentualna ugoda zawarta przez strony konfliktu w fazie *in rem* postępowania karnego nie jest jednak całkiem obojętna dla losów postępowania karnego. Jeśli, mimo wszystko, postępowanie osiągnie etap sądowy, sąd, wymierzając karę, powinien wziąć pod uwagę także pozytywne wyniki mediacji przeprowadzonej w takich okolicznościach (art. 53 § 3 k.k.).

Ostatecznie zatem kierowanie sprawy do mediacji w fazie *in rem* trudno uznać za najszczęśliwsze rozwiązanie, i to zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*. Konstatacja ta każe powrócić do innych pomysłów nowelizacji kodyfikacji karnej służących wzmocnieniu zainteresowania mediacją na etapie postępowania przygotowawczego. W świetle

57 Por. cytowana już teza J. Kosonogi, *Komentarz do art. 23a...*, s. 399.

dotychczasowych ustaleń obiecująco przedstawia się powrót do idei umorzenia konsensualnego (art. 59a k.k.) lub rozszerzenie katalogu przestępstw ściganych na wnioski pokrzywdzonego. Przy tym konieczna wydaje się systemowa zmiana spojrzenia na umorzenie postępowania karnego w fazie *in personam* – ustalenie istnienia negatywnych przesłanek procesowych na tym etapie nie powinno być postrzegane jako niepowodzenie oskarżyciela publicznego.

### **dr Dominika Bek**

*Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Mediatorka w sprawach karnych w Śląskim Centrum Arbitrażu i Mediacji. Specjalistka z zakresu prawa karnego i kryminologii. Autorka w swoich pracach koncentruje się na sprawiedliwości naprawczej, przestępstwach motywowanych kulturowo oraz przemoc domowej*

*doctor of laws, assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Silesia in Katowice, Poland. Mediator in criminal matters at the Arbitration and Mediation Centre of Silesia. Specialist in criminal law and criminology. The author focuses in her works on the issues of restorative justice, culturally motivated crimes and domestic violence*

*e-mail: dominika.bek@us.edu.pl*

*ORCID 0000-0003-4560-808X*

### **ABSTRACT**

**Keywords:** *victim-offender mediation, criminal proceedings, discontinuance on request, negative procedural grounds, motion for prosecution*

## **On (in)admissibility of referring a criminal case to mediation at the stage of preparatory proceedings *in rem***

**Victim-offender mediation has been functioning in Poland since 1998. Although the codifiers of criminal law assumed that the most appropriate time for mediation is preparatory proceedings, statistics show that prosecutors' interest in this institution is negligible. Practitioners signal that the possibility of referring cases to mediation before the charges are brought would change this situation. The author critically analyses this thesis in light of the principles of mediation and criminal procedure.**

## Bibliografia

- Baj Agnieszka**, *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016/10
- Bek Dominika, Jaworska-Wieloch Anna, Sitarz Olga**, *Prawo karne wobec naruszeń praw i wolności osób starszych*, Warszawa 2020
- Bek Dominika**, *Środek karny z art. 39 pkt 2b k.k. a prawo ofiary i sprawcy do samostanowienia*, „Problemy Prawa Karnego” 2019/3
- Bek Dominika**, *Wpływ ugody mediacyjnej na kształt reakcji prawnokarnej (w:) Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2016
- Bek Dominika, Sitarz Olga**, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku (w:) Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015
- Białecki Marcin**, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012
- Czarnecka-Działuk Beata**, *Perspektywy i bariery mediacji w opinii prokuratorów i sędziów (w:) Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2013
- Gerecka-Żołyńska Anna**, *Ochrona praw autorskich i praw pokrewnych w polskim procesie karnym*, Toruń 2002
- Jaworska-Wieloch Anna**, *O potrzebie zachowania spójności wokół nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (w:) Współczesne przekształcenia sankcji karnych – zagadnienia teorii, wykładni i praktyki stosowania*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Warszawa 2018
- Koper Radosław**, *Warunki umorzenia postępowania karnego w trybie art. 59a k.k.*, „Ius Novum” 2014/3
- Kosonoga Jacek**, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R. A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017
- Kosonoga Jacek**, *Komentarz do art. 23a (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R. A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017
- Kulesza Cezary**, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020
- Kulesza Cezary**, *Komentarz do art. 23a (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020
- Kurowski Michał**, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2023

- Lach Arkadiusz**, *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015/1–2
- Mazowiecka Lidia**, *Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2015/10
- Mazowiecka Lidia**, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r. (w:) Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2013
- Murzynowski Andrzej**, *Mediacja w toku postępowania przygotowawczego (w:) Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002
- Pilch Agnieszka**, *Umorzenie kompensacyjne w trybie art. 59a k.k. – wybrane zagadnienia*, „Palestra” 2015/7–8
- Sitarz Olga**, *O mediacji w ogólności (w:) Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, red. O. Sitarz, Warszawa 2015
- Sitarz Olga, Bek Dominika**, *A Realistic View of Mediation in Penal Matters – the Reasons for the Failure and Remedial Measures*, „Studia Prawnicze (PAN)” 2021/2
- Sitarz Olga, Bek Dominika**, *Uwagi do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2016/4
- Sitarz Olga, Jaworska-Wieloch Anna, Lorek Dominika, Sołtysiak-Błachnik Anna, Zawiejski Piotr**, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych, cz. 2, Opinie skazanych oraz sędziów i prokuratorów*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012/4
- Skorupka Jerzy**, *Komentarz do art. 17 (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2023, Legalis
- Steinborn Sławomir**, *Komentarz do art. 23a (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el. 2016
- Wójcik Dobrochna**, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa (w:) System prawa karnego, t. 1, Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010

Pojęcia kluczowe: *spadek, małoletni, odrzucenie spadku, zezwolenie sądu opiekuńczego, nowelizacja*

*Małgorzata Gemen*

## Odrzucenie spadku w imieniu małoletniego – aspekt transgraniczny a nowelizacja art. 101 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

### ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest problematyka związana z odrzuceniem spadku w imieniu małoletniego, mającego zwykle miejsce pobytu w Niemczech, w sytuacji gdy statut dziedziczenia regulowany jest przez polski porządek prawny. Analizie poddana została zarówno kwestia uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka, tj. materia statutu stosunków między rodzicami a dziećmi, a także procedura odrzucenia spadku, tj. materia statutu spadkowego.

### I. WSTĘP

Odrzucenie spadku w imieniu osoby małoletniej mieszkającej poza granicami Polski jest niezwykle złożonym problemem, o znacznej doniosłości dla praktyki. Kwestia zastosowania odpowiedniego źródła prawa, ustalenia jurysdykcji i prawa właściwego, rozdzielenia statutu spadkowego od statutu stosunków między rodzicami a dziećmi, a także procedura odrzucenia spadku, w tym zagadnienie uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zarząd majątkiem małoletniego, budzą wśród praktyków prawa wiele wątpliwości.

Przy uwzględnieniu coraz większej liczby tego rodzaju spraw, zawarte w niniejszym tekście rozważania stanowią próbę zmierzenia się z problematyką skutecznego odrzucenia spadku w imieniu małoletniego mającego zwykle miejsce pobytu za granicą – w Republice Federalnej Niemiec. Szczególna uwaga została poświęcona znowelizowanym ustawą z 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 1615) przepisom regulującym materię odrzucenia spadku w imieniu małoletniego.

## II. JURYSDYKCJA

O ile odrzucenie spadku dotyczy *stricte* materii dziedziczenia, o tyle uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka należy do spraw z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi. W konsekwencji uzyskanie zezwolenia na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka wpisuje się nie w ramy prawa spadkowego, lecz w ramy prawa rodzinnego. Tym samym kwestię jurysdykcji należy poddać analizie w świetle rozporządzenia Rady (UE) nr 2019/1111 z 25.06.2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę<sup>1</sup>, a nie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z 4.07.2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego<sup>2</sup>.

W zakresie prawa unijnego jurysdykcja krajowa w sprawach dotyczących stosunków między rodzicami a dziećmi uregulowana jest w rozporządzeniu nr 2019/1111. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b tego rozporządzenia, rozporządzenie stosuje się do spraw cywilnych odnoszących się m.in. do wykonywania odpowiedzialności rodzicielskiej, co w szczególności dotyczy środków ochrony dziecka odnoszących się do zarządzania, zachowania lub dysponowania majątkiem dziecka (art. 1 ust. 2 lit. e). Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 użyte w treści rozporządzenia określenie „odpowiedzialność rodzicielska” oznacza ogół praw i obowiązków, które zostały przyznane osobie fizycznej lub prawnej orzeczeniem, z mocy prawa lub poprzez prawnie wiążące porozumienie, dotyczących osoby lub majątku dziecka, w tym pieczę nad dzieckiem oraz prawo do osobistej styczności z dzieckiem. Terminowi „odpowiedzialność rodzicielska” odpowiada w prawie polskim termin „władza rodzicielska”.

Zgodnie z 19 i 20 motywem preambuły rozporządzenia nr 2019/1111, podstawy jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ukształtowane zostały w świetle najlepszych interesów dziecka, w szczególności na podstawie kryterium bliskości. Oznacza to, że jurysdykcję sprawuje w pierwszym rzędzie państwo członkowskie miejsca zwykłego pobytu dziecka, z wyjątkiem niektórych przypadków, na przykład gdy dochodzi do zmiany miejsca pobytu dziecka, lub w następstwie

1 Rozporządzenie Rady (UE) nr 2019/1111 z 25.06.2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (Dz.U.U.E.L. z 2019 r. nr 178 poz. 1, dalej jako: rozporządzenie nr 2019/1111).

2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z 4.07.2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz.U.U.E.L. z 2012 r. nr 201 poz. 107, dalej jako: rozporządzenie spadkowe).

porozumienia zawartego między podmiotami odpowiedzialności rodzicielskiej. Z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 2019/1111 wynika, że w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej jurysdykcję mają sądy państwa członkowskiego, w którym w chwili wniesienia pozwu lub wniosku dziecko ma zwykły pobyt.

Pojęcie zwykłego miejsca pobytu należy interpretować w ten sposób, że pobyt ten odpowiada miejscu, gdzie dziecko wykazuje pewną integrację ze środowiskiem społecznym i rodzinnym<sup>3</sup>. Zasada ta, będąca zasadą ogólną, ma zastosowanie z zastrzeżeniem art. 8 dotyczącego utrzymania jurysdykcji wynikającej z poprzedniego miejsca zwykłego pobytu dziecka – w przypadku zgodnego z prawem przeprowadzenia się do innego państwa członkowskiego i uzyskania nowego miejsca zwykłego pobytu.

Jeżeli nie można ustalić zwykłego pobytu dziecka ani nie można określić jurysdykcji na podstawie art. 10 rozporządzenia nr 2019/1111, jurysdykcję mają sądy państwa członkowskiego, w którym dziecko się znajduje (art. 11 ust. 1). Jeżeli żaden sąd państwa członkowskiego nie ma jurysdykcji zgodnie z art. 7–11 rozporządzenia nr 2019/1111, jurysdykcję określa się w każdym państwie członkowskim, według prawa obowiązującego w tym państwie. W interesie dziecka rozporządzenie zezwala, na zasadzie wyjątku i pod pewnymi warunkami, aby sąd właściwy przekazał sprawę sądowi innego państwa członkowskiego, jeżeli lokalizacja pozwala mu lepiej rozpatrzyć sprawę (motyw 26 preambuły ww. rozporządzenia).

Również Konwencja z 19.10.1996 r. o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci<sup>4</sup>, która zastąpiła z chwilą jej wejścia w życie Konwencję o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich z 5.10.1961 r.<sup>5</sup>, reguluje problematykę jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej. Warto podkreślić, że stosunek rozporządzenia nr 2019/1111 do Konwencji haskiej został określony w art. 95 rozporządzenia nr 2019/1111, z którego wynika, że rozporządzenie ma moc nadrzędną w relacji do Konwencji haskiej w stosunkach między państwami członkowskimi w sprawach objętych zakresem jego stosowania. W konsekwencji rozporządzenie ma moc nadrzędną w sprawie jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń. Konwencja haska ma natomiast zastosowanie w stosunkach między państwami członkowskimi w sprawach dotyczących prawa właściwego, ponieważ zakres ten nie został objęty zakresem rozporządzenia.

Wobec powyższego, jeżeli małoletni ma zwykle miejsce pobytu w Republice Federalnej Niemiec i nie zachodzą okoliczności regulujące jurysdykcję w sposób odmienny, zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 2019/1111 sądem właściwym

3 Wyrok TSWE z 2.04.2009 r. (sygn. akt C-523/07 A), ECLI:EU:C:2009:225.

4 Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19.10.1996 r. (Dz.U. z 2010 r. nr 172 poz. 1158), dalej jako: Konwencja haska.

5 Konwencja o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich z 5.10.1961 r. (Dz. U. z 1995 r. nr 106 poz. 519).

do orzekania w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej będzie sąd niemiecki.

### III. PRAWO WŁAŚCIWE

Zgodnie z art. 21 EGBGB<sup>6</sup> czynności prawne między rodzicami a dziećmi podlegają prawu państwa, w którym dziecko ma miejsce zwykłego pobytu. Przy założeniu, że dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w Niemczech, należy wziąć pod uwagę także postanowienia Konwencji haskiej z 1996 r., której Republika Federalna Niemiec jest stroną.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. c Konwencji haskiej ma ona na celu określenie prawa właściwego dla odpowiedzialności rodzicielskiej, pod której pojęciem rozumie się władzę rodzicielską lub wszelki inny podobny stosunek władzy, który określa prawa, uprawnienia i obowiązki rodziców, opiekunów lub innych przedstawicieli ustawowych w stosunku do osoby lub majątku dziecka (art. 1 ust. 2). Środki ochrony odnoszą się w szczególności do zarządzania, zabezpieczania lub dysponowania majątkiem dziecka (art. 3 lit. g).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 Konwencji haskiej przy wykonywaniu jurysdykcji przyznanej zgodnie z postanowieniami konwencji (rozdział II), organy umawiającego się państwa stosują przepisy własnego prawa. Należy zwrócić uwagę, że wykonywanie jurysdykcji opiera się na łączniku miejsca zwykłego pobytu (art. 5 ust. 1), co jest zbieżne z regulacją zawartą w rozporządzeniu nr 2019/1111.

Wobec powyższego, jeżeli małoletni ma zwykle miejsce pobytu w Niemczech, to uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka powinno być regulowane przez prawo niemieckie. Zgodnie z § 1643 ust. 1 zd. 1 BGB<sup>7</sup> odrzucenie spadku w imieniu małoletniego wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek, tj. sytuację, gdy małoletni zostaje powołany do spadku w następstwie odrzucenia spadku przez jednego z rodziców, który to nie był powołany obok małoletniego (§ 1643 ust. 3 zd. 1 BGB). Taka sytuacja znajduje najczęściej miejsce w praktyce.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na art. 15 ust. 2 Konwencji haskiej, zgodnie z którego brzmieniem, o ile ochrona osoby lub majątku dziecka tego wymaga, można wyjątkowo zastosować lub wziąć pod rozwagę prawo innego państwa, z którym dana sytuacja ma ścisły związek.

