FORUM PRAWNICZE

NUMER 5 (73)
2022

Spis treści

ARTYKUŁY

Jacek Widło

3 **Przelew wierzytelności zabezpieczonej w prawie prywatnym międzynarodowym**

Michał Sehn

20 **Uzyskiwanie informacji o majątku dłużnika w ustawodawstwie polskim i niemieckim na tle innych wybranych porządków prawnych**

Piotr Zawiejski

36 **Klauzule odpowiedzialności zastępczej w polskim prawie karnym**

Michał Najman

50 **O pojęciu czci w prawie karnym i granicach jej prawnokarnej ochrony**

Krzysztof Kmąk

64 **Niektóre konsekwencje zmiany art. 37a k.k. na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary**

Paweł Łącki

77 **Prawa podstawowe a decyzja o własnej śmierci. Dyskurs konstytucyjny na przykładzie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2020 r.**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – na tekst główny powinno się składać maksymalnie 70 000 znaków ze spacjami;

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż na rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji; recenzje lub artykuły recenzyjne powinny mieć do 40 000 znaków ze spacjami;

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury; glosy powinny mieć do 30 000 znaków ze spacjami.

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem platformy: https://journals.law.uj.edu.pl/index.php/forum_prawnicze/about/submissions

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

Czasopismo jest wydawane na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych 4.0 Międzynarodowe (CC BY-NC-ND 4.0).

W latach 2019–2020 czasopismo wydawane jest w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

FORUM PRAWNICZE

Numer 5 (73) | 2022
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius, Universität zu Köln
prof. Gerard Bradley, University of Notre Dame, USA
prof. Bartosz Brożek, Uniwersytet Jagielloński
prof. Gergel Deli, Széchenyi István Egyetem, Győr
prof. Federico Fernández de Buján, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid
prof. Tomasz Giaro, Uniwersytet Warszawski
prof. Phillip Hellewege, Universität Augsburg
prof. Sang Yong Kim, 연세대학교 (Yonsei Daehakgyo)
prof. Hanna Knysiak-Sudyka, Uniwersytet Jagielloński
prof. Małgorzata Korzycka, Uniwersytet Warszawski
dr hab. Michał Królikowski, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Jerzy Pisuliński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafrański, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Lihong Zhang, 華東政法大學 (Huadong Zhengfa Daxue)
prof. Mingzhe Zhu, 中國政法大學 (Zhongguo Zhengfa Daxue)

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Sekretarze redakcji:
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Patryk Walczak – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia prawa i prace interdyscyplinarne we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi – Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Monika Niedźwiedź – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr hab. Marta Soniewicka – teoria i filozofia prawa, teksty interdyscyplinarne z zakresu nauk humanistycznych i społecznych – Uniwersytet Jagielloński
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Magdalena Białek
Skład: Janusz Świnarski
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright for the title © Uniwersytet Jagielloński.
Copyright for individual papers © authors under the Creative Commons license (CC-BY-NC-ND 4.0).

Jacek Widło

Przelew wierzytelności zabezpieczonej w prawie prywatnym międzynarodowym

Jacek Widło

Doktor habilitowany nauk prawnych, prof. KUL, Katedra Podstaw Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego, sędzia Sądu Najwyższego.

jwidlo@kul.pl

https://orcid.org/0000-0003-2685-8155

The Assignment of Secured Receivables in International Private Law

This article discusses the rules of the determination of the law applicable to receivables and their assignment in the light of the Rome I regulation on the law applicable to contractual obligations. It presents possible relationships between a claim as well as a claim transfer and legal ways of securing it formulating new conclusions. It makes an attempt to define the assignment of receivables and its consequences under international private law. The author mentions the possibility of the choice of law for contractual relationships that give rise to claims which are subject to assignment (assignee – debtor relationship). He also analyses the scope of the application of Article 14 of Rome I as regards a pledge on receivables. He discusses de lege ferenda postulates regarding the law applicable to the assignment of receivables. He indicates the law applicable to individual relationships resulting from the assignment (assignor – assignee, assignee – debtor and assignee – third persons other than a debtor) and the law applicable to the assignment effects in the case of the bankruptcy of the claim seller.

Słowa kluczowe: przelew wierzytelności, prawo właściwe dla wierzytelności, prawo prywatne międzynarodowe, art. 14 rozporządzenie Rzym I

Key words: assignment of receivables, law applicable to receivables, international private law, Article 14 of Rome I regulation

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.418

1. Uwagi ogólne

Przedmiotem niniejszego opracowania jest omówienie zasad poszukiwania prawa właściwego dla przelewu wierzytelności na tle rozporządzenia Rzym I[1].

Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności zabezpieczonych obecnie jest regulowane przez art. 14 Rzym I. Przepis ten składa

1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.U. UE L 177, (dalej Rzym I).

się z trzech ustępów. Przepis art. 14 ust. 1 Rzym I reguluje prawo właściwe dla przelewu w relacji pomiędzy cedentem a cesjonariuszem (stosunek cesji w aspekcie zobowiązującym i rozporządzającym). Z kolei art. 14 ust. 2 Rzym I wskazuje na prawo właściwe dla stosunku pomiędzy cesjonariuszem a dłużnikiem, a więc na ten, z którego wynika cedowana wierzytelność (relacja cedent, czyli dotychczasowy wierzyciel – a dłużnik ze stosunku podstawowego). Natomiast art. 14 Ust. 3 Rzym I wskazuje na zakres pojęcia przelewu wierzytelności w rozumieniu regulacji kolizyjnej rozporządzenia Rzym I.

Założeniem opracowania jest teza o zasadzie rozdzielności statutu właściwego dla wierzytelności i jej przelewu od statutu prawnego sposobu zabezpieczenia wierzytelności.

Oznacza to, że w przypadku przelewu wierzytelności zabezpieczonej należy odrębnie ustalać prawo właściwe dla przelewanej wierzytelności (statut przelewu wierzytelności i statut wierzytelności) od statutu prawnego sposobu zabezpieczenia (zasada odrębności statutu wierzytelności przelewanej i statutu zabezpieczenia).

Prawa właściwego dla wierzytelności i jej przelewu należy poszukiwać na gruncie Rozporządzenia Rzym I (art. 14). Temu wyłącznie zagadnieniu poświęcone jest niniejsze opracowanie.

Natomiast na gruncie kolizyjnym ustalenie prawa właściwego dla prawnego sposobu zabezpieczenia zależy od tego, czy mamy do czynienia z zabezpieczeniem osobistym, czy też rzeczowym. Co do zasady zabezpieczenia osobiste będę wynikały z umów i podlegały prawu właściwemu wskazanemu przez rozporządzenie Rzym I[2]. Dla zabezpieczeń rzeczowych właściwy będzie statut rzeczowy (miejsca położenia prawa). Z tym że w przypadku zastawu na wierzytelności i przelewu dla zabezpieczenia statut rzeczowy będzie wyznaczony przez rozporządzenie Rzym I (art. 14 ust. 3 w zw. z ust. 1 i 2 rozporządzenia Rzym I).

W przypadku przelewu wierzytelności zabezpieczonej należy odrębnie ustalać prawo właściwe dla przelewanej wierzytelności (statut przelewu wierzytelności i statut wierzytelności) od statutu prawnego sposobu zabezpieczenia.

Niekiedy od zasady odrębności statutu zabezpieczonej wierzytelności i statutu zabezpieczenia będą

2 Kwestia ta pozostaje poza zakresem analiz. Na temat prawa właściwego przede wszystkim dla zabezpieczeń osobistych zob. opracowania J. Góreckego: np. *Osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa–Katowice 2013, s. 242, tenże *Umowy kreujące osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym* (w:) *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego. Materiały konferencyjne*, (Warszawa 19–20.04.2012 r.) J. Poczobut (red.). Warszawa 2013, s. 113–125; tenże *Poręczenie w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2011 t. 9 s. 23–34; tenże, *Umowa gwarancji w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2012 t. 10 s. 33–48; tenże *Kolizyjnoprawne aspekty przewłaszczenia na zabezpieczenie* (w:) *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), Warszawa 2013, s. 749–762; tenże *Hipoteka – aspekty kolizyjnoprawne* (w:) *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Oleszce*; A. Dańko-Roesler i in. (red.), Warszawa 2012, s. 143–154 oraz W. Kurowski, *Poręczenie* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 20 B, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015, s. 328 i n.

występować wyjątki. Wyjątki te będą polegały na wpływie statutu jednego na drugi – wierzytelności na zabezpieczenie, np. przy możliwości wyboru prawa albo w braku wyboru prawa istnienia związku, który powoduje, że jeden ze statutów będzie stosowany na zasadzie najściślejszego związku – przy wykluczeniu możliwości zastosowania reguły miejsca stałego pobytu strony zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego – do drugiej z czynności – zabezpieczonej albo zabezpieczającej. Będzie to miało miejsce w wypadku zabezpieczeń osobistych. Także w przypadku zabezpieczeń rzeczowych (hipoteka) może okazać się konieczne stosowanie obu statutów łącznie dla czynności zabezpieczającej i czynności zabezpieczonej.

Stosując regułę świadczenia charakterystycznego przy braku wyboru prawa dla potrzeb ustalenia prawa właściwego (art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rzym I), należy uznać, że w stosunkach kredytowych (wierzytelności zabezpieczonej) z reguły świadczenie charakterystyczne to świadczenie kredytodawcy, pożyczkodawcy, leasingodawcy itp. W zakresie zabezpieczenia świadczenie charakterystyczne będzie świadczeniem podmiotu ustanawiającego zabezpieczenie, a nie wierzyciela, tj. poręczyciela, udzielającego gwarancji – gwaranta. W przypadku ubezpieczenia należy stosować reguły wynikające z art. 7 rozporządzenia Rzym I.

Dalsza analiza dotyczyć będzie wyłącznie kwestii ustalania prawa właściwego dla kwestii rozporządzania wierzytelnością. Kwestia przechodzenia zabezpieczeń jest przedmiotem odrębnych opracowań,[3] która to problematyka w niniejszym artykule zostanie pominięta[4]. Zamierzeniem niniejszego opracowania jest wskazanie reguł kolizyjnych wyłącznie dla wierzytelności, która jest prawem zabezpieczonym, i jej przelewu oraz ich krytyczna analiza.

2. Pojęcie przelewu

Pojęcie przelewu w świetle art. 14 ust. 3 Rzym I wskazuje na szeroki zakres jego rozumienia przy czynnościach prawnych mających za przedmiot wierzytelności. Jest to po pierwsze bezwarunkowy przelew polegający na przeniesieniu wierzytelności w drodze czynności prawnej z majątku zbywcy (cedenta) do majątku nabywcy (cesjonariusza). Przelew wierzytelności" oznacza – na gruncie kolizyjnoprawnym – umowę, na podstawie której wierzyciel przenosi przysługującą mu wierzytelność ze swojego majątku do rzecz majątku osoby trzeciej. Podstawą obligacyjną takiego przelewu może być i jest najczęściej umowa sprzedaży, ale także darowizna, wniesienie wierzytelności tytułem aportu do spółki. Obejmuje także wykonanie wszelkiego rodzaju zobowiązań polegających na przeniesieniu wierzytelności[5].

Należy uznać, że przepis także swoim zakresem obejmuje przelew wierzytelności przyszłych oraz cesję globalną. Regulacja wymienia też wprost przelew dla zabezpieczania (art. 14 ust. 3 Rzym I). Przy czym należy uznać, że dotyczy to wszelkiego rodzajów przelewów powierniczych oraz przelewu do inkasa celem ściągnięcia wierzytelności.

Artykuł 14 Rzym I obejmuje swoją regulacją zastaw na wierzytelności, zarówno zwykły, jak i rejestrowy.

3 Co do zabezpieczeń rzeczowych oprócz prac J. Góreckiego cyt w przypisie 2 zob. E. Drozd, *Kompetencja statutów rzeczowego i obligacyjnego w zakresie praw podmiotowych*, „Studia Cywilistyczne" 1979, nr 30, s, 127; J. Widło, *Zastaw rejestrowy na prawach*, Warszawa 2008, s. 556; tenże, *Mortgage in International Private Law*, „Review of European And Comparative Law", vol. 38, 2019, s. 145; M. Kaczorowska, *Koncepcja Eurohipoteki na tle praw zastawniczych na nieruchomościach w Europie*, Wrocław 2016, s, 7 in.; J. Górecki, *Prawo rzeczowe* (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo Prywatne Międzynarodowe*, t. 20B, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015, s. 933 i n; J. Górecki, *Umowy dotyczące nieruchomości w prawie kolizyjnym* (w:) *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga pamiątkowa profesora Stanisława Prutisa*, J. Bieluk (red.), Białystok 2012, s. 218.

4 J.Widło, *Mortgage in International…*, s. 145 i n; tenże, *The Assignment of Secured Receivables in International Private Law. The Law Applicable to Secured Receivables. General Comments*, „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie" 2020, t. 13, nr 1, s. 465 i n; tenże, Przelew wierzytelności zabezpieczonej i przejście zabezpieczenia w prawie prywatnym międzynarodowym w szczególności w świetle konwencji kapsztadzkiej (w:) Zabezpieczenia wierzytelności. Zagadnienia prawne, K. Szadkowski, K. Żok (red.), Warszawa 2020, s. 195; tenże, Osobiste sposoby zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym. Prawo właściwe dla poręczenia i gwarancji, Warszawa 2022.

5 Ch. Althammer, S. Makris, *Art. 14 Rome I* (w:) *Concise Commentary on the Rome I Regulation*, F. Ferrari (eds.), Cambridge 2020, s. 329.

W tych systemach prawnych jak polski, ustanowienie prawa rzeczowego i statut rzeczowy czynności prawnych na wierzytelności wyznaczony jest normą art. 14 Rzym I. W literaturze niemieckiej wskazuje się, że zakresem pojęcia i statutu przelewu objęta jest instytucja upoważnienia do inkasa wierzytelności, które daje upoważnienie ale nie przenosi wierzytelności[6]. Omawiana regulacja dotyczy także subrogacji umownej (z motywu 38 preambuły rozporządzenia, określającego *expressis verbis* zakres art. 14). Zakres przepisu dotyczyć będzie także użytkowana na wierzytelności[7].

Artykuł 14 Rzym I obejmuje swoją regulacją zastaw na wierzytelności, zarówno zwykły, jak i rejestrowy.

3. Statut umowy przelewu (skutki przelewu w relacji cedent–cesjonariusz) – art. 14 ust. 1 Rzym I[8]

Należy uznać za słuszny pogląd, że zakres art. 14 rozporządzenia Rzym I dotyczy cesji uprawnień ze zobowiązań wynikających z umów, jak i wierzytelności powstałych z innych źródeł (delikt, bezpodstawne wzbogacenie itp.). Przepis ten obejmuje swoim zakresem także subrogację umowną[9]. Dla zakresu stosowania tego przepisu, który dotyczy umownego przeniesienia praw, nie powinno mieć znaczenia umowne lub pozaumowne źródło powstania wierzytelności. Zgodnie z motywem 38 rozporządzenia Rzym I, termin „stosunek", użyty w art. 14 rozporządzenia w kontekście przelewu wierzytelności oznacza, że art. 14 ma także zastosowanie do skutków rozporządzających przelewu wierzytelności między zbywcą a nabywcą w tych porządkach prawnych, w których skutki takie są rozpatrywane odrębnie od skutków obligacyjnych. Zatem zakres art. 14 ust. 1 Rzym I dotyczy zarówno samego zobowiązania do przeniesienia wierzytelności (umowy obligacyjnej) jak i skutku rozporządzającego wierzytelnością (etapu rozporządzającego). W szczególności jest to widoczne w przypadku zastawu na wierzytelności, dla której statut rozporządzający (rzeczowy), wyznaczony jest regułami prawa właściwego dla zobowiązań umownych (art. 14 Rzym I) – statutem umownym przelewu. Zastosowania art. 14 ust. 2 Rzym I, w przypadku zastawu na wierzytelności, można doszukiwać się w zakresie ustalenia, czy dany rodzaj wierzytelności podlega zastawowi (jej zdolności zastawniczej), relacji w stosunku do dłużnika zastawianej wierzytelności, systemu zarzutów dłużnika wobec zastawnika (wierzyciela rzeczowego).

Po pierwsze, prawo właściwe dla przelewu wierzytelności będzie wyznaczone poprzez wybór prawa dokonany przez strony (art. 3 Rzym I), co jest rozwiązaniem często stosowanym. Podobnie kwestie tę ure-

6 D. Martiny, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10: *Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24)*. 5. Auflage. München 2010, s. 1074, K.W.Nörr, R. Scheyhing: *Sukcessionen. Zession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, Schuldbeitritt*, Tübingen 1983, s. 9 i n; O. Palandt, *Bürgerlisches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7*, München 2016, *Kommentar zur Kunst. 14 Rom I.*

7 A. Wowerka, *Przelew wierzytelności w świetle rozporządzenia Rzym I* (w:) „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2011, t. 9, M. Pazdan (red.), s. 39.

8 W artykule dla określenia prawa właściwego używane jest pojęcie statut (rzeczowy, wierzytelności) jako pojęcie utrwalone w prawie prywatnym międzynarodowym oznaczające prawo właściwe dla określonego zakresu normy kolizyjnej (sprawy lub grupy spraw), zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2009, s. 49.

9 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20 B, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015, s. 365; A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 39–40; O. Palandt, *Bürgerlisches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7*, München 2016, *Kommentar zur Kunst. 14 Rom I.*

gulowano wcześniej w art. 12 Konwencji rzymskiej[10] czy art. 28 konwencji nowojorskiej o cesji w handlu międzynarodowym z 2001, (która nie weszła w życie)[11]. Rozwiązanie polegające na wskazaniu prawa właściwego dla cesji, w drodze wyboru prawa, jest charakterystyczne dla ustawodawstw takich jak: austriackie, rumuńskie, szwajcarskie, litewskie, macedońskie czy też tunezyjskie.[12]

Wybór prawa jako sposób wskazania prawa właściwego dla przelewu wierzytelności w prawodawstwie polskim jest rozwiązaniem stosunkowo nowym. Pierwszy raz podstawa do zastosowania wyboru prawa dla przelewu wierzytelności powstała z chwilą wejścia w życie konwencji rzymskiej w dniu 22 stycznia 2008 roku[13]. Na tle prawa p.p.m. z 1926[14] i p.p.m. z 1965 roku[15] nie dopuszczano wyboru prawa dla czynności rozporządzających wierzytelnością – jej cesją[16]. Wybór prawa może dotyczyć każdego prawa państwa, także z poza UE. W przypadku wyboru prawa co do sytuacji czysto wewnętrznej (brak elementu międzynarodowego – „obcego"), będzie miał on charakter i skutki materialnoprawnego wskazania (por art. 3 ust. 3 i ust. 4 Rzym I)[17].

Wybór prawa może mieć charakter następczy, może także mieć charakter dorozumiany, byleby wskazywał w sposób niewątpliwy na wybrane prawo. Zarówno polskie orzecznictwo sądowe, w tym od czasów wejścia w życie ustaw z 1926 roku prawo prywatne międzynarodowe, jak i orzecznictwo sądów państw obcych wskazuje na możliwość dokonania wyboru prawa wprost albo w sposób dorozumiany, przy czym wybór prawa może mieć charakter następczy np. po zawarciu umowy[18]. Dorozumiany wybór prawa może polegać na wdaniu się w spór przed sądem i jego prowadze-

Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności będzie wyznaczone poprzez wybór prawa dokonany przez strony (art. 3 Rzym I).

10 Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r., Dz.U. z 2008 r. nr 10, poz. 57, dalej: Konwencja rzymska

11 W zakresie uregulowań kolizyjnych konwencji zgodnie z cytowanym przepisem w braku wyboru prawa należało stosować system prawny z którym umowa wykazuje najściślejsze związki. Tłumaczenie konwencji w języku polskim W. Kurowskiego (w:) KPP 2004, Nr 4, s. 1145–1193.

12 Art. 33 ust. 2 EGBGB; art. 120 ust. 1 p.p.m. rumuńskiego; art. 145 ust. 1 p.p.m. szwajcarskiego; art. 65 ust. 2 p.p.m. tunezyjskiego; § 45 austriackiej ustawy związkowej o p.p.m. z 1978 r.; art. 1127 ust. 1 pkt 7 k.c. białoruskiego; § 11 p.p.m. czeskiego i słowackiego; § 30 ust. 1 węgierskiego dekretu z 1979 r. o p.p.m. Zob. przegląd ustawodawstw w tym zakresie W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, 362–363.

13 Dz.U. z 2008 r. nr 10, poz. 57.

14 Ustawa z 2.08. 1926 r. o prawie właściwem dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Dz.U. z1926, Nr 101, poz. 581).

15 Ustawa z 12.11. 1965 r., Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1965, nr 46 poz. 290) oraz obecnie obowiązująca ustawa z 4.02. 2011 r., Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015, poz. 1792), zwana dalej p.p.m.

16 Na tle p.p.m z 1965 r., SN w wyroku z 19. 12. 2003 r. (III CK 80/02) przyjął, że „artykuł 25 § 1 p.p.m. nie uprawnia do wyboru prawa dla przelewu wierzytelności", ze względu na ochronę osób trzecich w stosunku do cedowanej wierzytelności. Zob. W. Kurowski, *Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności. Glosa do tegoż wyroku* (w:) „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2007, nr 1, s. 145, 150.

17 Na ten temat zob. J. Widło, *O dopuszczalności wyboru prawa dla umów o charakterze wewnątrzkrajowym. Uwagi na tle wyroku Trybunału Unii Europejskiej w Luksemburgu z 8 czerwca 2017 roku (C-54/16)* (w:) *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Dumkiewicz M., Kopaczyńska-Piecznik K., Szczotka J. (red.), Warszawa 2020, s. 514–516.

18 M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 92.

niu zgodnie przez strony, według reguł określonego systemu prawa merytorycznego. Przy czym polski Sąd Najwyższy uważa, że samo wdanie się w spór na tle określonego systemu prawnego jest niewystarczające dla przyjęcia dorozumianego wyboru prawa. Muszą istnieć dodatkowe okoliczności, które pozwolą na zakwalifikowanie wdania się w spór na tle określonego systemu merytorycznego jako następczy prawa. Może się bowiem okazać, że wejście w spór przez pozwanego na gruncie określonego systemu merytorycznego prawa, oznacza wyłącznie podjęcie obrony merytorycznej przed powództwem, a nie świadomy (wprost albo w sposób dorozumiany) wybór prawa merytorycznego, na podstawie którego ma być toczony spór[19]. Takim elementem może być np. dodatkowo zawarta klauzula prorogacyjna wskazująca Sąd danego państwa jako właściwy do rozstrzygnięcia sprawy, który nie byłby w normalnym toku rzeczy właściwy. Sąd Najwyższy uznał również w stosunkach konsumenckich, że zamieszczenie we wzorcu umowy konsumenckiej postanowienia przewidującego zastosowanie prawa obcego dla konsumenta, a właściwego dla twórcy wzorca, stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 385^1 § 1 k.c.[20] Wybór prawa ma charakter co do zasady nieograniczony z wyjątkami określonymi w rozporządzeniu Rzym I (umowy konsumenckie).

W braku wyboru prawa znajdą zastosowanie reguły określone w artykułach 4–8 rozporządzenia. Z tym że w pierwszym rzędzie należy rozstrzygnąć, czy nie znajdą zastosowanie reguły z artykułów 5–8 rozporządzenia, a następnie dopiero reguły z art. 4 rozporządzenia. Szczegółowe powiązania oparte są na regule świadczenia charakterystycznego, następnie uzupełniająco znajduje zastosowanie reguła najściślejszego związku (art. 4 ust. 3 i ust. 4 Rzym I).

W braku wyboru prawa znajdą zastosowanie reguły określone w artykułach 4–8 rozporządzenia. Z tym że w pierwszym rzędzie należy rozstrzygnąć, czy nie znajdą zastosowanie reguły z artykułów 5–8 rozporządzenia, a następnie dopiero reguły z art. 4 rozporządzenia.

W praktyce gdy umowa przelewu z reguły będzie stanowiła sprzedaż wierzytelności, to zastosowanie znajdzie art. 4 ust. 2 Rzym I – a więc także obrót wierzytelnościami będzie co do zasady podlegał prawu miejsca zwykłego pobytu strony zobowiązanej do spełnienia świadczenia charakterystycznego. Z reguły zobowiązanym do spełnienia świadczenia charakterystycznego – w ramach umowy przelewu – będzie zbywca wierzytelności (cedent), a więc sprzedający, darczyńca, wnoszący aport do spółki – w ramach stosunku podstawowego[21]. Pewne wątpliwości mogą

19 Wyrok SN z 20.09. 2012, IV CSK 48/2012, OSNC 2013, z. 4, poz. 53.

20 Wyrok SN z 17. 09. 2014, I CSK 555/13, OSNC 2015. z. 7–8, poz. 94. Pogląd ten może być uznany za kontrowersyjny, pozwala jednak na zachowanie właściwości prawa miejsca stałego pobytu konsumenta, służącego do ochrony jego praw.

21 Co do teorii świadczenia charakterystycznego sformułowanej przez uczonego szwajcarskiego Adolfa Schnitzera zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe…*, s. 172, M.A. Zachariasiewicz, *Prawo właściwe* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20 B, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015, s. 225 i n; F. Ferrarii

pojawić się przy faktoringu i forfaitingu, rozumianych jako kompleksowa obsługa wierzytelności, w którym może występować pakiet faktoringowy różnych świadczeń po stronie faktora, natomiast faktorant będzie zbywcą wierzytelności i odbiorcą szeregu rodzaju świadczeń. W takiej sytuacji niewykluczone jest, aby uniknąć rozczłonkowania statutu, stosowanie jako reguły – jednego statutu faktora jako nabywcy wierzytelności[22] – chyba że z okoliczności sprawy znajdzie uzasadnienie zastosowanie reguła najściślejszego związku z art. 4. ust. 3 rozporządzenia Rzym I albo gdy jest możliwe *in concreto* sprowadzenie factoringu do prostego zobowiązania do dokonania cesji wierzytelności – to prawem dla niej właściwym powinno być prawo siedziby cedenta[23].

Należy uznać, że także w przypadku przelewu dla zabezpieczenia, w braku wyboru prawa, świadczącym charakterystycznie jak w przypadku wszelkich innych zabezpieczeń jest ustanawiający zabezpieczenie – cedent – powierzający, a nie wierzyciel – przyjmujący zabezpieczenie[24]. Rola wierzyciela sprowadza się do prostego przyjęcia zabezpieczenia, nie można więc uznać, że to wierzyciel wykonuje świadczenie charakterystyczne. Natomiast zabezpieczenie ustanawia się, w braku wyboru prawa, najczęściej na podstawie prawa miejsca zwykłego pobytu cedenta. Przedmiotem cesji jest najczęściej wierzytelność pieniężna dla której w transakcjach międzynarodowych w braku wyboru prawa będzie – z reguły właściwe – prawo miejsca zwykłego pobytu cedenta jako osoby, która w zamian za świadczenie charakterystyczne – w stosunku podstawowym (stosunek wierzytelności) otrzyma świadczenie pieniężne, które nie jest z reguły świadczeniem charakterystycznym[25]. Nie przekonują poglądy[26], że świadczącym charakterystycznie jest przyjmujący zabezpieczenie – powiernik lub zastawnik – wierzyciel zabezpieczony. Pozwala to co prawda na zgranie prawa właściwego dla czynności zabezpieczonej (kredytu, pożyczki) z prawem właściwym dla zabezpieczenia w postaci zastawu czy też przelewu dla zabezpieczenia, ale odrywa wskazanie prawa właściwego od statutu rzeczowego zabezpieczenia (statutu zabezpieczenia), które będzie decydowało o jego dopuszczalności. Oznacza to także odwrócenie reguły stosowanej przy każdym innym przedmiocie zastawu (na rzeczy ruchomej), dla którego właściwy statut rzeczowy wyznaczony jest miejscem położenia przedmiotu prawa lub siedzibą (miejscem zamieszkania) podmiotu uprawnionego (europejski znak towarowy, czy prawa względne), który ustanawia zabezpieczenie a nie miejscem stałego pobytu (siedziby) wierzyciela, który przyjmuje zabezpieczenie. Sama okoliczność przyjęcia zabezpieczenia, pełnienia roli zastawnika czy też powiernika nie daje podstaw do uznania, że to oni „świadczą charakterystycznie" w ramach stosunku prawnego zabezpieczenia, a nie podmiot, który ustanawia zabezpieczenie na swoim aktywie według reguł systemu miejsca położenia prawa lub siedziby (zamieszkania) podmiotu ustanawiającego[27]. To właśnie z tymi systemami prawnymi będzie związany prawny mechanizm ustanawiania zabezpieczenia, a nie systemem prawnym wyznaczonym siedzibą wierzyciela, jak i te systemy prawne będą określały reguły zaspokojenia (egzekucji) z przedmiotu zabezpieczenia. Wierzyciel i tak będzie musiał się „udać" do systemu

(w:) *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO. CISG.CMR. FactÜ Komentar*, Ferrarii F. i in. (ed.), CH Beck 2013, s. 140; M.A. Zachariasiewicz (w:) *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, M. Pazdan (red.), Warszawa 2018, s. 623 i n.

22 Faktoring traktowany byłby jako umowa o świadczenie usług, w którym świadczenie charakterystyczne należy do faktora., Por. A. Wowerka, *Prawo właściwe dla transakcji factoringowych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2009, t. 4, s. 144.

23 M.A. Zachariasiewicz, *Komentarz do art. 4 Rozporządzenia Rzym I*, Sip Lex.

24 Podzielić należy ten pogląd wyrażony dla czynności zabezpieczających (przystąpienie do długu, gwarancja, poręczenie) tak też M.A. Zachariasiewicz, *Prawo właściwe…*, s. 242. Autor ten wyraźnie wskazał, że umowy kreujące zabezpieczenia podlegają własnemu statutowi niezależnie od prawa właściwego dla zabezpieczanego zobowiązania, zob. tamże, s. 243.

25 Wyjątkiem od tej reguły będzie np. franchising, w którym wskazuje, się na właściwość prawa miejsca stałego pobytu franchisingobiorcy (franczyzobiorcy).

26 Odmienny pogląd dla czynności powierniczych i zastawu jako czynności zabezpieczających niż wskazane w przyp. 21. por. M.A. Zachariasiewicz, *Prawo właściwe…*, s. 240 i literatura tam zacytowana.

27 Nie odnoszę tego do miejsca „zwykłego pobytu" jako łącznika z roz. Rzym I albowiem wskazane poglądy zostały sformułowane na gruncie statutu rzeczowego (art. 41 p.p.m.).

prawnego dłużnika (także w zakresie jurysdykcyjnym), by dochodzić swoich praw. Istotny jest tu więc także wzgląd praktyczny formułowanego poglądu.

Pozwoli to na „statystycznie" zgranie – w braku wyboru prawa – statutu umowy cesji (art. 14 ust. 1 Rzym I) i statutu przelewanej wierzytelności (art. 14 ust. 2 Rzym I) jako tego samego statutu w braku wyboru prawa (wyznaczonego prawem miejsca zwykłego pobytu cedenta przy cesji wierzytelności pieniężnych). Należy wskazać, że ogólnie pożądana byłaby taka sytuacja, kiedy to statut umowy przelewu wierzytelności (art. 14 ust. 1 Rzym I) i statutu wierzytelności (art. 14 ust. 2 Rzym I) był taki sam. Skutek taki można osiągnąć np. w drodze wyboru prawa[28].

Pogląd odmienny. który upatruje dla przelewu na zabezpieczenie jako prawa właściwego – prawa miejsca stałego pobytu lub siedziby kredytodawcy, należy uznać za niewłaściwy[29]. Nie można uznać, że świadczy charakterystycznie pożyczkodawca lub kredytodawca – w zakresie stosunku prawnego zabezpieczającego – przy przelewie na zabezpieczenie. Podmiot ten jedynie przyjmuje zabezpieczenie od ustanawiającego zabezpieczenie („cedenta na zabezpieczenie"). Takie założenia i pogląd nie uwzględnia akcentowanego na początku opracowania wyraźnego rozdzielenia statutu wierzytelności zabezpieczanej i statutu dla prawnego sposobu zabezpieczenia (poręczenia, przelewu na zabezpieczenia). O ile można uznać, że w zakresie stosunku podstawowego np. kredytowego świadczącym charakterystycznie (w braku wyboru prawa) jest kredytodawca (pożyczkodawca, finansujący), to w ramach stosunku zabezpieczającego podmiotem świadczącym charakterystycznie jest ustanawiający zabezpieczenie (poręczyciel, ustanawiający gwarancje – gwarant, przewłaszczający, zastawca wierzytelności, cedent przy przelewie na zabezpieczenie).

W wypadku umów kreujących wierzytelności (kredytowe, pożyczkowe), w braku wyboru prawa, można je zakwalifikować je do szeroko rozumianego katalogu umów o świadczenie usług (finansowych), co oznacza, że prawem właściwym będzie prawo strony świadczącej charakterystycznie (pożyczkodawcy, kredytodawcy).

W wypadku umów kreujących wierzytelności (kredytowe, pożyczkowe), w braku wyboru prawa, można je zakwalifikować je do szeroko rozumianego katalogu umów o świadczenie usług (finansowych), co oznacza, że prawem właściwym będzie prawo strony świadczącej charakterystycznie (pożyczkodawcy, kredytodawcy). Odrzucenie tego poglądu i przyjęcie konieczności poszukiwania prawa właściwego na tle art. 4. ust. 2 Rzym I wedle reguły świadczenia charakterystycznego daje i tak te same rezultaty. Co do zasady jednak nie ma to wpływu na statut zabezpieczenia np. przelewu dla zabezpieczenia, który jest statutem odrębnym od statutu kreowanej i zabezpieczanej wierzytelności. Tylko wyjątkowo będą to te same statuty, po pierwsze. jeżeli strony dokonają wyboru prawa tego samego systemu dla czynności

28 Tak W. Kurowski, *Przelew wierzytelności*…, s. 365, W. Kurowski (w:) *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, M. Pazdan (red.), Warszawa 2018, s. 790 in.

29 W. Kurowski, *Prawo właściwe*…, s. 371, A. Wowerka, *Przelew wierzytelności*…, s. 42 i cyt. tam literatura.

kredytowej (zabezpieczanej) i dla prawnego sposobu zabezpieczenia (czynności prawnej zabezpieczającej), w praktyce przede wszystkim osobistych zabezpieczeń wierzytelności, co w transakcjach międzynarodowych będzie jak najbardziej zasadne. Po drugie, w wyniku zastosowania reguły korekcyjnej z art. 4 ust. 3 Rzym I może się okazać, że dla czynności zabezpieczającej i zabezpieczanej należy zastosować jeden statut.

Z reguły więc statut czynności zabezpieczającej – przelewu dla zabezpieczenia, czy zastawu na wierzytelności, będzie odrębny od statutu przelewu (art. 14 ust. 1 Rzym I) czy statutu wierzytelności (art. 14 ust. 2 Rzym I) i mogą one wskazywać różne systemy prawne chyba, że strony przewidująco dokonają wyboru prawa.

Z reguły statut czynności zabezpieczającej – przelewu dla zabezpieczenia, czy zastawu na wierzytelności, będzie odrębny od statutu przelewu (art. 14 ust. 1 Rzym I) czy statutu wierzytelności (art. 14 ust. 2 Rzym I).

Racja podporządkowania przelewu na zabezpieczenie prawu ustanawiającego zabezpieczenie (cedenta jako świadczącego charakterystycznie), występuje w tych systemach które nie dopuszczają przewłaszczenie dla zabezpieczenie. W takiej sytuacji. gdy statut wierzyciela (cedenta) ustanawiającego zabezpieczenie wyłączałby ustanowienie zabezpieczenia, a statut wierzyciela zabezpieczanego dopuszczałby taką czynność, należy uznać, że nie byłaby ona ustanowiona skutecznie (dopuszczalność przelewu na zabezpieczenie). Niezależnie od tego tutaj się uwidacznia konieczność jednoczesnego respektowania statutu wierzytelności zabezpieczanej i odrębnego statutu zabezpieczenia.

Jeżeli chodzi o przelew wierzytelności przyszłej i cesję globalną, to należy zauważyć, że relacje pomiędzy cedentem a cesjonariuszem w obu wypadkach będą podlegać statutowi umowy przelewu. W przypadku umowy przelewu wierzytelności przyszłej rozstrzygającą chwilą będzie moment powstania wierzytelności[30]. Statut umowy przelewu będzie regulował dopuszczalność dokonywania i przesłanki przelewu wierzytelności przyszłej, w szczególności kwestie wystarczającej oznaczalności i chwili. w której dokonywana jest ocena, jaka wierzytelność jest przedmiotem przelewu (chwila wystąpienia skutku rozporządzającego, data zawarcia umowy przelewu). W przypadku cesji globalnej, statut umowy przelewu będzie decydował o dokonaniu przelewu pewnej grupy wierzytelności. Będzie też decydował o sposobie oznaczenia wierzytelności, chwili nastąpienia skutku rozporządzającego, okoliczności czy doszło do rozporządzenia i będzie rozstrzygał czy ocena dotyczy każdej indywidualnej wierzytelności wchodzącej w skład zbioru (ustalenie prawa właściwego dla każdej przelewanej wierzytelności)[31].

Statut umowy przelewu wierzytelności, jeżeli chodzi o jego zakres, dotyczyć będzie w szczególności: dopuszczalności dokonania takiej czynności, przesłanek zawarcia umowy, treści umowy prowadzącej do rozporządzenia wierzytelnością, praw i obowiązków stron, znaczenia zawiadomienia dłużnika, skuteczności przejścia wierzytelności w tym wierzytelności przyszłej[32]. Statut ten będzie rozstrzygał o kauzalności bądź abstrakcyjności przelewu, o tym czy umowa zobowiązująca wywoła od razu skutek rozporządzający, czy będzie konieczne zawarcie odrębnej umowy rozporządzającej. Statut ten będzie określał – w zakre-

30 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności*..., s. 380.

31 Tak też W. Kurowski, *Przelew wierzytelności*..., s. 380.

32 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności*..., s. 373.

sie skuteczności przelewu – czy umowa ma charakter konsensualny, czy realny w zakresie szerokim, to jest, czy dla skuteczności przelewu wymagane jest zawiadomienie dłużnika, czy też w braku zawiadomienia spełnienie świadczenia przez dłużnika do rąk cedenta będzie skuteczne. Będzie też określał, czy dla skutku rozporządzającego np. wobec osób trzecich konieczne będzie rejestracja wierzytelności[33].

Statut przelewu wierzytelności będzie także rozstrzygał o systemie zarzutów pomiędzy cedentem a cesjonariuszem, w szczególności będzie rozstrzygał problem odpowiedzialności cedenta za istnienie wierzytelności oraz za wypłacalność dłużnika[34], a także ewentualną odpowiedzialność kontraktową cedenta wobec cesjonariusza.

Zgodnie z art. 11 Rzym I statut *legis causae* będzie właściwy do określenia przesłanek skuteczności formalnej przelewu (zachowanie formy), oświadczenia o zawiadomieniu dłużnika o dokonanym przelewie, ewentualnie państwa dokonania czynności.

Poza zakresem rozporządzenia Rzym I znajduje się regulacja zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej. Kwestie te należy rozstrzygać na gruncie p.p.m. z 2011 (art. 11–12 w odniesieniu do osób fizycznych, art. 17–18 do osób prawnych).

W przypadku zastawu na wierzytelności statut „zastawu" rozstrzyga o przesłankach i skutkach ustanowionego zastawu. W szczególności w przypadku zastawu umownego statutowi art. 14 ust. 1 Rzym I będzie podlegało ustalenie, jakich czynności należy dokonać, by powstał zastaw, treść umowy zastawu, okoliczność, czy wymagane jest zawiadomienie dłużnika jako przesłanka skuteczności zastawu oraz w ogóle jego powstania, czy wymagana jest rejestracja zastawu w przypadku zastawu rejestrowego na wierzytelności i jaki skutek ma taka rejestracja (wpis o skutku informacyjnym, czy też konstytutywny powodujący powstanie zastawu czy też nadający skuteczność zastawu wobec osób trzecich). Prawo to określa także, kto ma zawiadomić dłużnika, jaki organ ma dokonać wpisu zastawu. Statut ten określa treść prawa zastawu, pierwszeństwo wierzyciela zabezpieczonego i przysługujące mu przywileje, wzajemne prawa i obowiązki stron, dopuszczalność zastrzegania zakazu zbycia i obciążenia przedmiotu zastawu, dopuszczalność pozaegzekucyjnych sposobów zaspokojenia, możliwość żądania przez wierzyciela zabezpieczonego spełnienia świadczenia bezpośrednio od dłużnika zastawionej wierzytelności z korektą ochronną dłużnika wynikającą ze statusu wierzytelności, o którym mowa w art. 14 ust. 2 Rzym I.

4. Statut wierzytelności (prawo właściwe regulujące skutki przelewu w relacji cesjonariusz–dłużnik)

Odrębnie uregulowano zakres prawa właściwego do skutków przelewu w relacji cesjonariusz – dłużnik, wskazując, że właściwym tutaj jest prawo przelewanej wierzytelności (statut wierzytelności). Dokonując analizy prawa właściwego w tym zakresie, należy wskazać na dwie możliwe sytuacje.

Zakładając, że przelew wierzytelności ma charakter międzynarodowy – transgraniczny, wierzytelność, która jest przedmiotem przelewu może mieć charakter krajowy w sytuacji, gdy żaden z elementów stosunku prawnego, z którego wynika wierzytelność nie zawiera elementu „obcego" (strony, stosunek, świadczenie, wykonanie i zawarcie umowy z którego wynika przelewana wierzytelność dotyczy jednego obszaru prawnego). Zgodnie z regułami prawa prywatnego międzynarodowego w jego funkcji kompetencyjnej, właściwym dla wierzytelności będzie więc prawo państwa „siedziby wierzytelności" (stosunku prawnego, z którego wynika przelewana wierzytelność). W takiej sytuacji „umiędzynarodowienie" wierzytelności wynikającej z czysto krajowego stosunku prawnego następuje dopiero na skutek zawarcia „międzynarodowej" umowy przelewu, w której np. cesjonariusz ma miejsce stałego pobytu, w innym państwie niż strony ze stosunku podstawowego (z której wynika przelewana wierzytelność w relacji cedent – dłużnik) – czysto wewnętrznego (krajowego) przelewanej wierzytelności. Teoretycznie można sobie także wyobrazić sytuację, że do „umiędzynarodowienia" wierzytelności powstałej jako czysto krajowa, dochodzi na skutek subrogacji ustawowej, albo zmiany zwalniającej dłużnika, którym jest podmiot z innego obszaru prawnego niż prawo „państwa wierzytelności".

33 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 374, A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 55.

34 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 373, A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 55.

Druga sytuacja ma miejsce wtedy, gdy wierzytelność podlegająca przelewowi wynika ze stosunku prawnego z elementem obcym. Wówczas zachodzi potrzeba ustalenia prawa właściwego dla tego stosunku podstawowego (statutu wierzytelności).

Należy zgodzić się z poglądem, że art. 14 ust. 2 Rzym I posługuje się łącznikiem obiektywnym – prawu przenoszonej wierzytelności[35].

Natomiast nie można się zgodzić z twierdzeniem, że prawo wyznaczone art. 14 ust. 2 Rzym I i art. 36 p.p.m.[36] poddające skutki przelewu wobec dłużnika i wobec osób trzecich – prawu właściwemu dla przenoszonej wierzytelności – wyłącza możliwość dokonania wyboru prawa, a zastosowanie znajdzie system prawny wskazany wyłącznie łącznikiem obiektywnym – niezależnym od woli stron umowy przelewu[37].

Prawo właściwe dla przenoszonej wierzytelności wyznaczone jest poprzez poszukiwanie prawa właściwego dla stosunku prawnego – z reguły umownego – z którego wynika wierzytelność (*lex causae*). Może to także dotyczyć wierzytelności ze zobowiązań pozaumownych, deliktów, *culpa in contrahendo*, bezpodstawnego wzbogacenia. W takiej sytuacji prawem właściwym dla przenoszonej wierzytelności będzie prawo właściwe dla stosunku umownego albo pozaumownego z którego wynika cedowana wierzytelność, które ustalane jest na zasadach ogólnych. Jak wcześniej zauważono cedowana wierzytelność może wynikać ze stosunku prawnego np. umowy o charakterze czysto wewnętrznym, w którym nie występuje element obcy.

A więc po pierwsze, w sytuacjach gdy wierzytelność pochodzi ze stosunku prawnego czysto krajowego bez elementu obcego, podlega prawu państwa gdzie powstał stosunek prawny, z którego wynika wierzytelność (państwo miejsca stałego pobytu lub siedziby cedenta i dłużnika). Nie ma miejsce tutaj na poszukiwanie prawa właściwego gdyż brak jest elementu obcego i przedmiotu do rozstrzygania kolizji gdyż takowe nie powstają. W takiej sytuacji normy prawa prywatnego wyrażają regułę kompetencyjną właściwości prawa obszaru państwa obu stron stosunku, z których wynika wierzytelność. Wybór prawa jest co do zasady wyłączony. A dokonany wybór prawa może mieć – w takiej sytuacji krajowej – skutek materialnoprawnego wskazania. Jeżeli strony odwołają się w takiej sytuacji do określonego obcego systemu prawnego, to może być on zastosowany w ramach regulacji dyspozytywnych prawa właściwego natomiast nie może uchylić stosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących prawa państwa właściwego (art. 3 ust. 3 Rzym I)[38].

W drugiej sytuacji, jeżeli wierzytelność wynika ze stosunku prawnego o charakterze międzynarodowym, znajdą dla niego zastosowanie reguły ogólne poszukiwania prawa właściwego. Dla stosunków umownych możliwy jest więc wybór prawa zgodnie z art. 3 Rzym I. Nie można znaleźć żadnego racjonalnego powodu, czy argumentacji jurydycznej, by przyjąć istnienie jakiegokolwiek ograniczenia możliwości wyboru prawa dla stosunku podstawowego umownego – pomiędzy cedentem a dłużnikiem, z którego wynika cedowania wierzytelność. Nie można znaleźć jakichkolwiek zakazów, by nie uznać – za prawo właściwe – to wskazane przez strony w drodze wyboru prawa, dla stosunku z którego wynika cedowana wierzytelność. Nic też nie stoi na przeszkodzie, aby strony umowy cesji wierzytelności wybrały prawo, które jest właściwe dla cedowanej wierzytelności a wyznaczone właściwością prawa dla stosunku podstawowego, z którego wynika cedowana wierzytelność. W braku wyboru prawa, ustalenie prawa właściwego dla stosunku podstawowego odbywa się w oparciu o reguły wynikające z art. 4–8 Rzym I. W innym przypadku oznaczałoby to, że strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla umowy z elementem obcym ale prawo to nie będzie właściwe dla oceny skutków cesji na linii cedent–dłużnik, czyli dla ustalenia statutu cedowanej wierzytelności wynikającej z określonego stosunku prawnego (podstawowego), dla którego strony dokonały wyboru prawa. Oznaczałoby to stosowanie różnych reguł dla tej samej wierzytelności pieniężnej w zależności od tego, czy dotyczy to ustalenia prawa właściwego z tego samego stosunku dla np. sposobu zapłaty ceny, a innych reguł

35 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 368–369.