6 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – niemiecka ustawa wprowadzająca kodeks cywilny w wersji z 21.09.1994 r., BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061, zmienione 11.12.2023 r., BGBl. I S. 354 (dalej jako: EGBGB).

7 Bürgerliches Gesetzbuch – niemiecki kodeks cywilny w wersji z 2.01.2022 r., BGBl. I S. 42; 2909 2003 S. 783, zmienione 6.05.2024 r., BGBl. I S. 149 (dalej jako: BGB).



Zważając na ochronny cel Konwencji haskiej i ewentualną możliwość zastosowania w rozważanej sprawie prawa polskiego, należy pochylić się nad art. 101 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w jego brzmieniu sprzed i po nowelizacji wprowadzonej ustawą z 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 1615), która weszła w życie z dniem 15.11.2023 r.

Na gruncie polskiego porządku prawnego przyjęto, że odrzucenia spadku w imieniu małoletnich dzieci dokonują za nich przedstawiciele ustawowi. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 27.05.1998 r.<sup>8</sup> jest to czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka.

Według art. 101 § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – w brzmieniu sprzed nowelizacji – „Rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko”. Obowiązek uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na odrzucenie spadku przez małoletniego w oparciu o art. 101 § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zw. z art. 15 ust. 2 Konwencji haskiej budził w niemieckiej doktrynie wiele wątpliwości. Przeważająca część doktryny stała na stanowisku, że niemiecki sąd opiekuńczy powinien oddalić wniosek o udzielenie zezwolenia na odrzucenie spadku w imieniu małoletniego, jeżeli uzna, że dana czynność prawna nie wymaga zezwolenia. Pojedynczy przedstawiciele doktryny podnosili jednak, że w niektórych przypadkach wydanie zezwolenia, które nie jest wymagane przez niemieckie prawo materialne, jest zgodne z ochronnym celem konwencji i w szczególności dobrem dziecka<sup>9</sup>.

Przedmiotowe rozważania straciły na znaczeniu wobec nowelizacji art. 101 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>10</sup>. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu, tj. art. 101 § 4 krio: „Jeżeli dziecko jest powołane do dziedziczenia wskutek uprzedniego odrzucenia spadku przez rodzica, to czynność polegająca na odrzuceniu spadku w imieniu dziecka przez rodzica, któremu w tym zakresie przysługuje władza rodzicielska, gdy jest dokonywana za zgodą drugiego z rodziców, któremu również w tym zakresie przysługuje władza rodzicielska, albo gdy jest dokonywana wspólnie, nie wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego albo, w przypadkach wskazanych w art. 640<sup>1</sup> ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, sądu spadku – jeżeli spadek odrzucają inni zstępni rodziców tego dziecka. W braku porozumienia rodziców stosuje się przepis § 3”. Zgodnie zaś z treścią art. 101 § 3 krio: „Rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego albo, w przypadkach wskazanych w art. 640<sup>1</sup> ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 1550, 1429, 1606 i 1615), sądu spadku dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich

8 Wyrok Sądu Najwyższego z 27.05.1988 r. (sygn. akt I CKN 181/97), niepubl.

9 Wyrok OLG Hamm z 4.05.2020 r. (sygn. akt 12 Wf 66/20).

10 Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 25.02.1964 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 2809), dalej jako: krio.

czynności przez dziecko”. Konieczność uzyskania w każdej sytuacji zezwolenia sądu na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka została przez ustawodawcę polskiego, na wzór niemiecki, wyłączona.

Założeniem leżącym u podstaw przedmiotowego rozwiązania było swoiste domniemanie faktyczne, że spadek odrzucony przez rodzica powołanego do spadku jest najprawdopodobniej zadłużony i kwestia jego odrzucenia w imieniu dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską tego rodzica nie musi być poddawana ocenie sądu.

Zgodnie z treścią uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw należy wskazać, że „konieczność uzyskania zezwolenia sądu nadal jest wymagana w sytuacjach, w których dziecko będzie powołane do spadku «obok» rodzica (a więc dziecko nie będzie dochodziło do dziedziczenia na skutek uprzedniego odrzucenia spadku przez któregokolwiek z jego rodziców). Taką sytuację można identyfikować jako rodzącą potencjalnie konflikt interesów między osobą małoletnią a reprezentującymi ją rodzicami, a w konsekwencji składane przez rodziców oświadczenie musi być poddane kontroli sądu. Podobnie należy odnieść się do sytuacji, w której dziecko będzie dochodzić do dziedziczenia obok innych zstępnych rodziców, którzy spadek przyjmują, lub na skutek częściowego odrzucenia spadku przez jego rodzica (por. art. 1014 § 1 i 2 k.c.). Może mieć to miejsce przykładowo wówczas, gdy powołany do dziedziczenia testamentowego rodzic odrzuci udział spadkowy przypadający mu z tytułu przyrostu i do dziedziczenia tej części spadku dojdzie jego dziecko (por. art. 1014 § 2 k.c.). W takim przypadku dziecko dojdzie co prawda do dziedziczenia na skutek uprzedniego odrzucenia udziału w spadku przez rodzica, jednak jednocześnie będzie dziedziczyło «obok» niego.

Decydującym momentem dla ustalenia, czy danemu rodzicowi przysługuje władza rodzicielska nad dzieckiem, w imieniu którego miałby odrzucić spadek, jest moment złożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku. W celu prawidłowego zabezpieczenia interesów dziecka zezwolenie sądu na odrzucenie spadku przez rodziców w imieniu dziecka nie będzie wymagane w przypadku, gdy będzie dokonywane za zgodą drugiego z rodziców albo wspólnie. W przypadku braku porozumienia rodziców będzie wymagane zezwolenie sądu opiekuńczego albo sądu spadku, w przypadkach wskazanych w przepisach szczególnych. Te nowe rozwiązania promują zgodną postawę rodziców w zakresie zarządu majątkiem dziecka. Jeżeli władza rodzicielska przysługuje wyłącznie jednemu z rodziców (czy to wobec pozbawienia drugiego rodzica tej władzy, czy też wobec śmierci drugiego z rodziców), należy uznać, że odrzucenie spadku przez rodzica, który sprawuje wyłączną władzę nad dzieckiem, nie będzie wymagało zezwolenia sądu rodzinnego<sup>11</sup>.

11 Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2977 z 20.01.2023 r., <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatposiedzeniatematy/5539/drukisejmowe/2977.pdf>

Przyjmując, że najczęściej spotykanym w praktyce stanem faktycznym jest powołanie małoletniego do dziedziczenia na skutek odrzucenia spadku przez jego wstępnego, można uznać, że z uwagi na wyjątek, o którym mowa w art. § 1643 ust. 2 zd. 2 BGB, zezwolenie sądu opiekuńczego nie jest potrzebne. Taka ocena, poparta przeważającym stanowiskiem doktryny niemieckiej, jest słuszna i uzasadniona literalną wykładnią przepisu<sup>12</sup>.

Do momentu nowelizacji art. 101 krio polskie organy w sprawach transgranicznych często kwestionowały brak uzyskania zezwolenia sądu, argumentując powyższe niewystarczającą ochroną praw dziecka. Podstawą prawną zajętego stanowiska był art. 15 ust. 2 Konwencji haskiej, który stanowił furtkę do zastosowania art. 101 § 3 polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Dzięki najnowszej nowelizacji art. 101 krio należy przyjąć, że zastosowanie rozwiązania na wzór niemiecki przyczyni się do likwidacji wszelkich wątpliwości w tym zakresie.

#### IV. ODRZUCENIE SPADKU

Zarówno rozporządzenie nr 2019/1111 (art. 1 ust. 4 lit. f), jak i Konwencja haska (art. 4 lit. f) nie regulują statutu spadkowego. W tym zakresie należy odnieść się do regulacji zawartych w rozporządzeniu spadkowym. Zgodnie z monitem 32 preambuły tego rozporządzenia, aby ułatwić życie spadkobiercom mającym miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim innym niż to, w którym dana sprawa spadkowa jest lub będzie rozpatrywana, niniejsze rozporządzenie powinno umożliwić każdej osobie – uprawnionej na mocy prawa właściwego dla dziedziczenia do złożenia oświadczeń dotyczących przyjęcia lub odrzucenia spadku – złożenie takich oświadczeń w formie przewidzianej prawem państwa członkowskiego zwykłego pobytu tej osoby przed sądami tego państwa członkowskiego. Nie powinno to uniemożliwiać składania takich oświadczeń również przed innymi organami, które są właściwe do przyjmowania oświadczeń na mocy prawa krajowego.

W świetle art. 13 rozporządzenia spadkowego oprócz sądu mającego jurysdykcję do orzekania w danej sprawie spadkowej, sądy w państwie członkowskim zwykłego pobytu każdej osoby, która na mocy prawa właściwego dla dziedziczenia może złożyć przed sądem m.in. oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, mają jurysdykcję do przyjęcia takich oświadczeń, w przypadkach gdy na mocy prawa tego państwa członkowskiego takie oświadczenia mogą być złożone przed sądem. Przesłanką zastosowania art. 13 rozporządzenia spadkowego jest to, aby możliwość złożenia danego oświadczenia w sprawie spadkowej przed sądem przewidziana była nie tylko w prawie właściwym dla dziedziczenia zgodnie z rozporządzeniem (w prawie

12 Wyrok OLG Koblenz z 19.03.2018 r. (sygn. akt. 9 Wf 607/17).

stanowiącym statut spadkowy), ale także w prawie tego państwa członkowskiego, w którym osoba składająca oświadczenie ma miejsce zwykłego pobytu i przed którego sądem oświadczenie ma być złożone<sup>13</sup>. O ile w art. 13 rozporządzenia spadkowego mowa jest o sędzie mającym jurysdykcję do orzekania w danej sprawie, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby oświadczenie spadkowe zostało złożone przed organem innym niż sąd (np. notariuszem), o ile organ ten na mocy przepisów krajowych państwa członkowskiego posiada kompetencję do przyjmowania oświadczeń spadkowych.

Z relacją art. 13 rozporządzenia spadkowego koresponduje art. 28 dotyczący ważności pod względem formy oświadczenia o przyjęciu albo odrzuceniu spadku, zapisu lub udziału obowiązkowego lub oświadczenia zmierzającego do ograniczenia odpowiedzialności osoby składającej to oświadczenie. Oświadczenie jest więc ważne pod względem formy, jeżeli odpowiada wymaganiom prawa właściwego dla dziedziczenia zgodnie z art. 21 lub 22 rozporządzenia spadkowego lub prawa państwa, w którym osoba składająca oświadczenie ma miejsce zwykłego pobytu.

Przenosząc powyższe na kanwę problematyki odrzucenia spadku w imieniu małoletniego, należy podkreślić, iż zgodnie z art. 13 rozporządzenia spadkowego sądy (w tym m.in. notariusze) w państwie członkowskim zwykłego miejsca pobytu małoletniego mają jurysdykcję do przyjęcia oświadczenia o odrzuceniu spadku. Warto podkreślić, iż przy ustalaniu jurysdykcji organu właściwego do odbioru oświadczeń liczy się miejsce zwykłego pobytu małoletniego, a nie jego przedstawiciela. Zgodnie z § 31 zd. 1 niemieckiej międzynarodowej ustawy o postępowaniu w sprawach spadkowych<sup>14</sup> sąd, w którego okręgu składający oświadczenie ma miejsce zwykłego pobytu, jest właściwy miejscowo do przyjęcia oświadczenia. Właściwym rzeczowo jest z kolei sąd rejonowy jako sąd spadku (§ 23a ust. 1 zd. 1 nr 2, ust. 2 nr 2 niemieckiej ustawy o ustroju sądów powszechnych<sup>15</sup> w zw. z § 342 ust. 1 nr 5 niemieckiej ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych<sup>16</sup>), a mianowicie urzędnik wymiaru sprawiedliwości (§ 3 nr 2 lit. c niemieckiej ustawy o urzędnikach wymiaru sprawiedliwości bez uprawnień sędziowskich)<sup>17</sup>.

Forma oświadczenia jest w zasadzie określona przez prawo właściwe dla dziedziczenia. Jednakże art. 28 lit. b rozporządzenia spadkowego uzupełnia art. 13 rozporządzenia, stanowiąc, że oświadczenie o odrzuceniu spadku może być również złożone w formie prawa państwa, w którym osoba składająca takie oświadczenie ma miejsce zwykłego pobytu. Oznacza to, że składający oświadczenie w Niemczech może złożyć

13 *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Lex 2015.

14 *Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz* z 29.06.2015 r., BGBl. I S. 1042.

15 *Gerichtsverfassungsgesetz* z 9.05.1975 r., BGBl. I S. 1077.

16 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* z 17.12.2008 r., BGBl. I S. 2586, 2587, zmienione art. 2 tej ustawy z 12.02.2021 r., BGBl. I S. 226.

17 *Rechtspflegergesetz* z 14.04.2013 r., BGBl. I S. 778, 2014 I S. 46, zmienione art. 3 tej ustawy z 19.03.2020 r., BGBl. I S. 541.

takie oświadczenie przed sądem niemieckim w formie pisemnej lub w formie poświadczonej urzędowo. Można również udać się do sądu spadku osobiście, a oświadczenie o odrzuceniu spadku zostanie spisane przez referendarza.

W tym miejscu warto postawić pytanie o to, czy oświadczenie o odrzuceniu spadku złożone przez spadkobiercę w sądzie państwa członkowskiego właściwym dla jego miejsca zwykłego pobytu, zgodnie z mającymi tam zastosowanie wymogami formalnymi, zastępuje oświadczenie o odrzuceniu spadku, które należy złożyć w sądzie spadku, w taki sposób, że uznaje się je za skutecznie złożone w chwili złożenia tego (pierwszego) oświadczenia. A jeśli tak, to czy dla skuteczności oświadczenia o odrzuceniu spadku, w szczególności dla dochowania terminów na złożenie tego oświadczenia, konieczne jest, aby oświadczenie do sądu spadku było sporządzane w języku obowiązującym w miejscu, gdzie ten sąd się znajduje?

Z powyższymi pytaniami Hanseatisches Oberlandesgericht w Bremen zwrócił się w dniu 11.11.2020 r. do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (sprawa C-617/20)<sup>18</sup>. Zgodnie z sentencją wyroku TSUE z 2.06.2022 r. „Artykuły 13 i 28 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego należy interpretować w ten sposób, że oświadczenie o odrzuceniu spadku złożone przez spadkobiercę przed sądem państwa członkowskiego jego miejsca zwykłego pobytu uważa się za ważne pod względem formy, jeżeli spełnione zostały wymogi co do formy mające zastosowanie przed tym sądem, bez konieczności spełniania przez owo oświadczenie – dla celów jego ważności – wymogów co do formy ustanowionych w prawie właściwym dla dziedziczenia”<sup>19</sup>.