36 Ustawa z 4.02. 2011 r., Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015, poz. 1792), zwana p.p.m. z 2011.

37 Tak W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 369.

38 J. Widło, *O dopuszczalności wyboru prawa…*, s. 515–516.

określonego systemu dla ustalenia zakresu i jego stosowania na potrzeby oceny skutków przelewu tej wierzytelności w relacji cesjonariusz–dłużnik – a więc statutu wierzytelności z tego stosunku. Taki kierunek interpretacji należy odrzucić.

Zachowują tutaj aktualność uwagi poczynione przy poszukiwaniu praw właściwego w braku wyboru prawa na tle prawa właściwego dla umowy przelewu. W pierwszej kolejności należy ustalać prawo właściwe na podstawie reguł z art. 5–8 Rzym I, a następnie na podstawie art. 4. W braku „imiennie" określonych presumpcji znajdzie zastosowanie reguła świadczenia charakterystycznego.

Przykładowo prawem właściwym dla wierzytelności pieniężnych z umowy sprzedaży, w braku wyboru prawa, będzie prawo miejsca zwykłego pobytu sprzedającego, dla świadczenia usług – usługodawcy. W praktyce w większości takich przypadków na tle art. 14 ust. 2 Rzym I będzie to prawo świadczącego charakterystycznie (świadczenie niepieniężnie), któremu będzie przysługiwała wierzytelność pieniężna jako cedentowi. Będzie więc to prawo miejsca zwykłego pobytu cedenta. Oczywiście ten sposób rozumowania nie znajdzie zastosowania w przypadku cesji, w praktyce niezwykle rzadkiej, wierzytelności niepieniężnych. Podobnie, jeżeli przedmiotem cesji jest wierzytelność pieniężna ze stosunków prawnych o świadczenie usług, umowy pożyczki czy kredytu. W tych wypadkach będzie to prawo właściwe dla miejsca zwykłego pobytu spełniającego świadczenie charakterystyczne, a więc kredytodawcy albo pożyczkodawcy, któremu przysługuje cedowana wierzytelność pieniężna.

W konkluzji tej części rozważań wyznaczanie prawa właściwego dla cedowanej wierzytelności odbywa się poprzez poszukiwanie prawa właściwego dla stosunku prawnego, z którego wynika cedowana wierzytelność i w takim przypadku prawo właściwe może być wyznaczone zarówno poprzez wybór prawa, jak i w braku wyboru – poprzez łączniki obiektywne wynikające z art. 4–8 Rzym I[39]. Odpowiada to tendencji do absorpcji w ramach jednego statutu, a nie jego rozczłonkowywania. Tak ustalane prawo dla wierzytelności *de lege lata* stanowi także statut wierzytelności.

Jeżeli wierzytelność wynika ze stosunku prawnego o charakterze międzynarodowym, znajdą dla niego zastosowanie reguły ogólne poszukiwania prawa właściwego. Dla stosunków umownych możliwy jest więc wybór prawa zgodnie z art. 3 Rzym I.

Powyższe reguły służą także do ustalania prawa właściwego dla wierzytelności podlegających prawnym sposobom zabezpieczenia. Statut wierzytelności będzie wynikał z prawa właściwego dla stosunku prawnego, z którego wynika wierzytelność jako względne prawo podmiotowe.

Doktryna prawa prywatnego międzynarodowego próbując określić statut wierzytelności, z reguły odwołuje się do dwóch koncepcji, tj. „miejsca położenia wierzytelności" oraz „źródła pochodzenia wierzytelności". Dominująca grupa poglądów odwołuje się do statutu obligacyjnego stosunku prawnego z którego wierzytelność wynika[40].

39 Tak też wyraźnie szczególności A.J. Belohlawek, *Komentarz do art. 14 Rzym I*, t. 2, Warszawa 2010, s. 238, Wyrok Sądu z Brukseli z 17. 03. 2000 r. (w:) „Jurnal des Tribuunax" 2001, s. 740, A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 54.

40 Tak też M.A. Zachariasiewicz, *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru prawa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 1983, s. 70,

Rozwiązanie to pomimo wątpliwości i wad[41] należy uznać *de lege lata* za optymalne.

Odnosząc się do wymienianych wad tego rozwiązania, należy zauważyć, że problem częściowego lub złożonego wyboru prawa będzie wynikał z autonomii woli stron. Podmioty dokonujące częściowych wyborów prawa będą ponosić tego konsekwencje. Możliwe jest także w takiej sytuacji zmiana lub uchylenie wyboru prawa, także następczo. W przypadku statutu wierzytelności przyszłych możliwe jest wskazanie statutu właściwego dopiero na moment powstania wierzytelności, z którą to chwilą większość ustawodawstw wiąże możliwość nastąpienia skutku rozporządzającego wierzytelnością przyszłą. Możliwe są tu dwa rozwiązania. Po pierwsze, o tym, czy nastąpi przelew i czy wierzytelność przyszła była wystarczająco zindywidualizowana, zadecyduje chwila późniejsza – powstania i zindywidualizowania wierzytelności. Z tą chwilą – powstania wierzytelności – następuje z reguły skutek rozporządzający wierzytelnością przyszłą. Ta chwila również może być miarodajną (subokreślnik temporalny) dla ustalenia prawa właściwego dla wierzytelności. W takiej sytuacji byłby właściwy ten statut, który byłby właściwy dla wierzytelności. Z reguły to będzie ten sam statutu, który jest właściwy dla czynności zobowiązujących. On będzie właściwy do oceny, czy spełniono przesłanki przelewu wierzytelności przyszłej, chwili przelewu i jej wystarczającej identyfikacji. Dotyczy to także wierzytelności przyszłych sensu stricto.

Po drugie, problem ustalenia prawa właściwego dla wierzytelności przyszłej, może być także rozwiązany przez odwołanie się do mechanizmu ustalenia stosunku prawnego, z którego będzie wynikać wierzytelność przyszła, w tym także wierzytelność przyszła sensu stricto. W takiej sytuacji problem prawa właściwego, jest porównywalny z kwestią wystarczającej identyfikacji wierzytelności przyszłej dla potrzeb przelewu. Jeżeli wierzytelność przyszła będzie wystarczająco identyfikowalna dla potrzeb przelewu, a można tego dokonać wyłącznie przez odwołanie się do elementów zobowiązaniowego stosunku prawego, z którego będzie wynikać, to w takiej sytuacji jest możliwe ustalenie poprzez elementy tego stosunku prawnego, jakiemu prawu będzie wierzytelność podlegać. Elementy te to: podmioty stosunku, rodzaj umowy, charakter świadczeń stron. Ostateczna ocena będzie miała miejsce w chwili powstania wierzytelności.

Prawem właściwym dla wierzytelności pieniężnych z umowy sprzedaży, w braku wyboru prawa, będzie prawo miejsca zwykłego pobytu sprzedającego, dla świadczenia usług – usługodawcy.

Alternatywnym rozwiązaniem jest przyporządkowanie statutu wierzytelności miejscu zwykłego pobytu cedenta. W odniesieniu do skutków przelewu wobec osób trzecich takie rozwiązanie znalazło swoje odzwierciedlenie w Konwencji nowojorskiej z 2001 (która nie weszła w życie) oraz projekcie rozporządzenia Rzym I[42].

Rozwiązane takie charakterystyczne dla systemu anglosaskiego[43] wymagało by *de lege lata* wyraźnej regulacji normatywnej i wyrażenia tej zasady *expressis*

przyp. 9; E. Drozd, *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym* (w:) *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Prof. Józefowi Skąpskiemu*, A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar (red.), Kraków 1994, s. 38; W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 101–102 oraz orzecznictwo na tle art. 12 konwencji rzymskiej, wyrok SN z19.12. 2003, III CK 80/0.

41 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 388.

42 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 389.

43 W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 389.

verbis w rozporządzeniu Rzym I, czego brak obecnym stanie prawnym. Oznaczałoby, że inne reguły dotyczą ustalania prawa właściwego dla wierzytelności jako uprawnienia wynikającego ze stosunku zobowiązaniowego a innego dla przelewu tej wierzytelności. Nie byłoby to rozwiązanie też wolne od wad wynikających z możliwości zmiany miejsca zwykłego pobytu cedenta. Mogłoby też oznaczać, przy niewątpliwej prostocie takiego rozwiązania, zastosowanie prawa państwa, którego system może nie mieć wiele wspólnego ze stosunkiem prawnym z którego wynika przelewana wierzytelność, chociaż z reguły taki związek będzie istniał. Jak wykazała wcześniejsza analiza z reguły prawem właściwym przy cesji wierzytelności pieniężnej (relacja cesjonariusz dłużnik) będzie prawo miejsca pobytu zwykłego cedenta.

Dlatego rozwiązanie odwołujące się do prawa właściwego dla stosunku prawnego, z którego wynika cedowana wierzytelność stanowi najwłaściwsze rozwiązanie. Pozwala ono zarówno na ustalenie prawa właściwego w drodze wyboru prawa, a w braku takiego wyboru na zastosowanie łączników obiektywnych, z niezbędną możliwością korektury poprzez zastosowanie prawa najściślej związanego (art. 4 ust. 3 Rzym I).

Wreszcie cedowana wierzytelność może wynikać ze stosunków pozaumownych jak *culpa in contrahendo*, czyn niedozwolony czy też bezpodstawne wzbogacenie. W takiej sytuacji statut deliktowy, szerzej pozaumowny, będzie różny od statutu wierzytelności wyznaczony sztywnym obiektywnym łącznikiem miejsca stałego pobytu cedenta. W konkluzji, wskazane rozwiązanie prawa właściwego – państwa stałego pobytu cedenta – można rozważać w kategoriach interesujących postulatów *de lege ferenda*.

Zakres statutu wierzytelności obejmował by takie kwestie jak: zbywalność samej wierzytelności (ze względu na charakter i źródło, np. wynagrodzenie o pracę, o zadośćuczynienie, wynikające z prawa autorskiego), przesłanki skuteczności takiego zbycia wobec dłużnika zbywanej wierzytelności (czy konieczne jest jego zawiadomienie, od kiedy się liczy początek jego ochrony i kiedy się kończy, jaki jest skutek przelewu w przypadku zawiadomienia o cesji która była nieważna) oraz relacji między nabywcą wierzytelności a jej dłużnikiem, w tym zwalniającego skutku świadczenia dłużnika, systemu zarzutów dłużnika wobec cesjonariusza, w tym zarzutu potrącenia pomimo braku tożsamości strony dłużnej i wierzycielskiej. Statut ten rozstrzyga problem skutków zastrzeżenia *pactum de non cedendo* oraz to, czy istnieje konieczność zgody dłużnika na przelew, czy też taka zgoda nie jest konieczna.

5. Skutki przelewu wobec osób trzecich

Rozwiązania dotyczące poszukiwania prawa właściwego dla skutków przelewu wobec osób trzecich mogą przybiegać w różnych kierunkach. Obecnie dominuje stanowisko, że w rozporządzeniu Rzym I występuje swoista luka konstrukcyjna, polegająca na braku uregulowania skutków przelewu[44] w stosunku do osób trzecich innych niż – niż dłużnik cedowanej wierzytelności[45]. Przy tym założeniu uregulowanie przelewu nie byłoby kompletne w rozporządzeniu Rzym I. Po pierwsze, stanowisko to wywodzi się z faktu, że projekt rozporządzenia zawierał tę regulację natomiast ostateczna wersja już nie. Po drugie, nie przypadkiem dodano klauzulę przeglądową w art. 27 ust. 2 Rzym I[46].

Na etapie projektu rozporządzenia Rada zaproponowała, by wziąć pod rozwagę rozwiązania najbardziej popularne na świecie takie jak: 1. Łącznik prawa właściwego dla wierzytelności (statutu wierzy-

44 D. Martiny: *Forderungsübetragung In: Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge. 7. neu bearbeitete Auflage*, Köln 2010, s. 294; O. Palandt, *Bürgerlisches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7*, München 2016, *Kommentar zur Kunst. 14 Rom I.*; Ł. Żarnowiec, *Komentarz do art. 14 Rzym I*, SIP Lex; A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 35–61.

45 Tak też TSUE w wyroku z dnia 9 października 2019 r., C-548/18, Bgl Bnp Paribas Sa Przeciwko Teambank Ag Nürnberg., w którym stwierdzono, że „art. 14 rozporządzenia Rzym I należy interpretować w ten sposób, że nie wskazuje on – ani bezpośrednio, ani poprzez analogię – prawa właściwego dla kwestii skuteczności wobec osób trzecich przelewu wierzytelności w przypadku wielokrotnego przelewu wierzytelności dokonywanego przez tego samego wierzyciela na rzecz kolejnych cesjonariuszy".

46 Art. 27 ust. 2. Do 17. 06. 2010 r. Komisja przedkłada Parlamentowi Europejskiemu, Radzie i Europejskiemu Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu sprawozdanie na temat kwestii skuteczności przelewu lub subrogacji wobec osób trzecich oraz kwestii pierwszeństwa przenoszonej wierzytelności przed prawami innych osób.

telności – art. 14 ust. 2 Rzym I albo 2. Łącznik statutu cesji – prawa właściwego dla umowy cesji – art. 14 ust. 1 Rzym I albo 3. łącznik siedziby cedenta[47].

Co do relacji ochronnych osób trzecich, po pierwsze za interesujące rozwiązanie uznać należy propozycję stosowania rzeczywistej siedziby cedenta, zgodnie z regułą art. 30 konwencji nowojorskiej z 2001 o przelewie wierzytelności (nieratyfikowanej przez Polskę)[48]. Rozwiązanie te jednak można jednak rozważać w kategoriach postulatów *de lege ferenda* i prac koncepcyjnych, o których dalej.

Ostatecznie przyjmując zapatrywanie o istnieniu swoistej luki regulacyjnej, polski ustawodawca postanowił kwestie tę unormować w art. 36 p.p.m. z 2011 r. Zgodnie z tym przepisem „prawo państwa, któremu podlega przelewana wierzytelność rozstrzyga o skutkach przelewu wobec osób trzecich"[49]. Stosuje się tu więc prawo zgodnie z art. 14 ust. 2 Rzym I, a więc ten sam statut, który rozstrzyga o skuteczności przelewu wobec dłużnika przelewanej wierzytelności. Pogląd wskazujący, że rozporządzenie kwestię tę reguluje i że stosuje się w stosunku do osób trzecich normę art. 14 ust. 1 Rzym I[50] wobec tych argumentów należy uznać za nietrafny[51].

Rozwiązanie zastosowane w art. 36 p.p.m. ma niewątpliwe zalety. Po pierwsze, synchronizuje reguły prawa właściwego dla relacji z dłużnikiem, jak i innymi osobami trzecimi. Dłużnik jest także „osobą trzecią" względem stosunku przelewu wierzytelności. Trudno znaleźć uzasadnienie dla zróżnicowania reguł poszukiwania prawa właściwego dla dłużnika i „innych" osób trzecich względem umowy przelewu. Problem z ustaleniem prawa właściwego w przypadku cesji globalnej, jak i wierzytelności przyszłych można rozwiązać jak w przypadku poszukiwania statutu właściwego dla wierzytelności (art. 14 ust. 2 Rzym I, por. wcześniejsze rozważania). W związku z tym, że rozwiązanie to odwołuje się do statutu wierzytelności z art. 14 ust. 2 Rzym I, uwagi dotyczące sposobu ustalania prawa właściwego aktualne są dla relacji z osobami trzecimi, dlatego zbędne jest powtarzanie tej analizy.

Jako osoby trzecie względem przelewu wierzytelności, których interes prawny może być związany z dokonanym przelewem, są wymieniane: kolejni cesjonariusze tej samej wierzytelności (konkurencyjni cesjonariusze przy przelewie wielokrotnym), kolejni nabywcy tej samej wierzytelności – cesjonariusze – (przy łańcuchu przelewu tej samej wierzytelności), wierzyciele cedenta którego majątek może zostać uszczuplony w drodze cesji przez co istnieć może mniejsza możliwość zaspokojenia, wierzyciele cesjonariusza, który uzyskuje dodatkowy aktyw w swoim majątku, syndyk masy upadłości cedenta[52], osoba, która ustanowiła prawny sposób zabezpieczenia wierzytelności (poręczyciel, zastawca).

Należy dodać, że w 2018 roku opublikowano projekt rozporządzenia w sprawie prawa właściwego dla skutków przelewu wierzytelności wobec osób trzecich, opracowany i przedstawiony przez Komisję Europejską w marcu 2018 roku. Był on skutkiem dokonanego przeglądu wynikającego z art. 27 ust. 2 Rzym I i sprawozdania *British Institute of International and Comparative Law* oraz sprawozdania *Komisji Europejskiej z 2016* roku[53]. Projekt rozporządzenia zawiera zasadę

47 Tak też A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 44; Ł. Żarnowiec, *Komentarz do art. 14 Rzym I*, SIP Lex, rozwiązanie nawiązuje do art. 22 Konwencji Narodów Zjednoczonych o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym z 12. 12. 2001 r., która – na skutek nieosiągnięcia minimum ratyfikacyjnego – dotychczas nie weszła w życie, wymagana jest ratyfikacja co najmniej pięciu państw. Tekst wraz z informacjami stanu ratyfikacji http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-17&chapter=10&lang=en) (dostęp 2.11.2022).

48 A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 53

49 Tak W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 365; A. Wowerka, *Przelew wierzytelności…*, s. 46. Przeciwko takiemu rozwiązaniu wypowiadał się K. Zawada, uznając, że regulacja ta jest zbędna, zob. K. Zawada, *Europeizacja międzynarodowego prawa zobowiązań umownych. Od konwencji rzymskiej do rozporządzenia rzymskiego w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, „Przegląd Sądowy" 2010, nr 5, s. 31.

50 A. Flessner, H.L.E. Verhagen, *Assignment in European Private International Law*, Sellier 2006, s. 24–26.

51 M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 422–426.

52 Tak W. Kurowski, *Przelew wierzytelności…*, s. 386.

53 W. Kurowski, *Kolizyjnoprawna problematyka skuteczności przelewu wierzytelności wobec osób trzecich – projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa właściwego dla skutków przelewu wierzytelności*

(art. 4 ust. 1 projektu), która wchodzi w rachubę jeżeli nie będą miały miejsce wyjątki określone m.in. w art. 4 ust. 2 projektu.

Zgodnie z art. 4 ust. 2, w przypadku cesji a) „gotówki złożonej na rachunku w instytucji kredytowej" oraz b) wierzytelności z instrumentu finansowego, skutki przelewu wierzytelności wobec osób trzecich podlegają prawu właściwemu dla przenoszonej wierzytelności. W odniesieniu do skuteczności przelewu wierzytelności wobec osób trzecich w ramach sekurytyzacji projekt rozporządzenia dopuszcza, by zbywca (podmiot inicjujący) oraz nabywca (podmiot celowy) dokonali wyboru prawa przenoszonych wierzytelności jako prawa właściwego dla skutków ich cesji wobec osób trzecich. W przypadku gdy do wyboru prawa by nie doszło, miarodajnym statutem stałoby się prawo miejsca zwykłego pobytu zbywcy. Wybór prawa może być dokonany wyraźnie w umowie cesji w ramach sekurytyzacji albo też w odrębnej umowie. Ważność materialna i formalna wyboru prawa podlega prawu wybranemu (art. 4 ust. 3 zd. 2 projektu).

W pozostałych przypadkach dla skutków przelewu właściwe jest prawo prawa państwa, w którym cedent ma miejsce zwykłego pobytu w miarodajnej chwili (art. 4 ust. 1 projektu)[54].

6. Problem upadłości (wzmianka)

Problem upadłości jednej ze stron umowy przelewu i stosowania prawa właściwego w takim przypadku reguluje obecnie od dnia 26 czerwca 2017 roku, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r., w sprawie postępowania upadłościowego[55] które zastąpiło poprzednio obowiązujące rozporządzenie upadłościowe (art. 91 i art. 92). Nowe rozporządzenie w analizowanym zakresie – prawa właściwego dla upadłości, w szczególności zasad dotyczących prawa właściwego dla nieważności, zaskarżania, względnej bezskuteczności czynności prawnych dokonanych ze szkodą dla ogółu wierzycieli (art. 7 ust. 2 lit. m) i możliwości powołania się na prawo właściwe dla kwestionowanej czynności – innego niż państwo wszczęcia postępowania upadłościowego (art. 16 lit. a *lex concursus*) – nie uległo zmianie i nie uległy zmianie zasady wynikające z tych przepisów. Istnieją te same reguły na tle obecnie obowiązującego rozporządzenia jak na tle poprzednio obowiązującego. Zasady z art. 4 ust. 2 lit. m i art. 13 poprzednio obowiązującego, odnoszą się odpowiednio do art., 7 ust. 2 lit. m[56] i art. 16 lit. a[57] nowego rozporządzenia upadłościowego 2015/848. Co od zasady prawem właściwym dla skutków ogłoszonej upadłości jest prawo państwa wszczęcia postępowania upadłościowego. W praktyce istotne znaczenie będzie miała kwestia wykonania umowy przelewu i przelewu wierzytelności przyszłej w sytuacji gdy pomiędzy datą zwarcia umowy przelewu a nastąpieniem skutku rozporządzającego nastąpiła upadłość cedenta, a także bezskuteczności przelewu, jak i skutków i dopuszczalności przelewu wierzytelności upadłego.

Bibliografia

Althammer C., Makris S., *Art. 14 Rome I* (w:) *Concise Commentary on the Rome I Regulation*, F. Ferrari (eds.), Cambridge 2020.

Belohlawek A. J., *Komentarz do art. 14 Rzym I*, t. 2, Warszawa 2010, s. 238, Wyrok Sądu z Brukseli z 17. 03. 2000 r. (w:) „Jurnal des Tribuunax" 2001.

Czepelak M., *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.

Drozd E., *Kompetencja statutów rzeczowego i obligacyjnego w zakresie praw podmiotowych*, „Studia Cywilistyczne" 1979, nr 30, s, 127.

wobec osób trzecich (COM(2018) 96 final), t. 25, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2019, M. Pazdan (red.), s. 74 i n.

54 Co do szerszego omówienia Kurowski W, *Kolizyjnoprawna problematyka skuteczności…*, s. 75 i n.

55 Wersja przekształcona Dz.Urz. UE L 2015, nr 141, s. 19.

56 Art. 7 ust. 2 lit m głosi: Prawo państwa wszczęcia postępowania określa przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego, sposób jego prowadzenia i zakończenia. W szczególności określa ono: zasady dotyczące nieważności, zaskarżania lub względnej bezskuteczności czynności prawnych dokonanych ze szkodą dla ogółu wierzycieli (lit. m).

57 Art. 16 głosi: „Art. 7 ust. 2 lit. m) nie ma zastosowania w wypadku, gdy osoba, która odniosła korzyść z czynności dokonanej z pokrzywdzeniem ogółu wierzycieli wykaże, że:
a) czynność ta podlega prawu innego państwa członkowskiego niż państwa wszczęcia postępowania; oraz
b) prawo tego państwa członkowskiego nie pozwala żadnymi środkami zaskarżyć tej czynności prawnej w odnośnej sprawie".

Drozd E., *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym* (w:) *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Prof. Józefowi Skąpskiemu*, A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar (red.), Kraków 1994.

Ferrarii F. i in., *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO. CISG. CMR. FactÜ Komentar*, Ch Beck 2013.

Flessner A., Verhagen H.L.E., *Assignment in European Private International Law*, Sellier 2006.

Górecki J., *Hipoteka – aspekty kolizyjnoprawne* (w:) *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Oleszce*, A. Dańko-Roesler i in. (red.), Warszawa 2012, s. 143–154

Górecki J., *Kolizyjnoprawne aspekty przewłaszczenia na zabezpieczenie* (w:) *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), Warszawa 2013, s. 749–762

Górecki J., *Osobiste sposoby zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym. Prawo właściwe dla poręczenia i gwarancji*, Warszawa 2022.

Górecki J., *Osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa–Katowice 2013.

Górecki J., *Poręczenie w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2011, t. 9, s. 23–34.

Górecki J., *Umowa gwarancji w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2012 t. 10, s. 33–48.

Górecki J., *Umowy dotyczące nieruchomości w prawie kolizyjnym* (w:) *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga pamiątkowa profesora Stanisława Prutisa*, J. Bieluk (red.), Białystok 2012, s. 218.

Górecki J., *Umowy kreujące osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym* (w:) *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego. Materiały konferencyjne*, (Warszawa 19–20.04.2012 r.), J. Poczobut (red.). Warszawa 2013, s. 113–125.

Kaczorowska M., *Koncepcja Eurohipoteki na tle praw zastawniczych na nieruchomościach w Europie*, Wrocław 2016.

Kurowski W., *Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności. Glosa do tegoż wyroku* (w:) „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2007, nr 1.

Martiny D., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 10:Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). 5. Auflage*, München 2010.

Palandt O., *Bürgerlisches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7*, München 2016.

Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018.

Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2009, s. 49.

Widło J., *Mortgage in International Private Law*, „Review of European And Comparative Law", vol. 38, 2019.

Widło J., *O dopuszczalności wyboru prawa dla umów o charakterze wewnątrzkrajowym. Uwagi na tle wyroku Trybunału Unii Europejskiej w Luksemburgu z 8 czerwca 2017 roku (C-54/16)* (w:) *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Dumkiewicz M., Kopaczyńska-Pieczniak K., Szczotka J. (red.), Warszawa 2020.

Widło J., *Przelew wierzytelności zabezpieczonej i przejście zabezpieczenia w prawie prywatnym międzynarodowym w szczególności w świetle konwencji kapsztadzkiej* (w:) *Zabezpieczenia wierzytelności. Zagadnienia prawne*, K. Szadkowski, K. Żok (red.), Warszawa 2020.

Widło J., *The Assignment of Secured Receivables in International Private Law. The Law Applicable to Secured Receivables. General Comments*, „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie" 2020, t. 13, nr 1.

Widło J., *Zastaw rejestrowy na prawach*, Warszawa 2008.

Wowerka A., *Przelew wierzytelności w świetle rozporządzenia Rzym I* (w:) „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego", t. 9, M. Pazdan (red.), Katowice 2011..

Zachariasiewicz M. A., *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru prawa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 1983.

Zawada K., *Europeizacja międzynarodowego prawa zobowiązań umownych. Od konwencji rzymskiej do rozporządzenia rzymskiego w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, „Przegląd Sądowy" 2010, nr 5, s. 16–32.

Michał Sehn

Uzyskiwanie informacji o majątku dłużnika w ustawodawstwie polskim i niemieckim na tle innych wybranych porządków prawnych

Michał Sehn

Radca prawny, doktor nauk społecznych w dyscyplinie nauk prawnych, absolwent Szkoły Prawa Niemieckiego Uniwersytetu Gdańskiego i Universität zu Köln.

✉ michal.sehn@poczta.onet.pl

https://orcid.org/0000-0001-8682-1827

Obtaining Information about the Debtor's Assets in Polish and German Law against the Background of other Selected Legal Orders

Knowledge of the factual and legal circumstances of the debtor's property contributes to the effective, quick and effective fulfillment of the creditor's rights, and is even necessary for enforcement. The article deals with the subject of obtaining information about the debtor's assets against the background of the regulations contained in the Act of 17.11.1964. The Polish Code of Civil Procedure and The German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung) against the background of other selected legal orders – Czech, Estonian and Norwegian, because knowledge of the debtor's assets has a significant impact on the effectiveness of enforcement.

Słowa kluczowe: postępowanie egzekucyjne, egzekucja, informacje o majątku dłużnika, wyjawienie majątku, wykaz majątku, egzekucja w prawie niemieckim, egzekucja w prawie norweskim, egzekucja w prawie czeskim, egzekucja w prawie estońskim

Key words: enforcement, enforcement proceedings, disclosure of property, list of property, request for information and explanation

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.456

1. Wstęp

Wiedza o okolicznościach faktycznych i prawnych majątku dłużnika przyczynia się do efektywnego, szybkiego i skutecznego zaspokojenia praw wierzyciela, a wręcz jest niezbędna dla prowadzenia egzekucji. Artykuł porusza tematykę uzyskiwania informacji o majątku dłużnika na tle uregulowań zawartych w Ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks

postępowania cywilnego[1] oraz Zivilprozessordnung[2] na tle innych wybranych porządków prawnych – czeskiego, estońskiego i norweskiego, ponieważ wiedza w zakresie majątku dłużnika ma znaczący wpływ na skuteczność prowadzonej egzekucji. Analiza zagadnienia zostanie przeprowadzona przy użyciu wykładni językowej, systemowej, funkcjonalnej, historycznej, a także komparatystycznej, co w konsekwencji przyczyni się do wyciągnięcia wniosków o kompletności oraz skuteczności obecnie obowiązujących przepisów k.p.c. we wskazanej materii oraz ewentualne sformułowanie postulatów *de lege ferenda*.

2. Wysłuchanie stron i innych uczestników

Wysłuchanie stron na podstawie art. 760 § 2 k.p.c. jest najszerszą kategorią obejmującą swoim zakresem zarówno złożenie przez stronę wyjaśnień na wezwanie organu egzekucyjnego, jak i inne fakultatywne czynności egzekucyjne, które nie zmierzają bezpośrednio do skuteczności egzekucji, a mają zapewnić stronie prawo do wypowiedzenia się. Przyjmuje się, że w postępowaniu egzekucyjnym wysłuchanie stron sprowadza się do umożliwienia złożenia oświadczeń, które nie jest obowiązkowe, i przewidziany wymóg w zakresie wysłuchania jest spełniony, gdy strona otrzyma zawiadomienie[3]. Zgodnie z orzecznictwem w toku postępowania egzekucyjnego, w którym nie ma z reguły obligatoryjnej rozprawy, namiastką rozprawy jest wysłuchanie stron i innych uczestników postępowania egzekucyjnego[4]. Wysłuchanie stron odróżnia od wezwania do złożenia wyjaśnień lub udzielenia informacji to, że nie ma charakteru obowiązkowego. Jednak niedopełnienie obowiązku umożliwienia wysłuchania może skutkować uchyleniem czynności w trybie nadzoru judykacyjnego[5].

Jednak wysłuchanie stron i innych uczestników nie będzie miało miejsca, gdy sąd wyznaczy rozprawę na podstawie art. 768 k.p.c., art. 794 k.p.c., albowiem wówczas może zostać przeprowadzony dowód z przesłuchania strony lub dowód z zeznań świadka[6].

Wysłuchanie może być przeprowadzone według czterech sposobów: przez spisanie protokołu w obecności obu stron; przez spisanie protokołu pod nieobecność drugiej strony; przez złożenie oświadczenia na piśmie lub za pośrednictwem systemu teleinformatycznego.

Organem przeprowadzającym wysłuchanie jest organ egzekucyjny, który kieruje do stron postępowania zawiadomienie wraz ze wskazaniem jego miejsca, terminu, jak i danych osoby, która ma być wysłuchana. Gdy wysłuchanie następuje przed sądem, w tym celu należy stosownie do art. 766 k.p.c. wyznaczyć posiedzenie jawne.

Autorzy nie są zgodni, czy art. 760 § 2 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie także do wysłuchania innych uczestników i osób trzecich, czy też stosuje się wobec nich art. 761 k.p.c. Należy jednak zgodzić się z poglądem, że do tych podmiotów zastosowanie znajdzie odpowiednio art. 760 § 2 k.p.c.[7], albowiem niekiedy rygoryzm i pewne konsekwencje wynikające z żądania wyjaśnień lub udzielenia informacji będą zbyt daleko idące, a nadto nie można zmusić podmiotów do korzystania ze swych uprawnień i ochrony interesów, gdy tego nie chcą.

Z uwagi na to, że wysłuchanie jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem, niestawiennictwo osoby, która ma zostać wysłuchana, nie może skutkować nałożeniem

1 Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r., poz. 15750 z późn. zm., dalej jako k.p.c.

2 Niemiecki kodeks postępowania cywilnego z 12 września 1950 r. w wersji z dnia 5 grudnia 2005 r. (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zmieniony ostatnio dnia 22 grudnia 2020 r. (BGBl. I S. 3320), dalej jako ZPO.

3 E. Wengerek, M. Romańska (red.), *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) E. Wengerek, M. Romańska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II i III k.p.c.*, Warszawa 2009, s. 125, pkt 8.

4 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 1974 r., I PZ 20/74, LEX nr 7471.

5 Z. Szczurek, *Zlecenie komornikowi poszukiwania za wynagrodzeniem majątku dłużnika*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2008, nr 3–5, s. 437.

6 S. Cieślak, *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) J. Jankowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz. Art. 730–1217*, Warszawa 2015, s. 148.

7 S. Cieślak, *Art. 760…*, s. 148, natomiast w zakresie stosowania do tych podmiotów art. 761 k.p.c. K. Flaga-Gieruszyńska, *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1348; Z. Szczurek, *Gromadzenie informacji…*, s. 437.

na nią kar porządkowych lub środków przymusu w celu stawiennictwa.

Ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. w zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[8] wprowadzono przepis art. 226[1] k.p.c., zgodnie z którym ilekroć ustawa przewiduje wysłuchanie stron lub innych osób, stosownie do okoliczności może się to odbyć przez wezwanie stron do złożenia odpowiednich oświadczeń na posiedzeniu albo wyznaczenie terminu do zajęcia stanowiska w piśmie procesowym lub za pomocą środków porozumiewania się na odległość, o ile dają one pewność co do osoby składającej oświadczenie. Jednocześnie w zamierzeniu ustawodawcy przepis § 2 art. 760 k.p.c. miał zostać uchylony, ponieważ instytucja wysłuchania stron jest uregulowana tylko w postępowaniu egzekucyjnym (art. 760 § 2 k.p.c.), mimo że jest on też stosowany w praktyce także w postępowaniu rozpoznawczym. W związku z takimi wnioskami w pierwotnym założeniu regulacja ta miała zostać przeniesiona z przepisów o postępowaniu egzekucyjnym do przepisów o procesie oraz rozwinięta, by dało się ją stosować w sposób dostosowany do okoliczności i trybu rozpoznania sprawy. Jednak w toku prac legislacyjnych ostatecznie zrezygnowano z uchylenia art. 760 § 2 k.p.c., przez co powstał problem zastosowania art. 226[1] k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. także w postępowaniu egzekucyjnym. Wykładnia językowa obu przepisów wskazuje, że zawierają one zbliżony katalog możliwości przeprowadzenia wysłuchania – na mocy art. 760 § 2 k.p.c. wysłuchanie odbywa się, stosownie do okoliczności, przez spisanie protokołu w obecności lub nieobecności drugiej strony albo przez oświadczenie strony złożone na piśmie lub za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, natomiast zgodnie z art. 226[1] k.p.c. wysłuchanie stron lub innych osób, stosownie do okoliczności może się to odbyć przez wezwanie stron do złożenia odpowiednich oświadczeń na posiedzeniu albo wyznaczenie terminu do zajęcia stanowiska w piśmie procesowym lub za pomocą środków porozumiewania się na odległość, o ile dają one pewność co do osoby składającej oświadczenie. Złożenie oświadczeń na posiedzeniu będzie skutkowało jego złożeniem przez spisanie protokołu w obecności lub nieobecności drugiej strony. Problem sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy system teleinformatyczny, o którym mowa w art. 760 § 2 k.p.c., jest tożsamy ze środkami porozumiewania się na odległość wskazanym w art. 226[1] k.p.c. Przy czym ani system teleinformatyczny, ani środki porozumiewania się na odległość nie posiadają swoich definicji legalnych.

Skoro zakres obu przepisów jest jednakowy, nie można art. 226[1] k.p.c. w powiązaniu z art. 13 § 2 k.p.c. stosować w toku postępowania egzekucyjnego, ponieważ składanie wyjaśnień za pośrednictwem systemu teleinformatycznego w postępowaniu egzekucyjnym reguluje art. 760 § 2 k.p.c.

Zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, nie należy stosować różnych pojęć na oznaczenie tożsamych bytów. Mając na uwadze, że wykładnia językowa art. 760 § 2 k.p.c. i art. 226[1] k.p.c. nie dostarcza jednoznacznego rozstrzygnięcia, należy posłużyć się wykładnią funkcjonalną i celowościową. Funkcją obu przepisów jest umożliwienie składania oświad-

8 Dz.U. z 2019 r., poz. 1469.

czeń zarówno na piśmie, ustnie do protokołu oraz za pośrednictwem Internetu, natomiast celem ustawodawcy przez wprowadzenie przepisu art. 226^1 k.p.c. było umożliwienie przeprowadzania wysłuchania stron i uczestników postępowania w toku postępowania rozpoznawczego z wykorzystaniem Internetu. Rozważania te prowadzą do wniosku, że oba przepisy regulują te same kwestie jednak na różnych etapach – art. 226^1 k.p.c. w toku postępowania rozpoznawczego, natomiast art. 760 § 2 k.p.c. w toku postępowania egzekucyjnego. Przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w k.p.c., w tym także do postępowania egzekucyjnego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 13 § 2 k.p.c.). Skoro zakres obu przepisów jest jednakowy, nie można art. 226^1 k.p.c. w powiązaniu z art. 13 § 2 k.p.c. stosować w toku postępowania egzekucyjnego, ponieważ składanie wyjaśnień za pośrednictwem systemu teleinformatycznego w postępowaniu egzekucyjnym reguluje art. 760 § 2 k.p.c. Tam, gdzie nie uregulowano odrębnie możliwości złożenia oświadczeń za pośrednictwem systemu teleinformatycznego/środków porozumiewania się na odległość, znajdzie zastosowanie art. 226^1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., tj. w zakresie składania wyjaśnień lub informacji na żądanie organu egzekucyjnego, składania przez dłużnika wykazu majątku, czy w toku wyjawienia majątku.

W pozostałych badanych porządkach prawnych nie występują regulacje, wskazujące na możliwość uzyskiwania informacji o majątku dłużnika przez wysłuchanie stron i innych uczestników postępowania egzekucyjnego.

3. Żądanie wyjaśnień lub informacji

Wezwanie do złożenia wyjaśnień stanowi kwalifikowaną formę wysłuchania stron oraz jedną z postaci żądania wyjaśnień uregulowanych w art. 761 § 1 k.p.c., albowiem wyjaśnienia z art. 801 k.p.c. mieszczą się w ich zakresie[9]. Przepis art. 761 § 1 k.p.c. jest rozwinięciem art. 3 k.p.c., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą, bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody[10], a także generalnym upoważnieniem komornika do żądania udzielenia wyjaśnień i informacji niezbędnych do prowadzenia postępowania egzekucyjnego.

Jak wynika z treści art. 761 § 1^1 k.p.c., podmiotami, od których organ egzekucyjny może żądać informacji, są organy administracji publicznej, podmioty wykonujące zadania z zakresu administracji publicznej, organy podatkowe, organy rentowe, banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, zakłady ubezpieczeń lub zakłady reasekuracji, podmioty prowadzące rachunki papierów wartościowych, wymienione w art. 4 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi[11], spółdzielnie mieszkaniowe, wspólnoty mieszkaniowe, inne podmioty zarządzające lokalami, biura informacji gospodarczej oraz inne instytucje i osoby nieuczestniczące w postępowaniu. Żądać informacji od wskazanych podmiotów można jedynie w zakresie niezbędnym do zapewnienia prawidłowego toku postępowania i mogą one dotyczyć stanu majątkowego dłużnika lub danych umożliwiających identyfikację składników jego majątku oraz danych adresowych[12]. Jeżeli pozyskanie tych informacji jest możliwe za pośrednictwem systemów teleinformatycznych funkcjonujących na podstawie przepisów odrębnych, komornik korzysta z tych systemów z wyłączeniem innych form komunikacji – na zasadach określonych w tych przepisach (art. 761 § 2^2 k.p.c.).

9 Z. Woźniak, *Art. 801 Ustalenie majątku dłużnika; wezwanie do złożenia wykazu majątku; żądanie uzasadnienia wniosku o podjęcie czynności egzekucyjnych; wysłuchanie wierzyciela* (w:) J. Gołaczyński (red.), D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2016, wydanie elektroniczne dostępne na platformie Legalis, pkt 3 (dostęp 1.06.2020).

10 H. Pietrzkowski, *Art. 761 Wyjaśnienia i informacje; zmiana miejsca pobytu* (w:) H. Pietrzkowski, T. Ereciński (red. nauk.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2016, s. 45; O. Marcewicz, *Art. 761 Wyjaśnienia i informacje; zmiana miejsca pobytu* (w:) A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 2, *Art. 730–1217*, LEX/el 2019, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX, pkt 1 (dostęp 1.06.2020).

11 Tekst jednolity Dz.U. z 2021 r., poz. 328 z późn. zm.

12 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2011 r., V CZ 1883/11, Monitor Prawa Bankowego 2013/11/11-12.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub informacji należy przede wszystkim wskazać miejsce oraz termin, w którym powinno nastąpić wykonanie tej czynności egzekucyjnej, a także pouczenie o możliwości zastosowania kary porządkowej grzywny (art. 762 k.p.c.) za nieuzasadnioną odmowę udzielenia wyjaśnień lub informacji, albowiem brak odpowiedzi w przypadku skutecznego doręczenia wezwania do rąk adresata powinien być traktowany jako odmowa, a także pouczenie o możliwości odmowy udzielenia wyjaśnień lub uchylenia się od obowiązku złożenia wyjaśnień.

Protokół, w którym zawarto ustne wyjaśnienia lub informacje, powinien spełniać wymogi wskazane w art. 809 k.p.c., jeśli jest sporządzany przez komornika lub wymogi formalne dla protokołu sądowego, jeśli sporządzany jest przez sąd.

W przypadku odmowy złożenia wyjaśnień dłużnik może zostać ukarany karą porządkową grzywny (art. 762 k.p.c.). Od wykonania takiego żądania można uchylić się w takim zakresie, w jakim według przepisów części pierwszej k.p.c. można odmówić przedstawienia dokumentu lub złożenia zeznań w charakterze świadka albo odpowiedzi na zadane pytanie (art. 761 § 2 k.p.c.). Podmioty zobowiązane do udzielenia informacji lub wyjaśnień nie mogą powoływać się na ochronę danych osobowych i na tej podstawie odmówić wykonania czynności, wobec brzmienia art. 23 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[13], który dopuszcza możliwość przetwarzania danych osobowych, gdy jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Przepis art. 23 wskazanej ustawy nie utracił mocy obowiązującej, wobec treści art. 175 Ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych[14].

Podmioty zobowiązane do udzielenia informacji lub wyjaśnień nie mogą powoływać się na ochronę danych osobowych i na tej podstawie odmówić wykonania czynności, wobec brzmienia art. 23 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, który dopuszcza możliwość przetwarzania danych osobowych, gdy jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa.

W zakresie udzielania wyjaśnień lub informacji mieści się także obowiązek powiadamiania przez dłużnika w terminie 7 dni o każdej zmianie miejsca swego pobytu, trwającej dłużej niż jeden miesiąc, o czym poucza się dłużnika w zawiadomieniu o wszczęciu egzekucji. W przypadku uchybienia temu obowiązkowi, pisma skierowane na adres poprzedniego miejsca pobytu wywołuje skutek równoważny

13 Tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 922 z późn. zm.

14 Tekst jednolity Dz.U. z 2019 r., poz. 1781.

z doręczeniem (art. 136 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), chyba że nowy adres dłużnika jest znany organowi egzekucyjnemu.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień lub informacji nie jest przesłanką negatywną ustalenia składników majątkowych dłużnika na drodze postępowania o wyjawienie majątku lub zlecenia komornikowi poszukiwania majątku (art. 801^2 k.p.c.), albowiem tego rodzaju czynności nie są wobec siebie konkurencyjne.

Na gruncie prawa niemieckiego komornik sądowy także może czerpać informacje o sytuacji majątkowej dłużnika od instytucji lub organów państwowych. Jest to możliwe, jeżeli dłużnik nie wykonuje swojego obowiązku udzielenia informacji o swoim majątku lub nie należy oczekiwać całkowitego zaspokojenia wierzyciela w przypadku egzekucji z przedmiotów wymienionych w tej informacji. We wskazanej sytuacji komornik sądowy może uzyskać informacje od instytucji odpowiedzialnych za ustawowe zabezpieczenie emerytalno-rentowe, wnieść wniosek do Centralnego Urzędu Podatkowego lub instytucji kredytowych, uzyskać informacje od Federalnego Urzędu Komunikacji. Wymienione podmioty udzielają jednak ograniczonych informacji, np. instytucje emerytalno-rentowe tylko w zakresie danych pracodawcy dłużnika, istnienia stosunku pracy dłużnika (§ 802l ZPO).

W zakresie pozyskiwania informacji o sytuacji majątkowej dłużnika od instytucji lub organów państwowych na gruncie prawa polskiego i niemieckiego nie występują daleko idące różnice.

Na gruncie prawa czeskiego instytucja zbliżona do żądania udzielania wyjaśnień i informacji jest uregulowana dwojako.

Zgodnie z § 260 ust. 2 czeskiego kodeksu postępowania cywilnego (Občanský soudní řád) z dnia 4 grudnia 1963 r.[15] na wniosek uczestnika postępowania, któremu tytuł wykonawczy przyznaje prawo do wypłaty kwoty pieniężnej, sąd zwraca się do osoby, na którą nałożono obowiązek wypłaty sumy pieniężnej, czy i od kogo otrzymuje wynagrodzenie lub inne dochody; w którym banku, oddziale banku zagranicznego, kasie oszczędnościowej, kasie oszczędnościowo-kredytowej lub innej instytucji finansowej ma swoje rachunku i jaka jest ich liczba wraz z podaniem numerów tych rachunków albo innych niepowtarzalnych numerów. W przypadku braku wykonania zobowiązania w terminie jednego tygodnia od doręczenia pytania lub podania nieprawdziwych albo niepełnych informacji sąd może nałożyć karę (§ 260 ust. 3 cz.k.p.c.).

Jeśli czynności w toku postępowania egzekucyjnego wykonuje komornik, sądy, organy administracji państwowej i samorządu terytorialnego, gminy i ich organy, notariusze, osoby prawne i fizyczne są obowiązane do przekazania komornikowi na jego pisemne żądanie danych o majątku dłużnika, o których posiadają informacje w związku ze swoją działalnością – § 33 czeskiej ustawy o komornikach sądowych [zakon o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů] z dnia 28 lutego 2001 r.[16]

W czeskim ustawodawstwie żądanie udzielenia wyjaśnień i informacji jest czynnością dokonywaną na wniosek uprawnionego, jeśli ma ona zostać podjęta przez sąd, natomiast komornik podejmuje ją z urzędu, gdy został upoważniony przez sąd do prowadzenia egzekucji.

Prawodawstwo estońskie również przewiduje instytucję zbliżoną do polskiego żądania udzielenia wyjaśnień lub informacji. Zgodnie z § 26 ust. 1 estońskiego kodeksu postępowania egzekucyjnego (Täitemenetluse seadustik) z dnia 20 kwietnia 2005 r.[17] komornik ma prawo żądać od dłużnika przedstawienia ustnych i pisemnych informacji niezbędnych do przeprowadzenia egzekucji oraz przedstawienia dokumentu lub innego przedmiotu niezbędnego do egzekucji. Uprawnienie do żądania stosownych informacji niezbędnych do przeprowadzenia egzekucji przysługuje komornikowi również w stosunku do podmiotów trzecich, w tym instytucji prywatnych i państwowych (§ 26 ust. 2–4 e.k.p.e.). Brak spełnienia obowiązku udzielenia informacji może skutkować nałożeniem kary pieniężnej (§ 26^1 e.k.p.e.).

Także w ustawodawstwie norweskim komornik może żądać od stron postępowania egzekucyjnego i innych podmiotów udzielenia wyjaśnień i informacji niezbędnych do przeprowadzenia egzekucji, o czym stanowi § 5 ust. 9 oraz § 7 ust. 12 norweskiej

15 56/1963 z późn. zm.; dalej jako cz.k.p.c.

16 120/2001 z późn. zm.; dalej jako cz.u.k.

17 RT I 2005, 27, 198 z późn. zm.; dalej jako e.k.p.e.

ustawy o egzekucji (Lov om tvangsfullbyrdelse) z dnia 26 czerwca 1992 r.[18] Jednak informacje mogą dotyczyć także roszczeń, jakie pozwany miał wobec podmiotów wezwanych do udzielenia informacji w ciągu ostatnich 2 lat, wskazania spełnienia roszczenia lub powodów, dla których nie mogą być one dochodzone, a także o posiadanych informacjach w zakresie majątku dłużnika z ostatnich 2 lat (§ 7 ust. 12 n.k.p.c.).

Podobnie jak w prawie polskim, także w Estonii i Norwegii żądanie udzielenia wyjaśnień i informacji jest stosowane z urzędu przez organ egzekucyjny w celu skutecznego wyegzekwowania należnego świadczenia. Zauważyć także należy, że ustawodawstwo norweskie przewiduje udzielenie informacji o składnikach majątku dłużnika do 2 lat wstecz, a zatem w zakresie szerszym niż w pozostałych porządkach prawnych. Nie wydaje się jednak zasadne, aby stosowne uregulowania wprowadzać na gruncie prawa polskiego, jest to bowiem w głównej mierze wiedza historyczna, aczkolwiek dostarczająca informacji, czy dłużnik egzekwowany świadomie wyzbywał się majątku, aby zniweczyć ewentualną egzekucję.

4. Złożenie przez dłużnika wykazu majątku

Złożenie przed komornikiem wykazu majątku (komornicze wyjawienie majątku) jest formą wysłuchania strony, o którym mowa w art. 760 § 2 k.p.c. Wskazany sposób uzyskania informacji o majątku dłużnika został wprowadzony do porządku prawnego art. 2 pkt 85 Ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[19]. W stanie prawnym przed dniem 8 września 2016 r. sądowy organ egzekucyjny mógł fakultatywnie wezwać dłużnika do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanego majątku, natomiast obecnie jest to obligatoryjne, gdy wierzyciel nie wskazał składników majątku, z którego ma być prowadzona egzekucja.

Złożenie wykazu majątku nie jest konkurencyjne dla instytucji wyjawienia majątku dokonywanego przed sądem, albowiem dotyczy tylko zakresu majątku dłużnika, który pozwala na skuteczne wyegzekwowanie świadczenia, nie zaś całego majątku dłużnika[20]. W przypadku wszczęcia zarówno postępowania w przedmiocie złożenia przez dłużnika wykazu majątku, jak i wyjawienia majątku, powstałą kolizję należy rozstrzygnąć z wykorzystaniem pierwszeństwa zawisłości sporu[21]. Należy jednak podkreślić, że waga wykazu majątku złożonego przed komornikiem i przed sądem jest tożsama[22], obie instytucje różnią się tylko zakresem badania majątku dłużnika.

Okoliczności konkretnej sprawy wskazują zasadność zastosowania wezwania dłużnika do złożenia wykazu majątku. Zawsze jednak jeśli wezwanie dłużnika do złożenia wyjaśnień nie przyniesie oczekiwanego skutku w postaci ujawnienia majątku, z którego można prowadzić skuteczną egzekucję, komornik winien wezwać dłużnika do złożenia wykazu majątku[23].

Postępowanie w przedmiocie złożenia przez dłużnika wykazu majątku wszczynane jest postanowieniem komornika, w którym dłużnik wzywany jest do złożenia wykazu majątku w zakreślonym terminie. Wraz z wezwaniem dłużnik pouczany jest o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, a także o możliwości zlecenia przez wierzyciela poszukiwania majątku dłużnika w razie niezłożenia wykazu majątku, a nadto w przypadku gdy dłużnik bez usprawiedliwionej przyczyny nie stawi się w celu złożenia wykazu albo stawiwszy się wykazu nie złoży lub odmówi odpowiedzi na zadane mu pytanie, komornik może ukarać go grzywną oraz na wniosek wierzyciela złożyć do sądu wniosek o nakazanie przymusowego doprowadzenia dłużnika. Zasadnym jest także pouczenie dłużnika, który nie jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, o przysługującym mu prawie do złożenia skargi na czynności komornika w postaci wezwania do złożenia wykazu majątku[24].

18 I 192 Nr 13 z późn. zm.; dalej jako n.k.p.c.

19 Dz.U. z 2015 r., poz. 1311.

20 O. Marcewicz, *Art. 801[1] Złożenie wykazu majątku* (w:) A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego…*, pkt 1; K. Flaga-Gieruszyńska, *Art. 801 k.p.c.*, s. 1433.

21 Z. Woźniak, *Art. 801[1]…*, pkt 5; O. Marcewicz, *Art. 801[1]…*, pkt 1.

22 P. Hetman, M. Świtkowski, *Sposoby egzekucji oraz wyjawienie majątku przed komornikiem. Komentarz praktyczny*, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX, pkt 2 (dostęp 1.06.2020).

23 Z. Woźniak, *Art. 801[1]…*, pkt 3; K. Flaga-Gieruszyńska, *Art. 801…*, s. 1433.

24 Z. Woźniak, *Art. 801[1]…*, pkt 7.

W przypadku ukarania dłużnika grzywną dłużnikowi przysługuje skarga na czynności komornika. Zgodnie z art. 801[1] § 3 k.p.c. ukaranie grzywną powinno poprzedzać zastosowanie przymusowego doprowadzenia. W razie zastosowania środków przymusu dłużnik może w każdej chwili złożyć wykaz majątku, jednak grzywna nie podlega umorzeniu. Jeżeli dłużnikiem, do którego skierowane było wezwanie, jest osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, środkom przymusu podlega jej pracownik odpowiedzialny za niezastosowanie się do wezwania, a gdyby ustalenie takiego pracownika było utrudnione, środkom przymusu podlegają osoby uprawnione do jej reprezentowania (art. 1053 § 2 k.p.c.).

Odpis postanowienia o wezwaniu dłużnika do złożenia wykazu majątku jest przesyłany z urzędu do sądu rejestrowego zgodnie z art. 55 pkt 3 Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym[25], w celu wpisania dłużnika do rejestru dłużników niewypłacalnych.

O terminie złożenia wykazu majątku należy zawiadomić wierzyciela, albowiem zgodnie z art. 812 k.p.c. ma prawo być obecnym podczas przeprowadzania czynności egzekucyjnych.

Wierzyciele z innych postępowań egzekucyjnych nie są uprawnieni do odrębnego inicjowania postępowania w przedmiocie złożenia wykazu majątku. Jeśli wierzyciel z innego postępowania chce uczestniczyć w tych postępowaniach, powinien doprowadzić do zbiegu postępowań egzekucyjnych[26].

Wykaz majątku może zostać złożony zarówno w formie ustnej do protokołu z przeprowadzenia czynności egzekucyjnej, jak i w formie pisemnej. Dłużnik składa także oświadczenie o zupełności i prawdziwości złożonego wykazu. Jednak należy wskazać, że wykaz majątku nie dotyczy całości majątku dłużnika, a jedynie części majątku, z którego można prowadzić skuteczną egzekucję, przez co składanie przez dłużnika oświadczenia o zupełności wykazu majątku nie może zostać złożone siłą rzeczy, ponieważ wykaz nie dotyczy całego majątku dłużnika. *De lege ferenda* postulować należy zmianę treści art. 801[1] § 1 k.p.c. przez wskazanie, że dłużnik składa oświadczenie o prawdziwości złożonego wykazu, zamiast składania oświadczenia o prawdziwości i zupełności wykazu.

Polskie przepisy jako jedyne spośród uregulowań będących przedmiotem badania, umożliwiają pozyskiwanie informacji o majątku dłużnika przez złożenie wykazu majątku.

Jeśli dłużnikiem jest osoba prawna bądź inna jednostka organizacyjna, wykaz majątku w imieniu tego podmiotu składa upoważniona do jego reprezentowania osoba lub organ. W przypadku osób fizycznych nieposiadających pełnej zdolności do czynności prawnej wykaz majątku składa przedstawiciel ustawowy.

Polskie przepisy jako jedyne spośród uregulowań będących przedmiotem badania, umożliwiają pozyskiwanie informacji o majątku dłużnika przez złożenie wykazu majątku. W niektórych badanych porządkach prawnych występują instytucje zbliżone do złożenia przez dłużnika wykazu majątku, jednak ze względu na zakres wykazu jak i możliwość stosowania w stosunku do dłużnika przymusu, należało je zakwalifikować do instytucji zbliżonych do wyjawienia majątku na gruncie polskim.

5. Zlecenie poszukiwania majątku dłużnika

Jeżeli ani wykaz majątku dłużnika, ani żądanie od dłużnika wyjaśnień niezbędnych do prowadze-

25 Tekst jednolity Dz.U. z 2021 r., poz. 112, dalej jako ustawa o KRS.

26 Z. Woźniak, *Art. 801[1]*..., pkt 6.

nia egzekucji nie przyniosą oczekiwanego skutku w postaci ujawnienia majątku, z którego może być prowadzona skuteczna egzekucja, wierzyciel może zlecić komornikowi poszukiwanie majątku dłużnika zgodnie z art. 801^2 k.p.c.

Pierwotnie regulacja dotycząca zlecenia poszukiwania majątku dłużnika, wprowadzona została na mocy art. 1 pkt 122 Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw[27] i redakcyjnie zamieszczona w art. 797^1 k.p.c. W pierwotnym brzmieniu przepisu wierzyciel mógł zlecić komornikowi poszukiwanie za wynagrodzeniem majątku dłużnika. Od samego początku redakcja tego przepisu nastręczała trudności w zakresie momentu, w którym wierzyciel mógł zlecić komornikowi poszukiwanie majątku, albowiem nie było jasne, czy uprawnienie do tego posiada również przed wszczęciem postępowania egzekucyjnego, czy też może się ono odbywać tylko w ramach toczącego się już postępowania egzekucyjnego[28]. Zmiana wprowadzona ustawą nowelizującą położyła kres tym wątpliwościom, albowiem wyraźnie wskazano, że zlecenie poszukiwania majątku dłużnika może odbyć się po niemożności ustalenia składników majątku dłużnika w drodze czynności wymienionych w art. 801 k.p.c. (wezwanie dłużnika do złożenia wykazu majątku lub innych wyjaśnień niezbędnych do przeprowadzenia egzekucji), a co za tym idzie – może się odbyć tylko w toku prowadzonego już postępowania egzekucyjnego. Nie zawsze jednak możliwe będzie przeprowadzenie wszystkich czynności wymienionych w art. 801 k.p.c., ponieważ komornik nie wezwie dłużnika do złożenia wykazu majątku i przyrzeczenia, jeśli od poprzedniego złożenia przyrzeczenia i wykazu lub zastosowania wobec dłużnika środków przymusu nie upłynął rok (art. 918^1 k.p.c. w zw. z art. 801^1 § 2 k.p.c.)[29], toczy się sądowe postępowanie w przedmiocie wyjawienia majątku, albo zastosowanie tych sposobów w warunkach danej sprawy egzekucyjnej nie jest dopuszczalne[30], czy też nawet w przypadku podjęcia tylko próby ustalenia majątku z negatywnym skutkiem[31].

Wniosek, zawierający zlecenie poszukiwania majątku dłużnika, można zawrzeć już we wniosku o wszczęcie egzekucji, ale komornik będzie mógł podjąć tę czynność, dopiero po wykonaniu czynności wymienionych w art. 801 k.p.c.

Komornicy w ramach poszukiwania majątku dłużnika kierują zapytania w elektronicznym systemie OGNIVO w celu uzyskania informacji o posiadanych przez dłużnika rachunkach bankowych; do Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców – o posiadanych przez dłużnika pojazdów; do ZUS – miejsca pracy dłużnika i osoby płatnika; do Urzędu Skarbowego – źródła dochodów, miejsca zatrudnienia, identyfikacji oraz kont bankowych dłużnika; za pośrednictwem systemu Elektronicznych Ksiąg Wieczystych – nieruchomości dłużnika na terenie całego kraju; do KRUS – świadczeń pobieranych przez dłużnika, kont bankowych; Biura Ewidencji Ludności – danych o miejscu zameldowania dłużnika[32].

Poszukiwanie majątku dłużnika na zlecenie wierzyciela jest odpłatne i wynosi 100 złotych[33]. Poniesione przez wierzyciela opłaty w przedmiocie zlecenia poszukiwania majątku, są mu zwracane na podstawie art. 770 k.p.c.[34], o ile poszukiwanie majątku było celowe, a nie miało na celu jedynie szykany dłużnika[35].

W badanych zagranicznych porządkach prawnych nie występują instytucje, które można by zakwalifikować jako zbliżone do poszukiwania majątku dłużnika na zlecenie wierzyciela na gruncie polskim.

27 Dz.U. z 2004 r. Nr 172, poz. 1804.

28 J. Jankowski, *Art. 797[1] Wymagania wniosku* (w:) J. Jankowski, *Kodeks…*, s. 433–434; D. Zawistowski, Art. 797^1 *Wymagania wniosku* (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV. Artykuły 730–1088*, Warszawa 2014, s. 265.

29 Z. Woźniak, *Art. 801[2]…*, pkt 1.

30 O. Marcewicz, *Art. 801[2]…*.

31 J. Jankowski, *Art. 801[2]…*, s. 447.

32 J. Makowska, *Tryb postępowania przy naliczaniu i pobieraniu opłaty za poszukiwanie i odnalezienie majątku dłużnika. Komentarz praktyczny*, LEX/el 2016, pkt 3, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX (dostęp 1.06.2020).

33 Art. 44 Ustawy z dnia 28 lutego 2018 r. o kosztach komorniczych (tekst jednolity Dz.U. z 2021 r., poz. 210 z późn. zm.).

34 J. Jankowski, *Art. 797[1]…*, s. 435; H. Pietrzkowski, *Art. 770 k.p.c. Rozliczenie kosztów* (w:) H. Pietrzkowski, T. Ereciński (red. nauk.), *Kodeks…*, s. 119.

35 Zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r., III CZP 57/13, OSNC 2014/6/61.

6. Wyjawienie majątku

Najdalej idącym pomocniczym środkiem egzekucyjnym w celu uzyskania informacji o majątku dłużnika jest wyjawienie majątku dokonywane przed sądem. Następuje ono na wniosek wierzyciela lub innego uprawnionego podmiotu, natomiast złożenie wyjaśnień – na żądanie lub wezwanie komornika.

Wyjawienia majątku można żądać zarówno po przeprowadzeniu egzekucji bezskutecznej w całości lub części, jak i przed wszczęciem egzekucji oraz w toku egzekucji, jednak w zależności od momentu żądania przesłanki wyjawienia majątku są odmienne. Wszczęcie i prowadzenie postępowania o wyjawienie majątku nie stanowi przeszkody do kontynuowania egzekucji w odniesieniu do przedmiotu zajęcia[36].

Żądanie wyjawienia majątku po przeprowadzeniu egzekucji bezskutecznej musi zostać poparte wykazaniem, że na skutek przeprowadzonej egzekucji nie uzyskano w pełni zaspokojenia wierzytelności. Okoliczności te można wykazać na podstawie tytułu wykonawczego, z którego wynika, że wskazane w nim świadczenie nie zostało wyegzekwowane w całości ani w części, postanowieniem o umorzeniu postępowania egzekucyjnego, protokołem lub zaświadczeniem komornika.

Wyjawienie majątku przed wszczęciem egzekucji możliwe jest na podstawie dwóch niezależnych przesłanek. Pierwszą z nich jest uprawdopodobnienie przez wierzyciela, że nie uzyska zaspokojenia w pełni swojej należności ze znanego mu majątku albo z przypadających dłużnikowi bieżących świadczeń okresowych za okres sześciu miesięcy (art. 913 § 2 pkt 1 k.p.c.), przy czym użyty w przepisie spójnik „albo" należy traktować jako alternatywę łączną, nie zaś rozłączną[37]. Drugą – brak spełnienia przez dłużnika świadczenia w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania do zapłaty po uzyskaniu przez wierzyciela tytułu wykonawczego stwierdzonej w nim należności listem poleconym za potwierdzeniem odbioru (art. 913 § 2 pkt 2 k.p.c.).

W toku prowadzonej egzekucji żądanie wyjawienia majątku jest możliwe wówczas, gdy zajęty majątek dłużnika nie rokuje zaspokojenia egzekwowanych należności. Językowe brzmienie art. 913 § 1 *in principio* k.p.c. wyłącza możliwość złożenia wniosku o wyjawienie majątku przed dokonaniem zajęcia. Ewentualnym sposobem uzyskania informacji o braku rokowania zaspokojenia egzekwowanych należności może być informacja o wynikach innych postępowań egzekucyjnych wszczętych przeciwko dłużnikowi[38].

Wniosek o wyjawienie majątku kieruje się do sądu właściwości ogólnej dłużnika oraz powinien czynić zadość warunkom formalnym pism procesowych z art. 126 k.p.c., a także zawierać żądanie nakazania dłużnikowi złożenia wykazu majątku i przyrzeczenia według roty z art. 913 § 1 k.p.c. Do wniosku należy dołączyć odpis protokołu zajęcia lub inne dokumenty uzasadniające obowiązek wyjawienia majątku, a jeżeli wniosek złożono przed wszczęciem egzekucji także tytuł wykonawczy.

Warto także zauważyć, że złożenie wniosku o wyjawienie majątku nie przerywa biegu przedawnienia roszczenia stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem[39].

Zgodnie z nowelizacją art. 913 § 1 k.p.c. dokonaną Ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności[40], która weszła w życie 1 czerwca 2017 r., wyjawienie majątku nie ogranicza się tylko do wykazu majątku z wymienieniem rzeczy i miejsca, gdzie się znajdują, przypadających dłużnikowi wierzytelności i innych praw majątkowych oraz do złożenia przyrzeczenia, ale także do informacji o odpłatnych i nieodpłatnych czynnościach prawnych, których przedmiotem jest rzecz lub prawo o wartości przekraczającej w dniu dokonania tych czynności wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów Ustawy z dnia 10 października 2002 r. o mini-

36 P. Oleszkiewicz, *Problematyka wyjawienia majątku*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2012, nr 1, s. 66.

37 A. Marciniak, *Art. 913 k.p.c. Przesłanki* (w:) A. Marciniak (red.), K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom III. Komentarz. Art. 730–1088*, Warszawa 2015, s. 678–679; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 1996 r., II CKU 2/96, OSNC 1996/12/166.

38 M. Krakowiak, Art. 913 *Przesłanki* (w:) J. Jankowski (red.), *Kodeks…*, s. 927.

39 Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 92/10, LEX nr 612267.

40 Dz.U. z 2017 r., poz. 933.

malnym wynagrodzeniu za pracę[41], dokonanych na rzecz osób trzecich, w pięcioletnim okresie poprzedzającym wszczęcie egzekucji, w wyniku których stał się niewypłacalny albo stał się niewypłacalny w wyższym stopniu, niż był przed dokonaniem czynności. Jednak tak sformułowana nowelizacja pozostawia w gestii dłużnika ocenę skutków dokonanych przez niego czynności prawnych[42].

Postępowanie o wyjawienie majątku składa się z dwóch stadiów[43]. Pierwszym z nich jest merytoryczne badanie wniosku o wyjawienie majątku, tj. czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 913 § 1 i 2 k.p.c., kończy się ono wydaniem postanowienia o nakazanie dłużnikowi złożenia wykazu majątku i przyrzeczenia zgodnie z rotą zawartą w art. 913 § 1 k.p.c., na które przysługuje zażalenie, jednak nie tamuje ono wykonania postanowienia. Drugie stadium obejmuje złożenie wykazu majątku i przyrzeczenia. Wydanie postanowienia o nakazaniu dłużnikowi złożenia wykazu majątku oraz jego złożenie wraz z przyrzeczeniem mogą zostać przeprowadzone na jednym posiedzeniu, jeśli stawi się dłużnik i posiada on informacje dotyczące swego majątku w zakresie wynikającym z art. 913 § 1 k.p.c.[44] Dłużnik, który został zobowiązany do wyjawienia majątku, podlega wpisaniu z urzędu do rejestru dłużników niewypłacalnych na podstawie art. 55 pkt 3 ustawy o KRS.

Nie można zgodzić się z niektórymi przedstawicielami doktryny, że złożenie wykazu majątku następuje wyłącznie w formie pisemnej, forma ustna do protokołu powinna bowiem dominować z uwagi na możliwość bieżącego kontrolowania sposobu składania wykazu oraz wyjaśniania zaistniałych wątpliwości.

Nie można zgodzić się z niektórymi przedstawicielami doktryny, że złożenie wykazu majątku następuje wyłącznie w formie pisemnej[45], forma ustna do protokołu powinna bowiem dominować z uwagi na możliwość bieżącego kontrolowania sposobu składania wykazu oraz wyjaśniania zaistniałych wątpliwości[46].

Złożenie wykazu majątku na wezwanie sądu należy traktować jako obowiązek dłużnika, czego przejawem jest treść art. 916 § 1 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli dłużnik bez usprawiedliwionej przyczyny nie stawi się do sądu w celu złożenia wykazu lub przyrzeczenia albo stawiwszy się, wykazu nie złoży lub odmówi odpowiedzi na zadane mu pytanie, albo odmówi złożenia przyrzeczenia, sąd może skazać go na grzywnę lub nakazać

41 Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 847.

42 O. Marcewicz, *Art. 913 Przesłanki*…, pkt 2.

43 Odmiennie I. Gil, *Art. 915 Rozpoznanie wniosku* (w:) E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2018, wydanie elektroniczne dostępne na platformie Legalis, pkt 1 (dostęp 1.06.2020).

44 J. Gołaczyński, *Wyjawienie majątku* (w:) J. Gołaczyński (red.), *Wybrane zagadnienia egzekucji sądowej*, Warszawa 2008, s. 279; I. Gil, *Art. 915 [Rozpoznanie wniosku]* (w:) E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks*…, pkt 1.

45 K. Flaga-Gieruszyńska, *Art. 915 Rozpoznanie wniosku* (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks*…, s. 1590; E. Wengerek, M. Romańska (red.), *Art. 915 Rozpoznanie wniosku*…, s. 504, pkt 9.

46 H. Pietrzkowski, *Art. 915 Rozpoznanie wniosku*…, s. 578; A. Marciniak, Art. 915 *Rozpoznanie wniosku*…, s. 683.

przymusowe doprowadzenie oraz może zastosować areszt nieprzekraczający miesiąca, z uwzględnieniem art. 276 § 2 k.p.c. Jednak o możliwości zastosowania środków przymusu, dłużnik powinien być pouczony w wezwaniu na posiedzenie, co jest warunkiem zastosowania wskazanych w przepisie środków przymusu. Same zaś środki powinny być stosowane od najmniej surowego.

Areszt może być kilkukrotnie zastosowany, jednak jego łączny wymiar nie może przekroczyć jednego miesiąca. Do tego okresu nie wlicza się ponownego zastosowania aresztu na podstawie art. 917 § 2 k.p.c.

Niecelowe jest ponowne składanie przez dłużnika przyrzeczenia po zastosowaniu art. 917 § 2 k.p.c., jeśli uprzednio złożonego wykazu nie uzupełniono lub nie wprowadzono do niego zmian[47].

W razie wykonania czynności przez dłużnika lub umorzenia postępowania grzywny niezapłacone do tego czasu ulegają umorzeniu (art. 916 § 1 *in fine* k.p.c.).

Dłużnik, który złożył przyrzeczenie lub w stosunku do którego zastosowano środki przymusu, obowiązany jest do złożenia nowego wykazu i przyrzeczenia na żądanie tego samego lub innego wierzyciela, gdy od złożenia przyrzeczenia lub wyczerpania środków przymusu upłynął okres jednego roku (art. 918^1 k.p.c.). Orzeczenie sądu nakazujące dłużnikowi złożenie wykazu majątku i przyrzeczenia obejmuje wszystkich wierzycieli danego dłużnika, a prawomocność ta powstaje w chwili wykonania tego postanowienia[48]. W związku z tym w przypadku wielości wierzycieli jednego dłużnika, może być wniesiony tylko jeden wniosek o złożenie wykazu majątku i przyrzeczenia, natomiast kolejne po upływie roku. Przedstawiciele doktryny nie są zgodni, jakie rozstrzygnięcie procesowe należy podjąć w przypadku, gdy ponowny wniosek o złożenie przez dłużnika wykazu majątku i przyrzeczenia został złożony bez zachowania terminu wskazanego w art. 918^1 k.p.c. Zdaniem Marcina Uliasza wniosek podlega oddaleniu[49], według Andrzeja Marciniaka wniosek o złożenie nowego wykazu i przyrzeczenia może być wniesiony wcześniej, istotne jest, aby w chwili orzekania o złożeniu nowego wykazu i przyrzeczenia upłynął okres jednego roku[50], natomiast Henryk Pietrzkowski stoi na stanowisku, że wniosek taki podlega odrzuceniu jako niedopuszczalny[51]. Jednak biorąc pod uwagę językowe brzmienie przepisu art. 918^1 *in fine* k.p.c., upływ roku ma nastąpić przed złożeniem ponownego przyrzeczenia lub wyczerpania środków przymusu, dlatego ponowny wniosek może zostać złożony przed upływem roku, o ile wyjawienie i przyrzeczenie nastąpi już po upływie tego okresu.

Przepisy epizodyczne ustanowione w związku z pandemią COVID-19 umożliwiły przeprowadzanie rozpraw oraz posiedzeń przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość. Zgodnie z art. $15zzs^1$ Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[52], w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich, w sprawach rozpoznawanych według przepisów k.p.c.:

- rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, z tym że osoby w nich uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu, chyba że przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego bez użycia powyższych urządzeń nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w nim uczestniczących;

47 T. Żyznowski, *Art. 917 Wykaz i przyrzeczenie* (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), *Kodeks…*, s. 537; A. Marciniak, *Art. 917 Wykaz i przyrzeczenie*, s. 687.

48 I. Gil, *Art. 918^1* Nowy wykaz i przyrzeczenie (w:) E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks…*, pkt 8; J. Gołaczyński, *Wyjawienie majątku…*, s. 285.

49 M. Uliasz, J. Ignaczewski (red. nauk.), *Komentarz do spraw z zakresu postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego*, Warszawa 2013, s. 401.

50 A. Marciniak, *Art. 918^1 Nowy wykaz i przyrzeczenie…*, s. 687.

51 H. Pietrzkowski, *Art. 918^1 Nowy wykaz i przyrzeczenie…*, s. 583.

52 Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1842 z późn. zm.; dalej jako ustawa z dnia 2 marca 2020 r.

– przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego, jeżeli uzna rozpoznanie sprawy za konieczne, przeprowadzenie wymaganych przez ustawę rozprawy lub posiedzenia jawnego mogłoby zaś wywołać nadmierne zagrożenie dla zdrowia osób w nich uczestniczących i nie można przeprowadzić ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, a żadna ze stron nie sprzeciwiła się przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia ich o skierowaniu sprawy na posiedzenie niejawne; w przesyłanym zawiadomieniu należy pouczyć stronę niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej o prawie i terminie do złożenia sprzeciwu;
– jeżeli ze względu na szczególne okoliczności prezes sądu tak zarządzi, członkowie składu, z wyjątkiem przewodniczącego i referenta sprawy, mogą brać udział w posiedzeniu za pomocą środków komunikacji elektronicznej, z wyjątkiem posiedzenia, na którym dochodzi do zamknięcia rozprawy.

Wskazany przepis *a maiore ad minus* umożliwia przeprowadzenie wyjawienia majątku przy użyciu środków technicznych umożliwiających porozumiewanie się na odległość z jednoczesnym przekazem obrazu i dźwięku. Niewątpliwie wskazany przepis ułatwi korzystanie z instytucji wyjawienia majątku w obecnej sytuacji epidemicznej.

Niemniej przeprowadzenie wyjawienia majątku w sposób wskazany wyżej stało się także możliwe przy zastosowaniu art. 226^1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., dlatego też po upływie roku po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, o którym mowa w art. $15zzs^1$ Ustawy z dnia 2 marca 2020 r., możliwe będzie przeprowadzanie wyjawienia majątku *zdalnie*, tj. przy użyciu środków technicznych umożliwiających porozumiewanie się na odległość, o ile dają one pewność co do osoby składającej oświadczenie. Dłużnik, wyjawiając majątek, składa oświadczenie co do elementów wchodzących w jego skład, nie ma zatem przeszkód, aby art. 226^1 k.p.c. mógł w związku z art. 13 § 2 k.p.c. stosowany także przy czynnościach uregulowanych w części trzeciej k.p.c.

Na gruncie ustawodawstwa niemieckiego instytucją zbliżoną do sądowego wyjawienia majątku przez dłużnika jest złożenie przez dłużnika informacji majątkowej.

Dłużnik jest zobowiązany na wezwanie komornika do udzielenia pełnych informacji o stanie swojego majątku według swojej najlepszej wiedzy i w tym celu obok swojego nazwiska rodowego, daty i miejsca urodzenia, a w przypadku przedsiębiorstwa firmy, numeru w rejestrze handlowym, pod którym została ona zarejestrowana, oraz siedziby, podaje wszystkie należące do niego przedmioty majątkowe, przysługujące roszczenia wraz z ich podstawą i przedstawieniem środków dowodowych, a także informacje na temat zbycia środków pieniężnych dokonanych przez dłużnika na rzecz osób bliskich, które nastąpiły w ciągu ostatnich trzech lat, oraz nieodpłatnych świadczeń dłużnika, które nastąpiły w ciągu ostatnich czterech lat, o ile nie stanowią one zwyczajowo przyjętych prezentów o małej wartości (§ 802c ZPO). Dłużnik nie jest zobowiązany do udzielania informacji o swoim majątku częściej niż raz na dwa lata, chyba że wierzyciel uwiarygodni okoliczności, które wskazują na istotną zmianę stosunków majątkowych dłużnika. Brak uwiarygodnienia tych okoliczności skutkuje przekazaniem wierzycielowi przez komornika ostatniej udzielonej przez dłużnika informacji. Wierzyciel może wykorzystać przekazane informacje jedynie do celów egzekucji, a po osiągnięciu tego celu jest zobowiązany dane zniszczyć. Informacja o majątku może zostać przekazana wierzycielowi w wersji papierowej oraz w wersji elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym, która jest chroniona przed wglądem przez osoby nieuprawnione (§ 802d ZPO).

Wraz z wezwaniem do złożenia informacji majątkowej dłużnik jest wzywany także do uiszczenia należności pieniężnej w terminie dwóch tygodni. W przypadku uiszczenia całości należności obowiązek złożenia informacji majątkowej wygasa (§ 802f ust. 1 ZPO).

Do odbioru informacji majątkowej jest właściwy komornik przy sądzie rejonowym, w którego okręgu dłużnik miał swoje miejsce zamieszkania w chwili złożenia przez wierzyciela wniosku o uzyskanie tych informacji. W sytuacji braku miejsca zamieszkania,

właściwy jest komornik miejsca pobytu dłużnika (§ 802e ust. 1 ZPO).

Jeśli dłużnik nie stawi się w wyznaczonym terminie do złożenia informacji majątkowej lub stawi się, ale bezpodstawnie odmawia jej złożenia, w celu wymuszenia przekazania tych informacji sąd na wniosek wierzyciela wydaje nakaz aresztowania dłużnika (§ 802g ZPO). Wykonanie nakazu aresztowania jest dopuszczalne, jeżeli od dnia jego wydania nie upłynęły dwa lata (§ 802h ZPO). Areszt nie może przekraczać sześciu miesięcy i po upływie tego okresu dłużnik zostaje zwolniony z aresztu z urzędu, co skutkuje niemożnością jego ponownego aresztowania na wniosek tego samego wierzyciela (§ 802j ZPO).

Aresztowany dłużnik może w każdej chwili żądać odebrania przez komornika sądowego w sądzie rejonowym w miejscu aresztowania informacji majątkowej. Komornik odbiera informację niezwłocznie, a wierzycielowi umożliwia się udział w czynności odbioru tych informacji, jeśli jego udział nie spowoduje przedłużenia jej odebrania. Po odbiorze informacji dłużnik jest niezwłocznie zwalniany z aresztu, co także skutkuje niemożnością jego ponownego aresztowania na wniosek tego samego wierzyciela. W przypadku braku możliwości udzielenia przez dłużnika pełnych informacji z uwagi na brak odpowiednich dokumentów komornik może wyznaczyć nowy termin i odroczyć nakaz aresztowania (§ 802i ZPO).

Po złożeniu informacji majątkowej komornik składa wykaz do centralnego sądu egzekucyjnego, a także przekazuje dłużnikowi niezwłocznie jego wydruk (§ 802f ust. 6 ZPO). Centralny sąd egzekucyjny administruje złożonymi informacjami majątkowymi odnośnie do całego terytorium Niemiec. Spisy majątkowe są dostępne w Internecie w formie centralnej wyszukiwarki o zasięgu ponadlandowym. Podlegają one usunięciu z wyszukiwarki po upływie dwóch lat od chwili udzielenia informacji lub dokonania nowego spisu majątkowego. Do wglądu spisów uprawnieni są komornicy sądowi, sądy egzekucyjne, sądy upadłościowe i sądy rejestrowe oraz urzędy powołane do ścigania przestępstw, jeżeli jest to konieczne do wykonania powierzonych im zadań (§ 802k ZPO).

Biorąc pod uwagę objęcie swym zakresem całości majątku dłużnika, a także możliwość zastosowania przymusu, informacje, o których mowa w § 802c i nast. ZPO, należy uznać za zbliżoną do sądowego wyjawienia majątku w prawie polskim.

Podkreślenia wymaga fakt, że w Niemczech prowadzi się centralny rejestr majątkowy w formie elektronicznej, w którym gromadzi się aktualne spisy majątkowe uzyskane w toku składania przez dłużników informacji majątkowych. Do tego rejestru oprócz komorników sądowych, mają dostęp także sądy egzekucyjne, sądy upadłościowe i sądy rejestrowe oraz urzędy powołane do ścigania przestępstw. Biorąc pod uwagę doniosłość funkcji, jakie spełnia ten centralny rejestr w zakresie realizacji postulatu szybkości i sprawności postępowania, *de lege ferenda* należy postulować stworzenie podobnego rejestru także w Polsce.

Biorąc pod uwagę doniosłość funkcji, jakie spełnia centralny rejestr majątkowy w formie elektronicznej w zakresie realizacji postulatu szybkości i sprawności postępowania, *de lege ferenda* należy postulować stworzenie podobnego rejestru także w Polsce.

Pozytywnie należy także ocenić możliwość złożenia przez dłużnika informacji w zakresie całości swojego majątku także przed upływem dwóch lat od złożenia poprzedniej informacji, jeśli wierzyciel uprawdopodobni

okoliczność istotnej zmiany stosunków majątkowych dłużnika, podczas gdy na gruncie k.p.c. wyjawienie majątku może zostać ponownie złożone tylko po upływie roku od złożenia poprzedniego lub wyczerpaniu środków przymusu. *De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie podobnej możliwości na gruncie prawa polskiego, ponieważ w ciągu okresu jednego roku, sytuacja majątkowa dłużnika może się znacząco zmienić, co umożliwi szybsze wyegzekwowanie należności.

Także możliwość zastosowania w ustawodawstwie niemieckim w stosunku do dłużnika, który uchyla się od złożenia informacji, aresztu do 6 miesięcy, w lepszy sposób działa na świadomość dłużnika i przeciwdziała uchylaniu się przez niego od obowiązku złożenia tych informacji. *De lege ferenda*, ustawodawca polski powinien wydłużyć okres zastosowania aresztu wskazanego w art. 916 § 1 k.p.c. w stosunku do dłużnika, który uchyla się od wyjawienia swego majątku.

W ustawodawstwie czeskim także uregulowano instytucję zbliżoną do wyjawienia majątku na gruncie prawa polskiego. Zgodnie z § 260a ust. 1 cz.k.p.c., kto ma roszczenie pieniężne przyznane na podstawie tytułu wykonawczego, może przed złożeniem wniosku o wszczęcie egzekucji wystąpić do sądu o wezwanie dłużnika do wyjawienia majątku. Informacje składane przez dłużnika w zakresie posiadanego majątku są pełne i prawdziwe (§ 260e ust. 1 cz.k.p.c.). Do wniosku wierzyciel dołącza dokument potwierdzający, że jego roszczenie nie zostało lub nie mogło zostać spełnione nawet po zażądaniu udzielenia wyjaśnień lub informacji przewidzianych w § 260 cz.k.p.c. Dłużnik jest zobowiązany podać: płatnika wynagrodzenia lub innego dochodu podlegającego potrąceniom z wynagrodzenia oraz jego wysokości; instytucje finansowe, w których ma rachunki, kwotę należności oraz numery rachunków lub inne niepowtarzalne identyfikatory; dłużników, wobec których ma inne roszczenie pieniężne, przyczynę i wysokość tych roszczeń; podmioty, wobec których przysługują mu inne prawa majątkowe; rzeczy ruchome, których jest właścicielem; papiery wartościowe lub zdematerializowane papiery wartościowe, które mu przysługują; nieruchomości, których jest właścicielem; przedsiębiorstwo, którego jest właścicielem (§ 260e ust. 2 cz.k.p.c.). Wyjawienia majątku nie przeprowadza się, jeśli przed jego rozpoczęciem dłużnik udowodni, że spełnił świadczenie dochodzone przez wierzyciela lub od ostatniego wyjawienia majątku nie upłynęło 6 miesięcy, chyba że stosunki majątkowe dłużnika uległy zmianie (§ 260g ust. 1–3 cz.k.p.c.).

W porównaniu z ustawodawstwem polskim wyjawienie majątku na gruncie prawa czeskiego nie wykazuje istotnych różnic, poza dopuszczeniem możliwości żądania wyjawienia majątku przed upływem 6 miesięcy od poprzedniego wyjawienia w przypadku zmiany sytuacji majątkowej dłużnika.

Również w estońskim prawodawstwie zawarto instytucję zbliżoną do polskiego wyjawienia majątku. Zgodnie z § 60 ust. 1 e.k.p.e. dłużnik jest zobowiązany, na żądanie komornika, do przedłożenia wykazu majątku oraz zobowiązań. W wykazie oprócz istniejącego majątku ujawnia się: majątek, który dłużnik przekazał odpłatnie w ciągu roku poprzedzającego rozpoczęcie postępowania egzekucyjnego; majątek przekazany przez dłużnika pod tytułem darmym w okresie dwóch lat poprzedzających rozpoczęcie postępowania egzekucyjnego (§ 60 ust. 2 e.k.p.e.). Na wniosek komornika lub wierzyciela, dłużnik może zostać zobowiązany do złożenia przed sądem przyrzeczenia (§ 61 e.k.p.e.). Jeżeli dłużnik bez uzasadnionego powodu nie przedstawi komornikowi wykazu majątku lub nie złoży przed sądem przyrzeczenia, sąd może przymusowo doprowadzić dłużnika lub zastosować areszt na okres do 30 dni (§ 62 e.k.p.e.).

W porównaniu z ustawodawstwem polskim wyjawienie majątku na gruncie prawa estońskiego także nie wykazuje istotnych różnic.

7. Podsumowanie

Na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego istnieje szerszy katalog uzyskiwania informacji o majątku dłużnika, aniżeli w pozostałych ustawodawstwach. W ZPO uregulowano jedynie żądanie udzielenia informacji przez instytucje i organy państwowe, a także złożenie przez dłużnika informacji majątkowej, która jest zbliżona do sądowego wyjawienia majątku w prawie polskim. W ustawodawstwie czeskim znane są instytucje podobne do żądania udzielenia wyjaśnień i informacji, jednak uregulowane dwutorowo – co do czynności prowadzonych przez sąd i komornika – oraz wyjawienia majątku na gruncie polskim; w Estonii – żądanie udzielenia wyjaśnień i informacji, a także wyjawienie majątku; w prawodawstwie nor-

weskim – żądanie udzielenia wyjaśnień i informacji, które mogą dotyczyć sytuacji majątkowej dłużnika z okresu dwóch lat przed udzieleniem wyjaśnień lub informacji. Wzorując się na prawie niemieckim, należałoby na gruncie polskim stworzyć centralny rejestr majątkowy w formie elektronicznej, w którym byłyby gromadzone aktualne informacje majątkowe uzyskane w toku wyjawienia majątku, a także wydłużyć długości aresztu wskazanego w art. 916 § 1 k.p.c. w stosunku do dłużnika, który uchyla się od wyjawienia swojego majątku. Zasadnym wydaje się także umożliwienie zastosowania wyjawienia majątku przed upływem jednego roku od złożenia poprzedniego, jeśli wierzyciel uprawdopodobni okoliczność istotnej zmiany stosunków majątkowych dłużnika, jak ma to miejsce w Niemczech i Estonii.

W obowiązujących przepisach k.p.c. należałoby także, w zakresie składania przez dłużnika wykazu majątku, zmienić treść art. 801^1 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. Zgodnie ze wskazanym przepisem dłużnik składa komornikowi, na piśmie lub ustnie do protokołu, wykaz majątku wraz z oświadczeniem o jego prawdziwości i zupełności pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Jednak wykaz majątku nie ma charakteru zupełnego, ponieważ jest składany w zakresie pozwalającym na skuteczne zaspokojenie wierzyciela wobec stosowania przez komornika jak najmniej uciążliwych dla dłużnika sposobów egzekucji. W związku z tym w art. 801^1 § 1 zdaniu pierwszym k.p.c. należałoby wskazać, że dłużnik składa oświadczenie jedynie o prawdziwości złożonego wykazu.

Bibliografia

Cieślak S., *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) J. Jankowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz. Art. 730–1217*, Warszawa 2015.

Flaga-Gieruszyńska K., *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017.

Gil I., *Art. 915 Rozpoznanie wniosku* (w:) E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2018, wydanie elektroniczne dostępne na platformie Legalis (dostęp 1.06.2020).

Gołaczyński J., *Wyjawienie majątku* (w:) J. Gołaczyński (red.), *Wybrane zagadnienia egzekucji sądowej*, Warszawa 2008.

Hetman P., Świtkowski M., *Sposoby egzekucji oraz wyjawienie majątku przed komornikiem. Komentarz praktyczny*, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX (dostęp 1.06.2020).

Jankowski J., *Art. 797^1 Wymagania wniosku* (w:) J. Jankowski, *Kodeks…*, s. 433–434; D. Zawistowski, Art. 797^1 *Wymagania wniosku* (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Artykuły 730–1088*, Warszawa 2014.

Makowska J., *Tryb postępowania przy naliczaniu i pobieraniu opłaty za poszukiwanie i odnalezienie majątku dłużnika. Komentarz praktyczny*, LEX/el 2016, pkt 3, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX (dostęp 1.06.2020).

Marcewicz O., *Art. 761 Wyjaśnienia i informacje; zmiana miejsca pobytu* (w:) A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 2, *Art. 730–1217*, LEX/el 2019, wydanie elektroniczne dostępne na platformie LEX (dostęp 1.06.2020).

Marciniak A., *Art. 913 k.p.c. Przesłanki* (w:) A. Marciniak (red.), K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 730–1088*, Warszawa 2015, s. 678–679.

Oleszkiewicz P., *Problematyka wyjawienia majątku*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2012, nr 1, s.

Pietrzkowski H., *Art. 761 Wyjaśnienia i informacje; zmiana miejsca pobytu* (w:) H. Pietrzkowski, T. Ereciński (red. nauk.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, *Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2016.

Szczurek Z., *Zlecenie komornikowi poszukiwania za wynagrodzeniem majątku dłużnika*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2008, nr 3–5, s. 25–33.

Uliasz M., Ignaczewski J. (red. nauk.), *Komentarz do spraw z zakresu postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego*, Warszawa 2013.

Wengerek E., Romańska M. (red.), *Art. 760 Wnioski i oświadczenia; termin podjęcia czynności przez komornika; wysłuchanie strony* (w:) E. Wengerek, M. Romańska (red.), *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II i III k.p.c.*, Warszawa 2009.

Woźniak Z., *Art. 801 Ustalenie majątku dłużnika; wezwanie do złożenia wykazu majątku; żądanie uzasadnienia wniosku o podjęcie czynności egzekucyjnych; wysłuchanie wierzyciela* (w:) J. Gołaczyński (red.), D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2016, wydanie elektroniczne dostępne na platformie Legalis (dostęp 1.06.2020).

Piotr Zawiejski

Klauzule odpowiedzialności zastępczej w polskim prawie karnym

Piotr Zawiejski

Doktor nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Karnista oraz praktykujący radca prawny.

✉ piotr.zawiejski@us.edu.pl

https://orcid.org/0000-0003-2290-9277

Substitute Liability Clauses in Polish Criminal Law

The basic aim of substitute liability clauses should be the extension of statutory elements of the subject (perpetrator) of the offence, so that it covers a natural person acting for someone else, in particular for an organizational unit. So, there is neither sufficient criminal law basis nor the need to build a separate formula for perpetration under the so-called substitute criminal liability. For this reason, the activity of the legislator, who outside the criminal code, in various acts creates substitute liability clauses in relation to common types of offences, should be assed negatively. As a result of this activity of the legislator, there is a danger of treating these clauses as separate types of offences, and therefore expanding the scope of criminalization, without any criminal policy justification. Such clauses may also without any justification restrict the scope of criminalization leaving actual perpetrator outside the scope of the elements of the offence. The multitude of solutions used by the legislator in relation to the content of substitute liability clauses makes it difficult to inquire into their essence and is a source of interpretational doubts. Nevertheless, in each model of the substitute liability clause, in organizational units, it covers persons who, on the basis of organizational conditions of a given unit (formal or purely factual) are empowered to effectively manage (make decisions) regarding the conduct of a given case. This applies to permanent, general or generic empowerment or even empowerment to a single case. In entities in which the ownership is separated from the management of an organizational unit (e.g. in companies), criminal liability cannot be associated with the exercise of ownership rights.

Słowa kluczowe: zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi, działanie w imieniu lub interesie innej osoby, odpowiedzialność karna, kryminalizacja, podmiot czynu zabronionego

Key words: conducting someone else's property matters, acting on behalf of or for the interest of another person, criminal liability, criminalization, subject (perpetrator) of a criminal offence.

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.382

Wśród licznych nowych terminów języka ekonomicznego i prawniczego ostatnich lat[1] sporą karierę zrobiła, zapożyczona z języka angielskiego metafora „wehikułu". Gdy prawnicy mówią o „wehikule", najczęściej mają na myśli instytucję prawną będącą nośnikiem czyichś zamierzeń lub interesów. Marcin Romanowski na przykład określa spółkę handlową jako „swoistego rodzaju «wehikuł» organizacyjny, w ramach którego wspólnicy dążą do osiągnięcia wspólnego celu w drodze współdziałania"[2]. Metafora ta nie dotyczy tylko spółek prawa handlowego, może obejmować także inne jednostki organizacyjne, chociażby nawet pozbawione podmiotowości prawnej (np. spółki cywilne) lub mające charakter tymczasowy (np. konsorcja). Oczywiście można w tych wszystkich przypadkach posługiwać się zakorzenionym w języku prawnym pojęciem jednostki organizacyjnej. Metafora wehikułu pojawiła się jednak nie bez przyczyny. Wskazuje na funkcję tych jednostek organizacyjnych, jaką jest bycie narzędziem realizacji czyichś zamierzeń lub interesów, które z reguły mają charakter gospodarczy.