## V. PODSUMOWANIE

Zawarte w niniejszym tekście rozważania stanowią próbę zmierzenia się z wątpliwościami, które powstają wokół skutecznego odrzucenia spadku w imieniu małoletniego mającego swoje zwykłe miejsce pobytu w Niemczech, w sytuacji gdy statut dziedziczenia regulowany jest na gruncie polskiego porządku prawnego. Analizie poddana została zarówno kwestia uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka, tj. materia statutu stosunków między rodzicami a dziećmi, a także procedura odrzucenia spadku,

18 Sprawa C-617/20: wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hanseatisches Oberlandesgericht (Niemcy) w dniu 20.11.2020 r. – T.N., N.N. / E.G.

19 Wyrok TSUE z 2.06.2022 r. (sygn. akt C-617/20).

tj. materia statutu spadkowego. Rozważania w szczególności dotyczyły analizy źródła prawa, kwestii jurysdykcji oraz ustalenia prawa właściwego.

Szczególna uwaga została zwrócona na problematykę uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na odrzucenie spadku w imieniu małoletniego. Z przywołanych w tekście przepisów wynika, że materia stosunków między rodzicami a dziećmi regulowana jest przez prawo niemieckie, zgodnie z którym przedmiotowe zezwolenie sądu nie jest konieczne. Uważam, że taka literalna wykładnia przepisu jest prawidłowa.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że stosowanie przed nowelizacją w sprawach transgranicznych art. 101 krio w zw. z art. 15 ust. 2 Konwencji haskiej było bezzasadne. W mojej ocenie art. 15 ust. 2 Konwencji haskiej powinien znaleźć zastosowanie, o ile ochrona majątku dziecka tego wymaga. W sytuacji odrzucenia spadku, który uprzednio został odrzucony przez wstępnego małoletniego z uwagi na zadłużenie masy spadkowej, brak jest podstaw do uznania, że majątek dziecka wymaga ochrony, a przez to zastosowania lub rozważenia zastosowania przepisów prawa polskiego.

Wskutek nowelizacji art. 101 krio dalsze rozważania w zakresie konieczności uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka w klasycznej, polsko-niemieckiej, sprawie transgranicznej (art. 103 § 4 krio oraz § 1643 ust. 1 zd. 1 BGB) stały się zbędne. To, jak w praktyce będą w przyszłości rozwiązywane transgraniczne sprawy spadkowe z udziałem osób małoletnich, zweryfikuje czas.

### **adw. Małgorzata Gemen**

*Kancelaria Adwokacka Adwokat Małgorzata Gemen. Członek Szczecińskiej Izby Adwokackiej, członek Komisji ds. Zagranicznych przy NRA, członek Niemiecko-Polskiego Stowarzyszenia Prawników (DPJV), członek Niemieckiego Zrzeszenia Adwokatów (Deutscher Anwaltsverein), członek Niemieckiego Zrzeszenia Adwokatów w Polsce (DAV Polska)*

*Member of the Szczecin Bar Association, member of the Foreign Affairs Committee of the Polish Bar Council, member of the German-Polish Bar Association (DPJV), member of the German Bar Association (Deutscher Anwaltsverein), member of the German Bar Association in Poland (DAV Polska)*

**ABSTRACT**

**Keywords:** *inheritance, minor persons, repudiation of inheritance, consent of the family court, amendment*

## **Repudiation of an inheritance on behalf of a minor: cross-border aspect and amendment to Article 101 of the Polish Family and Guardianship Code**

The article discusses issues related to the repudiation of an inheritance on behalf of minor persons with permanent residence in Germany, in a situation where the rules of inheritance are regulated by the Polish legal order. The analysis focuses on the issue of obtaining permission from the family court to carry out an act that exceeds the scope of ordinary administration of the child's property, i.e. a matter of the law on parent-child relations, as well as the procedure of inheritance repudiation, i.e. a matter of inheritance law.

### **Bibliografia**

*Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Lex 2015.

**Pojęcia kluczowe:** rozwiązanie umowy o pracę; trwałość stosunku pracy; czynna służba wojskowa; przywrócenie do pracy; wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy; wypowiedzenie; zwolnienie dyscyplinarne

*Jarosław Marciniak*

## Ochrona trwałości stosunku pracy osób odbywających czynną służbę wojskową

### ABSTRAKT

Jednym z roszczeń przysługujących pracownikowi w razie przywrócenia go do pracy wyrokiem sądu pracy jest prawo dochodzenia wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy. Zakres tego roszczenia uzależniony jest m.in. od tego, czy przywrócony do pracy pracownik korzysta z ustawowej ochrony przed rozwiązaniem, następnie restytuowanego, stosunku pracy. Jeżeli pracownik nie należy do kategorii osób chronionych, może domagać się wynagrodzenia za okres maksymalnie trzech miesięcy, jeżeli natomiast jest tzw. pracownikiem chronionym, może liczyć na wynagrodzenie za cały czas pozostawania bez pracy, co w praktyce zwykle obejmuje okresy dłuższe niżli trzy miesiące. W artykule zostały przedstawione rozważania na temat ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy pracowników odbywających czynną służbę wojskową. Poruszone zostały zagadnienia związane z prawną dopuszczalnością poszczególnych form rozwiązania umowy o pracę. Przedstawiono nasuwające się wątpliwości interpretacyjne, za jaki okres pozostawania bez pracy pracownik może domagać się wynagrodzenia, oraz wskazano propozycje zmian legislacyjnych.

Stosunek pracy jako rodzaj stosunku prawnego charakteryzuje się szczególną treścią wyrażającą się w charakterystycznych dla jego stron obowiązkach i uprawnieniach. Definicja legalna stosunku pracy zawarta została w art. 22 § 1 Kodeksu pracy<sup>1</sup>, zgodnie z którym „przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem”. Pochodną obowiązku zatrudniania pracownika jest m.in. zakaz dowolnego i nieuzasadnionego rozwiązania umowy

---

<sup>1</sup> Ustawa z 26.06.1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320), dalej: k.p.



o pracę. Wyrazem tego zakazu jest m.in. zasada trwałości stosunku pracy. Jej istotą jest prawne ograniczenie swobody pracodawcy w zakresie rozwiązania stosunku pracy, w szczególności niezwłocznego zakończenia umowy o pracę. Uzasadnieniem dla wprowadzenia ochrony trwałości stosunku pracy są różnorakie wartości, z których jako ważniejsza jawi się zabezpieczenie pracownika, jako słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy, przed nagłą utratą źródła dochodu. Z tego powodu ustawodawca w przepisach prawa pracy zawarł system gwarancji mających na celu zabezpieczenie określonych grup pracowników przed bezprawnymi działaniami pracodawcy zmierzającymi do naruszenia trwałości stosunku pracy<sup>2</sup>.

Jedną z grup pracowników chronionych przed rozwiązaniem stosunku pracy są pracownicy świadczący osobiste usługi na rzecz ojczyzny, w ramach odbywania czynnej służby wojskowej.

Formy, w jakich obywatele odbywać mogą czynną służbę wojskową, uregulowane zostały w ustawie z 11.03.2022 r. o obronie Ojczyzny<sup>3</sup> (zwanej dalej ustawą).

W art. 130 ust. 1 ustawy wskazano, że czynna służba wojskowa polega na pełnieniu:

1. zasadniczej służby wojskowej;
2. terytorialnej służby wojskowej;
3. służby w aktywnej rezerwie w dniach tej służby oraz odbywaniu ćwiczeń wojskowych w ramach pasywnej rezerwy;
4. zawodowej służby wojskowej;
5. służby w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny.

Pracownik pełniący czynną służbę wojskową jako zasadniczą oraz terytorialną korzysta z ustawowych gwarancji ograniczających swobodę pracodawcy co do rozwiązania z nim stosunku pracy. Gwarancje takie zawarte zostały w art. 303 ustawy, który brzmi:

„1. Stosunek pracy z osobą powołaną do pełnienia zasadniczej służby wojskowej albo terytorialnej służby wojskowej może być rozwiązany tylko za zgodą pracownika.

2 Z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy korzystają m.in. diagnostki laboratoryjni pełniący funkcję z wyboru w organach samorządu; członkowie rady spółdzielni; farmaceuci pełniący funkcję z wyboru w organach izb aptekarskich; lekarze weterynarii pełniący funkcję z wyboru w organach izb lekarsko-weterynaryjnych; pracownicy komercjalizowanych spółek, będący członkami ich rad nadzorczych; wskazani uchwałą zarządu związku zawodowego członkowie jego zarządu lub inne osoby wykonujące pracę zarobkową będące członkami danej zakładowej organizacji związkowej, upoważnione do reprezentowania tej organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy; lekarze pełniący funkcję z wyboru w organach izb lekarskich; pracownicy pełniący funkcję społecznego inspektora pracy; kobiety w ciąży; pracownicy w wieku przedemerytalnym; pracownicy odbywający czynną służbę wojskową i ich żony; inwalidzi wojenni i wojskowi; kombatanci i osoby represjonowane; członkowie rad pracowniczych przedsiębiorstw państwowych; posłowie; senatorowie.

3 T.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 248.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do umów o pracę zawartych na okres próbny lub na czas określony nie dłuższy niż 12 miesięcy, a także jeżeli pracodawca może rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika oraz w przypadku ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy.

3. Jeżeli okres dokonanego przez pracodawcę lub przez pracownika wypowiedzenia stosunku pracy upływa po dniu powołania pracownika do służby, o której mowa w ust. 1, wypowiedzenie staje się bezskuteczne. W tym przypadku rozwiązanie stosunku pracy może nastąpić tylko na żądanie pracownika”.

Na tle powyższej regulacji nasuwają się wątpliwości interpretacyjne, dotyczące m.in. następujących zagadnień:

1. możliwości wypowiedzenia przez pracodawcę stosunku pracy, w tym wypowiedzenia zmieniającego warunki pracy lub płacy,
2. możliwości rozwiązania przez pracodawcę stosunku pracy bez wypowiedzenia bez winy pracownika oraz rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika,
3. zakresu roszczeń pracownika przywróconego do pracy w następstwie odwołania od wypowiedzenia lub niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę, w szczególności roszczenia o wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy.

## **I. OCHRONA TRWAŁOŚCI STOSUNKU PRACY PRACOWNIKÓW ODBYWAJĄCYCH CZYNNĄ SŁUŻBĘ WOJSKOWĄ**

Zakres ochrony stosunku pracy pracownika odbywającego czynną służbę wojskową opisany został w art. 303 ust. 1 ustawy. Ustawodawca wskazał, iż stosunek pracy z osobą powołaną do pełnienia zasadniczej służby wojskowej albo terytorialnej służby wojskowej może być rozwiązany tylko za zgodą pracownika.

Z treści tej regulacji wynika zakaz rozwiązania przez pracodawcę stosunku pracy zarówno poprzez oświadczenie o jego wypowiedzeniu, jak i zakaz rozwiązania niezwłocznego, tj. bez wypowiedzenia.

W art. 303 ust. 2 ustawy ustawodawca przewidział jednocześnie wyjątki od zakazu wypowiedzenia i rozwiązania umowy o pracę. Artykuł 303 ust. 2 ustawy brzmi następująco: „Przepisu ust. 1 nie stosuje się do umów o pracę zawartych na okres próbny lub na czas określony nie dłuższy niż 12 miesięcy, a także jeżeli pracodawca może rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika oraz w przypadku ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy”.

Nie budzi zatem wątpliwości, iż pracodawca nie może rozwiązać stosunku pracy za wypowiedzeniem za wyjątkiem sytuacji, kiedy ogłasza upadłość lub likwidację zakładu pracy. W innych przypadkach wypowiedzenie definitywne jest niedopuszczalne.

W kontekście ochrony trwałości stosunku pracy celowa jest odpowiedź na pytanie, czy pracodawca może dokonać wypowiedzenia zmieniającego umowę o pracę z pracownikiem odbywającym czynną służbę wojskową.

Jakkolwiek w art. 303 ustawy brak jest odniesienia do tej formy zmiany warunków umowy, to wydaje się, że należy traktować to jako omyłkę natury technicznej, a nie celowy zabieg ustawodawcy. Innymi słowy należy przyjąć, iż zakaz dotyczący wypowiedzenia umowy obejmuje swoim zakresem także wypowiedzenie zmieniające.

Wyjątkiem w zakresie zakazu wypowiedzenia zmieniającego umowy o pracę pracownika odbywającego czynną służbę wojskową jest regulacja szczególna zawarta w ustawie z 13.03.2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników<sup>4</sup>. Stosownie do art. 5 ust. 5 pkt 6 tej ustawy w okresie objęcia szczególną ochroną przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem stosunku pracy pracodawca może wypowiedzieć dotychczasowe warunki pracy i płacy pracownikowi powołanemu do odbycia czynnej służby wojskowej, służby zastępczej, zasadniczej służby wojskowej albo przeszkolenia wojskowego. Jeżeli takie wypowiedzenie warunków pracy i płacy spowoduje obniżenie wynagrodzenia, pracownikowi takiemu przysługuje, do końca okresu powołania do czynnej służby wojskowej, dodatek wyrównawczy obliczony według zasad wynikających z Kodeksu pracy.

W pozostałych wypadkach, poza określonym w art. 303 ust. 2 ustawy przypadkiem ogłoszenia upadłości lub likwidacji zakładu pracy, wypowiedzenie zmieniające stosunku pracy pracownika odbywającego czynną służbę wojskową objęte jest bezwzględnym zakazem.

Odpowiedzi wymaga pytanie, czy ochrona stosunku pracy pracownika odbywającego czynną służbę wojskową obejmuje także inne niżli wypowiedzenie sposoby rozwiązania umowy o pracę. Takimi innymi formami rozwiązania umowy są w szczególności rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia, tj. w trybie natychmiastowym

4 Tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1969.

z winy pracownika (art. 52 k.p.<sup>5</sup>) oraz rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia bez winy pracownika (art. 53 k.p.<sup>6</sup>).

Odpowiedź na pytanie, czy pracownik odbywający czynną służbę wojskową objęty jest ochroną przed rozwiązaniem stosunku pracy, zawierają art. 303 ust. 1 w powiązaniu z art. 303 ust. 3 ustawy. Stosownie do treści tych przepisów, stosunek pracy z osobą powołaną do pełnienia zasadniczej służby wojskowej albo terytorialnej służby wojskowej może być rozwiązany tylko za zgodą pracownika. Jeżeli okres dokonanego przez pracodawcę lub przez pracownika wypowiedzenia stosunku pracy upływa po dniu powołania pracownika do służby, o której mowa w ust. 1, wypowiedzenie staje się bezskuteczne. W tym przypadku rozwiązanie stosunku pracy może nastąpić tylko na żądanie pracownika. Wydaje się, że redakcja przepisu art. 303 ust. 1 ustawy jest jasna, stanowiąc, iż stosunek pracy z osobą powołaną do pełnienia zasadniczej służby wojskowej albo terytorialnej służby wojskowej może być rozwiązany tylko za zgodą pracownika. Wykładnia językowa zwrotu „rozwiązany” nie pozostawia wątpliwości, iż obejmuje ona następujące formy rozwiązania umowy:

---

5 Art. 52 § 1. Pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie:

- 1) ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych;
- 2) popełnienia przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem;
- 3) zawinionej przez pracownika utraty uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku.