Uwarunkowania społeczno-gospodarcze spowodowały, iż prawo prywatne, a w ślad za nim niektóre inne dziedziny prawa, np. prawo podatkowe, w szerokim zakresie wyposażyły jednostki organizacyjne w podmiotowość prawną. Owe „wehikuły" zasadniczo na równi z ludźmi uczestniczą więc w obrocie, przy czym zwraca się uwagę, że ich liczba oraz zaangażowanie w różnorodne sfery życia ludzkiego jest ogromne. Uwaga ta dotyczy zwłaszcza spółek kapitałowych[3]. Yuval Noah Harari podnosi nawet, iż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (w wypadku polskiego systemu można szerzej mówić o spółkach kapitałowych) jako konwencja społeczna i prawna pozwalająca funkcjonować interesom w oderwaniu od ich twórców i w konsekwencji bez obciążania ich ryzykiem, stanowi jeden z najważniejszych wynalazków w dziejach ludzkości[4].

W zależności od form, które przybierają jednostki organizacyjne, zróżnicowane są prawne mechanizmy zarządzania nimi. W wielu wypadkach (zwłaszcza w wypadku osób prawnych, gdzie zarządzanie oparte jest o teorię organów) zarządzanie wyraźnie oddzielone jest od uczestnictwa (kapitałowego bądź osobowego) w jednostce organizacyjnej. Można powiedzieć, że sfera własności oddzielona jest od sfery zarządzania. A zatem oprócz „wehikułu" i tych, którzy go stworzyli, pojawiają się ci, którzy nim kierują.

Tam, gdzie prawo prywatne wykreowało mechanizmy przypisywania jednostkom organizacyjnym aktywności ich organów czy przedstawicieli, tam prawo karne boryka się z problemem odwrotnym. Dla prawa karnego istotna jest kwestia odpowiedzialności człowieka zaangażowanego w aktywność jednostki organizacyjnej, za jej działalność. Można więc powiedzieć, że idzie o odwrócenie prywatnoprawnej konwencji podmiotowości prawnej jednostek organizacyjnych i przypisanie odpowiedzialności karnej konkretnemu człowiekowi. Jednym z instrumentów przypisywania odpowiedzialności w związku z aktywnością jednostki organizacyjnej są klauzule odpowiedzialności zastępczej. Klauzule te wyrosłe z koncepcji „działania za kogoś innego" przypisują taką odpowiedzialność opartą na stosunku prawnym lub faktycznym łączącym określoną osobę z jednostką organizacyjną. Klauzule te mogą także znaleźć zastosowanie w wypadku działania za osobę fizyczną. Przede wszystkim stanowią one jednak mechanizm przypisywania odpowiedzialności karnej człowiekowi zarządzającemu jednostką organizacyjną. Dalsza część rozważań w przeważającej mierze dotyczyć więc będzie funkcjonowania klauzul odpowiedzialności zastępczej w odniesieniu do jednostek organizacyjnych.

Od razu trzeba zaznaczyć, że klauzule odpowiedzialności zastępczej nie są jedynym instrumentem pozwalającym przypisywać odpowiedzialność karną w związku z działalnością jednostki organizacyjnej. Analogiczne cele ustawodawca osiąga, odpowiednio kształtując znamiona bezpośrednio w przepisie okre-

1 Zob. J.J. Parysek, *Metafory i neologizmy współczesnego języka nauk społecznych i ekonomicznych*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" 2017, nr 3, s. 175 i n.

2 M. Romanowski (w:) A. Szajkowski (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo Spółek Osobowych*, Warszawa 2008, s. 89.

3 Zob. P. Alldridge, *Relocating Criminal Law*, Londyn 2000, s. 76–82.

4 Y.N. Harari, *Sapiens. Od zwierząt do bogów*, Warszawa 2018, s. 39–42.

ślającym typ czynu zabronionego. Oczywiście mogą to być znamiona podmiotu, przykładowo wymóg pełnienia jakiejś funkcji, np. członka zarządu lub likwidatora spółki prawa handlowego w art. 586 k.s.h., albo wykonywania określonych zadań, np. czynności z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych na gruncie art. 218 § 1a k.k. Mogą to być także znamiona strony przedmiotowej albo nawet odpowiednie ukierunkowanie znamion strony podmiotowej. Na przykład zgodnie z art. 115 § 4 k.k. „korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego". W konsekwencji tam, gdzie ustawodawca, formułując znamiona strony przedmiotowej np. w art. 228 § 1 k.k., wskazuje na przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej, dotyczy to także przyjęcia korzyści dla kogo innego, w tym reprezentowanej przez sprawcę jednostki organizacyjnej. Wszędzie tam natomiast, gdzie wymagane jest działanie „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej", np. w art. 286 § 1 k.k., strona podmiotowa przesądza także o tym, iż typizacja taka obejmuje działanie w celu osiągnięcia korzyści przez jednostkę organizacyjną, dla której działa sprawca. Ten sam efekt osiągnął ustawodawca w rt.. 297 § 1 k.k., gdzie mowa jest o działaniu w celu uzyskania wskazanych tam instrumentów dla „siebie lub kogo innego". W wielu wypadkach takie elastyczne formuły są lepsze niż klauzule odpowiedzialności zastępczej bazujące na związku formalnym lub faktycznym sprawcy z innym podmiotem. Mogą być one bliżej istoty czynu w wypadku różnego rodzaju patologii zwłaszcza w sferze gospodarczej niż konstrukcje nawiązujące do zajmowania się cudzymi sprawami (często wymagające wykazywania formalnego stosunku prawnego między sprawcą, a podmiotem reprezentowanym).

1. Funkcja klauzul odpowiedzialności zastępczej

W kwestii klauzul odpowiedzialności zastępczej wyraźnie zarysowały się dwie koncepcje. Są one przeciwstawne, a niestety ustawodawca na gruncie różnych ustaw daje wyraz przekonania raz do jednej, raz do drugiej z nich. Skutkuje to brakiem spójności w systemie prawa. Wedle pierwszej z tych koncepcji „chodzi […] o poszerzenie kręgu podmiotów przestępstwa, tak by objąć nim właśnie ową osobę fizyczną działającą za kogoś innego, czyli zwłaszcza za osobę prawną lub inną jednostkę organizacyjną"[5]. W tym ujęciu klauzule odpowiedzialności zastępczej mają sens tylko na gruncie przestępstw indywidualnych. Stanowią remedium na sytuację, w której cecha podmiotu warunkująca możliwość popełnienia czynu zabronionego (np. bycie dłużnikiem) charakteryzuje podmiot (najczęściej jednostkę organizacyjną) reprezentowany przez sprawcę, który sam tej cechy nie posiada. Klauzule te nie są natomiast potrzebne w wypadku przestępstw powszechnych. Jak bowiem wskazuje Piotr Ochman, dla przypisania przestępstwa powszechnego nie jest istotne, „w czyim imieniu sprawca (pojedynczy, współsprawca, sprawca polecający czy też kierowniczy) „wykonuje czyn zabroniony"[6].

Dobrą ilustracją sceptycyzmu wobec klauzul odpowiedzialności zastępczej przy przestępstwach powszechnych są kodeksowe przestępstwa przeciwko środowisku (Rozdział XXII k.k.). Większość z nich ma charakter powszechny i ustawodawca nie zamieścił w odniesieniu do nich żadnej klauzuli odpowiedzialności zastępczej. Przestępstwa te z całą pewnością mogą być popełniane w działalności jednostek organizacyjnych, czy też przez sprawcę reprezentującego kogoś innego. Np. w art. 188 k.k. ustawodawca określa, iż karze podlega ten kto „na terenie objętym ochroną ze względów przyrodniczych lub krajobrazowych albo w otulinie takiego terenu, wbrew przepisom, wznosi nowy lub powiększa istniejący obiekt budowlany albo prowadzi działalność gospodarczą zagrażającą środowisku". Inwestorem w budowie takiego obiektu budowlanego albo podmiotem prowadzącym taką działalność gospodarczą może być jednostka organizacyjna. Może się też zdarzyć, że osoba fizyczna będąca formalnie inwestorem albo prowadzącym działalność gospodarczą *de facto* nie będzie podejmować żadnych

5 B. Kunicka-Michalska, *Koncepcja „działania za kogoś innego" w niektórych obcych kodeksach karnych (odpowiedzialność organów i reprezentantów ciał kolektywnych)* (w:) L. Tyszkiewicz (red), *Problemy nauk penalnych, Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996, s. 102.

6 P. Ochmann, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności zastępczej za przestępstwa w pozakodeksowym prawie karnym gospodarczym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2011, nr 27, s. 295.

aktywności, w tej aktywności będzie zastępowana przez kogoś innego. Wedle prezentowanego podejścia klauzula odpowiedzialności zastępczej nie jest jednak potrzebna, istotne bowiem jest, która osoba fizyczna rzeczywiście „wykonuje czyn zabroniony", bez znaczenia jest, w czyim imieniu (czy też za kogo) działa.

Wedle konkurencyjnego poglądu dotyczącego istoty klauzul odpowiedzialności zastępczej nie idzie tylko o rozszerzenie znamion podmiotu, lecz w ogóle o specyficzną „odpowiedzialność karną zastępczą". Robert Zawłocki wskazuje, że czyn osoby fizycznej polegający na reprezentacji określonego podmiotu „w zakresie przyczynowo-skutkowym wyklucza możliwość uznania tej konkretnej osoby fizycznej za samodzielnego animatora sytuacji kwalifikowanej jako wypełnienie znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego"[7]. Chodzi więc nie tylko o to, że reprezentant nie dysponuje cechą podmiotu, lecz także o to, że to właśnie reprezentowany podejmuje zachowanie odpowiadające opisowi strony przedmiotowej, „wykonuje czyn". Czynowi reprezentanta nie można też przypisać pozostałych przesłanek przestępności, w tym zwłaszcza bezprawności. „Podmiotem naruszającym porządek prawny (np. obowiązek formalny wynikający z przepisów prawa powszechnego) jest tutaj formalnie podmiot reprezentowany. Wynika to z faktu, iż to właśnie on, a nie jego reprezentant jest adresatem określonego obowiązku"[8]. A zatem jak podkreśla R. Zawłocki „odpowiedzialność karna zastępcza odnosi się do całości przesłanek odpowiedzialności karnej"[9]. W konsekwencji inny jest charakter odpowiedzialności zastępczej. Adresat klauzuli odpowiedzialności zastępczej, działając w imieniu lub na rzecz podmiotu reprezentowanego, przyczynia się do naruszenia prawa przez ten podmiot (który sam często nie może ponosić odpowiedzialności karnej). Wobec tego odpowiedzialność zastępcza dotyczy też przestępstw powszechnych.

Takiemu pojmowaniu odpowiedzialności zastępczej sprzyja to, że najczęściej dotyczy ona prawa karnego gospodarczego, gdzie prawnokarne typizacje związane są z regulacjami innych dziedzin prawa. W związku z tym po pierwsze zakorzenione są w aparaturze pojęciowej i w prawnej konwencji tych innych dziedzin prawa, na gruncie których określone czynności przypisywane są podmiotowi reprezentowanemu, a nie reprezentantowi. Po drugie, zachowanie reprezentowanego jest z reguły bezprawne na gruncie takiej czy innej dziedziny prawa. Przykładowo w wypadku dokonywania oferty publicznej papierów wartościowych co do zasady wymagane jest zatwierdzenie prospektu emisyjnego przez Komisję Nadzoru Finansowego oraz jego udostępnienie do publicznej wiadomości (art. 26 a oraz art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych). Obowiązki te ciążą na emitencie lub sprzedającym, którzy w razie uchybienia im, podejmują działanie bezprawne. Jednocześnie uchybienie tym obowiązkom jest czynem zabronionym pod groźbą kary opisanym w art. 99 ust. 1 pkt 1 Ustawy, zgodnie z którym karze podlega ten, „kto dokonuje oferty publicznej papierów wartościowych bez wymaganego ustawą zatwierdzenia prospektu emisyjnego lub jego udostępnienia do publicznej wiadomości". Można argumentować, że na gruncie tej ustawy, jeżeli emitentem lub sprzedającym jest jednostka organizacyjna, a tak jest najczęściej, to ona właśnie dokonuje oferty publicznej, a nie osoby nią zarządzające czy ją reprezentujące. Ponadto to ona właśnie dopuszcza się czynu bezprawnego. Wydaje się, że właśnie takim rozumowaniem kierował się ustawodawca, formułując w art. 99 ust. 3 powołanej Ustawy odrębny typ czynu zabronionego zawierający klauzulę odpowiedzialności zastępczej, zgodnie z którym „tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 (…), działając w imieniu lub interesie osoby prawnej, lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej". Odpowiedzialność zastępcza pojawiła się tutaj w odniesieniu do przestępstwa o charakterze powszechnym.

Rozstrzygając powyższą kontrowersję, wskazać trzeba, że koncepcja „sprawstwa zastępczego" polegającego na przyczynieniu się przez zarządcę do popeł-

7 R. Zawłocki, *Istota odpowiedzialności karnej zastępczej* (w:) J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red), *Reforma Prawa Karnego. Propozycje i komentarze. Księga Pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 309.

8 R. Zawłocki, *Istota…*, s. 310.

9 R. Zawłocki, *Istota…*, s. 311.

nienia czynu zabronionego przez podmiot zarządzany nie znajduje wystarczającego oparcia w kodeksowej konstrukcji sprawstwa (nie tylko sprawstwa pojedynczego). Art. 18 § 1 k.k. zawiera enumeratywny katalog sprawczych postaci popełnienia czynu zabronionego i na gruncie każdej z nich wymaga „wykonania" tegoż czynu[10], tj. wypełnienia znamion typu czynu zabronionego. Może ono następować samodzielnie przez sprawcę, wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, bądź też czynem innego człowieka, którym sprawca kieruje, albo wykorzystując jego uzależnienie od siebie, poleca mu wykonanie czynu zabronionego. Nie ma jednak mowy o sprawczym „przyczynieniu się" do wykonania czynu zabronionego przez kogoś innego. Dla tak rozumianego sprawstwa pośredniego nie ma wystarczających podstaw w treści ustawy[11].

Odrzucenie koncepcji „sprawstwa zastępczego" powoduje, że konieczne staje się rozważenie, czy wykonanie czynu zabronionego w warunkach zarządzania jednostką organizacyjną mieści się w kodeksowej formule sprawstwa. Jak wskazuje Piotr Kardas, sprawstwo w kodeksie karnym oparte jest na koncepcji formalno-obiektywnej (wypełnienie znamion typu czynu zabronionego) oraz częściowo na niemieckiej koncepcji „panowania nad czynem"[12]. „Takie ujęcie sprawstwa pojedynczego odrywa całkowicie tę figurę od elementów subiektywnych, nie ma więc znaczenia w czyim interesie oraz z jakich pobudek działał dany podmiot. Dla przyjęcia sprawstwa pojedynczego nie jest zatem konieczne wykazywanie na gruncie polskiej ustawy karnej, że sprawca działał z wolą popełnienia przestępstwa dla siebie (*animus auctoris*), z drugiej strony nie wyklucza sprawstwa pojedynczego działanie sprawcy dla kogoś innego (*animus socii*)"[13].

Istotą sprawstwa jest normatywnie scharakteryzowane panowanie nad czynem[14], a więc kształtowanie przez sprawcę rzeczywistości w sposób odpowiadający zestawowi znamion typu czynu zabronionego. Tak jak środkiem kształtowania rzeczywistości mogą być siły przyrody, może nim być też społeczno-prawna konwencja jednostki organizacyjnej działającej w obrocie. To, że sprawca na gruncie prywatnoprawnym reprezentuje kogoś innego, nie przekreśla więc tego, że własnoręcznie wykonuje czyn zabroniony. Dla przypisania sprawstwa przestępstwa powszechnego zasadniczo nie ma więc znaczenia to, że sprawca wykonuje czyn zabroniony, zarządzając jednostką organizacyjną czy też działalnością kogoś innego.

Przemawiająca do wyobraźni w tej kwestii jest przywołana na wstępie metafora „wehikułu". Sprawca zarządzający jednostką organizacyjną (czy szerzej – działalnością kogoś innego) posługuje się nią jako narzędziem, medium służącym do popełnienia czynu zabronionego. Istota jego czynu nie polega więc na tym, że przyczynia się do popełnienia czynu zabronionego przez podmiot, którym zarządza. To nie ów podmiot popełnia czyn zabroniony, lecz bezpośrednio, „własnoręcznie" sam sprawca, który owym „wehikułem" kieruje. Podobnie rzecz się ma z bezprawnością. Łatwiej to dostrzec, gdy bezprawność rozumie się tradycyjnie, a więc jako wypełnienie znamion typu czynu zabronionego, któremu towarzyszy brak kontratypu. W takim przypadku, jak już wzmiankowano, posługiwanie się jednostką organizacyjną zasadniczo nie ma znaczenia dla wypełnienia znamion typu, o tym zaś, czy wystąpi kontratyp, decydować będzie całokształt okoliczności, przed którymi staje sprawca, a więc tak okoliczności na gruncie prawa prywatnego czy publicznego dotyczące jednostki organizacyjnej, jak i samego sprawcy (gdyby rozpatrywać jego działanie np. w kontekście stanu wyższej konieczności czy ryzyka nowatorstwa). Jako nieco bardziej skomplikowana jawi się bezprawność czynu zarządcy, gdyby postrzegać ją jako element poprzedzający wypełnienie znamion typu czynu zabronionego, a więc zgodnie z tzw. wieloaspektową konstrukcją przestępstwa[15]. W takim bowiem przypadku bezprawność czynu istnieje niezależnie od prawa karnego (poprzedza prawo karne). Można więc argumentować, że to jednostka organizacyjna narusza prawo na grun-

10 P. Kardas (w:) R. Dębski (red), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego*, t. 3, s. 936 i n. Por. A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 28.

11 K. Buchała, L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 1–2, s. 175, 180–181.

12 P. Kardas (w:) R. Dębski (red), *Nauka…*, s. 907.

13 P. Kardas (w:) R. Dębski (red), *Nauka…*, s. 902.

14 P. Kardas (w:) R. Dębski (red), *Nauka…*, s. 956.

15 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*. Część ogólna, 2010, s. 162 i n.

cie prywatnoprawnym czy publicznoprawnym, a nie sam sprawca, który tą jednostką zarządza. Wydaje się jednak, że również na gruncie tej koncepcji bezprawności można mówić o bezprawności czynu sprawcy, a nie tylko podmiotu, którym zarządza. Przecież tam, gdzie mówimy o typach powszechnych, także leżące u ich podstaw zakazy mają charakter powszechny. Adresowane są więc tak do jednostek organizacyjnych, jak i do zarządzających nimi. Również w tym przypadku można więc na potrzeby prawa karnego mówić o bezprawności czynu sprawcy zarządzającego określonym podmiotem.

Praktyka legislacyjna niekiedy odbiega od zarysowanego modelu formułowania klauzul odpowiedzialności zastępczej. Przede wszystkim jednak, jak już wzmiankowano, jest niejednolita. O spójnej wizji można mówić jedynie w odniesieniu do rozwiązań kodeksowych. Jedyna znajdująca się w k.k. klauzula odpowiedzialności zastępczej zawarta w art. 308 k.k. służy rozszerzeniu znamion podmiotu czynu zabronionego tam, gdzie zostały one określone przez pojęcia „wierzyciela" albo „dłużnika". W wypadku powszechnych typów czynów zabronionych, takich jak wzmiankowane już przestępstwa przeciwko środowisku (które

Rzeczywista legislacyjna potrzeba ogranicza się do rozszerzenia znamienia podmiotu indywidualnego czynu zabronionego.

W związku z powyższym nie ma powodu, by na podstawie klauzuli odpowiedzialności zastępczej budować odrębną formułę „sprawstwa zastępczego". Rzeczywista legislacyjna potrzeba ogranicza się do rozszerzenia znamienia podmiotu indywidualnego czynu zabronionego. Chodzi o to, by odpowiedzialność karna wynikająca z tego rodzaju typizacji mogła też dotknąć tych, którzy działają za jednostki organizacyjne (albo np. posługują się figurantami), a nie są objęci znamieniem podmiotu bezpośrednio zawartym w przepisie określającym daną typizację. Znamię to odnosi się bowiem nie do nich, a do zarządzanych przez nich jednostek organizacyjnych (czy figurantów). Tak rozumiana funkcja klauzul odpowiedzialności zastępczej powoduje, że nie ma powodu, by na ich podstawie konstruować odrębne typy czynów zabronionych. Przepisy formułujące klauzule odpowiedzialności zastępczej powinny mieć charakter przepisów uzupełniających względem przepisów zrębowych określających typizacje. Sprawca objęty zakresem takiej klauzuli nie atakuje żadnych innych dóbr niż te, które są przedmiotem typu, do którego ta klauzula się odnosi. Zastosowanie klauzuli nie zmienia też istoty zamachu na te dobra, definiowanej zasadniczo przez znamiona strony przedmiotowej.

w większości maja charakter powszechny) czy przestępstwa przeciwko obrotowi papierami wartościowymi, jak oszustwo kapitałowe (art. 311 k.k.), ustawodawca klauzul takich nie zamieszcza, polegając na kodeksowej formule sprawstwa. W k.k.s. klauzula odpowiedzialności zastępczej pojawia się w części ogólnej kodeksu. Jednakże to umiejscowienie wynika z tego, iż większość przestępstw i wykroczeń skarbowych ma indywidualny charakter. Trudno więc, by ustawodawca w części szczególnej formułował tę klauzulę w odniesieniu do poszczególnych typów. To umiejscowienie klauzuli nie powoduje zatem, że jest ona czymś więcej niż tylko rozszerzeniem znamion podmiotu czynu zabronionego[16]. Nie jest wystarczającą podstawą do tego, by budować odrębną karną skarbową konstrukcję sprawstwa zastępczego.

16 Z. Siwik, *Projekt Kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialno prawnych przepisach części ogólnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1998, nr 1–2, s. 21; L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo Karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 89 i n.; P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 238–239.

Spójnej wizji wyraźnie brakuje w prawie karnym pozakodeksowym. Całkiem sporo jest przypadków, w których ustawodawca formułuje klauzule odpowiedzialności zastępczej w odniesieniu do typów powszechnych. Wspomniano już o ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na klauzule dotyczące typów powszechnych, które występują w dwóch systemowych ustawach tj. Prawie bankowym i Prawie własności przemysłowej. Klauzule te obrazują bowiem, jakie konsekwencje dla kształtu odpowiedzialności karnej może mieć zamieszczenie regulacji dotyczących odpowiedzialności zastępczej w odniesieniu do typów powszechnych. W Prawie bankowym ustawodawca w art. 171 ust. 1 kryminalizuje działalność parabankową, tj. prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu od innych środków pieniężnych w celu udzielania kredytów albo obciążania ich ryzykiem w inny sposób. Czyn ten ma charakter powszechny. Jednocześnie w art. 171 ust. 3 Prawa bankowego ustawodawca wprowadza odrębny, oparty na klauzuli odpowiedzialności zastępczej typ czynu zabronionego, zgodnie z którym „tej samej karze podlega także ten, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 […], działając w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej". Posłużenie się przez ustawodawcę taką odrębną typizacją stwarza niebezpieczeństwo postrzegania jej jako instrumentu rozszerzającego odpowiedzialność karną za działalność parabankową na tych wszystkich, którzy w imieniu parabanku (np. jako pełnomocnicy albo nawet tylko jako osoby czynne w lokalu przedsiębiorstwa, na podstawie art. 97 k.c.) gromadzą środki bankowe, które są obciążane ryzykiem. Odpowiedzialność za taką działalność obejmowałaby więc nie tylko „panujących nad czynem" zarządców parabanku, lecz nawet zajmujących się wyłącznie czynnościami wykonawczymi i o niczym niedecydujących pracowników gromadzących środki od klientów. Obecność klauzuli odpowiedzialności zastępczej jest w tym przypadku nie tylko problemem systemowym, ale powoduje też ryzyko nieuzasadnionej, zbyt szerokiej kryminalizacji[17].

Odpowiedzialność za działalność parabankową obejmowałaby więc nie tylko „panujących nad czynem" zarządców parabanku, lecz nawet zajmujących się wyłącznie czynnościami wykonawczymi i o niczym niedecydujących pracowników gromadzących środki od klientów.

Odwrotny problem, tzn. niebezpieczeństwo nieuzasadnionego zawężania znamion typu czynu zabronionego występuje na gruncie art. 309 Prawa własności przemysłowej, gdzie ustawodawca wskazał, że w jednostkach organizacyjnych odpowiedzialność za mające charakter powszechny przestępstwa z art. 303, art. 304, art. 305 oraz za wykroczenia z art. 307 i art. 308 Prawa własności przemysłowej ponosi osoba prowadząca lub kierująca jednostką, chyba że z podziału kompetencji wynika odpowiedzialność innej osoby. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 lipca 2007 r.[18]

17 Por. J. Majewski (w:) O. Górniok (red), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 276–277.

18 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2007 r. V KK 361/06, OSNKW z 2007, nr 10, poz. 73.

wskazał, że przepisem tym zawężono podmiotowo zakres odpowiedzialności karnej za wskazane w nim typy, zmieniając tym samym ich charakter z typizacji powszechnych (*delicta communia*) na indywidualne – obejmujące podmiotowo tylko osoby o skonkretyzowanych właściwościach (*delicta propria*) – jeżeli popełnione są w warunkach określonych w tym przepisie. Judykat ten, który stał się przedmiotem krytyki w piśmiennictwie[19] wskazuje, że art. 309 Prawa własności przemysłowej może prowadzić do zawężania odpowiedzialności w ten sposób, że gdy któryś z tych czynów zostanie popełniony przez osobę działającą w ramach jednostki organizacyjnej, ale osoba ta nie kieruje tą jednostką, nie prowadzi tej jednostki ani nie jest odpowiedzialna za określoną działalność na podstawie podziału kompetencji, to osoba ta nie popełnia czynu zabronionego. Takiego sprawcy nie charakteryzuje bowiem cecha podmiotu przestępstwa indywidualnego. Oznacza to, że gdy sprawca nie kieruje jednostką ani jej nie prowadzi, a wykracza poza formalny zakres swoich kompetencji, to nie może ponosić odpowiedzialności za wskazane w art. 309 Prawa własności przemysłowej czyny zabronione. Na gruncie powyższych wątpliwości wyraźnie widać, że przepis ten jest niepotrzebny.

Powyższe przykłady wskazują, że kodeksowa konstrukcja sprawstwa jest nie tylko wystarczająca, ale też lepsza niż klauzule odpowiedzialności zastępczej w wypadku przestępstw powszechnych. W wielu przepisach pozakodeksowych ustawodawca jest tego świadomy. Dobrym przykładem ze sfery, w której typowo występują jednostki organizacyjne, jest Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi, w której nie ma żadnej takiej klauzuli. Przy tym niektóre typy w tej ustawie są bardzo podobne do wspomnianej działalności parabankowej. Idzie bowiem o prowadzenie określonej działalności regulowanej bez szczególnego zezwolenia (art. 178 i 178a). Szkoda więc, że ustawodawca zamieścił wspomniane klauzule w innych ustawach dotyczących publicznego obrotu papierami wartościowy, tj. w wspomnianej już ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych czy ustawie o obligacjach. Nie tylko więc wątpliwości budzi znaczenie tych klauzul, ale także chaos związany z tym, iż w tej samej sferze stosunków społeczno-gospodarczych na gruncie niektórych przepisów klauzule te występują, a w innych nie.

2. Treść i zakres wybranych klauzul odpowiedzialności zastępczej

Mnogość rozwiązań ustrojowych funkcjonowania różnorodnych jednostek organizacyjnych powoduje, że ustawodawca, kreując klauzule odpowiedzialności zastępczej na gruncie prawa karnego, nie może oprzeć się na jakiejś jednej prywatnoprawnej konstrukcji ich reprezentacji, lecz musi stworzyć rozwiązanie obejmujące wszystkie te ustrojowe mechanizmy, którymi jest zainteresowany ze względu na kształt przepisów prawnokarnych. Dodatkowo musi uwzględniać reprezentację jednostki organizacyjnej, która nie ma oparcia w jej przepisach ustrojowych, ale *de facto* występuje, w przypadku gdy mandat do reprezentacji wygasł w konsekwencji upływu kadencji członka zarządu, ale osoba pełniąca tę funkcję nadal ją faktycznie sprawuje oraz jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS jako członek zarządu (w związku z tym jest reprezentantem z wszelkimi konsekwencjami dla obrotu).

W związku z powyższym można mówić o drugiej (obok rozszerzenia zakresu podmiotu typizacji) funkcji klauzul odpowiedzialności zastępczej. Polega ona na stworzeniu autonomicznego względem regulacji ustrojowych danej jednostki, prawnokarnego kręgu osób mogących ponosić odpowiedzialność za czyny zabronione, do których klauzula się odnosi. Ta autonomia ma po pierwsze, charakter zakresowy, tj. krąg tych osób nie musi się pokrywać z kręgiem osób tytularnie pełniących funkcje zarządcze w danej jednostce. Po drugie, ma ona też charakter pojęciowy tj. ustawodawca przynajmniej częściowo buduje klauzule odpowiedzialności w oderwaniu od aparatury dziedzin prawa mających charakter ustrojowy dla danej jednostki.

W systemie prawnym nie funkcjonuje jednolita konstrukcja klauzul odpowiedzialności zastępczej. Wydaje się, że różnorodne klauzule można ze względu na sposób konstruowania kręgu osób odpowiedzialnych podzielić na trzy grupy. Po pierwsze, są to klauzule,

19 D. Kuberski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 4 lipca 2007 r., V KK 361/06*, Lex/el.

które odpowiedzialność karną wiążą z zajmowaniem się cudzymi sprawami majątkowymi (czy też gospodarczymi) na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania. Taki sens, choć nieznacznie różne brzmienie, mają dwie kodeksowe klauzule odpowiedzialności zastępczej tzn. znajdujące się art. 308 k.k. z art. 9 § 3 k.k.s. Po drugie, w przepisach pozakodeksowych występują dość licznie klauzule oparte na formule „działania w imieniu lub w interesie albo działania w imieniu lub na rzecz, bądź też działania w imieniu”[20] innego podmiotu. Po trzecie, występuje klauzula wskazująca, iż odpowiedzialność karną ponosi „osoba prowadząca lub kierująca jednostką, chyba że z podziału kompetencji wynika odpowiedzialność innej osoby” (art. 309 Prawa własności przemysłowej).

aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość. Zatem ten, kto ma jedynie obowiązki w zakresie dbałości o to, by stan mienia powierzonego nie uległ pogorszeniu, nie może być uważany za zajmującego się cudzymi sprawami majątkowymi”[22]. Czynności sprowadzające się do, najogólniej mówiąc, zabezpieczenia mienia stanowią tzw. element statyczny zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi, a gospodarowanie w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość, określa się mianem elementu dynamicznego. Argumentacja wymagająca dalej idących kompetencji niż tylko zabezpieczenie mienia z pewnością zasługuje na uwzględnienie. Wydaje się jednak, że element dynamiczny ujmowany jest zbyt wąsko. Znamię zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi nie obejmuje tylko tych, którzy

Jedną z funkcji klauzul odpowiedzialności zastępczej jest stworzenie, autonomicznego względem regulacji ustrojowych danej jednostki, prawnokarnego kręgu osób mogących ponosić odpowiedzialność za czyny zabronione, do których klauzula się odnosi.

Wzorcowy charakter dla pierwszej grupy ma klauzula z art. 308 k.k., która oparta jest na obecnej od dawna w karnistyce konstrukcji zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi[21]. Zgodnie z przeważającym w piśmiennictwie i orzecznictwie rozumieniem formuła ta obejmuje „tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie, zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, zobowiązani są pomnażać mienie, ale wszystkich tych, którzy wyposażeni są w kompetencje do zarządzają mieniem w obrocie, nawet jeżeli nie mają go pomnażać, lecz chociażby upłynnić (np. likwidatorzy). Istotne jest natomiast, by były to osoby, które zarządzają, a więc dysponują chociażby ograniczoną samodzielnością decyzyjną (imperium decyzyjnym) co do tego, jak rozporządzić mieniem, w inny sposób je obciążyć, czy też do czego w związku mieniem się zobowiązać. To imperium może mieć charakter rodzajowy (dotyczyć tylko niektórych składników mienia albo tylko niektórych czynności dotyczących

20 Zob. P. Ochmann, *Uwagi…*, s. 300 i n.

21 Zob. szerzej T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Lex/el, 2013.

22 Postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, Legalis 49609, odmiennie wyrok SN z dnia 5 stycznia 2000 r., sygn. akt: V KKN 192/99, Legalis 47087.

tych składników), może nawet obejmować czynności jednorazowe[23].

Podobnie należy rozumieć klauzulę odpowiedzialności zastępczej zawartą w art. 9 § 3 k.k.s. Tam ustawodawca również posłużył się formułą „zajmowania się", tyle że „sprawy majątkowe" zastąpił „sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi". Odniesienie się do spraw gospodarczych jeszcze wyraźniej niż w wypadku art. 308 k.k. wskazuje, iż idzie o osoby zarządzające, a więc wyposażone w imperium decyzyjne. Podkreślenie przez ustawodawcę spraw finansowych, a więc odnoszących się do ogólnego przedmiotu ochrony prawa karnego skarbowego, zaakcentować ma związek owego imperium decyzyjnego ze sprawami podatkowymi, celnymi, dewizowymi lub z zakresu gier i zakładów wzajemnych. Istota tej klauzuli jest jednak taka sama jak klauzuli z art. 308 k.k.

Warto odnotować, iż nowelizacją k.k.s. z dnia 1 grudnia 2016 r. usunięto istotną wadę, jaką obarczona była klauzula z art. 9 § 3 k.k.s., tj. wymóg by reprezentowana jednostka organizacyjna wyposażona była w podmiotowość prawną. Wymogu tego nie spełniała spółka cywilna, pomimo tego, iż jest ona np. podatnikiem w ramach podatku VAT. W konsekwencji wspólnicy spółki cywilnej nie mogli odpowiadać za przestępstwa skarbowe, których podmiotem jest podatnik, nie obejmowała bowiem ich klauzula odpowiedzialności zastępczej[24]. Obecnie klauzula odpowiedzialności zastępczej obejmuje także wspólników spółki cywilnej.

W wypadku obu powyższych klauzul odpowiedzialności zastępczej idzie o osoby zarządzające daną aktywnością jednostki organizacyjnej, a nie tylko występujące za tę jednostkę albo w jej imieniu w stosunkach zewnętrznych. Np. w doktrynie prawa prywatnego podejmowanie czynności prawnych przez organ osoby prawnej (tzn. zarówno decydowanie o treści czynności prawnej, jak i samo składanie oświadczenia woli) określane jest jako reprezentacja osoby prawnej. W ramach reprezentacji wyróżnia się jednak sferę reprezentacji sensu stricto, tzn. przejawiania woli na zewnątrz oraz sferę reprezentacji *sensu largo* polegającą na podejmowaniu decyzji co do treści czynności prawnej[25]. Na gruncie klauzuli z art. 308 k.k. idzie o reprezentację sensu largo. Nie o to, kto podpisuje umowę, ale o to, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania podejmuje decyzję o jej podpisaniu (a więc zarządza podmiotem w danej sferze). Analogicznie w wypadku art. 9 § 3 k.k.s. istotne nie jest, kto np. podpisuje deklarację podatkową w imieniu podatnika, lecz kto na podstawie powyższych podstaw podejmuje decyzję o jej treści. Tak właśnie formułę z art. 9 § 3 k.k.s. zinterpretował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 2013 r.[26], gdzie odpowiedzialność za przestępstwo skarbowe z art. 56 § 1 k.k.s. przypisano nie temu, kto podpisał deklarację podatkową, lecz temu, kto zadecydował o jej treści.

Istotne jest zatem, kto zgodnie z przepisami prawa decyzją właściwego organu, umową lub na podstawie faktycznego wykonywania zarządza jednostką organizacyjną w danej sferze aktywności. Warto zwrócić uwagę, że pierwsze trzy podstawy zarządzania oparte są o kontekst normatywny. W związku z tym na ich gruncie nie ma mowy o alternatywie rozłącznej, lecz raczej o komplementarności. Z reguły decyzja właściwego organu lub umowa łącznie z przepisami prawa oraz wewnętrznymi regulacjami ustrojowymi danej jednostki określać będzie kompetencje sprawcy. Interesujące jest, jak w takim razie traktować „faktyczne wykonywanie", w tym zwłaszcza, czy sformułowanie to pozwala oderwać odpowiedzialność od wewnętrznego ustroju danego podmiotu określającego pozycję jego organów, innych osób zarządzających, i zamiast tego badać, kto rzeczywiście zarządza jednostką organizacyjną w określonej sferze. Wydaje się, że „faktyczne wykonywanie" jest na gruncie kodeksowych klauzul odpowiedzialności zastępczej równoważne względem pozostałych, opartych na prawie podstaw

23 O. Górniok, *Z problematyki ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Kontrola Państwowa" 1997, nr 1, s. 68; A. Zientara, *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010, s. 116.

24 Uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2007, sygn. akt: I KZP 7/07, OSNKW z 2007 r., nr 5, poz. 38.

25 zob. szerzej: A. Gburzyńska-Dulewicz, *Pozycja prawna zarządu i członków zarządu spółek kapitałowych*, Warszawa 2006 s. 79.

26 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2013 r., V KK 158/13, OSNKW z 2014, nr 2, poz. 17.

odpowiedzialności (nie jest względem nich subsydiarne). Można więc w wypadku kodeksowych klauzul odpowiedzialności zastępczej pominąć normatywną kompetencję do zajmowania się cudzymi sprawami. Istotne jest jednak, by sprawca rzeczywiście w ramach danego podmiotu *de facto* zarządzał daną sferą jego aktywności. Formuła „faktycznego wykonywania" nie obejmuje zakulisowego oddziaływania na organy jednostki organizacyjnej, czy inne osoby nią zarządzające, lecz rzeczywiste wykonywanie funkcji tych organów lub osób (w ich miejsce).

wyłącznie inwestycyjny, tj. ograniczone jest do zainwestowanego kapitału, ma fundamentalne znaczenie dla współczesnego systemu gospodarczego. Rozciągnięcie odpowiedzialności karnej na wspólników czy akcjonariuszy spółek kapitałowych albo podobne podmioty godziłoby w fundamenty systemu gospodarczego[27].

W przypadku ustaw szczególnych ustawodawca często opiera klauzule odpowiedzialności zastępczej na konstrukcji „działania w imieniu lub w interesie", „działania w imieniu lub na rzecz" albo „działania w imieniu". Formuła „działania w imieniu" opiera się

Formuła „faktycznego wykonywania" nie obejmuje zakulisowego oddziaływania na organy jednostki organizacyjnej lub inne osoby nią zarządzające, lecz rzeczywiste wykonywanie funkcji tych organów lub osób (w ich miejsce).

Kodeksowe klauzule odpowiedzialności zastępczej zasadniczo nie obejmą wspólników (akcjonariuszy) spółek kapitałowych albo podobnych osób, które na gruncie regulacji ustrojowych dla danej jednostki organizacyjnej legitymują się uprawnieniami właścicielskimi, a nie legitymują się kompetencjami do bezpośredniego zarządzania tą jednostką (odpowiadać nie będą więc także np. komandytariusze). Gdyby odwołać się do zaproponowanej na wstępie metafory wehikułu, można powiedzieć, że tam gdzie prawo oddziela własność (w sensie ekonomicznym) tegoż wehikułu od kierowania nim, klauzula odpowiedzialności zastępczej dotknie wyłącznie kierujących wehikułem. Właściciele mogą ponieść odpowiedzialność tylko w zakresie czynności, przy których dysponują bezpośrednio kompetencją zarządczą, a takie przypadki występują zupełnie wyjątkowo (np. reprezentacja spółki z o.o. przez pełnomocnika powołanego uchwałą wspólników – art. 210 k.s.h.). Funkcjonowanie jednostek organizacyjnych (zwłaszcza spółek kapitałowych), w ramach których ryzyko ma charakter

na cywilistycznej konstrukcji przedstawicielstwa[28], co jest niezręczne z dwóch powodów. Po pierwsze, można mieć wątpliwość, czy obejmuje ona sprawców reprezentujących osoby prawne działające na podstawie teorii organów. Z perspektywy cywilistycznej organy (i ich członkowie) nie działają „w imieniu" osoby prawnej, nie są jej przedstawicielami. Ich czynności są bezpośrednio czynnościami osób prawnych, a nie czynnościami podejmowanymi w imieniu tych

27 Por. podobnie SN w postanowieniu z dnia 6 marca 2009 r. (II KK 283/08, LEX nr 507938) wskazał, że „jeżeli ustawodawca nie przewidział w ramach odpowiedzialności cywilnoprawnej możliwości pociągnięcia wspólników (członków zgromadzenia) do odpowiedzialności za podjęte działania, to tym bardziej nie uprawniony wydaje się wniosek o dalej idącej odpowiedzialności karnej, kłóciłoby się to bowiem z zasadą subsydiarności prawa karnego gospodarczego".

28 M. Pazdan (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 593 i n.

osób[29]. Co więcej, obecnie formuła przedstawicielstwa, a więc działania w imieniu drugiego podmiotu jest nawet kwestionowana w odniesieniu do reprezentacji osobowych spółek prawa handlowego[30]. Gdyby więc polegać na tym, co na gruncie przepisów ustrojowych poszczególnych jednostek organizacyjnych oznacza „działanie w imieniu", to nie obejmowałoby ono członków organów osób prawnych, wątpliwe byłoby objęcie nią wspólników reprezentujących osobowe spółki handlowe.

W związku z tym powstaje wątpliwość, czy interpretując tego rodzaju klauzule odpowiedzialności zastępczej, można oderwać się od cywilistycznej teorii przedstawicielstwa i opierać odpowiedzialność karną na autonomicznym rozumieniu pojęcia „działania w imieniu", budowanym na podstawie reguł języka ogólnego, które obejmowałoby reprezentację innego podmiotu, niezależnie od jej podstawy prawnej. Problem ten może mieć mniejsze praktyczne znaczenie tam, gdzie ustawodawca wskazuje, że sprawca ma działać „w imieniu lub w interesie" albo „w imieniu lub na rzecz". W tych przypadkach można wszak oprzeć odpowiedzialność członka organu lub wspólnika osobowej spółki prawa handlowego na działaniu w interesie albo na rzecz określonego podmiotu. Nie można jednak tego uczynić np. na gruncie art. 430–432 i 437 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej gdzie ustawodawca poprzestaje na „działaniu w imieniu osoby prawnej". Pomijając to, że trudno zrozumieć, dlaczego krąg reprezentowanych podmiotów w tych przepisach ograniczony jest do osób prawnych (nie wchodzą w grę inne jednostki organizacyjne), pierwszorzędnego znaczenia z perspektywy odpowiedzialności członków ich organów nabiera to czy obejmuje ich formuła „działania w imieniu". Rozstrzygając tę wątpliwość, należy zauważyć, że choć postulat utrzymania spójności terminologicznej w ramach systemu prawa jest ważny, to jednak nie bezwzględny[31]. Dopuszczalna jest w prawie karnym autonomiczna wykładnia pojęć (konstrukcji prawnych) zakorzenionych w innych dziedzinach prawa, gdyby korzystanie z aparatu terminologicznego tych innych dziedzin prawa prowadziło do językowej niedorzeczności albo było oczywiście nie do pogodzenia z celami regulacji prawnokarnej[32]. Taka autonomiczna wykładnia nie może jednak wykraczać poza językową treść przepisu. W przypadku formuły „działania w imieniu" oparcie się wyłącznie na cywilistycznej konstrukcji przedstawicielstwa byłoby w oczywisty sposób nie do pogodzenia z celami regulacji prawnokarnej. Nie ma bowiem żadnych racji przemawiających za tym, by odpowiedzialność ponosili np. pełnomocnicy osoby prawnej, a nie ponosili jej członkowie organów. Dlatego pomimo wątpliwości należy przyjąć, że formuła „w imieniu" w wypadku omawianych klauzul odpowiedzialności zastępczej obejmuje reprezentację niezależnie od jej podstaw.

Zastosowanie konstrukcji „działania w imieniu" jest po drugie niezręczne dlatego, że wiąże odpowiedzialność z reprezentowaniem jednostki organizacyjnej w stosunkach zewnętrznych. Nie idzie zatem o to, kto podjął decyzję zgodnie z ustrojowymi regulacjami dotyczącymi działania danej jednostki organizacyjnej, lecz o to, kto ją wyraził. Powracając do obrazowej metafory wehikułu – nie chodzi o to, kto zgodnie z wewnętrzną konwencją kierował owym wehikułem przy popełnianiu czynu zabronionego, lecz jedynie o to, kto wystąpił na zewnątrz. Przy tym rola takiego reprezentanta może być raczej techniczna, a pozostawione pole do decyzji bardzo wąskie albo żadne. Idzie więc nie tylko to, że rzeczywistemu sprawcy nie będzie można przypisać znamienia podmiotu, lecz także o to, że sprawstwo może w nieuzasadniony sposób objąć osobę, która sprawcą być nie powinna. Tego problemu nie da się już rozwiązać na drodze wykładni. Językowo formuła „działania w imieniu" oznacza bowiem reprezentowanie danej jednostki w stosunkach z innymi.

Konstrukcji „działania w imieniu" często towarzyszy klauzula „działania w interesie" albo „działania na rzecz". Niewątpliwie intencją ustawodawcy jest, by sformułowania te objęły osoby *de facto* reprezentujące jednostkę organizacyjną, niezależnie od tego, jaka jest

29 M. Pazdan (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red), *Prawo*..., s. 593.

30 M. Pazdan (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red), *Prawo*..., s. 599.

31 J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładni*, Wrocław 1990, s. 79.

32 Por. odmiennie S. Żółtek, *Prawo karne w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 328.

podstawa prawna ich działania i czy w ogóle jakaś jest. Wyraźnie widać jednak, że formuły te są niedookreślone, można powiedzieć kauczukowate. Powstaje więc pytanie: Jak je zinterpretować? „Działającym w interesie" albo „działającym na rzecz" będzie ten, kto rzeczywiście (niezależnie od podstawy prawnej) zarządza daną sferą aktywności podmiotu. Osoba ta musi więc dysponować, choćby ograniczonym, władztwem do podjęcia decyzji w ramach danej struktury organizacyjnej. Może być to władztwo ograniczone rodzajowo albo nawet obejmujące jedną tylko czynność. Nie musi też być trwałe. Jednak to właśnie dana osoba powinna rzeczywiście kierować daną jednostką przy określonej czynności. Jej kompetencja powinna wynikać z umocowania organizacyjnego, nie idzie więc o tego, kto zakulisowo oddziałuje na jej decyzję (co może być podstawą do przypisania jakiejś z form współdziałania), lecz o osobę, którą kontekst organizacyjny umocował do podjęcia decyzji. Podobnie jak w wypadku kodeksowych klauzul „zajmowania się" sprawami innej osoby, klauzula ta nie obejmie wspólników (akcjonariuszy) w spółkach kapitałowych ani podobnych osób, które na gruncie regulacji ustrojowych dla danej jednostki organizacyjnej legitymują się uprawnieniami właścicielskimi, a nie legitymują się kompetencjami do bezpośredniego zarządzania tą jednostką.

Wreszcie wypada wspomnieć o trzeciej z zasygnalizowanych konstrukcji, którymi posługuje się ustawodawca, formułując klauzule odpowiedzialności zastępczej, a więc o występującej w art. 309 Prawa własności przemysłowej figurze „osoby prowadzącej lub kierującej jednostką, chyba że z podziału kompetencji wynika odpowiedzialność innej osoby". Można mieć wątpliwości, czy tak określona klauzula odpowiedzialności zastępczej jest dostosowana do kolegialnych mechanizmów podejmowania decyzji. Powołany przepis wyraźnie bowiem wskazuje, iż odpowiedzialność ponosi osoba prowadząca lub kierująca jednostką. W wypadku np. kolegialnie działającego zarządu w spółce kapitałowej nie będzie jednej takiej „osoby". Wydaje się jednak, że w tym wypadku mogą to być również osoby wchodzące w skład organu kolegialnego. Nie będzie więc tak, że odpowiedzialność można będzie przypisać tylko jednej z nich (i to pod warunkiem występowania pozostałych znamion). Powstaje także problem relacji pomiędzy osobą (osobami) prowadzącymi bądź kierującymi jednostką a osobą, która winna ponosić odpowiedzialność zgodnie z podziałem kompetencji. Czy można w takim przypadku przypisać współsprawstwo, czy też przepis ten wyraźnie wskazuje, że sprawcą jest jedynie ta osoba, której odpowiedzialność wynika z podziału kompetencji. Wydaje się, że opierając się na art. 21 § 2 k.k., można powiedzieć, że współsprawstwo nie jest wykluczone.

3. Podsumowanie

Podstawową funkcją klauzul odpowiedzialności zastępczej powinno być rozszerzenie znamion podmiotu indywidualnego czynu zabronionego, tak by typizacja objęła osobę fizyczną działającą za kogoś innego, w szczególności za jednostkę organizacyjną. Natomiast nie ma dostatecznych podstaw karnomaterialnych ani potrzeby budowania odrębnej formuły sprawstwa w ramach tzw. odpowiedzialności karnej zastępczej. Z tego powodu krytycznie należy ocenić działalność ustawodawcy, który w ustawach szczególnych dość często formułuje klauzule odpowiedzialności zastępczej w odniesieniu do typów powszechnych. W efekcie występuje niebezpieczeństwo potraktowania tych klauzul jako odrębnych typów czynów zabronionych, a w konsekwencji rozszerzenia zakresu kryminalizacji, bez jakiegokolwiek uzasadnienia kryminalnopolitycznego. Klauzule te mogą też bez żadnego uzasadnienia zawęzić pole kryminalizacji typu powszechnego, pozostawiając rzeczywistego sprawcę poza zakresem znamion typu czynu zabronionego.

Mnogość rozwiązań stosowanych przez ustawodawcę w zakresie treści klauzul odpowiedzialności zastępczej utrudnia dociekanie ich istoty i jest źródłem wątpliwości interpretacyjnych. Niemniej można przyjąć, iż w każdym modelu klauzuli odpowiedzialności zastępczej, w jednostkach organizacyjnych obejmie ona osoby, które na gruncie uwarunkowań organizacyjnych danej jednostki (tak formalnych, jak i czysto faktycznych) umocowane są do rzeczywistego zarządzania (podejmowania decyzji) odnośnie do prowadzenia danej sprawy. Dotyczy to trwałego, generalnego albo rodzajowego umocowania, a także umocowania chociażby do jednej tylko sprawy. W jednostkach, w których modelowo, prawnie oddzielona jest sfera właścicielska od zarządzania jednostką organizacyjną

(w szczególności w spółkach kapitałowych, a także np. w wypadku komandytariusza w spółce komandytowej), odpowiedzialności karnej opartej na klauzuli odpowiedzialności zastępczej nie można wiązać z wykonywaniem uprawnień właścicielskich.

Bibliografia

Alldridge P., *Relocating Criminal Law*, Londyn 2000.

Buchała K., Kubicki L., *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego*, „Studia Prawnicze" 1988, Nr 1–2.

Gburzyńska-Dulewicz A., *Pozycja prawna zarządu i członków zarządu spółek kapitałowych*, Warszawa 2006.

Górniok O., *Z problematyki ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Kontrola Państwowa" 1997, nr 1.

Harari Y. N., *Sapiens. Od zwierząt do bogów*, Warszawa 2018.

Kardas P. (w:) R. Dębski (red), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego*, t. 3.

Kardas P., Łabuda G., Razowski T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.

Kuberski D., *Glosa do postanowienia SN z dnia 4 lipca 2007 r., V KK 361/06*, Lex/el.

Kunicka-Michalska M., *Koncepcja „działania za kogoś innego" w niektórych obcych kodeksach karnych (odpowiedzialność organów i reprezentantów ciał kolektywnych)* (w:) L. Tyszkiewicz (red), *Problemy nauk penalnych, Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996.

Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004.

Majewski J. (w:) O. Górniok (red), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2003.

Ochmann P., *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności zastępczej za przestępstwa w pozakodeksowym prawie karnym gospodarczym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2011, nr 27, s. 289–306.

Oczkowski T., *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Lex/el, 2013.

Parysek J. J., *Metafory i neologizmy współczesnego języka nauk społecznych i ekonomicznych*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" 2017, nr 3, s. 175–192.

Pazdan M. (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008.

Romanowski M. (w:) A. Szajkowski (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo Spółek Osobowych*, Warszawa 2008.

Siwik Z., *Projekt Kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialno prawnych przepisach części ogólnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1998, nr 1–2.

Wilk L., Zagrodnik J., *Prawo Karne skarbowe*, Warszawa 2009.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2010.

Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładni*, Wrocław 1990.

Zawłocki R., *Istota odpowiedzialności karnej zastępczej* (w:) J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red), *Reforma Prawa Karnego. Propozycje i komentarze. Księga Pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008.

Zientara A., *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010.

Żółtek S., *Prawo karne w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.

Michał Najman

O pojęciu czci w prawie karnym i granicach jej prawnokarnej ochrony

Michał Najman

Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UŁ, Absolwent kierunku Ekonomia na Wydziale Ekonomiczno-Socjologicznym UŁ

michalek5558@wp.eu

https://orcid.org/0000-0001-8207-8458

Reputation in Criminal Law and Its Protection Boundaries

The article is an attempt to determine the scope of the concept of honor(reputation) and to answer the question what it is, what are the axiological, linguistic and conventional backgrounds of its social acceptance and whether it deserves legal protection, including criminal law, and if so, whether can we determine the moment its creation and cessation. In the existing literature on the subject and in the doctrine, the topic of the existence of the worship of nasciturus and the deceased was not thoroughly studied. Some authors limited themselves to reflecting on the concept of dignity of the abovementioned entities repeatedly analyzed. The main thesis of the article is to take the position of the author on the issues indicated above, such as: indicate the scope of the subject matter of honor(reputation) and determine who is entitled to it. The current legal status does not solve the given issues, it even complicates them, which is also contributed by national and international jurisprudence, creating many inconsistent case-law lines. Therefore, one should be in favor of regulating the legal status of deceased persons and nasciturus at least in the matter of granting them legal rights.

Słowa kluczowe: prawo karne, przedmiot ochrony, cześć

Key words: criminal law, object of protection, honor

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.405

1. Wprowadzenie

Pojęcie czci jest pojęciem abstrakcyjnym. Celem jego powstania było, jak się wydaje, określenie postrzegania drugiego człowieka w społeczeństwie w sposób pozytywny, z szacunkiem, z poważaniem. Wyraz pierwotnie miał dwa znaczenia: poważać [od staropolskiego *czet* (*cztę*) – „poważać” („poważam”)] oraz częstować, prosić na ucztę (od tego poczęstunek), a w znaczeniu rzeczownikowym *czes(t)ne* – „honorarium”, „opłata sędziego”. Stąd np. cześnik, czyli ten, kto obsługuje na czci. Przyrostek -czta, od którego pochodzi m.in. słowo poczta, w pierwotnym znaczeniu rozumiany był jako „dar”, „ofiara” (od tego

poczcić, uczcić, uczciwy)[1]. Już na podstawie wstępnej analizy etymologicznej widać, że wyraz odnosi się do czynności dawania. Co ciekawe, sam akt wynika tu z różnych pobudek (z własnej woli, z mocy prawa/umowy, z normy obyczajowej/religijnej). Uznanie, uszanowanie, traktowanie poważnie obdarowywanego jest tym, co łączy wszystkie czynności. Z kontekstu wynika także, że nie każdego czcimy, nie każdego „prosimy na cześć", nie każdemu wręczamy dar czy składamy ofiarę. Jest to, jak się wydaje, przejawem (w sferze językowej) stosunków społecznych panujących w czasie jego formowania. Widać tu różne autorytety, które w pewien sposób domagały się czci: państwo, prawo i religię.

2. Granice przedmiotowe pojęcia czci – treść pojęcia cześć

Trzy propozycje rozumienia pojęcia czci, o których niewiele mówi się w polskiej w doktrynie[2], zaproponował w 1986 r. Robert Post[3]. Co prawda koncepcje te odnoszą się do *common law*, jednak refleksja autora do dziś wywiera znaczący wpływ na rozumienie pojęcia zniesławienia (*defamation*)[4]. Teorie te zaprezentowane zostaną z uwzględnieniem proponowanego przez autora podziału teorii definiujących cześć na: obiektywistyczne, subiektywistyczne i mieszane. Koncepcje obiektywistyczne definiują część przez pryzmat wyłącznie obiektywnych czynników, rozumianych jako zewnętrzne w stosunku do posiadacza owej czci. Teorie subiektywistyczne przypisują czci walor dobra zależnego wyłącznie od wewnętrznego poczucia wartości człowieka. Koncepcje mieszane z kolei są syntezą dwóch poprzednich, tj. częściowo cześć odnoszą do warunków zewnętrznych, częściowo do subiektywnej samooceny.

2.1. Ujęcia obiektywistyczne

Jedna z proponowanych koncepcji R. Posta traktuje cześć jako godność w rozumieniu przyjmowanym przez Hannah Arendt, tj. jako zjawisko czysto polityczne[5] (u R. Posta socjologiczne)[6]. Według autora ochrona czci jest podstawą godności i wartości każdego człowieka. Wykształca się ona w procesie socjalizacji podczas którego wspólnota tworzy zasady uprzejmości (*rules of civility*), których przestrzegania wymaga. Co istotne, zasady te mają charakter społeczny, a co za tym idzie mają one sens tylko wtedy, gdy rozpatrujemy je przez pryzmat społeczeństwa. Wniosek z tego rozumowania jest następujący *respect (and self-respect) arises from full membership in society*[7]. Cześć ma zatem charakter obiektywny, zależny od warunków zewnętrznych.

Kolejną z zaproponowanych przez R. Posta teorią czci jest rozumienie jej jako prawo majątkowe (*property*)[8]. Jej cechą jest zbywalność. Cześć jest rzeczą, którą nabywa się jako „owoc osobistego wysiłku" (*the fruit of personal exertion*)[9]. Jak zaznacza Oliver O'Callaghan, teoria ta pasuje do budowania marki przez przedsiębiorcę, choć nawet poza sferą ściśle komercyjną kapitał społeczny uzyskany dzięki rozwojowi reputacji będzie miał wartość majątkową dzięki wzmocnionym kontaktom lub możliwościom[10]. Cześć miała być wartością nabytą, a więc dostępną dla wszystkich. Jej naruszenie wiązało się, tak jak naruszenie praw majątkowych, z powstaniem szkody. Zwolennikiem tej koncepcji był m. in. Thomas Gibbons, który krytykował utożsamianie czci (*reputation*) jako wartości wrodzonej, konstatując, że prawo broni „fałszywą" cześć albo tworzy alternatywną, która została „nadana" niezależnie od tego, czy istnieje jakikolwiek rezonans z rzeczywistym charakterem posiadacza[11]. W doktrynie polskiej podobny (choć nie obiektywistyczny) pogląd zapre-

1 A. Brückner, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Kraków 1927, s. 77–78.

2 J. Sobczak, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1339–1340.

3 R. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, „California Law Review" 1986, nr 74, s. 691.

4 O. O'Callaghan, *Privacy and a Free Press: Locating The Public Interest*, s. 16, online http://openaccess.city.ac.uk/17858/ (dostęp 30.06.2019).

5 J.D. Macready, *Hannah Arendt and the Fragility of Human Dignity*, Lanham 2018, s. 54–55.

6 R. Post, *The Social Foundation…*, s. 708.

7 Tamże, s. 711,

8 Tamże, s. 692.

9 Tamże, s. 694.

10 O. O'Callaghan, *Privacy…*, s. 17.

11 T. Gibbons, *Defamation Reconsidered*,„Oxford Journal of Legal Studies" 1996, nr 16, s. 587.

zentował Igor Zgoliński, twierdząc, iż pojęcie honoru, jak się wydaje, w sposób bardziej miarodajny opisuje przedmiot ochrony prawnokarnej występku zniesławienia[12]. Autor rozgranicza pojęcie czci (jako wartości moralnej) i dobrego imienia. Podobne rozumienia pojęcia czci (honoru) prezentował Arystoteles, uznając honor za nagrodę za cnotę[13]. O obiektywnym rozumieniu czci decyduje tu odwołanie autora do czynników zewnętrznych, które ustalają wartość człowieka[14], tak jak w przypadku dóbr i usług czyni to rynek[15]. Za tą koncepcją w stosunku do osób prawnych niekiedy opowiada się ETPC[16]. W sprawie Wendenburg i in. vs Niemcy orzekł, że osoby prawne są podmiotami o określonej wartości, które pod wieloma względami mają charakter prawa prywatnego, a zatem stanowią aktywa, a zatem mienie[17]. Podobnie w sprawie Van Marle i in. vs. Holandia, uznając, że reputacja stanowi składową wartości firmy (*goodwill*), dlatego może być uznawana jako własność (*possesion*)[18].

Inną koncepcję obiektywnego uzasadnienia wypracował już na początku XX wieku Van Vechten Veeder. Jego koncepcję najlepiej określa stwierdzenie autora: „Prawo chroni reputację, a nie charakter.Charakter jest tym, jaka naprawdę jest osoba; cześć tym, czym wydaje się być"[19]. Jak się wydaje, koncepcja ta, choć słuszna, gwarantuje także ochronę sztucznie stworzonego mniemania o danej osobie. Problem ten pozostaje nierozwiązany. W przypadku gdy fałszywa sława może powodować ujemny skutki społeczne, dopuszczalne jest zastosowanie dowodu prawdy. Istnieją jednak przypadki, w których wyimaginowany świat jest ostoją spokoju psychicznego tego, kto go wymyślił. Wyjście prawdy na jaw często ma dramatyczne konsekwencji. Trudno wyobrazić sobie przykład zachowań polegających na kreowaniu fałszywej sławy, które nie stanowiłyby zagrożenia dla interesu powszechnego, a których ujawnienie miałoby negatywny skutek względem żyjącego w ułudzie. W przypadku zburzenia takiego wyimaginowanego świata już samo poddanie go w wątpliwość naraża cześć jego kreatora. Kolejnym problemem z socjologicznym pojmowaniem czci jest świadomość osoby zniesławianej o tym, jak jest społecznie postrzegana. Jak się wydaje, przyjęcie obiektywnych kryteriów zniesławiającego charakteru zachowań eliminuje ten problem. Nieważne jak dana osoba jest postrzegana, jeśli dany zwrot, obiektywnie, może wypełnić znamiona strony przedmiotowej przestępstwa pomówienia. Przyjąć bowiem należy słuszną konstatację Witolda Kuleszy[20] o bezskutkowym charakterze zniesławienia w rozumieniu takim, iż osoba zniesławiana nie musi odczuwać poniżenia czy upokorzenia.

Właściwe, jak się wydaje, jest przyłączenie się do poglądów określających cześć jako dobro chronione w prawie karnym przez pryzmat czynników zewnętrznych, a więc obiektywnych. Treścią czci jest aktualny stan określający opinię o danej osobie w danym społeczeństwie[21]. Jak pisze T. Gibbons: „prawo nie służy ochronie obiektywnej czci, lecz raczej ochronie projekcji jakiejkolwiek czci, jaką jednostka może wnieść w sferę publiczną, czy jest to dobre czy złe, zasłużone czy nie". Cześć, jak mówi T. Gibbson, jest raczej elastyczną koncepcją opartą na reakcji publiczności[22]. Istota przestępstw przeciwko czci opiera się bowiem na rzeczywistym pomniejszeniu lub narażeniu na pogor-

12 I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 94.

13 Arystoteles, *Etyka Nikomahejska*, Warszawa 2007, s. 36.

14 R. Post, *The Social Foundation…*, s. 697.

15 N. Duraj, *Wartość rynkowa, struktura kapitału i efektywność przedsiębiorstwa*, Łódź 2014, s. 16.

16 Inaczej: „Jeśli zasada, zgodnie z którą zdolność do uzyskiwania przyszłego dochodu nie jest posiadaniem uznajemy za obowiązującą, musi wynikać z tego, że jeśli element wartości, który [został] lub może zostać uszkodzony, to reputacja (…)element ten nie być zidentyfikowanym jako posiadanie". Wyrok ETPC z 13 czerwca 1979 ws. MARCKX vs. Belgia (6833/74).

17 Wyrok ETPC z 6 lutego 2003 ws. WENDENBURG i in. vs Niemcy (71630/01).

18 Wyrok ETPC z 26 czerwca 1986 ws. Van Marle i in. vs. Holandia (8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79).

19 V. Veeder, *The History and Theory of the Law of Defamation* II,„Columbia Law Review" 1904, nr 4, s. 653.

20 W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 35.

21 Pominięty została tu kwestia określenia rozumienia społeczeństwa. Szerzej: L. McNamara, *Reputation and Defamation*, „Oxford University Press, Oxford" 2007, s. 29.

22 T. Gibbson, *op. cit.*, s. 588.

szenie postrzegania pokrzywdzonego[23] przestępstwami z rozdz. XXVII k.k. Cześć jest wartością właściwą każdemu człowiekowi, niezależnie od jego postępowania i wykreowanej na podstawie jego zachowania publicznej opinii o nim. Może być ona słuszna lub wykreowana sztucznie[24]. Czci nie należy, przynajmniej ma wpływu na poziom intensywności ochrony jego czci ani tym bardziej na jej istnienie. Omawiana cześć jest postrzeganiem danej osoby w społeczeństwie. Człowiek jako odseparowany od społeczeństwa byt nie jest w stanie określić swojej wartości. Dopiero wspólnota, w której funkcjonuje, mu to umożliwia.

Prawo nie nakazuje milcząco uznawać wszystkich za uczciwych. Są to sztuczne ograniczenia wolności sumienia i słowa oderwane od dynamicznej rzeczywistości. Wręcz zmusza do naginania tej rzeczywistości.

w doktrynie prawa karnego, utożsamiać z dobrym imieniem, które jest zwrotem wartościującym. Nie każdy cieszy się „dobrym" imieniem (sławą), co nie zmienia faktu, że ma cześć[25]. Kontrowersyjne wydaje się tu określanie czci jako domniemania uczciwości, niezhańbienia poniżającymi uczynkami i wolności od zasługujących na potępienie przymiotów[26]. Prawo nie nakazuje milcząco uznawać wszystkich za uczciwych. Są to sztuczne ograniczenia wolności sumienia i słowa oderwane od dynamicznej rzeczywistości. Wręcz zmusza do naginania tej rzeczywistości. To, że ktoś uznawany jest powszechnie za najgorszego łotra, nie

Nie należy przyjmować w prawie sztywnego kryterium określającego minimalne standardy, lecz raczej przyjmować łatwo implementowane i przystające do świata. Postuluję zatem za uznawaniem treści pojęcia czci jako społecznego wyobrażenia o danym człowieku, które niejako usztywnia się za każdym razem w razie jego naruszenia. W takim przypadku to zamrożone przez naruszenie wyobrażenie o człowieku z chwilą naruszenia staje się obiektywnym kryterium ustalenia, czy dane zachowanie sprawcy występku poniżyło lub naraziło na poniżenie ofiarę. Przy takim rozumieniu czci nietrafne wydaje się rozumowanie Ryszarda Stefańskiego, ażeby przy odrzuceniu całkowicie podejścia subiektywnego „[…] sąd musiałby wydać wyrok skazujący, mimo że pokrzywdzony nie uważa się za znieważonego, co pozostawałoby w rażącej sprzeczności z poczuciem sprawiedliwości"[27]. Skoro oceniamy zachowanie przez pryzmat wartości prezentowanych w danym społeczeństwie, to skoro to społeczeństwo ocenia je jako zniesławiające, to logiczne wydaje się przyjęcie, iż ukaranie za takie zachowanie będzie uważane za słuszne. Przyjmując obiektywne rozumienie

23 *Defining defamation. Principles on freedom of expression and protection of reputation*, Article 19, Londyn, July 2000, s. 5, https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-(online)-.pdf (dostęp 30.06.2019).

24 Ibidem, s. 496. Pogląd ten wydaje się wadliwy, jednak logicznie prawdziwy w przypadku przyjmowanego tu rozumiani pojęcia czci.

25 Podobnie: *Libel. Defamation of Dead Person. Injury to Reputations of Surviving Relatives*, „Columbia Law Review" 1940, nr 7, s. 1267–1268.

26 W. Kulesza, *Zniesławienie*…, s. 36; Tenże, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* (w:) J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 1111.

27 R. Stefański, *Zniewaga: pojęcie i kryteria* (w:)M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 157.

pojęcia czci, winę przypisać wówczas można tylko wtedy, gdy obecny w chwili naruszenia stan poważania danej osoby został umniejszony, albo narażony na umniejszenie[28]. Podobnie konstatuje J. Makarewicz, z tym że zakłada, że początkowy „bilans dobrego imienia" jest dodatni[29], co nie zawsze jest prawdą. Nie istnieje prawny, chociażby milczący, obowiązek postrzegania innych ludzi jednakowo. Jednych podziwiamy, a innych nie. W stosunku do większości jesteśmy całkowicie neutralni. Jak się wydaje, właśnie ta neutralność pozwala na zobiektyzowanie treści pojęcia czci. Powoduje to jednak problem nadmiernego stosowania

Postuluję za uznawaniem treści pojęcia czci jako społecznego wyobrażenia o danym człowieku, które niejako usztywnia się za każdym razem w razie jego naruszenia.

zniesławienia pośredniego, ze względu na powszechną w dyskursie stereotypizację. Stwierdzenie:„Twoja matka była ladacznicą" z racjonalnego punktu widzenia nie powinno wpływać na społeczną ocenę syna owej rozpustnej matki. Rzeczywistość wygląda jednak inaczej. Jak wskazuje Lech Gardocki,"uwzględniać należy realnie funkcjonujące oceny społeczne, nawet jeżeli są one nieracjonalne lub nietolerancyjne"[30]. Kwestie te, jak się wydaje, silniej związane są z zagadnieniem zwalczania mowy nienawiści (*hate speech*) i zostają tu pominięte[31].

2.2. Ujęcia subiektywistyczne

Zgodnie z kolejną z teorii R. Posta cześć postrzegana jest jako honor. Jej założeniem jest brak równości społecznej, a o prawie do czci decyduje status społeczny, nabywany głównie przez urodzenie[32]. Ochrona czci jest tu oderwana od wartości materialnych i skupia się na gwarancji nienaruszalności poczucia własnej wartości. Główna funkcja ochrony prawnej czci przesunięta tu została z kompensacyjnej (jak w przypadku teorii własnościowej) na sprawiedliwościową (odwetową)[33]. W teorii tej, jak się wydaje, widać społeczne uzasadnienie prawnokarnej ochrony czci. Jak wykazał Randall Bezanson, „większość powództw o zniesławienie motywowanych jest chęcią zemsty, a nie domagania się naprawienia doznanych szkód materialnych lub niematerialnych"[34]. W doktrynie polskiej echa tej koncepcji są widoczne w zdefiniowaniu czci przez Artura Ganczarskiego traktującego honor jako „ogół uprawnień i obowiązków wynikających z prawdziwego poczucia własnej godności swego stanu"[35]. Autor dalej twierdzi: pojęcie obrazy łączy się tak dobrze z czuciem jednostki, że nawet zadraśnięcie miłości własnej może stanowić jej istotę[36]. Współcześnie teoria ta jest równie archaiczna jak samo pojęcie honoru i nie znajduje akceptacji w państwach demokratycznych. Na marginesie zaznaczyć wypada żywość omawianej koncepcji

28 Szerzej o przestępstwach z narażenia dóbr prawnych: E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 7–150.

29 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 571.

30 L. Gardocki, *Prawo Karne*, Warszawa 2015, s. 281

31 Szerzej o tym zagadnieniu: M. Woliński, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014.

32 R. Post, *The Social Foundation…*, s. 694.

33 Ibidem, s. 702. Szerzej o funkcji odwetowej prawnej ochrony czci: F. Cameron, *Defamation survivability and the demise of the antique „actio personalis" doctrine* (w:) *Columbia Law Review*, 88/1983, s. 1842.

34 R. Bezanson, *Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight* (w:) *71 Iowa Law Review*, 215/1982, s. 226.

35 A. Ganczarski, *Ochrona czci w wojsku polskim*, Drukarnia Państwowa w Lublinie, Lublin 1919, s. 8.

36 Ibidem, s. 12.

w krajach totalitarnych, cynicznie zapewniających fasadowe prawo krytyki władzy[37].

2.3. Ujęcia mieszane

Ujęcia mieszane rozdzielają cześć na cześć zewnętrzną oraz cześć wewnętrzną. Pogląd ten jest popularny w polskiej doktrynie[38]. Nie jest to jednak pogląd nowy. Prezentowany był zarówno przez Wacława Makowskiego[39], Juliusza Makarewicza[40] czy Andrzej Banacha[41] w odniesieniu do kodeksu karnego 1932 r. Cześć zewnętrzna rozumiana jest jako dobre imię, sława[42], honor[43].

Koncepcje subiektywistyczne, jak również te implementujące je do swej treści w całej okazałości zasługują na potępienie. Prawo, a już w szczególności prawo karne w żaden sposób nie chroni subiektywnie pojmowanego poczucia własnej wartości. Nie można też zgodzić się z poglądem, ażeby cześć w rozumieniu normatywnym obejmowała powszechnie rozumianą godność osobistą. Przyjęcie kryterium obiektywizacji poczucia własnej wartość, jak się wydaje, nie tylko nie rozwiązuje problemu, ale przyczynia się do przesuwanie tej „obiektywnej" granicy, a w konsekwencji moralnej habituacji w komunikacji. Mając na uwadze, iż kryterium ustalające przeciętną miarę uzależnione jest od wielu czynników, w tym subiektywnych, powodować może narastanie napięć społecznych. Wyrok

Prawo, a już w szczególności prawo karne w żaden sposób nie chroni subiektywnie pojmowanego poczucia własnej wartości. Nie można też zgodzić się z poglądem, ażeby cześć w rozumieniu normatywnym obejmowała powszechnie rozumianą godność osobistą. Przyjęcie kryterium obiektywizacji poczucia własnej wartość, jak się wydaje, nie tylko nie rozwiązuje problemu, ale przyczynia się do przesuwanie tej „obiektywnej" granicy, a w konsekwencji moralnej habituacji w komunikacji.

37 Zob. J. Sawicki, *Ochrona czci a wolność krytyki*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1956, s. 132.

38 M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Woltesr Kluwer, Warszawa 2012, s. 509; J. Wojciechowski, *Komentarz do art. 216 k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz do art. 117–221*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 1345; S. Hypyś, *Komentarz do rozdz. XXVII k.k.* (w:) K. Wiak (red.), A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 999; W. Kulesza, *Przestępstwa…*, s. 1107–1108.

39 W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924, s. 375.

40 J. Makarewicz, *Kodeks…*, s. 355–357.

41 A. Banach, *Ochrona czci i godności osobistej w kodeksie karnym polskim*, Kraków 1950, s. 12–13.

42 W. Kulesza, *Przestępstwa…*, s. 1108.

43 I. Zgoliński, *Zniesławienie…*, s. 94.

w takim wypadku uzależniony jest zawsze od indywidualnych warunków sądu, co skutkuje rozbieżnościami w orzecznictwie. Za godne uwagi uznać należy poglądy krytykujące te teorie[44]. Przestępstwo zniewagi pozostaje reliktem w prawie karnym realizującym pośrednio funkcję polityczną i powinno zostać zniesione. Treść strony przedmiotowej tego występku zawiera się przecież w naruszeniu nietykalności cielesnej lub zniesławienia, gdyż każde zachowanie znieważające jest pomówieniem (werbalnym lub pozawerbalnym) o właściwość poniżającą w opinii publicznej (np. „ Ty kanalio" jest pomówieniem o właściwość bycia kanalią).W doktrynie wskazuje się, iż zniewagę od zniesławienia odróżnia możliwość niepublicznego zachowania sprawcy[45], zapominając, że zwroty ocenne (niezracjonalizowane) nie podlegają dowodowi prawdy, a więc nie znajdzie zastosowania art. 213 k.k. Warto podkreślić tu także, iż prawo pełni funkcję gwarancyjną, a także edukacyjną w taki sposób, że zapewnia jednostce wolność w ujęciu negatywnym od bycia poniżonym, chociażby niepublicznie, poprzez gwarancję ochrony prawnej (w tym prawnokarnej), jak również przez wykształcanie w społeczeństwie wstrzemięźliwości od wyrażania się (nie tylko werbalnie) w sposób uznawany za obelżywy. Zważając na powyższe oraz mając na uwadze, iż sankcje prawnokarne zarówno z art. 212, jak i 216 są jednakowe, postulować należy wyeliminowanie przestępstwa zniewagi z ustawy karnej. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zachowanie naruszające cześć (w jej proponowanym wcześniej, obiektywnym, rozumieniu) nie będzie jednocześnie pomówieniem przy założeniu, że zwroty wartościujące (nie dające się zracjonalizować) nie podlegają dowodowi prawdy.

3. Granice podmiotowe ochrony czci

Obecnie nikt nie poddaje w wątpliwość, iż cześć przysługuje wszystkim osobom fizycznym bez względu na wiek, płeć, orientacje seksualną, pochodzenie itd. W orzecznictwie, w szczególności przed ETPC wskazuje się jednak na pewne kryteria podmiotowe, które uzależniają niejako jej naruszenie od czynników podmiotowych.

> **Przestępstwo zniewagi pozostaje reliktem w prawie karnym realizującym pośrednio funkcję polityczną i powinno zostać zniesione.**

Granice dopuszczalnej krytyki, jak stwierdza ETPC, są „szersze w odniesieniu do instytucji publicznej niż w odniesieniu do obywatela prywatnego, a nawet polityka, zwłaszcza gdy instytucja ma władzę wykonawczą, [gdyż] w systemie demokratycznym jego działania lub zaniechania muszą podlegać ścisłej kontroli nie tylko władz ustawodawczych i sądowych, ale także prasy i opinii publicznej"[46].

Kolejną grupą, w stosunku do której dopuszczany jest szerszy zakres ingerencji w ich cześć, są osoby publiczne, które mogą zgodnie z prawem oczekiwać ochrony przed rozpowszechnianiem plotek dotyczących intymnych aspektów ich życia prywatnego, to niekiedy ingerencja w te prawa jest konieczna w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony czci i praw innych osób[47]. Jak zaznacza ETPC granice akceptowalnej krytyki są szersze w odniesieniu do polityka[48].

44 W. Kulesza, *Przestępstwa*…, s. 1110 i wskazana tam literatura.

45 Wyrok SA w Warszawie z 26.02. 2018 r., sygn. (VI ACa 1576/16), LEX nr 2578915.

46 Wyrok ETCP z 22 stycznia 2015 ws Pinto Pinheiro Marques vs. Portugal (26671/09).

47 Wyrok ETPC z 4 września 2009 ws. Standard Verlags GmbH vs. Austria (no. 2), (21277/05).

48 Wyrok ETPC z 7 lipca 2014 ws. Mladina D.D. Ljubljana vs. Slovenia (20981/10)

Jednak krytyka powinna odnosić się do działalności zawodowej, a nie osobowości[49].

Istnieje spór w doktrynie odnośnie do dobra prawnie chronionego na mocy norm z rozdz. XXVII k.k. osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. I. Zgoliński stanowczo neguje możliwość przypisania czci wskazanym podmiotom, określając ją jako dobre imię[50]. Chodzi tu jednak jedynie o kwestie semiotyczne, związane z określeniem tego samego dobra prawnego zarówno co do jego intensji, jak i ekstensji. Zbędne, jak się wydaje, jest posługiwanie się synonimicznymi pojęciami określającymi to samo zjawisko skoro ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie jako ustawowego dobra ochrony takowych pojęć. Stoję więc na stanowisku, iż zarówno osobom prawnym, jak i tzw. ułomnym osobom prawnym przysługuje cześć, jakkolwiek sztuczny ten twór językowy może się wydawać. Stanowisko to zdaje się potwierdzać również przyjęta koncepcja obiektywnego rozumienia pojęcia czci, jako społecznego wyobrażenia o człowieku. W przypadku przestępstw przeciwko czci nie są bronione uczucia i poczucie własnej wartości osoby zniesławianej lub znieważanej[51].

4. Granice temporalne ochrony czci

Określenie czasowego istnienia czci uzależnione jest od momentu przypisania podmiotowi waloru osobowości, a co z tego wynika – istnienia jego praw i uprawnień. Problem ten dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i prawnych.

4.1. Nasciturus

Problem przypisania czci osobie poczętej, lecz jeszcze nienarodzonej (*nasciturus*), choć mało popularny od pewnego czasu jest poruszany w doktrynie[52], szczególnie w odniesieniu do powództwa *wrongful life*[53]. Zgodnie z art. 8 k.c. człowiek nabywa zdolność prawną z chwilą urodzenia. Jak uznał TK, rezygnacja z generalnej klauzuli przyznająca zdolność prawną w zakresie prawa cywilnego w żaden sposób nie rzutuje także na objęcie ochroną prawną tak istotnych dóbr prawnych, jak życie czy zdrowie nasciturusa, a w szczególności jego godność[54]. Przyznanie dziecku poczętemu, lecz nienarodzonemu przymiotu godności konstytuuje pośrednio przyznanie mu również innych praw z nie wynikających, w tym czci. Pogląd ten zdaje się w sposób najpełniejszy przyznawać słuszność obiektywnemu rozumieniu pojęcia czci. Postrzeganie nasciturusa dotknięte jest całkowitą neutralnością, wręcz domniemaniem absolutnej czystości[55]. Wszelkie kierowane w jego stronę pomówienia mogą mieć jedynie

49 Wyrok ETPC z 14 października 2008 ws. Petrina vs. Romania,(78060/01).

50 I. Zgoliński, *Zniesławienie*…, s. 94.

51 Inaczej: „godność instytucji nie może być utożsamiana z godnością człowieka"(Wyrok ETPC z 8 września 2015 ws. Kharlamov vs. Rosja (27447/07));„istnieje różnica między naruszenie czci jednostki w odniesieniu do jej statusu społecznego i reperkusjami, jakie może to mieć dla jej godności, a szkodą dla reputacji handlowej firmy, która nie ma wymiaru moralnego" (Wyrok ETPC z 19 października 2011 ws. UJ vs. Węgry (23954/10)).

52 I. Zgoliński, *Zniesławienie*…, s. 126; B. Kunicka, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, przeciwko wolności sumienia i wyznania, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 256; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 8 KC* (w:)A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. TOM I*, Warszawa 2012, s. 59; J. Potrzeszcz,*Godność człowieka w orzecznictwie polskiego TK*, „Roczniki Nauk Prawnych" 2005, t. 25, nr 1, s. 27–49; M. Banyk, *Status prawny dziecka poczętego na tle jego prawa do ochrony życia i zdrowia, wynagradzania szkód doznanych przed urodzeniem oraz ochrony dóbr osobistych matki*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM" 2014, nr 4, s. 17–38.

53 K. Kawecka, *Skarga wrongful life – charakter prawny i dopuszczalność* (w:) *Rozprawy Ubezpieczeniowe*, nr 15 (2/2013), https://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Karolina_Kawecka___Skarga_wrongful_life_____charakter_prawny_i_dopuszczalnosc___Rozprawy_Ubezpieczeniowe_nr_15__2_2013___21896 (dostęp 30.06.2019),

54 Wyrok TK z 28 maja 1997 r., (sygn. K. 26/96), OTK ZU Nr 2(11)/1997, poz. 19.

55 Być może pogląd ten zakrawa na zbytnią idealizację i wiarę w racjonalność zjawisk społecznych, to jednak obstaję przy tym, iż niedopuszczalne w demokratycznym państwie prawa jest postrzegania dziecka *in meriti* przez pryzmat jego pochodzenia, a więc w uzależnieniu od właściwości jego rodziców. Tzn. przypisanie przodkom dziecka właściwości poniżającej

obiektywnie zniesławiający charakter. Skoro zatem opowiadamy się za prawnokarną ochroną czci osób nienarodzonych, zakres ten rozszerzyć również należy na osoby prawne. Zgodnie z art. 163 oraz art. 316 k.s.h. spółka powstaje w chwilą wpisu do rejestru. Do tego czasu pozostaje spółką kapitałową w organizacji, a więc posiadającą cześć zgodnie z treścią art. 212 k.k. Pytanie brzmi zatem, czy osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,a posiadające zdolność prawną, mają cześć przed etapem zawarcia umowy spółki. Przyjąć należy, że nie. Osoby prawne przed zwerbalizowaniem ich idei pozostają jedynie ideami myślowymi istniejącymi w umysłach osób je kreujących. Ochrona czci „pomysłu na biznes" wydaje się być zbyt daleko posuniętą ingerencją w sferę wolności słowa.

Innym problemem rozciągnięcia prawnokarnej ochrony czci nasticutursa jest zniesławienie płodu, który narodził się martwy. W tym przypadku istnienie podwójne rozszerzenie ochrony czci, zarówno na nasciturusa, jak i na osobę zmarłą. Przypadek ten wydaje się naruszać zakaz wykładni rozszerzającej w prawie karnym, jednak pozostaje zgodny z obiektywnym pojmowaniem pojęcia czci. Warto także podkreślić, iż nieprzypisanie (martwo narodzonemu) nasciturusowi waloru godności, a co za tym idzie i czci, przy rozszerzeniu dyspozycji art. 212 i nast. k.k. na osoby nienarodzone, gwarantowałby ochronę prawnokarną jedynie na gruncie art. 262 k.k., co byłoby nieuzasadnionym ograniczeniem ochrony w stosunku do pozostałych podmiotów. Kolejną kwestią sporną przy prawnokarnej ochronie czci osoby poczętej lecz jeszcze nienarodzonej jest możliwość jej pomówienia przez rodziców, w szczególności przez matkę. Nie kwestionując dopuszczalności takiego pomówienia, pod rozwagę poddać należy rzetelne wskazanie przez ustawodawcę podmiotów uprawnionych do wniesienia prywatnego aktu oskarżenia w przypadku rozszerzonej na nasciturusa prawnokarnej ochrony czci.

4.2. Osoby zmarłe

Aspekt religii odgrywa(ł) kluczową rolę w przypadku zachowań skierowanych w stronę osób zmarłych. Uwzględniając różnice w rozwoju obrzędów, należy jednak mieć na uwadze fakt, iż ogromna większość zjawisk związanych z kultem religijnym była odpowiedzią na pytania, na które nauka nie znajdywała wyjaśnienia. Ich istota z reguły jest wyraźnie zbliżona, co widać w podstawowych założeniach znacznej większości religii na całym świecie[56]. Odpędzanie śmierci służyło ochronie pozostających przy życiu. Naruszenie spokoju zmarłych mogło sprowadzić ich gniew, a więc i śmierć na wspólnotę, dlatego zachowania naruszające spokój zmarłych były początkowo surowo karane[57]. Środki prawne ochrony dobrego imienia zmarłych były dlatego początkowo restrykcyjne[58]. Pozostałością po tym jest wciąż funkcjonujące powiedzenie *de mortuis aut bene aut nihil* („o zmarłych albo dobrze albo nic"). Na marginesie warto zaznaczyć, iż co ciekawe, w obecnej polszczyźnie czci się osoby zmarłe, choć cześć przypisuje się wyłącznie żyjącym. Nie czcimy osób żyjących (pomijając tu sekty i inne wątpliwej reputacji stowarzyszenia), choć uznajemy, że mają cześć. Już zatem sam język w istniejącym kształcie jest w kontrze do istniejącego stanu prawnego.

Rozważania na temat prawnokarnej ochrony czci osób zmarłych należałoby rozpocząć od tego, czy zmarli w ogóle mogą być dysponentami jakiegokolwiek dobra prawnego. Ponieważ problematyka ta jest złożona przytoczyć warto tylko kilka podstawowych uwag w danej kwestii. Koncepcje przyznające prawa osobom zmarłym opierają się na koncepcjach religijnych (pierwiastek boski w ciele, obowiązek moralny)[59], na koncepcji istnienia prawa jako interesu osób zmarłych[60] lub godności[61]. Niekiedy autorzy przyznają niejako warunkową możliwość istnienia dóbr osób zmarłych,

w opinii publicznej nie konstytuuje zniesławienia tej osoby, gdyż nie przesądza o postrzeganiu tej osoby samej w sobie.

56 K. Kowalski, R. Matera, A. Pieczewski, *Rola Kościołów w życiu gospodarczym ziem polskich*, Łódź 2017, s. 7.

57 A. Fischer, *Zwyczaje pogrzebowe ludu polskiego*, Lwów 1921, s. 1.

58 J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*, Lublin 2009, s. 190.

59 Szerzej: D. Hacker, *The Rights of the Dead through The Prism of Israeli Succession Disputes*, „International Journal of Law in Context" 2015, nr 1/03, s. 42–43.

60 Szerzej: J. Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to Others*, New York 1984, s. 83.

61 Szerzej: K. Smolensky, *Rights of the Dead*, „Hofstra Law Review", vol. 37, s. 766–767

wtedy, gdy służy to ochronie interesu publicznego[62]. Koncepcje przeciwne swój punkt widzenia argumentują możliwością wystąpienia efektu mrożącego (*chilling effect*), bezpodstawnego wzbogacenie chroniących prawa zmarłych, jak również zagrożeń wynikających z akceptacji szkody potencjalnej[63] czy też wygaśnięcia godności po śmierci człowieka[64]. Odnosząc powyższe rozważania na grunt prawa krajowego, warto zauważyć, iż prawnokarna ochrona osób zmarłych w polskim porządku prawnym występuje jedynie na gruncie art. 262 k.k., którego ustawowym przedmiotem ochrony jest porządek publiczny. Odwołując się do tej regulacji, trudno jest zgodzić się z twierdzeniem, iż zachowanie penalizowane ww. przepisie (znieważenie/ograbienie zwłok, grobu lub miejsca spoczynku zmarłego) jest naruszeniem porządku publicznego *sensu stricte* na tyle relewantnym prawnie, że powinno podlegać karze. Jak się wydaje, przestępstwo to jest na tyle zindywidualizowane, że przypisać mu można bardziej dookreślony przedmiot ochrony. Nadto należy za W. Wolterem i L. Gardockim[65] uznać porządek publiczny za ogólny przedmiot ochrony, chroniony niezależnie od jego umiejscowienia w części szczególnej i w związku z tym przyjąć, iż w przypadku przestępstwa z art. 262 k.k. rodzajowym przedmiotem ochrony jest cześć człowieka, co zresztą wskazywane jest w literaturze[66]. Poszanowanie każdej osoby jest jej konstytucyjnym prawem do wolności od poczucia poniżenia i nie wygasa po jej śmierci, lecz ze względu na brak możliwości bronienia swojego dobrego imienia po odejściu ze świata ustawodawca słusznie penalizuje zachowania naruszające cześć (zmarłego) człowieka, co wydaje się uzasadnione i spełniające test proporcjonalności[67]. Nadmienić również należy, iż zakres zachowań społecznie postrzeganych jako karygodne skierowanych przeciwko fizycznym pozostałością zmarłej osoby jest tak szeroki, że określenie go syntetycznym zwrotem znieważenia nastręcza wiele problemów interpretacyjnych. Jednym z nich jest wskazywanie w doktrynie, że znieważenie może być dokonane w dowolnej formie, w tym werbalnej[68], która, przy odrzuceniu prawnokarnej ochrony subiektywnego poczucia własnej wartości, wypełnia znamię strony przedmiotowej z art. 212 k.k. Innym sporem dogmatycznym jest, czy ograbienie zwłok lub grobu jest jednocześnie ich znieważeniem, a więc typem kwalifikowanym znieważenia zwłok lub grobu, czy samodzielnym typem przestępstwa[69]. Nadto sam zwrot zniewagi jest archaiczny i powinien zostać usunięty z obrotu prawnokarnego. Język polski jest na tyle bogaty i elastyczny, iż z pewnością znaleźć można wiele bardziej przystających do rzeczywistości określeń oddających istotę znieważenia w sposób bardziej obiektywny. Jak zaznacza H. Gadamer, „rozumienie zakłada […] zwalczanie tego, co skostniało lub stało się obce[…]"[70]. Pojęcie zniewagi jako pojęcia abstrak-

62 Szerzej: E. Patridge, *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, „Ethics" 1981, nr 91(2), s. 248.

63 Szerzej: J. Taylor, *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, Nowy York 2012, s. 35; S. Winter,*Against Posthumous Rights*, „Journal of Applied Philosophy" 2010, nr 27(2), s. 186–199

64 Szerzej: M. Meyer, *Dignity, Death and Modern Virtue*, „American Philosophical Quarterly" 1995, nr 32(1), s. 46–47.

65 W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 44; L. Gardocki: *Prawo karne*, s. 92.

66 A. Lach, *Komentarz do art. 262 k.k.* (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX nr 513378; M. Mozgawa, *Komentarz do art. 262 k.k.* (w:) M. Mozgawa (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX nr 486987; Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) W. Wróbel A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, LEX, 2013, nr 172405.

67 Wyrok TK z 11 października 2006 r., P3/06, wyrok TK z 30 października 2006 r., P10/06.

68 R. Stefański, *Zniewaga…*, s. 157.

69 J. Śliwowski, *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1975, s. 438; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2002, s. 423; Z. Mirgos, *Ochrona wolności sumienia i wyznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985, s. 215–216; Z. Ćwiąkalski, *Komentarz…*; R. Stefański, *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*„Prokuratura i Prawo" 2004, nr 10, s. 26, D. Gruszecka, *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014, nr 168423; J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) T. Bojarki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 774.

70 H. Gadamer, *Język i rozumienie*, Aletheia, Warszawa 2003, s. 11.

cyjnego niewątpliwie spełniało funkcję polityczną utrzymania autorytetu władzy, co zresztą widoczne jest we współczesnym kodeksie karnym, gdzie zniewaga występuje jako czynność czasownikowa przestępstw przeciwko RP (art. 133, 135, 136 § 3 i 4, 137 k.k.), religii (art. 196 k.k.), działalności instytucji państwowych (art. 226 k.k.), porządkowi publicznemu (art. 257, 261, 262 k.k.)[71].

5. Podsumowanie

Cześć jest dobrem prawnym chronionym zarówno na gruncie prawa międzynarodowego, jak i krajowego. Polski ustawodawca gwarantuje jej ochronę cywilną, jak i karną. W doktrynie wciąż nie wypracowano jednolitego rozumienia pojęcia czci. Odnosząc się do tej kwestii, postuluję wprowadzenie obiektywnego rozumienia tego pojęcia. Cześć jest społecznym wyobrażeniem na temat jednostki i w tej postaci podlega ochronie. W żadnym wypadku nie należy zgodzić się, ażeby cześć w ujęciu normatywnym swoim zakresem treściowym obejmowała również subiektywne odczucie własnej wartości nazywane godnością osobistą. Prawnokarna ochrona mniemania o sobie to relikt społeczny, którego istnienie uzasadniane było i jest względami politycznymi i utrzymywaniem różnicujących ludzi struktur społecznych.