§ 2. Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika nie może nastąpić po upływie 1 miesiąca od uzyskania przez pracodawcę wiadomości o okoliczności uzasadniającej rozwiązanie umowy.

§ 3. Pracodawca podejmuje decyzję w sprawie rozwiązania umowy po zasięgnięciu opinii reprezentującej pracownika zakładowej organizacji związkowej, którą zawiadamia o przyczynie uzasadniającej rozwiązanie umowy. W razie zastrzeżeń co do zasadności rozwiązania umowy zakładowa organizacja związkowa wyraża swoją opinię niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 3 dni.

§ 4. (uchylony).

6 Art. 53 § 1. Pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia:

- 1) jeżeli niezdolność pracownika do pracy wskutek choroby trwa:
  - a) dłużej niż 3 miesiące – gdy pracownik był zatrudniony u danego pracodawcy krócej niż 6 miesięcy,
  - b) dłużej niż łączny okres pobierania z tego tytułu wynagrodzenia i zasiłku oraz pobierania świadczenia rehabilitacyjnego przez pierwsze 3 miesiące – gdy pracownik był zatrudniony u danego pracodawcy co najmniej 6 miesięcy lub jeżeli niezdolność do pracy została spowodowana wypadkiem przy pracy albo chorobą zawodową;
- 2) w razie usprawiedliwionej nieobecności pracownika w pracy z innych przyczyn niż wymienione w pkt 1, trwającej dłużej niż 1 miesiąc.

§ 2. Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia nie może nastąpić w razie nieobecności pracownika w pracy z powodu sprawowania opieki nad dzieckiem – w okresie pobierania z tego tytułu zasiłku, a w przypadku odosobnienia pracownika ze względu na chorobę zakaźną – w okresie pobierania z tego tytułu wynagrodzenia i zasiłku.

§ 3. Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia nie może nastąpić po stawieniu się pracownika do pracy w związku z ustaniem przyczyny nieobecności.

§ 4. Przepisy art. 36 § 1<sup>1</sup> i art. 52 § 3 stosuje się odpowiednio.

§ 5. Pracodawca powinien w miarę możliwości ponownie zatrudnić pracownika, który w okresie 6 miesięcy od rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia, z przyczyn wymienionych w § 1 i 2, zgłosi swój powrót do pracy niezwłocznie po ustaniu tych przyczyn.

- rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem,
- rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia z winy pracownika – art. 52 k.p.
- rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia bez winy pracownika – art. 53 k.p.

Podobną interpretację zakresu pojęcia „rozwiązany” przyjął Sąd Najwyższy w jednej z uchwał wydanej na gruncie ochrony stosunku pracy pracownika wybranego do rady pracowniczej przedsiębiorstwa państwowego, z którym rozwiązano umowę o pracę bez wypowiedzenia. W uchwale tej Sąd Najwyższy, dokonując interpretacji zwrotu „nie może rozwiązać stosunku pracy”, wskazał, iż ustawodawca miał na względzie każde rozwiązanie umowy o pracę, a więc zarówno to, które poprzedza wypowiedzenie, jak również to, które następuje bez uprzedniego okresu wypowiedzenia<sup>7</sup>.

Należy przyjąć, iż pracodawcę obejmuje zasadniczy zakaz rozwiązania umowy o pracę w pracownikiem odbywającym czynną służbę wojskową bez uprzedniego wypowiedzenia zarówno z winy, jak i bez winy pracownika.

Wskazać w tym miejscu należy, iż nie przekonuje interpretacja zwrotu „rozwiązany” przyjęta przez Sąd Najwyższy w stanie faktycznym dotyczącym zakazu rozwiązania stosunku pracy z członkiem rady pracowniczej przedsiębiorstwa państwowego, polegająca na rozumieniu rozwiązania umowy jako skutku wcześniej złożonego wypowiedzenia umowy<sup>8</sup>. Sąd Najwyższy przyjął w tym judykacie, iż „rozwiązanie stosunku pracy”, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z 25.09.1981 r. o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego<sup>9</sup>, nie obejmuje rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia, lecz oznacza sytuację, w której w wyniku wypowiedzenia dokonanego przed wyborem pracownika do rady pracowniczej miałyby dojść do rozwiązania stosunku pracy w okresie, gdy pracownik jest już członkiem rady. Wynikiem takiej interpretacji jest nieuzasadnione zawężenie ochrony stosunku pracy wyłącznie do sytuacji, kiedy następuje jego wypowiedzenie, co kłóci się z zakresem językowym brzmienia przepisu, jak i z celem ustawodawcy, jakim była szeroka ochrona stosunku pracy członków rad pracowniczych.

Słusznie podnoszono w literaturze, iż zawężenie ochrony stosunku pracy jedynie do jego wypowiedzenia nie uwzględnia następujących argumentów:

1. sformułowanie „nie może wypowiedzieć ani rozwiązać stosunku pracy” występuje również w innych przepisach dotyczących ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy, jak np. w art. 177 § 1 k.p.; w art. 13 ustawy z 24.06.1983 r. o społecznej inspekcji pracy (Dz.U. nr 35 poz. 163 ze zm.)

7 Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 23.01.1984 r. (III PZP 61/83), OSNC 1984/8, poz. 134, LEX nr 12813.

8 Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 13.04.1994 r. (I PZP 16/94), OSNP 1994/5, poz. 78, LEX nr 11817.

9 Art. 6 ust 1. Przedsiębiorstwo państwowe nie może bez zgody rady pracowniczej przedsiębiorstwa wypowiedzieć ani rozwiązać stosunku pracy z członkiem rady pracowniczej w czasie trwania kadencji tej rady oraz w ciągu jednego roku po jej upływie. Przedsiębiorstwo nie może też bez zgody rady pracowniczej przedsiębiorstwa zmienić w tym czasie członkowi rady warunków pracy i płacy na jego niekorzyść.  
2. Postanowienia, o których mowa w ust. 1, nie naruszają przepisów o rozwiązywaniu stosunku pracy bez wypowiedzenia.

i na tle tych przepisów nie ma wątpliwości, że odnosi się ona do każdego rozwiązania stosunku pracy, także bez wypowiedzenia,

2. wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy może prowadzić do nieuzasadnionego korzystania przez pracodawców z możliwości rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z pracownikami, których dotyczy omawiany przepis<sup>10</sup>.

Reasumując, należy stwierdzić, że wobec jasnego znaczeniowo brzmienia art. 303 ust. 1 ustawy, zasadniczo pracodawca nie może rozwiązać umowy o pracę z pracownikiem odbywającym czynną służbę wojskową bez wypowiedzenia w czasie odbywania tej służby, oczywiście jeżeli pracownik nie zgodzi się na takie rozwiązanie. Wyjątki polegające na możliwości rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia zamieszczone zostały w art. 303 ust. 2 ustawy<sup>11</sup>.

Powyższe wyłączenie stosowania przepisu art. 303 ust. 1, prowadzące do uchYLENIA zakazu rozwiązania umowy o pracę, nastąpi w trzech sytuacjach:

- a. w przypadku rozwiązania umów o pracę zawartych na okres próbny lub na czas określony nie dłuższy niż 12 miesięcy,
- b. w razie rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika, w sytuacji kiedy pracodawca może rozwiązać umowę w tym trybie oraz
- c. zarówno w razie wypowiedzenia, jak i rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia bez winy pracownika, w sytuacji ogłoszenia upadłości lub likwidacji zakładu pracy. Jeżeli nie następuje ogłoszenie upadłości lub likwidacja zakładu pracy, to pracodawca nie może więc rozwiązać umowy o pracę bez wypowiedzenia bez winy pracownika.

Nie budzi wątpliwości, iż wyłączenie ochrony przed niezwłocznym rozwiązaniem stosunku pracy z winy pracownika nastąpi w sytuacji, kiedy pracodawca może rozwiązać umowę w tym trybie.

Pojawia się pytanie o zakres znaczeniowy użytego w tym przepisie zwrotu „pracodawca może rozwiązać umowę”. Odpowiedź na to pytanie pozwoli na ustalenie, czy przełamanie zakazu rozwiązania umowy następuje w każdym przypadku skorzystania przez pracodawcę z niezwłocznego rozwiązania umowy z winy pracownika, czy też tylko wtedy, kiedy pracodawca zasadnie i zgodnie z prawem rozwiąże umowę o pracę w tym trybie. Jeżeli bowiem pracodawca, korzystając z takiej możliwości, np. celowo nadużyje zwolnienia dyscyplinarnego w celu obejścia zakazu rozwiązania umowy zawartego w art. 303 ust. 1 ustawy, to czy można zasadnie twierdzić, że pracownik

---

10 K. Rączka, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 1986 r., III PZP 22/86, „Państwo i Prawo” 1988/1, s. 138–142.*

11 Art. 303 ust. 2 ustawy brzmi następująco: „Przepisu ust. 1 nie stosuje się do umów o pracę zawartych na okres próbny lub na czas określony nie dłuższy niż 12 miesięcy, a także jeżeli pracodawca może rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika oraz w przypadku ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy”.

wskutek takiego bezprawnego działania pracodawcy przestaje być chroniony przed rozwiązaniem umowy?

Od odpowiedzi na powyższe pytanie zależał będzie zakres roszczeń przysługujących pracownikowi, z którym pracodawca nielegalnie lub bezzasadnie rozwiąże umowę o pracę, w szczególności roszczenie o wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy określone w art. 57 § 2 k.p.

Wydaje się, iż przełamanie zakazu rozwiązania umowy przez pracodawcę, który korzysta z dyscyplinarnego sposobu jej rozwiązania, uzależnione być powinno od wyniku oceny decyzji pracodawcy dokonywanej przez sąd pod kątem jej zasadności i legalności. W przypadku bezzasadności lub nielegalności decyzji pracodawcy, pracownik winien korzystać z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy.

Argumentem przemawiającym za taką interpretacją jest treść przepisu art. 303 ust. 2 ustawy w powiązaniu z treścią art. 52 k.p.

Artykuł 303 w ustępie 2 wskazuje, iż „przepisu ust. 1 (...) nie stosuje się, jeżeli pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika”. Normę tę można odczytać w ten sposób, iż ust. 1 wprowadzającego m.in. zakaz dyscyplinarnego rozwiązania umowy o pracę, nie stosuje się, w sytuacji kiedy pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika. Odpowiedź na pytanie, w jakich sytuacjach pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika, zawarta jest w art. 52 § 1 i 2 k.p., który brzmi:

„§ 1. Pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie:

- 1) ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych;
- 2) popełnienia przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem;
- 3) zawnionej przez pracownika utraty uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku.

§ 2. Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika nie może nastąpić po upływie 1 miesiąca od uzyskania przez pracodawcę wiadomości o okoliczności uzasadniającej rozwiązanie umowy”.

Jeżeli zatem pracodawca, rozwiązując umowę o pracę, naruszy art. 52 § 1 i (lub) 2 k.p., tj. np. rozwiąże umowę pomimo, że pracownik nie naruszył w sposób ciężki swoich podstawowych obowiązków pracowniczych lub pracodawca uchybi terminowi 1 miesiąca na rozwiązanie umowy od uzyskania przez pracodawcę wiadomości o okoliczności uzasadniającej jej rozwiązanie (art. 52 § 2 k.p.), to przyjęć należy, iż pracodawca nie mógł w konkretnym stanie faktycznym rozwiązać umowy. Jeżeli zatem pracodawca nie mógł (zgodnie z prawem) rozwiązać umowy w trybie

art. 52 k.p., to tym samym – rozumując *a contrario* - przepis art. 303 ust. 1 ustawy stosuje się. Pracownik skorzysta w tym przypadku z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy.

Reasumując powyższe, wydaje się dopuszczalnym przyjęcie, iż w przypadku bezzasadnego lub niezgodnego z prawem rozwiązania przez pracodawcę umowy o pracę z pracownikiem odbywającym czynną służbę wojskową bez wypowiedzenia z winy pracownika, nie następuje wyłączenie pracownika z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy.

## **II. ROSZCZENIE O WYNAGRODZENIE ZA CZAS POZOSTAWANIA BEZ PRACY, JAKO JEDNO Z ROSZCZEŃ PRZYSŁUGUJĄCYCH PRACOWNIKOWI ODBYWAJĄCEMU CZYNNĄ SŁUŻBĘ WOJSKOWĄ**

W przypadku wypowiedzenia pracownikowi umowy o pracę, pracownik może dochodzić roszczeń określonych w art. 45 k.p.<sup>12</sup>, w tym w razie przywrócenia do pracy wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy. Stosownie do art. 47 k.p. pracownikowi, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, nie więcej jednak niż za 2 miesiące, a gdy okres wypowiedzenia wynosił 3 miesiące – nie więcej niż za 1 miesiąc. Jeżeli umowę o pracę rozwiązano z pracownikiem, o którym mowa w art. 39, albo z pracownicą w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego, wynagrodzenie przysługuje za cały czas pozostawania bez pracy; dotyczy to także przypadku, gdy rozwiązano umowę o pracę z pracownikiem – ojcem wychowującym dziecko lub pracownikiem – innym członkiem najbliższej rodziny, o którym mowa w art. 175<sup>1</sup> pkt 3, w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego, albo gdy rozwiązanie umowy o pracę podlega ograniczeniu z mocy przepisu szczególnego.

Nie budzi wątpliwości, iż wypowiedzenie umowy o pracę pracownikowi odbywającemu czynną służbę wojskową podlega ograniczeniu z mocy przepisu art. 303 ust. 1 ustawy, a więc z mocy przepisu szczególnego wobec przepisów Kodeksu pracy.

Pracownikowi takiemu w związku z jego przywróceniem do pracy należne więc będzie wynagrodzenie za cały czas pozostawania bez pracy.

---

<sup>12</sup> Art. 45 § 1. W razie ustalenia, że wypowiedzenie umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony jest nieuzasadnione lub narusza przepisy o wypowiedzaniu umów o pracę, sąd pracy - stosownie do żądania pracownika - orzeka o bezskuteczności wypowiedzenia, a jeżeli umowa uległa już rozwiązaniu - o przywróceniu pracownika do pracy na poprzednich warunkach albo o odszkodowaniu.