Cześć jest społecznym wyobrażeniem na temat jednostki i w tej postaci podlega ochronie. W żadnym wypadku nie należy zgodzić się, ażeby cześć w ujęciu normatywnym swoim zakresem treściowym obejmowała również subiektywne odczucie własnej wartości nazywane godnością osobistą. Prawnokarna ochrona mniemania o sobie to relikt społeczny, którego istnienie uzasadniane było i jest względami politycznymi i utrzymywaniem różnicujących ludzi struktur społecznych.

Przy uznaniu zasadności prawnokarnej ochrony czci osób zmarłych oczywiste jest, że musi zostać wprowadzona odpowiednia regulacja procesowa gwarantująca jego realizację. Podstawowe problemy związane są po pierwsze, określeniem podmiotów uprawnionych do wniesienia prywatnego aktu oskarżenia (przy założeniu, że utrzymany zostanie prywatnoskargowy tryb ścigania), po drugie, z granicą temporalną na wniesienie takiego aktu[72], którą pozostawia się pod rozwagę ustawodawcy.

71 J.W. Cecil Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge 2016, s. 226.

72 Na Tajwanie jeden z historyków został skazany za zniesławienie poety nieżyjącego od tysięcy lat. Szerzej: B. Zhao, *Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and Social Transition*, „Brooklyn Journal of International Law" 2014, nr 39/1, s. 280.

żającymi uczynkami i wolności od zasługujących na potępienie przymiotów. Nikomu nie można narzucać sposobu myślenia, a wprowadzanie takiej presumpcji to właśnie czyni. Cześć może być zarówno dobra, jak i zła. Ze względów etymologicznych przypisuje się jej jedynie dodatnie kolokacje, co nie wydaje się słuszne. Warto więc również rozważyć zmianę tego pojęcia na reputację. Przyjmując obiektywne rozumienie pojęcia czci, w odniesieniu do jej prawnej ochrony, założyć trzeba, że chroniona jest ona na poziomie istniejącym w chwili naruszenia. Samo naruszenie bądź narażenie na naruszenie odnosić należy właśnie do tego niejako zamrożonego poziomu społecznego postrzegania jednostki. Tzn. skutkiem naruszenia jest obniżenie lub zagrożenie obniżeniem poziomu postrzegania jednostki z chwilą naruszenia.

Granic temporalnych istnienia czci nie można jednoznacznie oznaczyć w obecnym stanie prawnym. Część doktryny i judykatury opowiada się za rozszerzeniem ochrony czci na osoby poczęte, ale jeszcze nienarodzone oraz osoby zmarłe, przypisując im walor godności bądź też uzasadniając ich prawną protekcję naruszeniem uczuć osób najbliższych. Opowiedzieć się, jak się wydaje, należy za pierwszym stanowiskiem. W obecnym reżimie prawnym determinowanym prawodawstwem międzynarodowym uznajemy za główny aksjomat (być może wyłącznie językowy) pojęcie godności właściwe każdemu człowiekowi. Pojęcie to pozwala uzasadnić istnienia czci nascituru a osób zmarłych. Ich cześć jest prawnie chroniona, bo można im przypisać walor godności. Należy mieć jednak na względzie, iż tak daleko idące rozszerzenie prawnokarnej ochrony czci w aspekcie podmiotowym wymaga zapewnienia im gwarancji proceduralnych, które jednocześnie dopuszczalne są w demokratycznym państwie prawa.

Przyjmując obiektywne rozumienie pojęcia czci, w odniesieniu do jej prawnej ochrony, założyć trzeba, że chroniona jest ona na poziomie istniejącym w chwili naruszenia. Samo naruszenie bądź narażenie na naruszenie odnosić należy właśnie do tego niejako zamrożonego poziomu społecznego postrzegania jednostki. Tzn. skutkiem naruszenia jest obniżenie lub zagrożenie obniżeniem poziomu postrzegania jednostki z chwilą naruszenia.

Bibliografia

Arystoteles, *Etyka Nikomahejska*, PWN, Warszawa 2007.

Banach A., *Ochrona czci i godności osobistej w kodeksie karnym polskim*, Kraków 1950.

Banyk M., *Status prawny dziecka poczętego na tle jego prawa do ochrony życia i zdrowia, wynagradzania szkód doznanych przed urodzeniem oraz ochrony dóbr osobistych matki*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM" 2014, nr 4, s. 17–38.

Bezanson R., *Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight*, „71 Iowa Law Review" 1982, nr 215, s. 224–232.

Brückner A., *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Kraków 1927.

Cameron F., *Defamation Survivability and The Demise of The Antique „Actio Personalis" Doctrine*, „Columbia Law Review" 1983, nr 88, s. 1833–1851.

Cecil T.J.W., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge 2016.

Ćwiąkalski Z., *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, LEX, 2013, nr 172405.

Defining defamation. Principles on freedom of expression and protection of reputation, Article 19, Londyn, July 2000, https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-(online)-.pdf (dostęp 30.06.2019).

Duraj N. (red.), *Wartość rynkowa, struktura kapitału i efektywność przedsiębiorstwa*, Łódź 2014.

Feinberg J., *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to Others*, Nowy York 1984.

Fischer A., *Zwyczaje pogrzebowe ludu polskiego*, Lwów 1921.

Gadamer H., *Język i rozumienie*, Warszawa 2003.

Ganczarski A., *Ochrona czci w wojsku polskim*, Lublin 1919.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2015.

Gibbons T., *Defamation Reconsidered* (w:) „Oxford Journal of Legal Studies" 1996, nr 16, s. 587–615.

Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002.

Gruszecka D., *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) J.Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014, nr 168423.

Hacker D., *The Rights of the Dead through The Prism of Israeli Succession Disputes*, „International Journal of Law in Context" 2015, nr 1/03, s. 40–58.

Hryniewicz E., *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Hypyś S., *Komentarz do rozdz. XXVII k.k.* (w:) K. Wiak, A. Grześkowiak Alicja (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2012, s. 980–1022.

Kawecka K., *Skarga wrongful life – charakter prawny i dopuszczalność* (w:) „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2013, nr 15(2), https://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Karolina_Kawecka___Skarga_wrongful_life_____charakter_prawny_i_dopuszczalnosc___Rozprawy_Ubezpieczeniowe_nr_15__2_2013___21896 (dostęp 30.06.2019).

Kowalski K., Matera R., Pieczewski A., *Rola Kościołów w życiu gospodarczym ziem polskich*, Łódź 2017.

Kulesza W., *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* (w:) J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego*, t 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 1073–1238.

Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.

Kunicka B., Wojciechowska J., *Przestępstwa przeciwko wolności, przeciwko wolności sumienia i wyznania, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Komentarz*, Warszawa 2001.

Lach A., *Komentarz do art. 262 k.k.* (w:)V. Konarska-Wrzosek (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

Libel. Defamation of Dead Person. Injury to Reputations of Surviving Relatives, „Columbia Law Review" 1940, nr 7, s. 1267–1272.

Macready J. D., *Hannah Arendt and the fragility of human dignity*, Lanham 2018.

Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.

Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego*, Lublin 2009.

MakowskiW., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924.

McNamara L., *Reputation and Defamation*, Oxford 2007.

Meyer M., *Dignity, Death and Modern Virtue*, „American Philosophical Quarterly" 1995, nr 32(1), s. 45–55.

Mirgos Z., *Ochrona wolności sumienia i wyznania w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985.

MozgawaM.(red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2012.

MozgawaM.*Komentarz do art. 262 k.k.* (w:)M. Mozgawa(red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.

O'Callaghan O., *Privacy and a Free Press: Locating The Public Interest*, http://openaccess.city.ac.uk/17858/ (dostęp 30.06.2019).

Patridge E., *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, „Ethics" 1981, nr 91(2), s. 243–264.

Piórkowska-Flieger J., *Komentarz do art. 262 Kodeksu karnego* (w:) BojarkiTadeusz (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

Post R., *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution* (w:)„California Law Rev" 1986, nr 74, s. 691–742.

Potrzeszcz J., *Godność człowieka w orzecznictwie polskiego TK*, „Roczniki Nauk Prawnych" 2005, t. 25, s. 27–49.

Sawicki J., *Ochrona czci a wolność krytyki*, Warszawa 1956.

Smolensky K., *Rights of the Dead*, „Hofstra Law Review", vol. 37, s. 763–803.

Sobczak J.,*Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej* (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1315–1378.

Sokołowski T., *Komentarz do art. 8 KC* (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, Warszawa 2012, s. 55–78.

Stefański R., *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo" 2004, nr 10, s. 19–28.

Stefański R., *Zniewaga: pojęcie i kryteria* (w:) M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2013, s. 147–164.

Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1975.

Taylor J., *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, New York 2012.

Veeder V., *The History and Theory of the Law of Defamation* II, „Columbia Law Review" 1904, nr 4, s. 546–573.

Winter S., *Against Posthumous Rights*, „Journal of Applied Philosophy" 2010, nr 27(2), s. 186–199.

Wojciechowski J., *Komentarz do art. 216 k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2010, s. 1330–1366.

Woliński M., *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014.

Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.

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

Zhao B., *Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and Social Transition*, „Brooklyn Journal of International Law" 2014, nr 39/1,s. 269–352.

Krzysztof Kmąk

Niektóre konsekwencje zmiany art. 37a k.k. na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary

Krzysztof Kmąk

Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, asesor Prokuratury Rejonowej Kraków-Śródmieście Wschód w Krakowie

krzysztof.kmak@doctoral.uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-7173-1076

Some Consequences of Changing the Article 37a of the Penal Code on the Ground of Extraordinary Mitigation of the Penalty

The article concerns the effects of changing Article 37a of the Penal Code based on the amending act of June 2020, in particular on the ground of extraordinary mitigation of the penalty. As of 24th June 2020, Article 37a of the Penal Code undoubtedly has become an institution of the judicial imposition of penalty, which may be applied after analyzing the circumstances of a particular case. Moreover, the scope of application of Article 37a of the Penal Code is narrower. The criminal repression in Article 37a of the Penal Code was increased. This leads to the conclusion that Article 60 § 6 point 4 of the Penal Code is not an empty rule. There is no need for applying of the Article 60 § 8 of the Penal Code. The amendment also led to other problems that are important for application of Article 60 of the Penal Code.

Słowa kluczowe: prawo karne, nadzwyczajne złagodzenie kary, sądowy wymiar kary

Key words: penal law, extraordinary mitigation of the penalty, judicial imposition of penalty

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.489

Obowiązujący od 1 lipca 2015 r. art. 37a kodeksu karnego[1] miał na celu zapewnienie sądom większych możliwości co do orzekania kar wolnościowych w sprawach o przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8. Ułatwiał realizację dyrektywy prymatu kar wolnościowych (art. 58 § 1 k.k.), nie przewidując żadnych dodatkowych przesłanek zastosowania grzywny lub kary ograniczenia wolności.

1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2022, poz. 1138), dalej: k.k.

Regulacja przysporzyła jednak wątpliwości co do jej charakteru prawnego. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem art. 37a k.k. stanowił przednawiasowy modyfikator ustawowego zagrożenia określonego w przepisie części szczególnej, zawierającym opis czynu zabronionego pod groźbą kary, rodzaje kar grożących za jego popełnienie oraz granice tych kar[2]. Według opozycyjnego poglądu art. 37a k.k. wprowadzał instytucję sądowego wymiaru kary, niemodyfikującą granic ustawowego zagrożenia, ale dopuszczającą stosowanie kar wolnościowych po analizie elementów konkretnego stanu faktycznego, także wykraczających poza znamiona czynu zabronionego[3]. W doktrynie prezentowano również inne poglądy, niedające się jednoznacznie zakwalifikować do jednego z dwóch wyżej wymienionych głównych koncepcji[4].

Opowiedzenie się za jedną z pojawiających się możliwości miało bezpośrednie przełożenie na zasady wymiaru kary nadzwyczajnie złagodzonej (art. 60 § 6–8 k.k.). W przypadku uznania, że art. 37a k.k. stanowił modyfikator ustawowego zagrożenia, znacząco zmieniało to granice nadzwyczajnego złagodzenia w przypadku występków, w szczególności pojawiało się pytanie o normatywny sens art. 60 § 6 pkt 4 k.k., skoro występki z dolną granicą ustawowego zagrożenia w postaci kary pozbawienia niższej od roku były jednocześnie (na podstawie art. 37a k.k.) alternatywnie zagrożone grzywną i ograniczeniem wolności. Dopuszczenie stosowania tego przepisu przy nadzwyczajnym złagodzeniu prowadziło do tych samych konsekwencji co zwyczajny wymiar kary z wykorzystaniem art. 37a k.k.[5], chyba że zastosowanie miał art. 60 § 7 lub 8 k.k.

Przyjęcie koncepcji, iż art. 37a k.k. nie modyfikował ustawowego zagrożenia, nie miało tak daleko idących konsekwencji, niemniej w doktrynie zauważano, że wprowadzenie art. 37a k.k. prowadzi do zburzenia systemowej logiki wewnątrzkodeksowej, ponieważ nie jest prawidłowe, by zarówno zwyczajny, jak i nadzwyczajny wymiar kary prowadził do tych samych skutków[6].

Niezależnie od problemu charakteru prawnego art. 37a k.k., niewątpliwe było, że stan prawny reguluje również art. 60 § 8 k.k., zgodnie z którym nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się do czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a. W orzecznictwie sądów powszechnych normę tę jednak niekiedy pomijano, wykorzystując instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary w sprawach o przestępstwa zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności, do których można było stosować art. 37a k.k.[7] Wpraw-

2 Zob. np. J. Majewski, *Art. 37a* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *z. Komentarz do art. 1–52*, LEX 2016, tezy 1–3; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzanej kary*, „Palestra 2015", nr 7–8, s. 25–32; M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, s. 286; A. Sakowicz, *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze KUL" 2015, nr 3, s. 52; W. Górowski, *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, „Palestra" 2015, nr 7–8, s. 66–67; J. Bernal, *Dopuszczalność orzekania kary wolnościowej na podstawie art. 37a k.k. a instytucja występku o charakterze chuligańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 2016, t. 99, s. 23; A. Kania, *Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część I*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2016, nr 2, s. 70–71; K. Kmąk, *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo" 2018, nr 10, s. 106–108; J. Kosonoga-Zygmunt, *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*, „Ius Novum" 2016, nr 4, s. 133–137; postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r., II AKa 260/19, LEX nr 2749797.

3 Zob. np. B.J. Stefańska, *Art. 37a* (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, teza 1; V. Konarska-Wrzosek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary* (w:) T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego*, t. 5, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 303–304.

4 Całościowo stanowiska te omawia M. Małecki, *Charakter prawny art. 37a k.k.*, „Przegląd Sądowy" 2016, nr 11–12, s. 184–198.

5 Zob. szerzej K. Kmąk, *Czy art. 60 § 6 pkt 4 k.k. jest przepisem pustym?*, „Prokuratura i Prawo" 2019, nr 3, s. 29–55.

6 Tak np. V. Konarska-Wrzosek, *Zwyczajny i nadzwyczajnie złagodzony wymiar kary w świetle kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2017, t. 43, s. 256–258; A. Woźniak, R. Wrzosek, *Czy w aktualnym stanie prawnym instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki jest jeszcze potrzebna?*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych" 2017, t. 7, s. 217–220.

7 Tak np. wyrok SR w Legionowie z dnia 25 maja 2020 r., II K 1216/19, LEX nr 3027930 (art. 233 § 1 k.k. i art. 239 § 1 k.k.

dzie nie prowadziło to do obrazy prawa materialnego w rozumieniu art. 438 pkt 1a k.p.k. (kara wymierzona w ramach błędnie wykorzystanego nadzwyczajnego złagodzenia mogła zostać bowiem i tak wymierzona na podstawie art. 37a k.k.), to jednak z punktu widzenia prawidłowego określenia podstawy prawnej orzeczenia (art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k.) nie było to właściwe.

Powyżej opisany stan prawny uległ zmianie z dniem 24 czerwca 2020 r., gdy weszła w życie istotna modyfikacja art. 37a k.k.[8] Zakres zastosowania tej regulacji został zawężony zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym. Obecnie ustawodawca przesądził, że wymiar kar wolnościowych może dotyczyć jedynie przestępstw „zagrożonych tylko karą pozbawienia wolności", co oznacza, że ustawowe zagrożenie może obejmować wyłącznie karę pozbawienia wolności. Poza zakresem zastosowania art. 37a k.k. pozostają sankcje kumulatywne i alternatywno-kumulatywne[9]. Do tych pierwszych należą czyny zabronione określone np. w art. 55 ust. 1, art. 56 ust. 1 i art. 61 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii[10]. Do tych drugich trzeba zakwalifikować np. art. 289 § 1, 2 i 3 k.k., ponieważ w odniesieniu do tych czynów art. 289 § 4 k.k. przewiduje możliwość wymierzenia grzywny obok kary pozbawienia wolności (w przypadku sankcji kumulatywnej jest to obligatoryjne)[11]. Nie zasługuje na aprobatę pogląd Jana Kluzy, według którego dodanie wyrażenia „tylko karą pozbawienia wolności do lat 8" nie oznacza zawężenia zakresu zastosowania art. 37a § 1 k.k. Swoje stanowisko uzasadnia tym, że skoro istotę art. 37 k.k. „stanowi umożliwienie sądowi orzeczenia alternatywnie kary grzywny lub ograniczenia wolności, to siłą rzeczy dany przepis w części szczególnej określający sankcję za dane przestępstwo musi ową sankcję określać tylko jako karę pozbawienia wolności. W przeciwnym razie – tzn. w sytuacji, gdy przestępstwo zagrożone jest alternatywnie karą łagodniejszą […] nie istnieje możliwość sięgania do instytucji z art. 37a k.k."[12]. Autor ten pomija jednak, że przed nowelizacją z czerwca 2020 r. art. 37a k.k. miał zastosowanie także do wspomnianych już przestępstw

w zw. z art. 11 § 2 k.k.); wyrok SR w Gorlicach z dnia 12 marca 2019 r., II K 277/17, LEX nr 2750874 (art. 263 § 2 k.k.); wyrok SO w Gliwicach z dnia 21 stycznia 2019 r., IV K 157/18, LEX nr 2713631 (art. 263 § 2 k.k.); wyrok SO w Siedlcach z dnia 30 sierpnia 2018 r., II Ka 243/18, LEX nr 2545035 (art. 286 § 1 k.k.); wyrok SR w Puławach z dnia 9 marca 2018 r., II K 217/17, LEX nr 2545065 (art. 263 § 2 k.k.).

8 Zob. art. 38 pkt 1 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. 2020, poz. 1086).

9 Por. odmienny pogląd (pomijający jednak jednoznaczne sformułowanie zagrożenia „tylko karą pozbawienia wolności"): V. Konarska Wrzosek, *Art. 37a* (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 2. W poprzednim stanie prawnym stosowanie art. 37a k.k. w odniesieniu do tych sankcji budziło pewne wątpliwości (por. A. Grześkowiak, *Art. 37a* (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2021, nb. 4; A. Sakowicz, *Modyfikacja*…, s. 53). Wydaje się, że za dopuszczalnością takiego postępowania przemawiało samo językowe brzmienie art. 37a k.k. (niewykluczające jakiegokolwiek rodzaju sankcji), co uwydatnia jego obecnie obowiązująca wersja (zob. np. J. Majewski, *Art. 37a*, tezy 7–9, 12, 14; R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2016, nr 37, s. 46–47; K. Kmąk, *Sankcje*…, s. 108–109). Przyjęcie takiego poglądu prowadziło do wniosku, że z chwilą wejścia w życie art. 37a k.k. dotychczasowe sankcje kumulatywne zostały przekształcone w sankcje alternatywno-kumulatywne.

10 Dz. U. 2019, poz. 852, ze zm., dalej: u.p.n.

11 Podkreślić należy, że art. 289 § 4 kk. stanowi przykład normy modyfikującej ustawowe zagrożenie niewynikającej z przepisu typizującego. Dobitnie świadczy to o tym, że kwestia tego, czy ustawowe zagrożenie wynika z jednego czy większej liczby przepisów karnych, przynajmniej na gruncie kodeksu karnego, jest efektem wyłącznie przyjęcia określonej techniki legislacyjnej (zob. szerzej K. Kmąk, *Czy art. 60 § 6 pkt 4*…, s. 36 i powołana tam literatura i orzecznictwo). Na gruncie art. 289 § 4 k.k. nie da się sensownie twierdzić, że jest to regulacja należąca do sfery sądowego wymiaru kary, skoro jej wykorzystanie zależy wyłącznie od skazania za przestępstwo z art. 289 § 1–3 k.k., nie przewidując żadnych dalszych przesłanek.

12 J. Kluza, *Nowelizacja art. 37a na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania*, „Problemy PRawa Karnego 2022, t. 6, nr 1, https://journals.us.edu.pl/index.php/ppk/article/view/13268/10486, s. 8–9 (dostęp 14.07.2022).

zagrożonych sankcją kumulatywną lub alternatywno-kumulatywną, w przypadku których najłagodniejszą sankcję stanowi pozbawienie wolności z grzywną (sankcja kumulatywna) lub samo pozbawienie wolności (sankcja alternatywno-kumulatywna).

Zawężenie podmiotowe polega na wyłączeniu możliwości stosowania kar nieizolacyjnych wobec dwóch grup sprawców, tj.:

- sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym[13].

Nie tylko zakres zastosowania art. 37a k.k. uległ ograniczeniu, ale również zaostrzono prawnokarne konsekwencje wynikające z tej normy. Przed zmianą stanu prawnego formalnie dopuszczalne było wymierzenie grzywny i ograniczenia wolności również w ich ustawowych dolnych progach (odpowiednio 10 stawek dziennych i miesiąc – art. 33 § 1, art. 34 § 1 k.k.). Obecnie sąd musi wymierzyć minimum 100 stawek dziennych grzywny lub 3 miesiące ograniczenia wolności, a do tego obowiązkiem sądu jest zastosowanie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku[14]. Artykuł 37a § 1 k.k. nie wyraża samodzielnej podstawy stosowania tych środków; każdorazowo konieczne jest spełnienie przesłanek zastosowania określonego środka reakcji karnej wyrażonych w przepisach szczególnych[15]. Teoretycznie niewykluczona jest zatem sytuacja, w której sąd nie będzie mógł zastosować art. 37a k.k., ponieważ nie zostaną spełnione przesłanki orzeczenia jakiegokolwiek środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku.

Ponadto konieczne jest stwierdzenie przez sąd w konkretnej sprawie, iż wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku[16]. Ta przesłanka przesądza, iż z dniem 24 czerwca 2020 r. art. 37a k.k. stał się instytucją sądowego wymiaru kary, ponieważ jego zastosowanie zależy od analizy okoliczności konkretnej sprawy, w której rozstrzygana jest odpowiedzialność karna i wymiar kary wobec indywidualnego sprawcy[17]. Dla wykorzystania art. 37a k.k. nie wystarcza (jak było w poprzednim stanie prawnym) samo skazanie za przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. Poza ustaleniem, czy nie ma zastosowania wyłączenie z art. 37a § 2 k.k., sąd musi również na podstawie zasad i dyrektyw wymiaru kary (art. 53 k.k. i n.) stwierdzić, że w konkretnym postępowaniu karnym nie wymierzy za dane przestępstwo kary surowszej niż rok pozbawienia wolności[18].

13 Obecnie trudno nie zgodzić się z V. Konarską-Wrzosek, *Art. 37a*, teza 3 iż w tym zakresie mamy do czynienia z ustawowym *superfluum*, ponieważ wobec obu tych kategorii sprawców art. 65 § 1 w zw. z art. 64 § 2 k.k. i tak przewiduje obowiązek wymierzenia kary powyżej ustawowego minimum, co wyklucza (przynajmniej co do zasady) wymierzenie im kary łagodniejszego rodzaju niż kara pozbawienia wolności (dotyczy to również innych sprawców, których dotyczą art. 57a § 1, art. 57b, art. 64 § 2 i art. 65 § 1 k.k.).

14 Zob. V. Konarska Wrzosek, *Art. 37a*, teza 4; J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a* (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 5.

15 G. Łabuda, *Art. 37a* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2021, teza 11.

16 Przypomina to rozwiązanie przewidziane w art. 54 Ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1969, nr 13, poz. 94, ze zm.), który stanowił: „Jeżeli przestępstwo zagrożone jest tylko karą pozbawienia wolności, przy czym górna granica zagrożenia nie jest wyższa niż 5 lat, a wymierzona za nie kara nie byłaby surowsza od roku pozbawienia wolności, sąd uznając, że skazanie na taką karę nie byłoby celowe, może orzec karę ograniczenia wolności albo grzywnę".

17 Zob. J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a*, nb 1–2; G. Łabuda, *Art. 37a*, teza 4. Obecny art. 37a k.k. jest podobny do (obowiązującej do 30 czerwca 2015 r.) instytucji sądowego wymiaru kary z art. 58 § 3 i 4 k.k. Na podstawie art. 58 § 3 k.k. sąd mógł wymierzyć grzywnę albo ograniczenie wolności za (*lege non distinguente* każde) przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, w szczególności jeśli orzekł równocześnie środek karny (brzmienie przepisu przesądzało, że nie jest to jednak warunek konieczny, odmiennie niż w obecnym art. 37a § 1 k.k.). Z kolei art. 58 § 4 k.k. wyłączał wykorzystanie tej możliwości w stosunku do określonych kategorii sprawców (sprawcy występków o charakterze chuligańskim i sprawcy przestępstwa z art. 178a § 4 k.k.). Konstrukcja ta miała ułatwiać realizowanie w praktyce dyrektywy prymatu kar wolnościowych z art. 58 § 1 k.k. Zob. też J. Kluza, *Nowelizacja…*, s. 2–3.

18 Nie dziwi, że ta konstrukcja stała się przedmiotem krytyki ze względu na jej wewnętrzną sprzeczność: „Zgodnie z art. 37a

Powyższy wniosek automatycznie oznacza, że z całą pewnością art. 37a k.k. *de lege lata* nie jest modyfikatorem ustawowego zagrożenia[19], co bezpośrednio oddziałuje na zasady wymiaru kary nadzwyczajnie złagodzonej, ponieważ nadzwyczajne złagodzenie polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju (art. 60 § 6 k.k.).

Podstawową konsekwencją wymienionej zmiany normatywnej jest przesądzenie, iż art. 60 § 6 pkt 4 k.k. *de lege lata* nie jest pusty, ponieważ w systemie prawa karnego istnieją występki zagrożone karą pozbawienia wolności niższą od roku, np. zagrożone przynajmniej miesiącem (np. art. 160 § 1 k.k.) lub 3 miesiącami (np. art. 155 k.k.) kary pozbawienia wolności.

Nowelizacja *prima facie* nie wpłynęła na zakres zastosowania art. 60 § 7 k.k. Taki punkt widzenia mógłby być słuszny jedynie przy uznaniu, że art. 37a k.k. przed czerwcem 2020 r. nie był modyfikatorem ustawowego zagrożenia[20]. Przy innym założeniu, należałoby dojść do wniosku, że zakres zastosowania art. 60 § 7 k.k. uległ zawężeniu na rzecz art. 60 § 6 pkt 4 k.k. Wymienione występki (np. art. 160 § 1, art. 155 k.k.) były bowiem zagrożone sankcją alternatywną złożoną z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k., w związku z modyfikacją wynikającą z art. 37a k.k. Nadzwyczajne złagodzenie kary powinno było więc polegać na zastosowaniu reguły z art. 60 § 7 k.k. (a nie – jak obecnie – art. 60 § 6 pkt 4 k.k.). *De lege lata* art. 60 § 7 k.k. ma zastosowanie jedynie do tych czynów zabronionych, w odniesieniu do których przepis typizujący (lub inne przepisy będące podstawą norm kształtujących granice ustawowego zagrożenia) przesądza, że są zagrożone sankcją alternatywną[21].

Wymienione konsekwencje wynikają z nawet pobieżnej analizy tekstu prawnego. Zmiany czy wątpliwości wywołane nowelizacją czerwcową są jednak daleko głębsze.

Wprowadzone zmiany normatywne nakazują zastanowić się nad dalszym sensem obowiązywania art. 60 § 8 k.k. W stanie prawnym sprzed 24 czerwca 2020 r. przyjmowano, że art. 60 § 8 k.k. automatycznie wyłączał nadzwyczajne złagodzenie kary wobec przestępstw

§ 1 k.k. wg uchwalonej ustawy, sąd musi najpierw stwierdzić, jaką karę wymierzyłby za to przestępstwo i musi być to kara nie wyższa niż rok pozbawienia wolności (»wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku«). Następnie zaś sąd musi uznać, że jednak taka kara nie byłaby zasadna, i należy orzec karę wolnościową w postaci grzywny albo ograniczenia wolności. Oceny te jednak wykluczają się. Nie można bowiem równocześnie stwierdzić, że zasadne jest wymierzenie kary pozbawienia wolności nie wyższej od roku, by chwilę potem uznać, że nie należy jej wymierzać na rzecz kary wolnościowej, szczególnie w perspektywie niezmienianych w drodze analizowanej nowelizacji zasad pierwszeństwa kary wolnościowej z art. 58 k.k." (A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, K. Mamak, S. Tarapata, W. Zontek, *Niekonstytucyjna nowelizacja Kodeksu karnego w związku z epidemią COVID-19*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2020, z. 2, s. 20). Oczywistym jest, że krytykowana przesłanka jest spełniona również wtedy, gdy sąd uznaje, że w danej sprawie kara pozbawienia wolności nawet w najniższym rozmiarze byłaby zbyt surowa, ponieważ jednocześnie zakłada, że wymierzona kara nie będzie surowsza niż rok pozbawienia wolności. J. Kluza, *Nowelizacja*…, s. 8–10 argumentuje, że w kodeksie karnym nie ma czynów zabronionych zagrożonych w dolnej granicy karą wyższą od roku pozbawienia wolności, a w górnej granicy karą w wysokości maksimum 8 lat pozbawienia wolności. Jeżeli sąd uznaje, że adekwatna jest kara pozbawienia wolności, to nie powinien jednocześnie rozważać wymiaru sankcji wolnościowych, więc w tym zakresie nie dochodzi do zawężenia zakresu zastosowania art. 37a § 1 k.k. Z tego powodu J. Kluza ocenia wprowadzenie tej przesłanki jako zbędne.

19 W orzecznictwie zauważalna jest pewna zmiana poglądu dotycząca charakteru art. 37a k.k. O ile przed 24 czerwca 2020 r. uznawano, że korzystanie z tej instytucji nie doznaje ograniczeń (postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r., II AKa 260/19, LEX nr 2749797), o tyle po tej dacie w judykaturze pojawił się kierunek, iż ma ona charakter wyjątkowy (wyrok SO w Siedlcach z dnia 23 maja 2022 r., II Ka 157/22, LEX nr 3350517).

20 Por. J. Kluza, *Nowelizacja*…, s. 6, który uważa, że nowelizacja czerwcowa nie zmienia charakteru prawnego art. 37a k.k.

21 Odnotować należy stanowisko J. Kluzy, *Nowelizacja*…, s. 10–11, który uznaje, że art. 60 § 7 k.k. ma zastosowanie do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5. Taki pogląd byłby zasadny, gdyby uznać, że art. 37a k.k. *de lege lata* stanowi modyfikator ustawowego zagrożenia, do czego nie ma podstaw.

zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8. Była to prosta konsekwencja przyjęcia, że art. 37a k.k. stanowił modyfikator ustawowego zagrożenia[22], choć również przeciwnicy tego poglądu przyjmowali ten punkt widzenia, np. Krzysztof Janczukowicz z jednej strony twierdził, że art. 37a k.k. zastępował art. 58 § 3 i 4 k.k. jako instytucja zamiany kary (co sugeruje, że nie traktował tego pierwszego jako modyfikator zagrożenia)[23], a z drugiej twierdził, że art. 60 § 8 k.k. wykluczał nadzwyczajne złagodzenie kary w odniesieniu do całej grupy występków o górnej granicy zagrożenia powyżej 5 lat, do których mógł się stosować art. 37a k.k., niezależnie od tego, czy sąd „zamienił" karę pozbawienia wolności na grzywnę albo ograniczenie wolności[24].

Funkcjonował również pogląd, że zakaz nadzwyczajnego złagodzenia aktualizuje się dopiero wtedy, gdy sąd w konkretnej sprawie orzekł grzywnę lub ograniczenie wolności na podstawie art. 37a k.k. W tym sensie *ratio legis* art. 60 § 8 k.k. było wyeliminowanie konkurencji nadzwyczajnego złagodzenia kary i art. 37a k.k., który sam w sobie stanowił formę łagodzenia represji karnej[25].

Powstaje pytanie, czy pogląd dominujący zachował aktualność. *Prima facie* może się bowiem wydawać, iż skoro art. 37a k.k. obecnie bezspornie stanowi instytucję sądowego wymiaru kary, to należy przyjąć, iż o tym, że ma zastosowanie decyduje sąd w konkretnej sprawie. Innymi słowy, zgodnie z art. 60 § 8 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary nie można stosować, o ile sąd zdecyduje się skorzystać z art. 37a k.k.

Norma z art. 37a k.k. na pewno nie przynależy do nadzwyczajnego wymiaru, ale do zwyczajnego wymiaru kary.

Jednakże również *de lege lata* podtrzymać należy stanowisko, że art. 60 § 8 k.k. wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary wobec przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat niezależnie od decyzji sądu w konkretnej sprawie co do skorzystania z art. 37a k.k. Akceptacja odmiennego poglądu prowadzi wprost do wniosku, iż art. 60 § 8 k.k. nie wnosi do materii kodeksowej żadnej istotnej treści. Tymczasem elementem paradygmatu racjonalnego prawodawcy jest założenie, iż legislator nie stanowi norm zbędnych[26].

22 M. Małecki, *Ustawowe…*, s. 314; J. Majewski, *Art. 60* (w:) *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, LEX 2015, teza 12.

23 K. Janczukowicz, *Zamiana kary* (w:) *Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.

24 K. Janczukowicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary* (w:) *Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015. Podobnie (na gruncie obecnego stanu prawnego, traktując art. 37a k.k. jako dyrektywę sądowego wymiaru kary) zdają się uważać: V. Konarska-Wrzosek, *Art. 60* (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 63; I. Zgoliński, *Art. 60* (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 19.

25 Tak W. Zalewski, *Art. 60* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2017, nb 19. Wspomniany Autor podtrzymał ten pogląd również w obecnym stanie prawnym (zob. W. Zalewski, *Art. 60* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2021, nb 19).

26 Jak twierdzą B. Wróblewski, M. Zajęcki, *O normatywności, redundantności i zbędności przepisów prawnych*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 5, s. 136: „Fragment tekstu prawnego jest zbędny, jeśli jego usunięcie nie prowadziłoby do zmiany normatywnej (nie zmieniałoby stanu prawnego) ani nie pogorszyłoby innych istotnych własności pragmatycznych systemu prawnego".

Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż stwierdzenie, że sąd nie stosuje nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy orzeka sankcję na podstawie art. 37a k.k., jest po prostu truizmem. Norma z art. 37a k.k. na pewno nie przynależy do nadzwyczajnego wymiaru, ale do zwyczajnego wymiaru kary. Zawsze gdy sąd uznaje, że skorzysta z art. 37a k.k., to nadzwyczajnego złagodzenia kary nie może zastosować, niezależnie od tego, czy orzeka o odpowiedzialności za przestępstwo, do którego może mieć zastosowanie art. 60 § 6 pkt 4 czy art. 60 § 7 k.k.[27]

Trudno również utrzymywać pogląd o wąskim zakresie zastosowania art. 60 § 8 k.k., opierając się na tym, że rzekomo ma eliminować konkurencję art. 37a k.k. z instytucją nadzwyczajnego złagodzenia kary. *De lege lata* z całą pewnością nie jest tak, że art. 37a k.k. i art. 60 § 6 pkt 4 k.k. prowadzą do tych samych konsekwencji. O ile na gruncie tego pierwszego sąd może wymierzyć minimum 100 stawek dziennych grzywny albo 3 miesiące ograniczenia wolności, o tyle na podstawie tego drugiego jest dopuszczalne wymierzenie 10 stawek dziennych grzywny albo miesiąca ograniczenia wolności. Ponadto stosowaniu art. 37a k.k. musi towarzyszyć (w przeciwieństwie do art. 60 § 6 pkt 4 k.k.) orzeczenie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku. Są to zatem dwie różne instytucje, służące wprawdzie podobnemu celowi, ale prowadzące do innych skutków na płaszczyźnie wymiaru kary.

> ***De lege lata* z całą pewnością nie jest tak, że art. 37a k.k. i art. 60 § 6 pkt 4 k.k. prowadzą do tych samych konsekwencji.**

Z tych względów należy uznać, że obecnie wyrażenie „czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a"[28] oznacza, że chodzi o te przestępstwa, co do których sąd ma generalną możliwość (ze względu na spełnienie ogólnych przesłanek dotyczących rodzaju sankcji określonej w ustawowym zagrożeniu) wymiaru kary na podstawie art. 37a § 1 k.k. Potwierdza to umiejscowienie art. 60 § 8 k.k., który został umieszczony po przepisach art. 60 § 6 i 7 k.k. określających technikę nadzwyczajnego złagodzenia kary, co sugeruje, że również § 8 ma tę technikę w pewnym sensie modyfikować. Reguły art. 60 § 6 i 7 k.k. są ustanowione na poziomie abstrakcyjnym, niezależnym od decyzji sądu w konkretnej sprawie. Podobny wniosek należy wysnuć w odniesieniu do art. 60 § 8 k.k.

Skoro art. 37a § 1 k.k. ma zastosowanie tylko do przestępstw zagrożonych wyłącznie sankcją pro-

27 Przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do stwierdzenia niekonsekwencji ustawodawcy. Jak pisze V. Konarska-Wrzosek, *Art. 60*, nb 64: „dlaczego wyłączeniem zawartym w art. 60 § 8 KK objęto tylko występki zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej lat 5 i nie wyższą niż lat 8, a nie wszystkie występki zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8, do których ma zastosowanie dyrektywa zwykłego, sądowego wymiaru kary ustanowiona w art. 37a KK pozwalająca na stosowanie wobec ich sprawców jednej z dwóch zamiennych kar wolnościowych". W odniesieniu do wszystkich przestępstw objętych zakresem zastosowania art. 37a k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się, jeśli sąd orzeka grzywnę albo ograniczenie wolności na podstawie art. 37a § 1 k.k.

28 Należy zauważyć, że art. 60 § 8 k.k. mówi nie o przypadkach, w których art. 37a k.k. „stosuje się" (wówczas przesądzone byłoby, że wyłączenie nadzwyczajnego złagodzenia kary zależy od decyzji sądu – co jednak stanowiłoby, ze względów omówionych powyżej, *superfluum* ustawowe), ale w których „ma zastosowanie", a zatem w tych, w których powinien być uwzględniony na etapie decydowania o wymiarze sankcji karnych. Innymi słowy, art. 37a k.k. „ma zastosowanie" w każdej sprawie dotyczącej przestępstwa zagrożonego tylko karą pozbawienia wolności do lat 8, co nie oznacza, że w każdej takiej sprawie „stosuje się".

stą pozbawienia wolności, to automatycznie z tego wynika wniosek, że poza jego zakresem pozostają sankcje alternatywno-kumulatywne i kumulatywne. Do tych czynów zabronionych nie ma zastosowania wyłączenie nadzwyczajnego złagodzenia kary określone w art. 60 § 8 k.k., ponieważ nie są to czyny, do których ma zastosowanie art. 37a k.k. Odnosi się to jedynie do tych czynów zagrożonych sankcją kumulatywną lub alternatywno-kumulatywną, w której górna granica kary pozbawienia wolności wynosi 8 lat, np. art. 56 ust. 1 u.p.n., art. 289 § 2 k.k. W tych przypadkach nadzwyczajne złagodzenie kary może być wykorzystane i powinno polegać na wymierzeniu kary ograniczenia wolności lub grzywny (art. 60 § 6 pkt 4 k.k.)[29]. Ta sama technika nadzwyczajnego złagodzenia dotyczy innych przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną i alternatywno-kumulatywną, o ile dolna granica ustawowego zagrożenia jest niższa niż rok pozbawienia wolności[30].

W odniesieniu do przestępstw zagrożonych sankcją prostą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat (np. art. 286 § 1, art. 299 § 1 i 2 k.k.) nadzwyczajnego złagodzenia kary nie można zastosować; pozostaje co najwyżej wykorzystanie instrumentów zwyczajnego wymiaru kary, w tym art. 37a k.k., który prowadzi jednak (co naturalne) do surowszych konsekwencji niż nadzwyczajne złagodzenie kary. Rodzi się pytanie, czy jest słuszne zagrożenie surowszymi sankcjami przy łagodzeniu kary w odniesieniu do przestępstw, które na gruncie ustawowego zagrożenia są zagrożone sankcjami łagodniejszymi[31].

Regulacja art. 37a k.k. nie ma zastosowania do tych przestępstw, co do których przepis typizujący określa alternatywne zagrożenie karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. Odnosi się to m.in. do art. 270 § 1 k.k. (zagrożenie grzywną, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności od 3 miesięcy do 5 lat) czy art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych[32] (zagrożenie grzywną nie mniejszą niż 240 stawek dziennych, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności od 6 miesięcy do lat 8). Brak zastosowania art. 37a k.k. wyklucza stosowanie wyłączenia z art. 60 § 8 k.k., co oznacza, że w przypadku tych czynów zabronionych nadzwyczajne złagodzenie kary jest formalnie dopuszczalne i powinno następować na podstawie art. 60 § 7 k.k., ponieważ są to czyny zagrożone więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3 k.k. Niedopuszczalny jest wówczas wymiar grzywny lub ograniczenia wolności w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 6 pkt 4 k.k., ponieważ oba te rodzaje kar są przewidziane już w ustawowym zagrożeniu.

Powyższe świadczy o niezachowaniu spójności systemu prawa karnego. Dodać należy, że nadzwyczajne złagodzenie kary za przestępstwa, do których zastosowanie może mieć art. 37a k.k., powinno następować na zasadzie art. 60 § 6 pkt 4 k.k. Tymczasem ustawodawca, ustalając na tym samym poziomie górną granicę ustawowego zagrożenia, daje do zrozumienia, że traktuje te czyny jako *in genere* posiadające podobny stopień społecznej szkodliwości[33]. Powinny

29 Podkreślenia przy tym wymaga, że nie ma w takiej sytuacji zastosowania art. 60 § 7 k.k., ponieważ dotyczy on tylko tych przestępstw, w których najłagodniejszym rodzajem kary w ustawowym zagrożeniu jest grzywna lub kara ograniczenia wolności (K. Kmąk, *Sankcje…*, s. 118).

30 W przypadku zbrodni i występków zagrożonych karą przynajmniej roku pozbawienia wolności stosuje się art. 60 § 6 pkt 2 lub 3 k.k.

31 Trzeba bowiem zauważyć, że na gruncie art. 56 ust. 1 u.p.n. sąd może wymierzyć karę 8 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny; na podstawie art. 289 § 2 k.k. może wymierzyć karę 8 lat pozbawienia wolności, a do tego (fakultatywnie) 540 stawek dziennych grzywny. Tymczasem w przypadku art. 286 § 1 k.k. ustawowe maksimum to 8 lat pozbawienia wolności. W odniesieniu do dwóch pierwszych przestępstw nadzwyczajne złagodzenie kary może prowadzić do wymierzenia nawet 10 stawek dziennych grzywny; na gruncie art. 286 § 1 k.k., przy wykorzystaniu art. 37a k.k., konieczne jest wymierzenie przynajmniej 100 stawek dziennych grzywny, a więc sankcji 10-krotnie surowszej, pomimo że ustawowe zagrożenie jest generalnie łagodniejsze niż w dwóch pierwszych przykładach.

32 Dz.U. 2019, poz. 2171, dalej: u.b.i.m.

33 Gdyby za miarodajne kryterium ciężaru przestępstwa traktować dolną granicę ustawowego zagrożenia, to należałoby uznać, że typy podstawowe i typy kwalifikowane cechują się tym samym abstrakcyjnym stopniem karygodności (np. art. 209 § 1 i 1a k.k.). Dlatego o abstrakcyjnym stopniu społecznej szkodliwości danego rodzaju przestępstw świadczy rozmiar górnej granicy zagrożenia.

więc podlegać nadzwyczajnemu złagodzeniu kary na jednakowych zasadach[34].

Nowela czerwcowa rodzi wątpliwości także co do nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawców, o których mówi art. 37a § 2 k.k. Problem ten nie powstaje, gdy sprawca popełnił przestępstwo, do którego zastosowanie ma art. 60 § 6 pkt 4 lub art. 60 § 7 k.k. Jednakże nie sposób go ominąć, gdy sprawca np. działając w zorganizowanej grupie popełnia przestępstwo z art. 299 § 1 k.k., co do którego aktualizuje się zakaz wynikający z art. 60 § 8 k.k.[35] Innymi słowy, czy wprowadzenie art. 37a § 2 k.k. oznacza, że nie ma zastosowania art. 60 § 8 k.k., ponieważ art. 37a k.k. nie stosuje się do sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym? Odpowiedź powinna być negatywna. Przepis art. 60 § 8 k.k. wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary wobec „czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a" – a więc *lege non distinguente* wszystkich, niezależnie od osoby sprawcy i mających wobec niego zastosowanie instytucji zaostrzenia kary.

Wyłączenie jednocześnie nadzwyczajnego złagodzenia kary i art. 37a k.k. rodzi kolejne problemy, szczególnie na gruncie układów procesowych, w których sprawca przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat spełnił przesłanki obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. art. 60 § 3, art. 299 § 8 zd. 2 k.k.). Pomijając niektóre specyficzne instytucje wymiaru kary (np. art. 37b k.k.), sprawcy musiałaby zostać wymierzona kara pozbawienia wolności w wysokości przynajmniej 6 miesięcy. Dodać należy, że ten efekt dotychczas był złagodzony, gdyż nie obowiązywał art. 37a § 2 k.k., dzięki czemu istniała możliwość wymiaru kar wolnościowych na podstawie art. 37a k.k. również wobec sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Wydaje się, że *de lege lata* na zasadzie *lex posterior generali non derogat legi priori speciali* pierwszeństwo należy dać przepisom określającym podstawy obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, które dla sprawców mają znaczenie w dużej mierze gwarancyjne (w zamian za określone zachowanie, często polegające na udzieleniu organom ścigania informacji przydatnych w postępowaniu karnym, sprawca uzyskuje premię na gruncie wymiaru kary)[36]. Innymi słowy, ogólna norma wyłączająca nadzwyczajne złagodzenie kary wobec określonych przestępstw (art. 60 § 8 k.k) nie powinna mieć zastosowania, gdy jednocześnie doszło do aktualizacji normy szczególnej nakazującej nadzwyczajnie złagodzić karę wobec sprawcy przestępstwa należącego do grupy czynów zabronionych, co do których legislator *in genere* wykluczył tę postać degresji karania. Mogłoby to prowadzić do wymierzenia w konkretnym przypadku sankcji niezgodnej z zasadami i dyrektywami wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.), tj. sankcji zbyt surowej, jeśli wziąć pod uwagę zaistnienie szczególnych okoliczności, które ogólnie nakazują nadzwyczajne złagodzenie. Powyższy punkt widzenia potwierdza funkcjonowanie w systemie prawnym przestępstw, co do których alternatywne zagrożenie karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. wprowadza przepis typizujący, np. art. 58 ust. 1 u.b.i.m. Co do nich nie ma zastosowania art. 37a § 1 k.k. (nie są to czyny zabronione zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności), a co za tym idzie – nie stosuje się też art. 60 § 8 k.k., więc w odniesieniu do nich sąd może wymierzyć karę nadzwyczajnie złagodzoną, nawet w przypadku zaistnienia podstawy fakultatywnej[37]. Trudno byłoby uzasadnić wykluczenie obligatoryj-

34 W poprzednim stanie prawnym wszystkie przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8 podlegały złagodzeniu na zasadzie art. 60 § 7 k.k. (z zastrzeżeniem wyłączenia z art. 60 § 8 k.k.), ponieważ ich ustawowe zagrożenie obejmowało sankcję alternatywną składającą się z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k., niezależnie od tego czy to zagrożenie wynikało wprost z samego przepisu typizującego, czy też z jego modyfikacji poprzez art. 37a k.k.

35 Sprawca, obok art. 37a § 2 k.k., spełnia również przesłanki nadzwyczajnego obostrzenia kary z art. 65 § 1 k.k. Nadzwyczajne złagodzenie kary jest jednak formalnie dopuszczalne na zasadzie art. 57 § 2 k.k.

36 Problem ten występował również w poprzednim stanie prawnym, zob. np. K. Kmąk, *Sankcje*…, s. 123–124.

37 Zob. też M. Małecki, *Ustawowe*…, s. 314.

nego nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec innych przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, tym bardziej, że w odniesieniu do tej grupy czynów zabronionych złagodzenie następuje na zasadzie art. 60 § 6 pkt 4 k.k., a nie art. 60 § 7 k.k. Zasady nadzwyczajnego złagodzenia powinny być jednolite w obrębie całej grupy przestępstw cechujących się tą samą górną granicą ustawowego zagrożenia.

Zaaprobowanie poglądu, według którego art. 60 § 8 k.k. całkowicie wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, nawet pomimo spełnienia przesłanek obligatoryjnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia, prowadziłoby do rozstrzygnięć jawnie niesprawiedliwych. Gdyby tak przyjąć, to sprawca przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., jednocześnie spełniający przesłanki art. 60 § 3 k.k., musiałby się liczyć z koniecznością wymierzenia mu kary minimum 6 miesięcy pozbawienia wolności. Natomiast sprawca rozboju zwykłego (art. 280 § 1 k.k.), który również ujawnił informacje o przestępstwie na zasadach z art. 60 § 3 k.k., mógłby liczyć nawet na grzywnę (art. 60 § 6 pkt 3 k.k.).

Zasady nadzwyczajnego złagodzenia powinny być jednolite w obrębie całej grupy przestępstw cechujących się tą samą górną granicą ustawowego zagrożenia.

Istnieje również niebezpieczeństwo (choć raczej teoretyczne), że w sytuacji spełnienia przesłanek art. 60 § 8 k.k. sąd będzie zmuszony do wymierzenia grzywny lub ograniczenia wolności na podstawie art. 37a § 1 k.k. w wysokości odpowiednio 100 stawek dziennych lub 3 miesięcy ograniczenia wolności, co w realiach konkretnej sprawy będzie sankcją niewspółmierną.

Bardzo praktyczny wymiar może mieć problem spełnienia przesłanki orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku w razie stosowania art. 37a § 1 k.k. Istnieje bowiem możliwość, że nie będą spełnione przesłanki orzeczenia tychże środków, np. wtedy, gdy sprawca popełnił przestępstwo z art. 233 § 1 k.k., składając fałszywe zeznanie co do okoliczności niemogących mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy (co przemawia za złagodzeniem kary na podstawie art. 233 § 5 k.k., jednakże wykorzystanie nadzwyczajnego złagodzenia jest niedopuszczalne z mocy art. 60 § 8 k.k.), przy czym sąd nie może warunkowo zawiesić wykonania grożącej sprawcy kary pozbawienia wolności, ponieważ w czasie popełnienia przestępstwa był już skazany na tę karę (art. 69 § 1 k.k.). W takiej sytuacji – poza wymiarem bezwzględnej kary pozbawienia wolności (na podstawie art. 233 § 1 k.k. bądź – w kumulacji z ograniczeniem wolności – art. 37b k.k.) – jedyną możliwością jest skorzystanie z regulacji art. 37a k.k. Niemniej konieczne jest przy tym orzeczenie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku. Z uwagi na brak pokrzywdzonego nie jest możliwe zastosowanie środków kompensacyjnych (art. 46–47 k.k.). W sprawie nie występuje również jakikolwiek przedmiot przepadku (art. 44–45 k.k.). Trudno również dopatrzeć się spełnienia przesłanek środków karnych, ponieważ co do zasady ich zastosowanie powiązane jest ze ściśle określoną grupą przestępstw, do których art. 233 § 1 k.k. się nie zalicza.

Obecna konstrukcja art. 37a k.k. nie będzie miała zastosowania również do sprawcy, który np. popełnił przestępstwo usiłowania kradzieży (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k.) przy jednoczesnym braku podstaw do zastosowania przepadku lub środka karnego. Środki kompensacyjne są wykluczone, ponieważ w majątku pokrzywdzonego nie powstała żadna szkoda. Podobnie, gdy sprawca wprawdzie dokonał

kradzieży, ale później naprawił szkodę przed wydaniem wyroku przez sąd.

W kręgu zainteresowań organu orzekającego w takich sytuacjach mogą pozostawać w zasadzie jedynie dwa środki karne w postaci świadczenia pieniężnego lub podania wyroku do publicznej wiadomości.

Zgodnie z art. 43a § 1 k.k. orzeczenie świadczenia pieniężnego jest dopuszczalne przy odstąpieniu od wymierzenia kary, a także w wypadkach wskazanych w ustawie. Do tych wypadków zalicza się np. nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 60 § 7 k.k., w którym ustawodawca określił techniczną regułę złagodzenia kary w sprawach o przestępstwa zagrożone więcej niż jedną z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k. Zatem nadzwyczajne złagodzenie kary w odniesieniu do tych przestępstw jest „wypadkiem wskazanym w ustawie", o którym mowa w art. 43a § 1 k.k.

Taka sytuacja nie zachodzi w odniesieniu do art. 37a § 1 k.k., gdzie zastosowanie środka karnego nie jest konsekwencją wykorzystania tej regulacji, ale jej przesłanką. Taką konsekwencję stanowi wymiar kary wolnościowej. Aby do niej doszło sąd musi uprzednio orzec np. środek karny.

Wydaje się, że jedyną możliwością jest orzeczenie środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, którego przesłanki są określone dość ogólnie, ponieważ wymaga to stwierdzenia przez sąd, iż zastosowanie tego środka jest celowe, w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie skazania, o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego (art. 43b k.k.). Nie można jednak teoretycznie wykluczyć sytuacji, w której względy ogólnoprewencyjne nie będą wymagać stosowania tego środka, a dążenie do stosowania art. 37a § 1 k.k. będzie zmuszało organy do sztucznego nadużywania tego środka.

Zmiana charakteru prawnego art. 37a k.k. prowadzi także do istotnego zawężenia zakresu zastosowania dyrektywy prymatu kar wolnościowych w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5 (art. 58 § 1 k.k.). O ile w stanie prawnym sprzed 24 czerwca 2020 r. art. 37a § 1 k.k. powodował, że dyrektywa ta pozostawała aktualna w przypadku wszystkich przestępstw zagrożonych tą karą (art. 37a § 1 k.k. automatycznie dodawał do ustawowego zagrożenia również kary wolnościowe, a więc ustawa przewidywała możliwość wyboru rodzaju kary), o tyle jest to nieaktualne w obecnym stanie prawnym, ponieważ art. 37a § 1 k.k. przestał pełnić funkcję modyfikatora ustawowego zagrożenia. Konrad Lipiński trafnie zauważa, iż z jednej strony art. 58 § 1 k.k. wymaga szczegółowego uzasadnienia dla wymierzenia kary pozbawienia wolności za przestępstwo objęte zastosowaniem dyrektywy *ultima ratio* pozbawienia wolności, a z drugiej decyzja o wymiarze kary wolnościowej na mocy art. 37a § 1 k.k. uzależniona jest od uprzedniego ustalenia, iż adekwatna w danym przypadku kara nie przekraczałaby roku pozbawienia wolności. Na gruncie art. 37a § 1 k.k. sąd musi zatem rozpocząć swój proces myślowy w kwestii stosowania środków prawnokarnej reakcji nie od sankcji nieizolacyjnych, lecz od kary pozbawienia wolności, co jest nie do pogodzenia z założeniem wynikającym z art. 58 § 1 k.k.[38]

Warto odnieść się także do konsekwencji wynikających z nowelizacji art. 37a k.k. na gruncie procesowym w perspektywie zarzutów odwoławczych. Z przyczyn oczywistych nie sposób analizować tej kwestii z punktu widzenia zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 3 k.p.k.). Z kolei kwestia współmierności kary wymierzonej z zastosowaniem art. 37a § 1 k.k. musi być oceniana *in concreto*, przy czym w takim przypadku mówić o ewentualnej rażącej łagodności kary, ponieważ art. 37a k.k. to element degresji karania. Z kolei niezastosowanie art. 37a § 1 k.k. pomimo spełnienia ku temu konstytutywnych warunków tej instytucji może zadecydować o rażącej surowości kary. Z uwagi na to, że zastosowanie art. 37a § 1 k.k. nigdy nie jest obligatoryjne, brak skorzystania z tej instytucji nie może być rozpatrywane w perspektywie art. 438 pkt 1a k.p.k.[39]

Analiza powinna odnosić się zatem do zarzutu obrazy prawa materialnego w innym wypadku niż co do kwalifikacji prawnej (art. 438 pkt 1a k.p.k.) oraz zarzutu obrazy przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Do obrazy prawa materialnego (w rozumieniu art. 438 pkt 1a k.p.k.) w postaci art. 37a § 1 lub 2 k.k. może dojść w szczególności, gdy:

38 Zob. szerzej K. Lipiński, *Art. 58* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2021, tezy 2–7.

39 Wyrok SA w Katowicach z dnia 14 kwietnia 2016 r., II AKa 42/16, LEX nr 2047228.

– sąd wymierzył karę z zastosowaniem art. 37a § 1 k.k. w sprawie o przestępstwo zagrożone karą powyżej 8 lat pozbawienia wolności[40],
– art. 37a § 1 k.k. został zastosowany w przypadku przestępstwa zagrożonego sankcją kumulatywną lub alternatywno-kumulatywną obejmującą karę pozbawienia wolności,
– wymierzona na podstawie art. 37a § 1 k.k. kara wolnościowa była łagodniejsza niż określone w tym przepisie progi (3 miesiące ograniczenia wolności, 100 stawek dziennych grzywny),
– sąd zastosował art. 37a § 1 k.k. bez obligatoryjnego orzeczenia w przedmiocie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku,
– kara wolnościowa została wymierzona na podstawie art. 37a § 1 k.k. pomimo tego, że skazany należał do kategorii sprawców określonych w art. 37a § 2 k.k.[41]

Z kolei o naruszeniu przepisów postępowania w postaci art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. można mówić zwłaszcza wtedy, gdy sąd wymierzył karę faktycznie opierając się na art. 37a § 1 k.k., ale pominął ten przepis w podstawie wymiaru kary. Podobnie należy ocenić postępowanie sądu, który stosuje art. 37a § 1 k.k. w sprawie o przestępstwo, w przypadku którego już ustawowe zagrożenie obejmuje ograniczenie wolności lub grzywnę[42]. Wydaje się, że jako pomyłkę w podstawie wymiaru kary należy traktować także sytuację, w której sąd w sprawie o przestępstwo zagrożone karą od 6 miesięcy pozbawienia wolności do 8 lat, stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary pomimo zakazu z art. 60 § 8 k.k., gdy nie ma zastosowania żadna podstawa obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary[43] (np. kara 300 stawek dziennych grzywny za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. bez powołania art. 37a § 1 k.k.). Naruszenie art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. często trudno traktować jako mające istotny wpływ na treść wyroku[44]. Sąd należycie stosuje normy prawa materialnego, a błąd leży jedynie w wyeksponowaniu prawidłowej podstawy prawnej jego rozstrzygnięcia.

Niniejsze opracowanie z całą pewnością nie wyczerpuje katalogu problemów, do jakich może prowadzić ostatnia nowelizacja art. 37a k.k. na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Przedstawia jedynie ogólne ich zarysowanie, nie wyczerpując tego tematu.

Nietrudno zauważyć, że większość problemów wiąże się z obowiązywaniem art. 60 § 8 k.k., który był wprowadzony z chęci zapobieżenia nadmiernej degresji karania w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, do których zastosowanie znajdował art. 37a k.k.[45] Z uwagi na zmianę charakteru prawnego art. 37a k.k. odpadła potrzeba realizacji tej funkcji art. 60 § 8 k.k, co przemawia za uchyleniem tej normy.

Zmiana art. 37a k.k. stanowi kolejny przejaw zaostrzania represji karnej. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje ocena takiej polityki karnej. Niemniej obowiązek orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku w razie stosowania art. 37a § 1 k.k. wydaje się zbyt daleko idący, zwłaszcza że w danej sprawie może istnieć potrzeba zastosowania kary wolnościowej bez możliwości zastosowania wymienionych środków. Alternatywą dla obecnego stanu prawnego mogłoby być usunięcie tej przesłanki i dopuszczenie stosowania np. świadczenia pieniężnego w przypadku wykorzystania art. 37a § 1 k.k. (nowelizacja art. 43a § 1 k.k.).

Bibliografia

Barczak-Oplustil A. i in., *Niekonstytucyjna nowelizacja Kodeksu karnego w związku z epidemią COVID-19*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2020, z. 2, s. 5–36.

40 Wyrok SN z dnia 24 lutego 2021 r., III KK 142/20, LEX nr 3189719; wyrok SN z dnia 6 maja 2020 r., V KK 675/19, LEX nr 3207780.

41 Jednakże błędne zastosowanie art. 37a § 1 k.k. może być wtórnym uchybieniem stanowiącym następstwo błędnego ustalenia faktycznego, gdy sąd wadliwie ustalił, iż sprawca nie należy do którejś z kategorii określonych w art. 37a § 2 k.k., podczas gdy w rzeczywistości popełnił przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo przestępstwo o charakterze terrorystycznym.

42 Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 lutego 2017 r., II AKa 526/16, LEX nr 2278197.

43 Oczywiście tylko wtedy, gdy wymierzona kara wolnościowa nie jest niższa niż progi określone w art. 37a § 1 k.k.

44 Postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317.

45 M. Małecki, *Ustawowe…*, s. 314.

Bernal J., *Dopuszczalność orzekania kary wolnościowej na podstawie art. 37a k.k. a instytucja występku o charakterze chuligańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 2016, t. 99, s. 11–27.

Górowski W., *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, „Palestra" 2015, nr 7–8, s. 65–73.

Janczukowicz K., *Nadzwyczajne złagodzenie kary* (w:) *Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.

Janczukowicz K., *Zamiana kary* (w:) *Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.

Kania A., *Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część I*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2016, nr 2, s.

Kluza J., *Nowelizacja art. 37a na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania*, „Problemy PRawa Karnego 2022, t. 6, nr 1, https://journals.us.edu.pl/index.php/ppk/article/view/13268/10486, (dostęp 14.07.2022).

Kmąk K., *Czy art. 60 § 6 pkt 4 k.k. jest przepisem pustym?*, „Prokuratura i Prawo" 2019, nr 3, s. 29–55.

Kmąk K., *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo" 2018, nr 10, s.

Konarska Wrzosek V., *Art. 37a* (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 2.

Konarska Wrzosek V., *Art. 37a*, teza 4; J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a* (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 5.

Konarska-Wrzosek V., *Art. 60* (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 63; I. Zgoliński, *Art. 60* (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 19.

Konarska-Wrzosek V., *Zwyczajny i nadzwyczajnie złagodzony wymiar kary w świetle kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2017, t. 43, s. 255–264.

Kosonoga-Zygmunt J., *Art. 37a*, nb 1–2; G. Łabuda, *Art. 37a*, teza 4.

Kosonoga-Zygmunt J., *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*, „Ius Novum" 2016, nr 4, s. 133–143.

Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2021, nb 19).

Lipiński K., *Art. 58* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2021, tezy 2–7.

Łabuda G., *Art. 37a* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2021, teza 11.

Majewski J., *Art. 37a* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, LEX 2016, tezy 1–3; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzanej kary*, „Palestra 2015", nr 7–8, s. 25–32.

Małecki M., *Charakter prawny art. 37a k.k.*, „Przegląd Sądowy" 2016, nr 11–12, s. 184–198.

Małecki M., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, s. 286.

Sakowicz A., *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze KUL" 2015, nr 3, s. 52.

Stefańska B. J., *Art. 37a* (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, teza 1; V. Konarska-Wrzosek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary* (w:) T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego*, t. 5, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017.

Woźniak A., Wrzosek R., *Czy w aktualnym stanie prawnym instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki jest jeszcze potrzebna?*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych" 2017, t. 7, s. 214–224.

Wróblewski B., Zajęcki M., *O normatywności, redundantności i zbędności przepisów prawnych*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 5, s. 181–221.

Zalewski W., *Art. 60* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2017, nb 19.

Paweł Łącki

Prawa podstawowe a decyzja o własnej śmierci. Dyskurs konstytucyjny na przykładzie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2020 r.

Paweł Łącki

Doktor nauk prawnych, adwokat, adiunkt na Uniwersytecie SWPS. Interesuje się m.in. filozoficznoprawnymi uwarunkowaniami ochrony praw człowieka.

✉ pawel.lacki@swps.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-6661-107X

Fundamental Rights and the Decision to Die. Constitutional Discourse on the Example of the Judgment of the Federal Constitutional Court of February 26, 2020

In the judgment dated February 26, 2020, the German Federal Constitutional Court ("FCC") found the provision of the Criminal Code penalizing "professional" assistance in suicide inconsistent with the German Constitution. This judgment deserves attention, inter alia, due to the theses presented in it about the close relationship between the right to assisted suicide and the protection of human dignity, and about the extremely wide scope of this right. The presented considerations, taking into account the decisions of other constitutional courts in the field of assisted suicide, focus on the structure of the FCC's arguments, its axiological premises and potential implications for a wider debate on the admissibility of assisted suicide and euthanasia conducted in the context of fundamental rights.

Słowa kluczowe: wspomagane samobójstwo, eutanazja, prawa człowieka, prawa podstawowe, zasada proporcjonalności, antyperfekcjonizm, godność człowieka, autonomia jednostki, Federalny Trybunał Konstytucyjny

Key words: assisted suicide, euthanasia, human rights, fundamental rights, the principle of proportionality, anti-perfectionism, human dignity, individual autonomy, the Federal Constitutional Court

https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.437

1. Wprowadzenie

Współcześnie dyskurs konstytucyjny jest uprzywilejowanym „miejscem" rozważania zagadnień dotykających podstawowych kwestii aksjologicznych w demokratycznych społeczeństwach. Niezależnie bowiem od rodzajów argumentów przywoływanych przez obywateli czy ich reprezentantów na rzecz sposobu uregulowania danego kontrowersyjnego zagadnienia ostatecznym arbitrem w wielu przypadkach okaże się sąd konstytucyjny, którego rozstrzygnięcie będzie ujęte w ramy specyficznych pojęć i schematów argumentacyjnych właściwych dogmatyce prawa konstytucyjnego. Nie inaczej jest w zakresie sporów związanych z dopuszczalnością wspomaganego samobójstwa czy eutanazji[1]. Sądy konstytucyjne różnych jurysdykcji zajmowały się[2] i zapewne będą zajmować się w przyszłości oceną praw podstawowych jednostki w kontekście decydowania o własnej śmierci, weryfikując rozwiązania wprowadzone przez ustawodawcę zwykłego.

W wyroku wydanym w dniu 26.02.2020 r. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny („FTK") uznał za niezgodny z niemiecką konstytucją przepis kodeksu karnego penalizujący „zawodową" pomoc w samobójstwie[3]. Orzeczenie FTK zasługuje na szczególną uwagę m.in. ze względu na przedstawione w nim tezy o ścisłym związku prawa do samobójstwa z ochroną godności człowieka oraz o niezwykle szerokim zakresie tego prawa. Argumentacja przedstawiona przez FTK wydaje się w nowym świetle stawiać dyskusję o dopuszczalności eutanazji i wspomaganego samobójstwa, prowadzoną w perspektywie standardów ochrony praw człowieka. Jednocześnie argumentacja ta może okazać się interesująca w aspekcie wykraczającym poza pytanie o konstytucyjną ocenę udziału osób trzecich w realizacji decyzji o własnej śmierci – dotyka ona bowiem zasadniczych kwestii rozumienia godności człowieka, której ochrona stanowi aksjologiczny fundament licznych porządków prawnych i międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka[4]. Wreszcie, wyrok FTK może stanowić asumpt do refleksji nad strukturą dyskursu konstytucyjnego, w tym w zakresie odwoływania się w nim do niewyartykułowanych wprost przesłanek aksjologicznych.

Prezentowane rozważania składają się z dwóch części. W ramach pierwszej, mającej charakter sprawozdawczy, przedstawiono kontekst wprowadzenia w Niemczech zakazu „zawodowego" wspierania samobójstwa oraz argumentację FTK uzasadniającą niekonstytucyjność tego zakazu. Druga, zasadnicza część rozważań, ma charakter krytycznej analizy argumentacji FTK. Prezentowana analiza, uwzględniająca rozstrzygnięcia innych sądów konstytucyjnych czy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie wspomaganego samobójstwa, koncentrować się będzie na strukturze argumentacji FTK, jej aksjologicznych przesłankach i potencjalnych implikacjach dla szerszej debaty o dopuszczalności wspomaganego samobójstwa i eutanazji prowadzonej w kontekście praw podstawowych.

2. Ratio legis *§ 217 niemieckiego kodeksu karnego*

W dniu 3.12.2015 r. Bundestag uchwalił ustawę o karalności zawodowego wspierania samobójstwa[5].

1 Odnośnie definicji wskazanych praktyk zob. np. P. Szudejko, *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2018, s. 342–345.

2 Zob. np. wyroki Sądu Najwyższego Kanady w sprawie Rodriguez vs. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519 oraz Carter vs. Canada (Attorney General) SCC 5, [2015] 1 SCR 331; Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie Washington vs. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997) oraz Vacco vs. Quill, 521 U.S. 793 (1997); wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 29.04.2002 r. w sprawie Pretty p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 2346/02 oraz wyrok z dnia 20.01.2011 r. w sprawie Haas p. Szwajcarii, skarga nr 31322/07; wyrok Sądu Najwyższego Irlandii w sprawie Fleming vs. Ireland, [2013] IESC 19; wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa w sprawie *R.* (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843; wyrok włoskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25.09.2019 nr 242/2019.

3 Wyrok zapadł w połączonych sprawach o sygn. 2 BvR 2347/15; 2 BvR 651/16; 2 BvR 1261/16; 2 BvR 1593/16; 2 BvR 2354/16; 2 BvR 2527/16; treść wyroku dostępna w: http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html (dostęp: 20.06.2020). W dalszej części rozważań wyrok będzie cytowany jedynie poprzez wskazanie daty.

4 Por. np. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka: prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999.

5 *Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015* (Bundesgesetzblatt I, S. 2177).

Ustawa ta nowelizowała niemiecki kodeks karny („nKK"), poprzez wprowadzenie do niego § 217. Zgodnie z ustępem pierwszym tego przepisu, kto w zamiarze udzielenia innej osobie pomocy w samobójstwie, zawodowo (*geschäftsmäßig*)[6] zapewnia jej ku temu możliwość, stwarza ją lub pośredniczy w niej, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny. Z kolei zgodnie z ustępem drugim jako współdziałający nie podlega karze, kto nie działa zawodowo i jest krewnym osoby wskazanej w ust. 1 albo pozostaje dla niej bliskim. Tym samym, w nKK stypizowano nowy czyn zabroniony[7]. W przeciwieństwie do licznych krajów europejskich, w Niemczech pomoc w popełnieniu samobójstwa – w jakimkolwiek zakresie – nie była do tej pory uregulowana w ustawie karnej. W niemieckim prawie karnym obowiązuje natomiast zakaz zabójstwa na żądanie[8]. Wprowadzając do kodeksu karnego nowy przepis § 217, niemiecki ustawodawca zdecydował się na zakaz pomocy w samobójstwie, o ile miała ona następować w ramach działalności „zawodowej", ale niekoniecznie „zarobkowej" czy „komercyjnej"[9].

Na podstawie uzasadnienia projektu ustawy można przyjąć, że ustawodawca chciał przede wszystkim przeciwdziałać społecznej „normalizacji"[10] samobójstwa oraz wpływaniu na decyzję jednostki o zakończeniu własnego życia. W ocenie projektodawców regulacji, oferty czy propozycje pochodzące od podmiotów zajmujących się w sposób „zawodowy" pomocą w samobójstwie (np. powołanych w tym celu stowarzyszeń), polegające m.in. na udostępnieniu odpowiednich substancji, aparatury czy pomieszczeń lub na pośredniczeniu w skorzystaniu z odpowiednich struktur znajdujących się za granicą, mogą być postrzegane jako jedno ze świadczeń w ramach ochrony zdrowia i mogą wpływać na podjęcie decyzji o odebraniu sobie życia przez osoby, które w innej sytuacji nie rozważałyby takiego działania[11].

Istotą zagrożenia generowanego przez „zawodową" działalność w zakresie pomocy w samobójstwie ma być „heterogeniczność interesów"[12] czy też „zagrażający autonomii konflikt interesów"[13], który wynika z tego, że podmioty prowadzące taką działalnością, kierując się własnym interesem, mogą wpływać na proces decyzyjny innych osób w zakresie zakończenia swojego życia, w szczególności osób chorych lub starszych.

W uzasadnieniu projektu ustawy podkreślono, że regulacja ma chronić dwa „dobra prawne o najwyższej randze"[14]: życie oraz autonomię jednostki. Niemniej głębsza analiza uzasadnienia wskazuje, że nadrzędnym celem wprowadzanego zakazu miała być ochrona autonomii jednostki w zakresie podjęcia decyzji o własnej śmierci, a w ten sposób również ochrona życia. Założeniem bowiem tej „zabezpieczającej autonomię regulacji"[15] jest przekonanie, że „autonomiczna decyzja o końcu własnego życia" ma oparcie w prawach podstawowych, tj. w „obszernym"[16] prawie do samookreślenia się jednostki. W uzasadnieniu projektu ustawy podzielono przekonanie, iż zapobieganie próbom

6 Trudno spolszczyć *geschäftsmäßig* za pomocą jednego słowa. Opisowo można użyć określenia „z zamiarem wskazującym na powtarzalność działania", niemniej takie tłumaczenie nie jest wskazane, w szczególności ze względów redakcyjnych. Ustawodawca niemiecki użył to wyrażenie jako przysłówek w treści przepisu oraz jako przymiotnik w tytule ustawy nowelizującej.

7 Odnośnie wykładni przepisu oraz analizy dogmatyczno-prawnej na gruncie niemieckiego prawa karnego zob. J. Taupitz, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Die seit dem 10. Dezember 2015 geltende Rechtslage*, w: *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft: mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, (red.) G.D. Borasio i in., Berlin Heidelberg: 2017, s. 115–136.

8 Zgodnie z § 216 ust. 1 niemieckiego kodeksu karnego (StGB), kto został nakłoniony do zabójstwa przez wyraźne i poważne żądanie osoby zabitej, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do lat pięciu.

9 W uzasadnieniu projektu ustawy podkreślano, że rozstrzygającym kryterium dla zakazanej działalności nie ma być dążenie do uzyskania materialnego zysku – wówczas bowiem poza zakazem znalazłaby się regularnie powtarzająca się albo seryjna pomoc w samobójstwie, która była negatywnie oceniana przez projektodawców (zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/5373, s. 11).

10 Deutscher Bundestag, druk nr 18/5373, s. 2.

11 Zob. tamże, s. 2, 11 i 12.

12 Tamże, s. 12.

13 Tamże, s. 17.

14 Deutscher Bundestag, druk nr 18/5373 s. 11. Por. tamże s. 2–3, 12, 13.

15 Tamże, s. 11.

16 Tamże, s. 10.

samobójczym dopuszczalne jest wyłącznie „o tyle, o ile nie można stwierdzić, by u ich podstaw znajdowała się wolna i odpowiedzialna decyzja”[17] jednostki. Można zatem stwierdzić, że zasadniczym celem regulacji była ochrona swobodnej decyzji o zakończeniu własnego życia przed zewnętrznymi wpływami.

Projektodawcy ustawy odrzucili rozwiązanie polegające na całkowitym zakazie pomocy w samobójstwie, uznając m.in., że byłoby ono „nieproporcjonalne” oraz „stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w autonomię osób, które chcącą umrzeć”[18]. Nadto podkreślono, że regulacja nie ma obejmować „działań, które podejmowane są w pojedynczych przypadkach i z pobudek altruistycznych”.[19] Należy jednak zauważyć, że ustęp drugi proponowanego przepisu, formułujący wyjątek od zakazu pomocy w samobójstwie z ustępu pierwszego, nie odwoływał się do żadnych pobudek. Można zatem przypuszczać, że zdaniem projektodawców pomoc w samobójstwie udzielana przez krewnych lub najbliższych z założenia następuje z altruistycznych motywów, ewentualnie nie wiąże się z ryzykiem wpływu na autonomię osoby chcącej zakończyć życie.

Niewątpliwie rozwiązanie wprowadzone przez niemieckiego ustawodawcę istotnie różniło się od obowiązującego w Polsce art. 151 kodeksu karnego[20]. Obok wyraźnych odmienności w zakresie podmiotowych i przedmiotowych znamion czynu zabronionego, należy zwrócić uwagę na różnicę dotyczącą przedmiotu ochrony. Zgodnie z większościowym stanowiskiem polskiej doktryny karnistycznej, przedmiotem ochrony art. 151 jest ludzkie życie[21].

17 Tamże.

18 Tamże, s. 15.

19 Tamże, s. 12.

20 „Kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

21 Zob. np. R. Kokot, [art. 151], w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, pkt 11 lub A. Zoll, *[art. 151]* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer Polska 2017, pkt 4. Niekiedy wskazuje się jednak, że przepis ten chroni również swobodę kształtowania decyzji co do własnego życia [zob. M. Budyn-Kulik (w:) J. Warylewski (red.), *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 147].

3. Argumentacja FTK

FTK uznał, że § 217 nKK narusza konstytucyjne prawo jednostki do autonomicznej śmierci, będące elementem tzw. ogólnego prawa osobistego (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*)[22]. Argumentacja FTK składa się z dwóch zasadniczych części. Pierwsza prowadzi do konkluzji, iż prawo do autonomicznej śmierci, w tym prawo do samobójstwa i pomocy osób trzecich w samobójstwie, jest istotnym prawem jednostki chronionym przez Ustawę Zasadniczą („UZ”). Z kolei puentą drugiej części argumentacji jest uznanie, że § 217 nKK stanowi niedopuszczalną ingerencję w ww. prawo.

W celu prezentacji wywodu FTK niezbędne jest krótkie omówienie usytuowania tzw. ogólnego prawa osobistego w UZ. Wywodzone jest ono z art. 2 ust. 1 UZ („Każdy ma prawo do swobodnego kształtowania swojej osobowości, o ile nie narusza to praw innych i nie wykracza przeciw ładowi konstytucyjnemu lub prawu moralnemu”) w związku z art. 1 ust. 1 UZ („Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych”).

W ramach art. 2 ust. 1 UZ niemieckie orzecznictwo i nauka prawa identyfikuje dwa całkowicie różne[23] i w dużej mierze niezależne od siebie[24] obszary znaczeniowe. Z jednej strony przepis ten chroni wolność działania w szerokim znaczeniu (*die allgemeine Handlungsfreiheit*), tj. wolność jednostki czynienia bądź nieczynienia tego, co jednostce się podoba[25]. Tym samym

22 Stwierdzenie naruszenia tego prawa dotyczy skarg wniesionych przez osoby, które chciały skorzystać z „zawodowej” pomocy w samobójstwie. Nadto, FTK rozpatrzył skargi wniesione przez podmioty, które chciały oferować taką pomoc, tj. lekarzy, stowarzyszenia oferujące pomoc w samobójstwie oraz adwokata. Również te skargi zostały uwzględnione (poza uznaniem za niedopuszczalną skargi wniesionej przez stowarzyszenie ze Szwajcarii). W tym zakresie FTK w szczególności dopatrzył się naruszenia wolności wyboru zawodu.

23 Por. D. Grimm, zdanie odrębne do wyroku FTK z dnia 6.06.1989 r., BVerfGE 80, 137 (167).

24 Zob. M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin Heidelberg 2017, s. 235.

25 Por. tamże, s. 236. Por. tzw. Elfes-Urteil, tj. wyrok FTK z dnia 16.01.1957 r. BVerfGE 6, 32 (36).

uznaje się, że użyte w przepisie pojęcie „swobodne kształtowanie własnej osobowości" obejmuje każde możliwe do pomyślenia zachowanie ludzkie, w tym także zachowania społecznie szkodliwe, oceniane jako niemoralne lub naruszające podstawowe prawa innych osób[26]. Tak szeroko określony zakres wolności podlega z kolei ograniczeniom według kryteriów określonych w dalszej części art. 2 ust. 1 UZ, tj. prawa innych osób, ład konstytucyjny oraz prawo moralne. Z drugiej strony obok ogólnej wolności działania, art. 2 ust. 1 UZ chroni istotne elementy osobowości jednostki, które nie są objęte zakresem innych praw podstawowych[27]. Uznaje się jednak, że zasługują one na konstytucyjną ochronę ze względu na powiązanie z godnością człowieka[28]. Stąd też, gdy mowa o ogólnym prawie osobistym (w odróżnieniu od wolności działania w szerokim sensie) wskazuje się na art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 UZ. Ogólne prawo osobiste ma oczywiście węższy zakres niż ogólna wolność działania, niemniej zakres ten nie jest określony w sposób wyczerpujący i ustalany jest stopniowo w orzecznictwie[29].

Oceniając zgodność § 217 nKK z wzorcami konstytucyjnymi, FTK rozpoczął swój wywód od zwięzłego zrekapitulowania koncepcji ogólnego prawa osobistego w dotychczasowym orzecznictwie. Czyniąc to, FTK starał się wyeksponować powiązanie „idei autonomicznego samookreślenia się"[30] jednostki z nieutracalną godnością człowieka. FTK wskazał w szczególności, że ogólne prawo do ochrony osobowości „zapewnia podstawowe warunki ku temu, by jednostka mogła w sposób autonomiczny określać, rozwijać i utrzymywać swoją tożsamość i indywidualność"[31]. Z kolei „autonomiczne utrzymywanie własnej osobowości zakłada, że człowiek może rozporządzać sobą według własnych kryteriów i nie jest wtłaczany w formy życia, które pozostają w nieusuwalnej sprzeczności z jego wyobrażeniami o sobie i pojmowaniem samego siebie"[32].

Następnie FTK skoncentrował się na wykazaniu, iż decyzja o zakończeniu własnego życia objęta jest ogólnym prawem osobistym. W tym kontekście FTK podkreślił „egzystencjalne znaczenie"[33] takiej decyzji dla osobowości człowieka, jej ściśle osobisty charakter oraz związek z tożsamością i indywidualnością jednostki: „To, jaki sens jednostka dostrzega we własnym życiu […], podlega najbardziej osobistym wyobrażeniom i przekonaniom"[34]. Powołując się na poglądy niemieckiej doktryny, FTK wskazał, iż „prawo do odebrania sobie życia gwarantuje, że jednostka może samodzielnie określać siebie zgodnie z własnym wyobrażeniem o sobie, a tym samym może utrzymywać swoją osobowość"[35].

26 Na podstawie orzecznictwa FTK można wskazać następujące przykłady prawo do swobody działania: karmienie gołębi w parku (BVerfGE 54, 143 [146]), spożywanie narkotyków (BVerfGE 90, 145 [171]); jazda konno w lesie (BVerfGE 80, 137). W doktrynie wskazuje się, że nawet zabójstwo jest objęte zakresem art. 2 ust. 1 UZ, jednak działanie to jest skutecznie ograniczone przepisami karnymi (zob. M. Sachs, *Verfassungsrecht II…*, s. 238. We współczesnej teorii prawa konstytucyjnego stanowisko, iż jednostka ma konstytucyjne prawo do kradzieży czy prawo do zabicia innego człowieka nie jest odosobnione: „[…] if private autonomy constitutes a constitutional right, the act of stealing is part of that right (at the constitutional level), as it forms an action in accordance to one's private autonomy; such an act is forbidden, however, at the sub-constitutional level by a statute criminalizing the act that has been held to be proportional" (A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, s. 42). Odnośnie do prawa do zabójstwa zob. K. Möller, *Proportionality and Rights Inflation* (w:) G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York 2014, s. 163–165.

27 Por. wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 206.

28 Zob. M. Sachs, *Verfassungsrecht II…*, s. 235. Za prawnomiędzynarodowy odpowiednik tego prawa może uchodzić art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (por. V. Epping, *Grundrechte*, Heidelber 2015, s. 304).

29 W jednym z wyroków FTK wskazał: „Ze względu na […] specyfikę ogólnego prawa osobistego, orzecznictwo […] nie określiło treści chronionego prawa w sposób wyczerpujący, ale wypracowywało jego aspekty w związku z daną sprawą podlegającą rozstrzygnięciu" (wyrok FTK z 03.06.1980 r., BVerfGE 54, 148 (153).

30 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 207.

31 Tamże, pkt 207.

32 Tamże, pkt 207.

33 Tamże, pkt 209.

34 Tamże, pkt 209.

35 Tamże, pkt 209.

Co istotne, według FTK decyzja o własnej śmierci jest wyrazem godności człowieka z tego względu, że wynika bezpośrednio z „idei autonomicznego rozwoju własnej osobowości”[36], która ugruntowana jest w godności człowieka.

Również skorzystanie z pomocy innych przy samobójstwie objęte jest ogólnym prawem osobistym. Skoro konstytucja chroni prawo do rozwoju osobowości, a w konkretnym wypadku rozwój osobowości uzależniony jest od działania osób trzecich, to w świetle konstytucji niedopuszczalne jest, by jednostka była ograniczona w korzystaniu ze swojego prawa poprzez zakazy adresowane do tych osób. Dotyczy to „szczególnie jednostki, która rozważa samodzielne zakończenie swojego życia. W wielu przypadkach jedynie dzięki fachowej pomocy kompetentnych i gotowych do pomocy podmiotów trzecich, zwłaszcza lekarzy, ma ona możliwość podjęcia stosownej decyzji i ewentualnie, zrealizowania samobójczego zamiaru w dogodny dla siebie sposób”[37]. Stąd też, pomimo tego, że adresatem zakazu wyrażonego w § 217 ust. 1 nKK nie jest jednostka zamierzająca odebrać sobie życie, przepis ten ingeruje w jej prawo podstawowe, ponieważ *de facto* uniemożliwia jej skorzystanie z „zawodowo” oferowanej pomocy w samobójstwie[38].

Zgodnie z metodologią wypracowaną w niemieckim prawie konstytucyjnym zasadność ustawowego ograniczenia prawa podstawowego powinna być oceniona w świetle (szeroko rozumianego) testu proporcjonalności, tj. według następujących kryteriów: (i) realizacji celów prawowitych, (ii) przydatności, (iii) konieczności oraz (iv) proporcjonalności (w sensie ścisłym)[39].

FTK uznał, że § 217 nKK realizuje prawowity cel, jako że służy temu, by chronić „samookreślenie się jednostki w zakresie swojego życia i w ten sposób chroni życie jako takie”[40]. Tym samym FTK zaakceptował stanowisko przyjęte przez projektodawców ustawy, iż zawodowe udzielanie pomocy w samobójstwie generuje niebezpieczeństwa dla samookreślenia się jednostki w zakresie decyzji o zakończeniu życia[41]. FTK nie rozważał innych celów prawowitych, które mogłyby potencjalnie realizować skarżona regulacja[42].

FTK uznał, że § 217 nKK spełnia kryterium przydatności, co oznacza, że stanowi on skuteczny instrument ochrony dóbr prawnych[43]. Natomiast powstrzymując się od zajęcia stanowiska w zakresie kryterium konieczności (tj. czy regulacja ta jest niezbędna dla realizacji prawowitego celu), FTK zanegował proporcjonalność ograniczenia prawa do autonomicznej śmierci. Zda-

36 Tamże, pkt 211.

37 Tamże, pkt 213.

38 Tamże, pkt 216.

39 Tamże, pkt 235. Na temat ograniczeń konstytucyjnych praw lub wolności w polskim prawie konstytucyjnym zob. np. L Bosek, [Komentarz do art. 31] w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 65–154. Odnośnie ogólnego modelu proporcjonalności we współczesnym konstytucjonalizmie zob. np. G. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge: CUP, 2009, s. 71–72 lub A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, s. 3.

40 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 227.

41 Tamże, pkt 257.

42 Por. szerszą listę celów prawowitych (rozważanych jako „uzasadnione interesy państwa”) w wyroku amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczącego wspomaganego samobójstwa: „First, Washington has an „unqualified interest in the preservation of human life.” […] The State's prohibition on assisted suicide, like all homicide laws, both reflects and advances its commitment to this interest. […] Relatedly, all admit that suicide is a serious public-health problem, especially among persons in otherwise vulnerable groups. […] Those who attempt suicide-terminally ill or not-often suffer from depression or other mental disorders. […] legal physician-assisted suicide could make it more difficult for the State to protect depressed or mentally ill persons, or those who are suffering from untreated pain, from suicidal impulses. The State also has an interest in protecting the integrity and ethics of the medical profession. […] the American Medical Association, […] has concluded that “[p]hysician-assisted suicide is fundamentally incompatible with the physician's role as healer.” […] […] Next, the State has an interest in protecting vulnerable groups-including the poor, the elderly, and disabled persons-from abuse, neglect, and mistakes. […]. Finally, the State may fear that permitting assisted suicide will start it down the path to voluntary and perhaps even involuntary euthanasia”) [*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (728–735)].

43 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 260.

niem FTK, konsekwencją ocenianej regulacji jest to, że „w praktyce prawo do samobójstwa […] w określonych konstelacjach w dużej mierze staje się fikcją”[44]. Możliwość skorzystania ze wspomaganego samobójstwa jest „zawężona tak bardzo, że jednostce nie pozostawia się w praktyce miejsce na skorzystanie z konstytucyjnej wolności”[45] w zakresie samookreślenia się co do własnej śmierci. Z kolei pozostawienie jednostce innych opcji niż skorzystanie z zawodowo oferowanej pomocy w samobójstwie, takich jak rozbudowa opieki paliatywnej czy dostępność pomocy w samobójstwie za granicą, nie kompensuje uszczerbku dotyczącego konstytucyjnej wolności[46].

Zasadnicza struktura argumentacji uzasadniającej stanowisko FTK jest znana w prawno-etycznych dyskusjach o dopuszczalności wspomaganego samobójstwa. W pewnym uproszeniu można ją wyrazić za pomocą – traktowanego jako retoryczne – pytania: „skoro mam prawo do popełnienia samobójstwa […], dlaczego porządek prawny miałby zakazywać komuś udzielenia mi pomocy w skorzystaniu z tego prawa?”

4. Samobójstwo a prawa podstawowe

Zasadnicza struktura argumentacji uzasadniającej stanowisko FTK jest znana w prawno-etycznych dyskusjach o dopuszczalności wspomaganego samobójstwa. W pewnym uproszeniu można ją wyrazić za pomocą – traktowanego jako retoryczne – pytania: „skoro mam prawo do popełnienia samobójstwa […], dlaczego porządek prawny miałby zakazywać komuś udzielenia mi pomocy w skorzystaniu z tego prawa?”[47]. Dla uwyraźnienia teoretycznych założeń i implikacji stanowiska FTK warto przedstawić typologię modelowych rozwiązań konstytucyjnych w zakresie prawa do samobójstwa i do pomocy w samobójstwie ze strony osób trzecich. Po pierwsze, można by twierdzić, że konstytucja w ogóle nie gwarantuje prawa do samobójstwa (i w konsekwencji do pomocy w samobójstwie), tzn. że ewentualna dokonywana przez system prawny negatywna ocena samobójstwa[48] nie ingerowałaby w sferę prawa podstawowego. Po drugie, można twierdzić, że konstytucja chroni wprawdzie prawo jednostki do popełnienia samobójstwa, jednakże ewentualny zakaz pomocy w samobójstwie nie będzie stanowił naruszenia tego prawa, w szczególności ingerencja ustawodawcy zwykłego w prawo jednostki nie będzie uznawana

44 Tamże, pkt 264.

45 Tamże, pkt 267.

46 Tamże, pkt 278.

47 J. Keown, *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life*, Oxford 2012, s. 299.

48 Taka negatywna ocena nie musiałaby jednak polegać na penalizacji samobójstwa, ale mogłaby wyrażać się w stosowaniu regulacji dotyczących obowiązku udzielenia pomocy; por. np. art. 162 § 1 kodeksu karnego. Odnośnie do kontrowersji w zakresie aktualizacji obowiązku pomocy w przypadku próby samobójczej zob. J. Kosonoga-Zygmunt, *Obowiązek udzielenia pomocy w przypadku sprzeciwu osoby zagrożonej w świetle rt. 162 kodeksu karnego*, „Zeszyty Prawnicze” 2015 nr 1, s. 143–147.

za nieproporcjonalną. Po trzecie, można przyjąć, jak uczynił to FTK, że konstytucja – gwarantując prawo do samobójstwa – gwarantuje tym samym prawo do pomocy w samobójstwie ze strony osób trzecich, a zakaz pomocy w samobójstwie stanowi niedopuszczalne naruszenie prawa podstawowego. W kontekście wyroku FTK modele te należy analizować w świetle wykładni art. 2 ust. 1 UZ, niemniej co do zasady mają one charakter uniwersalny i można je rozważać w odniesieniu do postanowień innych aktów konstytucyjnych. W związku z powyższym, tytułem przykładu, omówienie tych modeli zostanie zilustrowane wykładnią postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka („EKPCz").

W niemieckim orzecznictwie można spotkać wypowiedzi, które przynajmniej *prima facie* dałoby się przyporządkować pierwszemu modelowi. Niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości („FTS") wyraził w 2001 r. pogląd, że samobójstwo – niezależnie od braku karalności – jest sprzeczne z prawem[49]. Uzasadnieniem tego stanowiska miała być okoliczność, iż „w konstytucyjnym systemie wartości życie człowieka – bez dopuszczalnego relatywizowania – znajduje się na pierwszym miejscu wśród podlegających ochronie dóbr prawnych"[50]. Prezentując pogląd o bezprawności samobójstwa, FTS powołał się na wcześniejsze orzeczenie z lat 50., wydane w kontekście przestępstwa nieudzielenia pomocy, w którym stwierdzono m.in., że „nikt nie może samowolnie dysponować swoim życiem i sprowadzić na siebie śmierć"[51].