§ 2. Sąd pracy może nie uwzględnić żądania pracownika uznania wypowiedzenia za bezskuteczne lub przywrócenia do pracy, jeżeli ustali, że uwzględnienie takiego żądania jest niemożliwe lub niecelowe; w takim przypadku sąd pracy orzeka o odszkodowaniu.

§ 3. Przepisu § 2 nie stosuje się do pracowników, o których mowa w art. 39 i 177, oraz w przepisach szczególnych dotyczących ochrony pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy o pracę, chyba że uwzględnienie żądania pracownika przywrócenia do pracy jest niemożliwe z przyczyn określonych w art. 411; w takim przypadku sąd pracy orzeka o odszkodowaniu.



Roszczenia pracownika przywróconego do pracy w następstwie odwołania od niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę uregulowane zostały w art. 57 k.p.

W art. 57 § 1 k.p. wskazano, iż pracownikowi, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, nie więcej jednak niż za 3 miesiące i nie mniej niż za 1 miesiąc.

Jeżeli umowę o pracę rozwiązano z pracownikiem, o którym mowa w art. 39, albo z pracownicą w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego, wynagrodzenie przysługuje za cały czas pozostawania bez pracy; dotyczy to także przypadku, gdy rozwiązano umowę o pracę z pracownikiem – ojcem wychowującym dziecko lub pracownikiem – innym członkiem najbliższej rodziny, o którym mowa w art. 175<sup>1</sup> pkt 3, w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego, albo gdy rozwiązanie umowy o pracę podlega ograniczeniu z mocy przepisu szczególnego (art. 57 § 2 k.p.).

Podobnie więc jak w przypadku przywrócenia do pracy pracownika, któremu pracodawca wypowiedział umowę o pracę, także w przypadku pracownika, z którym rozwiązano umowę o pracę bez wypowiedzenia, prawo do wynagrodzenia za cały czas pozostawania bez pracy uzależnione jest od ograniczenia rozwiązania umowy o pracę z mocy przepisu szczególnego wobec przepisów Kodeksu pracy<sup>13</sup>. Takim przepisem szczególnym jest art. 303 ust. 1 ustawy.

Nie budzi wątpliwości, iż w przypadku przywrócenia do pracy pracownika odbywającego czynną służbę wojskową, z którym rozwiązano umowę o pracę bez wypowiedzenia bez jego winy, należne będzie mu wynagrodzenie za cały czas pozostawania bez pracy. Okres pozostawania bez pracy liczy się od następnego dnia po dacie rozwiązania umowy o pracę do dnia faktycznego podjęcia pracy po restytucji stosunku pracy<sup>14</sup>.

Odpowiedzi wymaga pytanie, w jakiej wysokości należne będzie wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy pracownikowi odbywającemu czynną służbę wojskową w przypadku jego przywrócenia do pracy, a z którym wcześniej rozwiązano umowę o pracę bez wypowiedzenia z jego winy. Rozbieżności interpretacyjne wynikają z treści art. 303 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż: „Przepisu ust. 1 nie stosuje się, jeżeli pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika”.

Powstaje pytanie, czy w przypadku przywrócenia do pracy pracownika zwolnionego np. w trybie dyscyplinarnym będzie mu przysługiwało wynagrodzenie za cały czas pozostawania bez pracy w oparciu o art. 57 § 2 k.p., czy też w wysokości ryczałtowej określonej w art. 57 § 1 k.p.

13 M. Gersdorf (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. M. Gersdorf, Warszawa 2014, s. 512.

14 K.W. Baran (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2020, t. I, s. 527.

Jeżeli przyjmiemy za dopuszczalne, że pracodawca, zwalniając pracownika np. w trybie dyscyplinarnym zawsze, niezależnie od wyniku ewentualnego sporu sądowego co do legalności lub zasadności jego decyzji, pozbawia pracownika ochrony z art. 303 ust. 1 ustawy, to w przypadku uznania przez sąd roszczeń pracownika przywróconego do pracy, otrzyma on jedynie ryczałtowe wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy z art. 57 § 1 k.p. Zgodnie z tą interpretacją przepis art. 57 § 1 k.p. będzie miał zastosowanie do każdego przypadku rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z naruszeniem obowiązujących przepisów<sup>15</sup>.

.Jeżeli natomiast przyjmiemy, że wyłączenie pracownika z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy nie nastąpi w przypadku wykazania niezasadności decyzji pracodawcy, to pracownik zachowa prawo do żądania wynagrodzenia za cały czas pozostawania bez pracy z art. 57 § 2 k.p.

Wydaje się, że cel przepisu art. 303 ust. 1 ustawy, jakim było objęcie ochroną trwałości stosunku pracy pracowników świadczących pracę na rzecz obronności kraju, przemawia za uznaniem, iż pozostają oni pod ochroną przed rozwiązaniem stosunku pracy także w sytuacji skorzystania przez pracodawcę z oświadczenia o rozwiązaniu stosunku pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika, jeżeli oświadczenie to okaże się niezasadne.

Za taką interpretacją przemawia klauzula zakazująca nadużycia prawa podmiotowego w stosunkach pracy określona w art. 8 k.p. Stosownie do tego przepisu nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Pracodawca, korzystając z rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem chronionym w rozumieniu art. 303 ust. 1 ustawy, nie może czynić z tego uprawnienia narzędzia do pozbawienia pracownika należnych mu świadczeń, w tym wynagrodzenia za cały okres pozostawania bez pracy.

Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla wyłączenia pracownika z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy, w sytuacji kiedy to wyłączenie nastąpić by miało wskutek nielegalnej lub niezasadnej decyzji pracodawcy. Za dopuszczalne należy zatem uznać, iż pracownik nie zostaje wyłączony z ochrony trwałości stosunku pracy w przypadku rozwiązania przez pracodawcę umowy w sposób niezasadny lub nielegalny. W takiej sytuacji pracownik nadal z tej ochrony będzie korzystał.

Argumentem przemawiającym za korzystaniem z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy w rozumieniu art. 57 § 2 k.p., w przypadku rozwiązania umowy bez wypowiedzenia z winy pracownika, jest nienaruszone tą czynnością pracodawcy

---

15 A. M. Świątkowski (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. M. Świątkowski, Warszawa 2018, s. 411.

uprawnienie do pozostawania w ochronie przed rozwiązaniem stosunku pracy wynikające z art. 303 ust. 1 ustawy. Artykuł 57 § 2 k.p. przewiduje prawo do wynagrodzenia za cały okres pozostawania bez pracy, gdy rozwiązanie umowy o pracę podlega ograniczeniu z mocy przepisu szczególnego. Innymi słowy jeżeli stosunek pracy pracownika odbywającego czynną służbę wojskową podlega ograniczeniu w zakresie rozwiązania bez wypowiedzenia bez winy pracownika, to także w przypadku rozwiązania umowy z winy pracownika, jeżeli było ono niezasadne, pracownik nie przestaje być chroniony przed rozwiązaniem stosunku pracy.

Jeszcze dalej w przychyłnej pracownikowi interpretacji przepisu art. 57 § 2 k.p. poszedł Sąd Najwyższy w uchwale z 7.11.1996 r., wskazując, iż przepis art. 57 § 2 k.p. należy rozumieć jako przepis odnoszący się do pracowników szczególnie chronionych w ogólności, a nie jako przepis mający na względzie tylko pracowników, względem których w konkretnym przypadku nie uzyskano zgody właściwego organu na rozwiązanie stosunku pracy. Zdaniem organu odmienna wykładnia miałaby charakter wykładni zawężającej i sprzecznej z zasadą nieróżnicowania sytuacji prawnej w stanach faktycznych objętych normą prawną, w której treści brak takiego zróżnicowania. Brak rozróżnienia omawianych sytuacji w hipotezie przepisu art. 57 § 2 k.p. można zdaniem Sądu wytłumaczyć względami funkcjonalności. Pracodawca rozwiązujący stosunek pracy z pracownikiem podlegającym szczególnej ochronie powinien dołożyć najwyższej staranności w przestrzeganiu norm prawnych regulujących sposób rozwiązania umowy o pracę. Wynika to ze specjalnej, przyznanej przez przepisy prawa pracy, a uzasadnionej między innymi wykonywaną funkcją społeczną, pozycją pracowników szczególnie chronionych. Sankcją nieprzestrzegania tych norm jest między innymi obowiązek zapłaty wynagrodzenia za cały czas pozostawania bez pracy, przy spełnieniu oczywiście pozostałych przesłanek z art. 57 § 2 k.p. w związku z art. 57 § 1 i art. 56 § 1 k.p. Pracodawca, który rozwiązał stosunek pracy z pracownikiem szczególnie chronionym, wdając się z nim w spór o przywrócenie do pracy, ryzykuje, że w przypadku przywrócenia do pracy będzie musiał wypłacić wynagrodzenie za cały czas pozostania bez pracy<sup>16</sup>.

### III. PODSUMOWANIE

Wątpliwości interpretacyjne dotyczące ochrony stosunku pracy pracowników odbywających czynną służbę wojskową wymagają pilnej interwencji ustawodawcy. Coraz więcej bowiem pracowników wstępuje do formacji wojskowych z zamiarem pełnienia czynnej służby wojskowej. Jest tak dla przykładu z cieszącą się coraz większą popularnością służbą w wojskach obrony terytorialnej.

<sup>16</sup> Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 7.11.1996 r. (sygn. I PZP 20/96), OSNP 1997/11, poz. 188, LEX nr 29135.

Przeredagowanie art. 303 ustawy zapewni aktualnym i przyszłym pracownikom pełniącym czynną służbę wojskową pewną i niebudzącą wątpliwości ochronę przed niezasadnym lub nielegalnym zakończeniem stosunku pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika. Umożliwi w dalszej perspektywie domaganie się przez pracowników wynagrodzenia za cały czas pozostawania bez pracy. Obecna regulacja jest nieprecyzyjna, może skutkować niesprawiedliwym pozbawieniem pracownika prawa do wynagrodzenia. Jest to o tyle ważna i pilna problematyka, iż w obecnych realiach rozstrzygnięcia sporów przez sądy pracy nierzadko upływa wiele miesięcy, a nawet lat od chwili bezzasadnego lub niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy do prawomocnego orzeczenia o przywróceniu pracownika do pracy. Okres oczekiwania na wyrok przywracający do pracy powinien skutkować gwarancjami dla pracownika, iż uzyska on wynagrodzenie za cały czas pozostawania bez pracy, a nie jedynie za często nieznaczną część tego okresu.

*De lege ferenda* rozważyć należy wykreślenie z art. 303 ust. 2 ustawy zwrotu: „jeżeli pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika” bądź jego przeredagowanie w postaci: „w przypadku uzasadnionego rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika”. Znamię „zasadności rozwiązania umowy” pozwoli na uzależnienie stosowania tej regulacji od oceny decyzji pracodawcy przez niezawisły organ sądowy. Taka ocena, jeżeli będzie zakończona wyrokiem przywracającym pracownika do pracy, a więc poprzedzona będzie uznaniem, iż rozwiązanie stosunku pracy było nieuzasadnione, usunie wątpliwości, iż pracownik taki korzystał będzie z ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy w rozumieniu art. 57 § 2 k.p.

***adw. dr Jarosław Marciniak***

*Autor jest adwokatem.*

*The author is an advocate.*

## ABSTRACT

**Keywords:** *termination of an employment contract; stability of an employment relationship; active military duty; reinstatement to work; remuneration for the period of remaining unemployed; termination; dismissal on disciplinary grounds*

## Protection of stability of an employment relationship of persons performing active military duty

One of the claims an employee is entitled to after being reinstated to work by an award of a labour court is the right to claim remuneration for the time when they remained unemployed. The scope of this claim depends, inter alia, on whether the reinstated employee enjoys statutory protection against termination of the subsequently restored employment relationship. If the employee does not belong to the category of protected persons, he/she may claim remuneration for the period of no more than three months, whereas if he/she is the so-called protected employee, he/she may count on remuneration for the whole time of remaining unemployed, which in practice usually covers periods longer than three months. The article presents considerations on the protection against termination of employment relationship of employees performing active military duty. It discusses issues related to the legal permissibility of particular forms of termination of the employment contract. The article presents interpretative doubts concerning the period for which an employee may claim remuneration for remaining unemployed and proposes legislative amendments.

### Bibliografia

- Baran Krzysztof W. (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2020, t. I.
- Gersdorf Małgorzata (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. M. Gersdorf, Warszawa 2014.
- Rączka Krzysztof, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 1986 r., III PZP 22/86, „Państwo i Prawo” 1988/1, s. 138–142.*
- Świątkowski Andrzej M. (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. M. Świątkowski, Warszawa 2018.

**Pojęcia kluczowe:** *prawnicze spółki kapitałowe, forma organizacyjnoprawna wykonywania zawodu, ograniczenie wolności działalności gospodarczej, reglamentacja działalności prawniczej*

*Michalina Kruszyńska*

## **Wykorzystanie prawniczych spółek kapitałowych jako innowacyjna forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego**

### **ABSTRAKT**

**Współczesne wyzwania stawiane przed rynkiem usług prawniczych determinują konieczność rozważenia zasadności zakazu wykonywania zawodu przez adwokata i radcę prawnego w formie spółek kapitałowych. Zmiana obecnej regulacji mogłaby potencjalnie przyczynić się do rozwoju i ekspansji działalności gospodarczej prowadzonej przez oba te wolne zawody. Zagadnienie to ma istotne znaczenie dla praktyki prawniczej w Polsce z uwagi na rosnącą konkurencję ze strony nieregulowanego doradztwa prawnego i zagranicznych korporacji prawniczych.**

### **I. WPROWADZENIE**

Obecnie obowiązujący polski porządek prawny ogranicza wolność działalności gospodarczej w zakresie wyboru formy wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego. Ustawodawca wyłączył możliwość prowadzenia działalności zawodowej w formie spółki kapitałowej, wprowadzając zamknięty katalog dopuszczalnych form organizacyjnoprawnych, w ramach których profesjonalny pełnomocnik może świadczyć pomoc prawną. W ustawie z 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze<sup>1</sup> oraz ustawie z 6.07.1982 r. o radcach prawnych<sup>2</sup> określone zostały w sposób enumeratywny dopuszczalne formy wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego, które ograniczają się między innymi do podjęcia działalności w formie indywidualnej kancelarii, w ramach spółek osobowych czy na podstawie umowy spółki cywilnej. Z katalogu *numerus clausus* wyłączono jednak prowadzenie działalności gospodarczej w formie

---

1 Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1184), dalej: p.o.a.

2 Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166), dalej: u.r.p.

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej i prostej spółki akcyjnej. W kontekście obowiązującego prawa i aktualnej debaty w samorządach prawniczych na temat potencjalnej zmiany obecnej regulacji, konieczne staje się rozważenie zasadności zakazu świadczenia pomocy prawnej w formie spółek kapitałowych przez adwokata i radcę prawnego. Kluczowe wydaje się zbadanie, czy istniejące ustawowe ograniczenie jest proporcjonalne i konieczne, czy rzeczywiście chroni ważny interes publiczny oraz czy nie narusza konstytucyjnych gwarancji ochrony wolności gospodarczej i wykonywania zawodu. Ponadto należy rozważyć, czy regulacja w obecnym kształcie jest adekwatna do warunków współczesnego obrotu gospodarczego oraz czy brak zmian wobec nowych wyzwań dla sektora usług prawniczych w przyszłości nie wpłynie negatywnie na przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych w Polsce. Problematyka poruszanej kwestii ma istotne znaczenie praktyczne również z uwagi na fakt, że w innych państwach europejskich, takich jak Niemcy, Francja, Wielka Brytania czy Szwajcaria, wykonywanie zawodu adwokata czy radcy prawnego w formie spółki kapitałowej jest dopuszczalne. Przyjęte i wypracowane tam rozwiązania prawne mogą stanowić pewien drogowskaz w kierunku ewentualnych zmian w polskim systemie prawnym. Podkreślenia wymaga jednak konieczność kompleksowego uregulowania tej problematyki w sposób niebudzący wątpliwości co do swojej spójności i zgodności z deontologią prawniczą oraz zasadami etyki zawodowej adwokata i radcy prawnego, jak i prawem oraz dobrymi obyczajami. Wprowadzenie takiej regulacji stanowiłoby innowacyjną i nowatorską zmianę, która w przyszłości mogłaby przynieść konkretne korzyści dla przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, chcących działać na większą skalę w Polsce i na świecie.

## II. ZAKRES ANALIZY BADAWCZEJ

Spółki kapitałowe jako forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego determinują konieczność oceny zgodności z obowiązującym porządkiem prawnym, zasadami etyki zawodów zaufania publicznego oraz aspektami ekonomicznymi, historycznymi i społecznymi, które mogą mieć wpływ na ich funkcjonowanie w Polsce. Analiza ekonomiczna obejmuje ocenę potencjalnych korzyści oraz ryzyk związanych z rozszerzeniem form wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego na spółki kapitałowe. W ramach tego aspektu istotne jest zbadanie charakterystyki wykonywania działalności gospodarczej i świadczenia pomocy prawnej przez oba te wolne zawody prawnicze, a także ewentualnego sposobu modyfikacji obecnych regulacji prawnych. Kluczowe jest również krytyczne wyciągnięcie wniosków na podstawie obserwacji konkurencji na rynku usług prawniczych oraz analizy nierówności uregulowań w tym zakresie innych wolnych zawodów. Aspekt historyczny umożliwia poznanie genezy obecnego zakazu, jak i obrazuje, że w przeszłości regulacje form zawodu adwokata

i radcy prawnego były bardziej liberalne niż obecne. Ostatecznie społeczna analiza funkcjonowania prawniczych spółek kapitałowych wymaga zbadania ryzyk i zagrożeń dla relacji między profesjonalnymi pełnomocnikami a klientami oraz możliwych pozytywnych skutków stymulujących rozwój kultury prawniczej w Polsce, przez ustanowienie jej do rozwiązań legislacyjnych stosowanych w innych krajach europejskich. Rozważania na temat przedstawionej hipotezy mają na celu wykazanie braku uzasadnienia dla zakazu wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego w formie spółek kapitałowych, opierają się na argumentach popierających liberalizację tej sfery działalności gospodarczej, jednocześnie kontrastując z argumentami utrzymującymi obecne ograniczenie. Poniższa argumentacja nie poddaje głębszej analizie konstytucyjności regulacji form wykonywania zawodu, czyli art. 4a p.o.a. i art. 8 u.r.p., z uwagi na rozległość i złożoność problematyki, natomiast odnosi się w sposób skondensowany do najważniejszych stanowisk w tej kwestii.

Na przestrzeni lat polskie ustawodawstwo regulujące formy wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego ulegało fundamentalnym przemianom. W latach 80. i 90., a więc w czasach gospodarki centralnie planowanej, dominującą formą praktykowania zawodu była działalność zespołów adwokackich, natomiast radcowie prawni głównie świadczyli pomoc prawną w ramach stosunku pracy<sup>3</sup>. Wraz z wejściem w życie ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej<sup>4</sup> została dopuszczona na mocy art. 24 ust. 1 możliwość podejmowania działalności zawodowej w ramach prawniczych spółek, bez ograniczeń co do ich rodzaju, przedmiotu działalności czy kręgu współpracowników. Niemniej jednak ustawodawca zastrzegł świadczenie usług prawniczych w takiej postaci jedynie na rzecz podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ówczesny, liberalny stan prawny przyczynił się do powstawania i funkcjonowania na rynku usług prawniczych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, jednak regulacja ta uległa znaczącej zmianie w 1997 r., na skutek nowelizacji ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw<sup>5</sup>, wówczas na mocy której wprowadzono zamknięte katalogi form organizacyjnoprawnych wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego oraz skreślono art. 24 u.d.g., wyłączając tym samym usługi prawnicze spod obowiązywania tej ustawy. Ustawa z 19.11.1999 r. Prawo działalności gospodarczej<sup>6</sup>, zastępująca ustawę z 1988 r., w art. 87 stanowiła, że „Świadczący pomoc prawną nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy. Działalność polegającą na świadczeniu pomocy prawnej określają przepisy ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo

3 W. Studziński, *Czas na zmiany? Argumenty za adwokackimi spółkami kapitałowymi i przeciw nim* (cz. 1), „Palestra” 2016/10.

4 Ustawa z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 1988 r. nr 41 poz. 324), dalej: u.d.g.

5 Ustawa z 22.05.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1997 r. nr 75 poz. 471).

6 Ustawa z 19.11.1999 r. Prawo działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 1999 r. nr 101 poz. 1178).



o adwokaturze oraz ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych”. Tym samym, pomimo spełnienia przesłanek działalności gospodarczej, prowadzonej przez adwokatów i radców prawnych, ustawa wyłączała ich z kręgu przedsiębiorców<sup>7</sup>. Jednak status prawny adwokata i radcy prawnego uległ zmianie wraz z wejściem w życie ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>8</sup>, która kwalifikowała zarobkową działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły jako działalność gospodarczą, tym samym uznając za przedsiębiorcę osobę fizyczną lub prawniczą spółkę osobową, wykonującą działalność we własnym imieniu. Obecnie obowiązująca ustawa z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców<sup>9</sup> nie zawiera żadnych norm prawnych, które wskazywałyby na wyróżniające traktowanie działalności świadczenia pomocy prawnej, czy wręcz wyłączające tę działalność spod swojej regulacji. Ograniczenie form organizacyjnoprawnych wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego co prawda zostało wprowadzone już w czasach polskiej gospodarki rynkowej, ale dokonano tego pod koniec XX wieku, zanim Polska przystąpiła do Unii Europejskiej. Od tego momentu rynek usług prawniczych rozwija się dynamicznie, charakteryzując się wzmoczoną konkurencją ze strony krajowych, jak i międzynarodowych przedsiębiorstw prawniczych oraz nowymi rozwiązaniami technologicznymi, związanymi z informatyzacją społeczeństwa i postępem elektronicznym. Z perspektywy czasu samorządy zawodowe adwokatów i radców prawnych zauważyły potrzebę podjęcia dyskusji na temat oceny zasadności utrzymania obecnego zakazu i poszerzenia lub całkowitego zniesienia ograniczeń form wykonywania zawodu, wraz z propozycją wprowadzenia stosownych uregulowań, które dostatecznie zabezpieczyłyby interes klienta oraz chroniły jego prawa, tym samym zachowując zasady etyki zawodowej.

### **III. CHARAKTER PRAWNY DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ ADWOKATA I RADCY PRAWNEGO**

Wykonywanie wolnego zawodu przez adwokata i radcę prawnego stanowi działalność gospodarczą, jeżeli ma charakter zorganizowany, ciągły, zarobkowy oraz jest wykonywana we własnym imieniu. Spełnienie normatywnych przesłanek z art. 3 u.p.p. warunkuje uzyskanie statusu przedsiębiorcy. Pierwszorzędne znaczenie dla prawidłowej regulacji rynku usług prawniczych, która między innymi obejmuje potencjalne wprowadzenie nowej formy wykonywania zawodu w postaci spółek kapitałowych, ma ustalenie, czy działalność prawnicza może być swobodnie wykonywana w oparciu o zasadę wolności działalności gospodarczej, czy jednak jest działalnością objętą przez ustawodawcę reglamentacją. Analizując regulacje statusu zawodowego adwokata

7 P. Lewandowski, *O wykonywaniu zawodu adwokata w formie spółki kapitałowej*, „Palestra” 2016/12.

8 Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 2004 r. nr 173 poz. 1807).

9 Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 221), dalej: u.p.p.

i radcy prawnego, należy dojść do wniosku, że działalność zawodowa obu tych wolnych zawodów prawniczych ma charakter reglamentacyjny<sup>10</sup>, przede wszystkim z uwagi na zawężenie możliwości wyboru rodzaju jednostek organizacyjnych, w których dopuszczono wykonywanie czynności zawodowych, czy zakaz łączenia świadczenia pomocy prawnej przez prawnicze spółki z jakąkolwiek inną działalnością<sup>11</sup>. Działalność reglamentowana jest bowiem ograniczeniem wolności działalności gospodarczej, dokonany w oparciu o konstytucyjną klauzulę generalną, jaką stanowi ważny interes publiczny. Niespełnienie tej przesłanki może prowadzić do wniosku, że dalsze utrzymywanie zakazu wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego w formie spółki kapitałowej jest niezgodne z Konstytucją RP<sup>12</sup> oraz narusza prawo unijne, w szczególności dyrektywę 2006/123/WE<sup>13</sup>, której celem jest poprawa dostępu do usług, zwiększenie konkurencji oraz ochrona swobody świadczenia usług poprzez eliminację nieuzasadnionych ograniczeń w zakresie wyboru formy prawnej prowadzenia działalności usługowej na terytorium państwa członkowskiego. Co więcej, wspomniana dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek kontroli systemu prawnego w zakresie konieczności i proporcjonalności spełnienia niedyskryminacyjnych wymogów, do których zalicza się właśnie wybór formy prawnej prowadzonej działalności usługowej. Poprzez analizę argumentacji należy zweryfikować, czy zakaz wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego w formie spółki kapitałowej ma na celu zabezpieczenie ważnego interesu publicznego, będącego pojęciem abstrakcyjnym i zmiennym, w zależności od określonych warunków, które mogą zarówno uzasadniać ograniczenie, jak i poszerzenie wolności prawnie chronionej<sup>14</sup>. Krzyżowanie się adwokackiej i radcowskiej działalności reglamentowanej z wolną działalnością usług prawniczych wymaga głębszej analizy pod kątem zgodności z wartościami konstytucyjnymi, takimi jak bezpieczeństwo obrotu, pewność prawa, równość traktowania podmiotów czy ochrona przed nieuczciwymi praktykami. Reglamentacja form wykonywania zawodu w obecnym kształcie<sup>15</sup> hamuje działalność interdyscyplinarną adwokatów i radców prawnych, powodując słabszą konkurencyjność na rynku oraz trudności w dysponowaniu odpowiednim kapitałem w celu rozwoju i ekspansji działalności.

10 B. Sołtys, *Działalność prawnicza w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019/4(21).

11 B. Sołtys, *Formy organizacyjnoprawne świadczenia usług prawniczych i ich ograniczenia w prawie polskim*, „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego”, seria e-Monografie, Wrocław 2017/100.

12 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).

13 Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz.U.E.L z 2006 r. nr 376 str. 36).

14 B. Sołtys, *Działalność prawnicza...*

15 B. Sołtys, *Niekonstytucyjność art. 8 ustawy o radcach prawnych*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019/1(18).

#### IV. KONKURENCYJNOŚĆ I NIERÓWNOŚĆ WŚRÓD USŁUG PRAWNICZYCH

Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółek kapitałowych, jako przejaw reglamentacji, wynikający z nieujęcia spółek kapitałowych w katalogu *numerus clausus* form organizacyjnoprawnych wykonywania zawodu przez adwokata i radcę prawnego, nie dotyczy jednak rzeczników patentowych<sup>16</sup> i doradców podatkowych<sup>17</sup>. Słuszne zdaje się więc uznanie utrzymywania zakazu za nieuzasadnione, z uwagi na istniejącą możliwość prowadzenia wspólnej kancelarii w formie spółki osobowej lub umowy spółki cywilnej przez wszystkie te wspomniane wolne zawody prawnicze, jak i z uwagi na bardziej wszechstronne kompetencje zawodowe adwokatów i radców prawnych, w tym na przykład możliwość prowadzenia czynności doradztwa podatkowego<sup>18</sup>. Podobnego ograniczenia nie doznają również przedstawiciele innych zawodów zaufania publicznego, takich jak biegli rewidenci<sup>19</sup> czy architekci i inżynierowie budownictwa<sup>20</sup>. Jest to jeden z przejawów dyskryminującego charakteru tej regulacji i trudno doszukać się racjonalnych powodów do różnicowania wolnych zawodów przez ustawodawcę w tym zakresie.

W wielu krajach europejskich co do zasady dopuszczalne jest prowadzenie działalności zawodowej w spółkach kapitałowych przez adwokatów i radców prawnych. Wykonywanie zawodu adwokata w Niemczech dozwolone jest w formie spółek kapitałowych, takich jak spółka Rechtsanwalts GmbH<sup>21</sup>, która umożliwia praktykę zawodową w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością po uzyskaniu zgody od regionalnej izby adwokackiej i Ministerstwa Sprawiedliwości danego landu, oraz w formie spółki akcyjnej Anwalts-AG, której możliwość prowadzenia została potwierdzona przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości z 2005 r., w orzeczeniu uznającym cechę gwarancyjną zasady swobody wykonywania pracy na podstawie art. 12 ustawy zasadniczej RFN (Grundgesetz)<sup>22</sup>. Również w Szwajcarii dopuszczono zakładanie kancelarii prawnej w formie spółki akcyjnej, co potwierdził wyrok Federalnego

16 Ustawa o rzecznikach patentowych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 303).

17 Ustawa o doradztwie podatkowym (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 2117).

18 Zob. wyrok WSA w Warszawie z 1.03.2005 r. (VI SA/Wa 707/04), teza: *Za podmiot uprawniony do wykonywania doradztwa podatkowego nie można uznać spółek kapitałowych z udziałem adwokatów bądź radców prawnych. Jedynie adwokaci i radcowie prawni wykonujący zawód indywidualnie bądź w formie spółek nieposiadających osobowości prawnej mogą być zaliczani do kręgu podmiotów uprawnionych do wykonywania czynności doradztwa podatkowego.*

19 Ustawa o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1015).

20 Brak regulacji w tym zakresie w ustawie o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U. z 2023 r. poz. 551).

21 §59c Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

22 *Analiza prawno-porównawcza ustroju korporacyjnego wolnych zawodów prawniczych oraz rynku usług prawniczych w wybranych państwach, w kontekście regulacji i rynku w Polsce z uwzględnieniem dostępności obywateli do tych usług*, red. M. Masior, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2018.