Uznanie, że wypowiedzi te świadczą o odrzuceniu poglądu o konstytucyjnym prawie do samobójstwa, wymagałoby jednak podjęcia dwóch kroków argumentacyjnych na gruncie wykładni art. 2 ust. 1 UZ. Po pierwsze, należałoby zakwestionować standardowe aktualnie określenie zakresu ochrony art. 2 ust. 1 UZ. Jak wspomniano, w ugruntowanym orzecznictwie FTK przyjmuje się, że prawo do „kształtowania swojej osobowości" obejmuje swobodę działania w szerokim sensie, tj. prawo do czynienia tego, co się chce. Niemniej w niemieckim dyskursie konstytucyjnym formułowana była krytyka takiego rozumienia art. 2 ust. 1 UZ. Argumentowano, że przepis ten dotyczy wyłącznie zachowań, które mają istotne znaczenie dla kształtowania ludzkiej osobowości i które nie są chronione szczególnymi prawami podstawowymi[52]. Po drugie, oprócz takiego ograniczonego określenia zakresu ochrony należałoby uznać, że samobójstwo nie jest działaniem istotnym dla kształtowania własnej osobowości. Uzasadnieniem dla tej konkluzji mogłoby być wskazanie na szczególny charakter życia dla człowieka. W jednym z orzeczeń FTK podkreślił, że „życie ludzkie stanowi […] w ramach konstytucyjnego porządku najwyższą wartość; jest żywotną podstawą ludzkiej godności i warunkiem wszystkich innych praw podstawowych"[53]. Dodatkowo można by twierdzić, iż prowadząc do nieodwracalnego zniesienia autonomii człowieka, samobójstwo nie ma istotnego znaczenia dla kształtowania osobowości. W takiej perspektywie, brak karalności samobójstwa nie tyle realizowałby konstytucyjne postulaty, co opierałby się na racjach pragmatycznych[54].

Podobne rozumowanie można przeprowadzić na gruncie wykładni art. 8 EKPCz. Wprawdzie, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka („ETPCz") pojęcie „życia prywatnego" w rozumieniu ust. 1 tego przepisu rozumiane jest bardzo szeroko[55], niemniej, w początkowej

49 Wyrok FTS z dnia 7.02.2001 r., 5 StR 474/00 (BGHSt. 46, 279 (285). Przy czym FTS, uznając co do zasady bezprawność samobójstwa, dodał – bez szerszego uzasadnienia – zastrzeżenie: „poza skrajnymi wyjątkowymi przypadkami".

50 Wyrok FTS z 7.02.2001 r., sygn. 5 StR 474/00 (BGHSt. 46, 279 (285).

51 Wyrok FTS z dnia 10.03.1954 r., sygn. GSST 4/53 (BGHSt. 6, 153).

52 Por. D. Grimm, zdanie odrębne do wyroku FTK z dnia 6.06.1989 r., BVerfGE 80, 137 (166).

53 Wyrok FTK 25.02.1975 r., BVerfGE 39, 1 (42).

54 Por. uzasadnienie jednego z projektów legislacyjnych, rozważnych równolegle do projektu ustawy zakazującej 'zawodową' pomoc w samobójstwie: Deutscher Bundestag, druk nr 18/5376, s. 7.

55 Por. np. „»private life« is a broad term encompassing the sphere of personal autonomy within which everyone can freely pursue the development and fulfilment of his or her personality and to establish and develop relationships with other persons and the outside world" (wyrok z dnia 10.06.2010 r. w sprawie Jehovah's Witnesses of Moscow and Others p. Rosji, skarga nr 302/02, § 117). Wskazuje się, że orzecznictwo ETPCz prowadzi do stopniowego prze-

fazie orzeczniczej aktywności ETPCz, powołując się na cele i okoliczności przyjęcia EKPCz, reprezentowano także odosobnione stanowisko, zgodnie z którym „głównym jeśli nie jedynym zamierzonym zakresem zastosowania art. 8 była […] »ochrona życia domowego« jednostki”[56]. Również prace nad redakcją obecnego art. 8 ust. 1 wskazują, że u podstaw tej regulacji znajdowała się intencja uwzględnienia w EKPCz „uprawnień naturalnych odnoszących się do małżeństwa, rodzicielstwa i rodziny oraz nienaruszalności miejsca zamieszkania”[57]. Przyjmując taką wykładnię, należałby uznać, że prawo do samobójstwa (prawo do decydowania o własnej śmierci) w ogóle nie jest objęte zakresem art. 8 ust. 1, a zatem oddalenie skargi dotyczącej zakazu pomocy w samobójstwie nastąpiłoby bez konieczności przeprowadzenia testu proporcjonalności zgodnie z ust. 2.

Zgodnie z drugim modelem decyzja jednostki o samobójstwie oraz skorzystanie w samobójstwie z pomocy osoby trzeciej objęte jest zakresem art. 2 ust. 1 UZ, czy to w postaci ogólnego prawa osobistego, czy w postaci ogólnej wolności działania. Niemniej uznaje się, że ingerencja ustawodawcy w postaci wprowadzania rozwiązań prawnokarnych mających na celu ograniczenie udziału osób trzecich w samobójstwie jest uzasadniona w świetle przesłanek testu proporcjonalności.

W szczególności w ramach drugiego modelu dopuszcza się, że ustawodawca może podjąć zapobiegawcze działania odnoszące się do ryzyka polegającego na tym, że samo istnienie ofert świadczenia „zawodowej” pomocy w samobójstwie ma potencjał wywołania klimatu społecznego sprzyjającego akceptacji samobójstwa, a tym samym presji na starych i chorych ludzi, by skorzystali z tych ofert, w szczególności w celu „odciążenia” swoich bliskich czy społeczeństwa od różnych niedogodności. Przeciwstawienie się takiemu ryzyku poprzez regulację prawnokarną można uznać za konieczne (niezbędne), jako że inne środki nie są w stanie wyeliminować źródła tego ryzyka, tj. samego pojawienia się ofert „zawodowej” pomocy w samobójstwie[58].

W postępowaniu przed FTK uczestnicy postępowania, opowiadający się za konstytucyjnością § 217 nKK, uzasadniali proporcjonalność ingerencji w szczególności poprzez wskazanie na szczególnie wysoką rangę chronionych dóbr (autonomia i życie jednostek), a jednocześnie na ograniczony zakres ingerencji w prawo do samobójstwa. Ustawodawca nie eliminuje bowiem prawa do samobójstwa, ale ogranicza pewną „formę” udziału w samobójstwie ze strony osób trzecich[59].

Model drugi byłby zgodny z aktualnym stanowiskiem ETPCz dotyczącym wspomaganego samobójstwa. Zdaniem ETPCz, jednym z aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego jest „prawo jednostki do decydowania, za pomocą jakich środków i w którym momencie jej życie się zakończy – przy założeniu, że jest ona w stanie swobodnie podejmować decyzje w tej kwestii i odpowiednio działać”[60]. Niemniej, biorąc pod uwagę, że celem całkowitego zakazu pomocy w samobójstwie jest „zabezpieczenie

kształcenia pojęcia „życia prywatnego” z art. 8 w „a general freedom of action, a notion which is known as allgemeine Handlungsfreiheit in German legal science” (zdanie odrębne sędziego Wojtyczka do wyroku ETPCz z dnia 13.01.2015 r. w sprawie Elberte p. Łotwie, skarga nr 61243/08, pkt 4).

56 Zdanie odrębne sędziego Fitzmaurice do wyroku ETPCz z dnia 13.06.1979 r. w sprawie Marckx vs. Belgium, skarga nr 6833/74, pkt 7.

57 P.-H. Teitgen, cyt. za: W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015, s. 360.

58 Por. np. Deutsche PalliativStiftung, [pisemne stanowisko w postępowaniu przed FTK z dnia 25.02.2017 r.], s. 8–13, online https://www.palliativs.tiftung.de/fileadmin/images/service_aktuelles/downloads/2017-02-25__Stellungnahme__DPS__217_StGB.pdf (dostęp 20.06.2020).

59 Por. wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 117 oraz Deutsche Stiftung Patientenschutz, [pisemne stanowisko w postępowaniu przed FTK], online, s. 35, https://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/docs/Organisierte_Sterbehilfe_217StGB_Stellungnahme_Patientenschutz_Info-Dienst_2017_1.pdf (dostęp 20.06.2020).

60 Wyrok w sprawie Haas p. Szwajcarii, § 51. We wcześniejszym orzeczeniu prawo jednostki określono węziej i ostrożniej: „The applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 § 1 of the Convention” (wyrok w sprawie Pretty p. Zjednoczonemu Królestwu, § 67).

życia, a tym samym ochrona praw innych osób"[61], w ocenie ETPCz zakaz ten nie jest nieproporcjonalny w świetle przesłanek wskazanych w ustępie 2 artykułu 8 EKPCz. ETPCz stwierdził w tym kontekście, że „Państwa mają prawo do regulowania za pomocą prawa karnego, działań szkodliwych dla życia i bezpieczeństwa innych osób […]. Im poważniejsza szkoda, tym bardziej jest ona istotna na etapie porównywania zdrowia i bezpieczeństwa publicznego z przeciwstawną zasadą osobistej autonomii"[62].

Wreszcie, w ramach trzeciego modelu (przyjętego przez FTK), można uznać, że prawo do samobójstwa jest na tyle ważnym prawem jednostki, że ingerencja w nie poprzez prawnokarny zakaz pomocy w samobójstwie nie może być uznana za proporcjonalną. Wbrew wyraźnym zapewnieniom FTK, stanowisko przyjęte w trzecim modelu nie jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem ETPCz[63]. Niemniej ekstrapolacja modelu przyjętego przez FTK na konwencyjne postanowienia nie wiązałyby się z zakwestionowaniem orzeczniczej metodologii ETPCz, uwzględniającej dynamiczny charakter EKPCz[64]. Niezbędne byłoby jednak dokonanie pewnego przesunięcia akcentów w stosunku do dotychczasowego podejścia ETPCz do tzw. prawa do śmierci, w szczególności w zakresie przeprowadzenia testu proporcjonalności. W tym celu można by odwołać się do przyjmowanego przez ETPCz założenia, iż co do zasady swoboda państwa członkowskiego w zakresie „ważenia" interesów indywidualnych i publicznych powinna być ograniczona, gdy w grę wchodzi „szczególnie istotny aspekt egzystencji lub tożsamości jednostki"[65]. Odpowiednio, można twierdzić, że decyzja o własnej śmierci należy do „intymnych aspektów życia prywatnego"[66], stąd muszą istnieć szczególnie poważne powody, aby uznać ingerencję ze strony władz publicznych za uzasadnioną w rozumieniu art. 8 ust. 2. Z kolei, troska ustawodawcy o ochronę osób zagrożonych nadużyciami może być zrealizowana poprzez wprowadzenie procedur pozwalających na weryfikację, czy pomoc w samobójstwie świadczona jest osobom, które w sposób autonomiczny podejmują decyzję o własnej śmierci[67].

5. Dylematy testu proporcjonalności

Zaprezentowana wyżej typologia wskazuje, iż w przypadku afirmacji konstytucyjnego prawa do samobójstwa dopuszczalność zakazu pomocy w samobójstwie rozstrzygana jest w ramach testu proporcjonalności. Oznacza to, że odpowiedź na pytanie, czy ustawodawca zwykły może zakazać udzielania pomocy w popełnieniu samobójstwa, nie jest udzielana w ramach interpretacji (ustalania znaczenia) tekstu konstytucji[68], ale w ramach oceny dopuszczalności

61 Tamże, § 69.

62 Tamże, § 74.

63 Por. Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 302. FTK cytuje pojedyncze zdania z wyroków w sprawie Pretty oraz w sprawie Haas, sugerując, iż orzeczenia te są zgodne ze stanowiskiem FTK. Tymczasem w pierwszym z tych wyroków, ETPCz jednoznacznie uznał, że całkowity zakaz wspomaganego samobójstwa nie jest nieproporcjonalny. Co więcej, FTK zniekształca poszczególne twierdzenia zawarte w wyroku Pretty. Przykładowo: FTK przypisuje ETPCz następujące stanowisko: „W czasach wzrastającego postępu w medycynie i zwiększającej się długości życia nikt nie powinien być zmuszany wbrew własnemu wyobrażeniu o sobie i osobistej tożsamości do życia aż do późnej starości lub w stanie poważnego fizycznego lub psychicznego osłabienia" (pkt 304). Tymczasem ETPCz traktuje to twierdzenie wyłącznie sprawozdawczo. ETPCz stwierdził bowiem: „In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity" (§ 65).

64 „the Convention is a living instrument which […] must be interpreted in the light of present-day conditions" (wyrok ETPCz z dnia 25.04.1978 r. w sprawie Tyrer p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 5856/72, § 31).

65 Wyrok ETPCz z dnia 10.04.2007 r. w sprawie Evans p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 6339/05, § 77.

66 Wyrok ETPCz z dnia 31.07.2000 r. w sprawie A.D.T. p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 35765/97, § 36.

67 Por. argumentację skarżącej w sprawie Pretty p. Zjednoczonemu Królestwu, § 59 i 46.

68 Por. „Given the structure of human rights norms, there is something misleading in the idea that judges interpret rights. Judges do not interpret rights: they assess justifications" (M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-based Proportionality Review*, „Law & Ethics of Human Rights" 2010, nr 2, s. 150). Na temat napięcia pomiędzy wykładnią a analizą prowa-

ingerencji w prawo jednostki[69]. Z kolei kluczowym momentem przeprowadzania tej oceny jest test proporcjonalności *sensu stricto*, polegający na ważeniu kategorialnie różniących się i niesprowadzalnych do wspólnego mianownika interesów (dóbr, wartości, sytuacji)[70]. Trudno jest bowiem zidentyfikować weryfikowalną metodologię dla porównania i wyważenia, przykładowo, interesu jednostki do dobrowolnego i świadomego skorzystania z pomocy w samobójstwie z ryzykiem powstania sytuacji, iż decyzje o zakończeniu życia będą podejmowane pod presją i nie będą w pełni autonomiczne[71].

W teorii współczesnego konstytucjonalizmu wskazuje się, że rozumowanie sędziowskie prowadzone w ramach oceny dopuszczalności ingerencji w prawo jednostki jest wolne od „ograniczających cech, które skądinąd charakteryzują rozumowanie prawnicze"[72]. Uważa się nawet, że w przypadku testu proporcjonalności rzeczywista argumentacja skryta jest za „technokratycznym kamuflażem", tj. za „wieloetapowym, legalistycznie brzmiącym testem"[73]. Analizując proporcjonalność ingerencji w prawo jednostki, sądy „faktycznie oceniają, czy ustawodawstwo może być uzasadnione w świetle racji publicznych"[74], co powoduje, że w efekcie wyznacznikiem niekonstytucyjności staje się nierozumność rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę zwykłego. Nierzadko podkreśla się subiektywny[75] i nietransparentny[76] charakter tego elementu rozumowania sądów konstytucyjnych[77].

dzoną w ramach testu proporcjonalności oraz skutków tego napięcia zob. G. Huscroft, *Proportionality and the relevance of interpretation* (w:) G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York 2014, s. 186–202.

69 „Proportionality analysis is not concerned with determining what rights we have. It is concerned with determining the extent to which the rights we have may justifiably be limited by the state" (G. Huscraft, *Proportionality and Pretense*, „Constitutional Commentary" 2014 nr 29, s. 240).

70 Por. np. G. Webber, *The Negotiable Constitution*…, s., 89–100.

71 Por. pytanie sędziego Soutera podczas rozprawy w dniu 8.01.1997 r. w sprawie Washington vs. Glucksberg rozstrzyganej przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych: „[…] taking […] the fear of abuse, the argument runs in various forms that, if […] what the two Courts of Appeals so far have recognized prevails, the risk is that […] the practice of assistance, […] is going to sort of gravitate down to those who are not terminally ill, to those […] who have not made a truly voluntary or knowing choice. And ultimately it's going to gravitate out of physician-assisted suicide into euthanasia. One of the difficulties that I have with this […] it is I'm not sure how I should weight or value that risk or those risks. What the argument raises is plausible. […]. But I don't know how realistic it is. And I don't know how much weight to put on it". What should I do, where should I look, or what methodology should I pursue to try to solve my difficulty? (https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1996/96-110_01-08-1997.pdf)

The Canadian Supreme Court declined to find a right to assisted suicide precisely because, in its judgment, "the concerns about abuse and the great difficulty in creating appropriate safeguards"make it impossible to say that a blanket prohibition on assisted suicide is inappropriate or fails to reflect "fundamental values at play in our society."276

72 M. Kumm, s. 150.

73 Tamże, s. 174.

74 Tamże, s. 168–169.

75 Por. np. W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015 r., s. 406. Zob. też np. „the balancing of rights, interests, and values entailed in the analysis of appropriateness is unavoidably subjective. There is no objective standard for measuring and weighing free speech vs. privacy, freedom vs. safety, privacy vs. public health, or the protection of an endangered species vs. the creation of badly needed jobs" (B. Schlink, *Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2012 nr 22, s. 291).

76 Por. np. „[…] the way in which the principle of proportionality generates particular conclusions is difficult to discern: concluding whether legislation 'strikes the right balance' or is 'proportionate' in relation to constitutional rights is, in many instances, asserted rather than demonstrated" (G. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009, s., 89).

77 Por. uwagę jednego z interwenientów w sprawie rozpatrywanej przez TFK: „Niezbędne do podjęcia wyważenie interesów nie ma zasadniczo charakteru prawniczego, ale zwłaszcza w prawie konstytucyjnym i w kontekście bliskości gwarancji godności jest uwikłane w uwarunkowania (społeczno-) polityczne, a także filozoficzne, czy wręcz zdeterminowane przez te uwarunkowania" (die Deutsche PalliativStiftung, op. cit., s. 14).

W związku z powyższym warto podjąć próbę rekonstrukcji argumentów (przesłanek), które zaważyły na wyniku testu proporcjonalności przeprowadzonego przez FTK. Wydaje się, że kluczowe dla rozumowania FTK było określenie charakteru prawa jednostki do decydowania o własnej śmierci oraz wagi (istotności) tego prawa w połączeniu z przyjęciem „antyperfekcjonistycznego" stanowiska na gruncie filozofii politycznej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w ujęciu FTK prawo do samobójstwa jest jednym z aspektów „prawa do samookreślonej śmierci"[78]. Innym aspektem tego prawa, ma być prawo do przerwania terapii podtrzymującej życie[79]. Dokonane w samym punkcie wyjścia argumentacji zrównanie tych dwóch różnych decyzji jednostki oznacza, że FTK *a priori* odrzucił posłużenie się kluczowymi dystynkcjami etycznymi, które mogą uzasadnić dopuszczalność zakazu wspomaganego samobójstwa w świetle konstytucji. W dyskursie konstytucyjnym można bowiem spotkać stanowisko, że ww. decyzje różnią się tak bardzo, iż ustawodawca jest uprawniony w świetle konstytucji do odmiennego potraktowania udziału osób trzecich w realizacji tych decyzji. Ilustracją takiego stanowiska jest wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie Vacco vs. Quill[80], w którym uznano, że prawnokarny zakaz pomocy w samobójstwie nie narusza tzw. klauzuli równej ochrony[81]. W ocenie Sądu Najwyższego w przypadku udzielania pomocy w samobójstwie zamiarem lekarza „z konieczności i bez wątpienia"[82] musi być śmierć pacjenta. Tymczasem taki zamiar nie musi towarzyszyć lekarzowi, który przerywa opiekę medyczną zgodnie z życzeniem pacjenta, albo który w ramach opieki paliatywnej podaje leki mogące przyspieszyć śmierć pacjenta. Wskazane rozróżnienie opiera się na doktrynie podwójnego skutku (wskazującej, kiedy moralnie dopuszczalne jest podjęcie działania, z którego wynikają dwa skutki – dobry i zły)[83], a uznanie jego istotności może być wyrazem stanowiska, że życie jest tak szczególnym dobrem dla człowieka, iż porządek prawny może zakazywać działań podejmowanych z zamiarem zniszczenia tego dobra[84]. Nadto, w świetle wskazanego rozróżnienia system prawny może identyfikować działania relewantne dla ochrony i określenia zakresu praw podstawowych w oparciu o intencje podmiotów. W przypadku FTK wszystkie te kwestie zostały *implicite* uznane za nierelewantne jeszcze przed rozpoczęciem testu proporcjonalności.

FTK podkreślił z kolei „egzystencjalne znaczenie"[85] prawa do zakończenia własnego życia i samej decyzji o zabiciu siebie dla kształtowania osobowości. Taka decyzja ma „najbardziej osobisty charakter"[86], dotyczy „podstawowych pytań ludzkiego bytowania"[87], odpowiada temu, jak jednostka pojmuje sensowność

78 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 209.

79 Por. tamże, pkt 209. Podobnie stanowisko przyjął włoski Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25.09.2019 r. nr 242 nie identyfikując istotnej różnicy między wspomaganym samobójstwem a przerwaniem terapii.

80 Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997).

81 Zgodnie z XIV Poprawką „Nie może też żaden stan […] odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawnej". Zob. M.V. Tushnet, *Equal protection* (w:) *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, red. K.L. Hall, Oxford–New York 2005, s. 297–300.

82 Vacco vs. Quill, 521 U.S. 793, 802 (1997).

83 Por. np. F.J. Connell, *Double Effect, Principle Of* (w:) *The New Catholic Encyclopedia, Second Edition*, Detroit 2003, s. 880–801. Zasada podwójnego skutku wskazuje na następujące warunki działania: „(1) The act itself must be morally good or at least indifferent. (2) The agent may not positively will the bad effect but may merely permit it. […]. (3) The good effect must flow from the action at least as immediately […] as the bad effect. […]. (4) The good effect must be sufficiently desirable to compensate for the allowing of the bad effect" (tamże).

84 Stanowisko, iż życie ludzkie jest konstytucyjnym dobrem, które nie pozostaje w swobodnej dyspozycji jednostki można spotkać w polskiej doktrynie konstytucyjnej (zob. np. T. Sroka, [Art. 38] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 183), aczkolwiek nie zawsze dostatecznie precyzyjnie przedstawia się próby jego uzasadnienia. W szczególności za błędne należy uznać łączenie dwóch odrębnych zagadnień: tego, (1) czy jednostka w świetle uregulowań konstytucyjnych uprawniona jest do dysponowania własnym życiem (np. żądając eutanazji) oraz tego, (2) czy z prawa do życia można wywieść prawo do dysponowania własnym życiem (np. prawa do eutanazji). Odpowiedź negatywna na pytanie (2) nie przesądza o negatywnej odpowiedzi na pytanie (1).

85 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 209, 264, 277.

86 Tamże, pkt 222.

87 Tamże, pkt 209.

swojej egzystencji[88], w wyjątkowy sposób dotyczy indywidualności i tożsamości jednostki[89]. Bez prawa do pozbawienia się życia jednostka nie mogłaby określić siebie według własnych wyobrażeń[90]. Stanowisko FTK, zbliżone zatem jest do poglądu wyrażonego w jednym z orzeczeń amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczącym aborcji, gdzie przyznano szczególny status „decyzjom kluczowym dla osobistej godności i autonomii" oraz uznano, iż „w sercu wolności znajduje się prawo do definiowania własnej koncepcji istnienia, znaczenia, wszechświata i tajemnicy ludzkiego życia"[91].

Nadto FTK podkreśla silny związek respektu dla autonomicznej decyzji o własnej śmierci z poszanowaniem godności człowieka[92]. Ten związek – w ocenie FTK – powoduje, iż „samodzielna decyzja o końcu własnego życia nie wymaga żadnego dalszego uzasadnienia czy usprawiedliwienia"[93] – rozstrzygająca jest wyłącznie wola jednostki. Co więcej, wola jednostki w tym przypadku wymyka się ocenie według „ogólnych przekonań moralnych, religijnych nakazów, wzorców społecznych dotyczących podejścia do śmierci i życia czy też rozważań obiektywnej rozumności"[94]. Niedopuszczalnym jest, by prawo „deprecjonowało […] – podjętą w sposób świadomy i wolny – decyzję autonomicznie działającego podmiotu […] o zabiciu siebie przy skorzystaniu z pomocy osoby trzeciej"[95]. Ustawodawca nie może zatem realizować celu polegającego po prostu na dążeniu do zmniejszeniu liczby wspomaganych samobójstw – ustawodawca może jedynie dążyć do ograniczenia takich samobójstw, które nie są autonomicznie wybrane przez jednostki[96].

Opisywane stanowisko FTK odpowiada antyperfekcjonizmowi jako jednej z koncepcji w ramach filozofii politycznej. Antyperfekcjonizm uznaje, że „państwo powinno być ślepe na prawdę lub fałsz ideałów moralnych lub koncepcji dobra", ewentualnie, że „państwo musi być neutralne w stosunku do różnych koncepcji dobra"[97]. Państwo nie może zajmować stanowiska co do dobra lub zła moralnego, z wyłączeniem wąsko rozumianej zasady krzywdy (*harm prinicple*) ani podejmować rozstrzygnięć opartych na przekonaniu, że pewne zachowania sprzyjają osiągnięciu dobrego życia, a pewne zachowania oddalają od tego celu[98].

Niezależnie od tego, czy i ewentualnie w jakim zakresie antyperfekcjonizm jest zaakceptowany w orzecznictwie FTK, a tym samym w niemieckim prawie konstytucyjnym, nie ulega wątpliwości, że jego przyjęcie nie jest zdeterminowane treścią aktów z zakresu ochrony praw człowieka czy obecną w nich – wprost lub pośrednio – afirmacją godności człowieka. Antyperfekcjonizm nie ma monopolu na filozoficzną eksplikację współczesnej ochrony praw człowieka. Treść postanowień z zakresu ochrony praw człowieka nie zawiera sformułowań, które byłyby nie do pogodzenia z perfekcjonizmem, a na gruncie filozoficznym wypracowywane są koncepcje perfekcjonistyczne, których teoretycznym fundamentem jest afirmacja nienaruszalnej godności człowieka[99].

Przyjęcie przez FTK antyperfekcjonizmu, które okazało się kluczowe dla przeprowadzenia testu proporcjonalności, ma daleko idące konsekwencje dla pojmowania godności człowieka. W kontekście decyzji o zakończeniu własnego życia antyperfekcjonizm oznacza, że państwo (ustawodawca) jest niejako związane negatywnym wartościowaniem własnego życia przez jednostkę chcącą pozbawić się życia. Ustawodawcy nie wolno przyjąć konsekwentnego stanowiska, iż egzystencja (realność, istnienie) każdego człowieka jest tak samo dobra (sensowna), i wymagać od osób trzecich, aby ich działania były zgodne z afirmacją wartości egzystencji innych ludzi. W świetle stanowiska FTK ustawodawca – w imię respektu dla godności człowieka

88 Tamże, pkt 275.
89 Tamże, pkt 209.
90 Por. tamże, pkt 209.
91 Planned Parenthood v Casey v Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992).
92 Zob. Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 210.
93 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 210.
94 Tamże.
95 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 234.
96 Por. tamże, pkt 235.
97 J. Raz, *Morality of Freedom*, Oxford 1986, s. 108. Za najbardziej wpływowego przedstawiciela antyperfekcjonizmu w II poł. XX można uznać J. Rawlsa.
98 Por. tamże, s. 136. Według J. Raza, antyperfekcjonizm polegający na „wykluczeniu ideałów" uznaje, że „implementation and promotion of ideals of the good life, though worthy in itself, is not a legitimate object of governmental action" (tamże).
99 Por. np. M. Piechowiak, op. cit.

(jako autonomicznej jednostki) – musi podporządkować się w tym zakresie ewentualnemu stanowisku jednostki o zanegowaniu wartości własnej egzystencji, tj. musi respektować (bez jakiejkolwiek pejoratywnej oceny) działanie jednostki bezpośrednio oparte na takim wartościowaniu oraz pozwolić, by takie wartościowanie było podzielone przez osoby trzecie i uzewnętrzniało się w ich działaniu (w tym przypadku w ramach pomocy w samobójstwie). Pojawia się pytanie, czy tym samym nie dochodzi do istotnych zmian w pojmowaniu godności człowieka. Czy można konsekwentnie afirmować godność każdego człowieka bez afirmacji wartości jego życia (istnienia), biorąc pod uwagę, że do człowieka stosuje się zasada *vivere viventibus esse est*?[100] Czy państwo, które jako naczelną zasadę aksjologiczną wyznaje afirmację równej godności każdego człowieka, nie popada w sprzeczność uznając się za konstytucyjnie zmuszone – w imię afirmacji tej godności – do dopuszczenia działań wprost wyrażających przekonanie o braku wartości (sensu) życia innego człowieka?

Czy państwo, które jako naczelną zasadę aksjologiczną wyznaje afirmację równej godności każdego człowieka, nie popada w sprzeczność uznając się za konstytucyjnie zmuszone – w imię afirmacji tej godności – do dopuszczenia działań wprost wyrażających przekonanie o braku wartości (sensu) życia innego człowieka?

Odpowiednio, przy przyjęciu zaprezentowanej przez FTK koncepcji związku między godnością a autonomią (w imię respektu dla godności człowieka ustawodawca nie może oceniać decyzji jednostek), można wyrazić wątpliwości czy „osobisty" charakter decyzji lub jej „egzystencjalne" znaczenie stanowią wystarczająco miarodajne kryterium dla określenia wagi interesu jednostki na potrzeby oceny „proporcjonalności" ingerencji ustawodawcy w swobodę jednostki. Czyż nie jest bowiem tak, że – na gruncie antyperfekcjonizmu – każda jednostka powinna mieć możliwość zadecydowania, które wybory mają dla niej charakter osobisty i egzystencjalny, a wobec ostatecznie subiektywnego charakteru tego kryterium nie da się, z zewnętrznej zobiektywizowanej perspektywy, wyodrębnić kategorii bardziej lub mniej istotnych decyzji lub interesów jednostki? Problem ten pojawia się szczególnie intensywnie, jeśli przyjąć za FTK, iż wola jednostki wymyka się jakiejkolwiek ocenie – nawet z perspektywy „obiektywnej rozumności". Nawiązując do wypowiedzi jednego z amerykańskich sędziów w kontekście sporu o ocenę wspomaganego samobójstwa w świetle konstytucji Stanów Zjednoczonych, można zatem zapytać, czy przyjęte przez FTK kryteria nie stanowią podstawy do „identyfikowania niekończącego się szeregu chro-

100 [„życie jest istnieniem istot żyjących"]; zasada ta pochodzi od Arystotelesa: „τὸ δὲ ζῆν τοῖς ζῶσι τὸ εἶναί ἐστιν" (Arystoteles, *De anima*, ed. D. Ross, Clarendon Press, Oxford 1961, 415b 13) i powtarzana jest w tradycji filozoficznej (zob. np. Tomasz z Akwinu m.in. w $II^a–II^{ae}$, q. 179 a. 1 arg. 1 a współcześnie R. Spaemann, *O różnicy między czymś a kimś*, Warszawa 2001, s. 41). Wprawdzie, FTK przyznaje, że „konstytucyjna ochrona życia jednostki jest ustanowiona jako niewymagający uzasadnienia cel sam w sobie i opiera się na bezwarunkowym uznaniu osoby w samym jej istnieniu" (Wyrok FTK z dnia 26.02.2020 r., BvR 2347/15, pkt 235). Twierdzenie to nie miało jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia.

nionych interesów wolnościowych dotyczących decyzji, które można by ująć jako »intymne« i »osobiste«"[101].

6. Autonomia jednostki a zakres prawo do decydowania o własnej śmierci

Konsekwencją uznania przez FTK, że decyzja o własnej śmierci zasługuje na respekt ze względu na afirmację autonomii jednostki, jest następujące stwierdzenie: „Prawo do decydowania o własnej śmierci […] nie ogranicza się do sytuacji zdefiniowanych przez osoby trzecie"[102]. To twierdzenie powoduje, że wyrok FTK może mieć istotne znaczenie dla konstytucyjnego dyskursu o wspomaganym samobójstwie i eutanazji.

Zasadniczo prawna debata o wspomaganym samobójstwie i eutanazji dotyczy sytuacji ludzi nieuleczalnie chorych, znajdujących się u schyłku życia, dotkliwie cierpiących albo odczuwających lęk przed śmiercią, której towarzyszyć będzie intensywne cierpienie[103]. Takie sytuacje stają się przedmiotem zainteresowania ustawodawców oraz stanowią faktyczne tło kwestionowania konstytucyjności ustawowych ograniczeń w zakresie wspomaganego samobójstwa czy eutanazji[104]. Takie sytuacje powodują też – ze zrozumiałych względów – że debata o wspomaganym samobójstwie i eutanazji zabarwiona jest emocjonalnym kontekstem solidarności z cierpiącymi i współczucia dla nich[105].

Formułowane przez ustawodawców, sądy konstytucyjne czy przedstawicieli doktryny kryteria dopuszczalności wspomaganego samobójstwa i eutanazji z reguły obejmują dwa elementy: z jednej strony uwzględniają autonomię jednostki, z drugiej odwołują się do mniej lub bardziej zobiektywizowanych okoliczności dotyczących stanu zdrowia jednostki. Przykładowo, trzy lata przed wydaniem przez FTK wyroku, niemiecki Federalny Trybunał Administracyjny stwierdził, że „ogólne prawo osobiste obejmuje […] prawo osoby poważnie i nieuleczalnie chorej [podkr. aut.] do decydowania o tym, w jaki sposób i kiedy powinno zakończyć się jej życie, pod warunkiem, że może ona dobrowolnie podjąć decyzję i odpowiednio według niej działać"[106]. Podobna perspektywa zauważalna jest w innych jurysdykcjach. W sprawie Carter, kanadyjski Sąd Najwyższy uznał, że kwestionowane przez skarżących przepisy kodeksu karnego penalizujące pomoc w samobójstwie lub nakłanianie do samobójstwa są niezgodne z Kanadyjską Kartą Praw i Swobód w zakresie, w jakim wykluczają „śmierć wspomaganą przez lekarza" (*physician-assisted death*) dla „poczytalnej osoby dorosłej, która (1) wyraźnie zgadza się na zakończenie życia oraz (2) cierpi na ciężką i nieuleczalną chorobę […], powodującą trwałe cierpienie, które jest nie do zniesienia dla jednostki […] [podkr. aut.]"[107]. Zdaniem sądu, kwestionowany zakaz powodowały, że takie osoby zostały pozbawione „możliwości dokonania wyboru, który może być bardzo ważny dla ich poczucia godności i integralności osobistej"[108]. Według sądu decyzja o śmierci wspomaganej przez lekarza jest decyzją zakorzenioną w kontroli jednostki nad cielesną integralnością i decyzja ta stanowi „głęboko osobistą odpowiedź na poważny ból i cierpienie"[109].

Jeżeli jednak podzielić pogląd, że przedmiotem konstytucyjnie chronionej wolności jest „prawo do podejmowania fundamentalnych wyborów osobistych w spo-

101 D. O'Scannlain, Compassion in Dying v. Washington, 85 F.3d 1440, 1444 (9th Cir. 1996). Por. również: „If physician assisted suicide is a protected »intimate and personal choice« why aren't polygamy, consensual duels, prostitution, and, indeed, the use of illicit drugs?" (tamże).

102 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 210.

103 Również taki był kontekst wprowadzenia § 217 nKK w Niemczech. Przykładem są alternatywne wobec regulacji zakwestionowanej przez FTK projekty ustawodawcze rozpatrywane przez Bundestag; por. Deutscher Bundestag, druki nr 18/5374, 18/5375. W odniesieniu do dyskusji ustawodawczych w innych jurysdykcjach zob. np. J. Keown, *Voluntary Assisted Dying in Australia: The Victorian Parliamentary Committee's Tenuous Case for Legalization*, „Issues in Law & Medicine" 2018 nr 55, s. 55–84.

104 Por. orzeczenia przywołane w przyp. 1.

105 Por. np. uwagę ETPCz: „The Court cannot but be sympathetic to the applicant's apprehension that without the possibility of ending her life she faces the prospect of a distressing death" (wyrok w sprawie Pretty p. Zjednoczonemu Królestwu, § 55).

106 Wyrok z dnia 2.03.2017 r., sygn. 3 C 19.15, pkt 24.

107 Carter vs. Canada (Attorney General) SCC 5, [2015] 1 SCR 331, pkt 147.

108 Tamże, pkt 65.

109 Tamże, pkt 68.

sób wolny od ingerencji państwa"[110], można zapytać, dlaczego system prawny miałby uzależniać realizację tego prawa od ziszczenia się dodatkowych przesłanek dotyczących sytuacji, w jakiej znajduje się podmiot prawa? Dlaczego na respekt ze strony państwa zasługiwać miałyby decyzje dotyczące końca życia podejmowane jedynie przez osoby nieuleczalnie lub ciężko chore, odczuwające istotny ból i cierpienie?[111] Dlaczego jednostka miałby zostać pozbawiona możliwości skorzystania z prawa do zakończenia własnego życia tylko z tego powodu, że „jej sytuacja nie spełnia kryterium cierpienia przyjmowanego przez inne osoby"?[112]

Zobiektywizowane przesłanki skorzystania z prawa do decydowania o własnej śmierci – z perspektywy autonomii jednostki – zawsze będą stanowić heteronomiczne, narzucone z zewnątrz ograniczenie. Stąd też, jeśli poszanowanie autonomii jednostki jest fundamentalną wartością konstytucyjną, uzasadniającą prawo do wspomaganego samobójstwa, sądom konstytucyjnym trudno będzie wskazać ograniczenia tego prawa, które okażą się niearbitralne. W przypadku identyfikacji praw podstawowych nie ma bowiem miejsca na dyskrecjonalność charakterystyczną dla uprawnionej działalności ustawodawcy zwykłego[113]. Wyrok FTK stanowi konsekwentne wyciągnięcie wniosków z apoteozy autonomii jednostki w kontekście decyzji o własnej śmierci. Zdaniem FTK prawo do zabicia siebie „przysługuje na każdym etapie ludzkiej egzystencji"[114] i nie może ograniczać się do takich sytuacji, jak ciężka lub nieuleczalna choroba.

W orzecznictwie konstytucyjnym reprezentowane jest stanowisko, iż prawo do pomocy w samobójstwie z konieczności prowadzi do dopuszczalności dobrowolnej eutanazji[115]. Wprawdzie w perspektywie prawnokarnej można posługiwać się rozróżnieniem dotyczącym tego, kto zainicjował i kontroluje czynności prowadzące do śmierci człowieka: osoba trzecia czy sama osoba chcąca umrzeć[116]. Niemniej w nadrzędnej wobec prawa karnego perspektywie konstytucyjnej rozróżnienie na sprawstwo i niesprawcze formy współdziałania może okazać się nieistotne[117], w szczególności jeśli przyjmie się – jak to uczynił FTK – że racją dla dopuszczalności wspomaganego samobójstwa miałoby być konstytucyjnie nakazane poszanowanie autonomii jednostki, niepodlegającej w tym zakresie zewnętrznemu wartościowaniu.

Związek między pomocą w samobójstwie i dobrowolną eutanazją jest identyfikowany w kontekście sytuacji, w których osoba chcąca umrzeć nie jest w stanie samodzielnie zrealizować czynności samobójczych, w szczególności z powodu ograniczeń fizycznych uwarunkowanych ciężką chorobą. Jak zauważono, „w niektórych przypadkach pacjent może nie być w stanie samodzielnie przyjąć leków [powodujących śmierć – uzup. aut.], a ich podanie przez lekarza lub osobę działającą pod jego kierunkiem lub kontrolą może być jedynym sposobem, w jaki pacjent może je otrzymać"[118]. W takiej sytuacji – z perspektywy realizacji konstytucyjnego prawa do śmierci – oczywiste wydaje się, że jest „mniej ważne, kto podaje leki, niż to, kto decyduje, czy życie śmiertelnie chorej osoby się skończy"[119]. W świetle prawa do decydowania

110 Tamże, pkt 65.

111 Por. Y. Kamisar, *Physician Assisted Suicide: The Last Bridge to Active Voluntary Euthanasia* (w:) J. Keown (red.), *Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, Cambridge 1995, s. 234.

112 Tamże.

113 Zob. *dictum* z opinii w jednej ze sprawy rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych: „Consistent with other constitutional norms, legislatures may draw lines which appear arbitrary without the necessity of offering a justification. But courts may not. We must justify the lines we draw" (Planned Parenthood vs. Casey, 505 U.S. 833, 870 (1992).

114 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 210.

115 „A right which extends to the termination of life must, […], necessarily extend to a right to have life terminated by a third party in a case of total incapacity" (wyrok Sądu Najwyższego Irlandii w sprawie *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19, pkt 113).

116 Por. np. Ch. Hillgruber [Pisemne stanowisko z dnia 14.09.2015 r. dla Komisji Prawa i Ochrony Konsumentów], s. 12, https://www.bundestag.de/resource/blob/387804/452c910aa854cf719f009a22ae13e6c2/hillgruber-data.pdf, (dostęp: 20.06.2020).

117 Por. Ch. Hillgruber, *Die Menschenwürde und das verfassungsrechtliche Recht auf Selbstbestimmung – ein und dasselbe?*, Zeitschrift für Lebensrecht, 2015 nr 3, s. 92.

118 *Compassion in Dying v.Washington*, 79 F.3d 790, 831 (9th Cir. 1995).

119 *Compassion in Dying v.Washington*, 79 F.3d 790, 832 (9th Cir. 1995).

o własnej śmierci, które ma się opierać na afirmacji indywidualnej autonomii, „rozstrzygającą granicą" jest granica „pomiędzy dobrowolnym a niedobrowolnym zakończeniem życia jednostki"[120].

Wprawdzie FTK nie zawęża prawa do samobójstwa do przypadków nieuleczalnych chorób czy niedającego się znieść bólu, niemniej jego rozumowanie również wydaje się potwierdzać związek między pomocą w samobójstwie a eutanazją. FTK podkreśla, że „Ustawa Zasadnicza gwarantuje rozwój osobowości w interakcji z osobami trzecimi […]"[121]. Nierzadko osoba rozważająca zakończenie życia dopiero w ramach pomocy ze strony „kompetentnych i dyspozycyjnych osób trzecich, w szczególności lekarzy" jest w stanie podjąć i zrealizować decyzję o samobójstwie „w akceptowalny przez siebie sposób"[122]. Dlaczego jednak udział osób trzecich miałby ograniczać się do samobójstwa? Wprawdzie wyrok FTK dotyczy „samodzielnego"[123] (*eigenhändig*) zakończenia życia, niemniej w ujęciu FTK nadrzędnym wobec prawa do samobójstwa jest prawo do samookreślonej śmierci[124]. Jako podstawowy interes podlegający ochronie FTK eksponuje decyzję jednostki o zakończeniu życia jako przejaw autonomii jednostki. W takiej perspektywie sposób realizacji tej decyzji wydaje się wtórny: jeżeli jednostka nie może – ze względu na ograniczenia fizyczne – sama zrealizować czynności powodujących śmierć albo woli, z różnych względów, by zakończenie życia, zgodnie z jej decyzją, nastąpiło poprzez działanie osoby trzeciej – jaka racja sprzeciwia się urzeczywistnieniu woli jednostki? To, czy śmierć nastąpi, przykładowo, wskutek samodzielnego spożycia substancji przygotowanej przez lekarza czy też poprzez zastrzyk przez niego wykonany, wydaje się mieć status nierelewantnych konstytucyjnie okoliczności faktycznych. Aksjologiczne przesłanki, które stoją u podstaw rozumowania FTK (m.in. absolutyzacja autonomii jednostki w połączeniu z antyperfekcjonizmem), nie pozwalają na ograniczenie udziału osób trzecich w realizacji prawa do śmierci jedynie do pomocy w samobójstwie.

Aksjologiczne przesłanki, które stoją u podstaw rozumowania FTK (m.in. absolutyzacja autonomii jednostki w połączeniu z antyperfekcjonizmem), nie pozwalają na ograniczenie udziału osób trzecich w realizacji prawa do śmierci jedynie do pomocy w samobójstwie.

7. Zakończenie

Uzasadniając wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego w sprawie Rodriguez, postawiono pytanie: „Czy jako członkowie społeczeństwa opartego na szacunku dla wewnętrznej wartości życia ludzkiego i na godności każdego człowieka, możemy włączyć do Konstytucji, która ucieleśnia nasze najbardziej podstawowe wartości, prawo do zakończenia własnego życia w jakichkolwiek okolicznościach?"[125]. Na tak postawione pytanie, FTK

120 Tamże.

121 Wyrok FTK z 26.02.2020 r., pkt 213.

122 Tamże, pkt 213.

123 Tamże, pkt 209.

124 Por. tamże, pkt 213.

125 Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519 (585).

udzielił zdecydowanej i jednoznacznej odpowiedzi. Wyrok niemieckiego FTK oznacza nadanie konstytucyjnego imprimatur dla świadomie podjętego wyboru własnej śmierci: każdy ma konstytucyjnie chronione prawo do samobójstwa i pomocy w jego popełnieniu, bez konieczności spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek. Zabicie samego siebie pojmowane jest jako wyraz rozwoju osobowości jednostki i jej godności, jako ostateczne potwierdzenie indywidualnej autonomii i wolności, niepoddające się ocenie w kategorii dobra i zła. Taką koncepcję można by podsumować słowami słynnego niemieckiego myśliciela i filologa klasycznego: „Moją śmierć sławię ja wam, śmierć wolną, która po mnie przyjdzie, ponieważ ja tego chcę”[126]. Czy jednak rzeczywiście jest to właściwe wyartykułowanie aksjologicznego potencjału praw człowieka opartych na afirmacji nienaruszalnej godności każdego człowieka?

Bibliografia

Arystoteles, *De anima*, D. Ross (ed.), Clarendon Press, Oxford 1961.

Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012.

Bosek L., [Komentarz do art. 31] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 65–154. Odnośnie ogólnego modelu proporcjonalności we współczesnym konstytucjonalizmie zob. np. G. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009.

Budyn-Kulik M. (w:) J. Warylewski (red.), *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.

Connell F. J., *Double Effect, Principle Of*, w: *The New Catholic Encyclopedia, Second Edition*, Detroit 2003.

Hillgruber C., *Die Menschenwürde und das verfassungsrechtliche Recht auf Selbstbestimmung – ein und dasselbe?*, „Zeitschrift für Lebensrecht” 2015 nr 3, s. 86–93.

Huscraft G., *Proportionality and Pretense*, „Constitutional Commentary” 2014 nr 29, s. 229–255.

Huscroft G., *Proportionality and the relevance of interpretation*, w: G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York 2014, s. 186–202.

Kamisar Y., *Physician Assisted Suicide: The Last Bridge to Active Voluntary Euthanasia* (w:) J. Keown (red.), *Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, Cambridge 1995.

Keown J., *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life*, Oxford 2012,.

Keown J., *Voluntary Assisted Dying in Australia: The Victorian Parliamentary Committee's Tenuous Case for Legalization*, „Issues in Law & Medicine” 2018 nr 55, s. 55–84.

Kosonoga-Zygmunt J., *Obowiązek udzielenia pomocy w przypadku sprzeciwu osoby zagrożonej w świetle rt. 162 kodeksu karnego*, „Zeszyty Prawnicze” 2015 nr 1, s. 137–158.

R. Kokot, [art. 151], w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.

Möller K., *Proportionality and Rights Inflation* (w:) G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York 2014, s. 163–165.

Nietzsche F., *Tako rzecze Zaratustra*, W. Berent (tłum.), Poznań 1995, s. 37.

Piechowiak M., *Filozofia praw człowieka: prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999.

Raz J., *Morality of Freedom*, Oxford 1986.

Sachs M., *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin Heidelberg 2017.

Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015.

Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015.

Spaemann R., *O różnicy między czymś a kimś*, Warszawa 2001.

Sroka T, [Art. 38] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.

Szudejko P., *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2018.

Taupitz J., *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Die seit dem 10. Dezember 2015 geltende Rechtslage*, w: *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft: mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, G.D. Borasio i in. (red.), Berlin Heidelberg 2017, s. 115–136.

Tushnet M. V., *Equal protection* (w:) *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, red. K.L. Hall, Oxford–New York 2005, s. 297–300.

Webber G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009.

Zoll A., [art. 151] (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, online, Wolters Kluwer Polska 2017, pkt 4.

126 F. Nietzsche, *Tako rzecze Zaratustra*, W. Berent (tłum.), Poznań 1995, s. 37.