Sądu Najwyższego z 7.09.2012 r.<sup>23</sup> We Francji przewidziano możliwość wykonywania wolnych zawodów w ramach spółek kapitałowych Société d'exercice libéral<sup>24</sup>, które uregulowane są ustawowo w sposób szeroki i kompleksowy. Możliwość świadczenia pomocy prawnej w formie spółek kapitałowych funkcjonuje już od dawna także w Anglii i Walii<sup>25</sup>. Zagraniczne wzorcowe uregulowania, które umożliwiają prowadzenie praktyki zawodowej przez wolne zawody prawnicze w ramach spółek kapitałowych, mogą stanowić inspirację do zmian w Polsce, poprzez możliwość skorzystania z wypracowanych i funkcjonujących już rozwiązań prawnych, dotyczących szczegółowej regulacji tej problematyki w sposób wyczerpujący i gwarantujący ochronę zasad wykonywania zawodu oraz interesów klientów. Brak istnienia zakazu prowadzenia działalności prawniczej przez adwokatów i radców prawnych w innych krajach europejskich prowadzi do pogorszenia pozycji konkurencyjnej polskich przedsiębiorców w branży prawniczej. Obecna regulacja potwierdza dyskryminacyjny charakter, bowiem w oparciu o unijną swobodę świadczenia usług zagraniczni adwokaci i radcowie prawni mogą wykonywać swoje czynności zawodowe na terytorium Polski w ramach spółek kapitałowych<sup>26</sup>.

Co więcej, na rynku usług prawniczych obserwuje się dynamiczny rozwój doradztwa prawnego, które świadczone jest przez osoby z wyższym wykształceniem prawniczym, lecz nieposiadające uprawnień zawodowych adwokata czy radcy prawnego. Problem powstawania spółek kapitałowych zakładanych przez takie osoby został podniesiony w judykaturze przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 28.02.2008 r.<sup>27</sup>: „zwrot «kancelaria prawna» w firmie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może wprowadzać w błąd przez sugerowanie, że przedmiotem działania spółki jest świadczenie pomocy prawnej przez osoby będące adwokatami lub radcami prawnymi”. Czynności z zakresu pomocy prawnej, takie jak doradztwo prawne, ogólne konsultacje, sporządzanie opinii, przygotowanie projektów umów, redagowanie różnego rodzaju pism, mogą być wykonywane również przez osoby niebędące adwokatami ani radcami prawnymi, w formie spółki kapitałowej na zasadach swobody działalności gospodarczej<sup>28</sup>. Świadczenie doradztwa prawnego nie zostało dotychczas w żaden sposób uregulowane, co ma bezpośredni wpływ na konkurencję w tej branży. Brak ustawowego zdefiniowania pojęcia „usługi prawne” oraz zapewnienia możliwości świadczenia tych usług wyłącznie przez osoby z odpowiednimi uprawnieniami powoduje niedostateczność

23 Zob. wyrok Federalnego Sądu Najwyższego (Bundesgericht) z 7.09.2012 r., BGE 138 II 440.

24 Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990.

25 *Analiza prawno-porównawcza ustroju...*

26 B. Soltys, *Niekonstytucyjność art. 8...*

27 Postanowienie SN z 28.02.2008 r. (III CSK 245/07).

28 Swoje stanowisko przedstawił również TK w wyroku z 26.11.2003 r. (SK 22/02).

ochrony zawodu adwokata (i radcy prawnego)<sup>29</sup> oraz stwarza zagrożenie dla obrotu gospodarczego, prowadząc do nietransparentności rynku prawniczego. Należy uznać, że omawiany zakaz nie tylko nie chroni ważnego interesu publicznego, ale także prowadzi do dezorientacji klientów, co może spowodować obniżenie zaufania do regulowanych ustawowo zawodów prawniczych.

## V. WYBRANE ARGUMENTY ZA I PRZECIW

Zamknięty katalog form organizacyjnoprawnych umożliwia wybór w ramach swobody wykonywania działalności gospodarczej, który ustawowo ogranicza się do wykonywania zawodu w ramach indywidualnej kancelarii, na podstawie umowy spółki cywilnej lub w spółkach osobowych, takich jak spółka jawna, partnerska, komandytowa i komandytowo-akcyjna, z zastrzeżeniem wskazanych w ustawie ograniczeń podmiotowych, co do współników spółki, i przedmiotowych, co do zakresu jej działalności. Dodatkowo radca prawny może świadczyć pomoc prawną w ramach stosunku pracy lub na podstawie umowy cywilnoprawnej. Szczególnie interesującą formą wykonywania zawodu jest zespół adwokacki, będący uspołecznioną jednostką organizacyjną, wyposażoną przez ustawę w osobowość prawną<sup>30</sup>. Stanowi to pewną niekonsekwencję ustawodawcy, z uwagi na dopuszczenie formy wykonywania zawodu adwokata w jednostce organizacyjnej wyposażonej w osobowość prawną, która to cecha upodabnia zespół do spółek kapitałowych prawa handlowego, w szczególności w kwestii odpowiedzialności. Sąd Najwyższy w uchwale z 11.03.1988 r.<sup>31</sup> wyraził stanowisko, że „za szkodę spowodowaną klientowi uchybieniem adwokata – członka zespołu adwokackiego powinno się starannie działać przy wykonywaniu zlecenia udzielenia pomocy prawnej, ponosi odpowiedzialność tylko zespół adwokacki”. W przeciwieństwie do współników spółek kapitałowych, zespół nie prowadzi przedsiębiorstwa, a jego członkowie nie wnoszą żadnych wkładów<sup>32</sup>. Taka konstrukcja prawna zespołu adwokackiego kreuje brak dostatecznego zabezpieczenia interesów klientów w porównaniu do spółek kapitałowych, które dzięki kapitałowi zakładowemu zdają się zapewniać większą gwarancję ochrony wierzycieli. Konsekwentne działanie ustawodawcy wymagałoby uwzględnienia spółek kapitałowych jako jednej z dopuszczalnych form wykonywania zawodu. Ponadto należy zaznaczyć, że ustawodawca dopuszcza w katalogu form prowadzenia działalności przez adwokata i radcę prawnego wykorzystanie spółki kapitałowo-akcyjnej, która łączy jednocześnie cechy osobowe i kapitałowe,

29 Uchwała Nr 20 Krajowego Zjazdu Adwokatury z 17.09.2021 r. w sprawie ochrony zawodu adwokata.

30 Więcej na ten temat K. Knoppek, *Charakter prawny zespołu adwokackiego oraz jego rola w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1977, t. 21, nr 6 (234).

31 Uchwała SN z 11.03.1988 r. (III CZP 12/88).

32 S. Garlicki, *Charakter prawny zespołu adwokackiego i stosunku łączącego adwokata z zespołem*, „Palestra” 1964/4(76).

na przykład występowanie organów i kapitału zakładowego czy uzależnienie uczestnictwa w spółce od posiadanych akcji.

Przeciwnicy zniesienia zakazu wskazują na problem braku osobistej odpowiedzialności adwokata czy radcy prawnego za usługi wykonywane w ramach spółki kapitałowej. Tę trudność jednak napotykać również funkcjonujące już prawnicze spółki osobowe, w których nierzadko pomoc prawna świadczona jest przez wieloosobowy zespół, którego członkowie dzielą się poszczególnymi zadaniami, takimi jak przygotowanie pism, analiza dokumentów czy reprezentacja w sądzie. Rozdzielenie zadań pomiędzy poszczególnych członków zespołu prowadzi do rozproszenia odpowiedzialności osobistej na skupioną odpowiedzialność zespołu, co znacznie utrudnia ustalenie indywidualnej odpowiedzialności konkretnego prawnika. Taka praktyka prawdopodobnie miałaby również zastosowanie w spółkach kapitałowych, które z pewnością mogłyby zajmować się sprawami wymagającymi wspólnej pracy adwokatów i radców prawnych w ramach wyspecjalizowanego w danej gałęzi prawa zespołu. Tak więc na podstawie obowiązujących regulacji prawnych, zawartych w Kodeksie spółek handlowych<sup>33</sup>, istotną różnicą między spółkami osobowymi a kapitałowymi jest odpowiedzialność. Różnica ta ma charakter rozmyty, z uwagi na konstrukcję ograniczeń odpowiedzialności w spółce partnerskiej, komandytowej i komandytowo-akcyjnej. Odpowiedzialność ograniczona w spółkach kapitałowych nie powinna stanowić argumentu naruszenia istoty zawodu adwokata i radcy prawnego, co potwierdza również ustawy, osobisty obowiązek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności zawodowych adwokata i radcy prawnego, zapewniający zaspokojenie ewentualnych roszczeń. Osobisty charakter usługi adwokackiej czy radcowskiej nie wyklucza konstrukcji spółki kapitałowej, potencjalne regulacje prawne mogłyby jednak wprowadzić szczególne modyfikacje do ogólnych zasad, zawartych w k.s.h.

W celu zabezpieczenia sytuacji konfliktu interesów między wspólnikami spółki kapitałowej podnosi się postulat dodatkowego wymogu w sferze ograniczeń podmiotowych takiej spółki, polegającego na ograniczeniu objęcia większości udziałów bądź akcji wyłącznie przez przedstawicieli zawodu adwokata i radcy prawnego. Ochrona interesów klientów oraz wykonywanie zawodu zgodnie z zasadami etyki, w szczególności obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej<sup>34</sup>, wymaga zbadania również zasadności wprowadzenia wymogu w zakresie organów prawnych spółek kapitałowych, w których składzie występowałiby wyłącznie adwokaci i radcowie prawni, będący wspólnikami spółki. Takie rozwiązanie umożliwiłoby faktyczny wpływ i maksymalną kontrolę nad działalnością spółki, aby była spójna z deontologią prawniczą

33 Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2024 r. poz. 18), dalej: k.s.h.

34 O tajemnicy adwokackiej stanowi art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze oraz § 19 Kodeksu Etyki Adwokackiej, o tajemnicy zawodowej radcy prawnego – art. 3 ustawy o radcach prawnych oraz art. 15 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

i prowadziła do uniknięcia ewentualnego konfliktu interesów. Zniesienie zakazu prowadzenia działalności przez adwokata i radcę prawnego w ramach spółek kapitałowych wymaga zastosowania szczególnych rozwiązań, zgodnych z zasadami wykonywania tych wolnych zawodów prawniczych oraz takich, które pozwoliłyby w najpełniejszy sposób zabezpieczyć interesy reprezentowanych klientów.

Ze względu na charakterystyczny cel spółek kapitałowych, jakim jest maksymalizacja zysku, pojawia się wątpliwość co do podstawowej motywacji wspólników spółki, jaką powinna być potrzeba niesienia pomocy. Ten konflikt moralny pojawia się nie tylko w dyskusji o dopuszczalności prawniczych spółek kapitałowych, ale istnieje od dawna w środowisku prawniczym, niezależnie od wybranej formy wykonywania zawodu. Dylemat między chęcią zysku a starannym działaniem przy udzielaniu pomocy prawnej powinien być rozstrzygany na płaszczyźnie posiadania moralnie słuszných przekonań i postępowania zgodnie z nimi, bowiem w obecnych czasach nikt nie widzi nic złego w pobieraniu zapłaty za wysiłek włożony w wykonaną pracę. Komentarza wymaga również ewolucja podejścia społeczeństwa do usług prawniczych, które dawniej postrzegało tradycyjne wolne zawody jako działające bezinteresownie i altruistycznie, natomiast obecnie pomoc prawna traktowana jest w realiach rynkowych jako usługa, co oznacza, że nabywca jest świadomy odpłatności tej usługi, a w zamian oczekuje efektywności i profesjonalizmu. Przedstawiciele zawodów adwokata i radcy prawnego wyróżnia legitymowanie się specjalistyczną wiedzą, umiejętnościami i kompetencjami oraz stosowanie się do Kodeksu etyki zawodowej. To te czynniki gwarantują klientom profesjonalizm, rzetelność i jakość usług prawniczych, a nie forma organizacyjnoprawna wykonywanej działalności.

Prawnicze spółki kapitałowe mogą stanowić pionierską płaszczyznę do rozwoju działalności prawniczej poprzez zaangażowanie inwestycyjne, zwłaszcza w obszarze nowych technologii. Wdrożenie profesjonalnych systemów zarządzania, wyspecjalizowanych systemów IT, zajmujących się nowymi metodami przetwarzania i analizowania danych, oraz wykorzystanie sztucznej inteligencji w pracy prawnika stanowią jedynie kilka przykładów działań, które mogłyby przyczynić się do osiągnięcia sukcesów w dziedzinie technologii stosowanych w usługach prawniczych. W kontekście ewentualnego wprowadzenia prawniczych spółek kapitałowych konieczne jest podejście przyszłościowe i nowatorskie, aby nie pozostać w tyle dynamicznie rozwijającego się świata. Ponadto kapitał ułatwiłby podejmowanie się spraw o charakterze interdyscyplinarnym, wymagających większego nakładu pracy i organizacji oraz współpracy nie tylko osób z branży prawniczej. Taka forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego mogłaby efektywnie reagować na współczesne wyzwania rynkowe poprzez kompleksowe i innowacyjne podejście, wspierane pozyskiwaniem znaczących środków na inwestycje, na przykład w nowe rozwiązania technologiczne, które mogłyby usprawnić i przyspieszyć świadczenie usług prawniczych oraz przyczynić się do

rozwoju nowoczesnych metod rozwiązywania sporów. Co więcej, kancelaria prawna działająca jako spółka kapitałowa mogłaby wpłynąć na szybszy rozwój i poszerzenie zakresu terytorialnego świadczonych usług w obszarze jej specjalizacji. Biznesowe podejście do rozwoju kancelarii jako przedsiębiorstwa miałyby pozytywny wpływ zarówno na profesjonalizm zarządzania, jak i jakość świadczonych usług prawnych.

## VI. PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w obliczu warunków współczesnego obrotu gospodarczego reglamentacja działalności zawodowej adwokata i radcy prawnego wymaga przede wszystkim zachowania proporcji między stopniem ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa a interesem publicznym. Należy przyznać, że świadczenie usług prawniczych przez adwokata i radcę prawnego jako przedsiębiorcę, prowadzącego kancelarię prawną, bez względu na wybraną formę organizacyjnoprawną, jest integralną częścią biznesu i rynku. Taka interpretacja działalności implikuje stwierdzenie, że adwokaci i radcowie prawni, będąc korporacyjne regulowanymi przedstawicielami zawodów zaufania publicznego, świadczą pomoc prawną na równych standardach z innymi przedsiębiorcami z innych branż, a ich usługi weryfikowane są przez klientów, których oczekiwania, w obecnych realiach rynkowych, znacząco różnią się od tych sprzed dwudziestu lat. Postulat zmian legislacyjnych, które dopuszczałyby zakładanie prawniczych spółek kapitałowych, należy uznać za słuszny i konieczny, w celu zgodności z konstytucyjnymi gwarancjami ochrony wolności prowadzenia działalności gospodarczej, dyrektywy usługowej i równego traktowania podmiotów.

Nie ma więc racjonalnego powodu, aby nie rozszerzyć obecnie zamkniętego katalogu form wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego na spółki kapitałowe. Rozpowszechnienie usług doradztwa prawnego i biznesowego, świadczonych przez szeroko rozumianą branżę finansową, consultingową czy outsourcingową, sprawia, że prawnicy nie tylko konkurują już między sobą, lecz również z innymi podmiotami, które mogą swobodnie świadczyć swoje usługi. Prawnicze spółki kapitałowe mogą stanowić kluczowy czynnik osiągnięcia sukcesu dla niektórych adwokatów i radców prawnych, umożliwiając rozwój i ekspansję działalności na szersze terytorium oraz równą konkurencję z innymi podmiotami gospodarczymi w branży usług prawniczych, zarówno w kraju, jak i za granicą.

Zakaz wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego w formie spółek kapitałowych nie tylko budzi wątpliwości co do jego konstytucyjności, ale także stwarza sygnalizowane nierówności wśród branży prawniczej o charakterze dyskryminacyjnym, co przyczynia się do nietransparentności rynku oraz uniemożliwia równą konkurencję. Właściwa interpretacja konstytucyjnej wolności gospodarczej powinna pozostawiać



wybór przedstawicielom zawodu adwokata i radcy prawnego co do formy organizacyjnoprawnej prowadzenia działalności. Zakaz wydaje się być niezasadny z uwagi na możliwość wprowadzenia rozwiązań prawnych, które skutecznie zabezpieczyłyby interes zarówno klienta, jak i wspólników spółki. Rozwiązaniem sporu toczącego się między zwolennikami i przeciwnikami prawniczych spółek kapitałowych jest postulat szczegółowej regulacji spółek w ustawach regulujących zawód adwokata i radcy prawnego jako *lex specialis*, co modyfikowałoby ogólne zasady k.s.h., stosowanego jako *lex generalis*<sup>35</sup>. W ślad regulacji francuskiej możliwa byłaby również propozycja uregulowania zbioru form spółek kapitałowych w odrębnej ustawie, która w sposób szczegółowy zawierałaby unormowania dotyczące odpowiedzialności czy odpowiedniego stopnia parytetu adwokatów i radców prawnych w organach spółki. Taka zmiana w krajowym porządku prawnym przyczyniłaby się do ustandaryzowania polskiej kultury prawnej do obecnie funkcjonującej już w Europie dopuszczalności wykonywania zawodu prawnika z tytułem zawodowym w ramach spółek kapitałowych, oraz stworzenia możliwości rozwoju działalności gospodarczej na szerszą skalę przez adwokatów i radców prawnych w ramach świadczonej pomocy prawnej.

W trwającej dyskusji na temat prawniczych spółek kapitałowych samorządy zawodowe powinny przede wszystkim wziąć pod uwagę rozwój nowych technologii i informatyzacji społeczeństwa, trendy na rynku, z którymi obecnie muszą mierzyć się prawnicy, oraz zagraniczne rozwiązania legislacyjne. Istotne jest także uwzględnienie ewolucji klienta i jego podejścia do pomocy prawnej, które w dzisiejszych czasach nie powinno stanowić argumentu za pozostawieniem obecnej regulacji. Zmian tych nie należy traktować jako sprzecznych z istotą zawodu adwokata i radcy prawnego, bowiem istnieje konieczność uelastycznienia i unowocześnienia rozwiązań dotyczących praktyki prawniczej w obliczu rosnących wymagań technologicznych oraz globalizacji rynku prawniczego. Należy jednak podkreślić, że nie każdy adwokat czy radca prawny odnajdzie szansę rozwoju w formie spółki kapitałowej, w szczególności prawnicy działający z mniejszych ośrodkach miejskich, niemniej jednak usługi prawnicze należy rozpatrywać w sposób holistyczny i wielowarstwowy, uwzględniając zróżnicowanie świadczonych usług pod względem odbiorców, modeli i obszaru specjalizacji. Takie rozwiązanie zdecydowanie urozmaiciłoby wykonywanie zawodu adwokata i radcy prawnego, jak i spełniałoby oczekiwania środowiska prawniczego dotyczące poszerzenia możliwości zdobywania rynku oraz zharmonizowałoby standardy kultury prawnej w tym obszarze z unormowaniami europejskimi.

35 P. Lewandowski, *O wykonywaniu zawodu adwokata...*

## **Michalina Kruszyńska**

*autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, aktualnie odbywającą semestr na Uniwersytecie w Bergen w Norwegii. Związana ze Studencką Poradnią Prawną UG, gdzie obecnie pełni funkcję Koordynatorki Sekcji Prawa Pracy*

*The author is a fourth-year student of Master's law studies at the Faculty of Law and Administration of the university of Gdańsk (UG), currently spending a semester at the University of Bergen in Norway. Associated with the UG Student Legal Clinic, where she acts as the Coordinator of the Labour Law Section*

### **ABSTRACT**

**Keywords:** *legal corporate entities (companies), legal form of professional practice, restriction of economic freedom, regulation of legal practice*

## **The use of legal corporate entities as an innovative form of practicing the professions of advocates and attorneys at law**

**The current Polish legal framework imposes restrictions on the choice of forms of professional practice for advocates and attorneys at law. This article examines the rationale behind the prohibition of advocates and attorneys at law establishing companies, assessing its proportionality, necessity, and compliance with the law. The author argues that allowing these two professions to set up companies could enhance growth and competitiveness, in view of the growing competition from unregulated legal consultancies and foreign corporate law firms. The article proposes a detailed regulatory approach that harmonizes economic freedom, professional practice, and market dynamics.**

### **Bibliografia**

*Analiza prawno-porównawcza ustroju korporacyjnego wolnych zawodów prawniczych oraz rynku usług prawniczych w wybranych państwach, w kontekście regulacji i rynku w Polsce z uwzględnieniem dostępności obywateli do tych usług, red. M. Masiór, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2018*

**Garlicki Stanisław**, *Charakter prawny zespołu adwokackiego i stosunku łączącego adwokata z zespołem*, „Palestra” 1964/4(76)

**Knoppek Krzysztof**, *Charakter prawny zespołu adwokackiego oraz jego rola w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1977, t. 21, nr 6 (234)

- Lewandowski Paweł**, *O wykonywaniu zawodu adwokata w formie spółki kapitałowej*, „Palestra” 2016/12
- Sołtys Bogusław**, *Działalność prawnicza w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo Przedsiębiorców*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019/4(21)
- Sołtys Bogusław**, *Formy organizacyjnoprawne świadczenia usług prawniczych i ich ograniczenia w prawie polskim*, „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego”, seria e-Monografie nr 100, Wrocław 2017
- Sołtys Bogusław**, *Niekonstytucyjność art. 8 ustawy o radcach prawnych*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019/1(18)
- Sołtys Bogusław**, *Prawnicze Spółki Kapitałowe (w:) Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, red. J. Frąckowiak, „Acta Universitatis Wratislaviensis 2013”
- Sołtys Bogusław**, *Uczestnictwo w spółkach kapitałowych jako forma wykonywania zawodu radcy prawnego*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2022/2(31)
- Studziński Wojciech**, *Czas na zmiany? Argumenty za adwokackimi spółkami kapitałowymi i przeciw nim (cz.1)*, „Palestra” 2016/10
- Studziński Wojciech**, *Czas na zmiany? Argumenty za adwokackimi spółkami kapitałowymi i przeciw nim (cz.2)*, „Palestra” 2016/11

## *Wojciech Bergier*

### **Adwokat Jakub Jacyna 1963-2024**

Poseł ks. Kaczyński natychmiast pobiegł ze mną do budki telefonicznej.  
- Czekaj Pan! Znam dobrze Jacynę, znam i Krzemieńskiego.  
Telefonuje, telefonuje... minuty życia Zawidowskiego płyną zawrotnym pędem...  
Jacyny nie ma, Krzemieńskiego telefon nieczynny!<sup>1</sup>

Historia sprzed ponad stu lat dzisiaj wraca echem... Ileż razy w gonitwie sądowej sięgam po telefon i wykręcam dobrze znany numer do Kuby.

*Telefonuję, telefonuję... Jacyny nie ma.*

Do dziś słyszę dobrze znane ironiczne zagajenie Kuby, naśladującego głos Kolegi Kierownika: „kolego Bergier, wzięlibyście się do pisania, tekstu nie ma, czasu nie ma...”

Niemal codziennie zaczynaliśmy dzień wymianą uwag na tematy polityczne, prawne i samorządowe. Wymiana ta była po doskonałym kursie dnia: Kuba przedstawiał swoje racje inteligentnie złośliwym stylem, z angielskim poczuciem humoru komentował kolejne wydarzenia. Często e-mail zaczynał się od słów „zamiast kawy”. Wiedział, że podniesie mi ciśnienie, jakbym wypił duszkiem 4 espresso.

Od lat tworzyliśmy duet, gdzie starannie pielęgnowana warszawska mądrość i odwaga Jacyny łączyła się z najwyższej próby galicyjską neurozą Bergiera. Pomysłodawcą tego tandemu był Jacyna.

To on wiele lat temu przygarnął mnie do C.H. Beck, proponując wspólną książkę o etyce adwokackiej. Pisanie kolejnych wydań (jak to określał Kuba „kolwyd”, mówiąc „kolego Bergier, nie piszesz książki tylko kolwyd pan piszesz”) było efektem wielogodzinnych rozmów, dyskusji przechodzących do kłótni o sprawy etyki zawodowej. To on mnie nauczył pewnej sztuczki przy pisaniu tekstów. Oto ona: „Bergier, ty nie pisz tyle, ty cytuj mądre teksty”.

Zatem zacytuję fragment wspomnienia o Kubie, napisanego przez Jego Rodzinę, a przeczytanego na mszy żałobnej w warszawskim kościele św. Aleksandra przez przyjaciela Kuby, mec. Stefana Jaworskiego:

---

<sup>1</sup> Z. Hofmokl-Ostrowski, *Moje obrony warszawskie. Spraw sto*, Warszawa 1926, z.2, s. 117

„Jakub Jacyna urodził się w Warszawie 28 maja 1963 roku jako najmłodszy syn Anny Jacyny z domu Stachelskiej i Jana Jacyny. Mówił o sobie, że jest człowiekiem renesansu, co wynikało z jego nietuzinkowego wykształcenia. Ukończył Technikum ogrodnicze w Warszawie, po maturze próbował zdawać na Akademię Sztuk Pięknych, ale dostał się na Wydział Rolnictwa SGGW. Później rozpoczął nowe studia na Wydziale Filozofii Akademii Teologii Katolickiej, aby ostatecznie odkryć swoją pasję i rozpocząć studia na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Po studiach poszedł na aplikację adwokacką w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie. Przez ponad 30 lat pracował w Wydawnictwie C.H. Beck, które poza środowiskiem pracy było jego drugą rodziną. 35 lat temu przed tym samym ołtarzem wziął ślub z, jak mawiał, miłością swojego życia.

Kuba był znany ze swojej wiedzy i erudycji. Miał liczne zainteresowania. Niektóre były z nim na zawsze, takie jak historia, sztuka i muzyka. W okolicy 40. urodzin Kuby pojawiła się tzw. nowa pasja – myślistwo, które w jego wydaniu sprowadzało się do wyjazdów do przyjaciół do Puszczy Knyszyńskiej, co pozwalało mu uciec od zgiełku miasta, aby pobyć w spokoju i ciszy na łonie natury (...) – Ewa, Magda, Jan i Dominika”.

Zapewne każdy z nas ma swoje wspomnienie Kuby: pamiętajmy o Nim, jego celnych uwagach, jego niepowtarzalnym stylu – szybkim deklamowaniu „dobre-dobre-dobre”, gdy coś mądrego przeczytał, i niemniej słynnym „tjaa” gdy pojawiał się problem, wówczas ściągał okulary, i przecierał szkła kawałkiem szmatki i zbierał myśli, po chwili przedstawiał swoją opinię: spokojnie i odważnie. Po adwokacku. I podobnie odszedł: spokojnie, odważnie – po adwokacku.

### ***adw. Wojciech Bergier***

*autor jest adwokatem Krakowskiej Izby Adwokackiej*

*the Author is an advocate of the Krakow Bar Association*

---

## Table of Contents

### FROM THE EDITORS

#### **Michał Bieniak**

*Neminem captivabimus nisi iure victum*.....5

### ARTICLES

#### **Piotr Rachwał**

*The axiology of the oath of an advocate and the notion of an advocate's work*.....7

#### **Jan Widacki, Anna Szuba-Boroń**

*Has the change in rape prosecution model achieved the intended effect?*.....25

#### **Szymon Tarapata**

*Selected remarks on the standards for attributing criminal liability for invoice-related offences related to the activities of an organised criminal group*.....48

#### **Dominika Bek**

*On (in)admissibility of referring a criminal case to mediation at the stage of preparatory proceedings in rem*.....74

#### **Małgorzata Gemen**

*Repudiation of an inheritance on behalf of a minor: cross-border aspect and amendment to Article 101 of the Polish Family and Guardianship Code*.....91

#### **Jarosław Marciniak**

*Protection of stability of an employment relationship of persons performing active military duty*.....102

#### **Michalina Kruszyńska**

*The use of legal corporate entities as an innovative form of practicing the professions of advocates and attorneys at law*.....116

**MEMORY COLUMNS**

***Wojciech Bergier***

*Advocate* Jakub Jacyna 1963-2024.....130





# mLegitymacja



ADWOKATURA  
POLSKA

adwokata  
aplikanta adwokackiego

prawnika zagranicznego  
adwokata niewykonującego  
zawodu.

Cyfrowa wersja dokumentu  
wydawanego  
przez okręgową radę adwokacką.  
Potwierdza uprawnienia  
zawodowe jej właściciela.

mLegitymacja adwokacka  
jest dostępna  
w aplikacji mObywatel



pobierz  
mLegitymację



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

od 1924 roku

## W numerze m. in.:

### **Piotr Rachwał**

Aksjologia roty ślubowania adwokackiego i pojęcie pracy adwokata

### **Szymon Tarapata**

Wybrane uwagi o standardach przypisywania sprawstwa przestępstw fakturowych związanych z działalnością zorganizowanej grupy przestępczej

### **Jarosław Marciniak**

Ochrona trwałości stosunku pracy osób odbywających czynną służbę wojskową

### **Michalina Kruszyńska**

Wykorzystanie prawnych spółek kapitałowych jako innowacyjna forma wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego