
ACTA IURIDICA

— *Resoviensia* —

NR 2 (33)/2021

pod redakcją naukową
Wojciecha J. Kosiora

„Acta Iuridica Resoviensia” są kontynuacją
„Zeszytów Naukowych Uniwersytetu Rzeszowskiego.
Seria Prawnicza. Prawo”



WYDAWNICTWO
UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO
RZESZÓW 2021

Redaktor naczelny
dr hab. ANNA KOŚCIÓŁEK, prof. UR

Z-ca redaktora naczelnego
dr WOJCIECH J. KOSIOR LL.M.

Redaktorzy tematyczni
dr hab. ELŻBIETA FERET, prof. UR; dr hab. ANETA ARKUSZEWSKA, prof. UR;
dr hab. VIKTORIYA SERZHANOVA, prof. UR; dr hab. PIOTR SOWIŃSKI, prof. UR

Redaktor statystyczny
AGATA JANAS

Sekretarz redakcji
dr KATARZYNA SZWED, dr JUSTYNA CIECHANOWSKA, mgr DANIEL BARCZAK

Rada naukowa
prof. dr hab. Stanisław Pieprzny (Uniwersytet Rzeszowski) – Przewodniczący; Prof. dr hab. Elżbieta Ura (Uniwersytet Rzeszowski); Prof. dr hab. Stanisław Sagan (Uniwersytet Rzeszowski); dr hab. Renata ŚwirgońSkok, prof. UR (Uniwersytet Rzeszowski); dr hab. Maciej Rzewuski, prof. UWM (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski); doc. JUDr. Dobrovičová Gabriela, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia); Prof. h.c.doc. JUDr. Mária Bujňáková (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia); doc. JUDr. Mária Kiovská, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia); Prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Masaryk University – Czech Republic); Prof. Francesco Lucrezi (Università degli Studi di Salerno – Italy); Prof. dr hab. Marina Karaseva-Sentsova (Voronezh State University – Russia); dr doc. Marian Bedrii (Ivan Franko National University of Lviv – Ukraine); Prof. univ. dr. Ioan Leş (Lucian Blaga University of Sibiu – Romania); Assoc. Prof. Ph.D. Ioan Ganfalean (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania); Lect. Ph.D. Miruna Mihaela Tudorascu (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania); Víctor Hugo Ramírez Lavalle (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico); Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain); Prof. Ph.D. Evhen Tsybulenko (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Ph.D. Tanel Kerikmäe (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Angelo Vigliani Ferraro (University “Mediterranea” of Reggio Calabria – Italy)

Opracowanie redakcyjne i korekta
BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Łamanie
BARBARA DRAŻEK-OCZOŚ

Projekt okładki
JULIA SOŃSKA-LAMPART

© Copyright by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2021

ISSN 2720-0574; DOI: 10.15584/actaires

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

1862

WYDAWNICTWO UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigoń 6, tel. 17 872 13 69, tel./faks 17 872 14 26
e-mail: wydaw@ur.edu.pl; <http://wydawnictwo.ur.edu.pl>
wydanie I; format B5; ark. wyd. 17,30; ark. druk. 15,875; zlec. red. 55/2021

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

SPIS TREŚCI

NATALIA BANACH

- Tajemnica adwokacka jako element realizacji prawa do sprawiedliwego procesu sądowego oraz prawa do poszanowania korespondencji 7

DANIEL BARCZAK

- Kształtowanie się ochrony tajemnicy notarialnej ze szczególnym uwzględnieniem jej karnoprosesowych aspektów. Zarys problematyki 22

MARCIN BURDZIK

- Klauzula dobrego samarytanina, czyli nowy kontratyp w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 35

DOROTA KAMUDA

- Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k. zagrożeniem bezpieczeństwa obrotu gospodarczego 52

MICHAŁ LEWANDOWSKI

- Stanisław Kryński – przyczynek do biografii 67

ELŻBIETA LOSKA

- Jak uniknąć skazania w rzymskim procesie karnym? – kilka porad praktycznych 81

ANDRZEJ NOWAK

- „Groźąca surowa kara” jako samodzielna podstawa tymczasowego aresztowania po zmianie art. 258 k.p.k. 91

PAULINA PRAWDZIK

- Aspekty tajemnicy zawodowej tłumacza przysięgłego 100

KATARZYNA PURC-KUROWICKA, BŁAŻEJ JURGILEWICZ

- Etyka prawnicza w Polsce w XXI wieku 110

BARTŁOMIEJ RASAŁA

- Podsumowanie problemów związanych z wykładnią znamienia „znacznej ilości” na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii 130

PIOTR SADOWSKI

- Status społeczno-prawny kucharza w republice i cesarstwie rzymskim 146

JUSTYNA SKWIROWSKA

- Schematy podatkowe a tajemnica zawodowa wybranych zawodów zaufania publicznego ... 165

MILAN SUDZINA

- Neodkladné opatrenia podľa civilného sporového poriadku 177

ARKADIUSZ P. SZAJNA	
Kradzież tzw. plastikowego pieniądza – rozważania nad pojęciem karty płatniczej i jej kradzieżą	190
MARIUSZ WIERZBOWSKI	
Tajemnica bankowa i jej ograniczenia	202
ADAM WRÓBEL	
Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w.)	216
IZABELA WYSOCKA	
Istota tajemnicy ubezpieczeniowej ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności za jej naruszenie	227
AGATA ZIOBRŃ	
Odpowiedzialność karna nieletnich w kontekście neuroprawa (<i>neurolaw</i>) – zagadnienia wybrane	241
AFILIACJE	251

CONTENTS

NATALIA BANACH

- Attorney-client privilege as an element of implementing the right to a fair judicial process and the right to respect correspondence 7

DANIEL BARCZAK

- Development of notarial secrecy protection with particular emphasis on its criminal procedural aspects. Outline of issues 22

MARCIN BURDZIK

- Good Samaritan Clause, a new justification in relation to the counter-COVID-19 35

DOROTA KAMUDA

- Economic fraud crime under art. 297 of the Penal Code threat to the security of business transactions 52

MICHAŁ LEWANDOWSKI

- Stanisław Kryński – contribution to the biography 67

ELŻBIETA LOSKA

- How to avoid conviction in a Roman criminal trial? – some practical advice 81

ANDRZEJ NOWAK

- „Threatened severe punishment” as an independent basis for pre-trial detention after the amendment of Art. 258 of the Code of Criminal Procedure 91

PAULINA PRAWDZIK

- Aspects of the sworn translator’s professional secrecy 100

KATARZYNA PURC-KUROWICKA, BŁAŻEJ JURGILEWICZ

- Legal ethics in Poland in the 21st Century 110

BARTŁOMIEJ RASAŁA

- Summary of problems related to the interpretation of the term “significant number” under the Act on Counteracting Drug Addiction 130

PIOTR SADOWSKI

- Social-legal status of cook in the Roman Republic and Empire 146

JUSTYNA SKWIROWSKA

- The problem of Polish implementation of MDR in the case of professional secrecy 165

MILAN SUDZINA

- Interim measures under the Civil Litigation Code 177

ARKADIUSZ P. SZAJNA	
Theft of „plastic money” – reflecting on the concept of a payment card and its theft	190
MARIUSZ WIERZBOWSKI	
Banking secret and its limitations	202
ADAM WRÓBEL	
Indecent excess (Art. 140 of the Offence Code)	216
IZABELA WYSOCKA	
The essence of insurance secrecy with particular regard to liability for its breach	227
AGATA ZIOBRÓN	
Juvenile criminal responsibility in the context of neurolaw	241
AFFILIATIONS	251

Natalia Banach

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-8179-9760

**TAJEMNICA ADWOKACKA JAKO ELEMENT REALIZACJI
PRAWA DO SPRAWIEDLIWEGO PROCESU SĄDOWEGO
ORAZ PRAWA DO POSZANOWANIA KORESPONDENCJI****Wprowadzenie**

Problematyka zwolnienia z tajemnicy zawodowej adwokata oraz charakter tej tajemnicy zawodowej jest szeroko poruszany zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w doktrynie. Aby dokonać dalszych analiz tej tematyki, niezbędne jest dokonanie wykładni przepisów ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o advokaturze¹, zapisów Kodeksu Etyki Adwokackiej z dnia 14 grudnia 2011 r.², Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³, a także gwarancji zapisanych w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.⁴ Wykładnia przepisów będzie dokonywana w zestawieniu z orzecznictwem polskich sądów powszechnych i orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Przedstawiony zostanie też pogląd Biura Rzecznika Praw Obywatelskich. Zważywszy, iż tajemnica zawodowa adwokatów jest nieodłącznym elementem wymiaru sprawiedliwości, błędne byłoby pominięcie ogólnie przyjętych norm moralnych społeczeństwa w odniesieniu do procesowej roli adwokata. W opracowaniu postawiono hipotezę, iż zachowanie tajemnicy zawodowej adwokatów jest częścią realizacji prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do poszanowania życia prywatnego.

Nakreślona powyżej hipoteza skłania do postawienia kolejnych pytań badawczych. W pierwszej kolejności należało odpowiedzieć na pytanie, czym jest i jaką funkcję posiada tajemnica zawodowa adwokatów w samej działalności adwokackiej. Następnie trzeba było podjąć próbę określenia, w jakich przypadkach i na jakich zasadach można zwalniać adwokatów z tajemnicy zawodowej

¹ Dz.U. 2019, poz. 1513, dalej: p.o.a.

² Adwok.2011.12.14, dalej: kodeks etyki.

³ Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483, dalej: Konstytucja RP.

⁴ Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284, dalej: Konwencja.

i czy w określonej sytuacji naruszenie tajemnicy nie jest naruszeniem praw osób korzystających z pomocy prawnej. W dalszej kolejności trzeba było odpowiedzieć na pytania związane z poglądem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym ochrony prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do poszanowania życia prywatnego poprzez zapewnienie przez odpowiednie instrumenty wymiaru sprawiedliwości bezpieczeństwa zachowania tajemnicy zawodowej adwokata.

Tajemnica zawodowa adwokatów w polskim systemie prawnym

Aby przejść do dalszych rozważań, niezbędna jest charakterystyka tajemnicy zawodowej adwokatów wynikająca z polskiego porządku prawnego. Tajemnica adwokacka, jak stanowi art. 6 p.o.a., to obowiązek nałożony na każdego adwokata zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego się dowiedział w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania w tajemnicy faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej⁵. Kodeks etyki nakłada ponadto obowiązek zabezpieczenia przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem nośników, na których umieszczone są informacje objęte tajemnicą⁶. Jednak w art. 180 k.p.k. zostaje określona zasada odbiegająca od charakteru tajemnicy zawodowej wynikającej z powyższych aktów prawnych. Mianowicie na postanowienie sądu dopuszczalne jest przesłuchanie adwokata co do faktów objętych tą tajemnicą w momencie, kiedy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu⁷. W doktrynie oraz w literaturze przedmiotu wyłaniają się dwa poglądy komentujące daną rozbieżność regulacji. Pierwszy pogląd określa art. 180 § 2 k.p.k. jako *lex specialis* do reguł wynikających z ustawy p.o.a.⁸ Drugi, pośrednio związany z pierwszym, wskazuje na znaczne ograniczenie znaczenia tajemnicy adwokackiej poprzez zastosowanie art. 180 § 2 k.p.k.⁹ Słuszne staje się więc stwierdzenie, iż istnieje szansa na niewłaściwe zastosowa-

⁵ Art. 6 p.o.a.: 1. Adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. 3. Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

⁶ § 19 kodeks etyki: 1. Adwokat zobowiązany jest zachować w tajemnicy oraz zabezpieczyć przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem wszystko, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. 2. Znajdujące się w aktach adwokackich materiały objęte są tajemnicą adwokacką. 3. Tajemnicą objęte są nadto wszystkie wiadomości, notatki i dokumenty dotyczące sprawy uzyskane od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują.

⁷ Art. 180 § 2 k.p.k.

⁸ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 12 października 2015 r., sygn. II AKz 348/15, Lex nr 1997433.

⁹ D. Dudek, *Konstytucja i tajemnica adwokacka*, „Palestra” 2019, nr 7–8, s. 29.

nie przesłanek dotyczącej zwolnienia adwokatów z tajemnicy zawodowej, co może skutkować bezpośrednim naruszeniem praw wynikających z art. 6 oraz art. 8 Konwencji oraz gwarancji konstytucyjnych.

Aby przejść do dalszych analiz, istotnym elementem jest kompleksowe spojrzenie na tajemnicę zawodową adwokatów i jej ochronę pod kątem dwóch podejść opisanych w literaturze. Mianowicie podejście utilitarne do definicji pozwala podkreślić jej szczególne znaczenie przy zachowaniu gwarancji procesowych¹⁰ oraz ważności instrumentów jej ochrony zapewnionych prawem. Ł. Chojniak wskazuje, iż to ujęcie utilitarne „pozwała spojrzeć się krytycznie na zakres przedmiotowy tajemnicy adwokackiej, a przez to na instrumenty prawne służące jej ochronie”¹¹. Tutaj też należy wspomnieć, iż korporacja zawodowa adwokatów określa zachowanie tajemnicy zawodowej jako obowiązek etyczno-prawny każdego przedstawiciela zawodu, obowiązek o bezwzględnym, nieograniczonym w czasie charakterze.

Natomiast podejście aksjologiczne ujmując tajemnicę jako instytucję służącą ochronie określonych wartości indywidualnych i publicznych przed zagrożeniami lub naruszeniami wynikającymi z ujawnienia informacji podlegającej tajemnicy. Aksjologiczne podejście stawia tajemnicę u podstaw prawidłowego funkcjonowania zawodu adwokata, zaraz obok niezależności oraz zaufania¹². Podkreśla istotę relacji adwokata z klientem, która jest podstawą codziennej pracy.

Kompleksowe spojrzenie na tajemnicę zawodową pozwala dostrzec, iż wartości wynikające z aksjologicznego podejścia do tajemnicy zawodowej są punktem wyjścia dla procesów normatywnych, w tym wewnętrznych procesów normatywnych korporacji adwokackiej. Ten aksjologiczny aspekt powinien nadawać tempo respektowaniu tej tajemnicy przez inne komponenty wymiaru sprawiedliwości, w tym stawiać jasne granice instrumentami mającymi na celu jej ochronę.

Istotną kwestią jest rola społeczna wpisana w zawód adwokata. Z. Czeszejko-Sochacki pisze: „nasza etyka adwokacka nie jest niczym innym, jak przeniesienie ogólnych zasad etycznych i zasad moralności na użytek tego zawodu. Nie jest to jednak mechaniczne przeniesienie, lecz wykorzystanie ogólnych zasad postępowania i współżycia, obowiązujących w naszym społeczeństwie, do rozwiązania tych zawodowych problemów, które rodzą się podczas wykonywania zawodu. Nasza etyka wzbogaca etykę ogólną, konkretyzuje ją w praktycznym działaniu”¹³. Można wywnioskować, iż obowiązek zachowania tajemnicy staje się w oczach klienta naturalnym i niezachwianym elementem relacji adwokat–

¹⁰ W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 15.

¹¹ Ł. Chojniak, *Ochrona informacji objętych tajemnicą adwokacką w toku postępowania karnego*, „Palestra” 2019, nr 7–8, s. 142.

¹² P. Kardas, *O sposobach rozwiązywania kolizji norm i konfliktu dóbr w związku z tajemnicą adwokacką – tajemnica adwokacka w kontekście kolizji norm oraz konfliktu wartości*, „Palestra” 2019, nr 7–8, s. 118.

¹³ Z. Czeszejko-Sochacki, *Etyka adwokacka jako narzędzie kształtowania postaw adwokatów*, „Palestra” 1975, nr 5–6, s. 9.

klient, jak i nieodłącznym elementem zapewniającym poczucie sprawiedliwości podczas postępowania sądowego. Ponadto normy etyczne odpowiadające regulacjom tajemnicy zawodowej nadają odpowiedni ton kontaktom nie tylko między adwokatem a klientem, ale również pomiędzy stronami konfliktu, usprawniając tym samym funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Społecznie adwokat postrzegany jest jako profesjonalna, niezależna część systemu ochrony praw. Wartości te wpływają na efektywność działania. Stają się elementami funkcjonowania adwokatury służącymi realizacji prawa do sądu. Obywatel dochodzący swoich praw lub wolności musi mieć gwarancję, że pełnomocnik lub obrońca, który prowadzi jego sprawę lub udziela porady prawnej, będzie posiadał możliwość pozwalającą dostatecznie zabezpieczyć jego interesy.

W orzecznictwie wskazywano, że ściganie przestępstw jest wykonywane w interesie społecznym i na każdej osobie wezwanej w tym charakterze co do zasady spoczywa obowiązek złożenia zeznania w charakterze świadka. Jednak od tej zasady przewidziane są wyjątki, w tym m.in. bezwarunkowa tajemnica obrończa oraz adwokacka tajemnica zawodowa. Doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k., w tym zawodu adwokata, sprawia, że decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Zaufanie klienta do adwokata, warunkujące prawidłowe wykonywanie zadań adwokatury, jest wielką wartością, której naruszenie stanowi cenę za osiągnięcie sprawiedliwości, której bez tego by się nie osiągnęło¹⁴. Naruszenie tego zaufania wymaga dostatecznie poważnych powodów. Odmienne stosowanie przepisu art. 180 § 2 k.p.k. prowadziłoby do utrudnienia prawidłowego wykonywania zawodu zgodnie z zasadami adwokatury. Współpraca z klientem opiera się na zaufaniu dotyczącym przestrzegania przez pełnomocnika zasad etyki zawodowej, ale i pewności, że zachowa on w tajemnicy wszystkie przekazane mu informacje, które zazwyczaj mają charakter poufny i istotny życiowo.

Na tle powyższego można zadać pytanie, czy problem leży w wadliwym uregulowaniu prawnym kwestii tajemnicy adwokackiej, czy też w naruszaniu prawidłowo ustanowionego standardu?

Możliwość zwolnienia z tajemnicy zawodowej przedstawicieli adwokatury

Ustawodawca określił przesłankę zwolnienia adwokata przez sąd z jego tajemnicy zawodowej w art. 180 § 2 k.p.k. Z tego przepisu wynika, iż adwokat może zostać przesłuchany co do faktów objętych tą tajemnicą „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Dzięki regulacjom tego artykułu od 2017 r.

¹⁴ Postanowienie SA w Krakowie, sygn. II AKz 64/09, OSA 2012, nr 10, s. 15–27.

można zaobserwować tendencję wzrastającą przypadków oraz prób zwolnienia z tajemnicy zawodowej. Mianowicie jest coraz więcej przypadków dotyczących przeszukiwania adwokatów, ich kancelarii, mieszkań, komputerów, akt czy notatek. Odnotowano również wzrost liczby wezwań adwokatów w charakterze świadków w postępowaniach sądowych w porównaniu do lat wcześniejszych¹⁵.

W tym miejscu narastają wątpliwości odnośnie do interpretacji tego, co jest niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości, jak również możliwości pozyskania przez organy innego dowodu, na podstawie których można dochodzić prawdy. W opracowaniach dotyczących art. 180 § 2 k.p.k. interpretuje się ten zapis jako instrument zapewniający odpowiedni poziom dobra publicznego w celu zapewnienia dobra jednostki (podejrzanego czy też oskarżonego). Powoduje to nieustającą kolizję tychże wartości. P. Kardas tłumaczy to zjawisko jako dominującym w aktualnej filozofii społecznej i politycznej dotyczącej stosowania prawa karnego. Innymi słowy wskazuje, że jest to podejście kolektywne, które skupia się na dominacji interesu ogólnego nad interesem jednostki, a tajemnicy adwokackiej nadaje charakter przeszkody na drodze do realizacji przyjmowanych celów społecznych¹⁶. Jednak biorąc pod uwagę gwarancje konstytucyjne oraz charakter społeczny zawodu adwokata, tajemnica zawodowa jest nieodłączną częścią realizacji prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do poszanowania życia prywatnego i należy przyjąć bardziej liberalne podejście skupiające się na ochronie praw i wolności jednostki¹⁷.

Z przepisu art. 180 § 2 k.p.k. wynika, że zwolnienie z tajemnicy adwokackiej musi nastąpić przy kumulatywnym spełnieniu dwóch przesłanek, tj. gdy przesłuchanie świadka co do faktów objętych tajemnicą ma nie tylko istotne znaczenie dla wyjaśnienia okoliczności sprawy, ale jest również niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a także gdy okoliczności, których ma dotyczyć to przesłuchanie, nie mogą zostać ustalone na podstawie innych dowodów. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem w tym zakresie należy starannie rozważyć okoliczności konkretnej sprawy i podejmować decyzje o zwolnieniu adwokata od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tą tajemnicą – i to właśnie przez adwokata – jest rzeczywiście nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego wyrokowania, bo brak jest w tym przedmiocie innych dowodów w sprawie¹⁸.

¹⁵ W całym 2017 r. zanotowano w Izbie Adwokackiej w Warszawie 66 przypadków próby zwolnienia adwokatów z tajemnicy, a do 8 maja 2018 r. – 16 takich przypadków. M. Pietrzak, A. Krysztofowicz, *Wsparcie adwokata w procedurze zwolnienia z tajemnicy adwokackiej przez radę adwokacką. Mechanizmy i dobre praktyki wypracowane przez ORA Warszawa* [w:] *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy 2019 r.*, s. 65.

¹⁶ P. Kardas, *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa. (Kilka uwag o praktyce sądów w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym)* [w:] *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy 2019 r.*, s. 18–19.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 4 marca 2009 r., sygn. II AKz 151/09.

Prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do poszanowania życia prywatnego na tle tajemnicy adwokackiej

W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do poszanowania życia prywatnego, wynikające zarówno z Konstytucji RP, jak i Konwencji, posiada aspekt materialny i proceduralny¹⁹.

Na przykładzie art. 45 Konstytucji RP: „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd” można wywnioskować, iż aspekt materialny polega na zapewnieniu przez władze publiczne warunków wypełniających przesłanki powyższej gwarancji, co ma odzwierciedlenie w art. 31 oraz 41 Konstytucji RP, oczywiście z zachowaniem wyjątków przewidzianych przez ustawę, np. w przypadku wyłączenia jawności postępowania. Natomiast aspekt proceduralny polega na zapewnianiu możliwości dochodzenia materialnej części tego prawa w sytuacji, kiedy ta zostanie naruszona²⁰. Należy zgodzić się, iż w sytuacji, w której nie ma zapewnionych odpowiednich i skutecznych instrumentów oraz procedur zapewniających wyegzekwowanie prawidłowego stanu rzeczy, wynikający z przepisu aspekt materialny tego prawa jest zupełnie bezskuteczny.

M. Pietrzak również podkreśla elementy niezbędne do realizacji proceduralnego aspektu praw. Mianowicie konieczne jest istnienie niezależnego wymiaru sprawiedliwości. Biorąc pod uwagę przepis art. 6 Konwencji²¹ oraz gwarancje

¹⁹ M. Pietrzak, *Tajemnica adwokacka jako fundamentalny element systemu ochrony praw i wolności*, „Palestra” 2019, nr 7–8, s. 90.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Art. 6 [Prawo do rzetelnego procesu sądowego]: 1. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości. 2. Każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą. 3. Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: a) niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia; b) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony; c) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości; d) przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia; e) korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie.

konstytucyjne, sąd powinien być niezawisły i bezstronny, ustanowiony przez ustawę, rozpatrywać sprawy sprawiedliwie i publicznie w rozsądnym terminie. W uzupełnieniu do powyższego należy zaznaczyć, że konieczny jest też dostęp do profesjonalnej pomocy prawnej. Bez pełnomocnika czy obrońcy nie mamy realizacji prawa dostępu do rzetelnego procesu. Państwo nie może wymagać od obywateli specjalistycznej wiedzy prawniczej, która ułatwi im należyłą ochronę swoich interesów. Tym samym należy podkreślić istotę aspektu społecznego tajemnicy adwokackiej.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego oraz Biura Rzecznika Praw Obywatelskich

Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich 3 lutego 2004 r. zgłosiło swój udział w postępowaniu w sprawie połączonych skarg wnoszących o stwierdzenie niezgodności art. 180 § 2 k.p.k. z art. 2, art. 17, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 49 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji RP²². W piśmie Rzecznik stwierdził też niezgodność tego artykułu w zakresie, w jakim zezwala na zwolnienie radców prawnych z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, z zasadami demokratycznego państwa prawa urzeczywistniającymi zasady sprawiedliwości społecznej²³, co w konsekwencji narusza prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy²⁴.

W uzasadnieniu swego stanowiska Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że istnienie niezależnego od organów władzy publicznej systemu świadczeń pomocy prawnej jest wymogiem demokratycznego państwa prawa. Dlatego poszukujący pomocy powinien mieć możliwość w sposób nieskrępowany przekazywać informacje o własnej sytuacji faktycznej i prawnej osobie udzielającej pomocy. Ochrona tajemnicy informacji uzyskanej od osoby zwracającej się o pomoc prawną wynika z zasady państwa prawnego. Dodatkowo instytucjonalną gwarancję świadczenia pomocy prawnej przynosi art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, który przewiduje możliwość tworzenia samorządów zawodowych osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Zdaniem Rzecznika ochrona tajemnicy wynika również z prawa do obrony wyrażonego w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, gdyż zakresu tego przepisu nie można ograniczać do tzw. tajemnicy obrońcy w postępowaniu karnym; przeciwnie – ochrona poufności powinna obejmować także konsultacje i porady prawne u osób niewystępujących w postępowaniu jako obrońcy. Wskazał, że również skuteczne korzystanie z prawa do sądu i do zaskarżania orzeczeń wydanych w I instancji (art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji RP) wymaga gwarancji poufności informacji przekazywanych udzielającemu porady

²² Wyrok TK, sygn. SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107, Lex nr 133768.

²³ Art. 2 Konstytucja RP.

²⁴ Art. 45 Konstytucja RP.

prawnej czy pełnomocnikowi strony w postępowaniu. W świetle art. 49 Konstytucji RP prawo do ochrony poufności jest zarówno prawem podmiotowym osoby świadczącej pomoc prawną, jak i jej klienta. Dlatego zdaniem Rzecznika udzielanie pomocy prawnej przez radcę prawnego w ramach wykonywania zawodu zaufania publicznego objęte jest wzmocnionymi gwarancjami konstytucyjnymi jako forma zinstytucjonalizowanego systemu pomocy prawnej.

Przechodząc do analizy art. 180 § 2 k.p.k., należy nadmienić, że w piśmie zgłaszającym swój udział w postępowaniu Rzecznik zwrócił uwagę na wyjątkowy charakter tego przepisu. Jego treść podyktowana jest celami postępowania karnego, tj. ustaleniem prawdy materialnej i wydaniem prawidłowego orzeczenia. Przepis ten służy zatem prawidłowej realizacji konstytucyjnego prawa do sądu, może też służyć ochronie osoby oskarżonej. Tajemnica zawodowa osoby udzielającej pomocy prawnej nie została ustanowiona w interesie tejże osoby, lecz w interesie osoby poszukującej pomocy prawnej, a pośrednio – w interesie wymiaru sprawiedliwości. W konsekwencji Rzecznik przyznał, że istnieje konstytucyjne uzasadnienie wyjątku wprowadzonego w art. 180 § 2 k.p.k. Jednak o niezgodności z Konstytucją art. 180 § 2 k.p.k. decydują kryteria dopuszczalności uchylecia tajemnicy zawodowej. Nie spełniają one warunku dostatecznej określoności. Zarzut ten dotyczy zwłaszcza pierwszego kryterium, a mianowicie dobra wymiaru sprawiedliwości, dla którego przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą zawodową ma się okazać niezbędne. Zdaniem Rzecznika sformułowanie to nie daje żadnych wskazań co do sposobu rozwiązania kolizji dwóch konstytucyjnych wartości: celów postępowania karnego i tajemnicy radcowskiej. W ocenie Rzecznika nie można przyjąć, że dążenie do realizacji celów prawa karnego zawsze przeważa nad potrzebą ochrony tajemnicy zawodowej.

Rzecznik podkreślił, że zastosowane w art. 180 § 2 k.p.k. kryterium dobra wymiaru sprawiedliwości, będące klauzulą generalną oraz niejednoznaczną, w połączeniu z fakultatywnością zwalniania przez sąd z obowiązku dochowania tajemnicy grozi arbitralnością podejmowanych rozstrzygnięć, które ciężko będzie zweryfikować pod kątem tego kryterium. Jednocześnie, jak podkreślił Rzecznik, drugie z kryteriów wskazanych w art. 180 § 2 k.p.k., choć bardziej jednoznaczne, też nie spełnia wymogów konstytucyjnych. Sama niemożność przeprowadzenia innego dowodu poza przesłuchaniem obrońcy nie jest wystarczająca dla uchylecia tajemnicy zawodowej.

Niestety Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 22 listopada 2004 r.²⁵ stwierdził, iż przepisy regulujące działalność poszczególnych zawodów zaufania publicznego traktują tajemnicę zawodową jako obowiązek ciążyący na przedstawicielach tychże zawodów, nie zaś jako ich prawo. Trybunał dalej uznał, iż wynika to bezpośrednio z przepisów poszczególnych korporacji. W przypadku ad-

²⁵ Wyrok TK, sygn. SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107, Lex nr 133768.

wokatury zgodnie z art. 6 ustawy o adwokaturze „adwokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej” (ust. 1), a ponadto „adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę” (ust. 3). Trybunał uznał również, iż prawo do prywatności i poufności udzielonych informacji służy ochronie klienta.

Jednak tym samym powstaje problem wartości w momencie, kiedy to adwokat staje przed obowiązkiem zachowania tajemnicy i zabezpieczenia tym samym dobra klienta i obowiązkiem złożenia zeznań, co Trybunał Konstytucyjny utożsamia z dobrem wymiaru sprawiedliwości. Tutaj Trybunał wskazał, iż przewidziane przez ustawodawcę przesłanki zwolnienia z tajemnicy mają na celu dobro interesu ogólnego, a w momencie konfliktu priorytet należy nadać właśnie wartości dobra wymiaru sprawiedliwości.

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny zwrócił się w kierunku praktyki stosowania art. 180 § 2 k.p.k. zwracając uwagę, iż przy wnioskowaniu o zwolnienie z tajemnicy zawodowej ważne jest nie tylko spełnienie przesłanek, ale również przekonanie sądu, iż okoliczności, na które chcemy przesłuchać adwokata (radcę prawnego), ma znaczenie dla ustalenia prawdy materialnej o popełnionym czynie i jego sprawcy.

Tendencja polskich sądów powszechnych w zakresie uchylenia tajemnicy zawodowej adwokatów

Sąd Rejonowy w Katowicach postanowieniem z dnia 28 listopada 2017 r.²⁶ na wniosek prokuratora zwolnił adwokata z tajemnicy adwokackiej celem jego przesłuchania co do okoliczności dotyczących przedłożenia mu dokumentu, nakazując tym samym dobrowolne jego wydanie w postaci oryginału mogącego stanowić dowód w sprawie²⁷. Sąd argumentował, iż pozyskanie powyższego dokumentu, i to w formie oryginału, jest niezbędne do ustalenia okoliczności dotyczących fałszerstwa podpisu, bowiem jedynie wtedy powołany ewentualnie w sprawie biegły z zakresu pisma ręcznego będzie w stanie ocenić autentyczność podpisów znajdujących się w stopce tego dokumentu.

Sąd odniósł się w postanowieniu do wartości „dobra wymiaru sprawiedliwości” określonego w art. 180 § 2 k.p.k. Określił, iż jest to sytuacja, w której znaczenie będzie odgrywał społeczny interes w ujawnieniu okoliczności objętych tajemnicą zawodową przewyższający konieczność ochrony wartości, które leżą

²⁶ Postanowienie z uzasadnieniem SR Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 28 listopada r., sygn. III Kp 440/17.

²⁷ Była to umowa cesji przelewu wierzytelności podpisana w obecności notariusza.

u źródeł bezwzględne go charakteru tajemnicy radcowskiej²⁸. Jednak Sąd dalej podkreśla, że nie powinno się z góry przyjmować „dobra wymiaru sprawiedliwości” jako wartości nadrzędnej nad ochroną tajemnicy zawodowej, ponieważ ta leży również w interesie społecznym i w interesie samego wymiaru sprawiedliwości. Pomimo tak przedstawionej argumentacji Sąd zdecydował na przychylnie rozpatrzenie wniosku o zwolnienie adwokata z tajemnicy zawodowej, nie widząc innych możliwości dowodowych sprawdzających autentyczność podpisów.

W tym miejscu należy przywołać kolejne orzeczenie Sądu Apelacyjnego²⁹, który rozpatrywał zaskarżone przez adwokata postanowienie. Orzekający na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. Sąd Okręgowy postanowił zwolnić adwokata z zachowania tajemnicy adwokackiej celem jego przesłuchania w charakterze świadka na okoliczności dotyczące zasad sporządzania dokumentów dla klienta podczas pełnienia pomocy prawnej oraz zasad współpracy z klientem, w tym opisanie wykonywanych czynności dotyczących zawarcia umów przez klienta, czynności, jakie mogła wykonywać osoba trzecia dla klienta, jak również charakteru współpracy z poszczególnymi osobami pracującymi dla klienta.

Skarżący adwokat wskazał, że zakres okoliczności objętych zwolnieniem powinien być oznaczony dokładnie, a zwolnienie z tajemnicy adwokackiej musi nastąpić przy kumulatywnym spełnieniu dwóch przesłanek, tj. gdy przesłuchanie świadka co do faktów objętych tajemnicą ma nie tylko istotne znaczenie dla wyjaśnienia okoliczności sprawy, lecz jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a także gdy okoliczności, których ma dotyczyć przesłuchanie, nie mogą zostać ustalone na podstawie innych dowodów. Skarżący określił, że powyższe zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej skutkuje tym, że zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy adwokat występowałby w roli konsultanta prokuratury, co w jego odczuciu mija się ze społecznym charakterem zawodu zaufania publicznego, jakim jest adwokat.

W tym przypadku Sąd Najwyższy poczynił rozważania w temacie przedmiotowego aspektu tajemnicy. Argumentował, iż zakres zwolnienia z tajemnicy odwołuje się do umocowania/ umocowań do świadczenia usługi prawnej przez adwokata, które mają charakter jawny. W wątpliwość podał zasadność powoływania się na ochronę wynikającą z tajemnicy adwokackiej w przypadku ochrony informacji dotyczących zasad współpracy z klientem. Podobnie argumentował pozostałe punkty dotyczące zwolnienia z tajemnicy. Przez mało precyzyjne określenie punktów we wniosku może dojść do sytuacji, iż podczas przesłuchania adwokata mogą paść pytanie przekraczające „jawność” wynikającą z umocowania.

²⁸ Tajemnicy adwokackiej – w tym miejscu należy przyjąć omyłkę pisarską Sądu, ponieważ sprawa dotyczy zwolnienia z tajemnicy zawodowej adwokata.

²⁹ Postanowienie z uzasadnieniem SA w Krakowie z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. II AKz 432/17.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na trudność polskich sądów powszechnych przy określaniu znaczenia przesłanki dotyczącej „dobra wymiaru sprawiedliwości”. Kształtują się dwa poglądy dotyczące interpretacji. „Docenienie wielkiej rangi tej tajemnicy zawodowej i jej miejsca w organizacji życia społecznego jest nieodłącznym elementem całego systemu ochrony prawnej oraz warunkiem *sine qua non* prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w demokratycznym państwie prawnym (...), zaś z tego powodu należyte respektowanie tej tajemnicy leży także w dobrze pojętym interesie publicznym”³⁰, co umiejscawia zachowanie tajemnicy zawodowej w ramach „dobra wymiaru sprawiedliwości”. Powyższe przykłady określają jedynie niepokojącą tendencję zwalniania z tajemnicy zawodowej profesjonalnych pełnomocników.

Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich orzeczeniach podkreśla tajemnicę zawodową jako niezbędny element ochrony praw człowieka. Akcentuje również, iż zachowanie w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedział się adwokat w związku z udzielaniem pomocy prawnej, wynika z gwarancji wynikających z art. 8 Konwencji³¹. W sprawie *Laurent vs. Francji* Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 24 maja 2018 r.³² stwierdził, iż przejęcie przez policjanta w holu sądowym dokumentów, które obrońca chciał przekazać swoim klientom, stanowiło naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. Skargę do Trybunału wniósł francuski adwokat, który w roli obrońcy z urzędu prowadził sprawę dwóch klientów oskarżonych o popełnienie przestępstwa. Po przeprowadzeniu posiedzenia skarżący ubrany w togę oczekiwał na korytarzu na swoich klientów w celu przekazania każdemu z nich odręcznie sporządzonej notatki zawierającej jego dane kontaktowe. Eskortujący aresztowanych policjant przejął te dokumenty i sprawdził ich treść, zanim przekazał je klientom skarżącego.

Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji oraz przypomniał, że chroni poufność komunikacji bez względu na jej treść i formę, nawet jeżeli jej odbiorca

³⁰ Postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. II AKz 330/13, OSASz 2014, nr 2, poz. 37.

³¹ 1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

³² Prawo do poszanowania korespondencji. Przejęcie notatki przekazanej przez adwokata pozbawionemu wolności klientowi, przewożonemu pod eskortą policyjną, *Laurent vs. Francja* – wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, sygn. 28798/13, Lex nr 2491425.

jest pozbawiony wolności. Tym samym sporządzona odręcznie notatka wręczona przez adwokata swojemu klientowi jest chroniona jako korespondencja w rozumieniu tego art. 8.

Powyższe orzeczenie jest w pełni zgodne z porządkiem prawnym dotyczącym tajemnicy zawodowej adwokatów w Polsce. Trzeba w tym miejscu wskazać na rozróżnienie pomiędzy tajemnicą adwokacką a tajemnicą obrończą. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału korespondencja pomiędzy prawnikiem a klientem jest poufna i podlega ochronie, lecz nie jest to jednak ochrona bezwzględna. W wyjątkowych przypadkach, gdy zaistnieje uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia prawa w drodze takiej korespondencji i gdy naruszenia tego nie da się wykryć w inny sposób niż poprzez zapoznanie się z treścią korespondencji, na mocy decyzji sądowej treść tej korespondencji może zostać ujawniona³³. Jednak p.o.a. gwarantuje bezwzględną ochronę tajemnicy. Zdaje się tym samym uniemożliwiać zwolnienie adwokata z tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę, tym samym uniemożliwia zatrzymanie przez organy ścigania dokumentacji objętej tajemnicą. Zważywszy na szczególną rolę profesjonalnych pełnomocników prawnych jako zawodowych obrońców w systemie karnego wymiaru sprawiedliwości, niezbędną dla pełnej realizacji zasad rzetelnego procesu, uregulowanie takie należy uznać za zgodne z konwencyjnymi standardami ochrony praw podstawowych.

W 2012 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił wyjątkową rolę adwokata w aspekcie społecznym. W orzeczeniu wskazano, że „adwokatom została przypisana zasadnicza rola w demokratycznym społeczeństwie, to jest rola obrony stron procesowych. Adwokaci nie mogą jednak wywiązać się z tego podstawowego zadania, jeżeli nie mogą zagwarantować osobom, których bronią, poufności wzajemnej komunikacji. Chodzi tu o relację zaufania pomiędzy adwokatami a klientami, która jest niezbędna dla wypełnienia wskazanej misji. Ta dodatkowa ochrona przyznawane przez art. 8 stosunkom między adwokatami a klientami oraz ich podstawom (...) tajemnica adwokacka jest szczególnie chroniona przez ten artykuł”³⁴. Artykuł 45 Konstytucji RP, podobnie jak art. 8 Konwencji, umiejscawia tajemnicę adwokacką w proceduralnych ramach prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Adwokat zwolniony z tego obowiązku nie posiada odpowiednich instrumentów do zapewnienia obrony dla swojego klienta. Co więcej, M.A. Nowicki wskazuje, iż zachowanie tajemnicy jest związane z poszanowaniem prawa klienta do rzetelnego procesu sądowego, w szczególności w zakresie, w jakim obejmuje prawo oskarżonego do wolności od samooskarżania³⁵.

³³ K. Warecka, *Strasburg: odręczna notatka od adwokata do jego klienta to poufna korespondencja, objęta tajemnicą obrończą. Laurent przeciwko Francji – wyrok ETPC z dnia 24 maja 2018 r., skarga nr 28798/13*, Lex/el. 2018.

³⁴ Wyrok ETPC z 6 grudnia 2012 r., Michaud vs. Francja, skarga nr 12323/11.

³⁵ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (lipiec-grudzień 2012 r.)*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 193.

Podsumowanie

Bez wątpienia w polskim porządku prawnym istnieją rozbieżności poglądowe dotyczące zachowania tajemnicy zawodowej i jej przedmiotu. Podsumowując, należy przyjąć, że art. 180 § 2 k.p.k. to *lex specialis* do regulacji zawartych w p.o.a. Jednak biorąc pod uwagę tendencję zwalniania z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej wyłaniającą się w orzecznictwie polskich sądów powszechnych, należy wyszczególnić prawdopodobieństwo naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu sądowego oraz naruszenia tajemnicy korespondencji.

Kompleksowe spojrzenie na istotę tajemnicy pozwala zwrócić się ku stronom postępowania, ponieważ prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do poszanowania życia prywatnego stanowią gwarancję przysługującą każdemu obywatelowi państwa demokratycznego. Tajemnica zawodowa jest nieodzownym element proceduralnej części ochrony tych gwarancji. Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej powinno być możliwe w przypadkach poważnego zagrożenia jednostki. Ustawodawca określa przesłanki zwolnienia adwokata przez sąd z jego tajemnicy zawodowej w art. 180 § 2 k.p.k. Z zapisu wynika, iż adwokat może zostać przesłuchany co do faktów objętych tą tajemnicą „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Jednak w orzecznictwie sądów powszechnych można zauważyć trudność w klasyfikacji sytuacji podlegającej pod przesłankę „dobra wymiaru sprawiedliwości”. Słusznie podkreśla Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, że zastosowane w art. 180 § 2 k.p.k. kryterium dobra wymiaru sprawiedliwości jest klauzulą generalną oraz niejednoznaczną, w połączeniu z fakultatywnością zwalniania przez sąd z obowiązku dochowania tajemnicy grozi arbitralnością podejmowanych rozstrzygnięć. Biorąc pod uwagę aspekt społeczny tajemnicy zawodowej oraz wpływy norm etycznych na ogólne funkcjonowanie zawodowe i wpływ tych norm na procesy normatywne, organy orzekające zawsze powinny mieć na uwadze dobro uczestników postępowania z racji ich „słabszej” pozycji wynikającej z braku specjalistycznej wiedzy prawniczej. Kolejną kwestią jest rozbieżność w definiowaniu przedmiotu tajemnicy adwokackiej. Interesującym stanowiskiem w tym aspekcie jest sprawa prowadzona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (*Laurent vs. Francja*), w której to pod ochronę wynikającą z tajemnicy adwokackiej podciągnięta została odrębnie sporządzona notatka z podstawowymi danymi adwokata. Trybunał jednoznacznie podkreślił, że tajemnica adwokacka chroni poufność komunikacji bez względu na jej treść i formę.

Rolą adwokata w wymiarze sprawiedliwości jest wykorzystanie swojej wiedzy do działania wyłącznie w imię obrony swojego klienta i zapewnienie mu przez to możliwości przystąpienia do sprawiedliwego procesu sądowego, zagwarantowanie mu, iż wszystko, co zostanie przekazane w granicach komunikacji

klient–adwokat, będzie chronione tajemnicą. Do funkcjonowania takiego stanu rzeczy niezbędne jest respektowanie takiego charakteru tajemnicy przez innych uczestników wymiaru sprawiedliwości.

Bibliografia

- Chojniak Ł., *Ochrona informacji objętych tajemnicą adwokacką w toku postępowania karnego*, „Palestra” 2019, nr 7–8.
- Czeszejko- Sochacki Z., *Etyka adwokacka jako narzędzie kształtowania postaw adwokatów*, „Palestra” 1975, nr 5–6.
- Dudek D., *Konstytucja i tajemnica adwokacka*, „Palestra” 2019, nr 7–8.
- Kardas P., *O sposobach rozwiązywania kolizji norm i konfliktu dóbr w związku z tajemnicą adwokacką – tajemnica adwokacka w kontekście kolizji norm oraz konfliktu wartości*, „Palestra” 2019, nr 7–8.
- Kardas P., *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa. (Kilka uwag o praktyce sądów w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym)* [w:] *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy 2019 r.*
- Marchwicki W., *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015.
- Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (lipiec–grudzień 2012 r.)*, „Palestra” 2013, nr 1–2.
- Pietrzak M., „Tajemnica Adwokacka jako fundamentalny element systemu ochrony praw i wolności”, „Palestra” 2019, nr 7–8.
- Warecka K., *Strasburg: odrębna notatka od adwokata do jego klienta to poufna korespondencja, objęta tajemnicą obrończą. Laurent przeciwko Francji – wyrok ETPC z dnia 24 maja 2018 r., skarga nr 28798/13, Lex/el. 2018.*

Streszczenie

Problematyka zwolnienia z tajemnicy zawodowej adwokata oraz charakter tej tajemnicy zawodowej jest szeroko poruszany zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w doktrynie. Aby dokonać analiz tej tematyki, niezbędne było dokonanie wykładni przepisów ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, zapisów Kodeksu Etyki Adwokackiej z dnia 14 grudnia 2011 r., Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., a także gwarancji zapisanych w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. Wykładnia była dokonywana w zestawieniu z orzecznictwem polskich sądów powszechnych i orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Przedstawiono również pogląd Biura Rzecznika Praw Obywatelskich. Zważywszy, iż tajemnica zawodowa adwokatów jest nieodłącznym elementem wymiaru sprawiedliwości, błędne byłoby pominięcie ogólnie przyjętych norm moralnych społeczeństwa w odniesieniu do procesowej roli adwokata. W opracowaniu postawiono hipotezę badawczą, iż zachowanie tajemnicy zawodowej adwokatów jest częścią realizacji prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do poszanowania życia prywatnego. Artykuł miał na celu podkreślenie istoty zachowania tajemnicy adwokackiej przez adwokatów jako nieodłącznego elementu obrony strony postępowania oraz wskazanie rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy polskimi sądami a orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Słowa kluczowe: tajemnica adwokacka, tajemnica zawodowa, adwokatura, prawo do sprawiedliwego procesu, prawo do poszanowania korespondencji, wymiar sprawiedliwości, prawa człowieka, zawód zaufania publicznego

ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE AS AN ELEMENT OF IMPLEMENTING THE RIGHT TO A FAIR JUDICIAL PROCESS AND THE RIGHT TO RESPECT CORRESPONDENCE

Summary

The issue of exemption from the attorney-client privilege and the nature of this attorney-client privilege is widely discussed both in the literature on the subject and in the doctrine. In order to analyze this subject, it was necessary to interpret the provisions of the Law on the Bar Act (26 May 1982), the provisions of the Code of Bar Ethics (23 December 2011) the Constitution of the Republic of Poland (2 April 1997), both guarantees enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Rights of liberty from 1950. The interpretation was made in conjunction with Polish case law common courts and case law of the European Court of Human Rights. This also presents the view of the Polish Ombudsman's Office. Given that the professional secrecy of lawyers is an inseparable element of justice, it would be wrong to omit the generally accepted moral norms of society in relation to the procedural role of a lawyer. The thesis put forward that the professional secrecy of lawyers is part of the implementation of the right to a fair trial and the right to respect for private life. The purpose of the work was to emphasize the essence of lawyers' secrecy as an inseparable element of defense of the parties to the proceedings and to indicate interpretation differences between Polish courts and the case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: lawyer's secret, professional secret, the Bar, the right to a fair trial, the right to respect for correspondence, the administration of justice, human rights, the profession of public trust

Daniel Barczak

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-9978-3388

**KSZTAŁTOWANIE SIĘ OCHRONY TAJEMNICY
NOTARIALNEJ ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM
JEJ KARNOPROCESOWYCH ASPEKTÓW.
ZARYS PROBLEMATYKI**

Wprowadzenie

Do istoty zawodu notariusza należy poufność wykonywanych przezeń czynności oraz zaufanie, jakim jest on obdarzany przez swoich klientów. Obie te kwestie nie są obce również innym zawodom prawniczym wykonywanym w warunkach gospodarki rynkowej, stąd też w zakresie, w jakim rejent występuje w procesie karnym, „współdzieli” on los takich profesjonalistów, jak adwokaci oraz radcowie prawni. Zaufanie obywateli do osób wykonujących zawód notariusza nie byłoby w pełni możliwe, gdyby nie istniało przeświadczenie poparte prawnym obowiązkiem, że depozytariusz tajemnicy notarialnej zachowa jej treść przed osobami trzecimi.

Zgodnie z treścią przepisu art. 79 ustawy – Prawo o notariacie¹ notariusz jest uprawniony do dokonywania m.in. takich czynności, jak sporządzanie aktów notarialnych, aktów poświadczenia dziedziczenia, ma prawo do podejmowania czynności dotyczących europejskiego poświadczenia spadkowego, sporządzania poświadczeń, spisywania protokołów, sporządzania protestów weksli czeków, przyjmuje na przechowanie pieniądze, papiery wartościowe, dokumenty.

Poza czynnościami notarialnymi określonymi w p.n. notariusz sporządza także czynności wynikające z przepisów odrębnych. Ponadto warto zwrócić uwagę, że na podstawie przepisu art. 2 § 2 p.n. czynności notarialne dokonane przez notariusza zgodnie z prawem mają charakter dokumentu urzędowego, tak więc państwo scedowało na rejentów część własnych uprawnień. W związku z tym, jak też biorąc pod uwagę wielość i delikatną materię czynności, do jakich jest uprawniony notariusz, respektowanie i ochrona tajemnicy notarialnej są tak istot-

¹ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. 2020, poz. 1192), dalej: p.n.

ne. Tajemnica notarialna, jak też inne rodzaje tajemnic zawodowych korelują z pojęciem prawa do prywatności, wszak zawierają informacje, które są niejako „strzeżone” przez osoby będące ich dysponentami przed ich ujawnieniem. Prywatność człowieka z kolei wiąże się z jego godnością, dlatego też przy naruszaniu tej sfery powinna obowiązywać zasada proporcjonalności, aby obie te wartości nie były zagrożone². Prawo do prywatności i zakresowo mieszcząca się w tym pojęciu tajemnica notarialna nie przysługuje notariuszom, tylko ich klientom, zaś notariusz jest obowiązany do jego respektowania³.

Pojęcie tajemnicy notarialnej

Definiując zagadnienie tajemnicy zawodowej, w tym tajemnicy notarialnej, należy podkreślić, że determinantem, który ją wyznacza, jest niejawnosc, tak więc o tajemnicy można mówić tylko wtedy, gdy z treścią określonej informacji może zapoznać się ograniczony krąg osób, zaś informacje znane powszechnemu gronu osób, pozbawione przymiotu niejawnosci, nie mogą być uznane za treści objęte zawodową dyskrecją⁴.

Przepis art. 18 p.n. określa zakres dyskrecji notarialnej, wskazując w § 1, że notariusz jest obowiązany zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na wykonywane czynności notarialne. Jak zauważa A. Oleszko, użyty w tym przepisie zwrot „okoliczności sprawy” nie ogranicza się tylko do wiadomości bezpośrednio związanych z czynnością notarialną, lecz dotyczy także prywatności stron czynności⁵.

Warto nadmienić, co wynika z treści § 2 przepisu, że choć tajemnica notarialna aktualizuje się wobec czynnego zawodowo notariusza w związku z dokonaną przezeń czynnością notarialną, to nie przestaje go ona wiązać, gdy ten odejdzie z zawodu lub zostanie z niego usunięty. Obowiązek zachowania tajemnicy notarialnej trwa również po odwołaniu notariusza z zawodu. Zgodnie z treścią przepisu art. 16 § 1 pkt 1–6 p.n. Minister Sprawiedliwości odwołuje notariusza, jeżeli ten zrezygnował z prowadzenia kancelarii, z powodu choroby lub ułomności został uznany orzeczeniem lekarza orzecznika ZUS za trwale niezdolnego do pełnienia obowiązków notariusza lub bez uzasadnionej przyczyny odmówił poddania się ocenie niezdolności do pracy mimo zalecenia rady właściwej izby notarialnej. Notariusz zostaje także odwołany po ukończeniu 70. roku życia. Rejent może zo-

² Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, Lex nr 181611.

³ C.P. Kłak, *Ochrona tajemnicy notarialnej w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1, s. 30; A. Oleszko, komentarz do art. 18, teza 2 [w:] *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. I: *Ustrój notariatu*, WK 2016, .

⁴ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Kraków 2007, s. 16.

⁵ A. Oleszko komentarz do art. 18, teza 3.

stać również stosownie do treści omawianego przepisu usunięty z zawodu, gdy zostanie pozbawiony prawa prowadzenia kancelarii orzeczeniem sądu dyscyplinarnego, a także gdy ma orzeczony zakaz wykonywania zawodu na mocy prawomocnego wyroku sądu. Minister Sprawiedliwości odwołuje też notariusza w sytuacji utraty przez rejenta praw publicznych lub pełnej zdolności do czynności prawnych. Obowiązek zachowania tajemnicy notarialnej trwający także po odwołaniu z zawodu zasługuje na aprobatę z uwagi na to, że te osoby wciąż są depozytariuszami tajemnic, które powierzyli im ich klienci, i te wiadomości winny również i wtedy pozostawać poza wiedzą szerokiego grona osób.

W związku z dość ogólnym brzmieniem przepisu art. 18 p.n. należy zastanowić się nad tym, jak szczegółowo pojmować zakres tajemnicy notarialnej. Do informacji objętych poufnością należą dane dotyczące stron czynności, treść tejże czynności, sam fakt, że doszło do jej dokonania, ale także i sytuacja przeciwna, gdy do takiej zaplanowanej czynności nie doszło, oraz przyczyny takiego stanu, zamierzenia i cele ujawnione notariuszowi w trakcie dokonywania czynności notarialnej. Ponadto tajemnicą notarialną są objęte wszelkie wiadomości, o jakich notariusz dowiedział się w trakcie rozmowy ze stronami w związku z dokonaniem czynności notarialnej. Co istotne, w zakres tajemnicy notarialnej wchodzi również informacje, które nie są wprost związane z treścią czynności notarialnej, jeżeli notariusz powziął na ich temat wiedzę ze względu na wykonywane czynności⁶.

Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie ogranicza się do samego faktu milczenia na temat poufnych informacji, bowiem depozytariusz tajemnicy notarialnej jest zobowiązany także podejmować działania, które zapobiegają ujawnieniu poufnych informacji osobom nieuprawnionym do powzięcia na ich temat wiedzy, w szczególności notariusz powinien odpowiednio zabezpieczać treści objęte zawodową dyskrecją, znajdujące się na informatycznych nośnikach, ze względu na co raz powszechniejszą digitalizację danych z powodu co raz większej ilości informacji niezbędnych do dokonania czynności notarialnej. Ponadto oryginały aktów notarialnych powinny być w kancelarii zabezpieczone tak, by osoby trzecie nie mogły uzyskać do nich dostępu ani zapoznać się z ich treścią. Co ważne, ujawnienie wiadomości objętych obowiązkiem dyskrekcji nie zawsze musi nastąpić bezpośrednio, dlatego też osoba zobowiązana do przestrzegania tajemnicy notarialnej powinna unikać wszelkich innych sposobów komunikacji, takich jak choćby gesty czy aluzje, które przyczyniłyby się do ujawnienia poufnych wiadomości⁷.

⁶ C.P. Kłak, *Ochrona tajemnicy...*, s. 33; M. Krasnowska, *Tajemnica notarialna a postępowanie sądowe*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 74. Stanowisko Krajowej Rady Notarialnej z dnia 4 grudnia 1992 r., L.dz. 64/92, w sprawie zachowania tajemnicy zawodowej przez notariuszy, „Rejent” 1992, nr 12, s. 86. Tak też: postanowienie SN z dnia 29 października 2014 r., sygn. SDI 28/14, Lex nr 1583232. Orzecznictwo opowiada się za szerokim ujęciem czynności notarialnej. Zob. postanowienie SA w Katowicach z dnia 26 marca 2014 r., sygn. II AKz 170/14, Lex nr 1487463.

⁷ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 53–54.

Nie stanowi naruszenia tajemnicy zawodowej sytuacja, w której notariusz przesyła uprawnionym organom wypisy aktów notarialnych. Wynika to z treści przepisu art. 111 § 2 p.n., na mocy którego notariusz w przypadkach przewidzianych prawem przesyła sądom i innym organom państwowym informacje pisemne o sporządzonych dokumentach i wypisy tych dokumentów.

Zakres tajemnicy notarialnej nie jest nieograniczony. Stosownie do treści przepisu art. 18 § 4 p.n. tajemnica notarialna nie dotyczy informacji związanych z finansowaniem terroryzmu i praniem brudnych pieniędzy, a także informacji przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej w zakresie określonym tymi przepisami. Analogiczne rozwiązania obowiązują u adwokatów na podstawie przepisu art. 6 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy – Prawo o adwokaturze, jak też u radców prawnych na mocy przepisu art. 3 ust. 6 pkt 1 i 2 ustawy o radcach prawnych.

Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza⁸ nakreśla jeszcze jeden ważki aspekt związany z tajemnicą notarialną, sygnalizując, że zachowanie tajemnicy zawodowej należy do podstawowych obowiązków etycznych notariusza jako powiernika swoich klientów. Już w preambule omawianego aktu jest mowa o tym, że notariusz ma przestrzegać praw człowieka i dbać o godność zawodu. Zatem nie można również zapominać o aksjologicznym uzasadnieniu obowiązywania tejże tajemnicy.

Tajemnica notarialna a postępowanie karne

Zasada prawdy materialnej unormowana w przepisie art. 2§ 2 k.p.k.⁹ stanowi, że podstawą wszystkich rozstrzygnięć w postępowaniu karnym powinny być ustalenia faktyczne. Nie ma ona jednak charakteru absolutnego, bowiem do prawdy, będącej jakkolwiek ważną wartością, nie można dążyć w procesie karnym za wszelką cenę, nie honorując innych wartości, które w kolizji z prawdą materialną mogą się okazać wartościami wyższego rzędu.

Zakazy dowodowe związane z tajemnicą zawodową, w tym z będącą przedmiotem niniejszych wywodów tajemnicą notarialną, są jednymi z sytuacji, gdy dochodzi do ograniczenia zasady prawdy materialnej na rzecz innych wartości. Ich specyfika polega na tym, że wiążą się one z kolizją między interesem pu-

⁸ Dz.U. 1997, nr 12, poz. 12. Uchwała nr 19 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r., Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza. Co do etycznego wymiaru obowiązywania tajemnicy zawodowej notariusza wypowiadał się też: A. Redelbach, *Tajemnica zawodowa notariusza w Rzeczypospolitej Polskiej w świetle zasady poszanowania życia prywatnego*, „Rejent” 1999, nr 6–7, s. 34–35.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2020, poz. 30), dalej: k.p.k.

blicznym, jakim jest poczynienie ustaleń faktycznych w procesie karnym, a interesem jednostek, jakim jest choćby prawo do prywatności¹⁰.

Zgodnie z treścią przepisu art. 177 § 1 k.p.k. każda osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania. Notariusz nie jest bezwzględnie wyłączony od obowiązywania tegoż przepisu, ponieważ przepis art. 178 k.p.k. bezwzględnie zabrania przesłuchania w charakterze świadka tylko obrońcę i duchownego, jednak tajemnicę zawodową notariusza chroni inny zakaz dowodowy. Przepis art. 180 § 2 k.p.k. stanowi, że osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy, m.in. notarialnej, mogą być przesłuchane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Za M. Rusinkiem warto wskazać, że omawiany zakaz dowodowy jest niezależny od woli świadka, tak więc jest w mocy, nawet jeżeli świadek ujawni informacje objęte tajemnicą prawnie chronioną, bowiem nie jest on uprawniony do decydowania o złożeniu bądź odmowie zeznań. Ta prerogatywa przynależy wyłącznie do sądu, co też trzeba podkreślić. Regulacja zawarta w przepisie art. 180 § 2 k.p.k. działa tak samo jak zakaz dowodowy unormowany w przepisie art. 178 k.p.k. z tym zastrzeżeniem, że w przypadku notariuszy i przedstawicieli innych profesji wymienionych w tym przepisie jest możliwe zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej i zgoda sądu na przesłuchanie¹¹.

Jak już zostało zasygnalizowane, w przepisie art. 180 § 2 k.p.k. są unormowane dwie przesłanki, które umożliwiają zwolnienie z tajemnicy notarialnej. Nasuwa się pytanie, czymże jest owa „niezbędność” dla dobra wymiaru sprawiedliwości uzasadniająca przełamanie obowiązku dyskrecji? „Niezbędność”, jak stwierdził Sąd Najwyższy, oznacza „niemożność dokonania ustaleń przy pomocy innych środków dowodowych, przy jednoczesnym wyczerpaniu istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych”¹². „Dobro wymiaru sprawiedliwości” będące ogólnym pojęciem należy wiązać z koniecznością ustalenia prawdy materialnej

¹⁰ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019, s. 30.

¹¹ *Ibidem*, s. 190–192. Trafnie A. Bojańczyk dostrzega podobieństwo między zakazem dowodowym z przepisu art. 178 i 180 § 2 k.p.k. Zob. A. Bojańczyk, *Karnoprocesowe znaczenie zgody dziennikarza na składanie zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową (wokół postanowienia Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2004 r.)*, „Palestra” 2005, nr 9–10, s. 42 i n. Za P.K. Sowińskim warto również zauważyć, że w chwili, gdy świadek zasygnalizuje, że dana okoliczność jest objęta tajemnicą zawodową, organ procesowy winien przerwać przesłuchanie do momentu uzyskania zwolnienia z tajemnicy zawodowej. zob. P.K. Sowiński, *Głosa do wyroku TK z dnia 22 listopada 2004 r. sygn. Sk 64/03*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 169.

¹² Uchwała SN z dnia 19 stycznia 1995 r., sygn. I KZP 15/94, Lex nr 20707; postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. II AKz 651/08, Lex nr 884573. Podobnie: R.A. Stefański, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4, s. 123.

w procesie karnym¹³. Drugą przesłankę, którą jest niemożność ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu, należy rozumieć jako stan, w którym przeprowadzono już wszystkie dostępne dowody, a mimo to nie można w danym zakresie poczynić ustaleń i w takiej sytuacji można uzyskać dowód z przesłuchania notariusza na okoliczności objęte tajemnicą notarialną, zatem uchylenie zakazu przesłuchania notariusza to sytuacja wyjątkowa¹⁴.

Względny charakter tajemnicy notarialnej w procesie karnym wydaje się trafnym rozwiązaniem, wszak szanując wartość dyskrecji, nie można dopuścić do sytuacji, gdzie osoby mające zamiar dokonać czynności notarialnej niezgodnej z prawem znalazłyby się ponad prawem z uwagi na fakt, że notariusz związany tajemnicą nie mógłby ujawnić takiego stanu. Co istotne, mimo że zakaz z art. 180 § 2 k.p.k. jest warunkowy, to jedynym warunkiem uchylającym zakaz dowodowy jest decyzja sądu¹⁵. Obecne przepisy k.p.k. równoważą zarówno obowiązek dyskrecji, jak i inne kolizyjne z nią wartości.

Nowelizacja k.p.k. z 2003 r. umieszczająca tajemnicę notarialną w katalogu z art. 180 § 2 k.p.k. stworzyła pewien problem interpretacyjny, bowiem w ślad za tą zmianą nie dokonano uchylenia przepisu art. 18 § 3 p.n., w myśl którego obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, jeżeli notariusz składa zeznania jako świadek przez sądem, chyba że ujawnienie tajemnicy zagraża dobru państwa lub ważnemu interesowi prywatnemu. W tych wypadkach od obowiązku zachowania tajemnicy może zwolnić notariusza Minister Sprawiedliwości. Jako że regulacja z k.p.k. jest nowsza (weszła w życie 1 lipca 2003 r.), ma tu zastosowanie zasada *lex posterior derogat legi priori*. Ponadto norma zawarta w przepisie art. 180 § 2 k.p.k. odnosi się wyłącznie do procesu karnego, zaś przepis art. 18 § 3 p.n. także do zeznań notariusza przed sądem cywilnym, administracyjnym. Tak więc omawiany przepis k.p.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do treści przepisu z p.n. odnoszącego się w tym zakresie do zwolnienia z tajemnicy notarialnej¹⁶. Regulacja

¹³ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. II AKz 397/17, Lex nr 2401038.

¹⁴ C.P. Kłak, *Ochrona tajemnicy...*, s. 37. Zwolnienie notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej powinno następować, gdy jest to nieodzowne dla prawidłowego orzekania w sprawie z uwagi na brak innych dowodów. Zob. postanowienie SA w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. II AKz 232/11, Lex nr 846506. Obie przesłanki unormowane w przepisie art. 180 § 2 k.p.k., zezwalające na zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym, muszą wystąpić łącznie. Tak: postanowienie SN z dnia 3 września 2008 r., sygn. WZ52/08, Lex nr 567081.

¹⁵ M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 191.

¹⁶ Tak: P.K. Sowiński, *Zwolnienie notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w toku procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 166–167; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 625; M. Krasnowska, *Tajemnica notarialna...*, s. 77; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 205. Podobnie: K.J. Pawelec, *Tajemnica zawodowa notariusza w znowelizowanym Kodeksie postępowania*

k.p.k. wzmacnia ochronę tajemnicy notarialnej w sprawach karnych, bo ta tajemnica nie ustaje wtedy automatycznie, jak to wynika z przepisu art. 18 § 3 p.n., z zastrzeżeniem zd. 1 *in fine*. Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy notarialnej przez Ministra Sprawiedliwości wydaje się dość niefunkcjonalne, gdyż nie zna on realiów konkretnej sprawy i trudno w takiej sytuacji podjąć decyzje co do tego, czy zwolnienie notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej jest zasadne, czy też nie.

W rozważaniach koncentrujących się wokół możliwości zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej w procesie karnym nie sposób nie powiedzieć kilku słów na temat możliwości zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie zwolnienia notariusza z tajemnicy zawodowej i uchylenia zakazu przesłuchania. Poforne treści, które strony czynności notarialnej powierzają notariuszowi, powinny być ujawnianie absolutnie w wyjątkowych wypadkach, aby nie narazić zaufania stron do notariusza i całej instytucji notariatu. Dlatego też kontrola instancyjna postanowienia w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej notariusza stanowi kolejne zabezpieczenie tajemnicy notarialnej¹⁷. Wszak przy ponownym rozpoznaniu wniosku może się okazać, że uchylenie zakazu przesłuchania notariusza nie jest w danej sprawie konieczne, dlatego też kontrola instancyjna jest tak istotna.

Należy zauważyć, że stosownie do treści przepisu art. 462 k.p.k. zażalenie ma charakter suspensywny, a więc nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia. Sąd może jedynie wstrzymać jego wykonanie. Ponadto odmowa wstrzymania nie wymaga uzasadnienia. Na aprobatę zasługuje pogląd P.K. Sowińskiego¹⁸, aby przesłuchanie świadka na okoliczności objęte tajemnicą zawodową było możliwe dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia zapadłego na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. Wydaje się, że wzmocniłoby to ochronę tajemnicy notarialnej przed jej niezasadnym ujawnieniem.

Zabezpieczenie dokumentów objętych tajemnicą notarialną

Ochrona tajemnicy notarialnej w procesie karnym nie byłaby wystarczająca, gdyby zawężała się tylko do zakazu przesłuchania świadka co do faktów objętych tajemnicą zawodową. W procesie karnym może wystąpić swoista kolizja obowiązków – z jednej strony obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej,

karnego. Zagadnienia podstawowe, „Rejent” 2015, nr 9, s. 95; T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 410; R. Szytk, *Tajemnica zawodowa notariusza w postępowaniu przed organami ścigania i w postępowaniu sądowym*, „Rejent” 2003, nr 11, s. 105.

¹⁷ P. K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań*, Warszawa 2004, s. 220.

¹⁸ *Ibidem*, s. 226.

a z drugiej powinnoś wydania organom procesowym dokumentów mających znaczenie dla procesu¹⁹.

Przepis art. 225 k.p.k. stanowi w swej istocie, że jeżeli osoba, a więc w niniejszych rozważaniach notariusz, u którego dokonano zatrzymania rzeczy lub przeprowadzono przeszukanie, oświadczy, że wydane lub znalezione w trakcie przeszukania pismo lub inny dokument jest objęty tajemnicą notarialną, to wówczas organ przeprowadzający czynności przekazuje sądowi lub prokuratorowi owe materiały niezwłocznie bez zapoznania się z ich treścią, w opieczętowanym opakowaniu. Jak piszą w komentarzu do tego przepisu R.A. Stefański i S. Zablocki²⁰, do przyjęcia, że pisma lub dokumenty są objęte tajemnicą prawnie chronioną, wystarczy oświadczenie osoby, u której przeprowadza się przeszukiwanie. Organ przeprowadzający czynność nie ma prawa sprawdzać wiarygodności tego oświadczenia. Ten pogląd zasługuje na aprobatę z uwagi na to, że w takiej sytuacji treści objęte tajemnicą notarialną są bardziej chronione przed zapoznaniem się z nimi przez osoby trzecie.

Na tle rozważań dotyczących ochrony tajemnicy notarialnej w związku z zabezpieczeniem dokumentów do celów procesu karnego warto odnotować, że na podstawie przepisu art. 226 k.p.k. w kwestii wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę zawodową, a więc również notarialną, jako dowodów w postępowaniu karnym stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia z art. 178–181 k.p.k. Z tego przepisu wynika fakt, że wykorzystanie dokumentów zawierających treści zakresowo objęte tajemnicą notarialną jest dopuszczalne tylko w razie uchYLENIA tajemnicy notarialnej przez sąd na podstawie przepisu art. 180 § 2 k.p.k. Jeżeli nie dojdzie do zwolnienia z tajemnicy notarialnej, to takie dokumenty powinny być notariuszowi zwrócone, ponieważ nie mogą stanowić dowodu w danej sprawie w procesie karnym²¹. Niezależnie jednak od tego, czy dojdzie do oddania notariuszowi dokumentów zawierających poufne treści, czy też sąd wyda postano-

¹⁹ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 173.

²⁰ *Kodeks postępowania karnego*, t. II: *Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zablocki, WKP 2019, komentarz art. 225, teza 3. Idąc w ślad za M. Rusinkiem, można zauważyć, że ochrona tajemnicy zawodowej na podstawie przepisu art. 225 § 1 k.p.k. ma odmienny charakter niż zakazy dowodowe co do zeznań świadków związanych tajemnicą prawnie chronioną, bowiem ich celem był zakaz ujawnienia poufnych treści, zaś przepis art. 225 k.p.k. nie chroni tajemnicy zawodowej przed jej wykorzystaniem w procesie karnym. Owa regulacja ogranicza krąg osób, które mogą się zapoznać z informacjami objętymi obowiązkiem dyskrecji. Zob. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 178.

²¹ R. Szytk, *Tajemnica zawodowa notariusza w postępowaniu...*, s. 107. Autor ten pisze także, że zatrzymanie przez organy procesowe aktów notarialnych może nastąpić tylko dla celów dowodowych potwierdzających to, że postępowanie stron lub notariusza nosiło znamiona przestępstwa. Powinno być też krótkotrwałe i służyć wykonaniu ekspertyzy przez biegłego, np. co do prawdziwości podpisów stron czynności. Natomiast w razie zatrzymania na dłuższy okres takie akty notarialne powinny być przekazane do depozytu sądowego. Zob. *idem*, *Tajemnica zawodowa notariusza*, „Rejent” 1998, nr 9, s. 66.

wienie o zwolnieniu z tajemnicy notarialnej, organ procesowy, zanim wyda określone postanowienie, zapoznaje się z treścią takowych dokumentów. Pojawiają się na tym tle wątpliwości, jednak nie jest możliwe wydanie postanowienia w przedmiocie odmowy lub zwolnienia z tajemnicy notarialnej i każdej innej tajemnicy zawodowej ujętej w przepisie art. 180 § 2 k.p.k. bez możliwości zapoznania się sądu z treścią przedłożonych dokumentów²².

Dyskusja w przedmiocie możliwości dowodowego wykorzystania dokumentów objętych tajemnicą zawodową w procesie karnym może skłaniać do namysłu, czy nie powinien istnieć bezwarunkowy zakaz czynności poszukiwawczych wobec dokumentów objętych tajemnicą zawodową, w tym notarialną, i co za tym idzie – niemożność jakiegokolwiek dowodowego wykorzystania takich treści w procesie karnym. Byłoby to jednak, jak zauważa M. Rusinek²³, rozwiązanie zbyt daleko idące z uwagi na to, że dokumenty zawierające tajemnicę zawodową mogą być po spełnieniu rygorów z przepisu art. 180 § 2 k.p.k. dowodami w sprawie karnej, zaś zakaz poszukiwania takich dokumentów uniemożliwiłby ich wykorzystanie w postępowaniu karnym. *Notabene* zakaz czynności poszukiwawczych w stosunku do dokumentów zawierających tajemnicę zawodową skumulowany z obowiązkiem dyskrecji stawiałby w praktyce notariusza ponad prawem i taki stan mógłby powodować różnego typu niepożądane zachowania. Dlatego też trafne są obecne regulacje zezwalające w wyjątkowych wypadkach na wykorzystanie dokumentów zawierających poufne treści.

Ujawnienie tajemnicy notarialnej przez oskarżonego w procesie karnym

Zakaz dowodowy z przepisu art. 180 § 2 k.p.k. odnoszący się do tajemnicy notarialnej zabrania świadkowi zeznawać na okoliczności objęte obowiązkiem dyskrecji, jeżeli sąd nie zwolni go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Kodeks postępowania karnego z 1997 r., podobnie jak poprzednio obowiązujące ustawy karnoprocessowe z 1928 i 1969 r., milczy na temat prawa oskarżonego do ujawnienia tego typu poufnych treści, regulując te kwestie jedynie co do świadków w procesie karnym.

Już w latach 60. XX w. toczyła się w polskiej nauce prawa ożywiona dyskusja na temat zakresu tajemnicy zawodowej. Co zrozumiałe, dotyczyła ona dyskrecji adwokackiej, jednak w drodze analogii można ją odnieść do tajemnicy notarialnej. Istotą sporu było, czy adwokat będący podejrzanym lub oskarżonym może w procesie karnym ujawnić treści objęte tajemnicą zawodową. A. Kaftal²⁴ optował za bez-

²² M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 335–336.

²³ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 199.

²⁴ A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, „Palestra” 1963, nr 7(4), s. 11 i n.

względny zakaz możliwości ujawnienia w procesie karnym przez adwokata wiadomości, które wchodziły w zakres tajemnicy zawodowej, twierdząc, że nie ma ku temu podstaw prawnych. Inny pogląd reprezentował M. Cieślak²⁵, wskazując, że niedorzeczne jest wymaganie od oskarżonego, by dał się niewinnie skazać tylko dlatego, że fakty świadczące na jego korzyść są objęte tajemnicą zawodową. Wydaje się, że pogląd M. Cieślaka jest trafniejszy niż A. Kaftala, ponieważ szanując wartość dyskrecji zawodowej, to w kolizji z prawem do obrony w procesie karnym wyższą wartość przejawia prawo do obrony, z którego może skorzystać oskarżony.

S. Garlicki²⁶ trafnie zauważył, że wymaganie od adwokata obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w sytuacji, gdy naruszenie tego obowiązku jest konieczne w celu realizacji przysługującego mu prawa do obrony, musiałoby doprowadzić do przyznania adwokatowi immunitetu od odpowiedzialności karnej w takim zakresie, w jakim zachowanie tajemnicy zawodowej uniemożliwiłoby prawo do obrony, bowiem niedopuszczalne jest poddanie kogoś odpowiedzialności karnej, pozbawiając go przysługującego mu prawa do obrony, zaś przyznanie takiego immunitetu adwokatowi jest pozbawione podstaw prawnych. Ten pogląd należy podzielić z uwagi na przywoływany już argument, że obowiązek zachowania tajemnicy notarialnej ustępuje w procesie karnym prawu do obrony oskarżonego.

Warto wskazać, że ustawy korporacyjne odnoszące się tak do tajemnicy adwokackiej, jak i tajemnicy radcy prawnego nie przewidują możliwości zwolnienia ani na wypadek zeznawania, ani wyjaśniania. Jednak w związku z prawem do obrony nie ma to znaczenia dla oskarżonego, bowiem jak można przeczytać w tezie z uchwały Sądu Najwyższego²⁷, od której zaczął się spór co do możliwości ujawniania tajemnicy zawodowej przez oskarżonego w procesie karnym, „obowiązek milczenia upada, jeżeli adwokat w związku z treścią danej rozmowy z klientem znalazł się w pozycji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym lub oskarżonego w postępowaniu karnym”. Ten pogląd, a także powyższe wywody dotyczące możliwości ujawnienia tajemnicy adwokackiej przez oskarżonego w procesie karnym są aktualne do dziś i w drodze analogii można je przenieść na notariusza.

W rozważaniach dotyczących ujawnienia tajemnicy notarialnej w procesie karnym przez oskarżonego warto się zastanowić nad podstawami prawnymi natury materialnej takiego stanu i czy notariuszowi nie będzie grozić odpowiedzialność karna za ujawnienie tego typu informacji, bowiem o ile co do regulacji procesowej sytuacja nie budzi wątpliwości, to w prawie materialnym nie jest to już oczywiste, bowiem zgodnie z prawem karnym materialnym ujawnienie tajemnicy zawodowej jest penalizowane na podstawie przepisu art. 266 k.k. Otóż

²⁵ M. Cieślak, Glosa do uchwały SN z dnia 29 listopada 1962, sygn. VI KO 61/62, „Państwo i Prawo” 1963, z. 7, s. 173.

²⁶ A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 8(3), s. 12.

²⁷ Uchwała SN z dnia 29 listopada 1962 r., sygn. VI KO 61/62.

nie będzie to miało miejsca, ponieważ sytuacja, w której oskarżony ujawnia treści objęte tajemnicą zawodową, nosi znamiona kontratypu. Występują w takim stanie faktycznym wszystkie cechy wskazujące na taką sytuację, takie jak kolizja dóbr, poświęcenie jednej z wartości i opłacalność takiej decyzji. Tak więc oskarżony w niniejszych wywodach notariusz, ujawniając jako oskarżony w procesie karnym poufne wiadomości objęte tajemnicą notarialną, działa w ramach kontratypu, korzystając ze swego uprawnienia wyższego rzędu, jakim jest prawo do obrony, i poświęcając obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej²⁸.

Powyższe rozważania nasuwają pytanie, czy notariusz będący w procesie karnym oskarżonym ma nieograniczone prawo ujawniać informacje wchodzące w zakres tajemnicy notarialnej, czy też występuje tu pewne ograniczenie. Jak konstatuje P.K. Sowiński, oskarżony ma prawo ujawniać informacje niezbędne z punktu widzenia jego prawa do obrony²⁹. Wydaje się, że ujawnienie tajemnicy zawodowej przez oskarżonego w procesie karnym z innych powodów niż prawo do obrony powinno być niedopuszczalne³⁰.

Analizy wymaga także kwestia dotycząca tego co z dokumentami zawierającymi tajemnicę notarialną, które może ujawnić oskarżony notariusz w procesie karnym. Omówione już regulacje z przepisu art. 226 k.p.k. dotyczące wykorzystania dokumentów objętych tajemnicą zawodową w takim zakresie, w jakim pozwalają zakazy z art. 178–181 k.p.k., nie wydają się w tym przypadku aktualne, ponieważ te zakazy dowodowe odnoszą się do świadków i jak pisze P.K. Sowiński, do oskarżonego *per analogiam* nie mogą mieć zastosowania rygory, które są przewidziane dla świadków, ze względu na odmienną sytuację procesową osób występujących w takim charakterze³¹.

Tak też wydaje się, że zakazy i ograniczenia co do wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę wybrzmiewające w przepisie art. 226 k.p.k. nie mają zastosowania co do oskarżonego notariusza i może on w zakresie koniecznym dla swojej obrony powoływać się w procesie karnym na te dokumenty³². Prawo karne procesowe przyznało oskarżonemu w procesie szersze uprawnienia służące jego obronie niż świadkowi, który bronić się nie musi. Dlatego też zupełnie odmienne skutki prawne rodzi sytuacja ujawnienia tajemnicy zawodowej przez oskarżonego.

²⁸ E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 1, s. 87.

²⁹ P.K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony, uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012, s. 633. Podobnie: M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 340–341.

³⁰ S. Garlicki trafnie wypowiadał się, że ujawnienie tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego nie będzie obojętne dla jego odpowiedzialności dyscyplinarnej w razie przekroczenia jego prawa do obrony poprzez ujawnienie takich informacji w procesie karnym z innych powodów niż prawo do obrony, np. z chęci zemsty. Te same uwagi można poczynić co do notariusza. Zob. A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie...*, s. 13.

³¹ P.K. Sowiński, *Uprawnienia składające się...*, s. 631.

³² M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 230; *idem*, *Z problematyki...*, s. 340–341.

Podsumowanie

Tytułem konkluzji co do kształtowania się ochrony tajemnicy notarialnej w procesie karnym trzeba także nadmienić, że złożenie przez notariusza zawiadomienia o możliwość popełnienia przestępstwa nie zwalnia go z obowiązku dyskrecji, ponieważ jak już zostało powiedziane, w procesie karnym tylko sąd może zwolnić notariusza z tajemnicy zawodowej³³. Dwie przesłanki z przepisu art. 180 § 2 k.p.k., a więc niezbędność dla dobra wymiaru sprawiedliwości i to, że ta okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu, po których ziszczeniu się jest możliwe przełamanie obowiązku dyskrecji notarialnej, wydają się wystarczające, choć wątpliwości może budzić niedostateczna precyzja ustawodawcy w wyrażeniu „dobra wymiaru sprawiedliwości”, bowiem jest to pojęcie nieostre, co może powodować obawę o to, czy nie będzie dochodzić w procesie karnym do zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej częściej, niż jest to konieczne.

Bibliografia

- Bojańczyk A., *Karnoprocesowe znaczenie zgody dziennikarza na składanie zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową (wokół postanowienia Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2004 r.)*, „Palestra” 2005, nr 9–10.
- Cieślak M., Glosa do uchwały SN z dnia 29 listopada 1962, sygn. VI KO 61/62, „Państwo i Prawo” 1963, z. 7.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Kaftal A., Cieślak M., Garlicki S., *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 8(3).
- Kaftal A., *O niektórych aspektach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, „Palestra” 1963, nr 7(4).
- Kłak C.P., *Ochrona tajemnicy notarialnej w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1.
- Kodeks postępowania karnego*, t. II: *Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, WKP 2019.
- Krasnowska M., *Tajemnica notarialna a postępowanie sądowe*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11.
- Kwiatkowski Z., *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005.
- Oleszko A., *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. I: *Ustrój notariatu*, WK 2016.
- Pawelec K.J., *Tajemnica zawodowa notariusza w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego. Zagadnienia podstawowe*, „Rejent” 2015, nr 9.
- Plebanek E., Rusinek M., *Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 1.
- Redelbach A., *Tajemnica zawodowa notariusza w Rzeczypospolitej Polskiej w świetle zasady poszanowania życia prywatnego*, „Rejent” 1999, nr 6–7.

³³ C.P. Kłak, *Ochrona tajemnicy...*, s. 47.

- Rusinek M., *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Kraków 2007.
- Rusinek M., *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019.
- Sowiński P.K., Glosa do wyroku TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. Sk 64/03, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4.
- Sowiński P.K., *Prawo świadka do odmowy zeznań*, Warszawa 2004.
- Sowiński P.K., *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony, uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012.
- Sowiński P.K., *Zwolnienie notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w toku procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3.
- Stefański R.A., *Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4.
- Sztyk R., *Tajemnica zawodowa notariusza*, „Rejent” 1998, nr 9.
- Sztyk R., *Tajemnica zawodowa notariusza w postępowaniu przed organami ścigania iw postępowaniu sądowym*, „Rejent” 2003, nr 11.

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie problematyki tajemnicy zawodowej notariusza na tle toczącego się postępowania karnego, zakresu przedmiotowego dyskrekcji, przesłanek zwolnienia notariusza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym, jak też zaakcentowanie ochrony tajemnicy notarialnej w sytuacji zabezpieczenia dokumentów do celów procesu karnego. Kwestie związane z tajemnicą notarialną omówiono z perspektywy notariusza występującego zarówno w roli świadka, jak i oskarżonego. Karnoprocesowe zagadnienia obecne w polskim notariacie nie są wciąż szeroko omawianym zagadnieniem, dlatego też taki temat jest wart analizy.

Słowa kluczowe: tajemnica zawodowa, notariusz, postępowanie karne

DEVELOPMENT OF NOTARIAL SECRECY PROTECTION WITH PARTICULAR EMPHASIS ON ITS CRIMINAL PROCEDURAL ASPECTS. OUTLINE OF ISSUES

Summary

The aim of this study is to present the issues of a professional confidentiality of a notary on the background of pending criminal proceedings, the scope of the subject of discretion, the reasons for exempting a notary from the obligation to maintain professional secrecy in a criminal trial, as well as emphasizing the protection of a notarial secrecy in the case of securing documents for the purposes of a criminal trial. Issues related to a notarial secrecy were discussed both from the perspective of the notary public acting as a witness and the accused. Criminal proceedings issues present in the Polish notary's office are still not a widely discussed issue, which is why such a topic is worth analyzing.

Keywords: professional confidentiality, notary, criminal proceedings

Marcin Burdzik

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0001-6607-6663

**KLAUZULA DOBREGO SAMARYTANINA,
CZYLI NOWY KONTRATYP W ZWIĄZKU
Z PRZECIWDZIAŁANIEM COVID-19****Wprowadzenie**

W czasie trwającej epidemii COVID-19 polski ustawodawca podejmuje szereg działań legislacyjnych, których ogólnym celem jest przeciwdziałanie rozprzestrzenianiu się fali zakażeń oraz redukcja negatywnych następstw zaistniałej sytuacji epidemiologicznej. Skutkiem powyższych są liczne zmiany w obowiązujących przepisach oraz nowe rozwiązania prawne, które w krótkich odstępach czasu wprowadzane są do polskiego porządku prawnego.

Do rozwiązań o charakterze dalece precedensowym należy zaliczyć nowy kontratyp wprowadzony w art. 24 u.covid¹, określany mianem „klauzuli dobrego samarytanina”. Przywołany przepis w istocie wyłącza odpowiedzialność karną za nierażący, nieumyślny błąd medyczny popełniony przez osoby udzielające świadczeń zdrowotnych w ramach rozpoznawania lub leczenia COVID-19.

Przyjęte rozwiązanie jest z jednej strony istotnym precedensem w podejściu do problematyki błędów medycznych, które dotychczas oparte było wyłącznie na progresywnej penalizacji tego typu zdarzeń, i stanowi wyraźny zwrot w stronę sytemu *no fault*, o wprowadzenie którego od wielu lat postulują liczne środowiska medyczne. Z drugiej zaś strony może negatywnie wpływać na realizację niektórych funkcji prawa karnego, w szczególności funkcji sprawiedliwościowej. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem ochrony wszystkich przepisów k.k.², które objęte są zakresem omawianego kontratypu, jest zdrowie i życie człowieka, potencjalnym pokrzywdzonym w wyniku błędu medycznego będzie każdorazowo pacjent. Ten

¹ Ustawa z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. 2020, poz. 1444 ze zm.).

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2020, poz. 1517 ze zm.).

ostatni darzy osoby wykonujące zawody medyczne szczególnym stosunkiem zaufania i powierza im w opiekę dobra stanowiące *summum bonum* współczesnych systemów aksjonormatywnych, oczekując jednocześnie od organów państwa odpowiedniej reakcji prawnokarnej w przypadku ich naruszenia.

Celem artykułu jest kompleksowa analiza wprowadzonego kontratypu, próba oceny jego zasadności oraz wpływu na system opieki zdrowotnej i fundamentalne założenia polityki kryminalnej państwa w kontekście funkcji prawa karnego.

Klauzula dobrego samarytanina – zakres stosowania

Każde rozwiązanie prawne cechuje się określonym zakresem obowiązywania. Również w przypadku dyskutowanego tu kontratypu można wyróżnić cztery odmienne, lecz funkcjonalnie powiązane płaszczyzny wyznaczające zakres jego zastosowania, tj. zakres, podmiotowy, przedmiotowy, temporalny i terytorialny.

Zakres podmiotowy określa katalog podmiotów, których relewantne z punktu widzenia prawa karnego zachowanie (działanie bądź zaniechanie) może być objęte dyskutowanym tu kontratypem. *In genere* będą to osoby wykonujące zawody medyczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.l.³ Zakres ten został określony w art. 24 u.covid pośrednio, poprzez wyliczenie ustaw korporacyjnych, na podstawie których przedstawiciele poszczególnych profesji medycznych udzielają świadczeń zdrowotnych. Zgodnie z przywołanym przepisem klauzula dobrego samarytanina ma zastosowanie do:

- lekarzy, w tym lekarzy dentyków,
- felczerów⁴,
- pielęgniarek,
- położnych,
- ratowników medycznych,
- osób, które udzielają świadczeń zdrowotnych na podstawie u.z.z.ch.z.⁵ (np. osób skierowanych do pracy przy zwalczaniu skutków epidemii w trybie art. 47 ww. ustawy, o ile w ramach realizowanych zadań udzielają świadczeń zdrowotnych).

Odnosząc się do drugiego z wyżej wymienionych zakresów, należy wskazać, że **zakresem przedmiotowym** klauzuli dobrego samarytanina objęte są czyny zabronione stypizowane w czterech przepisach prawnokarnych rozdziału XIX k.k., tj. odpowiednio:

³ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. 2020, poz. 295 ze zm.).

⁴ Niniejsza profesja ma w obecnych czasach znaczenie marginalne. Zgodnie z danymi z Centralnego Rejestru Felczerów Naczelnej Izby Lekarskiej według stanu na 30 kwietnia 2018 r. w Polsce było 211 czynnych zawodowo felczerów oraz 532 niewykonyujących tego zawodu.

⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. 2020, poz. 1845 ze zm.).

- nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka (art. 155 k.k.),
- nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu człowieka w postaci pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia (art. 156 § 2 k.k.),
- nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu człowieka w postaci innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała (art. 156 § 2 k.k.),
- nieumyślne spowodowanie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia, innych niż wymienione powyżej (art. 157 § 3 k.k.),
- nieumyślne spowodowanie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwające nie dłużej niż 7 dni (art. 157 § 3 k.k.),
- nieumyślne narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 3 k.k.).

Zawartość treściowa przedstawionego katalogu prowadzi do kilku istotnych wniosków. Po pierwsze, cechą wspólną wszystkich wyżej wymienionych czynów zabronionych jest tożsamy rodzajowy przedmiot ochrony, którym są dwa dobra prawne, tj. zdrowie i życie człowieka.

Po drugie, **zakresem przedmiotowym kontratypu objęte są wyłącznie czyny zabronione popełnione w sposób nieumyślny**. Strona podmiotowa cechuje się nieumyślnością, gdy sprawca, nie mając zamiaru popełnienia czynu zabronionego, popełnia go na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał lub mógł przewidzieć (art. 9 § 2 k.k.).

Sam zamiar wyraża się zaś w świadomej woli zrealizowania przedmiotowych znamion czynu zabronionego⁶. Co istotne, choć zamiar istnieje tylko w świadomości sprawcy, to podlega identycznemu dowodzeniu jak okoliczności ze sfery przedmiotowej, a więc z zastosowaniem odpowiednich zasad dowodzenia i wnioskowania⁷. **Ustalenie, że sprawca działał umyślnie, wyklucza możliwość zastosowania art. 24 u.covid.** Dotyczy to obu postaci zamiaru, tj. zarówno działania w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym⁸.

Klauzula dobrego samarytanina znajdzie więc zastosowanie jedynie w sytuacjach, w których osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych popełni jeden z ww. czynów zabronionych na skutek niezachowania reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Reguły te winny być każdorazowo ustalane *ad ca-*

⁶ Wyrok SN z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. IV KK 143/18, Lex nr 2692099.

⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 26 czerwca 2020 r., sygn. II AKa 90/20, Lex nr 3046981.

⁸ Istota zamiaru ewentualnego polega na tym, że sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, godzi się na to. Przyjęcie takiej postaci zamiaru musi opierać się na pewnym ustaleniu, że określony skutek był rzeczywiście wyobrażony przez sprawcę, a także iż był przez niego akceptowany. Zob. wyrok SA z dnia 25 kwietnia 2019 r., sygn. II AKa 27/19, Lex nr 2679666.

sum, tj. zarówno w odniesieniu do realiów konkretnej sprawy, jak i wzorca osobowego⁹, w żadnym zaś wypadku w sposób abstrakcyjny.

Po trzecie, **wszystkie czyny zabronione objęte kontratypem mają charakter materialny**. Ich stronę przedmiotową każdorazowo cechuje wystąpienie określonego skutku w postaci naruszenia życia (art. 155 k.k.) bądź zdrowia (art. 156 § 2, art. 157 § 3 k.k.) człowieka. Dotyczy to również stypizowanego w art. 160 § 3 k.k. narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹⁰. **Klauzula będzie miała przy tym zastosowanie zarówno do czynów zabronionych popełnionych przez działanie (np. zastosowanie niewłaściwej metody leczenia), jak i przez zaniechanie.**

Nie budzi bowiem żadnych wątpliwości stwierdzenie, iż osoby wykonujące zawód medyczny, objęte zakresem podmiotowym diskutowanego kontratypu, pełnią rolę gwaranta dóbr prawnych chronionych przez przepisy rozdziału XIX k.k. (zdrowie i życie człowieka). To zaś oznacza, że ciąży na nich prawny, szczególny obowiązek zapobiegania skutkom w postaci naruszenia tychże dóbr. Tym samym mogą one dokonać jednego z czynów zabronionych wymienionych w art. 24 u.covid również poprzez zaniechanie (art. 2 k.k.).

Niedopełnienie obowiązku ciężącego na gwarancie polegać będzie w takiej sytuacji na zaniechaniu podjęcia czynności, które w danej sytuacji faktycznej, zgodnie z obowiązującymi przepisami i regułami postępowania, należało podjąć¹¹. Przy czym prawnie relewantne pozostanie jedynie naruszenie obowiązku, któremu zadośćuczynienie skutecznie zapobiegłoby spowodzonemu skutkowi¹². W przeciwnym wypadku nie można mówić o wystąpieniu związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy biernym zachowaniem sprawcy a wywołanym skutkiem. W takiej sytuacji powołanie się na kontratyp będzie bezprzedmiotowe, gdyż odpowiedzialność karna w ogóle nie powstanie.

Osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych wstępuje niejako *ipso facto* w rolę gwaranta zdrowia i życia osób, którym świadczeń tych udziela¹³. Normatywnych

⁹ Tj. w oparciu o zachowania typowe dla rozważnego obywatela, tzn. takiej osoby, która dysponuje właściwymi do wykonania danej czynności kwalifikacjami oraz charakteryzuje się postawą należytego wykonania swoich obowiązków. Zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 3 września 2020 r., sygn. I ACa 332/20, Lex nr 3116056.

¹⁰ Chociaż konstrukcja przywołanego przepisu może sugerować jego formalny charakter, to w doktrynie powszechnie przyjmuje się, że ma ono charakter materialny. Skutkiem jest w tym wypadku spowodowanie stanu zagrożenia dla zdrowia lub życia człowieka (przestępstwo z narażenia konkretnego). Tak np. T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 387; *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2021/Lex.

¹¹ Wyrok SN z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. IV KKN 667/99, Lex nr 74384.

¹² Tak słusznie: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020/Lex.

¹³ Jak słusznie wskazał SN w odniesieniu do lekarzy, relacja prawna, jaka zachodzi między lekarzem i pacjentem, jest typowa dla zaistnienia warunków odpowiedzialności karnej gwaranta jako podmiotu zobowiązanego do podejmowania zachowań skierowanych przeciwko skutkowi w postaci naruszenia zdrowia lub życia pacjenta. Zob. wyrok SN z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. III KK 226/16, Lex nr 2224610.

źródeł takiego obowiązku należy w tym wypadku upatrywać w odpowiednich ustawach korporacyjnych regulujących zasady wykonywania poszczególnych zawodów medycznych, interpretując je z uwzględnieniem dyrektyw wykładni funkcjonalnej¹⁴.

Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze powszechnie przyjmuje się, że obowiązek prawny, o którym mowa w art. 2 k.k., może wynikać nie tylko z aktów normatywnych. Jego źródłem mogą być także: orzeczenia sądu, umowy dobrowolne zobowiązanie się do przyjęcia pieczy nad inną osobą lub dobrem, a ponadto uprzednie zachowanie się gwaranta czy też skonkretyzowana sytuacja faktyczna, w której w sposób jednoznaczny urzeczywistnia wymaganie zapobieżenia skutkowi stanowiącemu zamię określonemu czynu zabronionego¹⁵.

Przechodząc do analizy **zakresu temporalnego**, wskazać należy, że klauzula dobrego samarytanina może być stosowana wyłącznie w okresie, w którym został ogłoszony stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii (art. 24 u.covid). Oba te terminy posiadają definicje legalne. Zgodnie z art. 2 pkt 23 u.z.z.ch.z. przez stan zagrożenia epidemicznego należy rozumieć sytuację prawną wprowadzoną na danym obszarze w związku z ryzykiem wystąpienia epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań zapobiegawczych. Z kolei stan epidemii wprowadzany jest na danym obszarze w związku z wystąpieniem epidemii w celu podjęcia określonych działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych dla zminimalizowania jej skutków (art. 2 pkt 22 u.z.z.ch.z.).

Decyzja o wprowadzeniu któregoś z wyżej wymienionych stanów przyjmuje postać rozporządzenia wojewody¹⁶ lub ministra właściwego do spraw zdrowia¹⁷. Klauzulę dobrego samarytanina można więc stosować wyłącznie w odniesieniu do czynów zabronionych, które zostały popełnione w okresie obowiązywania wspomnianych rozporządzeń. Decydujące znaczenie ma więc istnienie jednego z dyskusowanych stanów *in tempore criminis*, tj. w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał powinnego działania (art. 6 § 1 k.k.). Irrelevantne pozostaje natomiast to, czy stan ten trwał nadal w momencie wszczęcia i kontynuowania procesu karnego.

Z zakresem temporalnym diskutowanego tu kontratypu funkcjonalnie związany jest jego **zakres terytorialny**, który pokrywa się z granicami obszarów, na których *in tempore criminis* obowiązywał stan epidemii bądź stan zagrożenia epidemicznego. Chociaż w art. 24 u.covid mowa jest o stosowaniu klauzuli „w okre-

¹⁴ Podobnie zob. Ł. Pohl, *Artykuł 2 Kodeksu karnego w roli wyznacznika podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, nr 3, s. 94.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. IV KK 371/17, Lex nr 2540120; wyrok SN z dnia 4 marca 2015 r., sygn. IV KK 32/15, Lex nr 1650300.

¹⁶ Jeżeli stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii występuje na obszarze danego województwa. Wojewoda wydaje rozporządzenie na wniosek państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego (art. 46 ust. 1 u.z.z.ch.z.).

¹⁷ Dla wprowadzenia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii na obszarze wykraczającym poza obszar jednego województwa. Minister właściwy do spraw zdrowia wydaje rozporządzenie na wniosek Głównego Inspektora Sanitarnego (art. 46 ust. 2 u.z.z.ch.z.).

sie” jednego z ww. stanów, to oczywiste jest, że stany te ogłasza się zawsze w odniesieniu do określonego obszaru RP¹⁸, nigdy zaś w oderwaniu od niego.

Wykładnia funkcjonalna art. 24 u.covid uwzględniająca powyższe zastrzeżenie nakazuje przyjąć, że **klauzula dobrego samarytanina będzie miała zastosowanie jedynie do czynów zabronionych popełnionych na obszarach, na których w momencie ich popełnienia obowiązywał stan epidemii (bądź zagrożenia epidemicznego)**. Obecnie konkluzja ta może się wydawać pozornym truizmem, gdyż stan epidemii został ogłoszony dla całego terytorium RP¹⁹. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której w wyniku nierównomiernego rozkładu zakażeń stan epidemii zostanie w przyszłości odwołany w odniesieniu do części województw przy jednoczesnym jego utrzymaniu dla pozostałych rejonów kraju.

Problem, jaki pojawi się wówczas, wynikał będzie z obowiązującej w prawie karnym zasady wielomiejscowości czynu zabronionego (art. 6 § 2 k.k.). Zgodnie z jej treścią możliwe jest równoczesne istnienie kilku miejsc popełnienia czynu zabronionego²⁰, za które uważa się odpowiednio:

- miejsce, w którym sprawca działał lub zaniechał działania,
- miejsce, w którym skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił,
- miejsce, w którym skutek stanowiący znamię czynu zabronionego według zamiaru sprawcy miał nastąpić²¹.

Biorąc pod uwagę powyższe, w praktyce możliwa stanie się sytuacja, w której jedno z miejsc popełnienia czynu zabronionego (np. miejsce działania sprawcy) będzie znajdowało się na obszarze objętym stanem epidemii, a drugie (np. miejsce wystąpienia skutku) poza takowym obszarem²². Zachodzi więc pytanie, czy w opisanej powyżej sytuacji możliwe będzie zastosowanie klauzuli dobrego samarytanina, skoro w jednym z miejsc popełnienia czynu zabronionego *de facto* nie obowiązywał stan epidemii (zagrożenia epidemicznego) wymagany do jej zastosowania?

De lege lata stwierdzić należy, że literalna konstrukcja art. 24 u.covid nie dostarcza bezpośredniej odpowiedzi na postawione powyżej pytanie. Problemu nie rozwiązuje również odwołanie się do przepisów k.p.k.²³ Co prawda stan wie-

¹⁸ Stan epidemii (stan zagrożenia epidemicznego) ogłasza się zawsze *verba legis* „na danym obszarze” – województwa, jego części lub kilku województw (art. 46 ust. 1 i 2 u.z.z.ch.z.).

¹⁹ Począwszy od 20 marca 2020 r. stan epidemii wirusa SARS-CoV-2 został ogłoszony na terenie całego kraju. Zob. § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 491).

²⁰ A. Błachnio, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza i pomocnika – zarys problematyki*, „Palestra” 2006, nr 7–8, s. 83.

²¹ Mając na względzie, iż zakresem przedmiotowym klauzuli objęte są wyłącznie czyny popełnione w sposób nieumyślny, ten przypadek jest irrelevantny dla dalszych rozważań i jako taki pozostaje poza ich zakresem.

²² W tożsamy sposób należy rozpatrywać sytuację odwrotną, polegającą na działaniu (zaniechaniu) sprawcy na obszarze nieobjętym stanem epidemii, którego skutek nastąpił na obszarze objętym takowym stanem.

²³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2021, poz. 534).

lomiejsowości aktualizuje normę kolizyjną wyrażoną w art. 31 § 3 k.p.k.²⁴, niemniej przepis ten ma znaczenie wyłącznie dla ustalenia właściwości miejscowej sądu w płaszczyźnie proceduralnej. Reguła wyprzedzenia nie likwiduje natomiast samego stanu wielomiejsowości w sensie materialnym.

Skoro zasada wyrażona w art. 6 § 2 k.k. zrównuje wszystkie miejsca popełnienia czynu zabronionego, to przyjąć raczej należy, że **istnienie stanu epidemii (zagrożenia epidemicznego) w przynajmniej jednym z tych miejsc (*in tempore criminis*) pozwala na zastosowanie klauzuli dobrego samarytanina względem sprawcy.**

Klauzula dobrego samarytanina – przesłanki stosowania

Analizując badaną konstrukcję z punktu widzenia przesłanek warunkujących jej zastosowanie, można zauważyć, że art. 24 u.covid dostarcza podstaw do wyodrębnienia czterech przesłanek. Trzy z nich mają charakter pozytywny, a jedna charakter negatywny. Do pierwszej grupy należą:

- działanie w stanie epidemii lub stanie zagrożenia epidemicznego,
- popełnienie czynu zabronionego w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w ramach rozpoznawania lub zapobiegania COVID-19,
- działanie w szczególnych okolicznościach.

Pierwsza z przesłanek pozytywnych ma charakter czysto formalny. Stwierdzenie jej zaistnienia sprowadza się do ustalenia obiektywnie weryfikowalnych faktów, tj. określenia, czy czyn zabroniony został popełniony w czasie i miejscu, w którym obowiązywał stan epidemii bądź stan zagrożenia epidemicznego. W praktyce ustalenie tych okoliczności będzie sprowadzało się do analizy konkretnych rozporządzeń wydanych na podstawie art. 46 u.z.z.ch.z.

Druga z przesłanek zostanie spełniona, jeżeli sprawca dopuści się czynu zabronionego, udzielając świadczeń zdrowotnych w ramach rozpoznawania lub leczenia COVID-19.

In genere świadczeniami zdrowotnymi są wszelkie działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.). Przepis art. 24 u.covid zawęża ogólne rozumienie powyższego pojęcia, ograniczając je w dwojaki sposób. Po pierwsze, art. 24 u.covid dotyczy wyłącznie świadczeń zdrowotnych udzielanych na podstawie jednej z pięciu ustaw wymienionych w treści tego przepisu²⁵.

²⁴ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8 maja 2019 r., sygn. II AKz 224/19, Lex nr 2718741.

²⁵ Tj. ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 2020, poz. 514 ze zm.), ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2021, poz. 479), ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera (Dz.U. 2018, poz. 2150 ze zm.), ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. 2020, poz. 882 ze zm.) oraz z u.z.z.ch.z.

Po drugie, nie chodzi o jakiegokolwiek działania służące zdrowiu, ale wyłącznie o działania podejmowane „w ramach rozpoznawania lub leczenia COVID-19”. Konstrukcja sformułowania, którym posłużył się ustawodawca, prowadzi do wniosku, iż mowa jest jedynie o świadczeniach udzielanych osobom zarażonym wirusem SARS-CoV-2 (leczenie) oraz osobom podejrzanym o takowe zakażenie celem jego ostatecznego potwierdzenia lub wykluczenia (rozpoznawanie)²⁶.

Biorąc pod uwagę, że wszystkie czyny zabronione wymienione w art. 24 u.covid mają charakter materialny (skutkowy), można przyjąć, że **omawiana przesłanka zostanie spełniona, jeżeli pomiędzy zachowaniem sprawcy polegającym na udzielaniu ww. świadczeń zdrowotnych²⁷ a skutkiem stanowiącym zniamię jednego z czynów zabronionych objętych kontratypem zachodzić będzie związek przyczynowo-skutkowy²⁸.**

Trzecia przesłanka ma charakter ocenny. Pojęcie „szczególnych okoliczności” nie zostało zdefiniowane ustawowo, chociaż prawodawca posługuje się tym sformułowaniem na gruncie niektórych przepisów²⁹. W języku powszechnym określenie „szczególny” oznacza zaś: odznaczających się czymś osobliwym, zwracający uwagę, niezwykły, wyjątkowy, specjalny³⁰. Przenosząc powyższe stwierdzenie na grunt dotychczasowych rozważań, należy przyjąć, iż **przesłanka działania w szczególnych okolicznościach zostanie spełniona, gdy świadczenia zdrowotne będą udzielane w atypowych (anormalnych) czy ekstraordynaryjnych warunkach.**

Nie chodzi przy tym o atypowość dyktowaną unikatowością sytuacji (np. uczestnictwo w niezwykle rzadko przeprowadzanej operacji), ale raczej o atypowość spowodowaną warunkami udzielania świadczeń zdrowotnych, które odbiegają od powszechnie przyjętych norm istniejących w tym zakresie (np. w sytuacji znacznego i nadmiernego obciążenia personelu medycznego, braku odpowiedniego sprzętu – w tym sprzętu wymaganej jakości, czy braku należycie zaopatrzonych stanowisk szpitalnych).

Powyższe przesłanki muszą zostać spełnione w sposób kumulatywny. Dopiero ich łączne wystąpienie umożliwia skorzystanie z diskutowanego tu kontratypu pod warunkiem niezastąpienia przesłanki negatywnej.

²⁶ Klauzula dobrego samarytanina nie będzie miała więc zastosowania do tożsamyh rodzajowo czynów zabronionych popełnionych w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych pacjentom niezarażonym wirusem SARS-CoV-2 oraz niepodejrzanym o takie zakażenie (*arg. a contrario* z art. 24 u.covid).

²⁷ Bądź zaniechaniu ich udzielenia, tj. powstrzymaniu się od działania, które w danej sytuacji powinno nastąpić.

²⁸ Takie powiązanie zjawisk, w którym jedno wynika z drugiego, a bez zaistnienia pierwszego (przyczyna) drugie by nie nastąpiło (skutek). T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne...*, s. 110.

²⁹ Np. art. 263 § 2 k.p.k. czy art. 6071 § 1a k.p.k.

³⁰ Za: *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/szczegolny;5503514.html> (30.03.2021).

Zgodnie z treścią art. 24 u.covid klauzula nie znajdzie zastosowania w przypadkach, w których skutek stanowiący znamię czynu zabronionego będzie efektem rażącego niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. W tym miejscu należy poczynić kilka uwag odnoszących się do wskazanej przesłanki negatywnej.

Po pierwsze, przesłanki nie aktualizuje jakiegokolwiek naruszenie przez sprawcę zasad ostrożności wymaganych w danych warunkach, lecz tylko takie naruszenie, które osiąga stopień **rażący**. Popelnienie czynu zabronionego na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach jest istotą, a zarazem *conditio sine qua non* strony podmiotowej cechującej się nieumyślnością. Skoro klauzula dobrego samarytanina z założenia obejmuje jedynie czyny popelnione w sposób nieumyślny, to przyjąć należy, że w każdym przypadku rozpatrywanym w kontekście art. 24 u.covid dochodzi do niezachowania przez sprawcę jakichś zasad ostrożności, toteż tylko ich naruszenie w stopniu rażącym uniemożliwi powołanie się na kontratyp.

Po drugie, skoro relewantne znaczenie mają tylko reguły ostrożności wymagane w „danych okolicznościach”, to ocena zachowania sprawcy powinna być każdorazowo zrelatywizowana do stanu faktycznego z chwili popelnienia czynu zabronionego³¹. Implikacją tego na pozór oczywistego stwierdzenia jest wymóg dokonywania tej oceny wyłącznie z pozycji *ex ante*, tj. z uwzględnieniem informacji oraz możliwości diagnostyczno-terapeutycznych, jakimi sprawca dysponował *in tempore criminis* (lub obiektywnie mógł dysponować)³², zgodne z przyjętą i obowiązującą wówczas praktyką medyczną i standardami postępowania, nigdy zaś z pozycji *ex post*.

Warto również zauważyć, że wzorzec staranności będący punktem odniesienia dla dokonywanej oceny powinien być określany przy uwzględnieniu, iż w każdym przypadku mowa jest o sprawcy, który pełni rolę gwaranta zdrowia i życia względem osoby, której udziela świadczeń zdrowotnych. Nie chodzi więc o wymóg zachowania przeciętnej ostrożności, jakiej można wymagać od typowego, rozsądnego i ogólnie wykształconego przedstawiciela społeczeństwa³³, lecz o ostrożność właściwą dla osób posiadających specjalistyczne wykształcenie i wiedzę oraz umiejętności z zakresu nauk medycznych. Ów wzorzec powinien być zgeneralizowany, ale jednocześnie „przedmiotowo” konkretny, a zatem, co wskazano powyżej, odniesiony do warunków sytuacyjnych, w których znalazł się sprawca³⁴.

Jeżeli tak ustalony wzorzec zostanie naruszony w sposób rażący, to klauzula nie znajdzie zastosowania. Jak się wydaje, dotyczy to sytuacji, w których sprawca (gwarant) uchybi **oczywistym** obowiązkom wynikającym z aktualnej

³¹ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 24 maja 2017 r., sygn. II AKa 59/17, Lex nr 2396217.

³² G. Teresiński, R. Mądro, *Rola dokumentacji medycznej w opiniowaniu sądowo-lekarskim*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, s. 26.

³³ Wyrok SA w Łodzi z dnia 28 lutego 2001 r., sygn. II AKa 276/00, Lex nr 54977.

³⁴ K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 116 i n.

wiedzy medycznej, tj. nie podejmie podstawowych i bezsprzecznie wymaganych działań diagnostyczno-terapeutycznych służących ochronie bądź ratowaniu zdrowia i/lub życia albo podejmie je w sposób jednoznacznie błędny, doprowadzając do naruszenia ww. dóbr, chociaż jego właściwości oraz sytuacja, w której się znalazł, **obiektywnie** pozwalały na zachowanie odmienne (niewywołujące skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego).

Ocenny, a co za tym idzie – nieostry charakter dyskutowanej tu przesłanki sprawia, że stworzenie uniwersalnego, abstrakcyjnego katalogu zasad, których niedopełnienie będzie miało każdorazowo charakter rażący, nie wydaje się zabiegiem celowym i może się okazać złudne. Mnogość czynników, które jednocześnie wpływają na stan psychosomatyczny danej osoby, determinuje konieczność przeprowadzania takiej oceny *ad casum*. Niewątpliwie z uwagi na złożoność materii organ prowadzący postępowanie będzie w takich przypadkach korzystał z pomocy biegłych z zakresu nauk medycznych.

Wpływ kontratypu na poszczególne funkcje prawa karnego

Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego nowego kontratypu wywołuje istotne skutki w obszarze prawa karnego materialnego. Dotyczy to zwłaszcza realizacji poszczególnych funkcji tej gałęzi prawa.

Mając na względzie, iż klauzula dobrego samarytanina wpływa na te funkcje w sposób niejednorodny, dalsze rozważania zostaną przeprowadzone odrębnie dla podstawowych funkcji prawa karnego, tj.:

- funkcji sprawiedliwościowej,
- funkcji ochronnej,
- funkcji prewencyjno-wychowawczej,
- funkcji kompensacyjnej.

Istota funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego opiera się na ugruntowanym w społeczeństwie przekonaniu o istnieniu etycznie uzasadnionej potrzeby wyrównywania krzywd wyrządzonych przestępstwem poprzez właściwą reakcję prawnokarną polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary za popełnione przestępstwo³⁵. W każdym przypadku, w którym sprawca uniknie takowej kary, owa potrzeba nie zostanie zaspokojona.

Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku czynów zabronionych o szczególnym ciężarze gatunkowym albo tych, które naruszają dobra praw-

³⁵ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 2. Podobnie: T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne...*, s. 28 oraz M. Mozgawa (*Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2021/Lex), który słusznie zauważa, że kara ma odpowiadać społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a nadto dawać gwarancję skutecznego zwalczania przestępczości i budować zaufanie do obowiązującego systemu prawa.

ne uznane za najważniejsze w danym porządku prawnym. Do tych ostatnich należy zaś zdrowie i życie człowieka.

W świetle powyższych nie może ująć uwagi, iż zakres przedmiotowy omawianego kontratypu determinuje specyficzny układ podmiotowy w relacji sprawca–poszkodowany. Każdorazowo sprawcą czynu będzie tu bowiem osoba pełniąca rolę gwaranta zdrowia i życia (np. lekarz), a poszkodowanym będzie pacjent³⁶, który darzy owego gwaranta szczególnym stosunkiem zaufania, skoro powierza mu w opiekę własne zdrowie i życie. Nie może więc dziwić, iż w przypadku naruszenia wspomnianych dóbr stanowiących *summum bonum* zachodnioeuropejskiego systemu aksjonormatywnego poszkodowany oczekiwał będzie każdorazowo sprawiedliwej reakcji prawnokarnej ze strony organów państwa.

Wprowadzony kontratyp może więc istotnie utrudniać realizację dyskutowanej tu funkcji prawa karnego, zwłaszcza że część czynów zabronionych objętych zakresem kontratypu jest ścigana w trybie wnioskowym (art. 157 § 3, art. 160 § 3 k.k.) bądź z oskarżenia prywatnego (157 § 3 k.k. – w przypadku rozstroju zdrowia trwającego krócej niż 7 dni). Wszczęcie postępowania karnego w ww. przypadkach wymaga więc znacznie większej aktywności ze strony pokrzywdzonego (odpowiednio złożenia wniosku, o którym mowa w art. 12 § 1 k.p.k., bądź wniesienia prywatnego aktu oskarżenia), niż ma to miejsce w przypadku przestępstw ściganych apriorycznie *ex officio*. Niepociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności może w tych przypadkach szczególnie negatywnie oddziaływać na poczucie sprawiedliwości jednostki.

Nadto konfrontacja ze sprawcą zakończona ostatecznym umorzeniem postępowania karnego może sprzyjać *sui generis* wtórnej wiktyimizacji ofiary³⁷, szczególnie gdy sprawca przyzna, że dopuścił się zarzucanego mu czynu zabronionego, a mimo to na skutek działania art. 24 u.covid nie poniesie odpowiedzialności karnej.

Sposobem na zniwelowanie opisanych tu zjawisk jest zwiększenie świadomości społeczeństwa w zakresie innych rodzajów odpowiedzialności prawnej (np. cywilnej i zawodowej), które nie zostają wyłączone kontratypem (zob. niżej), a których wyegzekwowanie może zaspokajać poczucie sprawiedliwości.

³⁶ Na gruncie niniejszego artykułu za pacjenta uważa się każdą osobę będącą rzeczywistym, potencjalnym bądź niedoszłym podmiotem świadczeń zdrowotnych udzielanych przez osoby wykonujące zawód medyczny, niezależnie od wieku, stanu zdrowia czy zdolności do czynności prawnych tej osoby oraz niezależnie od okoliczności udzielenia tych świadczeń. M. Burdzik, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej*, Warszawa 2021, s. 88.

³⁷ Przez wtórną wiktyimizację na gruncie niniejszego artykułu należy rozumieć zjawisko doznania kolejnych krzywd przez osobę poszkodowaną przestępstwem na skutek działania innych osób (w tym organów procesowych), podczas czynności procesowych odnoszących się do zdarzenia będącego przedmiotem procesu. Zob. K. Osiak-Krynica, P. Wróbel, *Znaczenie i wpływ odpowiedniej edukacji sędziów i prokuratorów na ochronę w procesie karnym prawa małoletniego do ochrony przed wtórną wiktyimizacją oraz prawa do przygotowania się do udziału w przesłuchaniu*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, s. 380.

Takie podejście wpisuje się w założenie, iż reakcja prawno-karna z uwagi na jej charakter powinna być zawsze swoistym *ultima ratio*.

Niezależnie od powyższych konieczne jest również informowanie społeczeństwa o *ratio legis* klauzuli dobrego samarytanina, która z istoty swojej jest rozwiązaniem o charakterze ekstraordynaryjnym. **Kontratyp ma na celu niwelację negatywnych następstw pandemii w odniesieniu do pracowników sytemu ochrony zdrowia, którzy podejmują walkę z wirusem SARS-CoV-2 w warunkach dalece nietypowych³⁸, mimo licznych deficytów systemowych, znacznego przeciążenia tego sytemu, niedoborów kadrowych i sprzętowych oraz błędów organizacyjnych, za które osoby te nie powinny ponosić żadnej odpowiedzialności.**

Wpływ omawianego kontratypu na realizację funkcji ochronnej prawa karnego jest z kolei nieznaczący. Wynika to z faktu, iż osoby wykonujące zawody medyczne, objęte zakresem podmiotowym art. 24 u.covid, są z założenia zobowiązane do ochrony zdrowia i życia istoty ludzkiej, a obowiązki te wynikają z szeregu różnych aktów zarówno o charakterze normatywnym, jak i deontologicznym. **Depenalizacja określonych zachowań w tej grupie podmiotów nie niweczy poziomu ogólnej ochrony przyznanej zdrowiu i życiu człowieka na gruncie przepisów prawno-karnych.** Tym bardziej że klauzula dobrego samarytanina jest rozwiązaniem ograniczonym temporalnie, a jej zastosowanie uzależniono od spełnienia szeregu przesłanek, w tym – najistotniejszej – tj. konieczności wykluczenia rażącego naruszenia ostrożności wymaganej od gwaranta w sytuacji udzielania świadczeń zdrowotnych.

Odnosząc się do funkcji prewencyjno-wychowawczej, należy rozpatrzyć zagadnienie odrębnie dla prewencji ogólnej i szczególnej. Pierwsza z nich może przyjmować postać dwojaką i kłaść nacisk na kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa (prewencja ogólna pozytywna) albo wywoływanie efektu „odstrasżającego” (prewencja ogólna negatywna). Oba te oddziaływania przenikają się wzajemnie.

Wśród warunków ich skuteczności wskazuje się na nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawcę³⁹ oraz powszechne oddziaływanie skazania również na osoby postronne, niezainteresowane bezpośrednio rozstrzygnięciem⁴⁰. Celem prewencji ogólnej jest więc utwierdzenie społeczeństwa w przekonaniu, że sprawcy przestępstw zawsze ponoszą odpowiedzialność za swoje czyny⁴¹. Realiza-

³⁸ Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z występowaniem COVID-19 (druk sejmowy nr 683), s. 43, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/7BF6B02A4F4D40DDC125860600509725/%24File/683-ustawa.docx> (30.03.2021).

³⁹ *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021/Lex.

⁴⁰ W judykaturze podkreśla się, że orzeczona kara powinna mieć wpływ na każdego, kto w jakikolwiek sposób dowiedział się o przestępstwie i zapadłym orzeczeniu. Zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 30 marca 2021 r., sygn. II AKa 23/17, Lex nr 2287449.

⁴¹ *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2020/Lex.

cja tej funkcji może napotykać więc pewne trudności w związku z wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego klauzuli dobrego samarytanina, która *ex lege* wyłącza taką odpowiedzialność w odniesieniu do określonej grupy podmiotów objętych kontratypem. Szczególnie że sprawy dotyczące szeroko pojętych błędów medycznych mają często charakter medialny, co znacząco zwiększa zakres zainteresowania społecznego ich przebiegiem i ostatecznym rezultatem.

Warto jednak zauważyć, że rozwiązanie z art. 24 u.covid nie jest jedynym kontratypem znanym w polskim prawie karnym, a pozostałe regulacje o tożsamym charakterze nie wywierają negatywnego wpływu na prewencję ogólną. Jak się wydaje, jest to uzależnione od ugruntowanego w świadomości prawnej społeczeństwa przekonania o słuszności wyłączenia odpowiedzialności karnej w niektórych stanach faktyczno-prawnych (np. w przypadku stosowania obrony koniecznej). To zaś uprawnia do stwierdzenia, że potencjalnie negatywny wpływ, jaki klauzula dobrego samarytanina będzie miała w zakresie prewencji ogólnej prawa karnego, może zostać następczo zminimalizowany poprzez wspomniane już dążenie do wzrostu świadomości prawnej społeczeństwa co do charakteru oraz *ratio legis* omawianego kontratypu.

Istota prewencji szczególnej ogniskuje się zaś na celach zapobiegawczych i wychowawczych, które orzeczona kara ma osiągnąć w stosunku do samego skazanego⁴². Skoro w przypadku zastosowania kontratypu kara ta w ogóle nie jest orzekana, to teoretycznie brak jest wpływu o charakterze prewencji indywidualnej. Nie sposób jednak pominąć faktu, iż polska ustawa karna zawiera rozwiązania przewidujące możliwość warunkowego zwieszenia wykonania kary (art. 69 § 1 k.k.), a nawet warunkowego umorzenie postępowania (art. 66 § 1 k.k.), jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że sprawca (mimo braku zastosowania sankcji karnej) będzie przestrzegał porządku prawnego.

Biorąc pod uwagę charakter podmiotów, które objęte są działaniem dyskusowanego tu kontratypu, można z dużą dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że również w tych przypadkach sprawcy – mimo niepociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej – będą w przyszłości przestrzegali porządku prawnego i nie popełnią przestępstwa⁴³. W takim wypadku efekt prewencji szczególnej zostanie osiągnięty mimo niezastosowania żadnej sankcji karnej.

Wobec niemożności wszczęcia bądź dalszego prowadzenia postępowania karnego w przypadku zastosowania art. 24 u.covid realizacja funkcji kompensacyjnej prawa karnego może podlegać rzeczywistej limitacji. Powstanie przeszkody procesowej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., wyklucza bowiem możliwość zastosowania w postępowaniu instytucji prawno-karnych o charakterze kompensacyjnym, np. orzeczenia obowiązku naprawienia szkody, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k.

⁴² *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021/Lex.

⁴³ Tym bardziej że osoby udzielające świadczeń zdrowotnych podlegają także innym reżimom odpowiedzialności za niedopełnienie ciężących nań obowiązków wynikających z ogólnego imperatywu nakazującego troskę o zdrowie i życie jednostki.

Jakkolwiek taka sytuacja uniemożliwia uzyskanie rekompensaty⁴⁴ w toku procesu karnego, to nie wyłącza możliwości egzekwowania takowych roszczeń w postępowaniu cywilnym⁴⁵.

Implikacje karnoprocesowe kontratypu

Z punktu widzenia ustawy karnoprocesowej aktualizacja kontratypu spowoduje powstanie przeszkody procesowej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Treść art. 24 u.covid jednoznacznie przesądza bowiem, że sprawca, do którego zastosowanie ma kontratyp, „nie popełnia przestępstwa”. Taki stan skutkować będzie zakazem wszczęcia postępowania karnego lub koniecznością jego umorzenia, jeżeli takowe zostało już wszczęte.

Istota kontratypu sprowadza się bowiem do wyłączenia prawnej odpowiedzialności jednostki, mimo że jej działania naruszyły zakaz bądź nakaz wynikający z danej norm sankcjonowanej⁴⁶, wypełniając znamiona czynu zabronionego. Wobec wyłączenia odpowiedzialności ewentualny proces karny miałaby charakter bezprzedmiotowy.

Ustalenie, że w danej sprawie zachodzi konieczność zastosowania art. 24 u.covid, powinno skutkować odpowiednio: odmową wszczęcia postępowania (jeżeli okoliczność została ujawniona jeszcze przed jego wszczęciem), umorzeniem postępowania karnego w drodze postanowienia (w przypadku ujawnienia jej na etapie postępowania przygotowawczego lub po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu, ale przed rozpoczęciem przewodu sądowego) bądź wydaniem wyroku uniewinniającego (jeżeli okoliczności te zostały ujawnione dopiero po rozpoczęciu przewodu – art. 414 § 1 zd. 2 k.p.k.).

W każdej z wyżej wymienionych sytuacji konieczność zastosowania art. 24 u.covid winna być uprzednio ustalona przez organ procesowy zgodnie z ogólnymi regułami postępowania dowodowego. Dotyczy to weryfikacji wszystkich omówionych powyżej przesłanek klauzuli dobrego samarytanina. Organ nie jest przy tym związany treścią wyjaśnień i wniosków oskarżonego składanych w tym zakresie.

Z uwagi na specyfikę kontratypu ustalenie powyższych okoliczności może się wiązać z koniecznością ujawnienia wobec organu informacji objętych tajem-

⁴⁴ Słusznie przyjmuje się w orzecznictwie, że rozwiązanie z art. 46 § 1 ma swego rodzaju rekompensaty za doznaną krzywdę. Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 marca 2020 r., sygn. II AKa 354/19, Lex nr 3069854.

⁴⁵ Skoro nie ma przeszkód ku temu, by mimo orzeczenia środka kompensacyjnego z art. 46 § 1 k.k. dochodzić pozostałej kwoty roszczenia w postępowaniu cywilnym (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. II AKa 349/18, Lex nr 3069826), to *argumentum a minori ad maius* jest stwierdzenie, iż działanie takie jest możliwe również w przypadku, gdy środek ten nie zostanie w ogóle orzeczony.

⁴⁶ M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopi-smo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 26.

nicą lekarską bądź inną tajemnicą zawodów medycznych⁴⁷. Zasadniczo obowiązek zachowania tych tajemnic zawodowych ustępuje każdorazowo wobec prawa do obrony oskarżonego⁴⁸. W zakresie tego ostatniego mieszczą się niewątpliwie działania prowadzące do aktualizacji kontratypu. Należy więc przyjąć, że **uprzednie zwolnienie depozytariusza tajemnicy medycznej z obowiązku jej zachowania przez organ procesowy nie będzie w tym przypadku konieczne**. Dotyczy to zarówno oskarżonego *sensu stricto*, jak i podejrzanego.

Wniosek ten należy odnieść w sposób analogiczny do osoby podejranej. Choć ta ostatnia nie jest stroną procesową, to także powinna posiadać możliwość posługiwania się informacjami objętymi tajemnicą zawodową, by przy ich pomocy kontestować zasadność kierowania przeciwko niej przyszłego postępowania karnego⁴⁹.

Wpływ kontratypu na inne postępowania

Należy podkreślić, że art. 24 u.covid wyłącza jedynie odpowiedzialność karną, jaka groziłaby sprawcy z tytułu popełnienia czynu zabronionego. Jak wskazano powyżej, aktualizacja kontratypu powoduje niemożność skazania danej osoby w procesie karnym, nie wyklucza jednak pociągnięcia jej do odpowiedzialności cywilnej czy zawodowej.

Tytułem przykładu wskazać należy, że zgodnie z art. 53 u.o.i.l.⁵⁰ członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza. Jednocześnie postępowanie w przedmiocie tej odpowiedzialności toczy się **niezależnie** od postępowania karnego lub postępowania dyscyplinarnego dotyczącego tego samego czynu, co zostało wskazane wprost w art. 54 ust. 1 u.o.i.l. Teżsame zasady odnoszą się do odpowiedzialności zawodowej pielęgniarek i położnych⁵¹.

Wszystkie kategorie osób wykonujących zawody medyczne, które objęte są działaniem dyskutowanego kontratypu, mogą przy tym ponosić odpowiedzialność cywilną na zasadach ogólnych przewidzianych w k.c.⁵² Dotyczy to zarówno odpowiedzialności *ex delicto* (art. 444–446¹ i n. k.c.), jak i *ex contractu* (art. 471 i n. k.c.). Okoliczność braku skazania sprawcy w sensie karnym ma w tym przypadku znacznie irrelevantne dla dochodzonych roszczeń.

⁴⁷ Tajemnica medyczna jest pojęciem o charakterze zbiorczym i obejmuje swoim zakresem również konfidencję osób wykonujących profesje medyczne inne niż lekarska, tj. m.in. pielęgniarzy i położne, ratowników medycznych czy felczerów. Szerzej na ten temat zob. M. Burdzik, *Lekarz w procesie...*, s. 66 i n.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 212.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 216.

⁵⁰ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. 2019, poz. 965 ze zm.).

⁵¹ Odpowiednio art. 36 ust. 1 oraz art. 37 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarzy i położnych (Dz.U. 2018, poz. 916 ze zm.).

⁵² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740 ze zm.).

Podsumowanie

1. Artykuł 24 u.covid wprowadza nowy kontratyp pozakodeksowy zwany klauzulą dobrego samarytanina, który wyłącza odpowiedzialność karną za nieumyślny i nierażący błąd medyczny popełniony przez osoby udzielające świadczeń zdrowotnych w ramach leczenia lub rozpoznawania COVID-19.
2. Kontratyp nie ma zastosowania do świadczeń zdrowotnych udzielanych w innym zakresie.
3. Aktualizacja kontratypu powoduje powstanie przeszkody procesowej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., implikując konieczność umorzenia prowadzonego postępowania karnego bądź odpowiednio zakaz jego wszczęcia.
4. Kontratyp może uniemożliwiać pełną realizację funkcji sprawiedliwościowej i kompensacyjnej prawa karnego.
5. Kontratyp może negatywnie wpływać na prewencję ogólną prawa karnego.
6. W celu niwelacji ww. zjawisk należy sukcesywnie poszerzać świadomość prawną społeczeństwa w zakresie dotyczącym charakteru oraz racji leżących u podstawy wprowadzenia do polskiego porządku prawnego tzw. klauzuli dobrego samarytanina.
7. Realizacja funkcji ochronnej prawa karnego oraz funkcji prewencyjno-wychowawczej w jej aspekcie indywidualnym (szczególnym) nie zostaje ograniczona przez wprowadzenie kontratypu.
8. Zakres stosowalności kontratypu jest ograniczony temporalnie oraz wymaga spełnienia szeregu przesłanek, co minimalizuje ryzyko jego nadużyć.
9. Kontratyp nie wpływa na zniesienie innych rodzajów odpowiedzialności (tj. odpowiedzialności cywilnej, zawodowej czy dyscyplinarnej).
10. Kontratyp ma na celu niwelację negatywnych następstw pandemii w odniesieniu do pracowników systemu ochrony zdrowia, którzy podejmują walkę z wirusem SARS-CoV-2 w warunkach ekstraordynaryjnych, wobec licznych deficytów i znacznego przeciążenia systemu opieki zdrowotnej, niedoborów kadrowych i sprzętowych oraz błędów organizacyjnych, za które osoby te nie ponoszą żadnej odpowiedzialności.

Bibliografia

- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2.
- Błachnio A., *Miejsce popełnienia czynu zabronionego przez podlegacza i pomocnika – zarys problematyki*, „Palestra” 2006, nr 7–8.
- Burdzik M., *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej*, Warszawa 2021.
- Dukiet-Nagórska T., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296*, t. I, Warszawa 2011.

- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2021.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzonek, Warszawa 2020.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2018.
- Lipiński K., *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020.
- Osiak-Krynica K., Wróbel P., *Znaczenie i wpływ odpowiedniej edukacji sędziów i prokuratorów na ochronę w procesie karnym prawa małoletniego do ochrony przed wtórną wiktymizacją oraz prawa do przygotowania się do udziału w przesłuchaniu*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2020, nr 50.
- Pohl L., *Artykuł 2 Kodeksu karnego w roli wyznacznika podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 2008, nr 3.
- Teresiński G., Mądro R., *Rola dokumentacji medycznej w opiniowaniu sądowo-legarskim*, „*Prokuratura i Prawo*” 2002, nr 11.

Streszczenie

Klauzula dobrego samarytanina jest nowym kontratypem, który wyłącza odpowiedzialność karną za nierażący i nieumyślny błąd medyczny. Przyjęte rozwiązanie jest z jednej strony istotnym precedensem w podejściu do problematyki błędów medycznych i stanowi wyraźny zwrot w stronę systemu *no fault*. Z drugiej zaś strony może negatywnie wpływać na realizację niektórych funkcji prawa karnego. Celem artykułu jest kompleksowa analiza wprowadzonego kontratypu, próba oceny jego zasadności oraz wpływu na system opieki zdrowotnej i fundamentalne założenia polityki kryminalnej państwa w kontekście funkcji prawa karnego.

Słowa kluczowe: klauzula dobrego samarytanina, kontratyp, COVID-19, odpowiedzialność za błąd medyczny

GOOD SAMARITAN CLAUSE, A NEW JUSTIFICATION IN RELATION TO THE COUNTER-COVID-19

Summary

‘The Good Samaritan Clause’ is a new justification, which exclude criminal liability for non-blamable and unintentional medical error. The solution adopted is, on the one hand, an important precedent in the approach to the issue of medical errors and represents turn towards the ‘no fault’ system. On the other hand, it may adversely affect the implementation of certain functions of criminal law.

The aim of the article is a comprehensive analysis of the justification introduced, an attempt to assess its legitimacy and impact on the health care system and the fundamental assumptions of the state's criminal policy in the context of criminal law functions.

Keywords: Good Samaritan Clause, justification, COVID-19, medical error liability

Dorota Kamuda

Politechnika Rzeszowska

ORCID: 0000-0002-4415-527X

PRZESTĘPSTWO OSZUSTWA GOSPODARCZEGO Z ART. 297 K.K. ZAGROŻENIEM BEZPIECZEŃSTWA OBROTU GOSPODARCZEGO

Wprowadzenie

Zasada pewności i bezpieczeństwa obrotu gospodarczego stanowi jedną z naczelných zasad prawa prywatnego¹. Szczególnie doniosłą rolę odgrywa ona w obrocie profesjonalnym² z uwagi na występowanie w nim zagrożeń, które nie mają miejsca w stosunkach prawnych wyłącznie pomiędzy osobami fizycznymi. Bezpieczeństwo można rozpatrywać w wymiarze globalnym, regionalnym lub krajowym. Obserwuje się także wzrost znaczenia czynnika ekonomicznego w zachowaniu bezpieczeństwa. Zwraca się uwagę na nasilenie zagrożeń zarówno w krajowym, jak i międzynarodowym obrocie gospodarczym, które są związane nie tylko z terroryzmem, ale również z zagrożeniami systemowymi i nieprawidłowościami obrotu gospodarczego. Konieczne jest więc zastosowanie zwiększonych środków ochrony³. Swoboda i szybkość obrotu zakładająca minimum formalności i jego bezpieczeństwo, które z kolei zakłada konieczność zastosowania się do zwiększonych wymogów formalnych, mogą się niejednokrotnie wzajemnie wykluczać⁴. Niemniej ochrona bezpieczeństwa obrotu powinna spowodować minimalizację ryzyka gospodarczego⁵.

¹ M. Safjan, *Zasady prawa prywatnego* [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 288; K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 21.

² M. Safjan, *Zasady prawa...*, s. 294.

³ Zob. J. Okolski, M. Szyszka, *Zasada bezpieczeństwa obrotu gospodarczego w prawie spółek handlowych* [w:] *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem*, t. II: *Bezpieczeństwo*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 2010, s. 363 i n.

⁴ Por. J. Okolski, D. Wajda, *Pojęcie i specyfika prawa handlowego* [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 2008, s. 32.

⁵ T. Mróz, M. Stec, *Prawo gospodarcze prywatne*, Warszawa 2005, s. 18.

Bezpieczeństwo obrotu gospodarczego jest istotnym czynnikiem zapewniającym stabilność gospodarczą niezwykle pożądaną z punktu widzenia bezpieczeństwa ekonomicznego. Zapewnienie bezpieczeństwa obrotu gospodarczego stanowi wyznacznik polityki ekonomicznej państwa⁶. Przejrzystość reguł funkcjonowania rynku, skuteczna i uczciwa konkurencja, bezpieczeństwo uczestników obrotu gospodarczego wymagają niejednokrotnie ochrony wykraczającej poza narzędzia wyłącznie cywilistyczne i gospodarcze. Za penalizacją przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu stoi szeroko rozumiany interes społeczny, ujmowany zarówno jako interes budżetu państwa, jak i sektora prywatnego. Stąd też jednoznaczna i zdecydowana reakcja ustawodawcy ukierunkowana na ochronę należycie funkcjonującego obrotu gospodarczego⁷.

Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu stanowią wyodrębnioną kategorię czynów zabronionych. W obowiązującym Kodeksie karnym⁸ zamieszczone są one w rozdziale XXXVI i należą do nich: wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym (art. 296 k.k.), łapownictwo na stanowisku kierowniczym (art. 296a k.k.), oszustwo gospodarcze (art. 297 k.k.), wyłudzenie odszkodowania (art. 298 k.k.), pranie brudnych pieniędzy (art. 299 k.k.), udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela (art. 300 k.k.), pokrzywdzenie wierzyciela (art. 301 k.k.), uprzywilejowanie wierzycieli, łapownictwo w postępowaniu upadłościowym lub restrukturyzacyjnym (art. 302 k.k.), niwelowanie dokumentacji działalności gospodarczej (art. 303 k.k.), wyzysk kontrahenta (art. 304 k.k.), zakłócenie przetargu publicznego (art. 305 k.k.), fałszowanie znaków identyfikacyjnych (art. 306 k.k.).

Przedmiotem rozważań niniejszego opracowania są regulacje prawne dotyczące przestępstwa oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.

Przestępstwo oszustwa gospodarczego zostało wprowadzone do polskiego ustawodawstwa przez ustawę z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego⁹. Zgodnie z art. 3 § 1 tej ustawy penalizacji podlegało zachowanie sprawcy działającego w celu uzyskania kredytu, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego polegające na przedkładaniu fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów albo nierzetelnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego. Natomiast w § 2 określono przestępstwo niepowiadomienia właściwego organu lub instytucji przez osoby do tego zobowiązane o powstaniu okoliczności mogących mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego kredytu, gwarancji kredy-

⁶ M. Karpiuk, *Ochrona konsumentów jako standard bezpieczeństwa obrotu gospodarczego*, „Postępy Techniki Przetwórstwa Spożywczego” 2015, nr 1, s. 152 i n.

⁷ <https://prawokame.kn-adwokaci.pl/przestepstwa-przeciwko-obrotowi-gospodarczemu/> (2.12.2019.).

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2019, poz. 1950 ze zm.).

⁹ Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. nr 126, poz. 615).

towej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego. Obydwa czyny zabronione zagrożone były karą pozbawienia wolności do lat 5. Z kolei w § 3 uregulowano instytucję czynnego żalu sprawcy ww. przestępstw polegającego na tym, że nie podlegali karze ich sprawcy, jeżeli przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegli wykorzystaniu kredytu, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego uzyskanych w sposób określony w § 1 lub 2 art. 3.

Po wejściu w życie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁰ przepis ten został praktycznie przeniesiony do art. 297 k.k., przy czym dokonano w nim jedynie kilku zmian. W § 1 tego przepisu dodano po słowach „w celu uzyskania” określenie „dla siebie lub innej osoby”, co spowodowało, że zostały wyeliminowane wątpliwości, które pojawiły się na gruncie wskazanej wyżej ustawy co do kwestii realizacji znamion czynu zabronionego poprzez działania również na rzecz innego podmiotu, a nie tylko w celu uzyskania odpowiedniego świadczenia dla siebie. Ponadto dodano do instytucji, na których uzyskanie nakierowane jest zachowanie sprawcy, „pożyczkę bankową” oraz zawężono określenie znamion czynności wykonawczej polegającej na składaniu nierzetelnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla wskazanych w przepisie świadczeń jedynie do oświadczeń pisemnych. Natomiast w § 3 art. 297 k.k. rozszerzono zakres niepodlegania karze również w przypadku rezygnacji przez sprawcę z zamówienia publicznego lub dotacji oraz gdy sprawca zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego.

Znaczące zmiany tego przepisu nastąpiły w wyniku jego nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń¹¹. Głównym powodem wprowadzenia tej noweli była konieczność dostosowania przepisów karnych do wymogów unijnych, a przede wszystkim Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich¹². Do najbardziej istotnych modyfikacji wprowadzonych ww. ustawą należy w szczególności zaliczyć rozszerzenie katalogu instytucji gospodarczych objętych ochroną karnoprawną o poręczenie, akredytywę, elektroniczny instrument płatniczy oraz potwierdzenie przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji, lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy. Z tym że wszystkie wskazane w przepisie (również poprzednio występujące) formy wspierania lub współpracy gospodarczej mają być udzielane przez banki lub podmioty o podobnym charakterze albo są finansowane ze środków publicznych¹³. Wprowadzona nowelizacja dokonała także zmia-

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553).

¹¹ Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. nr 69, poz. 626).

¹² Uzasadnienie ustawy z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń.

¹³ Por. T. Oczkowski, *Oszustwo kredytowe, subwencyjne i w zakresie zamówień publicznych*, „Prokurator” 2005, nr 4, s. 27 i n.

ny opisu czynności sprawczych. W miejsce dotychczasowego przedłożenia fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów albo nierzetelnych pisemnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego wprowadzono czynności sprawcze polegające na przedłożeniu podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu, albo nierzetelnego pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia. Zmiany te sprowadzają się głównie do doprecyzowania pojęcia „fałszywy dokument”, przyjmując że stanowi go dokument podrobiony lub przerobiony, oraz wprowadzenia pojęcia „dokument nierzetelny”¹⁴. Nowela zawierała jeszcze szereg innych modyfikacji, w tym znaczną ilość o charakterze redakcyjnym.

Do dziś przepis ten był zmieniony jeszcze raz. Drobną modyfikacją treści art. 297 k.k. została dokonana ustawą z dnia 12 lipca 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw¹⁵ i sprowadziła się do wykreślenia słowa „elektroniczny” przy zapisie „instrument płatniczy”. Zmiana ta miała znaczenie wyłącznie techniczne, spowodowana została zastąpieniem pojęcia „elektroniczny instrument płatniczy”, które występowało w uchylonej ustawie z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych¹⁶, pojęciem „instrument płatniczy”. Zmodyfikowane określenie posiada jednak taki sam zakres pojęciowy, dlatego też zmiana ta nie miała charakteru merytorycznego i nie zmieniła zakresu stosowania przepisu karnego.

Obecne brzmienie art. 297 k.k. stanowi, że:

§ 1. Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi – kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi, nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na

¹⁴ J. Skorupka, *Przestępstwo oszustwa finansowego z art. 297 k.k., po noweli z marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 7–8, s. 135 i n.

¹⁵ Ustawa z dnia 12 lipca 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1036).

¹⁶ Ustawa z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. 2012, poz. 1232).

wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego wsparcia finansowego, określonego w § 1, lub zamówienia publicznego albo na możliwość dalszego korzystania z instrumentu płatniczego.

§ 3. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wykorzystaniu wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, określonych w § 1, zrezygnował z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego.

Podstawowe pojęcia

W tym miejscu konieczne jest zdefiniowanie i wykładnia pojęć zawartych w art. 297 k.k. Z uwagi na to, że k.k. nie zawiera ich legalnej definicji, należy posiłkować się w tym zakresie interpretacją zawartą w prawie cywilnym i gospodarczym. Odwołanie się do definicji z zakresu innych gałęzi prawnych jest nie tylko możliwe, ale i konieczne ze względu na zasadę wtórności prawa karnego gospodarczego¹⁷. Do pojęć tych należą w szczególności: „bank”, „środki publiczne”, „kredyt”, „pożyczka pieniężna”, „poręczenie”, „gwarancja”, „akredytywa”, „dotacja”, „subwencja”, „instrument płatniczy”, „zamówienie publiczne”. Szczegółowa analiza wskazanych wyżej instytucji znacząco przekracza ramy niniejszego opracowania, dlatego też ograniczono ją wyłącznie do wskazania definicji legalnych znajdujących się we wskazanych poniżej aktach prawnych.

Zgodnie z Prawem bankowym bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym¹⁸. Natomiast jednostka organizacyjna prowadząca podobną do banku działalność gospodarczą na podstawie ustawy to m.in. jednostka organizacyjna, która na podstawie odrębnej ustawy gromadzi oszczędności oraz udziela pożyczek pieniężnych osobom fizycznym zrzeszonym w tej jednostce¹⁹. Należą tutaj np. spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe²⁰, pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe²¹ oraz kasy mieszkaniowe²².

¹⁷ Por. K. Pecuszk, *Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego. Wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2015, nr 87, s. 138.

¹⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. 2018, poz. 2187 ze zm.), art. 2.

¹⁹ Art. 3 pkt 2.

²⁰ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. 2018, poz. 2386 ze zm.).

²¹ Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. 2019, poz. 263 ze zm.), art. 39.

²² Ustawa z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz.U. 2019, poz. 2195), art. 2.

Ustawa o finansach publicznych definiuje pojęcie „środki publiczne”. Zgodnie z jej zapisami są nimi: 1) dochody publiczne; 2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA); 2a) środki, o których mowa w 3b ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju²³, czyli unijne instrumenty inżynierii finansowej i unijne instrumenty finansowe oraz środki pomocy zwrotnej; 3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2; 4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące: a) ze sprzedaży papierów wartościowych, b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego, c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych, d) z otrzymanych pożyczek i kredytów, e) z innych operacji finansowych; 5) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł²⁴.

Z kolei organami lub instytucjami dysponującymi takimi środkami publicznymi są: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; związki metropolitalne; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego²⁵.

Umowa kredytu zdefiniowana jest w Prawie bankowym. Zgodnie z regulacjami zawartymi w tej ustawie przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu²⁶.

²³ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. 2019, poz. 1295).

²⁴ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2019, poz. 869 ze zm.), art. 5 ust. 1.

²⁵ Art. 9.

²⁶ Art. 69 ust. 1.

Umowa pożyczki uregulowana jest w k.c. Przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości²⁷.

Prawo bankowe zawiera normy definiujące umowę poręczenia. Polega ona na tym, że poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał²⁸.

Gwarancja bankowa również określona jest w Prawie bankowym, zgodnie z którym jest to jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku²⁹.

Prawo bankowe definiuje też pojęcie akredytywy, którym jest własne zobowiązanie banku działającego na zlecenie klienta podmiotu do zapłaty określonej kwoty pieniężnej na rzecz beneficjenta akredytywy po spełnieniu przez beneficjenta wszystkich warunków określonych w akredytywie³⁰.

Dotacje zgodnie z ustawą o finansach publicznych to podlegające szczególnym zasadom rozliczania środki z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego oraz z państwowych funduszy celowych przeznaczone na podstawie tej ustawy, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych. Ustawa ta wyróżnia dotacje celowe, podmiotowe i przedmiotowe. Dotacje można ponadto podzielić na bezpośrednie, tj. w formie przyznania określonej kwoty pieniężnej, albo pośrednie, tj. w formie kredytu, którego poręczycielem albo gwarantem jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego.

Subwencja zgodnie z powołaną wyżej ustawą stanowi nieodpłatną i bezzwrotną pomoc państwa – działającego przez swoje organy – finansowaną bezpośrednio z budżetu państwa. Ustawa o finansach publicznych wyróżnia subwencje ogólne dla jednostek samorządu terytorialnego oraz subwencje dla partii politycznych.

Zgodnie z ustawą o usługach płatniczych instrument płatniczy to zindywidualizowane urządzenie lub uzgodniony przez użytkownika i dostawcę zbior procedur, wykorzystywane przez użytkownika do złożenia zlecenia płatniczego³¹.

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2019, poz. 1145), art. 720 § 1.

²⁸ Art. 876 § 1.

²⁹ Art. 81.

³⁰ Art. 85 ust. 1.

³¹ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. 2019, poz. 659 ze zm.), art. 2 pkt 10.

Z kolei zamówieniem publicznym zgodnie z Prawem zamówień publicznych jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, opłacana w całości lub w części ze środków publicznych³².

Charakterystyka przestępstwa oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.

Przestępstwo oszustwa gospodarczego uregulowane w art. 297 k.k. w doktrynie nazywane jest również m.in. oszustwem finansowym, kapitałowym, kredytowym. Wyróżniamy dwa etapy działania sprawcy. Artykuł 297 § 1 k.k. penalizuje przedkładanie nierzetelnych dokumentów na etapie uzyskiwania prawa do świadczenia, natomiast art. 297 § 2 k.k. – niepowiadomienie o zwiększeniu ryzyka instrumentu finansowego już po udzieleniu świadczenia. Natomiast art. 297 § 3 k.k. zawiera klauzulę czynnego żalu.

Przedmiot ochrony

Ogólnym przedmiotem ochrony jest prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego, chroniąc zarówno indywidualne interesy uczestników tego obrotu, jak i ponadczasowe interesy gospodarcze społeczeństwa³³. W literaturze niektórzy autorzy doprecyzowują, że ochronie podlega część obrotu gospodarczego, tj. obrót finansowy³⁴, a w zasadzie jedynie jego aspekt związany z rzetelnym pozyskiwaniem którejś z wymienionych w przepisie postaci wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia³⁵.

Szczególnym przedmiotem ochrony jest prawidłowość, rzetelność i uczciwość obrotu finansowego³⁶.

Strona przedmiotowa

Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 297 § 1 k.k. może przybierać następujące formy: 1) przedkładania dokumentów podrobionych; 2) przedkładania do-

³² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843), art. 2 pkt 13.

³³ Wyrok SN z dnia 5 maja 2011 r., sygn. IV KK 57/11, Lex nr 848168; P. Kardas, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 630 i n.

³⁴ R. Góral, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 518; A. Marek, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 623 i n.; M. Gałązka, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018, s. 1428 i n.

³⁵ J. Giezek, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 1150 i n.

³⁶ C. Bylica, *Oszustwo kredytowe na tle obecnego i przyszłego stanu prawnego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 3, s. 78 i n.

kumentów przerobionych; 3) przedkładania dokumentów poświadczających nieprawdę; 4) przedkładania dokumentów nierzetelnych; 5) przedkładania nierzetelnych pisemnych oświadczeń.

Podrobienie dokumentu polega na sporządzeniu dokumentu, któremu nadano pozory dokumentu autentycznego, pochodzącego od osoby uprawnionej³⁷. Przerobienie dokumentu to działanie, które polega na modyfikacji autentycznej treści dokumentu przez osobę nieuprawnioną³⁸. Dokument poświadczający nieprawdę to dokument autentyczny, czyli wydany przez uprawniony podmiot w przewidzianym przez prawo trybie i formie, ale zawierający informacje nieprawdziwe. Nierzetelny dokument albo nierzetelne pisemne oświadczenie to dokument lub oświadczenie, które zawiera w swojej treści informacje nieprawdziwe bądź niepełne oraz te, których treść została sformułowana w sposób wprowadzający w błąd adresata³⁹. Pisemne oświadczenia to zarówno pisma wymagane przez przepisy prawa albo regulaminy wewnętrzne podmiotu, jak i oświadczenia samorzutnie przedkładane przez sprawcę podczas postępowania prowadzonego w związku z ubieganiem się o którąkolwiek z instytucji finansowych wymienionych w art. 297 § 1 k.k.⁴⁰

Przestępstwo z art. 297 § 1 k.k. można popełnić jedynie w formie działania. Będzie ono polegało w szczególności na składaniu dokumentów lub pisemnych oświadczeń, występowaniu z nimi wobec organu albo uprawnionej osoby czy też oddawaniu ich do przejrzenia lub oceny⁴¹. Omawiane przestępstwo popełnione jest w chwili faktycznego złożenia przez sprawcę dokumentu lub pisemnego oświadczenia instytucji finansowej⁴². Występek z art. 297 § 1 k.k. jest przestępstwem formalnym⁴³.

Do elementów strony przedmiotowej przestępstwa z art. 297 § 2 k.k. należą: 1) powstanie sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie, ograniczenie wysokości udzielonego wsparcia finansowego lub zamówienia publicznego albo na możliwość dalszego korzystania z instrumentu płatniczego; 2) obowiązek powiadomienia o takiej sytuacji właściwego podmiotu; 3) świadomość po stronie sprawcy o powyższej sytuacji i obowiązku powiadomienia; 4) zaniechanie powiadomienia właściwego podmiotu⁴⁴. Przestępstwo z art. 297 § 2 k.k. jest popeł-

³⁷ Zob. wyrok SN z dnia 24 października 2013 r., sygn. III KK 373/13, Lex nr 1386041.

³⁸ Zob. wyrok SN z dnia 27 listopada 2000 r., sygn. III KKN 233/98, Lex nr 51125.

³⁹ J. Giezek, komentarz do art. 297 k.k., s. 1150 i n.; M. Kulik, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019, s. 969 i n.; P. Kardas, komentarz do art. 297 k.k., s. 630 i n.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 7 marca 2013 r., sygn. V KK 304/12, Lex nr 1302183.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 2 grudnia 2003 r., sygn. IV KK 37/03, Lex nr 108050.

⁴² R. Zawłocki, *Oszustwa gospodarcze. Analiza przepisów art. 297 i 298 k.k.*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 3, s. 259 i n.

⁴³ Zob. M. Bojarski, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1578 i n.

⁴⁴ Por. I. Zgoliński, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2018, s. 1318 i n.

nione w chwili upływu terminu do poinformowania podmiotu o zaistnieniu okoliczności rodzących obowiązek powiadomienia lub przy braku istnienia tego terminu – niezwłocznie po powzięciu o nim wiedzy przez zobowiązanego⁴⁵.

Obowiązek powiadomienia musi mieć charakter formalny, w szczególności wynikać z ustawy, umowy, regulaminu. Niepowiadomienie oznacza brak lub niepełne przekazanie informacji. Będzie ono miało miejsce również w sytuacji celowego powiadomienia niewłaściwej instytucji oraz niedochowania wymaganej formy powiadomienia⁴⁶.

Przestępstwo z art. 297 § 2 k.k. może zostać popełnione wyłącznie w formie zaniechania. Jest to przestępstwo formalne.

Podmiot przestępstwa

Przestępstwo określone w art. 297 § 1 k.k. jest przestępstwem powszechnym. Odpowiedzialności karnej podlega zarówno osoba, która stara się uzyskać świadczenie dla siebie, jak i inna osoba, która przedkłada dokumenty lub oświadczenia wskazane w tym przepisie w celu udzielenia świadczenia dla innego podmiotu. Podmiotem tego przestępstwa może być też osoba udzielająca poręczenia⁴⁷.

Natomiast przestępstwo z art. 297 § 2 k.k. jest przestępstwem indywidualnym. Może zostać popełnione wyłącznie przez osobę zobowiązaną do powiadomienia instytucji finansowej o faktach, o których mowa w tym artykule⁴⁸.

Strona podmiotowa

Czyn zabroniony z art. 297 § 1 k.k. ma charakter umyślny i może zostać popełniony tylko z zamiarem bezpośrednim kierunkowym⁴⁹. Przemawia za tym wymóg działania sprawcy w celu uzyskania kredytu czy pozostałych instrumentów finansowych wymienionych w treści przepisu⁵⁰. Natomiast czyn zabroniony z art. 297 § 2 k.k. ma również charakter umyślny, ale może zostać popełniony zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym⁵¹.

⁴⁵ M. Kulik, komentarz do art. 297 k.k., s. 969 i n.

⁴⁶ R. Zawłocki, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 797 i n.; J. Potulski, komentarz do art. 297 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1755 i n.; J. Skorupka, *Przestępstwo oszustwa...*, s. 149.

⁴⁷ Wyrok SA w Łodzi z dnia 26 lipca 2000 r., sygn. II AKa 93/00, Lex nr 50215.

⁴⁸ M. Bojarski, komentarz do art. 297 k.k., s. 1578 i n.

⁴⁹ Por. J. Skorupka, *Wybrane zagadnienia konstrukcji typów szczególnych przestępstw oszustwa*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 14, s. 637 i n.

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 15 października 2013 r., sygn. III KK 184/13, Lex nr 1388228; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2006 r., sygn. WA 35/05, Lex nr 181046; A. Marek, komentarz do art. 297 k.k., s. 623 i n.

⁵¹ P. Kardas, komentarz do art. 297 k.k., s. 630 i n.

Sankcja karna i tryb ścigania

Obydwa występki z art. 297 k.k. są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Ich ściganie odbywa się z urzędu w trybie publiczno-skargowym.

Artykuł 297 § 3 k.k. określa instytucję czynnego żalu, która ma zastosowanie do czynu zabronionego przewidzianego zarówno w § 1, jak i w § 2 tego przepisu. Przybiera ona postać: 1) zapobieżenia wykorzystania wsparcia finansowego lub instrumentu finansowego; 2) zrezygnowania z dotacji lub zamówienia publicznego; 3) zaspokojenia roszczenia pokrzywdzonego. Określone działanie bądź zaniechanie sprawcy musi nastąpić przed wszczęciem postępowania karnego. Sytuacja dotyczy wszczęcia postępowania w sprawie (*in rem*), a nie wszczęcia postępowania przeciwko osobie (*in personam*)⁵².

Zapobieżenie wykorzystania wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego oznacza takie działanie lub zaniechanie sprawcy, którego następstwem jest brak uruchomienia określonej formy wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, czyli kredytu, pożyczki pieniężnej, gwarancji, poręczenia, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji, lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego. Może ono przybrać formę m.in. niepodjęcia przyznanego świadczenia lub jego zwrotu. W tym przypadku nie jest konieczne formalne zawiadomienie instytucji przyznającej świadczenie. Natomiast w przypadku rezygnacji z zamówienia lub dotacji konieczne będzie jednoznaczne oświadczenie złożone podmiotowi, który przyznał dotację lub złożył zamówienie.

Klauzula niekaralności w przypadku zaspokojenia roszczeń pokrzywdzonego dotyczy sytuacji, gdy uzyskane świadczenie jest chociażby częściowo w stadium realizacji. Skorzystanie z tej instytucji przez sprawcę może nastąpić wyłącznie, gdy miało miejsce ich zaspokojenie w całości. Nie dotyczy to sytuacji, gdy roszczenia pokrzywdzonego zostały zaspokojone jedynie częściowo. W przypadku zaspokojenia roszczeń pokrzywdzonego za pośrednictwem osoby trzeciej konieczne jest natomiast ustalenie, że nastąpiło to z inicjatywy sprawcy⁵³. Bez znaczenia jest zaś, czy motywy towarzyszące sprawcy w sytuacji uzasadniającej zastosowanie instytucji czynnego żalu były pozytywne, czy też negatywne⁵⁴, gdyż nie stanowią one przesłanki czynnego żalu.

⁵² Postanowienie SN z dnia 1 października 2014 r., sygn. III KK 103/14, Lex nr 1526586; wyrok SA w Gdańsku z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II AKa 289/13, Lex nr 1428039; B. Kuźrępa, *Oszustwo gospodarcze*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5, s. 53.

⁵³ Wyrok SN z dnia 1 lipca 2009 r., sygn. III KK 20/09, Lex nr 515553.

⁵⁴ M. Klubińska, *Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.*, Warszawa 2014, s. 305 i n.

Podsumowanie

Na przestrzeni lat 2008–2016 liczba przestępstw z art. 297 § 1 i 2 k.k. przedstawionych w niniejszym opracowaniu kształtowała się następująco (poz. 1 – liczba wszczętych postępowań, poz. 2 – liczba przestępstw stwierdzonych):

Tabela 1. Liczba przestępstw z art. 297 § 1 i 2 k.k.

ROK	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
poz. 1	6098	6599	5335	4165	3880	3371	3380	2794	2842
poz. 2	10 792	11 415	11 844	9286	7851	6637	7968	6175	4763

Źródło: opracowanie własne na podstawie ogólnopolskich statystyk policyjnych⁵⁵.

W ramach toczących się postępowań karnych w latach 2008–2018 liczba prawomocnych orzeczeń sądowych, na podstawie których nastąpiło skazanie sprawców przestępstwa z art. 297 k.k., wynosiła:

Tabela 2. Liczba prawomocnych skazań za przestępstw z art. 297 § 1 i 2 k.k.

ROK	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 297 § 1	2290	2751	3073	2699	2356	2101	1558	1379	1298	1113	834
art. 297 § 2	8	5	8	5	5	2	10	4	5	6	7

Źródło: opracowanie własne na podstawie ogólnopolskich statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości⁵⁶.

W ramach wskazanych powyżej danych, jak wynika z literatury przedmiotu, najczęściej mamy do czynienia z formą popełnienia przestępstwa z art. 297 k.k. w postaci wyłudzeń kredytów gotówkowych lub ratalnych oraz pożyczek na cele konsumpcyjne. Niejednokrotnie prawidłowa ocena zdolności kredytowej sprawcy, a nie jedynie zastosowanie procedur uproszczonych przez instytucje udzielające kredytów i pożyczek, które w dużej mierze opierają się na dokumentach przedłożonych przez sprawcę lub osoby udzielające pomocy w popełnieniu przestępstwa, bez prawidłowej ich weryfikacji, mogła zapobiec dokonaniu przestępstwa z art. 297 k.k.⁵⁷

⁵⁵ <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-17/63921,Oszustwo-kredytowe-art-297.html> (2.12.2019).

⁵⁶ <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (2.12.2019.).

⁵⁷ Zob. K. Buczkowski, *Oszustwo kredytowe (art. 297 k.k.) – ocena skuteczności zwalczania patologii w pozyskiwaniu środków na cele gospodarcze*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2012, nr 11, s. 121 i n.

Badając liczbę i rodzaj przestępstwa z art. 297 k.k., należy zwrócić uwagę na to, że aby prawidłowo zakwalifikować konkretne zachowania jako czyny niedozwolone z tego przepisu, konieczne jest najpierw zinterpretowanie instytucji i sformułowań, które występują i definiowane są w innych gałęziach prawnych, w szczególności w prawie cywilnym i gospodarczym. Przy uwzględnieniu wszystkich zachowań przestępnych występujących w tym przepisie, a nie tylko najczęściej występujących wyłudzeń kredytu czy pożyczki, brak legalnych definicji w k.k. rodzi szereg wątpliwości interpretacyjnych mających na celu zakwalifikowanie określonych zachowań do działań bądź zaniechań przestępnych wyczerpujących znamiona czynu zabronionego z art. 297 k.k. Dlatego też z dużą ostrożnością i bardzo wąsko należy definiować pojęcia występujące w tym artykule, bez zastosowania niedozwolonej w prawie karnym analogii na niekorzyść sprawcy. Nadanie instytucjom wymienionym w art. 297 k.k. szerszego, potocznego ich rozumienia mogłoby doprowadzić do nieuzasadnionego rozszerzenia ram odpowiedzialności karnej⁵⁸.

W literaturze przedmiotu wyrażany jest również pogląd, że penalizacja zachowań objętych znamionami oszustwa gospodarczego przez uczynienie z nich odrębnych typów czynów zabronionych jest niezasadna, gdyż w szczególności wystarczającym przepisem do ścigania także oszustw gospodarczych jest przepis art. 286 k.k. regulujący klasyczne przestępstwo oszustwa⁵⁹. Bardzo często zresztą przepis z art. 297 § 1 k.k. występuje w kumulatywnej kwalifikacji prawnej z przepisem art. 286 § 1 k.k. (lub art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.), który jest też podstawą wymiaru kary, co skutkuje tym, że problem właściwej interpretacji znamion oszustwa gospodarczego nie jest priorytetowy, a co za tym idzie – nie jest przedmiotem pogłębionych rozważań zarówno sądu, jak i stron postępowania⁶⁰.

Postuluje się zatem stosowanie w najszerszym zakresie zasady subsydiarności prawa karnego oraz koncepcji pełnej zależności znaczeniowej.

Bibliografia

- Bojarski M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
- Buczkowski K., *Oszustwo kredytowe (art. 297 k.k.) – ocena skuteczności zwalczania patologii w pozyskiwaniu środków na cele gospodarcze*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2012, nr 11.
- Bylica C., *Oszustwo kredytowe na tle obecnego i przyszłego stanu prawnego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 3.
- Gałązka M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018.

⁵⁸ Postanowienie SN z dnia 19 maja 2011 r., sygn. I KZP 3/11, Lex nr 792408; wyrok SA w Poznaniu z dnia 7 października 2014 r., sygn. II AKa 147/14, Lex nr 1527121.

⁵⁹ Por. J. Karaźniewicz, *Art. 286 k.k. i art. 297 k.k. jako instrumenty zwalczania oszustw kredytowych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9, s. 343 i n.

⁶⁰ M. Klubińska, *Przestępstwo oszustwa...*, s. 341 i n.

- Giezek J. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014.
- Góral R., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Karaźniewicz J., *Art. 286 k.k. i art. 297 k.k. jako instrumenty zwalczania oszust kredytowych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9.
- Kardas P. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. III: Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 630 i n.
- Karpiuk M., *Ochrona konsumentów jako standard bezpieczeństwa obrotu gospodarczego*, „Postępy Techniki Przetwórstwa Spożywczego” 2015, nr 1.
- Klubińska M., *Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.*, Warszawa 2014.
- Kruczałak K., *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2004.
- Kulik M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019.
- Kurzępa B., *Oszustwo gospodarcze*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5.
- Marek A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, Warszawa 2010.
- Mróz T., Stec M., *Prawo gospodarcze prywatne*, Warszawa 2005.
- Oczkowski T., *Oszustwo kredytowe, subwencyjne i w zakresie zamówień publicznych*, „Prokurator” 2005, nr 4.
- Okolski J., Szyszka M., *Zasada bezpieczeństwa obrotu gospodarczego w prawie spółek handlowych* [w:] *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem, t. II: Bezpieczeństwo*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 2010.
- Okolski J., Wajda D., *Pojęcie i specyfika prawa handlowego* [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 2008.
- Pecuszek K., *Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego. Wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2015, nr 87.
- Potulski J. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018.
- Safjan M., *Zasady prawa prywatnego* [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007.
- Skorupka J., *Przestępstwo oszustwa finansowego z art. 297 k.k., po noweli z marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 7–8.
- Skorupka J., *Wybrane zagadnienia konstrukcji typów szczególnych przestępstwa oszustwa*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 14.
- Zawłocki R. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II: Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
- Zawłocki R., *Oszustwa gospodarcze. Analiza przepisów art. 297 i 298 k.k.*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 6.
- Zgoliński I. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2018.

Streszczenie

Prezentowany artykuł poświęcony jest problematyce przestępstwa oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k. w kontekście zagrożenia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego przez zachowania polegające na przedkładaniu podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu lub nierzetelnego pisemnego oświadczenia w celu uzyskania świadczenia wskazanego w tym przepisie od m.in. banku czy też organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi. Bezpieczeństwo obrotu gospodarczego jest czynnikiem istotnym z punktu widzenia stabilności gospodarczej i stanowi wyznacznik polityki ekonomicznej państwa. W celu prawidłowej analizy i omówienia znamion przestępstwa z art. 297 k.k. konieczne jest uprzednie zdefinio-

wanie takich pojęć, jak „bank”, „środki publiczne”, „kredyt”, „pożyczka pieniężna”, „poręczenie”, „gwarancja”, „akredytywa”, „dotacja”, „subwencja”, instrument płatniczy”, „zamówienie publiczne”. Artykuł przedstawia strukturę przestępstwa oszustwa gospodarczego, jak też dokonuje analizy danych statystycznych oraz oceny funkcjonowania przepisu na gruncie praktycznym.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo, bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, obrót gospodarczy, oszustwo gospodarcze, przestępstwa gospodarcze, przestępczość gospodarcza

ECONOMIC FRAUD CRIME UNDER ART. 297 OF THE PENAL CODE THREAT TO THE SECURITY OF BUSINESS TRANSACTIONS

Summary

The presented article is devoted to the issue of the crime of economic fraud under art. 297 of the Penal Code in the context of a threat to the security of business transactions by behaviors consisting in submission of a counterfeit, altered, untruthful or unreliable document or unreliable written statement in order to obtain the benefit indicated in this provision from (among others bank or body or institution that has public funds at its disposal). The security of economic turnover is an important factor from the point of view of economic stability and is a determinant of the state's economic policy. In order to properly analyze and discuss the features of an offense under Art. 297 of the Penal Code it is necessary to define in advance such terms as: “bank”, “public funds”, “credit”, “cash loan”, “surety”, “guarantee”, “letter of credit”, “subsidy”, “subvention”, “payment instrument”, “public order”. The article presents the structure of the crime of economic fraud, as well as analyzes statistical data and evaluates the functioning of the provision on a practical basis.

Keywords: security, security of business transactions, economic turnover, economic fraud, economic crimes, economic crime

Michał Lewandowski

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

ORCID: 0000-0002-8947-133X

STANISŁAW KRYŃSKI – PRZYCZYNEK DO BIOGRAFII**Wprowadzenie**

Stanisław Leon Kryński wydaje się nader interesującą, wartą uwagi postacią. Rzadko pamięta się o tym, że w młodości człowiek ten zajmował się prawem rzymskim, pracował nad doktoratem, a następnie wykładał ten przedmiot m.in. na Polskim Wydziale Prawa na uniwersytecie w Oksfordzie. Był jednym z uczniów Ignacego Koschembaha-Łyskowskiego, z którym ten, jak się zdaje, wiązał spore nadzieje. Jego sylwetkę do dziś przyćmiewa jednak postać innego wychowanka warszawskiej wszechnicy – Bohdana Sałacińskiego (*alias* Andrzej Pomian)¹.

Obecnie Kryński jest wspominany jako tłumacz szkockiej² i angielskiej poezji³, a także ten, który przybliżył polskiemu czytelnikowi pierwszy tom monumentalnego dzieła Edwarda Gibbona *Zmierzch cesarstwa rzymskiego*⁴. Osobliwie, nigdy nie poświęcono mu choćby artykułu, nie wspominając o monografii. Odkrycie i przybliżenie kolei życia tego wszechstronnie wykształconego humanisty i prawnika bez wątpienia zasługuje na wysiłek. W niniejszym przyczynku

¹ Wpływ na ten stan rzeczy ma bez wątpienia skala i oddźwięk prowadzonych przez niego na emigracji badań. Choć podczas II wojny światowej Sałaciński prowadził ćwiczenia z prawa rzymskiego w ramach Tajnego Uniwersytetu Ziemi Zachodnich, to jednak – podobnie jak Kryński – nie pozostawił po sobie żadnych publikacji *stricto* romanistycznych. Epizody z wojennego życiorysu Sałacińskiego uwiecznił J.R. Krzyżanowski, *Wspomnienie: Andrzej Pomian (1911–2008)*, „Archiwum Emigracji” 2009, nr 10.1, s. 193–194. W przeciwieństwie do Kryńskiego Sałaciński z chęcią wracał natomiast we wspomnieniach do swojej młodości wypełnionej studiowaniem prawa. W jednym z nich z nostalgią wspomina Koschembaha-Łyskowskiego. Zob. B. Sałaciński, *Uniwersytet-Podziemie. Wspomnienia prawnika i historyka (1928–1945)* [w:] *Nauczycielom tajnego Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego*, red. G. Bałturszajtys, Warszawa 1993, s. 82.

² R. Burns, *Z wierszy szkockich*, Warszawa 1956.

³ *Angielscy „poeci Jezior”*. W. Wordsworth, S.T. Coleridge, R. Southey, wybrał, przełożył, wstępem i objaśnieniami opatrzył S. Kryński, Wrocław 1967.

⁴ E. Gibbon, *Zmierzch Cesarstwa Rzymskiego*, t. I, wstępem poprzedził T. Zawadzki, Warszawa 1960 (wyd. II: 1975; wyd. III: 1995; wyd. IV: 2017).

przedstawione zostaną jego naukowe początki (okres pobierania edukacji szkolnej i uniwersyteckiej). Moment końcowy analizy wyznacza wybuch II wojny światowej oraz opuszczenie kraju⁵.

Wczesne lata

Stanisław Leon Kryński urodził się 21 czerwca 1912 r. w Warszawie. Jego rodzice, Stefan Kryński i Helena z Frąckiewiczów, należeli do kręgów ziemiańskich. Od czwartego roku życia wychowywał się w majątku w Strzałkowie pod Radomskiem (ówczesne województwo łódzkie). W 1923 r. po zdaniu egzaminu rozpoczął naukę w II klasie Gimnazjum Humanistycznego im. Jana Zamoyskiego w Warszawie do dziś mieszczącym się przy ul. Smolnej 30⁶. W roku szkolnym 1926/1927 po przebyciu zapalenia płucnej przebywał w Rabce. Tam uczęszczał do VI klasy gimnazjum sanatoryjnego⁷ doktora Jana Wieczorkowskiego⁸. W 1928 r. wrócił do Warszawy, gdzie na nowo podjął naukę w gimnazjum. Ukończył je w czerwcu tego samego roku⁹.

Na późniejsze wybory Kryńskiego mógł wywrzeć wpływ etos warszawskiej placówki. Gimnazjum zostało założone przez emerytowanego generała armii carskiej Pawła Chrzanowskiego¹⁰. Założycielowi zależało na tym, by zajęcia prowadzone były w języku polskim, na co władze carskie reagowały z niechęcią. Poszukując stałego lokum dla szkoły, Chrzanowski postanowił nabyć od hrabiego Ksawerego Branickiego dom znajdujący się przy ul. Smolnej 30. Lokalizacja

⁵ Dalsze losy Kryńskiego zostaną opracowane w kolejnych tekstach, nad którymi prace aktualnie trwają. Osobne studia zostaną poświęcone jego działalności emigracyjnej oraz aktywnościom podjętym po powrocie do kraju.

⁶ Placówce poświęcono monografie, w których zebrano informacje na temat jej historii oraz wybrane wspomnienia wychowanków. Zob. *Smolna 30: Gimnazjum im. Jana Zamoyskiego*, red. J. Durko, Warszawa 1989; *100 lat na Smolnej, czyli dzieje Gimnazjum i Liceum Jana Zamoyskiego w Warszawie*, oprac. U. Golnik-Szczególska, M. Szczygielska, B. Kozyra, Warszawa 2005.

⁷ W 1924 r. za sprawą doktora Wieczorkowskiego utworzona została w Rabce placówka edukacyjno-terapeutyczna. W prospekcie reklamującym zalety tejże szkoły zostało zapisane: „powstanie szkoły na świeżym powietrzu, na wsi, w górskiej miejscowości, będącej sławnym w Polsce zdrojowiskiem i uzdrowiskiem dla młodzieży, spowodowało, iż Zakładowi nadano charakter szkoły leczniczej. Wskutek tego głównym celem szkoły, realizowanym od początku jej istnienia, było i jest połączenie nauki ucznia z jego leczeniem, co daje się pomyślnie przeprowadzić dzięki istniejącym w Rabce warunkom”. Zob. M. Świder, M.M. Urlińska, *Prywatne Gimnazjum Sanatoryjne Męskie dr Jana Wieczorkowskiego w Rabce (1924–1939)*, „Studia Paedagogica Ignatiana” 2016, nr 19.2, s. 233.

⁸ Dalsze uwagi na temat założyciela placówki: *ibidem*, s. 232.

⁹ Archiwum Uniwersyteckie UW, Referat Personalny, Akta osobowe studentów, Kryński Stanisław, RP 35237.

¹⁰ Biogram założyciela szkoły: T. Manteuffel, *Chrzanowski z Laniowa Paweł* [w:] *Polski Słownik Biograficzny*, t. III, red. W. Konopczyński, Kraków 1937, s. 462–463.

okazała się znakomita, a budynek z łatwością przystosowano do celów edukacyjnych¹¹. 23 października 1905 r. rozpoczęły się zajęcia. Wśród uczniów dominowali Polacy.

Do Gimnazjum Humanistycznego im. Jana Zamoyskiego uczęszczał także Jerzy Giedroyc, którego przedemigracyjny życiorys wykazuje zaskakująco dużo zbieżności z przedwojennymi dziejami bohatera artykułu. Gimnazjum było szkołą prywatną i drogą. Nauki pobierały tam niemal wyłącznie dzieci z dobrze sytuowanych rodzin, chociaż ówczesny dyrektor placówki, Henryk Lipski, prowadził szeroko zakrojoną politykę stypendialną, która umożliwiała zdobywanie wykształcenia również biedniejszym uczniom. Giedroyc zapamiętał, że dyrekcji zależało na wykształceniu patriotycznego ducha w młodzieży, jak i zapewnieniu politycznego obiektywizmu placówki. Przyszły „Pan Redaktor” w VII klasie znalazł się w 1922 r.¹², natomiast Kryński rozpoczął tam naukę w 1923 r. (od II klasy)¹³.

W maju 1930 r. Kryński zdał gimnazjalny zwyczajny egzamin dojrzałości typu humanistycznego. Z przedmiotów egzaminacyjnych otrzymał następujące oceny: z religii bardzo dobrą, z języka polskiego bardzo dobrą, z języka łacińskiego bardzo dobrą, z języka niemieckiego bardzo dobrą, z historii wraz z nauką o Polsce współczesnej bardzo dobrą, z fizyki wraz z chemią oraz z matematyki bardzo dobrą. Poza tym uzyskał oceny roczne w klasach VI–VIII (lub odpowiednie oceny na egzaminie wstępnym do wymienionego gimnazjum) z następujących przedmiotów: z języka łacińskiego bardzo dobrą, z fizyki wraz z chemią dobrą, z propedeutyki filozofii, rysunku, śpiewu i muzyki oraz z ćwiczeń cieleśnych bardzo dobrą. W związku z powyższym Państwowa Komisja Egzaminacyjna uznała Kryńskiego za dojrzałego do studiów wyższych i 17 czerwca 1930 r. wydała mu stosowne świadectwo¹⁴.

Studia prawnicze

Po zdaniu matury Kryński zapisał się na Wydział Prawa i Nauk Państwowych Uniwersytetu Warszawskiego. Dokumenty złożył 5 września 1930 r. Jego podanie zostało rozpatrzone pozytywnie przez dziekana, Bohdana Wasiutyńskiego-

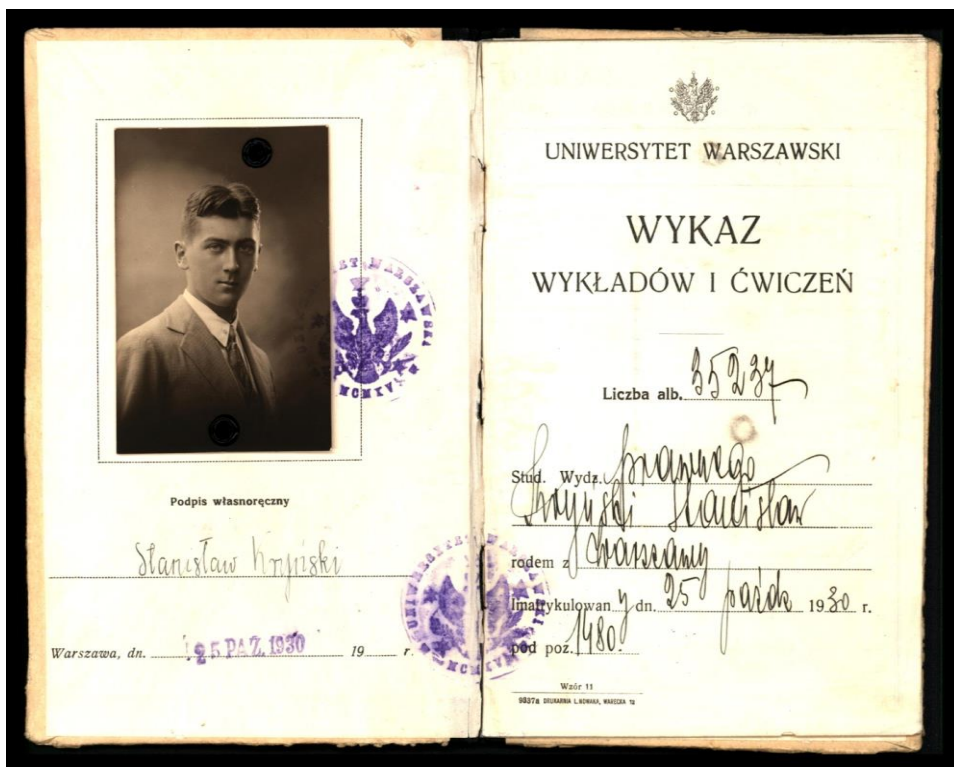
¹¹ W szkole mieściła się zajmująca wysokość dwóch pięter, imponująca kaplica zaprojektowana przez Zenona Chrzanowskiego, kuzyna fundatora. Gimnazjum posiadało również salę gimnastyczną, boisko, stołówkę, salę balową, sale lekcyjne oraz wyposażenie w postaci nowoczesnych pomocy naukowych. Wrażenie robiła też przestronna klatka schodowa oraz wydzielone miejsce na windę.

¹² Zob. M. Żebrowski, *Jerzy Giedroyc. Życie przed „Kulturą”*, Kraków 2012, s. 93, 100.

¹³ Archiwum Uniwersyteckie UW, Referat Personalny, Akta osobowe studentów, Kryński Stanisław, RP 35237.

¹⁴ *Ibidem*.

go, jeszcze tego samego dnia. Legitymację otrzymał 25 października 1930 r. Numer albumu, jaki został mu przyznany, to 35237¹⁵.



Zdjęcie 1. Indeks studencki Stanisława Kryńskiego¹⁶

Wykłady, na jakie uczęszczał Kryński podczas I roku studiów na Wydziale Prawa i Nauk Państwowych Uniwersytetu Warszawskiego, to m.in.: teoria prawa (prof. Eugeniusz Jarra), prawo rzymskie (prof. Ignacy Koschembahr-Łyskowski), prawo rzymskie (systemat; prof. Borys Łapicki), rozwój prawa rodzinnego w starożytnym Rzymie (prof. Borys Łapicki), historia ustroju dawnej Polski (prof. Józef Rafacz), dawne polskie prawo sądowe (prof. Józef Rafacz), historia prawa na zachodzie Europy (prof. Ignacy Koschembahr-Łyskowski), socjologiczne elementy teorii prawa (dr Henryk Piętka).

¹⁵ W Archiwum Uniwersyteckim UW zachował się osobliwy dokument. Otóż po ukończeniu III roku prawa 27 listopada 1933 r. Kryński złożył wniosek o ponowne przyjęcie w poczet studentów argumentując to tym, iż był studentem III roku tegoż uniwersytetu (nr albumu 35237). Wniosek został pozytywnie rozpatrzony. Nie wiadomo, z jakiego powodu studia Kryńskiego zostały przerwane. Zob. *ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

Uwagę młodego człowieka przykuło prawo rzymskie. Nauczanie tego przedmiotu było obecne w programie studiów prawniczych Uniwersytetu Warszawskiego już w XIX w.¹⁷ Kiedy Kryński podjął tam studia, seminarium z prawa rzymskiego stanowiło jedno z pięciu na ówczesnym Wydziale Prawa i Nauk Państwowych. Zajęcia te prowadził prof. Koschembahr-Łyskowski¹⁸.

Nie należy zapominać, że studia Kryńskiego przypadły na okres namiętych dyskusji koncentrujących się wokół pytania o rolę i sens wykładania przedmiotów historycznoprawnych na polskich wydziałach prawa¹⁹. Niekończąca się produkcja argumentów oraz wynajdowanie coraz to nowych powodów uzasadniających bądź kwestionujących potrzebę zgłębiania przez studentów prawa rzymskiego z pewnością odbijały się na formie i treści prowadzonych wykładów. Koschembahr-Łyskowski swoje *credo* w tej materii wyłożył w eseju zatytułowanym *Dlaczego uczymy się prawa rzymskiego?*, ogłoszonym w 1927 r.²⁰ W 1934 r. ponownie wystąpił w obronie prawa rzymskiego w artykule *Reforma studiów prawniczych*²¹. Bez wątpienia profesor był osobowością złożoną, ale zarazem wyrazistą i charyzmatyczną. Szorstkość w obejściu oraz bezkompromisowość prezentowanych poglądów zjednały mu swego czasu sympatię i dozwgonny podziw Witolda Gombrowicza²². Powody, dla których Kryński zbliżył się do prawa rzymskiego, mogły być zbliżone do tych, które kiedyś kierowały przyszłym autorem *Ferdydurke*.

Kryński po ukończeniu studiów na Wydziale Prawa i Nauk Państwowych został powołany do przeszkolenia wojskowego, co potwierdza wyciąg z jego książeczki wojskowej: „odbył czynną służbę wojskową: od 19 IX 1934 do 1 VII 1935 w Centrum Wyszkożenia Łączności, od 2 VII 1935 do 14 IX 1935 w 5 batalionie telegraficznym. Przeniesiony do rezerwy dn. 1 X 1935 r.”²³. Natychmiast po przeniesieniu do rezerwy postanowił wrócić na uniwersytet. Tym razem rozpoczął studia historyczne.

¹⁷ B.A. Czech-Jezińska, *Nauczanie prawa rzymskiego w Polsce w okresie międzywojennym (1918–1939)*, Lublin 2011, s. 114 i n.

¹⁸ *Ibidem*, s. 114–115.

¹⁹ Synteza: M. Pyter, *Miejsce nauk historycznoprawnych w wykształceniu juredyycznym w okresie międzywojennym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2004, nr 14.1, s. 105–128; P. Dąbrowski, *Mutationes in doctrina iuris. Kwestia prac nad reformą uniwersyteckich studiów prawniczych w Polsce (1918–1939)*, Gdańsk 2015.

²⁰ I. Koschembahr-Łyskowski, *Dlaczego uczymy się prawa rzymskiego?*, „Prawo” 1927, nr 4.3, s. 1–4.

²¹ A. Peretiatkowicz, *Reforma studiów prawniczych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1934, nr 14.1, s. 25–29.

²² Zob. M. Jońca, *Prawo rzymskie. Marginalia*, Lublin 2015, s. 224–225.

²³ Odpis książeczki wojskowej wydanej przez Powiatową Komendę Uzupelnień Radomsko (nr ewidencyjny 520). Zachował się wśród dokumentów Kryńskiego przechowywanych przez Uniwersytet Warszawski.

Studia historyczne

Kryński rozpoczął studia historyczne w 1935 r. Podobnie jak jego koledzy z roku, 9 listopada 1935 r. złożył przyrzeczenie o treści: „Przyrzekam, iż będę posłuszny przepisom ustawy o szkołach akademickich z dn. 15 marca 1933 r., będę okazywał władzom akademickim i profesorom poszanowanie, przykładał się pilnie do studiów obranych, a poza Uniwersytetem prowadził się moralnie i z godnością”²⁴. Wydaje się, że przysięgi dotrzymał. Zachowana dokumentacja świadczy o tym, że nie tylko dobrze wypełniał swoje obowiązki naukowe, ale także starał się wywiązywać ze wszelkich zobowiązań finansowych względem uczelni. Z opłatami nie zalegał nigdy.

W 1938 r. Kryński ukończył studia na Wydziale Humanistycznym w zakresie historii na Uniwersytecie Józefa Piłsudskiego w Warszawie²⁵. Zdał następujące egzaminy: z zasad metody badań historycznych, podstawowych wiadomości z nauk pomocniczych oraz źródeł historycznych w zakresie historii Polski otrzymał ocenę dobrą (tak samo z dziejów starożytnych). Gorzej wypadł na egzaminie z dziejów średniowiecznych (otrzymał ocenę dostateczną). Z dziejów nowożytnych i nowoczesnych na dyplomie widnieje wynik bardzo dobry (tak samo z głównych zasad nauk filozoficznych). Natomiast z pogłębionej znajomości dziejów politycznych Polski XV w. ze szczególnym uwzględnieniem stosunków kościelnych otrzymał ocenę dobrą. Pracę magisterską *Mikołaj Lasocki: życie i działalność polityczna* obronił z wynikiem dobrym. Kryński otrzymał stopień magistra filozofii 30 czerwca 1938 r. Jego dyplom podpisali: rektor uniwersytetu prof. Włodzimierz Antoniewicz, dziekan Wydziału Humanistycznego prof. Stanisław Wędkiewicz oraz przewodniczący komisji egzaminacyjnej prof. Julian Krzyżanowski.

Jako student historii Kryński nadal uczęszczał na seminarium prof. Koschembahra-Łyskowskiego, gdyż zamierzał doktoryzować się w zakresie prawa rzymskiego. W tym samym czasie ukończył z wynikiem bardzo dobrym trzyletni kurs francuskiego prawa cywilnego prowadzony na Uniwersytecie Warszawskim przez prof. Henriego Mazeauda z Uniwersytetu Paryskiego. Złożył egzaminy ustne oraz przedstawił pracę pisemną zatytułowaną *Les limitations de la liberté*

²⁴ Art. 46 ustawy z dnia 15 marca 1933 r. o szkołach akademickich (Dz.U. 1933, nr 29, poz. 247): „1. Każdy zapisujący się do szkoły akademickiej w charakterze studenta podlega immatrykulacji, przyczem składa uroczyste ślubowanie przestrzegania godności akademickiej i przepisów szkoły, które stwierdza podpisem”.

²⁵ W 1935 r. dotychczasowy Uniwersytet Warszawski zmienił nazwę na Uniwersytet Józefa Piłsudskiego w Warszawie. Senat UW został zobligowany do takiej decyzji na podstawie dekretu Prezydenta RP z dnia 26 sierpnia 1935 r. Por. dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 26 sierpnia 1935 r. o nadaniu Uniwersytetowi Warszawskiemu nazwy: „Uniwersytet Józefa Piłsudskiego w Warszawie” (Dz.U. 1935, nr 66, poz. 412).

de tester en droit civil français. Wybór tematu zasługuje na podkreślenie, jako że przygotowywana przez niego dysertacja doktorska z prawa rzymskiego również miała się koncentrować wokół zagadnień związanych z prawem spadkowym²⁶.

Na seminarium z prawa rzymskiego

Prawem rzymskim Kryński musiał się bliżej zainteresować właściwie już na samym początku studiów. Będąc na II roku, został członkiem seminarium z tego przedmiotu prowadzonego przez prof. Koschembahr-Łyskowskiego. Zajęcia odbywały się w semestrze jesiennym, zimowym oraz wiosennym po 2 godziny tygodniowo²⁷. Jako student III roku został asystentem tegoż seminarium, co świadczy o zaufaniu, jakim darzył go profesor, oraz jego randze w studenckiej społeczności²⁸. Wybór dokonany przez Kryńskiego można tłumaczyć różnie. Wydaje się, że miał on szczególną skłonność do historii, a przez to do dyscyplin o profilu historycznoprawnym. Ponieważ historię prawa na zachodzie Europy wykładał na wydziale prawa również Koschembahr-Łyskowski i – jak świadczą wspomnienia jego wychowanków – nie przykładał się zbyt (delikatnie mówiąc) do tego przedmiotu²⁹, uwaga Kryńskiego siłą rzeczy zogniskowała się wokół prawa rzymskiego, które jego profesor badał i propagował z niezrównaną pasją.

To ciekawe, że podobne zainteresowania humanistyczne manifestował wzmiankowany już wyżej Giedroyc. Po latach założyciel „Kultury” nie krył, że typowo prawnicze przedmioty nigdy go nie interesowały. Marek Żebrowski zauważa: „profesorowie Jerzego zapewne dość wcześnie dostrzegli, że nie ma on zadatków na wybitnego jurystę. Przedmiotami *stricto* profesjonalnymi nie interesował

²⁶ W personalnej teczce Kryńskiego, znajdującej się w archiwach Szkoły Głównej Handlowej, w syntetyczny sposób ujęto przebieg jego dotychczasowej edukacji. Na tle materiałów zebranych w Archiwum Uniwersytetu Warszawskiego informacje te nie rzucają nowego światła na omawiany życiorys. Z teczki Kryńskiego można się dowiedzieć, że w 1930 r. został przyjęty na Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, który ukończył w 1934 r. ze stopniem magistra praw. W październiku 1935 r. zapisał się ponownie na Uniwersytet Warszawski, tym razem na Wydział Humanistyczny (sekcja historii). Ze względu na posiadane już magisterium pozwolono mu na ukończenie studiów w ciągu 3 lat. Magisterium z filozofii uzyskał w 1938 r., po czym postanowił doktoryzować się z prawa rzymskiego. Celu tego jednak nie udało mu się zrealizować z powodu wybuchu II wojny światowej. Zob. Archiwum SGH, Referat Personalny, Akta osobowe pracowników, Kryński Stanisław, K – 452/K.

²⁷ B.A. Czech-Jezińska, *Nauczanie prawa...*, s. 114–115.

²⁸ Należy pamiętać, że w okresie dwudziestolecia jedną z chronicznych bolączek Uniwersytetu Warszawskiego był nadmiar studentów. Konkurencja musiała więc być znaczna. Por. W. Szyszkowski, *Wspomnienia z lat 1924–1927* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów (1918–1950)*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990, s. 21.

²⁹ J. Krośnicki, *Wspomnienia z lat 1935–1939* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów (1918–1950)*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990, s. 129.

się w ogóle, nie był też członkiem Koła Prawników. Jedynym wykładowcą, którego z sympatią wspominał w «Autobiografii...», był Leon Petrażycki, o którym twierdził: «był znakomity. Chodziłem na jego zajęcia, choć były nieobowiązkowe (...). Prac Petrażyckiego wtedy nie znałem; zetknąłem się z nimi znacznie później. Ale byłem z nim w stosunkach osobistych: przychodziłem do jego mieszkania na rozmowy i asystowałem przy dyskusjach, które się u niego odbywały, mogłem siedzieć w kącie i słuchać»³⁰.

Giedroyć rozpoczął rozwijanie swoich pasji dopiero na studiach historycznych, gdzie poświęcił się m.in. badaniom tradycji Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Rzucił się również w wir pracy organizacyjnej. Kryński odnalazł swoje miejsce wcześniej przez dołączenie do grona seminarzystów prof. Koschembahr-Łyskowskiego. Najwyraźniej nie miał dla niego żadnego znaczenia fakt, że profesor nie należał do osób przystępnych i uchodził za mizogina³¹, a niektóre jego wypowiedzi już wtedy można było uznać za co najmniej niestosowne³².

Ignacy Koschembahr-Łyskowski

Abstrahując od obiegowych opinii, dwa słowa warto poświęcić naukowemu profilowi mentora studenta prawa, a następnie doktoranta Kryńskiego³³. Ignacy

³⁰ M. Żebrowski, *Jerzy Giedroyć...*, s.115 i n.

³¹ Profesor Koschembahr-Łyskowski uchodził za wroga kobiet, a szczególnie tych „rozpieszczonych pannie”, które nie wiedząc, co począć ze swoim życiem, postanawiały iść na prawo, aby przyjemnie spędzić czas. „Z tegoż też powodu egzamin studencki u groźnego profesora wymagał dodatkowych przygotowań i rekwizytów. Tak więc z modnej kiecki przebierano się tuż przed wejściem na salę tortur, czyli do profesorskiego gabinetu, w jakąś najlichszą sukieneczynę, zakładano koniecznie ciemne okulary, zakrywające zmęczone nauką oczy, rozpuszczano wodą resztki ondulacji, by jako przepracowana biduła, skromnie ubrana, z widocznym wysiłkiem odpowiadająca na przemyślane pytania profesora uzyskać jego względy”. J. Tymiński, *Pisanie o zmierzchu. Wspomnienia z lat 1924–1985*, Warszawa 1988, s. 35. Zob. też: M. Jońca, *Prawo rzymskie...*, s. 368.

³² Jak podaje Władysław Kempfi, „profesor potrafił być jednak trochę przewrażliwiony: «proszę Państwa czwarta ławka na prawo pod oknem, proszę nie flirtować». Słyszał również z tego, że niemalże każdą egzaminowaną dziewczynę pytał «Proszę Pani, po co Pani studiuję prawo?». Odpowiedzi w zupełności były przeróżne, ale zdarzyła się taka studentka, która odpowiedziała w dość intrygujący sposób profesorowi. «Dla przyjemności, Panie Profesorze». Na co profesor odpowiedział: «Co Pani mówi? Pani jest pierwszą kobietą, która mi tak odpowiedziała. Daję Pani stopień dostateczny»”. W. Kempfi, *Moje lata uniwersyteckie*, „Zeszyty Historyczne” 1997, nr 119, s. 156

³³ Do podstawowych opracowań, w których uwzględniono biogram Koschembaha-Łyskowskiego, należą: W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, s. 616–626; *idem*, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski – romanista, cywilista, kodyfikator*, „Studia Iuridica” 1995, nr 29, s. 51–58; *idem*, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski 1864–1945* [w:] *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 2008, s. 90–93; K. Pol, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski 1864–1945* [w:] *Poczet prawników polskich XIX–XX w.*, przejrzał i uzupełnił A. Redzik, Warszawa 2011, s. 623–634.

Koschembahr-Łyskowski uchodził w okresie międzywojennym za jednego z najwybitniejszych znawców prawa rzymskiego. Polski prawnik i romanista udzielał się na różnych polach. Wykładał prawo rzymskie we Fryburgu i Lwowie, piastował godność rektora Uniwersytetu Warszawskiego, a także wchodził w skład Komisji Kodyfikacyjnej³⁴. To właśnie on został promotorem naukowym Kryńskiego³⁵.

Postrach studentów prawa Uniwersytetu Warszawskiego urodził się 3 lutego 1864 r. w rodowym gnieździe Żelichów, niedaleko Gdańska. Posiadał szlacheckie pochodzenie. Ukończył gimnazjum w Chojnicach, a potem studiował na Wydziale Prawa i Ekonomii uniwersytetu w Berlinie. Tam uczęszczał na wykłady wybitnych znawców prawa rzymskiego, takich jak m.in. Theodor Mommsen, Alfred Pernice, Heinrich Brunner. 13 października 1888 r. obronił pracę doktorską, która nosiła tytuł *Die collegia tenuiorum der Römer*. Liczył, że po studiach będzie mógł pracować naukowo we Lwowie lub Krakowie. Na spełnienie tych marzeń przyszło mu wszakże kilka lat poczekać. W latach 1888–1892 piastował stanowisko referendarza sądowego Najwyższego Trybunału Sądowego w Berlinie. W 1895 r. został profesorem nadzwyczajnym prawa rzymskiego we Fryburgu w Szwajcarii³⁶. 1 października 1900 r. uzyskał profesurę nadzwyczajną prawa rzymskiego we Lwowie. W tym też mieście w 1906 r. przyznano mu tytuł profesora zwyczajnego. W roku akademickim 1908/1909 piastował stanowisko dziekana wydziału jurydycznego, natomiast w 1915 r. objął kierownictwo nad katedrą prawa rzymskiego³⁷. Obok tego pełnił funkcję sędziego uniwersyteckiego. 1 kwietnia 1919 r. rozpoczął pracę na stanowisku profesora prawa rzymskiego na Uniwersytecie Warszawskim. Funkcję tę piastował aż do przejścia na emeryturę w 1935 r.³⁸ W 1929 r. w uznaniu licznych zasług na polu nauki Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie uczcił go doktoratem *honoris causa*³⁹.

Podczas zajęć prowadzonych w pierwszym semestrze Koschembahr-Łyskowski skupiał się na wykładaniu historii rozwoju prawa rzymskiego. W semestrze letnim omawiał natomiast „I systemat”, tzn. prawo osobowe, rodzinne, rzeczowe i spad-

³⁴ Zob. niepublikowana rozprawa doktorska E.M. Vesper, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski polski romanista przełomu XIX i XX wieku*, Białystok 2010, s. 13.

³⁵ Archiwum SGH, Referat Personalny, Akta osobowe pracowników, Kryński Stanisław, K – 452/K.

³⁶ Dalsze uwagi na temat szwajcarskich losów I. Koschembahra-Łyskowskiego: A. Grebieniow, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski – Profesor Uniwersytetu Fryburskiego (1895–1900)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 24.2, s. 249.

³⁷ M. Pyter, *Nauki historycznoprawne w polskim uniwersytecie w II Rzeczypospolitej*, Lublin 2008, s. 289.

³⁸ Profesor przeszedł na emeryturę „skutkiem przekroczenia wieku”. *Sprawozdania z działalności Uniwersytetu Józefa Piłsudskiego w Warszawie za rok akademicki 1934/35 i za rok akademicki 1935/1936*, Warszawa 1936, s. 7.

³⁹ Zob. K. Szczygieski, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski doktorem honoris causa Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, nr 12, s. 217–237.

kowe, lub „II systemat”, czyli zobowiązania⁴⁰. W roku akademickim 1923/1924, kiedy pełnił funkcję rektora, z powodu nadmiaru obowiązków godziny jego wykładów zmalały z sześciu do czterech tygodniowo⁴¹.

Był jedną z najbardziej charakterystycznych postaci na wydziale. Studenci opisywali go w swoich wspomnieniach w następujący sposób: „miał wygląd dostojnego starca, jakby senatora rzymskiego” i miał „za sobą sławę profesora Uniwersytetu Fryburskiego”. Witold Wołodkiewicz zauważa wszakże: „jego wykład nie był jasny (...), ukazywał prawo rzymskie jako gąszcz pojęć i faktów, w postaci raczej statycznej, pozbawionej wyraźnej dynamiki czy elementów rozwoju. Przedmiot prawa rzymskiego w jego wydaniu był traktowany przez studentów jako «trudny, obcy i wrogi»”⁴².

Romanistyczne plany

Jesienią 1938 r. za radą prof. Koschembahra-Łyskowskiego Kryński wyjechał do Włoch w celu prowadzenia badań potrzebnych do ukończenia pracy doktorskiej. Spędził kilka miesięcy w Rzymie, pracując pod kierownictwem prof. Salvatore di Marzo. Powróciwszy do Polski wiosną 1939 r., pracował dalej nad dysertacją pod tytułem *Iudicium familiae erciscundae w klasycznym prawie rzymskim*. Podkreślić należy, że wybrany do opracowania temat był zarówno trudny, jak i nowatorski. „Prawo spadkowe – jak podkreśla Krzysztof Szczygielski – w niewielkim tylko stopniu przyciągało uwagę badaczy”⁴³. Jeżeli zaś podejmowano na tym polu jakieś badania, miały one charakter uproszczony i syntetyczny (fragmenty podręczników, skrypty) lub poświęcano je instytucji testamentu⁴⁴. Co ciekawe, podobny wniosek w odniesieniu do czasów powojennych sformułowała w 2002 r. Maria Zabłocka, pisząc: „prawo spadkowe nie cieszyło się nigdy szczególnym zainteresowaniem”⁴⁵. Uczona ta powtórzyła go w lekko złagodzonej formie w 2013 r.: „również w XXI wieku prawo spadkowe nie było szczególnym przedmiotem zainteresowań polskich badaczy, ale nie zeszło też na

⁴⁰ B.A. Czech-Jeziarska, *Nauczanie prawa...*, s. 116, przyp. 101.

⁴¹ M. Pyter, *Nauki historycznoprawne...*, s. 285 i n.

⁴² W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo...*, s. 616. Zob. też: P.M. Majewski, *Spółeczność akademicka 1915–1945. Specyfika studiów na Uniwersytecie Warszawskim* [w:] *Dzieje Uniwersytetu Warszawskiego 1915–1945*, red. P.M. Majewski, Warszawa 2016 s. 219, 292. Zdarzają się wszakże również pozytywne opinie na temat sposobu wykładania przez Koschembahra-Łyskowskiego. Por. G. Wannagat, *Wspomnienia z lat 1934–1938* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990, s. 125.

⁴³ K. Szczygielski, *Romanistyka polska w latach 1918–1945 (przegląd bibliografii)*, „Zeszyty Prawnicze” 2010, t. X, nr 2, s. 391.

⁴⁴ Zob. *ibidem*, s. 358, 360, 361, 391–392.

⁴⁵ M. Zabłocka, *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002, s. 119.

margines opracowań”⁴⁶. *Casus Kryńskiego* pokazuje wszakże, iż w dwudziestolecu podejmowano badania nad zagadnieniami ze sfery rzymskiego prawa spadkowego. W ich rzetelnym przeprowadzeniu, opracowaniu i ogłoszeniu wyników przeszkodziły jednak okoliczności natury obiektywnej, nad czym należy mocno ubolewać.

Koschembahr-Łyskowski, wysyłając Kryńskiego do Rzymu, wiązał z nim najwyraźniej poważne plany naukowe. Wybór Włoch jako celu podróży nie był przypadkowy. Dla młodego romanisty przygotowującego rozprawę doktorską poświęconą urządzeniom prawnym rodem z antycznego Rzymu pobyt w stolicy Włoch otwierał fantastyczne możliwości⁴⁷. Promotor Kryńskiego w Rzymie bywał często, a i Włochy, jak się zdaje, zdążył poznać bardzo dobrze⁴⁸. Wśród licznych naukowych stowarzyszeń, do których należał, znalazło się Istituto di Diritto Romano z siedzibą w Rzymie, którego członkiem czynnym profesor był od 1908 r.⁴⁹

Wydaje się, że nie bez znaczenia pozostawał także fakt, iż w 1929 r. na Uniwersytecie Warszawskim odbyło się wręczenie doktoratów *honoris causa* siedmiu znanym prawnikom zagranicznym. Uroczystość przeprowadzono w ramach II Zjazdu Prawników Polskich, a wśród wyróżnionych znaleźli się: H. Berthelemy, P. Bonfante, H. Capitant, R. Garofalo, F. Geny, lord Handworth of Handworth i J.B. Scott. Kontakty, jakie przy tej okazji Uniwersytet Warszawski zacieśnił z zagranicznymi ośrodkami, mogły dodatkowo ułatwić Kryńskiemu prowadzenie badań we Włoszech. Jeden z promowanych, Pietro Bonfante, był serdecznym przyjacielem Koschembahra-Łyskowskiego. To właśnie warszawski profesor był wnioskodawcą i promotorem doktoratu *honoris causa* przyznanego włoskiemu koledze. Jak zauważa Wołodkiewicz, byli oni równolatkami i żyli „w epoce niezmiernie ważnej dla badań i pojmowania prawa rzymskiego”⁵⁰.

Epilog

Historia Kryńskiego obrazuje jeden z tysięcy przykładów zmarnotrawienia intelektualnego potencjału młodego pokolenia uczonych wskutek zaistnienia wydarzeń niezależnych od woli jednostki. Bardzo dobrze rozwijającą się karierę naukową tego młodego człowieka przerwał wybuch II wojny światowej. Kryński swój szlak bojowy przeszedł w Małopolsce. Następnie udało mu się przekroczyć granicę rumuńską, po czym został internowany. W styczniu 1940 r. zbiegł z obo-

⁴⁶ M. Zabłocka, *Romanistyka polska w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku*, Warszawa 2013, s. 71.

⁴⁷ W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo...*, s. 594.

⁴⁸ Por. M. Jońca, *Prawo rzymskie...*, s. 282–284.

⁴⁹ K. Szczygielski, *Ignacy Koschembahr-Łyskowski...*, s. 222.

⁵⁰ W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo...*, s. 595 i n.

zu, by w lutym dotrzeć do Francji. Tam wstąpił do armii generała Władysława Sikorskiego. Po upadku Francji przedostał się do Wielkiej Brytanii. W latach 1940–1941 był oficerem tłumaczem, a później oficerem oświatowym w Szkocji.

Jeszcze w czasie służby podjął wysiłki nakierowane na kontynuację zdobywania wykształcenia. Na Uniwersytecie St. Andrews rozpoczął studia z zakresu filologii angielskiej. Ukończył je jako jeden z najlepszych. Choć należał do grona cudzoziemców, to jednak był dojrzały od kolegów z roku i mógł się poszczycić dorobkiem naukowym. Późniejsze losy życiowe skierowały go na Polski Wydział Prawa powołany w 1944 r. na uniwersytecie w Oksfordzie. Został tam asystentem profesora Francisca de Zuluety⁵¹. W ramach swych obowiązków prowadził ćwiczenia z prawa rzymskiego dla studiujących Polaków oraz tłumaczył wykłady dla tych studentów, którzy jeszcze nie władali językiem angielskim wystarczająco dobrze⁵².

Po zakończeniu wojny Kryński zdecydował się na powrót do Polski. W kraju został wykładowcą Szkoły Głównej Handlowej⁵³ oraz Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego⁵⁴. Do prawa rzymskiego nie powrócił już nigdy. W realiach powojennych nikt nie był zainteresowany umiejętnościami, jakie nabył podczas wykładów i seminariów prowadzonych przez Koshembahra-Łyskowskiego, Borysa Łapickiego, badań prowadzonych w Rzymie oraz pracy w Oksfordzie u boku de Zuluety. Gotowe fragmenty przygotowywanej rozprawy doktorskiej poświęconej *Iudicium familiae erciscundae* przepadły. Polska romanistyka bez wątpienia wiele na tym straciła.

Bibliografia

- 100 lat na Smolnej, czyli dzieje Gimnazjum i Liceum Jana Zamoyskiego w Warszawie, oprac. U. Gołnik-Szczególska, M. Szczygalska, B. Kozyra, Warszawa 2005.
- Angielscy „poeci Jezior”. W. Wordsworth, S.T. Coleridge, R. Southey, wybrał, przełożył, wstępem i objaśnieniami opatrzył S. Kryński, Wrocław 1967.
- Atzeri L., *Francis de Zulueta (1878–1958): An Oxford Roman Lawyer between Totalitarianisms* [w:] *Roman Law and the Idea of Europe*, red. K. Tuori, H. Björklund, London–New York 2019.
- Czech-Jezierska B.A., *Nauczanie prawa rzymskiego w Polsce w okresie międzywojennym (1918–1939)*, Lublin 2011.

⁵¹ Interesujący szkic biograficzny tego romanisty: L. Atzeri, *Francis de Zulueta (1878–1958): An Oxford Roman Lawyer between Totalitarianisms* [w:] *Roman Law and the Idea of Europe*, red. K. Tuori, H. Björklund, London–New York 2019, s. 53–92. Wzmianki na temat współpracy De Zuluety oraz Kryńskiego: *Monografia Polskiego Wydziału Prawa 1944–1947*, red. W. Cywiński, T.S. Rojewski, W. Toporowski, Londyn 1997, s. 150; M. Jońca, *Prawo rzymskie. Mirabilia*, Warszawa 2020, s. 379.

⁵² Archiwum SGH, Referat Personalny, Akta osobowe pracowników, Kryński Stanisław, K – 452/K.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Archiwum Uniwersyteckie KUL, Referat Personalny, Akta osobowe pracowników, Kryński Stanisław (1960–1963), sygn. A – 730, bn.

- Dąbrowski P., *Mutationes in doctrina iuris. Kwestia prac nad reformą uniwersyteckich studiów prawniczych w Polsce (1918–1939)*, Gdańsk 2015.
- Gibbon E., *Zmierzch Cesarstwa Rzymskiego*, t. I, wstępem poprzedził T. Zawadzki, Warszawa 1960 (wyd. II: 1975; wyd. III: 1995; wyd. IV: 2017).
- Grebieniow A., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski – Profesor Uniwersytetu Fryburskiego (1895–1900)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 24.2.
- Jońca M., *Prawo rzymskie. Marginalia*, Lublin 2015.
- Jońca M., *Prawo rzymskie. Mirabilia*, Warszawa 2020.
- Kempfi W., *Moje lata uniwersyteckie*, „Zeszyty Historyczne” 1997, nr 119.
- Konopczyński W., Manteuffel T., *Chrzanowski z Łaniowa Paweł* [w:] *Polski Słownik Biograficzny*, t. III, Kraków 1937.
- Koschembahr-Łyskowski I., *Dlaczego uczymy się prawa rzymskiego?*, „Prawo” 1927, nr 4.3.
- Krośnicki J., *Wspomnienia z lat 1935–1939* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów (1918–1950)*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990.
- Krzyżanowski J.R., *Wspomnienie: Andrzej Pomian (1911–2008)*, „Archiwum Emigracji” 2009, nr 10.1.
- Majewski P.M., *Společnosť akademická 1915–1945. Specyfika studiów na Uniwersytecie Warszawskim* [w:] *Dzieje Uniwersytetu Warszawskiego 1915–1945*, red. P.M. Majewski, Warszawa 2016.
- Monografia Polskiego Wydziału Prawa 1944–1947*, red. W. Cywiński, T.S. Rojewski, W. Toporowski, Londyn 1997.
- Peretiatkowicz A., *Reforma studiów prawniczych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1934, nr 14.1.
- Pol K., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski 1864–1945* [w:] *Poczet prawników polskich XIX–XX w.*, przejrzał i uzupełnił A. Redzik, Warszawa 2011.
- Pyter M., *Miejsce nauk historycznoprawnych w wykształceniu jurydycznym w okresie międzywojennym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2004, nr 14.1.
- Pyter M., *Nauki historycznoprawne w polskim uniwersytecie w II Rzeczypospolitej*, Lublin 2008.
- Śałaćiński B., *Uniwersytet-Podziemie. Wspomnienia prawnika i historyka (1928–1945)* [w:] *Nauczycielom tajnego Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1993.
- Smolna 30: *Gimnazjum im. Jana Zamoyskiego*, red. J. Durko, Warszawa 1989.
- Sprawozdania z działalności Uniwersytetu Józefa Piłsudskiego w Warszawie za rok akademicki 1934/35 i za rok akademicki 1935/36*, Warszawa 1936.
- Szczygielski K., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski doktorem honoris causa Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, nr 12.
- Szczygielski K., *Romanistyka polska w latach 1918–1945 (przegląd bibliografii)*, „Zeszyty Prawnicze” 2010, t. X, nr 2.
- Szyszkowski W., *Wspomnienia z lat 1924–1927* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów (1918–1950)*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990.
- Świder M., Urlińska M.M., *Prywatne Gimnazjum Sanatoryjne Męskie dr Jana Wieczorkowskiego w Rabce (1924–1939)*, „Studia Paedagogica Ignatiana” 2016, nr 19.2.
- Tymiński J., *Pisanie o zmierzchu. Wspomnienia z lat 1924–1985*, Warszawa 1988.
- Vesper E.M., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski polski romanista przełomu XIX i XX wieku*, Białystok 2010 (niepublikowana rozprawa doktorska).
- Wannagat G., *Wspomnienia z lat 1934–1938* [w:] *Wydział Prawa w relacjach i wspomnieniach pracowników i studentów*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 1990.
- Wołodkiewicz W., *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009.
- Wołodkiewicz W., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski – romanista, cywilista, kodyfikator*, „Studia Iuridica” 1995, nr 29.

Wołodkiewicz W., *Ignacy Koschembahr-Łyskowski 1864–1945 [w:] Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*, red. G. Bałtrusajtys, Warszawa 2008.
 Zabłocka M., *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002.
 Zabłocka M., *Romanistyka polska w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku*, Warszawa 2013.
 Żebrowski M., *Jerzy Giedroyc. Życie przed „Kulturą”*, Kraków 2012.
Z wierszy szkockich, Burns Robert, Warszawa 1956.

Streszczenie

Jednym z polskich uczonych, którzy w młodości zamierzali związać swoją przyszłość z nauką prawa rzymskiego, był Stanisław Kryński. Fakt ten może zaskakiwać, gdyż rozgłos Kryński zyskał dzięki przekładom na język polski angielskiej poezji, a także pierwszego tomu dzieła Edwarda Gibbona *Zmierzch cesarstwa rzymskiego*. Przeprowadzona po raz pierwszy kwerenda archiwalna pokazuje, że w młodości bardzo interesował się jednak prawem rzymskim i nawet zamierzał napisać doktorat na temat *Iudicium familiae erciscundae w klasycznym prawie rzymskim*. Jeszcze podczas studiów na Wydziale Prawa i Nauk Państwowych Uniwersytetu Warszawskiego został asystentem prof. Ignacego Koschembaha-Łyskowskiego. Profesor został jego naukowym mentorem i to za jego sprawą mógł w 1938 r. odbyć staż naukowy w Rzymie. Plany Kryńskiego pokrzyżował wybuch II wojny światowej. Nabyte w Warszawie umiejętności udało mu się spożytkować, kiedy wykładał prawo rzymskie na Polskim Wydziale Prawa na Oksfordzie w latach 1944–1946. Po powrocie do Polski został wykładowcą w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie oraz na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim. Badań nad prawem rzymskim nie kontynuował.

Słowa kluczowe: Stanisław Kryński, prawo rzymskie, Polski Wydział Prawa na Uniwersytecie Oksfordzkim

STANISŁAW KRYŃSKI – CONTRIBUTION TO THE BIOGRAPHY

Summary

As a young man Stanisław Kryński, our Polish scholar, intended to devote his life to Roman Law. The fact may be surprising as Kryński received a great deal of attention thanks to his Polish translations of English poetry and the first volume of *The history of the decline and fall of the Roman Empire* by Edward Gibbon. The first archival research shows that in his youth Kryński was really into Roman Law and was even going to do his doctorate on *Iudicium familiae erciscundae in a Classic Roman Law*. He became the assistant of the professor Ignacy Koschembahr-Łyskowski while studying at the Faculty of Law and State Science at the University of Warsaw. The professor became his academic mentor and enabled him to serve an academic apprenticeship in Rome in 1938. The outbreak of the Second World War pulled the rug from under Kryński's feet. But still, the skills and knowledge acquired in Warsaw were extremely valuable when he lectured Roman Law at the Polish Faculty of Law in Oxford in the years 1944–1946. After returning to Poland, he became a higher education lecturer at SGH Warsaw School of Economics and at Catholic University of Lublin. He did not carry on the research into Roman Law.

Keywords: Stanisław Kryński, Roman Law, Polish Faculty of Law at the University of Oxford

Elżbieta Loska

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

ORCID: 0000-0001-6838-7721

**JAK UNIKNĄĆ SKAZANIA W RZYMSKIM PROCESIE KARNYM?
– KILKA PORAD PRAKTYCZNYCH**

Na pytanie postawione w tytule można udzielić kilku odpowiedzi.

Najprostszą i jednocześnie najbardziej oczywistą wydaje się oczywiście to, że nie należy popełniać czynów zabronionych przez ustawodawstwo rzymskie, a zwłaszcza zbrodni. Wiadomo jednak, że czasem przed sądem stawiano (a nawet skazywano) osoby niewinne. Drugim rozwiązaniem jest nie dać się złapać i postawić przed trybunałem karnym. Trzecim – nie dać sobie przestępstwa udowodnić. Można też powołać się na okoliczność wyłączającą bezprawność czynu, ewentualnie próbować przekonać wszystkich o swojej niewinności. Można także, acz nie był to sposób społecznie akceptowany, przekupić lub zastraszyć oskarżyciela, przewodniczącego trybunału, jurorów czy świadków.

Przedmiotem mojego zainteresowania będzie jeden z aspektów postępowania karnego w Rzymie okresu republiki – zachowanie oskarżonego. W artykule skoncentruję się na jednym z rozwiązań wykorzystywanych podczas trwającego już procesu karnego, a konkretniej – na jednej z możliwości, która mogła legalnie zapewnić werdykt uniewinniający.

Jak wiadomo, jeśli nawet postawiono komuś zarzut popełnienia przestępstwa i musiał on odpowiadać przed *quaestio*, nie oznaczało to automatycznie skazania go. Nie zawsze, co jest aktualne do dziś, zależało to od winy oskarżonego.

Wygłaszane przed trybunałem karnym mowy oskarżenia i obrony bardzo często nacechowane były teatralnością – zarówno w sposobie wypowiedzi, modulacji głosu, jak i gestykulacji¹. Sam proces stanowił pewnego rodzaju spektakl, w którym widownią była zarówno druga strona sporu, członkowie trybunału (*iudices*)²

¹ W literaturze polskiej ostatnio: E. Loska, *Actors and Orators*, „Classica Cracoviensia” 2016, no. 19, s. 129–141.

² Termin ten nie jest łatwy do zwięzłego przetłumaczenia. Słowo *iudices* jest liczbą mnogą od rzeczownika *iudex*, który zwyczajowo tłumaczony jest słowem „sędzia”. Termin ten ze względu na jego przyjęte w polskim języku prawniczym znaczenie nie wydaje się właściwy – sędzią jest osoba, która wydaje wyrok. *Iudex* rzymski w okresie republiki zarówno w postępowaniu karnym, jak

wraz z przewodniczącym, jak i zwykli gapie. Dlatego też nawet najlepiej przygotowane argumenty należało podczas procesu właściwie przedstawić. O tym, że liczyła się nie tylko treść mowy, ale i sposób jej wygłoszenia, świadczy między innymi przypadek Milona.

Tytus Anniusz Milo oskarżony był o zabójstwo Publiusza Klodiusza w 52 r. p.n.e., na podstawie *lex Pompeia de vi*³. Mowę w jego obronie wygłosił Marek Tulliusz Cyncero – wybitny orator, a prywatnie przyjaciel Milona. Proces toczył się w wysoce gorącej atmosferze – zamordowany Klodiusz był kilka lat wcześniej uwielbianym trybunem plebejskim, po jego śmierci tłum, wbrew prawu, urządził mu stos pogrzebowy na Forum, puszczając przy okazji z dymem kurie senatu. Co więcej, był to rok, który rozpoczął się bez urzędujących konsulów. Nie udało się wybrać elektów w roku poprzednim ze względu na rozruchy uliczne, między innymi popleczników Milona i Klodiusza – teraz zabójcy i ofiary. Ten stan rzeczy odbijał się negatywnie na poczuciu bezpieczeństwa i porządku publicznym. Zasadność wniesienia oskarżenia nie budziła najmniejszych wątpliwości – Milo, a właściwie jego ludzie, zabił Klodiusza, czemu zresztą wcale nie zaprzeczał. Przeciw jego skazaniu miał jednak przemawiać fakt, że działał w obronie koniecznej⁴. Gdyby ten sposób argumentacji nie wystarczał, orator chciał udowodnić, że zabicie Klodiusza przyniosło korzyść Rzymowi. Problemem jednak okazało się to, że Cyncero nie wygłosił mowy tak, jak to sobie zaplanował.

i w postępowaniu cywilnym wyroku nie wydawał. Osoba pełniąca tę funkcję w procesie karnym orzekała wyłącznie o popełnieniu/niepopełnieniu czynu przez oskarżonego, w procesie cywilnym uznawała bądź nie uznawała racji powoda. Wyrok natomiast był ustalony odpowiednio w ustawie i formule procesowej. Najlepiej z tłumaczeniem radzi sobie język angielski, w którym termin *iudices*, ilekroć chodzi o członków *quaestio*, przekładany jest jako *members of the jury*. Janusz Sondel (*Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, s.v. *iudex*) tłumaczy zwrot *iudex quaestionis* jako „członek sądu powołanego do rozpatrywania spraw kryminalnych” – jest to tłumaczenie oddające w pełni istotę tego zwrotu, ciężko jednak stosować je w artykule. W niniejszym artykule, ze świadomością niepełnej adekwatności, stosowane jest wyrażenie „juro-rzy” lub „członkowie *quaestio*/trybunału”.

³ M.C. Alexander, *Trials in the Late Roman Republic. 149 BC to 50 BC*, Toronto 1990, s. 151.

⁴ O procesie Milona napisano wiele. Do najważniejszych lektur poświęconych w całości temu zdarzeniu i mowie obrończej Cyncerona należą: J.N. Settle, *The Trial of Milo and the Other 'Pro Milone'*, „Transactions and Proceedings of the American Philological Association” 1963, no. 94, s. 268–280; A.W. Lintott, *Cicero and Milo*, „JRS” 1974, no. 64, s. 62–78; J.S. Ruebel, *The Trial of Milo in 52 B.C.: A Chronological Study*, „TAPA” 1979, no. 109, s. 231–249; A. Casamento, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola: il caso della pro Milone* [w:] *Lo spettacolo della giustizia. Le orazioni di Cicerone*, red. G. Petrone, A. Casamento, Palermo 2006, s. 181–198; *idem*, *La pro Milone dopo la pro Milone* [w:] L. Calboli Montefusco, *Papers on rhetoric X*, Roma 2010, s. 39–58. W literaturze polskiej zob. K. Amiełańczyk, *Milo's Criminal Trial*, „OIR” 1997, nr 3, s. 5–17; *idem*, *Czy kontratyp obrony koniecznej ma rzymską tradycję?* [w:] *'Quid leges sine moribus?'* *Studia dedykowane Profesorowi Markowi Kurylowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, red. K. Amiełańczyk, Lublin 2009, s. 51–72, a także: E. Loska, *'Insidiatorem iure interfici posse'*. *Kontratypy jako sposób obrony w procesie: 'Pro Milone' Cyncerona*, „Zeszyty Prawnicze” 8.1 (2008), s. 63–80; *eadem*, *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 68 i n.

Rozjuszony tłum zwolenników Publiusza Klodiusza nie dopuścił bowiem mówcy do głosu⁵. Oprócz tego ze względu na ogromne emocje, jakie budził ten proces, po raz pierwszy w historii Rzymu miejsce, w którym zebrał się trybunał, otoczone było wojskiem stojącym na straży porządku⁶. Było tak na polecenie Gnejusza Pompejusza piastującego już wtedy stanowisko jedynego konsula Rzymu (*consul sine collega*)⁷. Kasjusz Dion twierdzi, że wielkiemu oratorowi odebrało mowę ze strachu, a słowa zamarły mu na ustach⁸. Nigdy zatem nie dowiemy się, jaki byłby wyrok w sprawie Milona, gdyby Cicerono faktycznie wygłosił swoją mowę⁹. I gdyby miała ona wówczas taki kształt, jaki znamy z zachowanych pism Cicerona¹⁰. Skazanie Milona mogło być jednak nie tyle wynikiem słabej obrony Cicerona czy presji wywieranej na członków *quaestio* przez żołnierzy Pompejusza, a po prostu wydaniem sprawiedliwego wyroku. A może wpływ miały jeszcze inne czynniki?

Oprócz teatralności wygłaszania mowy obrończej w postępowaniu karnym uciekano się także do pewnego innego niemal scenicznego efektu¹¹. W swoim *Kształceniu mówcy* pisał o nim Kwintyliusz:

Quint. 6,1,30: *Non solum autem dicendo, sed etiam faciendo quaedam lacrimas movemus, unde et producere ipsos qui periclitentur squalidos atque deformes et liberos eorum ac parentis institutum...*

Orator wyliczał w tym fragmencie sposoby poruszenia emocji jurorów zasiadających w trybunale. Podkreślił, że do łez wzruszenia mogą doprowadzić nie tylko słowa, ale też czyny czy zachowanie. Tego wynikiem stał się zwyczaj dotyczący wizerunku oskarżonego podczas procesu karnego. W dobrym tonie było, aby oskarżony pojawił się na procesie w ciemnych, niejednokrotnie obdartych szatach, nieu-

⁵ Asc., Mil. 41C.

⁶ Plut., Cic., 35,2.

⁷ App., BC 2,84.

⁸ Dio Cass. 40,54,2. Por. też: Plut., Cic., 35,5. Najprawdopodobniej Cicerono czuł się bezpieczniej przy książkach niż w obliczu wojska. W tym przypadku właśnie obecność wojska i dodatkowo rozjuszony tłum odebrała mu mowę. H. Enlenberg, *Cicero, der Rechtsanwalt, Redner, Denker und Staatsman. Sein Leben und Wesen*, Berlin 1932, s. 99 i n. O okolicznościach wygłoszenia *Pro Milone* zob. też: M.C. Alexander, *The Case for the Prosecution in the Ciceronian Era*, Ann Arbor 2005, s. 21.

⁹ Kasjusz Dion przekazał anegdotę o dalszym losie Milona na wygnaniu. Cicerono bowiem nie mógł się oprzeć pokusie i przesłał wygnańcowi egzemplarz wydanej mowy w jego obronie. Milon miał stwierdzić wtedy, że ma szczęście, iż Cicerono nie wygłosił mowy w takiej formie, bo nie jadłby wówczas pysznych barwen na wygnaniu w Masilii. Dio Cass. 40,54,3. Por. D. Stockton, *Cicero, a Political Biography*, Oxford 1971 (reprint New York 2008), s. 225 i n.

¹⁰ O różnicach między mową wygłaszaną przez oratora a opublikowaną zob. G. Pacitti, *Cicerone l'uomo politico* [w:] AA. VV., *Marco Tullio Cicerone*, Firenze 1961, s. 80; W.K. Lacey, *Cicero and the End of the Roman Republic*, Auckland 1978, s. 90 – autor przypuszcza, że wersja opublikowana jest tak dobra, żeby zatrzeć złe wrażenie, jakie wywarło wystąpienie Cicerona.

¹¹ Tak było zresztą nie tylko w rzymskich trybunałach. Na temat teatralności w postępowaniu przed sądami greckimi: E. Hall, *Lawcourt Dramas: the Power of Performance in Greek Forensic Oratory*, „BICS” 1995, no. 40, s. 39–58.

czesany, nieogolony, jakby w żałobie (*sordidatus*), przedstawiając sobą obraz nędzy i rozpacz¹². Taki ubiór i brak dbałości o wygląd wskazywać miały na nieszczęście, które dotknęło daną osobę¹³. Ten efekt, nazywany przez współczesnych badaczy praktyką *squalor* – dosłownie brud, niechlujny wygląd – był nader często wykorzystywany w celach politycznych¹⁴. W przypadku procesu toczącego się przed trybunałem karnym jeśli taki wygląd prezentował oskarżony, miało to być świadectwem jego niewinności i bezpodstawności zarzutów oskarżenia, może też było obliczone na wzbudzenie litości członków trybunału¹⁵. Mogło się wydawać, że tak się przejmował niesłusznym oskarżeniem, że zapominał się myć i przebierać. Ze względu na to, że zarzuty postawione w procesie karnym powodowały wyrwanie oskarżonego z jego codzienności i miały wpływ na jego psychikę, nierzadko szaty żałobne przywdziewała także jego rodzina i przyjaciele¹⁶.

W tym kontekście ciekawe jest spostrzeżenie Andrew Lintotta, że *squalor* był powszechnie oznaką rzekomej niesprawiedliwości, krzywdy, która się komuś dzieje¹⁷. Praktyka ta wykorzystywana była w przeróżnych celach. Czasem oczywiście znajdowała swoje usprawiedliwienie w zachodzących wydarzeniach, czasem jednak była wyłącznie wynikiem wyrachowania i stosowana była jedynie dla wywołania określonego efektu.

Pierwszy potwierdzony źródłowo przypadek zignorowania zwyczaju *squalor* można znaleźć w *Nocach Attyckich* Aulusa Gelliusa, w rozdziale zatytułowanym *Quod P. Africano et aliis tunc viris nobilibus ante aetatem senectam barbam et genas radere mos patrius fuit* (*O tym, że Publius Africanus i inni słynni mężowie jego czasów według zwyczaju przodków golili brodę i policzki, dopóki nie osiągnęli podeszłego wieku*¹⁸):

¹² Por. A.H.J. Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901 (reprint 2005), s. 472; M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994 (wyd. II Lublin 2020), s. 162 (172); J. Edmondson, *Public Dress and Social Control in Late Republican and Early Imperial Rome* [w:] *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, Toronto 2008, s. 30 i n.; J. Hall, *Cicero's Use of Judicial Theater*, red. J. Edmondson, A. Keith, Ann Arbor 2014, s. 41 i n.

¹³ Por. J. Hall, *op. cit.*, s. 42.

¹⁴ J. Heskel, *Cicero as Evidence for Attitudes to Dress in the Late Republic* [w:] *The World of Roman Costume*, red. J. L. Sebesta, L. Bonfante, Madison 1994, s. 141 i n.; A.W. Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1999, s. 16 i n.; E. Flaig, *Ritualisierte Politik. Zeichen, Gesten und Herrschaft im Alten Rom*, Göttingen 2003, s. 101–102; M. Blonski, *Les sordides dans la vie politique romaine: la saleté comme tenue de travail* [w:] *Dossier: S'habiller, se déshabiller dans les mondes anciens*, red. F. Gherchanoc, V. Huet, Paris 2017, s. 41–56 (<https://books.openedition.org/editionsehess/2266>, 30.09.2020).

¹⁵ Za przeważającą rolę tego ostatniego czynnika opowiada się: A.R. Dyck, *Dressing to Kill: Attire as a Proof and Means of Characterization in Cicero's Speeches*, „*Arethusa*” 2001, no. 34.1, s. 120.

¹⁶ R.A. Kaster, *Some Passionate Performances in Late Republican Rome* [w:] *Companion to Greek and Roman Political Thought*, red. R.K. Balot, Chichester and Malden 2009, s. 312.

¹⁷ A.W. Lintott, *Violence...*, s. 17.

¹⁸ Tłumaczenie za: A. Tarwacka, *O tym, że Publius Africanus i inni słynni mężowie jego czasów według zwyczaju przodków golili brodę i policzki dopóki nie osiągnęli podeszłego wieku* – Aulus Gellius, *Noce Attyckie* 3,4. Tekst – tłumaczenie – komentarz, „*Zeszyty Prawnicze*” 18.4 (2018), s. 261.

Gell. 3,4,1: *In libris, quos de vita P. Scipionis Africani compositos legimus, scriptum esse animadvertimus P. Scipioni, Pauli filio, postquam de Poenis triumphaverat censorque fuerat, diem dictum esse ad populum a Claudio Asello tribuno plebis, cui equum in censura ademerat, eumque, cum esset reus, neque barbam desisse radi neque non candida veste uti neque fuisse cultu solito reorum.*

Oskarżony w 140 r. p.n.e. przez jednego z trybunów plebejskich Publiusz Korneliusz Scypion Afrykański demonstracyjnie zrezygnował z przywdziania szat żałobnych podczas procesu¹⁹. Przyczyną oskarżenia według relacji antykwarysty był fakt, że podczas sprawowania urzędu cenzora²⁰, wykonując swoje uprawnienia, pogromca Kartaginy chciał usunąć Tyberiusza Klaudiusza Asellusa ze stanu ekwicznego – za ekstrawagancki i rozrzutny tryb życia odebrać mu prawo do konia publicznego²¹. Jego decyzja została jednak zawetowana przez jego kolegę na urzędzie, Luciusa Memmiusa²². Dwa lata później Scipio został oskarżony przez tegoż Asellusa przed *iudicium populi*, prawdopodobnie o nieprawidłowości podczas *lustrum*²³. Wynik postępowania nie jest znany, ale prawdopodobniejsze wydaje się, że Scipio został uwolniony od zarzutów²⁴. Istotne jest stwierdzenie Gelliusa, że Scipio nie zachował się w sposób, w jaki zwyczajowo winni byli postępować oskarżeni²⁵. Oznacza to, że taka taktyka postępowania podczas procesu znana był w czasach Aulusa Gelliusa, a także wskazuje na przypuszczenie antykwarysty, że już kilka wieków wcześniej zwyczaj ten był na tyle ugruntowany, iż nieprzestrzeganie go budziło zdziwienie. Ignorowanie tradycji mogło nieść dla oskarżonego niekorzystne konsekwencje. Fakt, że w tym przypadku tak się nie stało, świadczy o silnej pozycji Afrykańczyka lub o absurdzie oskarżenia.

¹⁹ Na ten temat też: J. Hall, *Cicero's Use...*, s. 50.

²⁰ T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, I, New York 1951, s. 474.

²¹ H.H. Scullard, *Scipio Aemilianus and Roman Politics*, „JRS” 1960, no. 50, s. 67 i n.; A.E. Astin, *Scipio Aemilianus*, Oxford 1967, s. 120; A. Tarwacka, *Prawne aspekty urzędu cenzora w starożytnym Rzymie*, Warszawa 2012, s. 236; eadem, *Jak się zemścić na cenzorach? Rozgrywki polityczne a zakres odpowiedzialności karnej strażników moralności* [w:] *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, red. K. Amiełańczyk, A. Dębiński, D. Słapek, Lublin 2015, s. 197; eadem, *Come vendicarsi dei censori? Scontri politici e responsabilità penale dei guardiani della morale*, „Diritto@Storia” 2016, no. 14, <http://www.dirittoestoria.it/14/tradizione/Tarwacka-Come-vendicarsi-dei-censori.htm> (4.01.2021); eadem, *O tym...*, s. 262 i n.; eadem, *Cenzor w sypialni. Urzędnicza kontrola moralności w życiu rodzinnym Rzymian okresu republiki*, Warszawa 2021, s. 43.

²² Cic. *de or.*, 2,268.

²³ Val. Max. 4,1,10. Por. A.E. Astin, *op. cit.*, s. 175 i n.; H.H. Scullard, *op. cit.*, s. 69; A. Tarwacka, *Prawne aspekty...*, s. 236; eadem, *Jak się zemścić...*, s. 198; eadem, *Come vendicarsi...*; eadem, *O tym...*, s. 262 i n.; eadem, *Cenzor...*, s. 43 i n.

²⁴ M.C. Alexander, *Trials...*, s. 5. A.E. Astin, *op. cit.*, s. 127 z kolei jest pewien, że Scipio został niewinny, ale liczba mów, które wygłosił, świadczy o tym, że decyzji nie podjęto pochopnie.

²⁵ A.E. Astin (*op. cit.*, s. 176) twierdzi nawet, że Scipio postąpił tak z pogardy dla oskarżyciela i zarzutu. Warto jednak zauważyć, że mogło to zostać odebrane jako wyraz lekceważenia także wobec rozstrzygającego sprawę zgromadzenia, najprawdopodobniej *concilium plebis*.

Kolejnym przykładem wagi zachowania zwyczaju podczas procesu karnego jest przypadek Rutiliusa Rufusa²⁶. Rutilius Rufus został niesłusznie oskarżony przed trybunałem *de rebus repetundis* o zdzierstwa, których jakoby dopuścił się, będąc legatem w prowincji Azji²⁷. Oskarżenie było wynikiem spisku publikań²⁸, którzy w ten sposób chcieli ukryć własne nadużycia związane z pobieraniem podatków. Proces byłego namiestnika prowincji odbył się prawdopodobnie w 94 r. p.n.e.²⁹, oskarżycielem był niejaki Apicius.

Val. Max. 6,4,4: *huic voci consentanea illa opera, quod magis ordinum dissensione quam ulla culpa sua reus factus nec obsoletam vestem induit, nec insignia senatoris deposuit, nec supplices ad genua iudicum manus tetendit, nec dixit quicquam splendore praeteritorum annorum humilior, effecitque ut periculum non impedimentum gravitatis eius esset, sed experimentum.*

Valerius Maximus podkreślił, że Rutilius został oskarżony raczej w wyniku konfliktu między stanami (senatorskim i ekwickim) niż własnego postępowania – a dosłownie bez żadnej własnej winy. Prawdopodobnie to poczucie oskarżonego spowodowało, że nie przywdział żałobnych szat, nie zrezygnował z togi i insygniów senatora (co także było oznaką żałoby) i nie błagał sędziów o uniewinnienie³⁰. Rutilius został skazany na wygnanie do swojej byłej prowincji. Fakt, że został w niej przyjęty z otwartymi ramionami³¹, świadczy chyba najdobitniej o niesłuszności wydanego wyroku.

Z relacji Cycerona, który włożył ją w usta jednej z postaci dialogu *De oratore*, Marka Antoniusza (ojca triumwira), można się dowiedzieć, jak nietypowe było zachowanie oratorów reprezentujących interesy Rutiliusa w trakcie procesu.

Cic., *de or.* 1,230: *Nemo ingemuit, nemo inclamavit patronorum, nihil cuiquam doluit, nemo est questus, nemo rem publicam imploravit, nemo supplicavit; quid multa? pedem nemo in illo iudicio supposit.*

Orator pokazał, że obrońcy Rutiliusa nie zrobili nic, żeby go uchronić od skazania: żaden z nich nie jęczał, nie krzyczał, nie skarżył się, nie błagał – podsumował to obrazowym stwierdzeniem, że w ciągu tego procesu nikt nie tupnął nogą. Tego typu zachowanie wydaje się nietypowe dla procesów przed trybunałem karnym w owym czasie – jak już wspomniano, mowy oratorów podczas obrony były spektaklem obliczonym na zdobycie przychylności dla oskarżonego.

²⁶ Val. Max. 6,4,4; M.C. Alexander, *Trials...*, s. 49.

²⁷ T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, s. 7.

²⁸ Val. Max. 2,10,5; Vell. 2,13,2.

²⁹ R. Kallet-Marx, *The Trial of Rutilius Rufus*, „Phoenix” 1990, no. 44.2, s. 126 i n.

³⁰ Por. też: Cic., *de or.* 1,229. J. Edmondson (*op. cit.*, s. 31) uważa z kolei, że to była celowa manifestacja i podkreślenie faktu, że proces wszczęty przeciw niemu nie ma podstaw.

³¹ Val. Max. 2,10,5. Historyk zapytał nawet, czy owego wygnania nie należałoby słuszniej nazwać triumfem (*exulare aliquis, rogo, hoc an triumphare iustius dixerit*). Por. R. Kallet-Marx, *The Trial...*, s. 139.

Może zatem, jak przypuszcza Jonathan Hall³², Rutilius celowo został w tym dziele przedstawiony jako osoba kompletnie niezadająca sobie sprawy z zawłości rzymskiego procesu karnego i istniejącej w nim potrzeby grania na emocjach i teatralności. Dlatego też ani on, ani jego obrońcy nie przystosowali się do panującego zwyczaju – a może nawet Rutilius zabronił korzystania z „tanich” efektów jako nieliczących z godnością nobila. Z tego samego źródła znamy też pogląd Cyncerona na proces Rutiliusa, w którym niewinny człowiek, niemal ostoja społeczności, został skazany³³.

Wracając do procesu Milona, najpóźniejszego chronologicznie z przytaczanych przykładów – w tym przypadku wina oskarżonego była tak ewidentna, że wdzianie przez niego *sordes* niewiele by zmieniło w samym wyroku. Jednak nieprzestrzeganie przyjętego zwyczaju miało niewątpliwy wpływ na postrzeganie osoby Milona³⁴. Plutarch³⁵ w *Żywocie Cyncerona* stwierdził nawet, że głównie to zadecydowało o wyroku skazującym. Najprawdopodobniej jest to nadmierne uproszczenie, wyraźnie jednak wskazuje na wagę owego zwyczaju. Sam Cyncero przedstawił Milona jako człowieka o niepospolitej sile ducha, którego nie są w stanie poruszyć nawet łzy przyjaciela³⁶:

Cic., *Mil.* 101: *His lacrimis non movetur Milo. Est quodam incredibili robore animi. Exsilium ibi esse putat, ubi virtuti non sit locus; mortem naturae finem esse, non poenam. Sed hic ea mente qua natus est.*

Taka prezentacja Milona członkom trybunału w finale mowy mogła wskazywać na przyczynę, dla której oskarżony powstrzymał się od przywdziania żałobnych szat – słuszność jego działania miała przemawiać sama za siebie. Fakt, że taki ubiór należało usprawiedliwić, świadczy jednak także o wielce ugruntowanym zwyczaju i o tym, że zarówno oskarżony, jak i przemawiający w jego obronie orator zdawali sobie sprawę, że jego przestrzeganie mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie trybunału.

Warto zwrócić uwagę na spostrzeżenie, którego dokonał Andrew Riggsby³⁷ – nie możemy przekładać na realia starożytnego Rzymu naszego rozróżnienia na istotną wagę argumentu w sprawie sądowej, a mało istotną wagę oceny charakteru oskarżonego. Przed *quaestio perpetua* ta ostatnia determinanta miała ogromne znaczenie. W to doskonale wpisuje się kwestia podejścia oskarżonego do utrwalonych obyczajów obowiązujących podczas procesu.

³² J. Hall, *op. cit.*, s. 32.

³³ Cic., *de or.* 1,229–230: *ille vir exemplum, ut scitis, innocentiae cumque illo nemo neque integrior esset in civitate neque sanctor, (...) Nunc talis vir amissus est.*

³⁴ To zachowanie mogło dziwić tym bardziej, że wcześniej (oskarżany *notabene* przez Kłodiusza) Milon stosował się do tego zwyczaju. J. Hall, *op. cit.*, s. 52.

³⁵ Plut., *Cic.* 35,5.

³⁶ Por. też: Quint. 6,1,24–25.

³⁷ A. Riggsby, *The Rhetoric of Character in the Roman Courts* [w:] *Cicero the Advocate*, red. J. Powell, J. Paterson, Oxford 2010, s. 176.

Trudno jest obecnie określić z całą pewnością, jak znaczący wpływ na przebieg i wynik procesu miało zachowanie oskarżonego. Opisane przykłady pokazują, jak oskarżony o popełnienie zbrodni podczas procesu zachowywać się nie powinien. Ten, kto nie dostosował się do zwyczaju, a także w pewnym sensie do oczekiwań jurorów i publiczności, mógł być z góry postrzegany jako winny – tak było na przykład w przypadku Rutiliusa Rufusa i Milona. Takie zachowanie sygnalizowało bowiem nadmierną pewność siebie i nie wzbudzało sympatii. Prawdopodobnie zatem nawet jeśli były wątpliwości co do prawdziwości zarzutów, oskarżony nie mógł liczyć na łaskawość trybunału. Publiusz Korneliusz Scypion wygrał swój proces, jednak i Rutilius Rufus i Milon zostali skazani. W tym ostatnim przypadku raczej nie było miejsca na wątpliwości i wyrok był słuszny. W sprawie Rufusa zachowanie oskarżonego mogło być jednak jednym z czynników, które go obciążały i przechyliły szalę na jego niekorzyść.

Bibliografia

- Alexander M.C., *The Case for the Prosecution in the Ciceronian Era*, Ann Arbor 2005.
- Alexander M.C., *Trials in the Late Roman Republic. 149 BC to 50 BC*, Toronto 1990.
- Amielańczyk K., *Czy kontratyp obrony koniecznej ma rzymską tradycję?* [w:] *'Quid leges sine moribus?'* *Studia dedykowane Profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, red. K. Amielańczyk, Lublin 2009, s. 51–72.
- Amielańczyk K., *Milo's Criminal Trial*, „OIR” 1997, no. 3, s. 5–17.
- Astin A.E., *Scipio Aemilianus*, Oxford 1967.
- Blonski M., *Les sordes dans la vie politique romaine: la saleté comme tenue de travail* [w:] *Dossier: S'habiller, se déshabiller dans les mondes anciens*, red. F. Gherchanoc, V. Huet, Paris 2017, <https://books.openedition.org/editionsehes/2266>.
- Broughton T.R.S., *The Magistrates of the Roman Republic*, I–II, New York 1951–1952.
- Casamento A., *La pro Milone dopo la pro Milone* [w:] L. Calboli Montefusco, *Papers on rhetoric* X, Roma 2010, s. 39–58.
- Casamento A., *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola: il caso della pro Milone* [w:] *Lo spettacolo della giustizia. Le orazioni di Cicerone*, red. G. Petrone, A. Casamento, Palermo 2006, s. 181–198.
- Dyck A.R., *Dressing to Kill: Attire as a Proof and Means of Characterization in Cicero's Speeches*, „Arethusa” 2001, no. 34.1, s. 119–130.
- Edmondson J., *Public Dress and Social Control in Late Republican and Early Imperial Rome* [w:] *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, red. J. Edmondson, A. Keith, Toronto 2008, s. 21–46.
- Enlenberg H., *Cicero, der Rechtsanwalt, Redner, Denker und Staatsman. Sein leben und Wesen*, Berlin 1932.
- Flaig E., *Ritualisierte Politik. Zeichen, Gesten und Herrschaft im Alten Rom*, Göttingen 2003.
- Greenidge A.H.J., *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901 (reprint 2005).
- Hall E., *Lawcourt Dramas: the Power of Performance in Greek Forensic Oratory*, „BICS” 1995, no. 40, s. 39–58.
- Hall J., *Cicero's Use of Judicial Theater*, Ann Arbor 2014.

- Heskel J., *Cicero as Evidence for Attitudes to Dress in the Late Republic* [w:] *The World of Roman Costume*, red. J.L. Sebesta, L. Bonfante, Madison 1994.
- Kallet-Marx R., *The Trial of Rutilius Rufus*, „Phoenix” 1990, no. 44.2.
- Kaster R.A., *Some Passionate Performances in Late Republican Rome* [w:] *Companion to Greek and Roman Political Thought*, red. R.K. Balot, Chichester and Malden 2009, s. 308–320.
- Kuryłowicz M., *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994 (wyd. II Lublin 2020).
- Lintott A.W., *Cicero and Milo*, „JRS” 1974, no. 64, s. 62–78.
- Lintott A.W., *Violence in Republican Rome*, Oxford 1999.
- Loska E., *Actors and Orators*, „Classica Cracoviensia” 2016, no. 19, s. 129–141.
- Loska E., *‘Insidiatorem iure interfici posse’. Kontratypy jako sposób obrony w procesie: ‘Pro Milone’ Cicerona*, „Zeszyty Prawnicze” 8.1 (2008).
- Loska E., *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Warszawa 2011.
- Pacitti G., *Cicerone l’uomo politico* [w:] AA. VV., *Marco Tullio Cicerone*, Firenze 1961.
- Ruebel J.S., *The Trial of Milo in 52 B.C.: A Chronological Study*, „TAPA” 1979, no. 109, s. 231–249.
- Riggsby A., *The Rhetoric of Character in the Roman Courts* [w:] *Cicero the Advocate*, red. J. Powell, J. Paterson, Oxford 2010, s. 165–186.
- Scullard H.H., *Scipio Aemilianus and Roman Politics*, „JRS” 1960, no. 50, s. 59–74.
- Settle J.N., *The Trial of Milo and the Other ‘Pro Milone’*, „Transactions and Proceedings of the American Philological Association” 1963, no. 94, s. 268–280.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006.
- Stockton D., *Cicero, a Political Biography*, Oxford 1971 (reprint New York 2008).
- Tarwacka A., *Cenzor w sypialni. Urzędnicza kontrola moralności w życiu rodzinnym Rzymian okresu republiki*, Warszawa 2021.
- Tarwacka A., *Come vendicarsi dei censori? Scontri politici e responsabilità penale dei guardiani della morale*, „Diritto@Storia” 2016, no. 14, <http://www.dirittoestoria.it/14/tradizione/Tarwacka-Come-vendicarsi-dei-censori.htm>.
- Tarwacka A., *Jak się zemścić na cenzorach? Rozgrywki polityczne a zakres odpowiedzialności karnej strażników moralności* [w:] *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, red. K. Amiełańczyk, A. Dębiński, D. Słapek, Lublin 2015, s. 189–201.
- Tarwacka A., *O tym, że Publius Africanus i inni słynni mężowie jego czasów według zwyczaju przodków golili brodę i policzki dopóki nie osiągnęli podeszłego wieku – Aulus Gellius, Noce Attyckie 3,4. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, „Zeszyty Prawnicze” 8.4 (2018).
- Tarwacka A., *Prawne aspekty urzędu cenzora w starożytnym Rzymie*, Warszawa 2012.

Streszczenie

Tekst opiera się na analizie tekstów źródłowych i literatury przedmiotu związanych z pytaniem, w jaki sposób w republikańskim Rzymie przestępca usiłował uniknąć kary przewidzianej za popełniony przez niego czyn.

Artykuł dotyczy przede wszystkim tzw. praktyki *squalor*. Jej celem było przekonanie trybunału karnego o niewinności oskarżonego. Zgodnie z tradycją oskarżony pojawiał się na procesie w ciemnych, niejednokrotnie obdartych szatach, nieuczesany, nieogolony, jakby w żałobie. Miało to świadczyć o tym, że oskarżenie było niesłuszne i krzywdzące.

Praktyka ta pokazana jest na przykładzie trzech procesów: Publiusza Korneliusza Scypiona, Rutiliusa Rufusa i Tytusa Anniusza Milona. Przebieg tych procesów różniło wiele: zarówno treść oskarżenia, wina oskarżonego, jego chęć postępowania w zgodzie z przyjętą tradycją, nastawienie

doń społeczeństwa rzymskiego, jak i skutki niezastosowania *squalor*. W każdym z tych przypadków jednak oskarżony rezygnował z przywdziania szat żałobnych na czas procesu, co miało być demonstracją jego stosunku do postawionych mu zarzutów.

Słowa kluczowe: proces karny, Rzym republikański, *squalor*

HOW TO AVOID CONVICTION IN A ROMAN CRIMINAL TRIAL? – SOME PRACTICAL ADVICE

Summary

The text is based on an analysis of source texts and literature on the subject related to the question of how in republican Rome a perpetrator tried to avoid the punishment prescribed for his deed.

The article deals mainly with the so-called *squalor* practice. Its purpose was to convince the criminal court that the accused was innocent. According to tradition, the accused appeared at the trial in dark, often tattered robes, unkempt, unshaven, as if in mourning. This was to prove that the accusation was unfair and harmful.

This practice is illustrated by the example of three trials: that of Publius Cornelius Scipio, Rutilius Rufus and Titus Annius Milo. The course of these trials differed a lot: the content of the accusation, the defendant's guilt, his willingness to act in accordance with the accepted tradition, the attitude of Roman society towards it, and the consequences of not using *squalor*. In each of these cases, however, the accused resigned from wearing mourning robes during the trial, which was supposed to demonstrate his attitude to the charges against him.

Keywords: criminal trial, Republican Rome, *squalor*

Andrzej Nowak

Akademia Wychowania Fizycznego w Katowicach

ORCID: 0000-0002-5617-9113

**„GROŻĄCA SUROWA KARA” JAKO SAMODZIELNA
PODSTAWA TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA
PO ZMIANIE ART. 258 K.P.K.**

Przystępując do rozważania problemu samodzielności podstawy tymczasowego aresztowania określonej jako „grożąca surowa kara”, należy rozpocząć od przeanalizowania samej treści przepisu art. 258 k.p.k. w zakresie tego dotyczącym, a przede wszystkim zmian, jakie następowały w tej kwestii.

Pierwotnie przedmiotowy przepis k.p.k. z 1997 r. brzmiał:

Art. 258. § 2. Jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą¹.

1 lipca 2015 r. weszły w życie przepisy w sposób odmienny formułujące tę przesłankę². Od tego momentu przepis ten stanowił, iż:

Art. 258. § 2. Wobec oskarżonego, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, obawy utrudniania prawidłowego toku postępowania, o których mowa w § 1, uzasadniające stosowanie środka zapobiegawczego, mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary.

Przedmiotowe rozwiązanie nie funkcjonowało jednak długo w porządku prawnym, 15 kwietnia 2016 r. weszła bowiem w życie kolejna zmiana przepisów k.p.k.³ przywracająca *de facto* poprzednie brzmienie przepisu.

Odnosząc się do stanu prawnego obowiązującego przed 1 lipcem 2015 r., należy stwierdzić, iż nie budził on już od pewnego czasu większych wątpliwości

¹ Dz.U. 1997, nr 89, poz. 555.

² Dz.U. 2013, poz. 1247.

³ Dz.U. 2016, poz. 437.

interpretacyjnych. W związku z istniejącą bowiem rozbieżnością w orzecznictwie Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym w celu uzyskania odpowiedzi, czy przesłanki określone w art. 258 § 2 k.p.k. stanowią samodzielne i wystarczające podstawy do zastosowania (przedłużenia stosowania) tymczasowego aresztowania, a tym samym tworzą domniemanie, że podejrzany może podjąć działania zakłócające prawidłowy tok postępowania, co zwalnia z powinności wykazywania konkretnych okoliczności godzących w prawidłowy tok postępowania. Rozstrzygając tę kwestię, Sąd Najwyższy w 19 stycznia 2012 r. stwierdził⁴, że podstawy stosowania tymczasowego aresztowania określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2, stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego. W uchwale tej wyrażono także pogląd, że do zastosowania czy przedłużenia tymczasowego aresztowania nie wystarczy samo odwołanie się przez sąd do górnej granicy zagrożenia karą. Przedmiotowa uchwała spotkała się z aprobatą w doktrynie⁵. Trudno bowiem przyjąć, aby przepis art. 258 § 2 k.p.k. był samodzielną podstawą stosowania tymczasowego aresztowania bez wystąpienia podstawy ogólnej czy też przy zaistnieniu ujemnej przesłanki ograniczającej stosowanie tymczasowego aresztowania, o których mowa w art. 259.

W orzecznictwie funkcjonował pogląd, że groźba surowej kary rodzi domniemanie, że podejrzani (oskarżeni) mogą podejmować próby bezprawnych działań mogących destabilizować prawidłowy tok postępowania. Z uwagi na to, że wskazana w art. 258 § 2 k.p.k. okoliczność ma charakter domniemania prawnego, nie jest konieczne dowodowe wykazywanie, że podejrzani (oskarżeni) podejmowali w przeszłości konkretne działania w tym kierunku⁶. Chęć uniknięcia długoterminowej kary pozbawienia wolności rodzi domniemanie, że podejrzany ukryje się lub ucieknie, a tym samym utrudni dalszy bieg postępowania⁷.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r. spotkała się generalnie z przychylnym przyjęciem doktryny (glosy aprobujące: M. Kornak, D. Drajewicz, J. Machlańska⁸). Pojawiały się jednak odmienne stanowiska dotyczące tej kwestii (glosy krytyczne: J. Skorupka, M. Drewicz, A. Woźniak, R. Rynkun-Werner⁹).

⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. I KZP 18/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 1.

⁵ M. Kornak, Glosa do uchwały SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, Lex/el. 2012. Zob. też: J. Skorupka, Glosa do uchwały SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSP 2012, z. 7–8, poz. 80.

⁶ Postanowienia SA: we Wrocławiu z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. II AKz 12/12, Lex nr 1108801; we Wrocławiu z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. II AKz 4/12, Lex nr 1108804; w Katowicach z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. II AKz 708/11, Lex nr 1102946; w Katowicach z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. II AKz 719/10, Lex nr 686880.

⁷ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. II AKz 569/11, Lex nr 1108806.

⁸ Lex nr 1102081.

⁹ Lex nr 1102081.

Najostrzej swoje uwagi krytyczne zaprezentowała A. Woźniak, stwierdzając, iż samodzielność przesłanki określonej w art. 258 § 2 k.p.k. w wymiarze wskazanym w przedmiotowej uchwale nie znajduje uzasadnienia nie tylko w dominujących poglądach reprezentowanych przez doktrynę i linię orzecznictwa. Tymczasowe aresztowanie jako środek zapobiegawczy musi realizować wyznaczony mu przez ustawodawcę cel, a mianowicie służyć zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania. Nie do pogodzenia z realizacją tego celu jest przyjęcie interpretacji zakładającej nadanie tej instytucji wymiaru represyjnego zamiast prewencyjnego oraz stosowania tymczasowego aresztowania w sposób automatyczny.

W pierwszej kolejności zdaniem ww. trzeba zważyć, że zarówno na gruncie doktryny¹⁰, jak i orzecznictwa¹¹ funkcjonował ugruntowany pogląd, w świetle którego przesłanka stosowania tymczasowego aresztowania wyrażona w art. 258 § 2 k.p.k. stwarza domniemanie podejmowania przez oskarżonego próby bezprawnych działań, które zakłócają prawidłowy tok postępowania. Należy jednak w tym zakresie przyjąć, iż domniemanie to musi być uzasadnione, a zatem musi realnie wystąpić. Błędne byłoby więc rozumowanie pozwalające w sposób niejako automatyczny zakładać, iż samo zagrożenie wysoką karą będzie motywować oskarżonego do podejmowania działań zakłócających prawidłowy przebieg postępowania. Nie w każdym przypadku zatem będzie uzasadnione wysuwanie wniosku o wysokim prawdopodobieństwie działań oskarżonego zakłócających tok postępowania, o których mowa w art. 258 § 1 k.p.k., przy wystąpieniu omawianych przesłanek z art. 258 § 2 k.p.k. Konieczne jest w tej mierze dokonanie kompleksowej oceny okoliczności sprawy, w świetle której organ procesowy dojdzie do przekonania, że prawidłowy tok postępowania może być zagrożony. Dopiero ustalenie wystąpienia owego realnie uzasadnionego domniemania zakłócenia prawidłowego przebiegu postępowania działaniami oskarżonego stanowi więc faktyczną przesłankę umożliwiającą zastosowanie tymczasowego aresztowania na gruncie przepisu art. 258 § 2 k.p.k., nie zaś sam fakt abstrakcyjnego tudzież konkretnego zagrożenia surową karą¹². Nie ma przy tym przeszkód, by obalić tak ukształtowane domniemanie przez ustalenie, że w danej, konkretnej sytuacji obawa mactwa nie zachodzi, np. w przypadku prawidłowo przebiegającej, rozbudowanej współpracy oskarżonego z organami ścigania.

W omawianiu niniejszego problemu trzeba mieć na uwadze również intencję ustawodawcy, która przyświecała mu przy kształtowaniu instytucji tymczasowego aresztowania. Celem należytego odczytania znaczenia zawartej w art. 258 § 2 k.p.k. przesłanki powinno się zastosować wykładnię zarówno funkcjonalną, jak i celo-

¹⁰ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s.116; K. Eichstead, *Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym*, Warszawa 2008, s. 84; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 308.

¹¹ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 24 listopada 2011 r., sygn. II KZ 498/2011 (niepubl.).

¹² Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 6 grudnia 2006 r., sygn. II AKz 626/2006, OSA 2007, nr 3, poz. 11 s. 15.

wościową, nie zaś – jak uczynił to Sąd Najwyższy w przedmiotowym orzeczeniu – opierać się jedynie na literalnym brzmieniu przepisów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że intencją towarzyszącą ustawodawcy przy konstrukcji art. 258 § 2 k.p.k. było zabezpieczenie prawidłowego przebiegu postępowania jako procesowej przesłanki stosowania tego środka, nie zaś stosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego wobec każdego, komu przypisuje się popełnienie czynu zagrożonego wysokim wymiarem kary.

Na zakończenie A. Woźniak akcentuje, iż intencję ustawodawcy obrazuje ponadto projekt nowelizacji k.p.k. (który został uchwalony w późniejszym terminie i wszedł w życie 1 lipca 2015 r.), który w celu doprecyzowania określenia podstaw stosowania tymczasowego aresztowania w sposób ścisły łączy przesłankę stypizowaną w art. 258 § 2 k.p.k. z wyrażoną w art. 258 § 1 k.p.k.

W uzasadnieniu projektu wspomnianej nowelizacji wskazano, że nieprawidłowe jest stosowanie tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. niejako automatycznie, bez analizy rzeczywistego wystąpienia obaw wskazanych w § 1 i zagrożenia prawidłowego toku procesu, a więc wystąpienia przesłanki procesowej będącej ogólną podstawą stosowania zarówno tego, jak i każdego środka zapobiegawczego. Znowelizowany art. 258 § 2 k.p.k. miał precyzować, iż obawy zaistnienia zachowań wskazanych w § 1, uzasadniających stosowanie tymczasowego aresztowania, mogą wynikać „także”, nie zaś „tylko” z surowości grożącej oskarżonemu kary¹³. Tym samym zdaniem autorki nowy art. 258 § 2 k.p.k. odrzuca założenia interpretacji Sądu Najwyższego przedstawione w głosowanej uchwale.

Warto w tym miejscu skupić się na ostatnim z przedstawionych argumentów przemawiających rzekomo przeciwko przedmiotowemu orzeczeniu Sądu Najwyższego, tj. poświęconemu projektowanej zmianie przepisu art. 258 § 2 k.p.k. Jak wiemy, stał się on obowiązującym prawem od 1 lipca 2015 r. i funkcjonował w takim kształcie przez kilka miesięcy.

Faktycznie po uchwaleniu przedmiotowej zmiany zaczęły się pojawiać stanowiska, zgodnie z którymi uznawano, iż zmiana § 2 doprowadziła do odmiennego ukształtowania podstaw stosowania środków¹⁴. Z jednej strony bowiem utrzymano rozwiązanie zakładające istnienie powodu do stosowania środka zapobiegawczego z racji orzeczonej już, ale nieprawomocnie, kary pozbawienia wolności określonego rozmiaru lub zagrożenia tą karą z uwagi na zarzut zbrodni bądź poważnego występku, lecz z drugiej wskazano, że z tych powodów, czyli z racji tej kary, mają wynikać obawy, o jakich mowa w § 1, co należy wówczas wykazać w uzasadnieniu orzeczenia. Tym samym przesłanka z § 2 miała stracić charakter samodzielnej podstawy stosowania tymczasowego aresztowania czy innych środków, gdyż ustawodawca wskazał, że obawy z § 1 mogą wynikać

¹³ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870.

¹⁴ M. Kurowski, *Zagadnienia ogólne i postępowanie przygotowawcze*, Kraków 2015.

z okoliczności wskazanych w § 2. Niezbędne zatem było tu wykazanie, zdaniem m.in. M. Kurowskiego, że z uwagi na rodzaj i wymiar grożącej lub orzeczonej kary istnieją okoliczności uzasadniające określoną obawę. Powyższe przerzucać miało ciężar dowodowy w zakresie tej przesłanki ze wskazania kary wynikającej z samego zagrożenia na konkretną, realnie grożącą. Opisana zmiana niewątpliwie wiązała się ze sprzecznymi poglądami doktryny na rozumienie przesłanki z § 2 art. 258 k.p.k. Jak podnoszono, zarówno organ wnioskujący, jak i orzekający miał być zobligowany do wykazania, w jaki sposób grożąca lub orzeczona nieprawomocnie kara wpłynie na istnienie obaw ujętych w § 1 art. 258 k.p.k., a uzasadniających stosowanie środków zapobiegawczych.

Sam natomiast fakt uznania, iż z dniem wejścia w życie nowego brzmienia przepisu odpadała tak szeroko stosowana przesłanka tymczasowego aresztowania, zdawał się rodzić dalsze komplikacje. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 35 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁵ wprowadzającego przedmiotowe zmiany. Powołany przepis przejściowy przewidywał bowiem odstępstwo od zasady określonej w art. 28 tej ustawy, zgodnie z którą czynności procesowe dokonane przed jej wejściem w życie są skuteczne, jeżeli dokonane zostały z zachowaniem przepisów dotychczasowych. Natomiast przepis art. 35 ust 2 ustawy nowelizującej formułował bezwzględny wymóg uchylecia lub zmiany decyzji w przedmiocie stosowania środka zapobiegawczego lub zabezpieczenia majątkowego, jeżeli od 1 lipca 2015 r. wskutek wprowadzonych zmian przepisów brak będzie podstaw prawnych do ich dalszego stosowania. Regulacja ta miała właśnie szczególne znaczenie wobec wejścia w życie w tym terminie zmian w zakresie przesłanek orzekania środków zapobiegawczych oraz zabezpieczenia majątkowego. W związku z nią na terenie całego kraju – na polecenie Prokuratora Generalnego¹⁶ – we wszystkich jednostkach organizacyjnych prokuratury dokonano przeglądu stosowania tych instytucji w prowadzonych postępowaniach przygotowawczych pod kątem weryfikacji dotychczasowych podstaw ich stosowania z uwzględnieniem zmian obowiązujących od 1 lipca 2015 r. W niektórych przypadkach kończyły się one skierowaniem do właściwych sądów wniosków o przedłużenie bądź dalsze stosowanie tymczasowego aresztowania w oparciu jednak już o inne, zgodne z nowym brzmieniem przepisu przesłanki. Brak jest co prawda szerszych badań przedmiotowej praktyki, jednak dostępne dane pozwalają na przyjęcie, iż w większości tego rodzaju przypadków wnioski te nie spotykały się z przychylnym przyjęciem organu orzekającego o tych środkach i w konsekwencji nie były uwzględniane. Sądy generalnie więc nie widziały potrzeby dokonywania ingerencji w raz już wydane przed 1 lipca 2015 r. decyzje procesowe, nawet gdy były one wydane jedynie w oparciu o stare brzmienie przedmiotowego przepisu.

¹⁵ Dz.U. poz. 1247.

¹⁶ Pismo Prokuratury Generalnej PG IA 021/10/15 z 16 czerwca 2016 r.

Z biegiem czasu w stanowiskach praktyków zaczęła się przebijać odmienna interpretacja przedmiotowego przepisu – tożsama z wnioskami opartymi na poprzednim brzmieniu przepisu. Uznawano za niemożliwą do zaakceptowania tezę o utracie samoistnego bytu normy art. 258 § 2 k.p.k. i związaną z tym konieczność uchylecia lub zmiany zastosowanego aresztowania we wszystkich wypadkach, gdy wyłączną podstawą decyzji o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania była norma art. 258 § 2 k.p.k. Należy bowiem zauważyć, iż zmiana normatywna w obrębie jednostki redakcyjnej art. 258 § 2 k.p.k. sprowadzała się do podkreślenia przez ustawodawcę, że zagrożenia dla prawidłowego toku postępowania karnego w postaci obawy ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, bądź obawa mactwa procesowego „mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary”. Powyższy zwrot normatywny odnosić należy do konkretnego zagrożenia dla prawidłowego toku postępowania (te wymienione są przez ustawodawcę w art. 258 § 1 k.p.k., stąd odesłanie do wskazanej jednostki redakcyjnej), mającego swe źródło w surowym zagrożeniu karnym. W istocie zatem ustawodawca nie deroguje samoistnej podstawy tymczasowego aresztowania z art. 258 § 2 k.p.k., a jedynie obliuguje prokuratora występującego z wnioskiem o zastosowanie lub przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania w oparciu o analizowaną podstawę prawną do wykazania, że surowość grożącej oskarżonemu kary wpływa na powstanie zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania, o których mowa w art. 258 § 1 k.p.k. Odesłanie do normy art. 258 § 1, zawarte w znowelizowanej jednostce redakcyjnej art. 258 § 2 k.p.k., nie oznacza zatem wprowadzenia przez ustawodawcę wymogu koniunkcji pomiędzy przesłanką z art. 258 § 2 i przynajmniej z jedną z przesłanek, o których mowa w art. 258 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k., lecz sprowadza się do konieczności wykazania konkretnych zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania mających swe uzasadnienie w surowości grożącej oskarżonemu kary (wynikających z zagrożenia karnego). Należy zatem stanąć na stanowisku, że brak było podstaw do weryfikacji zapadłych orzeczeń w przedmiocie tymczasowego aresztowania w oparciu o normę art. 258 § 2 k.p.k., gdyż zarówno w poprzednim, jak i obowiązującym po 1 lipca 2015 r. stanie prawnym surowe zagrożenie karne przekładające się na zagrożenie dla prawidłowego toku postępowania było samodzielną przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania, ewentualnie pozostałych środków zapobiegawczych¹⁷.

Część doktryny natomiast z samego faktu dokonania modyfikacji przepisu wyciągała wniosek o zmianie materialnej jego zawartości. Podnoszono¹⁸, iż nowe brzmienie art. 258 § 2 k.p.k. podkreśla, że podłożem dla powstania uzasadnionych obaw dotyczących zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania, a związanych z ucieczką, ukryciem się oraz mactwem oskarżonego, jest również surowość

¹⁷ Pismo Prokuratury Generalnej PG VII G 0280/17/15 z 16 lipca 2015 r.

¹⁸ K. Dąbkiewicz, *Komentarz do zmiany art. 258 Kodeksu postępowania karnego* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015.

grożącej oskarżonemu kary. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu¹⁹, chodzi tutaj o wyraźne powiązanie podstaw wskazanych w art. 258 § 2 k.p.k. z określoną obawą wskazaną w treści § 1 tego przepisu. Nie chodzi zatem – jak w poprzednim stanie prawnym – o stosowanie środka zapobiegawczego z uwagi na grożącą oskarżonemu surową karą, lecz o to, że obawy, o których mowa w art. 258 § 1 k.p.k., wynikają mogą „także”, a nie „tylko” z „surowości grożącej oskarżonemu kary”.

W przypadku przepisu art. 258 § 2 k.p.k. nie chodzi wyłącznie o karę wynikającą z ustawowego zagrożenia określonego w przepisie prawa karnego, którego naruszenie zarzuca się lub przypisuje oskarżonemu, ale z mających zastosowanie przepisów części ogólnej k.k. W art. 258 § 2 k.p.k. ustawodawca posłużył się dwoma różnymi sformułowaniami, tj. „zagrożenie karą” oraz „surowość grożącej oskarżonemu kary”. Pierwsze dotyczy sankcji karnej określonego przepisu części szczególnej k.k., drugie natomiast odnosi się do wymiaru kary realnie grożącej oskarżonemu. W konsekwencji sąd orzekający w przedmiocie środka zapobiegawczego zobowiązany jest ustalić, czy orzeczenie wobec oskarżonego takiej kary jest realne, opierając się na ujawnionych w toku postępowania podmiotowo-przedmiotowych okolicznościach sprawy.

Należy dodatkowo zwrócić uwagę, iż stanowisko, że podstawy stosowania tymczasowego aresztowania określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 k.p.k. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego, jest zgodne z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzoną w Rzymie 4 listopada 1950 r.²⁰, co wynika nawet z orzecznictwa Trybunału Strasburskiego. W wyroku z 23 czerwca 2005 r. w sprawie 44722/98 Łatasiewicz vs. Polska²¹ organ ten wprost wskazuje, że surowość wyroku, jaki może w przyszłości zapaść, i związany z nim ciężar gatunkowy stawianych zarzutów daje organom krajowym uzasadnioną podstawę do przyjęcia ryzyka ucieczki, a nawet ponownego popełnienia czynów zabronionych²². Zatem nie może być wątpliwości, że także w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego akceptuje się funkcjonowanie szczególnego domniemania wynikającego z prognozowanej kary i ciężaru gatunkowego stawianych zarzutów. Oczywiście Trybunał jednocześnie zastrzega, że – po pierwsze – okoliczności te same w sobie nie mogą uzasadniać nadmiernie długiego okresu stosowania tymczasowego aresztowania, a po drugie – prognozowany wymiar kary musi być wraz z upływem czasu i w świetle przeprowadzanych kolejnych czynności ponownie ustalany.

Tym wymogom odpowiadają polskie regulacje, żaden przepis obowiązującego k.p.k. nie dopuszcza bowiem stosowania tymczasowego aresztowania przez dłuższy okres nieuzasadniony okolicznościami sprawy i celami izolacyjnego środka zapo-

¹⁹ Uzasadnienie projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, s. 81–82.

²⁰ Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

²¹ Lex nr 153396.

²² Także wyrok z 31 maja 2011 r. w sprawie 24205/06 Krawczak vs. Polska, Lex nr 817591 czy wyrok z 26 lipca 2001 r. w sprawie 33977/96 Ilijkov vs. Bułgaria, Lex nr 76133.

biegawczego (art. 263 § 1–4 k.p.k.). Konieczność weryfikacji istnienia podstaw dalszego stosowania tymczasowego aresztowania wynika natomiast nie tylko z potrzeby podejmowania odpowiednich decyzji procesowych z upływem okresu, na jaki dotychczas orzeczono tymczasowe aresztowanie, ale również w każdym czasie i na każdym etapie prowadzonego postępowania karnego (art. 253 § 1 k.p.k.)²³.

Z całości tych rozważań wynika, że wykładnia językowa przepisu art. 258 § 2 k.p.k., jak zresztą i treść jego § 1 w obu punktach, nie potwierdza stanowiska o niesamodzielności przesłanki w postaci grożącej oskarżonemu surowej kary. Należy dodatkowo zwrócić jeszcze uwagę, co zauważa orzecznictwo²⁴, iż gdyby chcieć przyjąć, że dla zastosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. konieczne było wykazanie istnienia uzasadnionej obawy mactwa lub uzasadnionej obawy ucieczki, ukrycia się oskarżonego czy też innego bezprawnego utrudniania postępowania karnego (a więc podstaw stosowania tymczasowego aresztowania określonych w art. 258 § 1 k.k.), to przepis § 2 okazałby się zupełnie zbędny. Taki sposób dokonywania interpretacji stałby w rażącej sprzeczności z zakazem wykładni *per non est*. Jeżeli więc ustawodawca przewidział w § 2 art. 258 k.p.k. dodatkową podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, a jednocześnie z żadnego przepisu nie wynika konieczność łącznego wystąpienia przesłanek określonych w § 1 i 2, to surowa kara grożąca oskarżonemu w okolicznościach opisanych w § 2 art. 258 k.p.k. stanowić może samodzielną przesłankę szczególną.

Również Sąd Najwyższy w „nowym” stanie prawnym stoi na stanowisku, iż surowość grożącej kary wynikająca z ustawowego zagrożenia stanowi samodzielną podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, ponieważ możliwość wymierzenia surowej kary stwarza domniemanie, że podejrzany w celu uchronienia się przed tą karą może podejmować działania zmierzające do zakłócenia prawidłowego toku postępowania poprzez ukrywanie się, nakłanianie do fałszywych zeznań bądź wyjaśnień itp.²⁵

Użycie natomiast przez ustawodawcę w aktualnym brzmieniu przepisu słowa „także” wskazuje właśnie na wagę surowości grożącej podejrzanemu kary jako podstawy zastosowania tymczasowego aresztowania istniejącej obok wymienionych w § 1 ww. przepisu²⁶. Inaczej rzecz ujmując, surowość grożącej lub wymierzonej kary nadal była przesłanką stosowania tymczasowego aresztowania, jednak pod warunkiem, że wynika z niej wskazana obawa, która jednak nie musi być dodatkowo wykazywana na podstawie konkretnych dowodów i okoliczności, jak w przypadku przesłanek wskazanych w art. 258 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. Gdyby takie dowody i okoliczności istniały, to funkcjonowanie art. 258 § 2 k.p.k. straciłoby

²³ Postanowienie SN z dnia 28 lutego 2001 r., sygn. IV KO 11/01, OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 46.

²⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. I KZP 18/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 1.

²⁵ Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2016 r., sygn. WZ 4/16, Lex nr 2023429.

²⁶ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 21 października 2015 r., sygn. II AKz 621/15, Biul.SAKa 2015, nr 4, poz. 14.

rację bytu, a podstawę do stosowania środków zapobiegawczych samodzielnie mogłyby stanowić przesłanki określone w art. 258§ 1 pkt 1 i 2 k.p.k.²⁷

Ustawodawca, by uniknąć jednak jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, zdecydował się, jak zaznaczono na wstępie, do powrotu od 15 kwietnia 2016 r. do poprzedniej wersji przepisu.

Bibliografia

- Dąbkiewicz K., *Komentarz do zmiany art.258 Kodeksu postępowania karnego* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015.
- Dąbkiewicz K., *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012.
- Eichstead K., *Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym*, Warszawa 2008.
- Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Kornak M., Glosa do uchwały SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, Lex/el. 2012.
- Kurowski M., *Zagadnienia ogólne i postępowanie przygotowawcze*, Kraków 2015.
- Skorupka J., Glosa do uchwały SN z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSP 2012, z. 7–8, poz. 80.

Streszczenie

Artykuł omawia kontrowersje związane z uznawaniem za samodzielną podstawę do stosowania tymczasowego aresztowania grożącą podejrzanemu surową karę. Przedstawiono w nim stanowiska dotyczące tego problemu oparte w szczególności na brzmieniu art. 258 § 2 k.p.k. obowiązującym w okresie od 1 lipca 2015 r. do 15 kwietnia 2016 r. oraz przyczyny rezygnacji z przedmiotowej nowelizacji.

Słowa kluczowe: surowa kara, zbrodnia, areszt, sąd, prokurator

„THREATENED SEVERE PUNISHMENT” AS AN INDEPENDENT BASIS FOR PRE-TRIAL DETENTION AFTER THE AMENDMENT OF ART. 258 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The article discusses the controversy surrounding the recognition of the threat of a severe punishment of a suspect as an independent basis for the use of temporary custody. It presents positions on this problem based in particular on the wording of Art. 258 § 2 of the Code of Criminal Procedure in force in the period from 1 June 2015 to 15 April 2016 and the reasons for abandoning the amendment in question.

Keywords: severe punishment, crime, arrest, court, public prosecutor

²⁷ Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 1 września 2015 r., sygn. II AKz 597/15, KSAG 2015, nr 4, 288–289.

Paulina Prawdzik

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0001-7626-7527

ASPEKTY TAJEMNICY ZAWODOWEJ TŁUMACZA PRZYSIĘGŁEGO

Wprowadzenie

Tłumacz przysięgły wykonuje zawód zaufania publicznego, chociaż takie stwierdzenie nie znajduje się w ustawie z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego¹ (dalej: u.z.t.p.). Zgodnie z art. 13 u.z.t.p. tłumacz przysięgły jest odpowiedzialny za tłumaczenia, poświadczenia odpisów dokumentów sporządzonych w języku obcym czy ustne tłumaczenie. Istotną różnicą między tłumaczem przysięgłym a tłumaczem zwykłym jest odpowiedzialność, jaką ponoszą za usługę tłumaczenia. W wielu przypadkach, na podstawie wymogów ustawowych lub prawa wewnętrznego, szereg instytucji, m.in. sądy, organy administracji publicznej, są zobligowane do korzystania wyłącznie z tłumaczeń dokonanych przez tłumacza przysięgłego. Celem niniejszego opracowania jest wykazanie zasadności twierdzenia, że tłumacz przysięgły *de facto* jest zawodem zaufania publicznego. Hipotezą badawczą zaś jest twierdzenie, że istnieje niezbędna potrzeba nowego ustawowego uregulowania zawodu tłumacza przysięgłego.

Usługi tłumacza przysięgłego są niezbędne przy konieczności przedłożenia przed organami państwowymi pisma lub gdzie jest potrzebne potwierdzenie autentyczności oraz wiarygodności dokumentu. Tłumacz przysięgły jest uprawniony do uwierzytelnienia tłumaczenia, co potwierdzone jest stosowną pieczęcią oraz zapisem na dokumencie numeru z repertorium tłumacza.

Instytucja tłumacza przysięgłego

Jak zostało to już wspomniane, tłumacz przysięgły jest osobą wykonującą zawód *de facto* zaufania publicznego. Trybunał Konstytucyjny w jednym z wyroków

¹ Dz.U. 2019, poz. 1326.

wymienił cechy świadczące o wykonywaniu zawodu zaufania publicznego: „Zawód zaufania publicznego to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określane jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji”².

Bezsprzecznie zawód tłumacza przysięgłego spełnia wszystkie przesłanki wskazane przez Trybunał Konstytucyjny, mianowicie tłumacz zajmuje się obsługą potrzeb ludzkich, wchodząc jednocześnie w posiadanie informacji dotyczących życia osobistego, prowadzi działalność w sposób zorganizowany i działa z uwzględnieniem przepisów Kodeksu zawodowego tłumacza przysięgłego³. Stąd też A.D. Kubacki postuluje zwiększenie ochrony prawnej dla zawodu tłumacza przysięgłego oraz o wprowadzenie do ustawy zapisu mówiącego *expressis verbis*, że jest to zawód zaufania publicznego⁴.

Celem określenia statusu tłumacza przysięgłego jest jego porównanie ze statusem tłumacza zwykłego. Tłumaczem zwykłym może zostać każdy, kto posiada znajomość danego języka obcego. Jednak nikt w tym przypadku nie sprawdza poziomu znajomości tego języka ani dokładności tłumaczenia. Osoba korzystająca z pomocy tłumacza zwykłego swoje zlecenie opiera nie tyle na zaufaniu do jego zdolności i kompetencji językowych, co raczej na znajomości osoby danego tłumacza zwykłego. Nierzadko tłumaczy zwykły jako osoba znana wzbudza niczym nieuzasadnione zaufanie i w konsekwencji przekonanie o możliwości skorzystania z jego pomocy. Często temu zjawisku towarzyszy chęć zaoszczędzenia środków na tłumaczenie.

Inaczej jest w przypadku tłumacza przysięgłego, ten bowiem, posiadając odpowiednie kwalifikacje i prawo wykonywania zawodu potwierdzone odpowiednimi certyfikatami, wzbudza zaufanie u swoich klientów, których najczęściej nie zna osobiście. To zaufanie nie ma już podłoża emocjonalnego, lecz opiera się umiejętnościach potwierdzonych certyfikatami.

Ponadto tłumacz przysięgły musi się specjalizować nie tylko w danym języku, ale również w terminologii z poszczególnych dziedzin czy dyscyplin nauki⁵.

² Zob. wyrok TK z dnia 7 maja 2002 r., sygn. SK 20/00, OTK ZU 2002, nr 3A, poz. 29.

³ Taki Kodeks został przyjęty uchwałą Rady Naczelnej PT TEPIS nr 33/X/18 z dnia 1 października 2018 r. Kodeks ten zawiera zasady etyki zawodowej (Dział I) i zasady wykonywania praktyki tłumacza (Dział II).

⁴ A.D. Kubacki, *Ocena regulacji ustawowych w odniesieniu do zawodu tłumacza przysięgłego w Polsce. Próba podsumowania*, „Rocznik Przykładoznawczy. Studia nad teorią, praktyką i dydaktyką przykładu” 2017, nr 12, s. 201–215.

⁵ Zob. Ł. Biel, *Jakość przekładu prawnego i prawniczego w świetle normy europejskiej PN-EN 15038 oraz hipotezy uniwersaliów translatorycznych*, „Rocznik Przykładoznawczy. Studia nad teorią, praktyką i dydaktyką przykładu” 2011, nr 6, s. 13–28.

Tłumacz przysięgły jest także gwarantem rzetelnego procesu, który zapewnia Konstytucja RP⁶. Osoba, która nie zna czynnie języka bądź zna go biernie, czyli nie w wystarczającym stopniu, aby rozumiała treści do niego kierowane, bądź nie może swobodnie wyrażać swych myśli, ma bezwarunkową opcję skorzystania z usługi tłumacza przysięgłego⁷.

Wymogi zawodowe, jakie musi spełnić kandydat na tłumacza przysięgłego, zostały określone w treści art. 2 ust. 1 u.z.t.p. W treści tego artykułu ustawodawca postanowił, że tłumaczem przysięgłym może być osoba fizyczna, która:

1. „ma obywatelstwo polskie albo obywatelstwo jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) (...);
2. zna język polski;
3. ma pełną zdolność do czynności prawnych;
4. nie była karana za przestępstwo umyślne, przestępstwo skarbowe lub za nieumyślne przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu obrotu gospodarczego;
5. ukończyła studia wyższe;
6. złożyła z wynikiem pozytywnym egzamin z umiejętności tłumaczenia z języka polskiego na język obcy oraz z języka obcego na język polski”.

Na podstawie art. 3 u.z.t.p. tłumacze przysięgli mają obowiązek zdania egzaminu przed Państwową Komisją Egzaminacyjną powoływaną w drodze decyzji Ministra Sprawiedliwości. Po zdanym egzaminie tłumacz musi złożyć ślubowanie, a następnie wpisać się na listę tłumaczy przysięgłych (art. 6 u.z.t.p.)⁸. Dopiero wówczas nabywa uprawnienie do wykonywania zawodu.

Tłumacz przysięgły ma zamknięty katalog swoich uprawnień dotyczących wykonywania zawodu. Według art. 13 u.z.t.p. „tłumacz przysięgły jest uprawniony do:

- 1) sporządzania i poświadczania tłumaczeń z języka obcego na język polski, z języka polskiego na język obcy, a także do sprawdzania i poświadczania tłumaczeń w tym zakresie, sporządzonych przez inne osoby;
- 2) sporządzania poświadczonych odpisów pism w języku obcym, sprawdzania i poświadczania odpisów pism, sporządzonych w danym języku obcym przez inne osoby;
- 3) dokonywania tłumaczenia ustnego”⁹.

Lista osób uprawnionych do wykonywania zawodu tłumacza przysięgłego jest publikowana, a tym samym udostępniana w Biuletynie Informacji Publicz-

⁶ M. Sadowska, *Tłumacz w postępowaniu karnym w ustawodawstwie polskim i rosyjskim – wybrane aspekty*, „Lingua Legis” 2018, nr 26, s. 95.

⁷ C. Kulesza, *Udział tłumacza [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, 2018.

⁸ Zob. B. Cieślík, L. Laska, M. Rojewski, *Egzamin na tłumacza przysięgłego. Komentarz, teksty egzaminacyjne, dokumenty*, Warszawa 2014, s. 43.

⁹ *Ibidem*.

nej¹⁰. Procedura wpisania kandydata na tę listę również daje wysoki poziom pewności co do kwalifikacji i umiejętności tłumacza.

Zawód ten reguluje wyżej wspomniana ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Według art. 1 ust. 1 u.z.t.p. ustawa ta normuje „warunki i tryb nabywania oraz utraty prawa wykonywania zawodu tłumacza przysięgłego, a także zasady wykonywania tego zawodu”. Tłumacze przysięgli są obok ustawy podlegli również przepisom Kodeksu tłumacza przysięgłego, o którym była już mowa powyżej. Jak wykazał w swojej pracy M. Moczulski, brak jest spójności między u.z.t.p. a Kodeksem¹¹. Należy zatem przyjąć, iż Kodeks dopełnia ustawę.

Tytułowa instytucja nie jest organem samodzielnym, czyli odpowiada przed innym organem, którym jest wojewoda właściwy ze względu na miejsce zamieszkania tłumacza.

Specyfika tajemnicy zawodowej tłumacza przysięgłego

Tłumacz przysięgły, wykonując swoją pracę, wchodzi w posiadanie licznych informacji, niekiedy bardzo poufnych czy osobistych. Klienci powierzają mu te informacje, będąc przekonanymi, że tłumacz przysięgły nie wykorzysta ich do innych celów niż dokonanie tłumaczenia. To przekonanie opiera się również na ustawowym obowiązku dochowania tajemnicy przez tłumacza przysięgłego, do czego nie jest zobowiązany tłumacz zwykły, nawet będąc osobistym przyjacielem.

Obowiązek zachowania tajemnicy przez tłumacza przysięgłego wynika z art. 14 ust. 1 pkt 2 u.z.t.p., w którym ustawodawca postanowił, że jest on zobowiązany do zachowania „w tajemnicy faktów i okoliczności, z którymi zapoznał się w związku z tłumaczeniem”. Obowiązek zachowania tajemnicy jest powiązany ze sposobem wykonywania tego zawodu, a mianowicie tłumacz przysięgły winien wykonywać swoje zadania ze szczególną „starannością i bezstronnością, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa”. Do zachowania tajemnicy tłumacz przysięgły zobowiązuje się także, wypowiadając słowa przysięgi, jaką musi złożyć wobec Ministra Sprawiedliwości, wchodząc do tego zawodu. W art. 7 u.z.t.p. została zawarta treść tej przysięgi, która brzmi: „Mając świadomość znaczenia moich słów i odpowiedzialności przed prawem, przyrzekam uroczyście, że powierzone mi zadania tłumacza przysięgłego będę wykonywać sumiennie i bezstronnie, dochowując tajemnicy prawnie chronionej oraz kierując się w swoim postępowaniu uczciwością i etyką zawodową”.

Reasumując, tak jak każdy zawód zaufania publicznego, np. lekarz, adwokat czy policjant, także tłumacz jest związany tajemnicą zawodową na podstawie przepisów ustawowych oraz złożonej przysięgi.

¹⁰ Lista tłumaczy przysięgłych na stronie MS Online: <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/znajdz-tlumacza-przysieglego> (22.01.2020).

¹¹ M. Moczulski, *Kodeks zawodowy tłumacza przysięgłego*, „Lingua Legis” 2018, nr 26, s. 33.

Jednak istnieje wyjątek od wyżej wymienionych reguł. Otóż teksty czy też inne tłumaczenia mogą być przekazywane dalej, aczkolwiek musi zostać spełniony pewien warunek – trzeba usunąć dane instytucji czy też osoby, o których mowa w dokumencie. Należy dokonać anonimizacji danych w taki sposób, aby z tekstu nie można było dokonać identyfikacji klienta lub innej przypadkowej osoby, o której jest mowa w dokumentach lub informacjach tłumaczonych¹².

Jak trafnie zauważyła T. Tomasziewicz, zachowanie tajemnicy zawodowej przez tłumacza jest przejawem profesjonalizmu zawodowego¹³. Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2 u.z.t.p. „tłumacz jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy faktów i okoliczności, z którymi zapoznał się w związku z tłumaczeniem”. Powołując się na komentarz do wyżej wymienionej ustawy autorstwa M. Kaczochy oraz M. Mazuryka, „tłumacz przysięgły jest nie tylko obowiązany do zachowania w tajemnicy samych zapisów tłumaczenia, lecz także wszelkich innych informacji, jakie powziął w związku z wykonanym tłumaczeniem”¹⁴.

Katalog informacji, jakie tłumacz przysięgły ma za zadanie zachować w tajemnicy, jest też zawarty w § 6 Kodeksu tłumacza przysięgłego z 2018 r. stanowiącym: „Tłumacz przysięgły zobowiązany jest do zachowania tajemnicy zawodowej, którą objęte są wszelkie informacje uzyskane w związku z tłumaczeniem, w tym również informacje, których nieumyślne ujawnienie zagrażałoby bezpieczeństwu obrotu gospodarczego, oraz ponosi całkowitą odpowiedzialność osobistą za sposób ich przechowywania w każdej postaci, w tym również w formie zapisu elektronicznego z zastosowaniem dostępnych środków technicznych”¹⁵.

Dokumenty bądź tłumaczenia ustne, które potrzebują poświadczenia profesjonalnego tłumacza, zawierają często dane wrażliwe bądź inne informacje, które nie powinny być ujawnione osobom trzecim, co wynika z ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 10 maja 2018 r. Wnioskować należy, że zbiór dobrych praktyk czy zaleceń, jakie znalazły się zarówno w Kodeksie tłumaczy przysięgłych¹⁶, jak i w ustawie, stanowią, iż wszystko, co tłumacz przysięgły przełoży lub o czym zostanie poinformowany profesjonalny translator, zostaje objęte tajemnicą.

¹² J. Miler-Cassino, *Problemy praktyki zawodowej tłumacza przysięgłego*, „Biuletyn TEPIS” 2015, nr 82, s. 55–59.

¹³ T. Tomasziewicz, *Profesjonalizm, wierność, bezstronność: podstawowe wymogi stawiane tłumaczom zawodowym?*, „Studia Germanica Posnaniensia” 2013, nr 33, s. 151.

¹⁴ M. Kaczocha, M. Mazuryk, *Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 45.

¹⁵ Tekst Kodeksu tłumacza przysięgłego: <http://tepis.org.pl/wp-content/uploads/przepisy-prawa/kodeks-tp.pdf> (22.01.2020).

¹⁶ R. Świgońska, *Od 1 października 2018 roku obowiązuje nowy kodeks zawodowy tłumacza przysięgłego*, blog o tłumaczeniu prawniczym i sądowym, <https://www.tlumaczeniaprawnicze.com.pl/2018/10/02/od-1-pazdziernika-2018-obowiazuje-nowy-kodeks-zawodowy-tlumacza-przysieglego/> (29.02.2020).

Zwolnienie z tajemnicy zawodowej tłumacza przysięgłego

Tajemnica zawodowa tłumaczy profesjonalnych nie ma charakteru bezwzględ- nego. W przepisach prawa zostały przewidziane pewne okoliczności ograniczające tę tajemnicę. W pewnych okolicznościach przewidzianych przepisami ustawo- wymi tłumacz przysięgły ma obowiązek wyjawienia pewnych faktów stosow- nym organom państwowym. Takie rozwiązanie jest analogiczne do tego, które dotyczy możliwości zwolnienia adwokata z zachowania tajemnicy. Adwokata tajemnica zawodowa nie obowiązuje wobec „informacji udostępnianych na pod- stawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryz- mu oraz «informacji» dotyczących szczególnych przepisów z ustawy – ordyna- cja podatkowa”¹⁷.

Odwołując się do u.z.t.p., a konkretniej do rozdziału 4a, rozporządzenie Par- lamentu Europejskiego i Rady (UE) (RODO) stosuje się co do zakresu, który nie narusza obowiązku zachowania przez tłumacza tajemnicy zawodowej.

W art. 29b u.z.t.p. wyszczególnia się, iż nawet gdy Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych występuje z żądaniem o ujawnienie informacji, żądanie to nie jest ważne co do informacji i okoliczności objętych tajemnicą zawodową¹⁸.

Kolejnym aktem prawnym odnoszącym się do tajemnicy zawodowej tłumacza przysięgłego jest ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa We- wnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹⁹. W art. 27 ust. 15 stanowi ona, iż „w przy- padku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef ABW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone pod- czas stosowania kontroli operacyjnej”. Następnie w art. 27 ust. 15h pkt 2 usta- wodawca postanowił, że nawet te dowody będące informacjami stanowiącymi tajemnicę zawodową związaną z wykonywaniem zawodu bądź funkcji, które są zawarte w art. 180 § 2 k.p.k., są przekazywane Prokuratorowi Generalnemu, który ma obowiązek nałożony przez ust. 15i te same ustawy niezwłocznie przekazać je do sądu²⁰. Następnie sąd ten ustala, które z tych informacji stanowią tajemnicą za- wodową i czy można te informacje dopuścić do postępowania karnego.

Dzieje się to jedynie pod warunkiem, „gdy jest to niezbędne dla dobra wy- miaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie inne- go dowodu, a także zarządza niezwłoczne zniszczenie materiałów, których wy- korzystanie w postępowaniu karnym jest niedopuszczalne”²¹.

¹⁷ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. 2019, poz. 1513).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Dz.U. 2020, poz. 27.

²⁰ Zob. B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *Ustawa o Agencji Bezpieczeństwa We- wnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis.

²¹ Ustawa z dnia 9 stycznia r. o Agencji Bezpieczeństwa oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2020, poz. 27).

Zgodnie z treścią art. 180 k.p.k. „osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności «zastrzeżone» lub «poufne» lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie”²².

Z wyżej wymienionego artykułu wynika, iż tłumacze przysięgli mogą jednak zostać zwolnieni ze swej tajemnicy zawodowej przez sąd czy też prokuratora. Nad tą kwestią pochylił się Rzecznik Praw Obywatelskich A. Bodnar w wystąpieniu do Ministra Sprawiedliwości w sprawie tajemnicy tłumaczy z 6 września 2019 r.²³

Rzecznik Praw Obywatelskich postuluje, by tajemnica zawodowa tłumacza przysięgłego była wyszczególniona w następnym paragrafie obok tajemnicy zawodowej notariusza, adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarza, dziennikarza i Prokuraturii Generalnej. Rzecznik podnosi, aby tajemnica wynikająca z zawodu profesjonalnego tłumacza była bardziej chroniona, na równi z tajemnicami wyżej wymienionych zawodów i była jedynie do uchylecia „co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd, na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie”.

Rzecznik zauważa ponadto, iż polski system prawny nie przewiduje regulacji, gdzie tłumacz przysięgły ma za zadanie przełożyć na język polski czy obcy informacje objęte tajemnicą bezwzględną, określoną w art. 178 oraz 178a k.p.k. Brak jest zakazu przeprowadzenia dowodu z przesłuchania tłumacza na okoliczność informacji objętych takimi rodzajami tajemnicy, jak tajemnica spowiedzi, mediacji czy też tajemnica obrończa.

Naruszenie tajemnicy zawodowej przez profesjonalnego tłumacza

Tytułowe naruszenie podlega odpowiedzialności zawodowej, które stanowi rozdział 4 ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego. Odpowiedzialność zawo-

²² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2020, poz. 30).

²³ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości pismem II.519.1184.2018II.519.1184.2018.MH z dnia 9 września 2019 r., <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wystapienie%20do%20Ministra%20Sprawiedliwosci%20%20ws.%20tajemnicy%20%20tłumaczy.pdf> (23.01.2020).

dową należy utożsamić z odpowiedzialnością dyscyplinarną²⁴. Ustawodawca przewidział rygorystyczne konsekwencje za naruszenie tajemnicy zawodowej lub wiedzy o pewnych faktach, okolicznościach.

Mianowicie za niezastosowanie się do art. 21 pkt 2 u.z.t.p. stanowiącego o tajemnicy zawodowej przewidziana jest odpowiedzialność zawodowa. Wobec tłumacza przysięgłego, który sprzeniewierzył się zasadom swojego zawodu, mogą być orzeczone następujące kary:

- 1) „upomnienie;
- 2) nagana;
- 3) kara pieniężna nie niższa niż jedna dziesiąta kwoty przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w roku kalendarzowym poprzedzającym wydanie prawomocnego orzeczenia w sprawie odpowiedzialności zawodowej tłumacza przysięgłego, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej «Monitor Polski» (...) i nie wyższa niż to wynagrodzenie;
- 4) zawieszenie prawa wykonywania zawodu tłumacza przysięgłego na okres od 3 miesięcy do roku;
- 5) pozbawienie prawa wykonywania zawodu tłumacza przysięgłego, z możliwością ubiegania się o jego ponowne nadanie nie wcześniej niż po upływie 2 lat od pozbawienia i po ponownym złożeniu egzaminu, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 6”.

Powołując się na komentarz M. Mazuryka, kara upomnienia jest wymierzana za nienależycie, nierzetelne wykonania pracy, które zdarzyły się sporadycznie oraz z przyczyn niezawinionych przez tłumacza. Kara nagany ma bardziej surowy wydźwięk niż upomnienie. Pozostałe dwie kary mają realny przekład na zaprzestanie wykonywania pracy przez tłumacza oraz mają funkcję informacyjno-ewidencyjną²⁵.

Katalog kar podany wyżej ma charakter zamknięty. Sankcje te cechują się niepołączalnością kar, adekwatnością oraz stopniowalnością – od najłagodniejszej do najsurowszej kary.

Podsumowanie

Zawód tłumacza przysięgłego przynależy do zawodów zaufania publicznego. Tłumacz ten, wykonując swą pracę, bardzo często wchodzi w posiadanie informacji, które nie powinny być ujawniane osobom trzecim. Okazuje się jednak, iż jest on zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich faktów i okoliczności, z którymi został zaznajomiony w toku wykonywania przekładu tekstu bądź mowy.

²⁴ A.D Kubacki, *Odpowiedzialność zawodowa tłumaczy przysięgłych*, „Język, Komunikacja, Informacja” 2008, nr 3, s. 149–161.

²⁵ M. Kaczocha, M. Mazuryk, *Ustawa o zawodzie...*, s. 46–47.

Tajemnica zawodowa tłumacza przysięgłego powinna wynikać nie tylko z przepisów prawa, wewnętrznego kodeksu, ale także z zasad współżycia społecznego.

Tajemnica ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego, co może wynikać z przepisów, które zostały skonstruowane *stricte* pod profesję tłumacza przysięgłego. Doznaje ona ograniczeń, co wynika z przepisów ustawowych. Uzasadnienie dla takiego rozwiązania normatywnego wynika z faktu, że tajemnica zawodowa może kolidować innymi wartościami, takimi jak bezpieczeństwo państwa czy pojedynczych osób.

Konkludując, należy przyjąć, iż problem tajemnicy zawodowej tłumaczy przysięgłych wymaga dalszej, odrębnej i pogłębionej refleksji naukowej czy też doktrynalnej. Odpowiedź Ministra Sprawiedliwości na wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich powinna rozwiązać problem zbyt wąsko chronionej tajemnicy zawodowej. Najważniejszym jednak wnioskiem opracowania jest przekonanie o potrzebie nowelizacji ustawy o tłumaczach przysięgłych przynajmniej w zakresie zaliczenia tej profesji do kategorii zawodów zaufania publicznego.

Bibliografia

- Biel Ł., *Jakość przekładu prawnego i prawniczego w świetle normy europejskiej PN-EN 15038 oraz hipotezy uniwersaliów translatorycznych*, „Rocznik Przekładoznawczy. Studia nad teorią, praktyką i dydaktyką przekładu” 2011, nr 6.
- Kaczocha M., Mazuryk M., *Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Kubacki A.D., *Ocena regulacji ustawowych w odniesieniu do zawodu tłumacza przysięgłego w Polsce. Próba podsumowania*, „Comparative Legilinguistics” 2018, nr 35.
- Kubacki A.D., *Odpowiedzialność zawodowa tłumaczy przysięgłych*, „Language, Communication, Information” 2008, nr 3.
- Kulesza C., *Udział tłumacza [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, 2018.
- Miler-Cassino J., *Problemy praktyki zawodowej tłumacza przysięgłego*, „Biuletyn TEPIS” 2015, nr 84.
- Moczulski M., *Kodeks zawodowy tłumacza przysięgłego*, „Lingua Legis” 2018, nr 26.
- Opaliński B., Rogalski M., Szustakiewicz P., *Ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis.
- Sadowska M., *Tłumacz w postępowaniu karnym w ustawodawstwie polskim i rosyjskim – wybrane aspekty*, „Lingua Legis” 2018, nr 26.
- Świgońska R., *Od 1 października 2018 roku obowiązuje nowy kodeks zawodowy tłumacza przysięgłego*, blog o tłumaczeniu prawniczym i sądowym.
- Tomaszkiewicz T., *Profesjonalizm, wierność, bezstronność: podstawowe wymogi stawiane tłumaczom zawodowym?*, „Studia Germanica Posnaniensis” 2013, nr 23.

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie kwestii tajemnicy zawodowej tłumacza przysięgłego. Problematyka ta rzadko znajduje swoje odzwierciedlenie w literaturze prawniczej. Na początku opracowania scharakteryzowano instytucję tłumacza przysięgłego. Następnie doko-

nano analizy tajemnicy zawodowej tłumacza. Kolejnym aspektem było zwolnienie z tajemnicy zawodowej tłumacza oraz przedstawiono lukę w prawie, do której odniósł się Rzecznik Praw Obywatelskich. Kończący artykuł fragment dotyczy sankcji za naruszenie tajemnicy zawodowej. Celem opracowania jest ukazanie specyfiki zawodu tłumacza przysięgłego oraz jego znaczenia społecznego. Tajemnica zawodowa jest istotnym elementem kwalifikacji tego zawodu jako zawodu zaufania publicznego.

Słowa kluczowe: tajemnica zawodowa, tłumaczenie, tłumacz przysięgły, odpowiedzialność zawodowa, zawód zaufania publicznego

ASPECTS OF THE SWORN TRANSLATOR'S PROFESSIONAL SECRECY

Summary

The paper aims to present the opinion of professional secrets of a sworn translator. These issues are rarely found in your list of issues in the legal literature. At the beginning, the institution of a sworn translator is outlined. Next, the article's merits, i.e. the analysis of the features of the translator's professional secrets, will be discussed. Another aspect in this work will be released from the professional secrets of the translator and presented in the law to those that the Ombudsman referred to. The final paragraph will deal with sanctions for breach of professional secrets. The purpose of the performance is to show the specifications and profession of a sworn translator and his social significance. Professional secrecy is an important element in the qualification of this profession as a profession of public trust.

Keywords: professional secrecy, translation, Sworn Translator, professional responsibility, profession of public trust

Katarzyna Purc-Kurowicka

Politechnika Rzeszowska

ORCID: 0000-0003-1082-2772

Błażej Jurgilewicz

APEIRON Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa Publicznego i Indywidualnego w Krakowie

ORCID: 0000-0003-1380-5580

ETYKA PRAWNICZA W POLSCE W XXI WIEKU**Wprowadzenie – zagadnienia definicyjne**

Etyka jest jednym z pięciu głównych działów filozofii i występuje obok ontologii (ogólnej teorii bytu), epistemologii (ogólnej teorii poznania), logiki (ogólnej teorii poprawnego rozumowania i uzasadniania twierdzeń) oraz estetyki (określanej jako teoria piękna). Mówiąc natomiast o etyce prawa (prawniczej), zauważyć należy, że jest ona jedynie kawałkiem (fragmentem) prawoznawstwa, który plasuje się w ogólnej refleksji nad prawem obok metodologii nauk prawnych, socjologii prawa, teorii prawa i etyki prawa.

Etyka jest zarówno pojęciem kontekstowo niekiedy tak wieloznacznym, jak i dziedziną tak szeroką oraz o tak bogatej i długiej historii¹.

Termin „etyka” po raz pierwszy zastosował Arystoteles w opracowaniu *Etyka nikomachejska*. Uznał, że etyka to etos, czyli wzór charakteru człowieka oraz obyczaju – określonego i ogólnie przyjętego sposobu zachowania się w miejscu zamieszkania.

Potocznie termin „etyka” rozumiany jest jako zespół norm moralnych przyjętych w określonym czasie przez określoną grupę ludzi, grupę społeczną jako punkt odniesienia dla oceny danego postępowania, w celu połączenia grupy wokół pewnych wartości. Etyka może być synonimem terminu „moralność”. Z kolei zgodnie z założeniami filozofii etyką jest nauka o moralności, która oczywiście odnosi się do różnych aspektów. W aspekcie normatywnym rozumie się ją jako naukę moralności, a w aspekcie opisowo-wyjaśniającym etyka traktowana jest jako nauka o moralności.

¹ Zob. np. R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2011, s. 23–35; A. MacIntyre, *Krótką historia etyki*, Warszawa 2000.

Wspomniana etyka normatywna określa, co jest moralnie dobre, a co złe, oraz stara się wytyczyć (ukazać) pewne właściwe pod względem moralnym ogólne normy postępowania. Etyka ta dzieli się na aksjologię (naukę o wartościach) oraz deontologię (naukę o powinnościach).

O etyce opisowej mówi się, że polega ona na analizowaniu, opisywaniu oraz wyjaśnianiu moralności obiegowej w czasie i określonych środowiskach społecznych². Etyka ta wskazuje źródła oraz funkcje moralności, ponadto zajmuje się badaniem ocen, norm, wzorców osobowych, ideałów i sposobów ich uzasadniania, aczkolwiek – co istotne – nie ocenia i nie wartościuje ich.

Mówiąc o prawie, zauważyć należy, że ogólnie jest to system norm prawnych, które uznawane są za abstrakcyjne i jednoznacznie określone nakazy postępowania. Nakazy te mogą powstać w wyniku np. działania państwa czy innego organizmu społecznego. Normy prawne ustanawiane są przez organy władzy i są stosowane pod groźbą przymusu. Nie ulega wątpliwości, że prawo winno występować w zgodzie z etyką. Prawo traktowane jest jako całościowy zespół norm powstałych w celu uregulowania funkcjonowania państwa, a etyka winna rozstrzygać, co jest dobre, a co jest złe. Celem prawa jest regulowanie pewnych stosunków. Mówiąc ogólnie – i etyka, i prawo są swoistym regulatorem zachowania osób i grup społecznych³.

Według *Wielkiej encyklopedii Oxford* etyka to „dziedzina filozofii zajmująca się wartościowaniem ludzkich czynów, czyli moralnością. Określa znaczenie pojęć moralnych i analizuje teorie wyznaczające postępowanie człowieka oraz różne definicje dobra. Nazywana jest również filozofią moralności”⁴. Z kolei *Słownik języka polskiego* podaje, że etyka to „ogół ocen i norm moralnych przyjętych w danej epoce i zbiorowości społecznej, moralność. Nauka o moralności zajmująca się opisem, analizą i wyjaśnieniem rzeczywiście istniejącej moralności i ustaleniem dyrektyw moralnego postępowania”⁵. W *Uniwersalnym słowniku języka polskiego* wskazuje się na dwa podstawowe znaczenia słowa „etyka”: „1) ogół zasad i norm moralnych, przyjętych w danej epoce; 2) nauka o moralności zajmująca się opisem, analizą i wyjaśnieniem rzeczywiście istniejącej moralności i ustaleniem dyrektyw moralnego postępowania”⁶. W tym pierwszym znaczeniu etyka jest w swojej istocie w gruncie rzeczy utożsamiana z moralnością.

Na gruncie języka potocznego widać to zwłaszcza w formie przymiotnikowej – termin „etyczny” w różnych kontekstach znaczy bardzo często po prostu to samo, co „moralny”. Jednak gdy zestawień ze sobą rzeczowniki „moralność” i „ety-

² Szerzej: J. Ziobrowski, *Struktury uzasadniania przekonań moralnych* [w:] *Etyka o współczesności. Współczesność w etyce*, red. D. Sepczyńska, M. Jawor, A. Stoiński, Olsztyn 2016, s. 15.

³ <http://roznice.com/polityka-i-prawo/roznice-miedzy-etyka-a-prawem/> (8.01.2021).

⁴ *Wielka encyklopedia Oxford*, t. V, Warszawa 2008, s. 168.

⁵ *Słownik języka polskiego*, t. I, red. M. Szymczyk, Warszawa 1978, s. 559.

⁶ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. A–J, red. S. Dubisz, Warszawa 2008, s. 858.

ka”, to ukazać się dwa różne znaczenia. Właściwy przykład podają J. Hartman i J. Woleński⁷: „Już w starożytności przez etykę rozumiano rozważania o moralności, w szczególności filozofię moralności. W różnych kontekstach kodeks moralny i kodeks etyczny znaczą prawie to samo, chociaż moralność lekarska i etyka lekarska na pewno nie wyrażają tego samego. Gdy mówimy, że moralność lekarska jest taka, a nie inna, mamy na ogół na myśli to, jak lekarze rzeczywiście postępują, a gdy rozważamy etykę lekarską, interesują nas wskazania, jak lekarze powinni postępować. Dokonajmy zatem takiego uściślenia: moralność jest to fakt społeczny, który polega na tym, że ludzie postępują (z uwagi na dobro i zło moralne) tak, a nie inaczej, zaś etyka to zbiór wskazań, jak mają postępować”.

Ustalenie określonego, różnego od moralności znaczenia etyki nie oznacza oczywiście, że tak pojęta etyka jest fenomenem homogenicznym, a zwłaszcza że w historii etyki, od starożytności aż po współczesność, wypracowano jakiś jeden zunifikowany sposób prezentacji i rozwiązywania problemów etycznych⁸.

W trakcie rozważań wskazać należy, że kodeks etyczny to katalog standardów zachowań etycznych określających sposób postępowania i zachowania pracowników; jest zbiorem określonych najważniejszych zasad i wartości etycznych wyznaczających standardy postępowania urzędników publicznych na rzecz realizacji interesu publicznego⁹. Kodeks etyki zawodowej to również określony i jasno zapisany zespół norm, regulacji, które precyzują konkretne zachowania jako zgodne z moralnego punktu widzenia. Jest to rodzaj zasad, do których należy się stosować w trakcie czynności *stricte* zawodowych. Kodeks etyki zawodowej dotyczy głównie zawodów wykonywanych na rzecz interesów publicznych, wymagających jak największego zaufania społecznego. To właśnie zasady i normy etyczne są źródłem i bazą kodeksu etycznego, a samą etykę w tej sytuacji można zdefiniować następująco: to ogół norm moralnych uznawanych w danym czasie przez jakąś zbiorowość społeczną za pewien określony punkt odniesienia dla oceny i regulacji postępowania w celu integracji grupy wokół pewnych wartości, synonim moralności¹⁰.

Kodeks etyki zawodowej ma zazwyczaj swoje źródła w prawach i zasadach tworzonych przez konkretne grupy lub klasy społeczne już na długo przed zdefiniowaniem tego konkretnego terminu. Powszechnie uznaje się, że podstawą był kodeks rycerski, który definiował, w jaki sposób rycerz winien się zachowywać. Charakter kodeksów rycerskich sytuuje je wśród tzw. kodeksów deontologicznych.

⁷ J. Hartman, J. Woleński, *Wiedza o etyce*, Bielsko-Biała 2009, s. 19.

⁸ T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2002, s. 22–38.

⁹ Szerzej na temat etyki pracy, zaangażowania organizacyjnego i nieetycznym zachowaniu proorganizacyjnym: M. Chrupała-Pniak, D. Grabowski, *Etyka pracy, przywiązanie organizacyjne a gotowość do podejmowania działań nieetycznych zachowań proorganizacyjnych – raport z badań*, „Psychologia Społeczna” 2016, nr XI, s. 69–83.

¹⁰ Zob. np. A. Stanek, *Kodeks etyczny jako narzędzie zarządzania relacjami z pracownikami*, „Przedsiębiorczość – Edukacja” 2000, vol. 4; R. Wiśniewski, *Za i przeciw kodyfikacjom etycznym firm*, „Diametros” 2005, nr 6, s. 135–139.

Przestrzeganie ich gwarantowało danemu wojownikowi dobrą opinię i godne życie. W dobie krucjat oraz w późnym średniowieczu podejmowano próby kodyfikacji, lecz nigdy nie udało się osiągnąć ujednolicenia. W tej sytuacji zasady rycerskie pozostawały prawem niepisanym, honorowym.

Przestrzeganie norm etyki zawodowej zawartych w danym kodeksie etycznym daje rękojmię zaufania społecznego. W związku z tym, że – jak wspomniano – dotyczy się to zawodów o dużej odpowiedzialności społecznej, to maksymalnie duże zaufanie jest niezbędne do tego, aby dane społeczeństwo było w stanie funkcjonować¹¹.

Etyka a prawo – synergia pojęć

Etyka i prawo to dwa bardzo różne pojęcia. Oczywiście jest, że prawo powinno być moralne, etyczne, jednak nie zawsze tak jest. Ludzie od zawsze dążyli do tego, żeby prawo było jak najbardziej związane z moralnością i sprawiedliwe, jednak ten cel jest bardzo trudny do osiągnięcia. Czym jednak prawo różni się od etyki?¹² Na pewno w tym, że oddziaływanie etyki na prawo przejawia się głównie w zorganizowaniu życia społecznego, kształtowaniu zachowań jednostek, ale na innej płaszczyźnie i na podstawie innych środków¹³.

Rola ocen i reguł moralnych zawsze będzie widoczna na każdym etapie funkcjonowania prawa w społeczeństwie, a wpływ moralności jest dostrzegalny również w obszarze konsekwencji obowiązywania prawa w stosunku do członków społeczeństwa¹⁴ (także innych jednostek organizacyjnych w kontekście socjologicznym, a więc wchodzących w ich skład ludzi), którzy w sensie subiektywnym (świadomym) przestrzegają norm prawnych¹⁵.

„O olbrzymim wpływie moralności na funkcjonowanie sprawiedliwości i funkcjonowanie człowieka zwracał uwagę także Jan Paweł II, który w swym krytycznym stanowisku wskazywał, że niekiedy sprawiedliwość staje się mechanizmem niszczenia jednych, którzy w danym momencie dziejów stali na przeszkodzie «nowej» sprawiedliwości, przez tych, co w danej chwili byli jej orędownikami. Taka rzekoma sprawiedliwość prowadzić mogła do niszczenia drugich, zabijania, pozbawiania ich wolności”¹⁶.

Ocena moralności przez prawo może prowadzić do uznania wyższości normy prawnej nad moralną ze względu na wyrażane przez nie wartości bądź w ogóle

¹¹ https://mfiles.pl/pl/index.php/Kodeks_etyki_zawodowej (8.01.2021).

¹² Zob. hasło *Etyka, problemy* [w:] *Encyklopedia filozofii*, t. I: A–K, red. T. Honderich, Poznań 1998, s. 221–224.

¹³ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009, s. 59–62.

¹⁴ Szerzej: T. Przesławski, *Rola etyki w systemie prawnym*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2015, s. 28.

¹⁵ W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 51–52.

¹⁶ J. Czajowski, *Człowiek w nauce Jana Pawła II*, Rzym 1983, s. 91.

odrzućcenie wartości chronionych przez moralność¹⁷; podejście to nie jest jednak uzasadnione, bowiem prawo, które ma przecież charakter społeczny, regulując życie danej zbiorowości, zawsze służy czyimś interesom¹⁸.

Na płaszczyźnie tworzenia prawa wyraźnie widać, iż to właśnie moralność jest podstawą oceny prawa, aczkolwiek pojawia się i pogląd przeciwny, że to reguły prawne stanowią kryterium oceny dla norm moralnych. Takie stwierdzenie opierane jest głównie na założeniu, że prawo i moralność mogą się odnosić do różnych hierarchii wartości lub odmiennie szeregowanych wartości¹⁹, inaczej dóbr pierwszych (podstawowych).

W ramach prowadzonych rozważań można mówić o typach etyki prawniczej: deontologia (etyka zasad/obowiązków), konsekwencjalizm (etyka skutków) oraz aretologia (etyka cnót). Te trzy typy refleksji etycznej są w pewnym sensie wprawdzie konkurencyjne i przeciwstawne wobec siebie, ale we współczesnej nauce próbuje się zmniejszyć ten stan napięcia pomiędzy nimi i tworzy się różnego rodzaju formy hybrydowe²⁰.

Deontologia jest określana przede wszystkim jako etyka obowiązku, ale z pewnego punktu widzenia można ją uznać także za etykę zasad. Istnieją różne uzasadnienia deontologii – można ją postrzegać w perspektywie sprawcy określonych działań lub w perspektywie osoby dotkniętej tymi działaniami, ale możliwe są również ujęcia podmiotowo neutralne²¹.

Deontologia może też stanowić dobrą podstawę dla wszelkich kodyfikacji etycznych. Deontologia to „etyka normatywna z uwagi na określoną dziedzinę aktywności ludzkiej”, natomiast deontologizm to „kierunek w etyce, głoszący, że moralność jest domeną prawa moralnego i obowiązku jego przestrzegania; wartość moralna czynu zależy od tego, czy stanowi on wypełnienie tego obowiązku”²². O ile deontologia abstrahuje od skutków naszych moralnych wyborów, o tyle konsekwencjalizm, utożsamiany niekiedy wprost z utilitaryzmem, wręcz przeciwnie – jest na nich skoncentrowany, ponieważ „wartość moralna czynu mierzona jest jego konsekwencjami”²³. Nazwę „konsekwencjalizm” wprowadziła w 1958 r. brytyjska filozofka G.E.M. Anscombe.

¹⁷ W. Kaczyńska, *W poszukiwaniu normatywnych i aksjologicznych podstaw etyki niesienia pomocy* [w:] eadem, *O etyce służb społecznych*, Warszawa 2010, s. 309–313.

¹⁸ Szerzej: T. Przesławski, *Rola etyki...*

¹⁹ J. Nowacki, *O zakresach stosunków społecznych normowanych przez prawo i przez moralność*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego, Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1958, Seria I, nr 9, s. 32–33.

²⁰ J. Zajadło, *Pojęcie i koncepcje etyki prawniczej* [w:] *Encyklopedia filozofii...*

²¹ *Encyklopedia filozofii*, t. I: A–K, red. T. Honderich, Poznań 1998, s. 221–224.

²² *Leksykon filozofii współczesnej*, red. J. Herbut, Lublin 1997, s. 107 i n.

²³ Szerzej na temat konsekwencjalizmu: G. Dorrien, *Kantian Reason and Hegelian Spirit: The Idealistic Logic of Modern Theology*, Oxford 2015, s. 553; B. Hooker, *Ideal Code, Real World: A Rule-consequentialist Theory of Morality*, New York 2002; K. Saja, *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Kraków 2015.

P. Łabieniec rozważa m.in., która z głównych teorii etycznych: etyka cnoty, etyka obowiązku (etyka deontyczna) czy etyka konsekwencji jest najbliższa etyce zawodowej prawników. Patrząc na współczesne kodeksy etyki prawniczej, autor ten wskazuje, że najwięcej wspólnego mają one z konsekwencjalizmem²⁴. Przeciwnieństwem konsekwencjalizmu jest niekonsekwencjalizm, który może koncentrować się zarówno na przedmiocie (tak deontologia), jak i na podmiocie. Konsekwencjalizm jest jednak pojęciem szerszym, a utilitaryzm jest tylko jedną z możliwych postaci konsekwencjalizmu²⁵.

Etyka prawnicza – istota zagadnienia

Etyka prawnicza jest jednak głównie etyką normatywną o charakterze deontologicznym. W rezultacie nie przez przypadek jest dziedziną w dużej mierze skodyfikowaną w różnego rodzaju dokumentach uchwalanych w ramach poszczególnych zawodów prawniczych²⁶. Nie można jednak nie dostrzec, że etyka prawnicza będzie w coraz większym stopniu oparta na hybrydowych teoriach etycznych, nie powinna bowiem abstrahować od pewnego koncyliacyjnego tonu i prób poszukiwania kompromisu pomiędzy deontologią, konsekwencjalizmem i aretologią.

U progu XXI w. zaistniał klimat intelektualny do rozwoju debaty dotyczącej etyki prawniczej. Składało się na niego szereg elementów o różnym charakterze i zasięgu, z których nie wszystkie można oceniać pozytywnie. Niemniej fakt, że pewne zjawiska negatywne przyczyniły się i przyczyniają nadal do zainteresowania zagadnieniami etycznymi, nie może być ignorowany. Jest to tym bardziej istotne, że często właśnie negatywne zjawiska ukierunkowują debatę. Jest to szczególnie widoczne właśnie w tych regulacjach prawnych, w których bezpośrednią i dominującą racją są oceny etyczne (moralizm prawa) bądź dobro podmiotów im podlegających (paternalizm prawa). Teza, że granicą moralistycznej i paternalistycznej motywacji dla stanowienia prawa są wówczas zasady i wartości konstytucyjne²⁷, jest słuszna, tyle że normy konstytucyjne mają tak ogólny charakter, że problem uzasadnienia etycznego dla norm prawnych przesuwa się w szerokim zakresie na ustawodawstwo zwykłe, zależne od aktualnej większości parlamentarnej. Na marginesie zauważyć wypada, że sama konstytucja może być przedmiotem procesu prawodawczego, w którym rola norm etycznych staje się kwestią otwartą dla ugrupowań dokonujących zmian konstytucyjnych.

²⁴ P. Łabieniec, *Etyka – etyka zawodowa – prawo (zarys problematyki)*, „Prokurator” 2002, nr 2.

²⁵ *Konsekwencjalizm* [w:] *Encyklopedia filozofii*, t. I: A–K, red. T. Honderich, Poznań 1998, s. 43; A. Stoiński, *Przegląd wybranych odmian konsekwencjalizmu w etyce* [w:] *Etyka o współczesności. Współczesność...*, s. 66 i n.

²⁶ J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.

²⁷ W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011, s. 156.

Mówiąc o pośrednim oddziaływaniu moralności na prawo, uwzględniamy i to zapatrywanie, że są normy prawne typu kompetencyjnego, procesowego, porządkowego, do których nie możemy bezpośrednio przyłożyć oceny moralnej, gdyż spełniają tylko funkcję służebną wobec innych norm zawierających w sobie podkład moralny²⁸. Rozważania o dobrach podstawowych realizowanych za pośrednictwem tych norm mogą być prowadzone w szerszym kontekście typu zapewnienia poczucia różnych odmian bezpieczeństwa, np. osobistego, socjalnego, prawnego czy społecznego.

Inną sprawą jest natomiast typ moralności, jaką bierze się przy ocenie zachowania, czy podstawą mają być jedynie skutki społeczne, czy także motywacja takiego zachowania. W zależności od podejścia moralnego zobiektywizowanego bądź zsubiektywizowanego może ona utożsamiać się bądź różnić z oceną prawną.

M. Ossowska wskazuje np., że prawo wyprzedza moralność większej części społeczeństwa, która nie była objęta dotychczas refleksją moralną, np. równouprawnienie dzieci nieślubnych, równouprawnienie kobiet²⁹. Z inną sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy prawo narzuca wzorce zachowań niezgodne z moralnością ogółu społeczeństwa.

Zauważyć należy, że mniej więcej w połowie XX w. miał miejsce w filozofii tzw. zwrot etyczny³⁰ – orientacja teoretyczno-metodologiczna w antropologii kulturowej, zwana również zwrotem etyczno-politycznym lub zwrotem ku zaangażowaniu. Jego początki sięgają lat 60. XX w. i są związane z kontekstem euro-amerykańskim, choć narodziły się głównie w procesie postępującej dekolonizacji krajów tzw. Trzeciego Świata. Zwrot etyczny w Polsce wiąże się z przemianami transformacyjnymi po 1989 r. Także rozwój kapitalizmu wpłynął na pytanie o kształt antropologii i jej roli w życiu społecznym w kontekście nowego systemu.

Zwrot ten oznaczał nie tylko zwiększone zainteresowanie zagadnieniami praktycznymi, ale przede wszystkim daleko idące odrzucenie dominującego do tej pory scjentyistycznego stawiania nauki jako wzorca racjonalności dla innych dziedzin aktywności człowieka. Według zyskujących coraz więcej zwolenników poglądów w sferze praktycznej albo mają zastosowanie nieco inne kryteria racjonalności niż w nauce, co wynika z różnic między działalnością poznawczą i praktyczną, albo wręcz to racjonalność praktyczna jest wzorcowa dla innych dziedzin aktywności człowieka. Od lat 90. XX w. możemy natomiast mówić o czymś w rodzaju drugiej fali zwrotu etyczno-politycznego. Orientacja wiąże się m.in. z postacią N. Scheper-Hughes i jej krytycznym nastawieniem do nurtu ponowoczesności. Jej zdaniem refleksja postmodernistyczna – poprzez promowanie idei antropologii bez granic

²⁸ Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972, s. 119.

²⁹ M. Ossowska, *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*, Warszawa 1986.

³⁰ Por. M. Paździora, *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach [w:] Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.

(dopuszczającej do głosu wiele prawd) – „zawiesiła etykę” w kontaktach z Innymi. Badaczka odrzuca więc relatywizowanie myśli i rozumu na rzecz rozważań etycznych, czyli tego, jak ludzie zachowują się w stosunku do siebie³¹.

Niewątpliwie zwrot praktyczny zapoczątkował ponowne zainteresowanie tymi zagadnieniami, które przez dłuższy czas były traktowane marginalnie, ustępując miejsca kwestiom normatywnym *sensu stricto*. Kategorie reguł i zasad postępowania stanowiące główny przedmiot zainteresowania etyki w ostatnich dekadach przed zwrotem etycznym zostały uzupełnione o kategorie odnoszące się do podmiotów moralności, takich jak cnoty czy moralna odpowiedzialność, a także wspólnotowo kształtowana tożsamość³². Dzięki temu istnieje hermeneutyka norm moralnych, a więc również historia moralności. Z punktu widzenia etyki prawniczej jest to o tyle istotne, że w jej ramach często zakłada się, iż jest ona nie tylko sferą norm postępowania, ale też źródłem tożsamości prawników. Po drugie, na zwrot praktyczny w filozofii nałożyła się popularność funkcjonalizmu w naukach społecznych. Szczególnie istotna w tym zakresie jest myśl T. Parsonsa, który dostrzegał w społeczeństwie szczególną rolę wolnych zawodów, w tym zawodów prawniczych.

W toku wszelkich zmian społecznych występują dwa istotne procesy, tj. dyferencjacja i integracja. Pierwszy „polega na wyodrębnianiu się w społeczeństwie coraz to nowych funkcji i odpowiadających im nowych ról i grup. Rodzi to coraz poważniejsze problemy koordynacji, które muszą być rozwiązywane przez tworzenie nowych systemów norm i wartości, przystosowanych do nowych – bardziej złożonych stosunków. Rosnąca złożoność struktury społecznej nieustannie powoduje, że wzory kulturowe muszą być coraz bardziej ogólne. Proces integracji polega na wytwarzaniu się adekwatnych środków kontroli społecznej”. W związku z tym istotną rolę we współczesnych społeczeństwach pełnią tzw. wolne zawody, dzięki którym możliwe jest stosowanie owych coraz ogólniej sformułowanych wzorów kulturowych w odniesieniu do konkretnych przypadków³³.

Wolny zawód to pojęcie używane w języku prawnym i prawniczym oraz w praktyce gospodarczej, nieposiadające definicji normatywnej, która identyfikowałaby je wyczerpująco, kategoryzujące niektóre zawody³⁴.

Tym samym owe wolne zawody, a w szczególności prawnicy, posiadają we współczesnych społeczeństwach coraz większe możliwości. W tym miejscu pojawia się pytanie o kontrolę społeczną oraz o sposoby dokonywania aplikacji ogólnych wzorów kultury do poszczególnych przypadków, a więc np. norm prawnych do

³¹ M. Songin-Mokrzan, *Zwrot ku zaangażowaniu. Strategie konstruowania nowej tożsamości antropologii*, Wrocław–Łódź 2014, s. 18; N. Scheper-Hughes, *Prymat etyki. Perspektywa antropologii walczącej* [w:] *Badania w działaniu. Pedagogika i antropologia zaangażowane*, red. H. Červinková, B.D. Gołębiński, Wrocław 2010, s. 403–428.

³² A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, Warszawa 1996.

³³ J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, Warszawa 2007, s. 823.

³⁴ Zob. np. M. Nowotnik, *Reforma prawa korporacyjnego Unii Europejskiej według komisarza Mario Montiego*, „Palestra” 2003, nr 11–12, s. 201–206.

konkretnych spraw. Jest to bowiem szeroka sfera, w której istnieje etyka zawodowa jako zespół norm regulujących wykonywanie coraz powszechniejszych wolnych zawodów, tym samym jest więc ona swoistym narzędziem samokontroli społecznej.

Nagromadzone przez wieki niezwykle bogate refleksje na temat moralności, warunkujących je czynników i skutków spowodowały, że nazwa „etyka” obrosła w wiele znaczeń, nie zawsze ze sobą zbieżnych. W różnych kierunkach myśli filozoficznej i humanistycznej zagadnienia etyczne są rozmaicie przedstawiane i nierzadko odmiennie interpretowane, ale kwestie te zostaną w tym opracowaniu co najwyżej zasygnalizowane. Wystarczy powiedzieć, że współcześnie mianem etyki określa się ogół (całokształt) refleksji nad moralnością, nad doktrynami etycznymi i poglądami moralnymi, nad wartościami, normami i ocenami etycznymi³⁵.

Za moralne winno być w zasadzie uznawane postępowanie zgodne z normami prawa, które to prawo służy przecież organizowaniu rzeczywistości społecznej. Zgodnie z tym kluczem wypadałoby czytać pouczenia św. Pawła kierowane do Rzymian: „każdy niech będzie poddany władzom, sprawującym rządy nad innymi. Nie ma bowiem władzy, która by nie pochodziła od Boga, a te, które są, zostały ustanowione przez Boga. Kto więc sprzeciwia się władzy – przeciwstawia się porządkowi Bożemu”³⁶.

Nie można również zapomnieć o dialogu czy dyskursie, które są istotne dla wielu teorii etycznych w drugiej połowie XX w. Procesy argumentacji i wypracowywania rozwiązania powinny toczyć się zgodnie z pewnymi uniwersalnymi regułami zapewniającymi ich racjonalność, jak np. powinny być one wolne od przymusu, otwarte na wszystkich zainteresowanych, oparte na równości. Dialog jest także sytuacją mającą fundamentalne znaczenie z punktu widzenia etyki, ponieważ przejawia się w niej szacunek dla innego podmiotu i przyjęcie również za niego moralnej odpowiedzialności³⁷. Można więc powiedzieć, że etyka po zwrocie praktycznym jest w dużej mierze etyką dialogu. „Pojmowanie dialogu – węższe lub szersze – zależy w znacznym stopniu od dziedziny, która się nim zajmuje i posługuje (np. filozofia dialogu). Źródłosłów słowa «dialog» sięga greki. «Dia logos» oznacza rozmowę, ale częściej jest tłumaczony jako zwroty: «w danym spotkaniu, rozmowie między słowami» czy «przepływ znaczeń». W dialogu osoby uczestniczące, będące w danej relacji, dają sobie przestrzeń do wspólnego snucia rozważań, lepszego rozumienia się nawzajem. Traktują się jak równi, jak partnerzy. Są otwarci zarówno na siebie, jak również na opinie innych. Uczą się od siebie nawzajem. Można powiedzieć, że swobodny przepływ treści jest wręcz warunkiem koniecznym, aby dialog w ogóle zaistniał”³⁸.

³⁵ *Etyka zawodów prawniczych*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006, s. 13.

³⁶ Rz 13,1–2.

³⁷ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I: *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, Warszawa 1999; idem, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II: *Przyczynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, Warszawa 2002;

³⁸ <https://epale.ec.europa.eu/pl/blog/dialog-czym-jest-i-dlaczego-tak-go-potrzebujemy> (8.01.2021).

Innym pojęciem, o którym należy wspomnieć w tym kontekście, jest podmiot i związane z nim kwestie tożsamości i osoby. Zwrot praktyczny zapoczątkował ponowne zainteresowanie tymi zagadnieniami, które przez dłuższy czas były traktowane marginalnie, ustępując miejsca kwestiom normatywnym *sensu stricto*. Mówiąc inaczej: „kategorie reguł i zasad postępowania stanowiące główny przedmiot zainteresowania etyki w ostatnich dekadach przed zwrotem etycznym zostały poszerzone i uzupełnione o kategorie odnoszące się do podmiotów moralności, takich jak cnoty czy moralna odpowiedzialność, a także wspólnotowo kształtowana tożsamość”³⁹.

Szczególną rolę we współczesnych społeczeństwach pełnią wolne zawody, dzięki którym możliwe jest stosowanie owych coraz bardziej ogólnych wzorów kulturowych do konkretnych przypadków⁴⁰. Wolne zawody, a w szczególności prawnicy, posiadają obecnie coraz większą władzę. Jest to sfera, w której istnieje etyka zawodowa jako zespół norm regulujących wykonywanie wolnych zawodów, a więc jest ona swego rodzaju narzędziem rozpowszechniającej się samokontroli społecznej istniejącej tam, gdzie ze względu na szczególną pozycję wolnych zawodów oraz poziom skomplikowania ich czynności tradycyjne środki kontroli społecznej zawodzą. Dla prawników oznacza to, że ich funkcje polegają na tym, iż stanowią oni warstwę spajającą w strukturze społecznej dzięki pewnemu „zintegrowaniu” z autorytetem władzy oraz w pewnej mierze samodzielnej opiece nad tradycją prawną – stanowią oni „rodzaj «drugiej» linii obrony przeciwko rozkładowym następstwom konfliktu społecznego” oraz rodzaj „buforu pomiędzy władzą ustawodawczą i organami wykonawczymi a ogółem społeczeństwa”. Dla etyki prawniczej oznacza to szczególne zainteresowanie kategorią ról zawodowych i kontroli nad wykonywaniem zawodu⁴¹.

Z kolei deregulacja jawiła się wówczas i często jawi się do dziś jako najlepszy sposób przeciwdziałania tego typu zjawiskom. Oczywiście w krótkim czasie pojawiły się odmienne koncepcje walki z korupcją, w tym także odwołujące się do kwestii etycznych. Z punktu widzenia etyki prawniczej istotne jest przede wszystkim to, że debata ta zapoczątkowała szerokie zainteresowanie standardami etycznymi życia publicznego i pełnienia służby publicznej. Deregulacja zawodów zaufania publicznego została wprowadzona ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych (Dz.U. 2014, poz. 768 ze zm.). Dotyczy 82 zawodów technicznych, w tym archi-

³⁹ A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty...*; *idem*, *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?*, Warszawa 2007; Ch. Taylor, *Etyka autentyczności*, Kraków 1996; *idem*, *Źródła podmiotowości: nardziny tożsamości nowoczesnej*, Warszawa 2001.

⁴⁰ J. Winczorek, *Czy istnieje etyka prawnicza? Kilka uwag ze stanowiska socjologicznej teorii norm* [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2011, s. 39.

⁴¹ Zob. np. E. Łojko, *O roli zawodów prawniczych w dzisiejszym społeczeństwie*, „Palestra” 1997, nr 3–4.

tektów i urbanistów, oraz 9 zawodów należących do szeroko rozumianego rynku finansowego (m.in. doradcy podatkowi i biegli rewidenci). Zakłada ona ograniczenie lub likwidację wymogów w dostępie do wybranych zawodów. Parlamentarzyści stoją na stanowisku, iż taki zabieg spowoduje wzrost konkurencji, a tym samym obniżkę cen i ułatwi dostęp do usług. W ramach przykładu warto przedstawić zmiany, jakie nastąpiły w zawodzie doradcy podatkowego⁴².

Najbardziej ogólne – a przez to uznawane za najbardziej uniwersalne – określenie standardów etycznych życia publicznego zawiera tzw. „Siedem zasad życia publicznego” sformułowane przez brytyjską Komisję Lorda Nolana w jej raporcie z 1995 r. Zasady te stanowiły istotny wzór dla licznych konkretnych kodeksów etycznych w Europie i na świecie⁴³. Do zasadniczych zasad zaliczane są: bezinteresowność, rzetelność, obiektywizm, odpowiedzialność, uczciwość, przywództwo. Oprócz przypomnienia i potwierdzenia zasad życia publicznego Raport Komisji Nolana sformułował jeszcze trzy inne zalecenia ogólne, które miały być zrealizowane w całej służbie publicznej, tj. stworzenie we wszystkich instytucjach kodeksów postępowania, zapewnienie mechanizmów niezależnej kontroli oraz działania na rzecz kształcenia i propagowania etyki w służbie publicznej. Działania te w założeniu miały się uzupełniać i łącznie przynieść efekt w postaci podniesienia standardów etycznych życia publicznego i pełnienia służby publicznej. Za nieprzestrzeganie wyżej wymienionych zasad Komisja nie przewidywała jednak żadnych prawnych sankcji. Mimo braku bardziej rygorystycznych postulatów w zakresie ich stosowania od początku powstania stały się one podstawą opracowania szczegółowych kodeksów etyki dla wielu grup zawodowych służby publicznej (m.in. menedżerów publicznych, ministrów, organizacji lobbingowych itp.) nie tylko w Wielkiej Brytanii. Z drugiej strony pojawiła się swego rodzaju fala inicjatyw głównie o charakterze politycznym, które punktem centralnym swoich programów uczyniły postulaty wymiany elit rządzących i administrujących państwami ze względu na ich domniemaną nieuczciwość i konieczność zastąpienia ich osobami gwarantującymi postępowanie etyczne. W tym miejscu warto podkreślić, że bezpośrednią przyczyną rozpoczęcia debaty dotyczącej etyki prawniczej w Polsce stały się wnioski, jakie wynikły z badań nad postawami akademickiej młodzieży prawniczej. Odbiły się one szerokim echem głównie dlatego, że ukazywały właśnie wspomnianą atmosferę przyzwolenia na działania nielegalne i nieetyczne, co przejawiało się w znacznych odsetkach studentów prawa gotowych wręczyć łapówkę lub poświadczyć nieprawdę dla dobra swojego klienta. Choć

⁴² Zob. np. na ten temat: K. Sakowska, K. Zapolska, *Deregulacja zawodów zaufania publicznego a bezpieczeństwo gospodarcze. Wybrane zagadnienia* [w:] *Deregulacja zawodów w Polsce*, red. M. Wenclik, Łomża 2015, s. 27 i n.

⁴³ Zob. *Dobro wspólne – władza – korupcja. Konflikt interesów w życiu publicznym*, red. E. Popławska, Warszawa 1997.

badania te przeprowadzone zostały w latach 1996–1997, do dziś często przywoływane są jako podstawowe świadectwo problemów etycznych środowiska prawniczego⁴⁴.

Etyka normatywna zawodów prawniczych

Wśród zagadnień teoretycznych, które stały się zasadniczym przedmiotem debaty dotyczącej etyki prawniczej w ostatnim dziesięcioleciu, widać, że wiele się mówi o etyce normatywnej zawodów prawniczych. Obejmuje ona zagadnienia związane z wykonywaniem zawodów prawniczych, w szczególności takie, które rodzą najwięcej problemów oraz kontrowersji. Niewątpliwie tradycje etyki prawniczej powstały jako spójne i praktyczne sposoby pojmowania etyki prawniczej konkretnych zawodów prawniczych w konkretnych państwach. Tradycje te pozwalają na uporządkowanie podstawowych pojęć etyki prawniczej⁴⁵. Nic więc dziwnego, że w ramach etyki zawodów prawniczych da się wyróżnić etyki poszczególnych zawodów, takie jak etyka adwokacka czy etyka sędziowska⁴⁶.

Dokonując przeglądu szczegółowych zagadnień, które wzbudzają największe zainteresowanie w zakresie etyki normatywnej zawodów prawniczych, można przypuszczać, że staną się one prawdopodobnie przedmiotem dalszych badań. W pierwszej kolejności należy wymienić próby ustalenia katalogu podstawowych zasad etyki prawniczej.

Funkcją takich zasad jest to, że wyrażają one podstawowe wartości poszczególnych zawodów, a obowiązki zawodowe prawników powinny być zawsze interpretowane w sposób nie tylko zgodny z zasadami zawodowymi, ale także w sposób najpełniej je realizujący. Można powiedzieć, że jest to podstawowa dyrektywa interpretacyjna w etyce prawniczej wyrażająca ścisły związek deontologii zawodowej i aksjologii zawodowej. Przykładowo jedyną z propozycji takiego katalogu zasad podstawowych etyki prawniczej jest wyodrębnienie zasady zaufania (lojalności), zasady integralności, zasady niezależności, zasady niezawisłości, zasady bezstronności, zasady staranności i zasady odpowiedzialności. Inną propozycją jest celowe wyodrębnienie zasady autonomii, zasady kompetencji, zasady uczciwości, zasady poufności, zasady konfliktu interesów, zasady reklamy i akwizycji oraz zasady honorariów.

⁴⁴ R. Sarkowicz, *O tzw. moralnym kryzysie profesji prawniczej* [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 159–164; *Studenci prawa o swojej przyszłości zawodowej. Wyniki ankiety 1996–1997*, red. E. Łojko, Warszawa 1999.

⁴⁵ P. Skuczyński, *Tradycje etyki prawniczej a nowoczesne zawody prawnicze* [w:] *Etyka – deontologia – prawo*, red. P. Steczkowski, Rzeszów 2008, s. 355 i n.

⁴⁶ J. Zajadło, *Etyka doradcy władz publicznych (na przykładzie afery tzw. Torture Papers)*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.

Możliwe jest np. rekonstruowanie zasad etyki prawniczej jako wyrażających pewne wartości zawodowe bezpośrednio na podstawie pewnych faktów społecznych mających wpływ na wyodrębnienie etyki zawodów prawniczych, np. relacji prawnik–klient lub ról zawodowych prawników. W tym ostatnim przypadku można uznać za zasady wartości poszczególnych ról zawodowych, np. lojalność w odniesieniu do roli obrońcy i pełnomocnika, rzetelność w odniesieniu do prawników udzielających porad prawnych, dobrowolność w przypadku prawników będących mediatorami, całkowitą bezstronność w przypadku ról sędziego i arbitra, obiektywizm i praworządność w przypadku roli oskarżyciela (prokuratora), wiarygodność w przypadku notariusza oraz sprawność w przypadku czynności egzekucyjnych (komornika). Oczywiście jest to jedynie pewna propozycja, wydaje się jednak, że mogłaby się ona przyczynić do uporządkowania dyskusji dotyczącej podstawowych zasad etyki prawniczej oraz ułatwić wyjaśnienie związku między różnymi ścisłymi obowiązkaniami zawodowymi a podstawowymi wartościami, których realizacji one służą.

Wśród zagadnień prawniczej etyki normatywnej o bardziej szczegółowym charakterze należy zwrócić szczególną uwagę na kwestie marketingu usług prawniczych. Jak dotąd był on najczęściej utożsamiany z problematyką pozyskiwania klientów, w tym z zakazem reklamy oraz innych niedopuszczalnych form aktywności oraz z różnymi ograniczeniami co do treści i formy dopuszczalnej informacji o świadczonych przez prawnika usługach prawnych. Niewątpliwie jednak marketing rozumiany jako budowanie pozycji rynkowej jest pojęciem o wiele szerszym i obejmuje też sposoby utrzymania klienta, z którym dany podmiot już współpracuje, co bywa ujmowane jako tzw. marketing relacyjny. Dla badań z zakresu etyki prawniczej istotne wydaje się, w jakim stosunku pozostają do siebie tak rozumiany marketing oraz etyka prawnicza⁴⁷.

Jeśli bowiem związane z nim techniki służą budowaniu lojalności klienta w stosunku do prawnika, a jednocześnie prawnicy zobowiązani są do etycznej lojalności wobec swoich klientów, to nie ma tutaj sprzeczności, a wręcz przeciwnie – występuje pewna komplementarność ułatwiająca wypracowanie harmonijnej współpracy prawnika i klienta.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym pogłębionych studiów jest tajemnica zawodowa. Wzbudza ono sporo kontrowersji związanych z różnego rodzaju ingerencją w jej zakres, jak np. możliwość zwolnienia z niej prawnika w pewnych okolicznościach w postępowaniu karnym, nałożenie na prawników obowiązków wynikających z ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, jak i wyłączenie spod ochrony prawnej korespondencji prowadzonej w ramach przedsiębiorstwa przez prawnika zatrudnionego w przedsiębiorstwie⁴⁸. Od-

⁴⁷ Por. M. Bobrowicz, *Marketing usług prawniczych, czyli jak wyprzedzić konkurencję*, Warszawa 2001.

⁴⁸ *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006, s. 192 i n.

biegając od szczególnie istotnych w praktyce pytań o zasadność tego typu ingerencji, które określane bywają mianem „erozji tajemnicy zawodowej”, istnieje również szereg pytań teoretycznych, przede wszystkim o charakter tajemnicy zawodowej.

Kwestią fundamentalną jest, w jakiej relacji pozostają do siebie obowiązek etyczny zachowania tajemnicy oraz jej prawna ochrona, a więc czy wspomniane ingerencje dotyczą jedynie drugiej, czy też pierwszej sfery. Ponadto należy zauważyć, że ingerencje te mają niejednorodny charakter i niektóre z nich można zakwalifikować jako wyjątki od tajemnicy, inne natomiast jako ograniczenie jej zakresu przedmiotowego. Istotne jest także pytanie o granice ingerencji ustawodawcy w tym zakresie.

O tajemnicy mówi się jako o wiadomości znanej osobie, której tajemnica ta dotyczy, oraz innym osobom, którym wiedza ta została udostępniona w związku z pełnieniem określonej roli społecznej (zawodu lub funkcji). Istotą i granicą tajemnicy jest niejawnosć, dlatego też dostęp do niej jest ograniczony uprawnieniem kręgu osób wtajemniczonych. Podkreślić należy, że tajemnicą może być tylko wiadomość prawdziwa. Ujawnienie przez powiernika tajemnicy wiadomości przez niego zmyślonej nie może stanowić naruszenia. Prawdziwość ma jednak charakter subiektywny, bo to właśnie powiernik musi być przekonany, iż posiadana przez niego informacja nie jest fałszywa. Konstytutywnym elementem tajemnicy zawodowej jest to, aby została ona poznana w związku z wykonywaną profesją, która z istoty swej umożliwia „wejście w posiadanie” cudzego sekretu⁴⁹.

Istotne i wymagające dalszych badań jest zagadnienie konfliktu interesów. W tym zakresie niezbędne wydaje się przede wszystkim uporządkowanie podstawowych pojęć i sytuacji, w których konflikt interesów występuje. Chodzi przede wszystkim o tzw. konfiguracje podmiotowe konfliktu interesów, a więc o przeanalizowanie, jakie relacje z jakimi podmiotami powodują, że prawnik znajduje się w pozycji osoby reprezentującej jednocześnie dwa lub więcej sprzecznych ze sobą interesów. Jak dotąd wyróżnia się przede wszystkim konflikt interesów między interesem klienta a interesem prawnika, między interesem osób trzecich, z którymi prawnik jest związany, a interesem klienta oraz między interesami dwóch lub więcej klientów aktualnych lub między byłym klientem a klientem aktualnym⁵⁰.

Status etyki prawniczej i jej norm

Drugim obszarem zainteresowania etyki prawniczej są kwestie statusu etyki prawniczej i jej norm. Można je odczytywać jako część szerszego sporu o tzw. pozycję etyk zawodowych w stosunku do etyki ogólnej. Istnieje w tym zakresie

⁴⁹ Por. J. Szczepański, *Czynniki kształtujące zawód i strukturę zawodową* [w:] *Socjologia zawodów*, red. A. Sarapata, Warszawa 1965, s. 17.

⁵⁰ Por. S. Zabłocki, *Zakaz obrony kilku oskarżonych przez jednego obrońcę w sytuacji kolizyjnej (część I)*, „Palestra” 1993, nr 11.

szeroka gama stanowisk, poczynwszy od różnego rodzaju sceptycyzmu w stosunku do wartości poznawczej i praktycznej etyki prawniczej, po kompleksowe ujęcia zjawiska etyki prawniczej, które można określić jako teorie etyki prawniczej. Nie wszystkie zyskały rozwinięcie pozwalające na ich syntetyczne omówienie, nie taki jest zresztą cel niniejszego opracowania. Warto jednak zaznaczyć, że w debacie dotyczącej etyki prawniczej są one wszystkie w mniejszym lub większym stopniu reprezentowane⁵¹.

W Polsce ten proces rozpoczął się w latach 90. XX w. Wiele różnych zawodów zapragnęło uzyskać status „zawodu zaufania publicznego”, a tym samym zwiększyć swoją niezależność potrzebną, jak argumentowano, „by dbać o interes publiczny” czy według słów przeciwników tego procesu – „by zapewnić sobie mocniejszą, monopolistyczną pozycję na rynku”. Status zawodu zaufania publicznego oznacza bowiem znaczne zwiększenie kompetencji samorządu i np. jego wpływ na liczbę nowych członków stanowiących konkurencję dla już działających na rynku (ograniczają to nowe przepisy zmieniające formę rekrutacji). Do zawodów zaufania publicznego zalicza się zasadniczo profesje polegające na wykonywaniu zadań o szczególnym charakterze z punktu widzenia zadań publicznych i z troski o realizację interesu publicznego. Przyjmuje się, że zawody te są bliskie, choć nie tożsame, z wolnymi zawodami. Nie wszyscy przedstawiciele wolnych zawodów zrzeszeni są w samorządach zawodowych, a więc nie są oni przedstawicielami zawodu zaufania publicznego. Istnieją także zawody niebędące zawodami zaufania publicznego, a które są zorganizowane w korporacje.

Za swego rodzaju osiągnięcie można jednak uznać, że w polskiej literaturze istnieją stanowiska, które można określić jako teorie etyki prawniczej⁵². Należą do nich: teoria etyki sytuacyjnej prawnika oraz wielopłaszczyznowa teoria etyki prawniczej. Warto również zaznaczyć, że wśród problemów teoretycznych etyki prawniczej szczególne miejsce zajmuje zagadnienie statusu kodeksów etyki zawodowej i zasadności ich tworzenia⁵³.

Sceptycyzm wobec etyki prawniczej opiera się z reguły na tezie, że pełni ona w społeczeństwie funkcje odmienne niż są deklarowane przez jej zwolenników. W wersji radykalnej teza ta głosi, że etyka prawnicza to rodzaj prawniczej ideologii służącej realizacji interesów społecznej grupy prawników, zrzucenia z siebie przez nich odpowiedzialności oraz instrument dominacji nad innymi grupami społecznymi, w szczególności klientami. Na tej podstawie można powiedzieć, że w etyce prawniczej istnieje problem odideologizowania i nadania jej krytycznego charakteru.

W odniesieniu do takich instytucji publicznych, jak sądy, prokuratura itp., ów sceptycyzm etyczny wydaje się uzasadniać szczególną ostrożność w działaniu. Prze-

⁵¹ Zob. P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010.

⁵² M. Pieniążek, *Etyka sytuacyjna prawnika*, Warszawa 2008; P. Skuczyński, *Status etyki...*

⁵³ P. Skuczyński, *Etyka prawnicza [w:] Leksykon etyki prawniczej. 100 podstawowych pojęć*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, Warszawa 2013.

mawia raczej za postawą neutralności moralnej prawników (jeżeli jest ona możliwa) niż za koniecznością zaangażowania się po stronie któregoś z systemów etycznych.

Stanowisko pośrednie głosi natomiast, że etyka prawnicza – jak każda etyka zawodowa – jest etyką stosowaną, a więc taką, która z jednej strony na gruncie wielkich teorii etycznych formułuje ogólne zasady etyki, z drugiej natomiast badając różne praktyki społeczne, systematyzuje występujące w nich dylematy moralne i poucza, w jaki sposób można za pomocą zasad sytuacyjnie rozwiązywać dylematy.

Przypomnijmy, że „etyka stosowana jest to świadome lub nieświadome aplikowanie pewnych koncepcji etyki normatywnej do konkretnych, praktycznych problemów etycznych w celu normatywnego rozstrzygnięcia o powinnościach, obowiązkach, dobru, złu, cnotach oraz wadach w konkretnych sytuacjach lub typach sytuacji zwanych problemami etycznymi. Przedmiotem badań etyki stosowanej są zazwyczaj kwestie bioetyczne (np. aborcja, eutanazja, zapłodnienia *in vitro*, badania naukowe z udziałem ludzi, problem zakresu ochrony zwierząt), kwestie etyki społecznej (np. terroryzm, wojna sprawiedliwa, samoobrona, sprawiedliwy podział dóbr, prawa autorskie, piractwo komputerowe) czy kwestie etyki seksu (np. pornografia, prostytutka, pedofilia, homoseksualizm). Przedmiotem jej zainteresowania są też etyki zawodowe, np. etyka badań naukowych, biznesu, etyka lekarska, prawnicza, inżynierska, nauczycielska, dziennikarska itd.”⁵⁴.

Dostosowując ogólne zasady etyczne do specyfiki praktyki prawa, rzadko porzeka ona jedynie na formułowaniu dylematów i wskazówek, w jaki sposób sobie z nimi radzić. Jest ona bowiem w stanie wypracowywać to, co w skali całego społeczeństwa jest coraz mniej możliwe, tj. zbiory obowiązków zawodowych, które służą realizacji wartości zawodowych. Dzięki temu pełni ona dwie bardzo istotne funkcje każdej etyki: reguluje postępowanie ludzi oraz jest źródłem ich tożsamości. Nie jest więc ona jedynie etyką stosowaną, ale praktycznie odrębnym szczególnym sposobem funkcjonowania moralności we współczesnych społeczeństwach. Kolejnym obszarem zainteresowania badaczy-teoretyków, o którym należy wspomnieć, jest relacja między etyką prawniczą a klasycznymi zagadnieniami teorii i filozofii prawa. Jest to sfera, w której mimo istnienia ciekawych merytorycznie opracowań w dalszym ciągu pozostaje wiele tematów do badań⁵⁵.

Podsumowanie – praktyczne problemy rozwoju etyki prawniczej

Wśród problemów praktycznych, które wyznaczają kierunki rozwoju etyki prawniczej w Polsce, można na pierwszym miejscu wskazać kwestie kodeksów etyki zawodowej poszczególnych zawodów prawniczych. Oczywiście kodyfikacja

⁵⁴ <http://etykapraktyczna.pl/encyklopedia/etyka> (8.01.2021 r.).

⁵⁵ T. Stawecki, *Etyka prawnicza a filozofia prawa* [w:] *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006, s. 131 i n.

etyki zawodów prawniczych w zasadzie już jest za nami, ponieważ oprócz Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, który w swojej pierwszej postaci został przyjęty przez Naczelną Radę Adwokacką w 1961 r., a który dziś obowiązuje w wersji przyjętej w 1998 r., w ostatnim czasie nastąpił dynamiczny rozwój kodeksów etyki zawodów prawniczych w Polsce. „W ostatnim dwudziestolecu uchwalano bowiem m.in. w 1987 r. pierwsze Zasady Etyki Zawodu Radcy Prawnego, które w 2008 r. zostały zastąpione przez Kodeks Etyki Radcy Prawnego, w 1997 r. Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza, w 2001 r. Kodeks Etyki Zawodowej Komornika, w 2002 r. Zbiór Zasad Etycznych Prokuratora oraz Zbiór Zasad Postępowania Sędziów, a w 2003 r. Zbiór Zasad Etyki Zawodowej Sędziów”⁵⁶.

Nie można również pominąć zagadnień, które dotyczą ukierunkowania debaty na temat etyki prawniczej. Tymi zagadnieniami są problemy instytucjonalne sądownictwa i zawodów prawniczych. Oczywiście nie są to kwestie przynależące jednoznacznie do etyki prawniczej, jednak nie można pominąć związku między kształtem instytucji sądownictwa i zawodów prawniczych a normami etyki zawodowej. Związek ten jest skomplikowany. To od instytucji zależy treść norm etyki zawodowej w tym sensie, że normy ustawowe z reguły w dużej mierze wyznaczają określone role zawodowe wykonywane w ramach poszczególnych zawodów prawniczych, a więc decydują o najważniejszych zadaniach powierzonych przedstawicielom poszczególnych zawodów czy wykonywanych w ich ramach danych czynnościach zawodowych, a także o formach wykonywania zawodu itp.

Pisze o tym m.in. P. Skuczyński, zauważając, że „gdy instytucje te są ukształtowane w sposób przemyślany i zorganizowany oraz mają spójny charakter, możliwe jest sformułowanie katalogu precyzyjnych i spójnych obowiązków zawodowych dla poszczególnych zawodów prawniczych. Ograniczone są bowiem wówczas praktycznie do minimum szanse pojawienia się poważnych konfliktów wartości lub konfliktów ról w ramach poszczególnych zawodów”⁵⁷. Oczywiście, nigdy nie można mieć pewności, że takich sytuacji nie będzie i są one charakterystyczną cechą norm etycznych, aczkolwiek złe instytucje mogą wywoływać tego typu konflikty, które inaczej w ogóle by nie wystąpiły lub przynajmniej ryzyko ich wystąpienia byłoby o wiele mniejsze⁵⁸.

Bibliografia

Bobrowicz M., *Marketing usług prawniczych, czyli jak wyprzedzić konkurencję*, Warszawa 2001.
Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.

⁵⁶ Por. P. Skuczyński, *Główne kierunki rozwoju etyki prawniczej w Polsce*, https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/11327/G%C5%82%C3%B3wne_kierunki_rozwoju_etyki_prawniczej_w_Polsce.pdf?sequence=1&isAllowed=y (8.01.2021).

⁵⁷ *Ibidem*, s. 39.

⁵⁸ *Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundamenty państwa prawa. Wyzwania współczesności*, red. T. Wardyński, M. Niziołek, Warszawa 2009.

- Chrupała-Pniak M., Grabowski D., *Etyka pracy, przywiązanie organizacyjne a gotowość do podejmowania działań nieetycznych zachowań proorganizacyjnych – raport z badań*, „Psychologia Społeczna” 2016, nr XI.
- Czajowski J., *Człowiek w nauce Jana Pawła II*, Rzym 1983.
- Dawidowicz W., *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974.
- Dobro wspólne – władza – korupcja. Konflikt interesów w życiu publicznym*, red. E. Popławska, Warszawa 1997.
- Dorrien G., *Kantian Reason and Hegelian Spirit: The Idealistic Logic of Modern Theology*, Oxford 2015.
- Etyka, problemy* [w:] *Encyklopedia filozofii*, t. I: A–K, red. T. Honderich, Poznań 1998.
- Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I: *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, Warszawa 1999.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II: *Przyczynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, Warszawa 2002.
- Hartman J., Woleński J., *Wiedza o etyce*, Bielsko-Biała 2009.
- Hooker B., *Ideal Code, Real World: A Rule-consequentialist Theory of Morality*, New York 2002.
- Kaczyńska W., *W poszukiwaniu normatywnych i aksjologicznych podstaw etyki niesienia pomocy* [w:] W. Kaczyńska, *O etyce służb społecznych*, Warszawa 2010.
- Leksykon filozofii współczesnej*, red. J. Herbut, Lublin 1997.
- Łabieniec P., *Etyka – etyka zawodowa – prawo (zarys problematyki)*, „Prokurator” 2002, nr 2.
- Łojko E., *O roli zawodów prawniczych w dzisiejszym społeczeństwie*, „Palestra” 1997, nr 3–4.
- MacIntyre A., *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?*, Warszawa 2007.
- MacIntyre A., *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, Warszawa 1996.
- MacIntyre A., *Krótką historia etyki*, Warszawa 2000.
- Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009.
- Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundamenty państwa prawa. Wyzwania współczesności*, red. T. Wardyński, M. Niziołek, Warszawa 2009.
- Nowacki J., *O zakresach stosunków społecznych normowanych przez prawo i przez moralność*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego, Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1958, Seria I, nr 9.
- Nowotnik M., *Reforma prawa korporacyjnego Unii Europejskiej według komisarza Mario Montiego*, „Palestra” 2003, nr 11–12.
- Ossowska M., *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*, Warszawa 1986.
- Paździora M., *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach* [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Pieniążek M., *Etyka sytuacyjna prawnika*, Warszawa 2008.
- Przesławski T., *Rola etyki w systemie prawnym*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2015, nr 28.
- Saja K., *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Kraków 2015.
- Sakowska K., Zapolska K., *Deregulacja zawodów zaufania publicznego a bezpieczeństwo gospodarcze. Wybrane zagadnienia* [w:] *Deregulacja zawodów w Polsce*, red. M. Wenclik, Łomża 2015.
- Sarkowicz R., *O tzw. moralnym kryzysie profesji prawniczej* [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003.
- Scheper-Hughes N., *Prymat etyki. Perspektywa antropologii walczącej* [w:] *Badania w działaniu. Pedagogika i antropologia zaangażowane*, red. H. Červinková, B.D. Gołębniak, Wrocław 2010.
- Skuczyński P., *Etyka prawnicza* [w:] *Leksykon etyki prawniczej. 100 podstawowych pojęć*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, Warszawa 2013.
- Skuczyński P., *Główne kierunki rozwoju etyki prawniczej w Polsce*, https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/11327/G%C5%82%C3%B3wne_kierunki_rozwoju_etyki_prawniczej_w_Polsce.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Skuczyński P., *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Skuczyński P., *Tradycje etyki prawniczej a nowoczesne zawody prawnicze* [w:] *Etyka – deontologia – prawo*, red. P. Steczkowski, Rzeszów 2008.
- Słownik języka polskiego*, t. I, red. M. Szymczyk, Warszawa 1978.
- Songin-Mokrzan M., *Zwrot ku zaangażowaniu. Strategie konstruowania nowej tożsamości antropologii*, Wrocław–Łódź 2014.
- Stanek A., *Kodeks etyczny jako narzędzie zarządzania relacjami z pracownikami*, „Przedsiębiorczość – Edukacja” 2000, vol. 4.
- Stawecki T., *Etyka prawnicza a filozofia prawa* [w:] *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006.
- Stoiński A., *Przegląd wybranych odmian konsekwencjalizmu w etyce* [w:] *Etyka o współczesności. Współczesność w etyce*, red. D. Sepczyńska, M. Jawor, A. Stoiński, Olsztyn 2016.
- Studenci prawa o swojej przyszłości zawodowej. Wyniki ankiety 1996–1997*, red. E. Łojko, Warszawa 1999.
- Szacki J., *Historia myśli socjologicznej*, Warszawa 2007.
- Szczepański J., *Czynniki kształtujące zawód i strukturę zawodową* [w:] *Socjologia zawodów*, red. A. Sarapata, Warszawa 1965.
- Ślipko T., *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2002.
- Taylor Ch., *Etyka autentyczności*, Kraków 1996.
- Taylor Ch., *Źródła podmiotowości: narodziny tożsamości nowoczesnej*, Warszawa 2001.
- Tokarczyk R., *Etyka prawnicza*, Warszawa 2011.
- Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. A–J, red. S. Dubisz, Warszawa 2008.
- Wielka encyklopedia Oxford*, t. V, Warszawa 2008.
- Winczorek J., *Czy istnieje etyka prawnicza? Kilka uwag ze stanowiska socjologicznej teorii norm* [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2011.
- Wiśniewski R., *Za i przeciw kodyfikacjom etycznym firm*, „Diametros” 2005, nr 6.
- Zabłocki S., *Zakaz obrony kilku oskarżonych przez jednego obrońcę w sytuacji kolizyjnej (część I)*, „Palestra” 1993, nr 11.
- Zajadło J., *Etyka doradcy władz publicznych (na przykładzie afery tzw. Torture Papers)*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.
- Zajadło J., *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.
- Ziemiński Z., *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972.
- Ziobrowski J., *Struktury uzasadniania przekonań moralnych* [w:] *Etyka o współczesności. Współczesność w etyce*, red. D. Sepczyńska, M. Jawor, A. Stoiński, Olsztyn 2016.

Streszczenie

W artykule zdefiniowano pojęcia etyki, prawa, etyki prawniczej, a także przedstawiono podział etyki na różne rodzaje. Określono również pojęcie kodeksu etyki zawodowej oraz opisano synergie etyki oraz prawa. Analizie poddano typy etyki prawniczej oraz rolę wolnych zawodów, w tym zawodów prawniczych, w społeczeństwie. Opisano standardy etyczne życia publicznego, a także zalecenia ogólne, które mają być realizowane w całej służbie publicznej. Przedstawiono zagadnienia związane z wykonywaniem zawodów prawniczych, a w szczególności etykę normatywną zawodów prawniczych oraz katalog podstawowych zasad etyki prawniczej. Obszarem zainteresowania artykułu objęto też kwestie statusu etyki prawniczej i jej norm, które można odczytywać jako część szerszego sporu o tzw. pozycje etyk zawodowych w stosunku do etyki ogólnej.

Słowa kluczowe: etyka, prawo, etyka prawnicza, zawody prawnicze

LEGAL ETHICS IN POLAND IN THE 21ST CENTURY

Summary

The scientific article defines the notions of ethics, law, legal ethics, and presents the division of ethics into different types. The concept of a code of professional ethics was also defined and the synergy of ethics and law was described. The types of legal ethics and the role of liberal professions, including legal professions, in society were analyzed. The ethical standards of public life are described, as well as general recommendations that are to be implemented in the entire public service. The issues related to the performance of legal professions, in particular the normative ethics of legal professions and a catalog of basic principles of legal ethics, are presented. The article also focuses on the status of legal ethics and its standards, which can be read as part of a wider dispute over the so-called the position of professional ethics in relation to general ethics.

Keywords: ethics, law, legal ethics, legal professions

Bartłomiej Rasala

Akademia Leona Koźmińskiego

ORCID: 0000-0002-3447-1666

PODSUMOWANIE PROBLEMÓW ZWIĄZANYCH Z WYKŁADNIĄ ZNAMIENTA „ZNACZNEJ ILOŚCI” NA GRUNCIE USTAWY O PRZECIWDZIAŁANIU NARKOMANII

Wprowadzenie

Zakres znaczeniowy zwrotu „znaczna ilość” na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii był już przedmiotem wielu rozważań w literaturze. Temat ten był także mocno eksploatowany na gruncie orzecznictwa, w tym sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego.

Mimo to powoływanie się stron postępowań karnych na subiektywnie wybrane poglądy judykatury oraz doktryny, które w przeszłości były bardzo zróżnicowane, do tej pory bywa przeszkodą w sprawnym i prawidłowym prowadzeniu postępowań sądowych oraz przygotowawczych, a czasami prowadzi do wydania przez sądy znacząco odmiennych orzeczeń w sprawach o podobnym stanie faktycznym.

Poniżej podjęto próbę kompleksowej analizy znamienia „znacznej ilości” na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, przedstawienia dotychczasowych poglądów obecnych w orzecznictwie i literaturze oraz ich oceny, a także przedstawienia rekomendowanej wykładni.

Wykładnia znamienia „znacznej ilości” w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące znamienia „znacznej ilości”, w przeciwieństwie do wyroków wydawanych przez sądy apelacyjne, jest co do zasady konsekwentne i zostało ukształtowane już na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 24 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 75, poz. 468 ze zm.).

Wskazana stabilność orzecznicza była nawet przedmiotem spostrzeżeń Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r. (sygn. P 20/10)

podważał zasadność powoływania się na trudności interpretacyjne pojęcia „znacznej ilości” stosowanego w ustawie, wskazując na brak rozbieżności w orzeczeniach Sądu Najwyższego.

Kluczowy wydaje się być w tym kontekście wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2009 r. (sygn. I KZP 10/09), w którym uznano, że pojęcie „znacznej ilości” nie wymaga zasadniczej wykładni, a jednocześnie brak jest powodu do odstępowania od poglądu wypracowanego w piśmiennictwie i judykaturze, w tym orzecznictwie Sądu Najwyższego, że jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy.

Podobne stanowisko zostało podtrzymane przez Sąd Najwyższy również w późniejszych orzeczeniach, np. w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. IV KK 127/11), postanowieniu z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. IV KK 19/17) czy wyroku z dnia 21 lutego 2018 r. (sygn. V KK 309/17).

Poglądy Sądu Najwyższego znalazły swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie zdecydowanej większości sądów apelacyjnych. Rozumienie „znacznej ilości” środków narkotycznych jako ilości wystarczającej do odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób przyjęto np. w wyrokach Sądów Apelacyjnych: we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2019 r. (sygn. II AKa 97/19), 21 listopada 2018 r. (sygn. II AKa 376/17), 14 listopada 2018 r. (sygn. II AKa 251/18), 30 kwietnia 2015 r. (sygn. II AKa 79/15), 30 kwietnia 2015 r. (sygn. II AKa 93/15), 13 listopada 2013 r. (sygn. II AKa 329/13), 15 października 2012 r. (sygn. II AKa 220/12); w Lublinie z dnia 2 marca 2017 r. (sygn. II AKa 279/16); w Gdańsku z dnia 19 grudnia 2012 r. (sygn. II AKa 430/12) oraz w Poznaniu z dnia 20 czerwca 2013 r. (sygn. II AKa 87/13).

Jednolitość prezentowanych poglądów zaburzało orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który w większości przypadków przyjmował, że o przypisaniu sprawcy przestępstwa kwalifikowanego znamieniem „znacznej ilości” środków narkotycznych decyduje liczba osób, które mogą się tymi środkami odurzyć, jednak liczbę tę rozumiał zupełnie inaczej niż Sąd Najwyższy i większość sądów powszechnych. Co więcej, istotne różnice występowały w poszczególnych orzeczeniach samego Sądu Apelacyjnego w Krakowie. W wyroku z dnia 5 kwietnia 2013 r. (sygn. II AKa 47/13) przyjęto, że znaczna ilość narkotyku to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia się kilkudziesięciu tysięcy osób¹, w wyroku z dnia 25 października 2006 r. (sygn. II AKa 205/06) – do sporządzenia co najmniej kilkunastu tysięcy porcji, w wyroku z dnia 26 czerwca 2012 r. (sygn. II AKa 92/12) – kilku tysięcy porcji, a w wyroku z dnia 24 lipca 1997 r.

¹ Podobnie stanowisko zajęto także w wyrokach: z dnia 30 maja 2007 r. (sygn. II AKa 85/07), z dnia 8 lipca 2009 r. (sygn. II AKa 132/00) oraz z dnia 1 lutego 2011 r. (sygn. II AKa 142/10).

(sygn. II AKa 94/97) – taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia się co najmniej kilkudziesięciu osób.

Wewnętrzne sprzeczności w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Krakowie wydaje się kończyć orzeczenie z dnia 8 października 2014 r. (sygn. II AKz 373/14), które mimo że zapadło w sprawie dotyczącej kilkuset porcji, ostatecznie uwzględnia stanowisko zajmowane przez Sąd Najwyższy, wprost się do niego odwołując.

Realizacja znamienia „znaczej ilość” w orzecznictwie uzależniana była najczęściej od liczby porcji wystarczających do jednorazowego odurzenia człowieka². Chodziło przy tym o jednorazowe osiągnięcie choćby potencjalnego efektu odurzenia lub innego charakterystycznego dla działania substancji psychotropowej, a więc wywołania skutku innego niż medyczny³. Okoliczności te były oceniane obiektywnie, a nie w odniesieniu do konkretnej osoby i jej potrzeb⁴, choć jako wzorzec najczęściej wskazywano osobę uzależnioną⁵. Nie było przy tym konieczne dokładne ustalenie, ile substancji aktywnej (zabronionej) znajduje się w będących przedmiotem postępowania płynach, tabletkach czy proszkach, mimo że z reguły nie są one czystym narkotykiem z uwagi na mogące się pojawić w procesie produkcji zanieczyszczenia albo celowe dodawanie zwiększających masę tzw. wypełniaczy⁶. W niektórych przypadkach zwracano jednak uwagę, że ocena sądu nie może dotyczyć ilości środka dowolnie rozcieńczonego przez diler a musi być odnoszona do czystej ilości substancji aktywnej⁷, bowiem to ona decyduje o zdolności do odurzenia.

Poza najbardziej popularnym kryterium ilościowo-jakościowym w orzecznictwie wskazywano na możliwość kierowania się przy podejmowaniu decyzji co do uznania ilości środka za znaczną: typem przestępstwa, w którym go użyto, ceną rynkową substancji psychotropowych i środków odurzających, szkodliwością, celem, któremu miały służyć, czy też wyłącznie wagą lub objętością.

Kryterium wartościowe, mimo że w niektórych orzeczeniach sądy wskazywały na znaczną wartość środków jako okoliczność dodatkową⁸, nie znalazło apro-

² Tak wprost np. wyrok: SA w Gdańsku z dnia 19 grudnia 2012 r. (sygn. II AKa 430/12); wyrok SA w Krakowie z dnia 15 marca 2007 r. (sygn. II AKa 182/06); wyrok SA w Lublinie z dnia 18 października 2012 r. (sygn. II AKa 224/12); wyrok SN z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. IV KK 127/11). W postanowieniu SN z dnia 23 września 2009 r. (sygn. I KZP 10/09) posłużono się zwrotem „zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych”, w postanowieniu SN z 23 lutego 2017 r. (sygn. IV KK 19/17) – „kilkudziesięciu porcji konsumpcyjnych”, a w wyroku SA we Wrocławiu z 27 listopada 2019 r. (sygn. II AKa 97/2019) – „zaspokojenia potrzeb kilkudziesięciu osób”.

³ Wyrok SN z dnia 18 maja 2017 r. (sygn. IV KK 444/16).

⁴ Wyrok SA w Katowicach z dnia 4 października 2012 r. (sygn. II AKa 344/12).

⁵ Np. postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r. (sygn. I KZP 10/09); wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r. (sygn. II AKa 70/16); wyrok SA w Lublinie z dnia 24 maja 2017 r. (sygn. II AKa 93/17).

⁶ Postanowienie SN z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. III KK 208/14); postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. II KK 76/17).

⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 30 maja 2007 r. (sygn. II AKa 85/07).

⁸ Np. wyrok SA w Krakowie z 19 października 2000 r. (sygn. II AKa 124/20).

baty w praktyce orzeczniczej⁹ i pozostaje przede wszystkim elementem rozważań naukowych. Inne zaś kryteria miały w orzecznictwie sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego charakter jednostkowy. Jako przykład można wskazać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 listopada 2005 r. (sygn. II AKa 282/05), w którym stwierdzono, że „znamię znacznej ilości (...) należy oceniać również przez pryzmat przypisanego sprawcy typu czynu zabronionego z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii”. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 lutego 2006 r. (sygn. II AKa 14/06) rozszerzono natomiast kryterium ilościowo-jakościowe, uwzględniając także rodzaj narkotyków (twarde, miękkie) i ich szkodliwość dla organizmu człowieka.

Wyłączne kryterium ilościowe przyjął natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 1999 r. (sygn. IV KKN 813/98) oraz Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 8 listopada 2013 r. (sygn. II AKa 220/13). Zauważyć należy jednak, że w uzasadnieniach ww. orzeczeń odwoływano się również do pojęcia działek lub porcji, a zatem wyróżnik jakościowy miał wpływ na podjęte rozstrzygnięcie.

Szerszą aprobatę w orzecznictwie zyskało kryterium przeznaczenia środka narkotycznego traktowane jako uzupełnienie kryterium ilościowo-jakościowego. Na cel przeznaczenia środków niedozwolonych, obok ich rodzaju i wagi, wskazywały np. Sądy Apelacyjne: w Warszawie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2000 r. (sygn. II AKa 22/00), we Wrocławiu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r. (sygn. II AKa 10/08), w Białymstoku w wyroku z dnia 9 sierpnia 2012 r. (sygn. II AKa 140/12) oraz w Łodzi w wyroku z dnia 21 stycznia 2014 r. (sygn. II AKa 255/13).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego widoczny był wyraźny dystans do przedmiotowego kryterium, zarówno w dotychczas wskazywanych wyrokach, jak i np. w postanowieniu z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. V KK 244/12), w którym zdecydowanie odrzucono możliwość jego uwzględnienia.

Odmienne stanowisko zajęto jedynie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2017 r. (sygn. III KK 73/17), w którym zwrócono uwagę, że utrwalone orzecznictwo aprobujące kryterium ilościowo-jakościowe wciąż nie jest wystarczająco jednoznaczne. Określenie „kilkadziesiąt” definiowane może być bowiem w sposób jedynie przybliżony jako liczba od 20 do 99¹⁰. Ponadto w zestawieniu ze słowem „parędziesiąt”, określającym zbiór obejmujący 2–3 dziesiątki, jego znaczenie może ulec zawężeniu do liczby nie mniejszej niż 40¹¹.

Mając na uwadze powyższe, a także cel wprowadzenia typów kwalifikowanych znamieniem „znacznej ilości”, tj. ścigania dilerów narkotykowych, Sąd Naj-

⁹ Np. wyrok SA w Lublinie – II Wydział Kamy z dnia 20 czerwca 2012 r. (sygn. II AKa 99/12).

¹⁰ *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. I, red. B. Dunaj, Warszawa 1998, s. 374; *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/kilkadziesiat;2470767.html> (21.07.2021).

¹¹ Argumentację tę oparto na źródłach w postaci: *Słownika języka polskiego PWN*, t. L–P, red. M. Szymczak, Warszawa 1999, s. 580; *Praktycznego słownika współczesnej polszczyzny*, t. XXVII, red. H. Zgółkowa, Poznań 2000, s. 406.

wyższy stanął na stanowisku, że „organ orzekający powinien brać pod uwagę również i to, w jakim celu sprawca środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadał, a także, czy jest on osobą od tych środków/substancji uzależnioną”.

Znamie „znacznej ilości” w piśmiennictwie

Jak słusznie zauważono w doktrynie, znamie „znacznej ilości” ma charakter ocenny¹², a jego rozumienie jest zależne w dużym stopniu od stanowiska zajmowanego przez judykaturę¹³. Nic zatem dziwnego, że w piśmiennictwie na przestrzeni lat widoczne było podobne zróżnicowanie poglądów jak to, które towarzyszyło sądom.

Początkowo poglądy, zgodnie z którymi określenie „znaczna ilość” odnosi się do czegoś fizycznie wymiernego (tj. określonego w sztukach lub w jednostkach masy)¹⁴, zdały się ustąpić dominującemu dziś w doktrynie stanowisku aprobowanemu stosowanie kryterium ilościowo-jakościowego¹⁵ rozumianego jako wypadkowa rodzaju, ilości oraz jakości środka odurzającego lub substancji psychotropowej i prowadzącego do obliczenia liczby porcji narkotyku będących przedmiotem przestępstwa. Brak było jednak jednolitości poglądów w zakresie możliwości stosowania kryteriów dodatkowych dotyczących np. typu czynu zabronionego, przeznaczenia środków niedozwolonych, ich wartości czy szkodliwości.

Na możliwość wykorzystania pierwszego z nich wskazywał np. W. Górowski¹⁶. Jego zdaniem pojęcia ilościowe o charakterze opisowym (np. znaczny, wielki) są zawsze zrelatywizowane zarówno do przedmiotu, jaki opisują, oraz do czyn-

¹² W. Kuberska, P. Sydor, *Prawo, jako targowisko opinii? Jednolitość orzecznictwa czy jego zróżnicowanie?*, „IUSTITIA” 2015, nr 1, s. 34; V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu* [w:] *System Prawa Karnego*, t. XI: *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa 2014, s. 442; K. Łuczak, A. Muszyńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 475; M. Preiss-Mysłowska [w:] T. Chruściel, M. Preiss-Mysłowska, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 257. O samym pojęciu szerzej: W. Wolter, *Nauka o przestępstwie: analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 92–96.

¹³ B. Kurzępa [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, red. A. Ważny, Warszawa 2019, s. 347; T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 371.

¹⁴ H. Popławski, *Problematyka karna w ustawie o zapobieganiu narkomanii*, „Nowe Prawo” 1987, nr 4, s. 59.

¹⁵ Np. T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 373; M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 568; V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 442; B. Kurzępa [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, red. A. Ważny, Warszawa 2019, s. 349. Krytycznie: J. Kanarek, *Ocenny charakter znamienia „znacznej ilości” środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 61.

¹⁶ W. Górowski, *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii* [w:] *Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. M. Małecki, D. Zając, W. Zontek, Kraków 2019, Lex/el., art. 53.

ności, jaka ma miejsce w odniesieniu do tego przedmiotu. W konsekwencji w przypadku udziału w obrocie owa znaczna ilość może być większa niż znaczna ilość na gruncie pozostałych typów, zaś w przypadku udzielania lub posiadania – mniejsza.

Pogląd powyższy nie znalazł szerszego poparcia przede wszystkim ze względu na sprzeczność zaprezentowanej wykładni z regułą interpretacyjną, że dane słowo lub zwrot językowy powtarzający się w tekście prawnym ma zawsze to samo znaczenie¹⁷.

Krytycznie odnoszono się także do kryterium wartości rynkowej. W aktualnym piśmiennictwie jest ono pomijane¹⁸ lub nierekomendowane¹⁹. Nieliczni jednak nie wykluczają uwzględnienia podczas orzekania również tej okoliczności²⁰.

Za błędną uznano w literaturze linię orzeczniczą uwzględniającą jako jedno z kryteriów przyjęcia znacznej ilości narkotyków cel ich posiadania²¹. Poglądowi temu towarzyszyła trudna do obalenia argumentacja odwołująca się do treści art. 62a i art. 62b ust. 3 u.o.p.n., w których ustawodawca wprost wskazał na przesłankę przeznaczenia środków na własny użytek.

Odmienne stanowisko reprezentowała E. Stępień²², wskazując nawet szerzej, iż przy kwalifikowaniu przestępstwa uwzględnieniu powinna podlegać zarówno waga i rodzaj środka, jak i jego przeznaczenie, wyrządzona szkoda, a nawet zagrożenie dla zdrowia i życia człowieka.

Szeroko uzupełniające przesłanki ujmował także M. Kulik²³. Autor mimo uznania kryterium ilościowo-jakościowego wskazywał, że w ramach luzu decyzyjnego na korzyść sprawcy może ono być uzupełniane innymi kryteriami, tj. szkodliwością danej substancji dla organizmu człowieka oraz tym, jak bardzo uzależniający jest dany środek lub substancja, a nawet stopniem uzależnienia sprawcy.

¹⁷ Z. Ziemiński [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 166; M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 567–568; T. Koziół, *Znaczna ilość środka odurzającego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11, s. 73; M. Kowalewska-Lukuć, *Ocenny charakter znamion przestępstw narkotykowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2, s. 156.

¹⁸ Np. K. Łuczarski, A. Muszyńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 475–482.

¹⁹ M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 561–562.

²⁰ T. Srogoś, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 372–373.

²¹ W. Górski, *Komentarz do wybranych...*; A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11, s. 166; T. Koziół, *Glosa do wyroku SN z 11 października 2017 r., III KK 73/17*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3, s. 95; M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 567; S. Kosmowski, *Podstawowe problemy stosowania przepisów kриминаlizujących nielegalny obrót narkotykami*, „Problemy Prawa Karnego” 2004, nr 25, s. 34–35.

²² E. Stępień, *„Znaczna ilość” środków odurzających, substancji psychotropowej i słomy mawkowej. Uwagi na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w świetle orzecznictwa SN i sądów powszechnych*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr III, s. 68–69.

²³ M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 561, 566–567.

Podkreślić jednak należy, że dwa wskazane powyżej stanowiska należą do rzadkości, a sięganie po inne kryteria niż ilościowe i jakościowe przy ustalaniu znaczenia pojęcia „znacznej ilości”, jak już wcześniej wspomniano, uznawane jest najczęściej za nieuprawnione.

Większe różnice poglądów występują w zakresie liczby porcji przesądzających o zaistnieniu znamienia znacznej ilości przy zastosowaniu kryterium ilościowo-jakościowego.

W literaturze podkreślano w tym kontekście szczególne znaczenie wypowiedzi Sądu Najwyższego w tym zakresie²⁴ i w zdecydowanej większości przyjęto, że decydująca o uznaniu środków niedozwolonych za „ilość znaczną” jest możliwość odurzenia nimi kilkudziesięciu osób²⁵ uzależnionych²⁶.

Pojawiają się jednak także poglądy, że ilość znaczną stanowi co najmniej kilkaset porcji narkotyków. Stanowisko to argumentowane jest zwykle z odwołaniem do czterech wartości granicznych, tj. ilości znacznej, przeciętnej, małej oraz nieznacznej²⁷, którym przypisuje się, bez szerszej argumentacji, kolejne liczby, uznając, że ilość nieznaczna to 1 – porcja, ilość mała to kilka porcji, ilość przeciętna – kilkanaście czy kilkadziesiąt porcji, a ilość znaczna – kilkaset i więcej porcji²⁸.

Idąc dalej, wśród autorów uwzględniających kryterium typu przestępstwa dolny próg „znacznej ilości” wzrasta czasami do kilku tysięcy porcji lub więcej, np. w przypadku czynów związanych z obrotem hurtowym²⁹. Wreszcie, w literaturze można znaleźć także autorów odwołujących się do gwarancyjnej funkcji prawa karnego i stojących na stanowisku, że znaczna ilość to taka, która pozwala na odurzenie co najmniej kilku tysięcy, a nawet kilkudziesięciu tysięcy osób³⁰. Poglądy te uznać należy jednak za odosobnione.

²⁴ T. Koziół, *Znaczna ilość...*, s. 75.

²⁵ K. Łucarz, A. Muszyńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 480–481; S. Kosmowski, *Podstawowe problemy...*, s. 35; T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 373; B. Kurzepa [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, red. A. Ważny, Warszawa 2019, s. 349; W. Górowski, *Komentarz do wybranych...*; A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie...*, s. 166.

²⁶ M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1998, s. 240; M. Preiss-Mysłowska [w:] T. Chruściel, M. Preiss-Mysłowska, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 257; M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne. Komentarz*, t. I, Warszawa 2002, s. 274; M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 561, 564; W. Radecki, Głosa do wyroku SN z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 12, poz. 145, s. 684.

²⁷ K. Krajewski, *Prawnokarna problematyka nowej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 4, s. 27–28.

²⁸ V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 443.

²⁹ W. Górowski, *Komentarz do wybranych...*

³⁰ J. Marciniak, M. Marciniak, „Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karowego, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 1, s. 80–82.

Na zupełnie odmiennym biegunie, choć również nie znajdując poparcia w piśmiennictwie, pozostają autorzy, którzy dopatrują się podobieństwa znamienia „znacznej ilości” i pojęcia „wielu osób” stosowanego w przestępstwach sprowadzenia powszechnego niebezpieczeństwa i w konsekwencji poddają pod rozważę uznanie za ilość znaczną środka odurzającego ilości wystarczającej do jednorazowego odurzenia się co najmniej 10 osób³¹.

Problematyka definicji porcji lub metodyki ustalania ilości środka wystarczającej do odurzenia człowieka pozostaje zwykle na marginesie rozważań przedstawicieli piśmiennictwa. Za zdecydowanie dominujące uznać należy lakoniczne odniesienie do ilości umożliwiającej odurzenie określonej liczby osób uzależnionych³². Chodzi przy tym o liczbę dawek, które osobno są w stanie wywołać efekt odurzenia u osoby uzależnionej³³. Za odosobniony należy uznać pogląd, zgodnie z którym jako jedną porcję należy traktować maksymalną bezpieczną dla zdrowia dawkę, która wywołuje efekt odurzenia u osoby uzależnionej³⁴.

Wnioski i propozycja aktualnej wykładni

Rozbieżność poglądów w orzecznictwie oraz literaturze, a także działalność sądów określająca treść znamienia „znacznej ilości” o bardzo szerokim potencjale znaczeniowym pobudziły dyskusję na temat charakteru tej aktywności. Zwracano bowiem uwagę, że w takim przypadku dochodzi do sądowego zastępowania ilościowych znamion ocennych znamionami określonymi liczbowo, co może być postrzegane jako wykroczenie poza wykładnię *sensu stricto*³⁵ i prawodawcze działanie sądu³⁶, a także może prowadzić do powstawania tzw. pozaustawowych znamion przestępstwa opartych na mechanizmie „wzorca-precedensu”³⁷. W tym kontekście pojawiły się również wątpliwości natury konstytucyjnej³⁸, które jednak w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lutego 2012 r. (sygn. P 20/10)

³¹ W. Radecki, Glosa do wyroku...; M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 564 566.

³² Np. M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe przepisy karne z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 132; M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik...*, s. 240; M. Preiss-Mysłowska [w:] T. Chruściel, M. Preiss-Mysłowska, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 257; M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo...*, s. 274.

³³ M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 561–562; S. Kosmowski, *Podstawowe problemy...*, s. 35.

³⁴ W. Górowski, *Komentarz do wybranych...*

³⁵ T. Koziół, Glosa do wyroku SN..., s. 92.

³⁶ Szerzej na ten temat: W. Kuberska, P. Sydor, *Prawo...*, s. 33.

³⁷ T. Koziół, Glosa do wyroku TK z 14.02.2012 r., P 20/10, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5, s. 135–136; J. Kanarek, *Ocenny charakter...*, s. 59.

³⁸ Szerzej na ten temat: M. Kowalewska-Łukuć, *Ocenny charakter...*, s. 157 i n.; T. Koziół, Glosa do wyroku TK..., s. 132 i n.

oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. IV KK 19/17) wydają się nieuzasadnione. Za słuszny zatem należy uznać pogląd, że opisywana regulacja mieści się w ramach standardu konstytucyjnego³⁹.

Znamie „znaczej ilości”, jak wskazał Sąd Najwyższy w powołanym wyżej wyroku, mimo nieostrego i ocennego charakteru nie jest znamieniem interpretowanym zupełnie dowolnie, choć wymaga każdorazowej oceny dokonywanej *in concreto* przez sąd orzekający. Ocena ta mieści się jednak w konstytucyjnie przypisywanych sądom zadaniach, tj. dekodowaniu norm z przepisów prawnych i subsumpcji stanu faktycznego. Pierwsze obejmuje przecież także ustalanie treści klauzul generalnych.

Luz decyzyjny pozostawiony sądom powszechnym przy prawidłowym z niego korzystaniu niesie ze sobą nieocenioną wartość. Pozwala bowiem reagować na sytuacje wyjątkowe, których ustawodawca nie mógł przewidzieć, a jednocześnie skutecznie walczyć z przestępczością narkotykową. Wartością jednak jest również jednolitość orzecznictwa. Nie można bowiem doprowadzić do sytuacji, w której, na co zwrócili uwagę W. Kuberska i P. Sydor⁴⁰, kwestia właściwości miejscowej sądu orzekającego staje się zagadnieniem zasadniczym dla zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy.

Obecnie mimo braku mocy wiążącej wytycznych Sądu Najwyższego to właśnie ten organ zgodnie z art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym⁴¹ ma za zadanie zapewnić zgodność z prawem i jednolitość orzecznictwa sądów powszechnych. Cel ten jest konsekwentnie realizowany, o czym może świadczyć powoływanie się sądów apelacyjnych na dotychczasowe orzeczenia Sądu Najwyższego, a także wspomniana wyżej korekta orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Krakowie w wyniku uwzględnionych kasacji⁴².

Słusznie zatem M. Kulik postawił pytanie, czy na pewno ocena w zakresie znaczości ilości musi być arbitralna⁴³, a także zauważył, że przyjęcie mniej więcej jednolitego modelu wykładni pojęcia „znaczej ilości”, z uwzględnieniem możliwości dokonania w praktyce poprawek uwzględniających dodatkowe okoliczności, pozwoliłoby na przyjęcie praktyki spełniającej założenia ustawodawcy, a zatem należycie gwarancyjnej, a jednocześnie wystarczająco elastycznej.

Stając należy na stanowisku, że dotychczasowy dorobek orzecznictwa i piśmiennictwa pozwala na przedstawienie wspomnianego modelu, a przynajmniej jego dominującej postaci.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że niemal jednolicie akceptowany jest pogląd, zgodnie z którym decydujące dla stwierdzenia znamienia „znaczej ilości” jest

³⁹ Podobnie: M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 559.

⁴⁰ W. Kuberska, P. Sydor, *Prawo...*, s. 34.

⁴¹ Dz.U. 2019, poz. 825.

⁴² T. Kozioł, Głos do wyroku SN..., s. 91.

⁴³ M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 563.

kryterium ilościowo-jakościowe. Uwzględnianie ilości środków w relacji do skutku, jaki mogą wywołać u określonej liczby osób, nie jest w zasadzie kwestionowane i wynika wprost z wykładni językowej, wspartej zresztą również wykładnią systemową i funkcjonalną.

Ponadto zgodzić się należy z przedstawionymi wyżej poglądami odrzucającymi stosowanie wyłącznie kryterium ilościowego⁴⁴. Słusznie wskazuje się bowiem, że jest ono niewystarczające i pozbawia sąd możliwości realnej oceny sytuacji. Niezasadnie premiuje też osoby posiadające środki zapewniające efekt odurzenia w niewielkich dawkach, a więc szczególnie niebezpieczne, w skrajnych zaś przypadkach (np. LSD) w istocie wykluczając odpowiedzialność za czyn kwalifikowany⁴⁵.

Dużo bardziej złożone jest zagadnienie kryterium celu posiadania środków niedozwolonych. Przychylić się należy do głosów krytykujących powyższe rozwiązanie, bowiem stoi ono w sprzeczności z wykładnią językową – „ilość” w przeciwieństwie do celu jest przecież kategorią pojęciową obejmującą to, co może podlegać mierzeniu lub liczeniu, czego może być mniej lub więcej⁴⁶ – oraz, co bardziej oczywiste, z wykładnią systemową przepisów ustawy. Brzmienie np. art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jednoznacznie wskazuje, że cel posiadania środków niedozwolonych jest odrębną przesłanką od ich ilości (w tym przypadku nieznacznej).

Trudno zatem zgodzić się z argumentacją opisanego już wyżej uzasadnienia jedynego wyroku Sądu Najwyższego aprobującego to kryterium⁴⁷. Jak słusznie zauważył bowiem T. Koziół, Sąd Najwyższy, szukając usprawiedliwienia zawartej w nim tezy, zdaje się przekraczać ramy wykładni, dokonując interpretacji zwrotu „kilkadziesiąt” użytego w orzecznictwie Sądu Najwyższego zamiast interpretacji treści przepisu ustawy⁴⁸, a także zatracać różnicę między celem wprowadzenia regulacji prawnej a celem działania sprawcy.

Przedstawione stanowisko nie oznacza jednak, że cel posiadania narkotyków może pozostawać zupełnie obojętny na interpretację znamienia „znacznej ilości”. Należy go jednak uwzględnić na wyższym poziomie ogólności. Definiując opisywane powyżej pojęcie zgodnie z zasadami wykładni funkcjonalnej, trzeba bowiem poszukiwać wartości granicznej większej niż ilość wykorzystywana na własny użytek, a jednocześnie mniejszej niż umożliwiająca zorganizowany, dochodowy i skuteczny obrót narkotykami.

Wybór kryterium oceny znamienia „znacznej ilości” uzależnionego od liczby porcji środka niedozwolonego rodzi konieczność zajęcia stanowiska w przedmiocie metodyki ustalania jej wielkości. Mimo że również w tym przedmiocie

⁴⁴ T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 371; E. Stępień, „Znaczna ilość”..., s. 64.

⁴⁵ S. Kosmowski, *Podstawowe problemy...*, s. 36.

⁴⁶ A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie...*, s. 161; postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., sygn. I KZP 10/09.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 11 października 2017 r., sygn. III KK 73/17.

⁴⁸ T. Koziół, Glosa do wyroku TK..., s. 135.

pojawiają się rozbieżne poglądy, orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz poglądy doktryny pozwalają na przyjęcie jednolitego stanowiska – minimalnej ilości środka pozwalającej na odurzenie jednej osoby uzależnionej.

Pewien sprzeciw może budzić odwoływanie się do wpływu środka na osobę uzależnioną, a nie osobę zdrową. Pogląd ten jest jednak ugruntowany w orzecznictwie, a ponadto ma walor praktyczny, ułatwiając ustalenie możliwie stałej i przewidywalnej ilości. Wpływ środków odurzających i substancji psychotropowych na osoby nieużywające ich regularnie jest bowiem zależny o tak wielu czynników, w tym indywidualnych, że przyjęcie jednej granicy wymagałoby daleko idącego uśrednienia. Ponadto przyjęta ilość i tak byłaby nieproporcjonalna w stosunku do przyjętej porcji handlowej oraz wpływu środków niedozwolonych na ich najczęstszych konsumentów – osoby uzależnione, co wiąże się ze zjawiskiem tolerancji⁴⁹.

Zdecydowanie więcej emocji niż ustalenie wielkości porcji wzbudza w literaturze oraz orzecznictwie sądów apelacyjnych prezentowany konsekwentnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pogląd, że za znaczną należy uznać ilość środka pozwalającą na wytworzenie kilkudziesięciu dawek⁵⁰. Podstawowym zarzutem pojawiającym się w tym zakresie jest arbitralność zajętego stanowiska. Słusznie jednak zauważa M Kulik⁵¹, że podobne zastrzeżenia można mieć właściwie do każdego z przyjmowanych w tej mierze poglądów.

Dotyczy to też opisanych wyżej prób tworzenia kategorii wielkości, tj. kilku, kilkunastu, kilkudziesięciu, kilkuset porcji itd.⁵² Brak bowiem obiektywnych przesłanek, które nakazywałyby przyjęcie podziału dziesiętnego czy, co nawet bardziej rażące w przypadku poglądów uznających minimalną granicę pojęcia „znaczonej ilości” jako kilkaset, przypisania dwóch kategorii ilościowych (kilkunastu i kilkudziesięciu) dla typu podstawowego przestępstwa.

W tym miejscu wskazać należy, że argumenty za przyjęciem wyższej granicy statuującej „znaczną ilość” zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie⁵³ koncentrują się na analizie zagrożenia ustawowego oraz zwracają uwagę na niebezpieczeństwo doprowadzenia do sytuacji, gdy typ kwalifikowany będzie stosowany częściej od typu podstawowego.

W pierwszym przypadku poglądy te zdają się być nacechowane emocjonalnym stosunkiem do przestępczości narkotykowej i próbą dopasowania znaczenia

⁴⁹ Szerzej: S. Rojek, M. Kłys, *Analiza D9-THC i jego metabolitów: 11-OHD9-THC i THC-COOH we krwi metodą chromatografii gazowej sprzężonej z tandemową spektrometrią mas (GC-MS-MS) do celów opiniowania sądowo-lekarskiego*, „Problems of Forensic Sciences” 2007, t. LXX, s. 185.

⁵⁰ Np. V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 443; T. Kozioł, *Znaczna ilość...*, s. 69 i n.; W. Radecki, *Głosa do wyroku...*, s. 684; E. Stępień, „Znaczna ilość”..., s. 57–70.

⁵¹ M. Kulik [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 564.

⁵² W. Górski, *Komentarz do wybranych...*; V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 443.

⁵³ Np. wyrok SA w Łodzi z dnia 21 stycznia 2014 r. (sygn. II AKa 255/13); J. Marciniak, M. Marciniak, „Znaczna ilość...”, s. 79 i n.; E. Stępień, „Znaczna ilość”..., s. 68.

przepisu do akceptowanego zagrożenia ustawowego, co daleko wykracza poza granice wykładni. Ponadto nie uwzględniają faktu, że ustawodawca przewiduje szeroki zakres wymiaru kary za przestępstwa kwalifikowane, często zazębiający się z zagrożeniem ustawowym typu podstawowego.

Drugi argument wydaje się jeszcze bardziej kontrowersyjny, bowiem jego uwzględnienie prowadziłoby do skutku odwrotnego do założonego przez ustawodawcę, a przede wszystkim sprzeciwiałoby się prewencji ogólnej. Przy dążeniu do zachowania właściwych proporcji wykorzystania przepisów dotyczących typu kwalifikowanego i podstawowego danego przestępstwa dojść może bowiem do sytuacji, w której im prężniej działać będzie branża narkotykowa i im bardziej będzie skonsolidowana, tym niższe zagrożenie ustawowe będzie dotyczyło konkretnej ilości narkotyków. Błąd w takim sposobie myślenia wyraźnie widać, gdy odniesie się go do innego przestępstwa, np. określonego w art. 148 § 2 pkt 1 k.k. Prawdopodobnie powszechnie poparta zostałaby bowiem teza, że nie należy łączyć wypracowanych w literaturze i orzecznictwie przesłanek szczególnego okrucieństwa w przypadku zwiększenia liczby zabójstw połączonych z zadawaniem cierpień zbędnych dla samego pozbawienia życia ofiary.

Opisywane wyżej zagadnienie było już przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego, który w jednym z orzeczeń wskazał, że „nie ma potrzeby obejmowania typami podstawowymi coraz większej liczby zachowań, tylko dlatego, że rośnie skala przestępczości narkotkowej. Przeciwnie, rodzajowy i bezpośredni przedmiot ochrony wymienionych przepisów, jakim jest zdrowie publiczne, oraz liczne umowy międzynarodowe, których Polska jest stroną i które stanowią część krajowego porządku prawnego, zobowiązują do zwalczania i zapobiegania narkomanii także za pomocą karnych instrumentów prawnych”⁵⁴.

Podobne uwagi wielokrotnie podnoszono również na przykładzie art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wskazując, że nie ma żadnych rozsądnych powodów, które nakazywałyby zawężającą interpretację znamienia „znacznej ilości”. Przepis ten pomyślany został bowiem jako instrument kryminalizacji zastępczej. Jego głównym celem stało się stworzenie podstaw efektywnego ścigania i karania osób zamieszanych w dystrybucję narkotyków. Stąd też wzięła się niezwykła surowość przewidzianych w tym przepisie kar⁵⁵.

Podobny cel przyświeca całej regulacji ustawowej. Nie można zatem zgodzić się z przedstawianymi wyżej poglądami, które przy ocenie zaistnienia znamienia „znacznej ilości” uwzględniają kryterium typu przestępstwa, i to w sposób podnoszący ilość środków przewidzianą dla typu podstawowego w przypadku przestępstw związanych z obrotem i dystrybucją narkotykami. Jest to bowiem sprzeczne z zasadami wykładni językowej (nadając odmienne znaczenie temu

⁵⁴ Postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., sygn. I KZP 10/09.

⁵⁵ W. Radecki, *Głosa do wyroku...*, s. 684; M. Klinowski, *Granice odpowiedzialności za posiadanie narkotyków*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 3, s. 101.

samemu zwrotowi), a nadto klóci się z zasadami wykładni funkcjonalnej, utrudniając realizację celów ustawy.

Za nieuzasadnione uznać należy obawy podnoszone w niektórych orzeczeniach Sądu Apelacyjnego w Krakowie⁵⁶, że przyjęta przez Sąd Najwyższy wartość graniczna kilkudziesięciu porcji nie pozostawia wyrazistego marginesu na ilości rzeczywiście znaczne. Błędne jest bowiem założenie, że „znaczna ilość” stanowić musi wartość wyjątkową i niespotykaną w zwyczajnym obrocie. Ustawodawca przewiduje przecież szeroki zakres wymiaru kary za przestępstwa kwalifikowane tym znamieniem. O ile zatem okoliczność, czy przedmiotem przestępstwa jest kilkadziesiąt, czy kilkadziesiąt tysięcy porcji substancji niedozwolonej, pozostaje bez wpływu na ocenę prawną danego zachowania, o tyle już nie na wymiar kary. Podobnie jest z przesłanką uzależnienia sprawcy⁵⁷, która nie może być powodem do przesuwania granicy ustawowych znamion przestępstwa⁵⁸, choć bez cienia wątpliwości powinna zostać uwzględniona w wymiarze kary.

Na koniec, mając świadomość powszechnie akceptowanego w polskim porządku prawnym braku możliwości sięgnięcia do wykładni autentycznej ustawy, warto jednak choć skrótowo odnieść się do przyczyn aktualnej regulacji, a także intencji prawodawcy (nie tylko w ujęciu dogmatycznym, ale również socjologicznym).

Znamie kwalifikujące w postaci „znacznej ilości” obecne w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie jest bowiem pojęciem nowym i było też znane w poprzednich ustawach dotyczących tego przedmiotu, tj. ustawie z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawie z dnia 31 stycznia 1985 r. o zapobieganiu narkomanii. Wyżej wymienione ustawy, podobnie jak obecna, nie zawierały definicji ustawowej tego zwrotu i jego interpretacja była pozostawiona judykaturze.

Jak wynika ze stanowiska Marszałka Sejmu zajętego w prowadzonym przed Trybunałem Konstytucyjnym postępowaniu o sygn. P 20/10, utrzymanie w aktualnie obowiązującej ustawie sformułowania „znaczna ilość” „nie jest pominięciem ustawodawcy, lecz świadomym zabiegiem legislacyjnym, umożliwiającym sądom, jako organom rozstrzygającym, elastyczne reagowanie na przestępstwa związane z narkotykami”. Takie stanowisko potwierdza także przebieg debaty parlamentarnej poprzedzającej uchwalenie ustawy, z którego wynika, że ustawodawca zdecydował się na utrzymanie znamienia „znacznej ilości”, kierując się m.in. jego zakotwiczeniem w systemie prawnym oraz kontynuowaniem określonej polityki państwa w tej dziedzinie, bez określania sztywnych granic penalizacji (tzw. wartości granicznej)⁵⁹.

⁵⁶ Np. wyrok SA Krakowie z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 47/13.

⁵⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 4 kwietnia 2012 r., sygn. II AKa 344/12.

⁵⁸ Inaczej: wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. II AKa 10/08, zgodnie z którym dla typu kwalifikowanego różnica musi być bardzo wyraźna, wskazująca nie tylko na oczywisty handlowy cel posiadanych środków odurzających lub substancji psychotropowych, ale także na szczególnie duży zakres tej działalności.

⁵⁹ Wyrok TK z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. P 20/10.

Mając na uwadze powyższe, stanąć należy na stanowisku, iż ustawodawca nie tylko celowo nie wprowadził definicji legalnej opisywanego pojęcia „znacznej ilości”, ale również nie zamierzał doprowadzić do zmiany jego wykładni.

Ponadto z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁶⁰ wynika, że obok prewencyjnych działań wobec posiadaczy – potencjalnych konsumentów środków odurzających – celem ustawy jest walka z dilerami narkotyków⁶¹. Powyższe stanowi kolejny argument za przyjętą przez Sąd Najwyższy wartością graniczną kilkudziesięciu porcji, która jest już wystarczająca do sprawnej dystrybucji narkotyków i osiągania zadowalających zysków przez dilerów.

Warte jest też zasygnalizowania, że w toku prac sejmowych kierowane były interpelacje poselskie związane z interpretacją pojęcia „znacznej ilości” środków narkotycznych. W odpowiedziach strony rządowej zajęto stanowisko, że pojęcie to ma charakter ocenny, a przy jego interpretacji odwołano się do dotychczasowej wykładni Sądu Najwyższego (wyroki z dnia 1 marca 2006 r., sygn. II KK 47/05, i 14 lipca 2011 r., sygn. IV KK 127/11, oraz postanowienie z dnia 23 września 2009 r., sygn. I KZP 10/09)⁶².

Powyższe może prowadzić do wniosku, iż ustawodawca, podtrzymując obecne brzmienie przepisu, akceptuje również aktualną sytuację prawną, interpretację przyjmowaną przez władzę wykonawczą, a także prezentowaną dominującą linię orzeczniczą.

Podsumowanie

Dokonana na wstępie analiza poglądów doktryny i judykatury może sprawiać wrażenie, że obecnie daleko jest do konsensusu w zakresie wykładni pojęcia „znacznej ilości”, a zaproponowany model jest tylko jednym z możliwych. Prezentowane stanowiska powstawały jednak na przestrzeni długiego czasu, a linia orzecznicza nie jest stała. Przeciwnie – ewoluuje, wykształca się i ujednolica, a decydującą rolę powinno w tym procesie odgrywać orzecznictwo sądów odwoławczych, w tym przede wszystkim Sądu Najwyższego. Zmianom na przestrzeni czasu ulegają też poglądy przedstawicieli nauki.

Stanąć należy na stanowisku, że obecnie przedmiotowy zwrot nie powinien budzić kontrowersji. Zaprezentowany powyżej model wykładni ma charakter dominujący i jako jedyny pozostaje zgodny z zasadami wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej. Powoływanie się na historyczne orzeczenia czy poglądy nie

⁶⁰ Sejm RP IV kadencji, nr druku: 4024.

⁶¹ W. Radecki, Glosa do wyroku..., s. 684.

⁶² Odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych – z upoważnienia ministra – z dnia 26 marca 2012 r. na interpelację nr 1798 oraz z dnia 8 marca 2012 r. na interpelację nr 1799, www.sejm.gov.pl.

znajduje usprawiedliwienia nie tylko z powodu przedstawionych już argumentów, ale również dlatego, że prowadzi do niepewności prawnej, przedłużenia oczekiwania na prawomocne rozstrzygnięcie sądu, a także może być przyczyną nieuzasadnionych różnic w sankcji karnej spowodowanych swoistym regionalizmem w stosowaniu prawa. Prawdłowe zaś stosowanie aktualnie obowiązującej ustawy pozwala na skuteczne realizowanie celów zakreślonych przez ustawodawcę przy jednoczesnym zachowaniu odpowiedniego poziomu gwarancji procesowych.

Bibliografia

- Bojarski M., Radecki W., *Pozakodeksowe prawo karne. Komentarz*, t. I, Warszawa 2002.
- Bojarski M., Radecki W., *Pozakodeksowe przepisy karne z komentarzem*, Warszawa 1992.
- Bojarski M., Radecki W., *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1998.
- Górowski W., *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii* [w:] *Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. M. Małecki, D. Zajac, W. Zontek, Kraków 2019, Lex/el.
- Kanarek J., *Ocenny charakter znamienia „znacznej ilości” środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecnictwie poglądów*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 1.
- Klinowski M., *Granice odpowiedzialności za posiadanie narkotyków*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 3.
- Konarska-Wrzošek V., *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu* [w:] *System Prawa Karnego*, t. XI: *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa 2014.
- Kosmowski S., *Podstawowe problemy stosowania przepisów kryminalizujących nielegalny obrót narkotykami*, „Problemy Prawa Karnego” 2004, nr 25.
- Kowalewska-Lukuc M., *Ocenny charakter znamion przestępstw narkotykowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2.
- Kozioł T., Glosa do wyroku SN z 11 października 2017 r., III KK 73/17, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3.
- Kozioł T., Glosa do wyroku TK z 14.02.2012 r., P 20/10, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5.
- Kozioł T., *Znaczna ilość środka odurzającego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11.
- Krajewski K., *Prawnokarna problematyka nowej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 4.
- Kuberska W., Sydor P., *Prawo, jako targowisko opinii? Jednolitość orzecnictwa czy jego zróżnicowanie?*, „IUSTITIA” 2015, nr 1.
- Łuczak K., Muszyńska A., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Malasińska-Nagórny A., *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11.
- Marciniak J., Marciniak M., *„Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 1.
- Popławski H., *Problematyka karna w ustawie o zapobieganiu narkomanii*, „Nowe Prawo” 1987, nr 4.
- Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, red. H. Zgólkowa, Poznań 2000.
- Preiss-Mysłowska M., Chruściel T., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Radecki W., Glosa do wyroku SN z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2006, nr 12, poz. 145.

- Rojek S., Kłys M., *Analiza D9-THC i jego metabolitów: 11-OHD9-THC i THC-COOH we krwi metodą chromatografii gazowej sprzężonej z tandemową spektrometrią mas (GC-MS-MS) do celów opiniowania sądowo-lekarskiego*, „Problems of Forensic Sciences” 2007, t. LXX.
- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/kilkadziesiat;2470767.html>.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. L–P, red. M. Szymczak, Warszawa 1999.
- Słownik współczesnego języka polskiego*, t. I, red. B. Dunaj, Warszawa 1998.
- Srogosz T., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Stępień E., „Znaczna ilość” środków odurzających, substancji psychotropowej i słomy makowej. Uwagi na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w świetle orzecznictwa SN i sądów powszechnych, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr III.
- Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, red. A. Ważny, Warszawa 2019.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie: analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
- Ziemiński Z., Wronkowska S., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu było ustalenie, czy dotychczasowy dorobek orzecznictwa i piśmiennictwa pozwala na przedstawienie niebudzącego wątpliwości modelu wykładni pojęcia „znacznej ilości” użytego w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. W związku z powyższym dokonano m.in. analizy prezentowanych w tym zakresie poglądów oraz ich wzajemnego zestawienia, a także poddano je krytycznej ocenie z uwzględnieniem zarówno wykładni językowej, systemowej, jak i funkcjonalnej.

Powyższe czynności pozwoliły postawić tezę, że obecnie istnieje jeden dominujący model wykładni pojęcia „znacznej ilości”. Dały ponadto podstawy do uznania za nieuzasadnione wciąż pojawiające się w literaturze oraz praktyce sądowej próby zwiększania wartości granicznej przyjmowanej przy zastosowaniu kryterium ilościowo-jakościowego oraz uwzględniania dodatkowych przesłanek warunkujących realizację powyższego znamienia.

Słowa kluczowe: ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii, znaczna ilość, analiza orzecznictwa i literatury

SUMMARY OF PROBLEMS RELATED TO THE INTERPRETATION OF THE TERM “SIGNIFICANT NUMBER” UNDER THE ACT ON COUNTERACTING DRUG ADDICTION

Summary

The text attempts to establish if existing case-law and opinions expressed in the legal literature allow to determine conclusive method of interpretation of the term “significant number” under the Act on Counteracting Drug Addiction. For that purpose, different opinions were analysed, compared and evaluated in accordance with textual, schematic and teleological interpretation.

The article indicates that currently there is only one dominant model of interpretation of the term “significant number” and there are no legal basis to increase limit values based on quality and quantity of prohibited substances or take account of other criteria.

Keywords: the Act on Counteracting Drug Addiction, significant number, analysis of case law and doctrine

Piotr SadowskiUniwersytet Opolski
ORCID: 0000-0002-2422-8793**STATUS SPOŁECZNO-PRAWNY KUCHARZA
W REPUBLICE I CESARSTWIE RZYMSKIM****Wprowadzenie**

Wielu rzymskich kucharzy było niewolnikami czy wyzwolencami. Dzięki inskrypcjom czy napisom nagrobnym zachowały się liczne ich imiona¹. Często kucharz musiał schlebiać gustom kulinarnym swoich panów. Nie każdy miał tyle szczęścia jak ten kucharz, któremu wedle relacji Plutarcha (*Żywot Antoniusza* 24,4) Marek Antoniusz podarował dom za to, że ten przyrządził mu dobrą wieczerzę. Literatura poświęcona rzymskiej sztuce kulinarnej czy dietetyce jest bardzo bogata. Dużo napisano już o ucztach czy o samych produktach wykorzystywanych w kuchni przez Rzymian. Dlatego w tym opracowaniu nie będę zajmował się tymi rzeczywistościami. Jako że literatura poświęcona kucharzowi w antycznym Rzymie nie jest już tak imponująca, dlatego też celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie statusu społecznego i prawnego kucharza w starożytnym Rzymie, zwłaszcza w okresie republiki i cesarstwa. Z różnych prac związanych z tym zagadnieniem na szczególną uwagę zasługują dwie: C.G. Harcum, *Roman Cooks* (Baltimore 1914) i M.-A. le Guennec, *Être cuisinier dans l'occident romain antique. Identités socio-juridiques et statuts de travail* („Archeologia Classica” 2019, no. 70, s. 295–327). Obie autorki nie podjęły się jednak analizy regulacji prawnych dotyczących kucharzy.

W swoim artykule pragnę poddać analizie kwestię tego, który przyrządził posiłki, gotował, smażył, czy dbał o palenisko itp. Status prawny kucharza domowego, który każdego dnia szykował jedzenie swoim najbliższym czy panom, czy też kucharza zawodowego pracującego w różnych oberżach, gospodach czy zajazdach zależał od wielu czynników, jak np. wolność, obywatelstwo czy pozycja w rodzinie, wiek, płeć, choroba psychiczna i marnotrawstwo, czyli czynników rzutujących na zdolność prawną czy zdolność do czynności prawnych. Jaki obraz kucharza

¹ C.G. Harcum, *Roman Cooks*, Baltimore 1914, s. 25–26.

rysuje się w świetle zachowanych źródeł pozaprawnych i prawnych? Czy *cocus* był kimś szanowanym, czy pogardzanym? W jakich celach zrzeszał się z innymi kucharzami? Kim był *cocus optimus*, a kim *cocus mediocris* i jak to rzutowało, jeśli był równocześnie niewolnikiem na odpowiedzialność sprzedawcy? W pierwszej części artykułu prezentuję źródła pozaprawne: literackie czy epigraficzne i w oparciu o nie rysuję socjologiczny portret kucharza. W drugiej staram się zrozumieć, jakie aspekty prawne tego zawodu przebiły się do świadomości społecznej w oparciu o zachowane źródła jurydyczne, choć nie tylko.

I

Kucharz (łac. *cocus*, *coquus*) to ten, który przygotowuje pokarmy (*qui cibos praeparat*) czy też mistrz sztuki kulinarnej (*artis culinariae peritus*)². Początkowo termin ten odnosił się także do piekarza (Festus, *De verborum significatione* 3)³. Tymczasem już Plaut (ok. 250 r. p.n.e. – ok. 184 r. p.n.e.) w *Trinummus* 407 zdecydowanie rozróżniał między kucharzem (*coquus*) a piekarzem (*pistor*). Termin *coquus* związany jest z czasownikiem *coquo* – *coxi* – *coctum* – 3 oznaczającym m.in.: „1) przygotowywać za pomocą ognia, gotować, 2) piec, 3) palić, suszyć, topić (*coquere aurum* – wytapiać złoto, 5) *c. mel* – sycić miód...”⁴. Rzymski poeta Gnejusz Newiusz (zm. ok. 201 r. p.n.e.) pisał, że *coquus edit Neptunum, Venerem, Cererem*⁵, czyli, że kucharz składa daninę Neptunowi, Wenerze i Ceres. *Edit* może też oznaczać słowo „zjada”. Innymi słowy, *coquus* na cześć Neptuna konsumował czy przetwarzał ryby, Wenery – warzywa, a Ceres – chleb. Zdaniem Warrona Wenera sprawowała opiekę nad ogrodami (*Rerum rusticarum libri III* 1,1,6). W świetle zachowanych źródeł literackich kucharze przygotowywali posiłki m.in. z mięsa (Plaut, *Menaechmi* 208–214), warzyw (Martialis, *Epigrammaton Libri* 13,13), a nawet z owoców morza (Plaut, *Rudens* 659). W traktacie *Lekarstwa z warzyw i owoców* (*Medicinae ex holeribus et pomis*) Kwintusa Gargiliusza Marcjalisa (ok. 200–260 n.e.) kucharz nadaje przyprawom wyjątkowy smak⁶.

² *Thesaurus Linguae Latinae*, editus auctoritate et consilio academiarum quinque Germanicarum: Berolinensis, Gottingensis, Lipsiensis, Monacensis, Vindobonensis, vol. 4: Con – Cyulus, Lipsiae 1906–1909, s.v. *coquus*, kol. 926.

³ *Sex. Pompei Festi et Mar. Verrii Flacci De Verborum Significatione Lib. XX*. Notis et emendationibus illustravit Andreas Dacerivus iussu christianissimi regis in usum serenissimi Delphini, Lutetiae Parisiorum 1681, s. 98. Zob. też: s.v. *coquus* [w:] *Słownik łacińsko-polski*, t. I: A–C, red. M. Plezia, Warszawa 1998, s. 765.

⁴ J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 226.

⁵ *Théâtre complet des latins. Fragments des tragiques et des comiques latins*, par J.B. Levée, vol. 15, Paris 1823, s. 102.

⁶ Gargilius, *Medicinae ex holeribus et pomis* 14,10.

Traktując o kucharzach, musimy wspomnieć tych domowych, jak i tych zawodowych. Do domowych zaliczam tych, którzy gotują na użytek swój i najbliższych, ewentualnie na użytek swoich właścicieli w domach czy willach Rzymian. To gotowanie w kuchniach (*coquinae*) na ogół zapewne spotykało się z należytą atencją i wdzięcznością. Różnie bywało z tym w odniesieniu do kucharzy zawodowych pracujących w karczmach, oberżach (*tabernae*), małych karczmach (*tabernulae*), knajpach, garkuchniach (*popinae*), a nawet na ulicach. Martialis informuje nas o kucharzu, który po ulicach obnosił i sprzedawał ciepłe kielbaski⁷.

Kucharz zawodowy mógł korzystać z pomocników. *Puer culinarius* czy *culinarius* to kuchta czy kuchcik, ktoś, kto pomagał kucharzowi. Inskrypcja nagrobna z I w. n.e. z Narbony informuje nas o kuchciku Quintusie Catiusie Hermie będącym wyzwolńcem Quintusa *Q(uinto) Catio / Q(uinti) lib(erto) Her/mae, culina[r(io)]*. / *In a(gro) p(edes) XXX*, / *in f(ronte) p(edes) XX* (CIL XII 4470). *Focarius* to niewolnik zajmujący się ogniem czy pomocnik kuchenny (CIL XIII 8183; D. 4,9,1,5), *gustator* to ten, kto próbował smaków (CIL XII 1754). Źródła wspominają także *bellarius*a zajmującego się deserami (Mart. 11,31,15).

Atenajos z Naukratis w księdze XIV *Deipnosophistae* mówi o wielkim szcunku oddawanemu zawodowi kucharza (gr. *μάγειρος*), jednak z kontekstu wynika, że idzie o kucharza greckiego⁸. Ten gramatyk i retor z przełomu II i III w. n.e., prezentując anegdotę, jak to król Nikomedes zapragnął spożyć rybę afye zimą i będąc w dużej odległości od morza, otrzymał rzepę pokrojoną w kształcie rybek, uduszoną w oliwie, osoloną i przyprawioną makiem, porównał nawet kucharza do poety (Athenaeus, *Deipnosophistae* 1)⁹.

W Rzymie tymczasem zawód kucharza często był niedoceniany. Informuje nas o tym Tytus Liwiusz (59 r. p.n.e. – 17 r. n.e.). Pisał, że kucharz pogardzany zaczął być ceniony i to, co było tylko posługą, zaczęło być uważane za sztukę (*quod ministerium fuerat, ars haberi coepta*)¹⁰. Miało to nastąpić za sprawą Gnejusza Manliusza Wulsona, rzymskiego konsula z 189 r. p.n.e., który prowadził zwycięską kampanię przeciwko Galatom w Azji Mniejszej i który stylem życia lansował bliskowschodni luksus. Relacja Liwiusza koreluje z informacją zawartą przez Pliniusza Starszego w *Historii naturalnej* (XVIII,28) o tym, że w Rzymie

⁷ Martialis, *Epigr.* 1,41,9–10: *quod fumantia qui tomacla raucus circumfert tepidis cocus popinis...*

⁸ *Banquet des savans, par Athénée*, traduit, tant sur les textes imprimés, que sur plusieurs manuscrits, par M. Lefebvre de Villebrune, t. V, Paris 1791, s. 339.

⁹ *Banquet des savans, par Athénée*, traduit, tant sur les textes imprimés, que sur plusieurs manuscrits, par M. Lefebvre de Villebrune, t. I, Paris 1789, s. 36. Zob. M. Kokoszko, K. Jagusiak, *Warzywa w kuchni i dietetyce późnego antyku oraz wczesnego Bizancjum (IV–VII w.)*. *Perspektywa konstantynopolitańska*, „Piotrkowskie Zeszyty Historyczne” 2011, t. XII, nr 1, s. 40.

¹⁰ Liv., *Ab Urbe condita* 9,6. Zob. też: E. Brandt, *Untersuchungen zum römischen Kochbuch*, „Philologus” 1927, vol. 19, no. 3; C. Badel, *Le cuisinier romain: ars ou ministerium?*, „Food and History” 2017, vol. 15, no. 1–2, s. 45–68.

nie było piekarzy aż do czasów wojny z Perseuszem, przeszło 580 lat od założenia miasta. Do tego czasu wypiekaniem chleba miały się zajmować przede wszystkim rzymskie kobiety. Dopiero od II w. p.n.e. zdaniem Pliniusza kucharz miał na dobre zdomować się pośród domowników bogatych rodzin, które wcześniej miały go wynajmować.

Plin., *Hist. nat.* XVIII,28: *Pistores Romae non fuere ad Persicum usque bellum annis ab urbe condita super DLXXX. ipsi panem faciebant Quirites, mulierumque id opus erat, sicut etiam nunc in plurimis gentium. aroptam Plautus appellat in fabula quam Aululariam scripsit, magna ob id concertatione eruditorum an is versus poetae sit illius, certumque fit Atei Capitonis sententia cocos tum panem lautioribus coquere solitos, pistoresque tantum eos qui far pisebant nominatos. nec cocos vero habebant in servitiis, eosque ex macello condcebant*¹¹.

W powyższym fragmencie Pliniusza Starszego widzimy, jak wielką rolę przez wieki w domowej sztuce kulinarnej pełniły kobiety. Już w *Punijczyku* Plauta (*Poenulus* 248) spotykamy się ze słowem „kucharka” (*coqua*) wypowiedzianym przez Milfio będącego niewolnikiem Agorastoklesa w odniesieniu do dziewczyny, która umiała moczyć słone ryby. Natomiast różne inskrypcje, zwłaszcza z I czy II w. n.e., przede wszystkim wspominają kucharzy, rzadko kucharki. Aktywność kucharską można odnieść do *popinaria* Amemone z Tibur (wł. Tivoli) (*CIL* XIV 3709) i *popa de insula* Critonia Philema z Rzymu (*CIL* VI 9824)¹². Gotowanie przez kobiety będzie też wspomniane w rzymskiej literaturze agronomicznej¹³.

Z drugiej strony o wzroście wartości kucharza może świadczyć relacja Pliniusza Starszego (*Historia naturalis* IX,31), w której ten zastanawiał się nad ceną luksusowej ryby zakupionej przez Serviusa Asinusa Celera w czasach Kaliguli. Kazało to myśleć Pliniuszowi o tych, którzy gorszyli się, że kiedyś kucharz kosztował więcej niż koń, a teraz wart jest sumy, jaką kosztowałby triumf¹⁴.

Marek Porcjusz Katon (234–149 p.n.e.), będąc uosobieniem tradycyjnych cnót rzymskich i zwalczając wpływy greckie, piętnuje wystawienie przez Marka Lepidusa pomników greckim kucharzom. W jego oracji *adversus Lepidum*, przytoczonej przez Marka Korneliusza Frontona (ok. 100–165 n.e.) w liście *de Feriis Alsiansibus* 2 czytamy: *statuas positas Ochae et Dionysidoro effeminatis, qui ma-*

¹¹ C. Plini Secundi Naturalis historiae libri XXXVII recognovit atque indicibus instruxit Ludovicus Ianus, vol. III. Libb. XVI–XXII, Lipsiae 1857, s. 112.

¹² Na temat kucharki Critonia Philema zob. więcej: *Ritual Dynamics and Religious Change in the Roman Empire: Proceedings of the Eighth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Heidelberg, July 5–7, 2007), red. O. Hekster, S. Schmidt-Hofner, Ch. Witschel, London–Boston 2009, s. 263–264.

¹³ Zob. na temat tej literatury: I. Mikołajczyk, *Rzymska literatura agronomiczna*, Toruń 2004, *passim*.

¹⁴ Zob. więcej o dyskusji nad słowami: *At nunc coci triumphorum pretiis parantur* [w:] Caii Plinii Secundi *Historia naturalis ex recensione I. Harduini et recentiorum adnotationibus*, t. IV, Augustae Taurinorum 1831, s. 87.

*giras facerent*¹⁵. Oca i Dionysidoro byli zapewne profesjonalnymi kucharzami. Uhonorowanie dwóch greckich kucharzy mogło dla Katona oznaczać uchycenie należnemu szacunkowi rzymskich nobilów¹⁶. Braki w tekście i niezajomość szerszego jego kontekstu mogą rodzić pewne niejasności w dopatrywaniu się racji Katona¹⁷. Jednak postrzeganie tych kucharzy jako zniewieściałych musiało mu się kojarzyć bardziej z mentalnością grecką niżli rzymską.

Dzieło Katona z okresu wielkich przemian społecznych, powstałe przed 146 r. p.n.e. *O gospodarstwie rolnym* (*De agri cultura*) to nie tylko instrukcja sprawnego zarządzania gospodarstwem, ale i szereg informacji na temat rzymskiej kuchni i produktów w niej wykorzystywanych. Pośród różnych wskazówek o charakterze kulinarnym, medycznym, religijnym czy weterynaryjnym Katon wskazuje na obowiązki zarządcy gospodarstwa czy gospodyni. *Vilica* ma zatroszczyć się, żeby mieć ugotowane jedzenie dla *vilicusa* i niewolników¹⁸. Każdego roku powinna zgromadzić szereg produktów typu suszone gruszki, jarzębiny, figi czy rodzyнки¹⁹. Zatroszczenie się o jedzenie nie świadczy, aby obowiązki kucharskie musiała podejmować sama gospodyni. Wystarczyło, że czuwała nad gotowaniem i kucharzem czy kucharzami. Wprawdzie ta niewiasta nie miała być nierobem (*ambulatrix*). Miała dbać o porządek, zwłaszcza o codzienne wyczyszczenie ogniska, jak i hodowlę wielu kur. Analizowany powyżej fragment dostarcza nam informacji o tym, że niewolnicy mogli otrzymywać także gotowany posiłek.

Pisarz i erudyta, któremu Juliusz Cezar powierzył założenie w Rzymie biblioteki²⁰, piastujący szereg urzędów, np. legata (*legatus navalis*, *legatus pro praetore*), edyla, triumwira czy trybuna ludowego, Marek Terencjusz Warron (116–27 p.n.e.) w dziele *O gospodarstwie rolnym* (*Rerum rusticarum libri III*), traktującym o uprawie ziemi, hodowli zwierząt i hodowli podwórzowej typu ptaśzarnie, zajęczarnie czy stawy rybne, pisał o tym, że zdaniem wielu korzystne było przyznanie kobiet pasterzom wypasającym bydło w górach i chroniącym się w szalasach, które podążyłyby za nimi. Celem tych kobiet byłoby przede wszystkim przygotowywanie posiłku pasterzom, co działałoby motywująco na pasterską gor-

¹⁵ M. Porcii Catonis quae supersunt opera. Opere di M. Porcio Catone, con traduzione e note. Frammenti delle opere perdute di M. Porcio Catone accresciuti, tradotti ed illustrati con note dal prof. Ab. Giovanni Berengo, Venezia 1846, kol. 101.

¹⁶ A.J. Jarych, *Ornamenta urbis et publica magnificentia. Wykorzystanie zdobytych dzieł sztuki w przestrzeni republikańskiego Rzymu w okresie od IV do I wieku p.n.e.* Praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. Ilony Skupińskiej-Løvset, Łódź 2017, s. 55, przyp. 169.

¹⁷ Fronto M. Cornelius., Niebuhr B. Georg., Symmachus Q. Aurelius, M. Corneli Frontonis Reliquiae ab Angelo Maio primum editae, Berolini 1816, s. 133.

¹⁸ *Vilicus* zwykle był niewolnikiem. W czasach cesarstwa mógł nim być wyzwolieniec czy człowiek wolny. Zob. szerzej: Marek Porcjusz Katon, *O gospodarstwie rolnym*, tłum., wstępem i komentarzem opatrzył I. Mikołajczyk, Toruń 2009, s. 59, przyp. 32.

¹⁹ Cato, *De agri cultura* 143.

²⁰ Suetonius, *Divus Iulius* 44.

liwość. Kobiety te miały być silne i niebrzydkie²¹. Oprócz gotowania, troski o ognisko mogłyby również pilnować stada. Warron, zastanawiając się nad hodowlą ślimaków (*cochleae*), pisał, że kucharz często nie wie, czy gotuje je żywe, czy martwe²². Skądinąd wiemy, że małże są zjadliwe i nieszkodliwe, gdy wrzucone są do garnka jako żywe. Inaczej potrafią zaszkodzić. Warron wspomina także o rybach, które dla niektórych są tak cenne niczym te z okolic „tańczących” wysp Lidów, których kucharz nie może spożytkować na strawę (...*hos piscis nemo cocus in ius vocare audet*)²³. Innymi słowy, również i kucharz, dobierając składniki gotowania, podlega ograniczeniom ze względu na *sacrum* czy lokalne wierzenia. W tych słowach Warrona da się też zauważyć grę słowną wynikającą z podwójnego znaczenia słowa *ius* w odniesieniu do polewki czy do pozywania do sądu.

Toposem literackim było ukazywanie w starożytności kucharza jako kłamliwego czy mającego tendencję wykradania produktów z kuchni. Widać to choćby w komedii Plauta *Pseudolus* (*Krętacz*). Jeden z bohaterów, stręczyciel Baljo (Baljon), który chciał sprzedać swoją niewolnicę Fenicjum, w dzień swoich urodzin udał się na targowisko celem wynajęcia kucharza. Po powrocie z targowiska wypowiedział słowa, że rynek kucharski to „rynek złodziejski”. Kucharza, którego przyprowadził, miał za „pyskacza, butnego, niezdarnego, całkiem do niczego”²⁴. Kucharz tłumaczył się, że nie brakowało mu talentu, a jedynie padł ofiarą ludzkiego sknerstwa. Ubolewał nad tym, że ludzie nie szukają najlepszego czy najdroższego, a jedynie najtańszego kucharza. Baljo miał także negatywną opinię o kuchcikach kucharza. Co więcej, prosił swojego niewolnika, aby pilnował i kucharza, i kuchcików, by czegoś nie ukradli²⁵. Trzeba dodać, że na początku komedii Baljo prezentował się jako źle oceniający również swoich niewolników. Widać, że jako *dominus* był wrogo ustosunkowany do tych, którzy podlegali jego władzy, i nie potrafił dostrzec w nich pozytywnych cech charakteru. Także w innych utworach Plaut w odniesieniu do kucharza czy kuchcików stosował termin „złodziej”, np. w *Losujący albo Kasina* (*Sortientes vel Casina*)²⁶ czy *Skarb* (*Aulularia*)²⁷. Oczywiście podejście Plauta do kucharza mogło być pewnym uprosz-

²¹ Varro, *Rerum rusticarum* 2,10.

²² *Ibidem*, 3,14.

²³ Marcus Terentius Varro, *Rerum rusticarum* 3,17. O „tańczących” wyspach pisał też Pliniusz Starszy w *Historia naturalis* II,209. W Italii w okolicach Reate (wł. Rieti) pokryte trzcina poruszają się na skutek podmuchu wiatru. Tymczasem w Lidii są nazywane one *calaminae* od słowa *calamus* – trzcina.

²⁴ T. Maccius Plautus, *Komedje*, t. II, tłum., wstępem, streszczeniami opatrzył G. Przychocki, Kraków 1934, s. 414.

²⁵ *Ibidem*, s. 418.

²⁶ T. Maccius Plautus, *Komedje*, t. I, tłum., wstępem, streszczeniami opatrzył G. Przychocki, Kraków 1931, s. 249.

²⁷ T. Maccius Plautus, *Komedje...*, t. II, Kraków 1934, s. 489. Zob. szerzej: J.C.B. Lowe, *Cooks in Plautus*, „Classical Antiquity” 1985, vol. 4, no. 1, s. 72–102.

zeniem mającym sprostać efektom teatralnym, gdzie pewne cechy bohaterów są przejawskrawiane.

Zwykle kucharz jest tym, który pomaga zaspokoić głód. Innymi słowy – służy ochranianiu życia. Jednak czasami spotykamy się z sytuacjami przeciwnymi. U Herodiana (ok. 170 – po 240) w *Historii Cesarstwa Rzymskiego* kucharz był kilka razy traktowany jako potencjalny truciciel, który może być wykorzystany w politycznym eliminowaniu przeciwników. Przykładowo Julia Mamea w trosce o bezpieczeństwo swojego syna Aleksandra Sewera miała korzystać z usług zaufanych kucharzy, a nie kucharzy przygotowujących potrawy dla ogółu cesarskich domowników²⁸. Skądinąd trucicielstwo w Rzymie stanowiło plagę. Zarzucano je przedstawicielom różnych środowisk, choćby i lekarzom²⁹. Równocześnie znane były liczne odtrutki. Odpowiedzialność za trucicielstwo ponosiło się na podstawie *lex Cornelia de sicariis et veneficis* z 81 r. p.n.e. Kucharz mógł być jednak kimś bardzo przydatnym i zaufanym. Gdy Witeliusz uciekał przed śmiercią na Awentyn, zabrał ze sobą właśnie kucharza i piekarza (Suet., *Vitellius* 16). Między innymi kucharzowi Heliogabal kazał czuwać nad podatkiem od spadków (Aelius Lampridius, *Antoninus Elagabalus* 12).

Status społeczny kucharki czy kucharza w Rzymie prezentował się bardzo różnorodnie, począwszy od anonimowego niewolnika, rodziców troszczących się o swoje dzieci, poprzez zawodowca przeciętnego, aż do dumnego ze swoich osiągnięć kucharza doskonałego. Zachowane źródła epigraficzne pomagają nam pojąć obraz pozycji społecznej rzymskiego kucharza tego domowego czy zawodowego³⁰. Chociaż sytuacja każdego niewolnika była niepowtarzalna, to sam stan niewoli musiał być siłą rzeczy czymś trudnym do zaakceptowania. O przedmiotowym traktowaniu rzymskiego kucharza niewolnika świadczy choćby relacja Eliusza Lampridiusza zawarta w *Scriptores Historiae Augustae*, z której dowiadujemy się, że namiestnik prowincji w czasach Aleksandra Sewera otrzymywał m.in. jednego kucharza, ale po złożeniu urzędu miał go zwrócić³¹.

Kucharz niewolnik musiał być narażony na humory swojego właściciela. Oczywiście czasami dochodziło do budowania między nimi przyjaźni, skoro niektórzy niewolnicy doczekiwali się wyzwolenia. Syn bankiera z Aleksandrii Timagenes (I w. p.n.e.) w 55 r. p.n.e. stał się niewolnikiem³². Jak informuje nas

²⁸ Herodianus V,8.

²⁹ K. Tadażyk, *Status społeczno-prawny i odpowiedzialność lekarza w prawie rzymskim*, Łódź 2014, s. 117.

³⁰ Listę poszczególnych inskrypcji zestawiała M.A. le Guennec, *Être cuisinier dans l'occident romain antique. Identités socio-juridiques et statuts de travail*, „Archeologia Classica” 2019, no. 70, s. 321–322.

³¹ Aelius Lampridius, *Alexander Severus* 42.

³² H.R. Breitenbach, s.v. *Timagenes von Alexandria* [w:] *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, red. K. Ziegler, W. Sontheimer, H. Gärtner, Band 5, München 1979, kol. 832–833.

Seneka Starszy (*Controversiae* 10,5,22), został kucharzem, a następnie nosicielem lektyki. Po uzyskaniu wolności zajął się w Rzymie nauczaniem i pisaniem utworów historycznych czy geograficznych.

Kucharskim synem był Aureliusz Zotikus, zwany *μάγειρος*, czyli kucharzem. Informacje o nim czerpiemy od Eliusza Lampridiusza³³ i Kasjusza Diona³⁴. Zotikus wywodził się ze Smyrny (dzisiaj Izmir). Był atletą i został sprowadzony z woli Heliogabala do Rzymu. Uczyniono go usługującym w sypialni (*cubicularius*). Uchodził nawet w oczach najwyższych urzędników za małżonka cesarza. Tym samym stał się osobą bardzo wpływową. W świetle relacji Kasjusza Diona Zotikus został pozbawiony zaszczytów za sprawą innego cesarskiego kochanka, Hieroklesa³⁵. Oddalenie z Rzymu w gruncie rzeczy ocaliło życie Zotikusowi, w przeciwieństwie do Hieroklesa³⁶. Zdaniem Marii Letizii Caldelli Zotikus byłby jednym z pankratiastów przedstawionych na mozaice z pierwszej połowy III w. n.e., zachowanej na przedmieściach Puteoli (dzisiaj Pozzuoli). Aktualnie mozaika ta znajduje się w Museo Archeologico dei Campi Flegrei. Pojedynki atletów były organizowane w ramach Euzebejów, czyli igrzysk odbywających się co 4 lata w Puteoli. M.L. Caldelli przedstawia hipotezę, że Zotikus, wydany z Rzymu i Italii, mógł później powrócić do Puteoli na igrzyska, a nawet do Rzymu, gdzie zapewne związałby się ze sportem czy termami³⁷.

Zaprezentowane przeze mnie powyżej źródła to tylko wycinek tych, w których starożytni przywołali postać kucharza. Pomagają one jednak zrozumieć, jaki był status społeczny tego zawodu w antycznym Rzymie, czyli miejsce w ówczesnej hierarchii społecznej. Na ogół nie był on wysoki. Styl życia kucharza z racji tego, że był najczęściej niewolnikiem czy wyzwolencem, siłą rzeczy nie mógł być najbardziej wykwinny. Jednak mimo trudu codziennej pracy kucharz w swoich wysiłkach mógł być bardzo twórczy i przygotować wykwinną potrawę, mając nawet słabe składniki. Także i synowi kucharza dane było wpływać na decyzje cesarza.

II

Niektórzy rzymscy kucharze należeli do *collegia cocorum*. Informację o tym odnajdujemy m.in. na tablicy (*lamina*) o niewielkich rozmiarach, zapisanej na obu stronach, przynależącej do *Antiquissima falisca* (CIL I, 364), uczynionej

³³ Aelius Lampridius, *Antoninus Elagabalus* 10.

³⁴ Dio Cassius Cocceianus, *Historia Romana* 79,16.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Dio Cassius Cocceianus, *Historia Romana* 79,21: Καὶ αὐτῷ ἄλλοιτε καὶ ὁ Ἱεροκλῆς (...).

³⁷ M.L. Caldelli, *Un atleta dimenticato e gli amori di Elagabalo. Nota su un mosaico di Puteoli* [w:] *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, vol. 120, no. 2, 2008, s. 473.

przez środowisko mieszkańców *Falerii Novi*, a związanych z Sardinia, dokładnie przez kucharzy Luciusa Latriusa i Gaiusa Salvena. Przyjmuje się, że byli oni ludźmi wolnymi³⁸.

Iovei Iunonei Minervai |
Falesce, quei in Sardinia sunt,
donum dederunt; magistreis |
L. Latrius K. f., C. Salv[e]na Voltai f. |
coiraveront³⁹.

Jowiszowi, Junonie i Minerwie
mieszkańcy Falerii, którzy są na Sardynii dali w darze.
Funkcjonariusze Collegium Lucius Latrius syn Kaeso i Gaius Salvena syn Volta
uczynili (tę pamiątkę)⁴⁰.

Gonlegium quod est aciptum aetatei age(n)d[ai] |
opiparum a[d] veitam quolundam festosque dies,
 quei soveis aastutieis opidque Volgani |
gondecorant sai[pi]sume comvivia loidosque,
ququei huc dederu[nt i]nperatoribus summeis,
utei sesed lubent[es be]ne iovent optantis.

Collegium, które jest mile widziane celem spędzenia czasu,
wspaniałe, aby rozweselić życie i dni świąteczne,
ci którzy swoimi sposobami i z pomocą Wulkana
przyozdabiają tak często uczty i zabawy –
kucharze uczynili to najwyższymi władcom,
żeby ci chętnie im pomagali⁴¹.

Wcześniej przyjmowano, że tablica pochodzi z III w. p.n.e. Tak uważał Attilio Degressi. Między innymi argumentował swoje stanowisko tym, że w tym czasie Rzymianie zajęli Falerii (241 r. p.n.e.) czy też wkroczyli na tereny Sardynii (238 r. p.n.e.). Jednak ostatnio dominuje pogląd, że tablica pochodzi z ok. 150–130 r. p.n.e. Taki pogląd przyjęli A. Ernout⁴² i R. Wachter⁴³. W Rzymie republikańskim czy cesarskim było całe mnóstwo różnych zawodowych kolegiów. J. Linderski uważa, że ich rozkwit nastąpił na długo przed epoką Augusta, choć

³⁸ M.A. le Guennec, *Être cuisinier...*, s. 312.

³⁹ *Corpus Inscriptionum Latinarum consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae editum*, vol. 1, pars II, editio altera, Berolini 1918, s. 404.

⁴⁰ Tłum. własne.

⁴¹ Tłum. własne.

⁴² A. Ernout, *Recueil de textes latins archaïques*, Paris 1957, s. 35–37.

⁴³ R. Wachter, *Altlateinische Inschriften. Sprachliche und epigraphische Untersuchung zu den Dokumenten bis etwa 150 v. Chr.*, Bern [u.a.] 1987, s. 446–447.

dodaje, że w ostatnim wieku republiki kolegia były wykorzystywane w debacie politycznej⁴⁴. Zwykle stowarzyszenia pełniły funkcje publiczne lub sakralne. Z zachowanego tekstu mistrzów falijskich dowiadujemy się o wykorzystywaniu kolegium przede wszystkim w celach ludycznych, a nie bezpośrednio politycznych. Oczywiście nie można wykluczyć, że ktoś, organizując masowe imprezy, korzystając z usług kucharzy, czynił to z pobudek politycznych. Przywołanie Wulkana może świadczyć również o kultycznej otwartości działającego kolegium. Sama *lamina* nie pozwala nam odpowiedzieć na szereg pytań związanych z prawnym funkcjonowaniem tego stowarzyszenia, choćby czy miało ono swój statut i jakie były prawa i obowiązki członków kolegium. Niemniej jest dowodem, że kucharze potrafili się jednoczyć w swoim działaniu wzorem innych grup zawodowych.

Z *CIL* VI 7458⁴⁵ z inskrypcji nagrobkowej wyrzeźbionej w marmurze z epoki Antoninów⁴⁶ dowiadujemy się także o *collegium cocorum* istniejącym w Rzymie na Palatynie, ponieważ *archimagirus* Titus Aelius Primitivus, czyli szef kucharzy, wyzwoleniec cesarski, i jego żona Aelia Tyche, także wyzwolenica cesarska, dla siebie i swoich wyzwolenców i wyzwolenic wzniesli ten pomnik. Gdyby zabrakło kogoś, kto chciałby się nim opiekować, troska ta miała stać się udziałem właśnie *collegium cocorum*. Gdyby ktoś nie uszanował tej woli i sprzedał nagrobek, musiałby zapłacić karę na rzecz stowarzyszenia w wysokości 50 tys. sesterców. Inskrypcja ta oprócz tego, że dowodzi istnienia *collegium cocorum* w Rzymie i posiadania jakiegoś majątku, stanowi informację o istnieniu szefa kucharzy służących w pałacu cesarskim.

Z postacią kucharza spotykamy się w *Kodeksie Teodozjańskim* 7,13,8. Na mocy konstytucji z 29 stycznia 380 r. cesarze Gracjan, Walentynian II i Teodozjusz I zakazali wcielać do wojska pracujących w zajazdach (*cauponae*), karczmach (*tabernae*), kucharzy (*coci*) czy piekarzy (*pistores*).

CTh. 7,13,8 (380 Ian. 29): *IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EDICTUM AD PROVINCIALES. Inter optimas lectissimorum militum turmas neminem e numero servorum dandum esse decernimus neve ex caupona ductum vel ex famosarum ministeriis tabernarum aut ex cocorum aut pistorum numero vel etiam eo, quem obsequii deformitas militia secernit, nec tracta de ergastulis nomina. Poenam etenim gravis dispendii nulla excusatione fugit[u]ri sunt, si hoc cuiusdam indicio inlustribus viris magistris equitum peditum fuerit intimatum. Sed cum illum animadversio dura damnavit offerentem, tum triplicata nobilioris tironis fatigabit inlatio. DAT. IIII. KAL. FEB. CONST(ANTINO)P(OLI) GRATIANO A. V ET THEODOSIO A. I CONSS.*

⁴⁴ J. Linderski, *Państwo a kolegia. Ze studiów nad historią rzymskich stowarzyszeń u schyłku republiki*, Kraków 1961, s. 13. Zob. też: N. Tran, *Les membres des associations romaines. Le rang social des collegiati en Italie et en Gaules sous le Haut-Empire romain*, Rome 2006.

⁴⁵ *Corpus Inscriptionum Latinarum consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae editum*, vol. 6, pars II, editio altera, Berolini 1882, s. 1055.

⁴⁶ M.A. le Guennec, *Être cuisinier...*, s. 308.

W świetle CTh. 7,13,8 do grona wyłączonych z obowiązku zaciągania się do wojska zaliczeni zostali kucharze, piekarze czy pracujący w różnych oberżach i karczmach. Konstytucja ta dotyczy przede wszystkim kwestii służby wojskowej w późnym cesarstwie rzymskim. W drugiej połowie IV w. n.e. chętnie uciekano się do przymusowego poboru (*dilectus*) obywateli zdolnych do służby wojskowej. Pobyt w wojsku wiązał się z licznymi niebezpieczeństwami i koniecznością przemieszczania się, równocześnie nie stanowił już zachęty celem uzyskania obywatelstwa rzymskiego, jak to było jeszcze przed *Constitutio Antoniniana*. Niektórzy władcy zobowiązywali zatem synów weteranów do podejmowania służby wojskowej (np. CTh. 7,22,1; CTh. 7,22,4; CTh. 7,22,9) czy też uciekali się do stosowania tzw. podatku rekrutacyjnego, który w praktyce spotykał się z oporem społeczeństwa⁴⁷. Ustawodawca z jednej strony przewidywał kary dla ukrywających u siebie potencjalnych rekrutów, z drugiej wyłączał niektórych spod obowiązku służby wojskowej, np. nauczycieli i lekarzy (CTh. 13,3,10) czy wykwalifikowanych rzemieślników (CTh. 13,4,2). Można stawiać pytanie o to, dlaczego akurat w gronie wyłączonych z obowiązku służenia w wojsku, i to w czasie, gdy rozbrzmiewała w pamięci klęska pod Adrianopolem, w której w 378 r. zginął Walens, znaleźli się kucharze? Zdaniem niektórych (P.F.A. de Chesnel⁴⁸, V. Neri⁴⁹ czy F. Landini⁵⁰) ich morale było na tyle niskie, że mogliby źle przysłużyć się całej armii. Chodziło nie tylko o brak kondycji fizycznej czy przyzwyczajenia do walki, ale o kwalifikacje etyczne i społeczne. Na poparcie takiego stanowiska przytacza się słowa analizowanej konstytucji CTh. 7,13,8, w której czytamy, że jeśliby podatnik dostarczył rekruta, któremu było zabronione służyć w wojsku, traci go, a w ramach sankcji powinien dostarczyć trzech wybornych rekrutów. Stąd rodzi się domniemanie, że kucharz byłby słabym rekrutem. Treść konstytucji CTh. 7,13,8 każe przypuszczać, że praktyki zaciągania się kucharzy do wojska i innych wspomnianych osób jemu podobnych musiały wcześniej mieć miejsce. B. Pottier połączył analizę CTh. 7,13,8 z szerszym rozważaniem na temat włóczęgów. Konstytucja, w której mowa była o kucharzu, została wydana kilka dni przed ogłoszeniem konstytucji o możliwości obowiązkowej rekrutacji do wojska włóczęgów (*vagi*) (CTh. 8,2,3). *Vagi* byli postrzegani jako ludzie obcy w danej społeczności, którzy czasami dopuścili się jakichś błędów młodości, czy też jako ci, którzy zerwali z dotychczasowym stylem życia i trwali w sytuacji nielegalnej, a nawet byli *instabili mente*. Nie musieli

⁴⁷ A. Świętoń, *Przymus służby wojskowej w późnym cesarstwie rzymskim*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 115–125.

⁴⁸ P.F.A. de Chesnel, *Dictionnaire des armées de terre et de mer. Encyclopédie militaire et maritime*, partie II: G–Z, Paris 1863–1864, s. 1061.

⁴⁹ V. Neri, *Tra schiavi e liberi: aspetti della mobilità sociale tardoantica*, „Koinonia” 2012, vol. 36, s. 96.

⁵⁰ F. Landini, *Per la cronologia di Vegezio*, Università Cattolica del Sacro Cuore. Sede Di Milano. *Facoltà di Lettere e Filosofia. Corso di laurea in lettere, Tesi di laurea triennale*, 2018–2019, s. 43, file:///C:/Users/User_1/Downloads/Per_La_Cronologia_Di_Vegezio%20(1).pdf (26.03.2021).

być oni zawsze bardzo biednymi czy pozostającymi w permanentnej migracji. Różnili się od *incolae* mających określone miejsce pobytu. Oprócz czynnika obcości względem danej lokalnej społeczności nie byli ujęci na listach spisanych obywateli⁵¹.

Wedle konstytucji z 380 r. (CTh. 7,13,8), jak i kilka dni późniejszej decyzji o obowiązkowej rekrutacji włóczęgów (CTh. 8,2,3) kucharz nie nadawał się na wybornego rekruta, ale i nie musiał być kimś, kogo określano włóczęgą. Jego status nie musiał równać się statusowi włóczęgi. Co więcej, właściciele różnych majątków niechętnie patrzyli na pozbawianie ich kompetentnych pracowników czy rzemieślników. Skoro istniały grupy osób, których nie należało zaciągać do wojska, można śmiało stwierdzić, że wielu właścicielom gospód i lokali tego typu zależało na tym, by mieć w swoich szeregach kompetentnych kucharzy.

W *Digestach justyniańskich* 21,1,18,1 spotykamy się z podziałem na kucharza przeciętnego (*cocus mediocris*) i kucharza doskonałego (*cocus optimus*).

D. 21,1,18,1 (Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium): *Venditor, qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificio praestare debet: qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satis facere videtur, etiamsi mediocre cocum praestet. Idem et in ceteris generibus artificiorum.*

D. 21,1,18,1 (Gaius w księdze pierwszej *Komentarza do edyktu edylów kurulnych*): „Sprzedawca, który zadeklarował, że niewolnik jest doskonałym kucharzem, powinien świadczyć należącego do najlepszych w tym zawodzie. Ten zaś, który po prostu powiedział, że jest on kucharzem, wypełni – jak się uważa – swoje zobowiązanie, nawet gdyby świadczył przeciętnego kucharza”⁵².

Podział na kucharza doskonałego czy przeciętnego to często sprawa bardzo subiektywna. Także i słaby kucharz może mieć bardzo wysoką samoocenę i uważać się za bardzo dobrego. Konkretny owoc pracy danego kucharza jednemu może przypadać do gustu, a drugiemu nie. Wielu kucharzy uważa, że byłoby bardzo dobrymi kucharzami, gdyby mieli odpowiednie składniki do gotowania. Widać to choćby w komedii *Pseudolus* (*Krętaacz*) Plauta, choć zdaniem L. Winniczuk ten kucharz uciekał się przede wszystkim do autoreklamy⁵³. Różne źródła pozajurystyczne wspominają postać *cocus optimus*. Przykładowo w *CIL IX,3938* czytamy o Marcjusie Faustusie, który był wyzwolencem, *cocus optimus, dendroforus Albensis i sevir Augustalis*, czyli członkiem kolegium kapłańskiego dla kultu Augusta⁵⁴. W *Satyrykonie* Petroniusza 70 kucharz został określony jako *ingeniosus*, czyli taki, który byłby utalentowany, pomysłowy, sprytny, dowcipny czy

⁵¹ B. Pottier, *Contrôle et mobilisation des vagabonds et des mendiants dans l'Empire romain au IV^e et au début du V^e siècle* [w:] *Le monde de l'itinérance en Méditerranée de l'antiquité à l'époque moderne. Procédures de contrôle et d'identification*, red. C. Moatti, W. Kaiser, Ch. Pébarthe, Table-rondes Madrid 2004, Istanbul 2005 (Ausonius Éditions, Études, 22.), Pessac 2009, s. 203–240.

⁵² Tłum. zespół pod red. T. Palmirskiego.

⁵³ L. Winniczuk, *Ludzie i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 2008, s. 321.

⁵⁴ M. Buonocore, *Monumenti funerari romani con decorazione ad Alba Fucens* [w:] *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, vol. 94, no. 2, 1982, s. 724, przyp. 24.

odpowiedni. *Cocus optimus* może odnosić się do mistrza sztuki kulinarnej, kogoś, kto w zespole wielu kucharzy zajmuje pierwsze miejsce czy należy po prostu do najlepszych w zawodzie. Kucharz przeciętny to *simpliciter cocus*, innymi słowy – każdy, który nie zasłużył sobie na miano najlepszego. F. Pulitanò pisze, że określenie *mediocris* zawiera się w terminie *simpliciter*⁵⁵.

Informacja o podziale kucharzy na doskonałych i przeciętnych w *Digestach justyniańskich* pojawia się w księdze 21 tytule 1 poświęconym edyktowi edylów kurulnych i o skardze o rozwiązanie kontraktu kupna-sprzedaży oraz o skardze o obniżenie ceny z powodu wad fizycznych sprzedanej rzeczy. Praktyczne umiejętności i talenty, czyli pewne cechy mentalne, oprócz tych fizycznych, rzutowały na cenę niewolnika⁵⁶. W edyktie *De mancipiis vendundis* (D. 21,1,1) określone zostały zasady odpowiedzialności sprzedawcy za wady towaru. Faktycznie początkowo odpowiedzialność ta dotyczyła przede wszystkim wad fizycznych (*vitia corporis*), później różnych defektów psychicznych (*vitia animi*) niewolnika, jak np. skłonność do zbiegostwa, włóczęgostwo czy popełnienie deliktu związanego z odpowiedzialnością noksalną jego właściciela. Kwestia sprzedaży niewolnika kucharza wpisuje się w szerszy dyskurs o wpływie defektów fizycznych i psychicznych na *actio redhibitoria* i *actio quanti minoris* i o to, kiedy stosowano *actio empti*. Ponieważ *actio redhibitoria* i *quanti minoris* utraciły na znaczeniu wraz z zanikiem jurysdykcji edylów kurulnych⁵⁷. Vivianus uważał, że zapewnienie sprzedającego bardziej (*magis*) dotyczyło zdrowia fizycznego niż braku wad umysłu (D. 21,1,1.9). Dopuszczał jednak w sytuacjach *vitium animi* skargę z tytułu kupna (D. 21,1,1.10).

W świetle analizowanej wypowiedzi Gaiusa (D. 21,1,18,1) odnoszącej się do skargi o rozwiązanie umowy (*actio redhibitoria*) i skargi o oszacowanie, czyli obniżenie ceny (*actio quanti minoris*), i do sprzedaży niewolnika będącego kucharzem widzimy, że był czas, gdy można było te skargi zastosować wtedy, gdy sprzedawca deklarował, że niewolnik jest kucharzem doskonałym, a to nie odpowiadało rzeczywistości. E. Chevreau uważa, że z technicznego punktu widzenia nie wystarczyło tu jednak jednostronne przyrzeczenie (*pollicitatio*) czy obiet-

⁵⁵ F. Pulitanò, *Lo schiavo artifex: nomen e professione nell'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni testamentarie a titolo particolare* [w:] *Scritti per Alessandro Corbino* 6, a cura di Isabella Piro, Tricase 2016, s. 103.

⁵⁶ J. Rominkiewicz, *Odpowiedzialność stron umowy kupna-sprzedaży z tytułu vitia animi* [w:] *Zgromadzenia stanowe i organy przedstawicielskie w dziejach. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Marianowi Józefowi Ptakowi*, red. J. Koredczuk, P. Wiązek, Wrocław 2020, s. 369; K. Chodań, *Sprzedaż niewolników w świetle edyktu De mancipiis vendundis*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” no. 3063, „Prawo. Studia Historycznoprawne” 2008, t. CCCV, s. 26.

⁵⁷ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2014, s. 510. Obowiązki edylów zredukowane już w czasach Oktawiana Augusta, obecne jeszcze były w czasach Aleksandra Sewera. Urząd edyla został definitywnie zniesiony po reformie administracyjnej Dioklecjana. Zob. R. Kamińska, *Sprawowanie urzędów edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i pryncypacie rzymskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. LXV, nr 2, s. 175–176.

nica, ale trzeba było udzielenia gwarancji w formie stypulacji⁵⁸. Natomiast nie można było zastosować powyższych skarg, gdy sprzedawca deklarował, że sprzedaje kucharza, ponieważ wtedy od kucharza nie wymagano nadzwyczajnych umiejętności i mógł on być tylko przeciętnym kucharzem. Skarga o rozwiązanie umowy pozwalała w ciągu 6 miesięcy na odzyskanie zapłaconej ceny za zwrotem towaru, natomiast skarga o obniżenie ceny była możliwa w terminie 12 miesięcy (D. 21,1,19,6; D. 21,1,38 pr.)⁵⁹.

W księdze pierwszej *Komentarza do edyktu edylów kurulnych* Ulpiana (D. 21,1,4,3) czytamy, że odpowiedzialność za defekt psychiczny sprzedawca ponosi jedynie wtedy, gdy zapewniał, że on nie występuje, a w D. 21,1,4,4, podobnie, że „jeżeli jedyną wadą «sprzedanego niewolnika» jest wada «jego umysłu», umowa nie może być rozwiązana, chyba że oświadczono, że nie ma danej wady, a w «w rzeczywistości» wystąpiła ona. Można jednak wnieść skargę z tytułu kupna w przypadku, gdy sprzedawca świadomie zataił wadę umysłu”. Sprzedawca nie ponosił odpowiedzialności, gdy sprzedając niewolnika, stosował zwykłe zachwalanie, mówiąc, że ten jest rzetelny i uczciwy (D. 21,1,19).

Juryści spierali się w starożytności, czy dany rodzaj ślepoty, brak zęba, bycie eunuchem itp., czyli defekty fizyczne, pozwalają na zastosowanie *redhibitio*⁶⁰. Podobnie musiało być w praktycznym badaniu i dochodzeniu tego, czy kucharz był *optimus*, czy *mediocris*. W D. 21,1,18,1 szło o zmniejszenie ryzyka kupującego, który często nie umiał ocenić w chwili zawierania transakcji, czy niewolnik jest kucharzem doskonałym, czy przeciętnym.

Postać kucharza w *Digestach justyniańskich* pojawia się kilka razy w kontekście zapisów (D. 32,65,1–2; D. 32,99,4; D. 35,1,17,1; D. 50,16,203). Przykładowo w D. 35,1,17,1 fakt bycia kucharzem jawi się jako mało istotny, gdy testator miał niewolnika i chciał go zapisać w legacie, przy czym określił go słowami „kucharz Stichus”, myląc jego obowiązki. Wątpliwość powstająca dotyczyła tego, czy taki legat powinien być traktowany jako ważny, czy nieważny. W tym konflikcie między *verba* a *voluntas* Gaius prezentował stanowisko, że taki niewolnik będzie należał do zapisobiercy, czyli że legat jest ważny, pod warunkiem że testator faktycznie miał tego niewolnika na myśli. Z jednej strony mogłoby

⁵⁸ E. Chevreau, *L'édit des édiles curules: un droit des marchés avant la lettre?* [w:] *Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques*. Textes réunis par Laurent Capdetrey et Claire Hasenohr (= *Scripta Antiqua* 44), Bordeaux–Pessac 2012, s. 228.

⁵⁹ D. 21,1,19,6 (Ulpianus w księdze pierwszej *Komentarza do edyktu edylów kurulnych*): „Termin do wystąpienia ze skargą o rozwiązanie umowy biegnie od dnia sprzedaży, albo – jeśli coś oświadczono lub przyrzeczono «w sprawie własności lub braku wad» – od tego dnia, w którym sprzedawca złożył jakieś oświadczenie lub przyrzeczenie”.

⁶⁰ A. Tarwacka, *Czym się różni choroba od przypadłości; a także jakie znaczenie miały te słowa w edyktie edylów; oraz czy eunuch i bezpłodna kobieta podlegają zwrotowi; różne opinie na ten temat – Aulus Gellius, 'Noce attyckie' 4,2. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, „Zeszyty Prawnicze” 2013, t. XIII, nr 1, s. 225–233.

się wydawać, że mamy tu przykład deprecjacji zawodu kucharza, jednak z drugiej juryści, prezentując różne kazusy, chcieli je obrazować i odnosić do codziennych sytuacji i konkretnych ludzi. Kucharz był kimś, z kim pewnie często mieli do czynienia w życiu codziennym.

Źródła juretyczne powyżej przeze mnie przytoczone świadczą, że u starożytnych Rzymian doszło do wypracowania regulacji prawnych poświęconych kucharzom. Choć nie były one liczne, to jednak są niewątpliwe. Kucharze ponosili odpowiedzialność deliktową, kontraktową czy karną na zasadach ogólnych funkcjonującego w Rzymie porządku prawnego.

Podsumowanie

Seneka Młodszy w liście 95 do Lucyliusza⁶¹ ubolewał, że rzymska młodzież zamiast w szkołach retorów i filozofów tłoczy się w kuchniach wokół kuchennych palenisk w domach różnych utracjuszy. To zapewne tylko topos literacki ukazujący jednak, że w zderzeniu wiedzy i jedzenia wiele razy, zgodnie z hierarchią potrzeb opisaną przez A. Masłowa, u starożytnych Rzymian potrzeby bardziej podstawowe dominowały nad tymi wyższymi. W zderzeniu tych wszystkich nauk zaliczanych w antyku do *artes liberales*, czyli nauk godnych ludzi wolnych, ze sztuką kulinarną, która może być dla niektórych czymś bardzo twórczym, jednak na ogół jest raczej czymś pospolitym, ponieważ wymagającym ciężkiej pracy fizycznej, nieraz wygrywała i wygrywa *ars culinaria*.

W życiu codziennym rola kucharza jest bardzo duża, niezależnie, czy posiłek przyrządzamy sami, czy przyrządza go matka, czy zawodowy kucharz/kucharka. Starożytni Rzymianie nie przekazali nam formalnoprawnej definicji zawodu kucharza. Dzieli się kucharzy na tych domowych i zawodowych. Gotowaniem zajmowali się przedstawiciele wszystkich grup społecznych. Jednak to, co dla niektórych mogło być sporadyczną przyjemnością, to obowiązkiem wiodącym było przede wszystkim dla niewolników i wyzwolenców. W świetle zachowanych źródeł widzimy, że niektórzy kucharze mogli być wolno urodzeni, jak Lucius Latrius czy Gaius Salvena. Tymczasem Marcjus Faustus wyzwoleniec był członkiem w kolegium sześciu mężów kultu Augusta, co świadczy o jego odpowiednio zamożnym stylu życia.

Obraz kucharza, jaki rysuje się na podstawie zachowanych źródeł literackich czy epigraficznych, jak i prawnych, jest bardzo zróżnicowany. Czasami zawód ten był u Rzymian deprecjonowany, kiedy indziej rodził emocjonalne reakcje, gdyby dać wiarę informacji, że za dobrze przyrządzoną strawę można było otrzymać dom w prezencie, jak to Plutarch napisał o goście Marka Antoniusza. Pisarze czasami

⁶¹ *Lucius Annaeus Seneca, Listy moralne do Lucyliusza*, tłum. W. Kornatowski, wstępem i przypisami opatrzył K. Leśniak, Warszawa 1961, s. 488.

posługiwali się stereotypami w prezentacji zawodu, porównując kucharza ze złodziejami czy trucicielami. Jednak skoro kucharzami było wielu wyzwolenców, to oznacza, że ich ciężka praca spotykała się częściej z wdzięcznością, a iluś kucharzy odznaczało się rzetelnością i uczciwością. Rzymski *cocus* zapewne był czasami pogardzany, a kiedy indziej szanowany. Jednak odbiór społeczny zawodu kucharza był daleki od tego, jak np. był odbierany zawód lekarza. Wiedza kulinarna przez wieki zapewne była przekazywana metodą „z matki na córkę” czy „z mistrza na ucznia”. Cele kolegów kucharskich były przede wszystkim ludyczne czy religijne. Oczywiście pomagając zorganizować ucztę, ludzie bardziej kompetentni mogli uczyć w praktyce nowych rozwiązań tych, którzy chcieli tę wiedzę posiadać⁶². W dziełach Katona, Warrona, Kollumelli czy Apicjusza odnajdujemy szereg przepisów kulinarnych. Ten ostatni, urodzony ok. 25 r. p.n.e., miał wynaleźć nowy sposób przyrządzania wątróbki gęsiej. Po ojcu odziedziczył olbrzymi majątek, który następnie uległ umniejszeniu. Na ogół kucharze nie piastowali ważnych urzędów społecznych. Zotikus usługiwał w sypialni Heliogabala i był niewątpliwie kimś bardzo wpływowym. Timagenes po wyzwoleniu zajął się nauczaniem. Nie wypracowano wielu regulacji prawnych odnośnie do zawodu kucharza, jednak te, które wystąpiły – jak np. CTh. 7,13,8 i D. 21,1,18,1 – są bardzo ciekawe. Tak jak niewolnik będący kucharzem mógł doświadczać nadziei, że spotka go nagroda i któregoś dnia zostanie wyzwolony, tak każdy *cocus mediocris* mógł marzyć o tym, że któregoś dnia stanie się *cocus optimus*.

Bibliografia

Teksty źródłowe

Banquet des savans, par *Athénée*, traduit, tant sur les textes imprimés, que sur plusieurs manuscrits, par M. Lefebvre de Villebrune, t. I, Paris 1789.

Banquet des savans, par *Athénée*, traduit, tant sur les textes imprimés, que sur plusieurs manuscrits, par M. Lefebvre de Villebrune, t. V, Paris 1791.

C. Plini Secundi Naturalis historiae libri XXXVII recognovit atque indicibus instruxit Ludovicus Ianus, vol. III. Libb. XVI–XXII, Lipsiae 1857.

Caii Plinii Secundi Historia naturalis ex recensione I. Harduini et recentiorum adnotationibus, t. IV, Augustae Taurinorum 1831.

Codex Theodosianus, red. T. Mommsen, P.M. Meyer, Berlin 1962.

⁶² „Dimitri Tilloi d’Ambrosi interpretując Satyrę XI Juwenalisa dopatruje się w niej argumentu świadczącego o jakiejś formie edukacji kucharzy w Rzymie w dzielnicy Suburra. Juwenalis (ok. 60 – ok. 130) w tej pogadance przeciwstawia uczenie bogacza zwykle przyjęcie. Satyryk skarży się na niewykwalfikowanego kucharza przy równoczesnym zachwalaniu uczniów, którzy zaznają się ze sztuką krojenia mięsa. W świetle tej relacji trudno szerzej wypowiedzieć się o zaawansowaniu takiej edukacji”. D. Tilloi d’Ambrosi, *Le cuisinier dans le monde romain: un acteur au service de l’hospitalité symposiaque* [w:] *Hospitalités dans l’Antiquité méditerranéenne: sources, enjeux, pratiques, discours*, Lyon 2016, <https://hospitam.hypotheses.org/527> (24.03.2021).

- Corpus Inscriptionum Latinarum consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae editum*, vol. 6, pars II, editio altera, Berolini 1882.
- Corpus Inscriptionum Latinarum consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae editum*, vol. 1, pars II, editio altera, Berolini 1918.
- Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie*, t. IV: *Księgi 20–27*, tekst i tłum. zespół pod red. T. Palmirskiego, Kraków 2014.
- Gajus Swetoniusz Trankwillus, *Żywoty cesarów*, tłum., wstępem i komentarzem opatrzyła J. Niemirska-Pliszczyńska, przedmowę napisał J. Wolski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987.
- Gargiliusz, *Lekarstwa z warzyw i owoców*, tłum., wstępem i przypisami opatrzyła T. Krynicka, Wrocław 2016.
- Herodian, *Historia Cesarstwa Rzymskiego*, tłum. i komentarzem opatrzył L. Piotrowicz, wstępem poprzedził J. Wolski, Wrocław 2004.
- Historycy cesarstwa rzymskiego. Żywoty cesarzy od Hadriana do Numeriana*, tłum., przedmową, przypisami i skorowidzem opatrzyła H. Szelest, Warszawa 1966.
- Lucius Annaeus Seneca, *Listy moralne do Lucylusza*, tłum. W. Kornatowski, wstępem i przypisami opatrzył K. Leśniak, Warszawa 1961.
- Marek Porcjusz Katon, *O gospodarstwie rolnym*, z języka łacińskiego tłum., wstępem i komentarzem opatrzył I. Mikołajczyk, Toruń 2009.
- Marek Terencjusz Warron, *O gospodarstwie rolnym*, z języka łacińskiego tłum., wstępem i komentarzem opatrzył I. Mikołajczyk, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991.
- M. Porcii Catonis quae supersunt opera. *Opere di M. Porcio Catone, con traduzione e note. Frammenti delle opere perdute di M. Porcio Catone accresciuti, tradotti ed illustrati con note dal prof. Ab. Giovanni Berengo*, Venezia 1846.
- Plutarch's Lives with an English Translation by Bernadotte Perrin*. Cambridge, IX, Demetrius and Antony, Pyrrhus and Caius Marius, London–Cambridge–Massachusetts 1959.
- Sex. Pompei Festi et Mar. Verrii Flacci De Verborum Significatione Lib. XX*. Notis et emendationibus illustravit Andreas Dacerivus iussu christianissimi regis in usum serenissimi Delphini, Lutetiae Parisiorum 1681.
- T. Maccius Plautus, *Komedje*, t. I, tłum., wstępem, streszczeniami opatrzył G. Przychocki, Kraków 1931.
- T. Maccius Plautus, *Komedje*, t. II, tłum., wstępem, streszczeniami opatrzył G. Przychocki, Kraków 1934.
- Thesaurus Linguae Latinae, editus auctoritate et consilio academiarum quinque Germanicarum: Berolinensis, Gottingensis, Lipsiensis, Monacensis, Vindobonensis*, vol. 4: *Con – Cyulus*, Lipsiae 1906–1909.

Opracowania

- Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques. Textes réunis par Laurent Capdetrey et Claire Hasenohr* (=Scripta Antiqua 44), Bordeaux 2012.
- Badel C., *Le cuisinier romain: ars ou ministerium?*, „Food and History” 2017, vol. 15, no. 1–2.
- Brandt E., *Untersuchungen zum römischen Kochbuch*, „Philologus” 1927, vol. 19, no. 3.
- Buonocore M., *Monumenti funerari romani con decorazione ad Alba Fucens* [w:] *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, vol. 94, no. 2, 1982.
- Caldelli M.L., *Un atleta dimenticato e gli amori di Elagabalo. Nota su un mosaico di Puteoli* [w:] *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, vol. 120, no. 2, 2008.
- Chevreau E., *L'édit des édiles curules: un droit des marchés avant la lettre?* [w:] *Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques. Textes réunis par Laurent Capdetrey et Claire Hasenohr* (=Scripta Antiqua 44), Bordeaux–Pessac 2012.
- Chodań K., *Sprzedaż niewolników w świetle edyktu De mancipiis vendundis*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” no. 3063, „Prawo. Studia Historycznoprawne” 2008, t. CCCV.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérrier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2014.

- De Chesnel P.F.A., *Dictionnaire des armées de terre et de mer. Encyclopédie militaire et maritime*, partie II: G–Z, Paris 1863–1864.
- Der Kleine Pauly. *Lexikon der Antike*, red. K. Ziegler, W. Sontheimer, H. Gärtner, Band 5, München 1979.
- Ernout A., *Recueil de textes latins archaïques*, Paris, 1957.
- Frangoulidis Stavros A., *Food and Poetics in Plautus, Captivi*, „L’Antiquité classique” 1996, vol. 65.
- Fronto M. Cornelius, Niebuhr B. Georg, Symmachus Q. Aurelius, *M. Cornelii Frontonis Reliquiae ab Angelo Maio primum editae*, Berolini 1816.
- Harcum Cornelia Gaskins, *Roman Cooks*, Baltimore 1914.
- Jarych A.J., *Ornamenta urbis et publica magnificentia. Wykorzystanie zdobytych dzieł sztuki w przestrzeni republikańskiego Rzymu w okresie od IV do I wieku p.n.e. Praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. Ilony Skupińskiej-Løvset*, Łódź 2017.
- Kamińska R., *Sprawowanie urzędów edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i pryncypacie rzymskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. LXV, nr 2.
- Kokoszko M., Jagusiak K., *Warzywa w kuchni i dietetyce późnego antyku oraz wczesnego Bizancjum (IV–VII w.). Perspektywa konstantynopolińska*, „Piotrkowskie Zeszyty Historyczne” 2011, t. XII, nr 1.
- Landini F., *Per la cronologia di Vegezio*, Università Cattolica del Sacro Cuore. Sede Di Milano. Facoltà di Lettere e Filosofia. Corso di laurea in lettere, Tesi di laurea triennale, 2018–2019, file:///C:/Users/User_1/Downloads/Per_La_Cronologia_Di_Vegezio%20(1).pdf.
- Le Guennec M.A., *Être cuisinier dans l’occident romain antique. Identités socio-juridiques et statuts de travail*, „Archeologia Classica” 2019, no. 70.
- Linderski J., *Państwo a kolegia. Ze studiów nad historią rzymskich stowarzyszeń u schyłku republiki*, Kraków 1961.
- Lowe J.C.B., *Cooks in Plautus*, „Classical Antiquity” 1985, vol. 4.
- Mikołajczyk I., *Rzymska literatura agronomiczna*, Toruń 2004.
- Neri V., *Tra schiavi e liberi: aspetti della mobilità sociale tardoantica*, „Koinonia” 2012, vol. 36.
- Pottier B., *Contrôle et mobilisation des vagabonds et des mendiants dans l’Empire romain au IV^e et au début du V^e siècle [w:] Le monde de l’itinérance en Méditerranée de l’antiquité à l’époque moderne. Procédures de contrôle et d’identification*, red. C. Moatti, W. Kaiser, Ch. Pébarthe, Table-rondes Madrid 2004, Istanbul 2005 (Ausonius Éditions, Études, 22.), Pessac 2009.
- Pulitano F., *Lo schiavo artifex: nomen e professione nell’interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni testamentarie a titolo particolare [w:] Scritti per Alessandro Corbino 6*, a cura di Isabella Piro, Tricase 2016.
- Ritual Dynamics and Religious Change in the Roman Empire: Proceedings of the Eighth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Heidelberg, July 5–7, 2007), red. O. Hekster, S. Schmidt-Hofner, Christian Witschel, London–Boston 2009.
- Rominkiewicz J., *Odpowiedzialność stron umowy kupna-sprzedaży z tytułu vitia animi [w:] Zgromadzenia stanowe i organy przedstawicielskie w dziejach. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Marianowi Józefowi Ptakowi*, red. J. Koredczuk, P. Wiązek, Wrocław 2020.
- Słownik łacińsko-polski*, t. I: A–C, red. M. Plezia, Warszawa 1998.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.
- Świętoń A., *Przymus służby wojskowej w późnym cesarstwie rzymskim*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7.
- Tadajczyk K., *Status społeczno-prawny i odpowiedzialność lekarza w prawie rzymskim*, Łódź 2014.
- Tarwacka A., *Czym się różni choroba od przypadłości; a także jakie znaczenie miały te słowa w edykcjach edylów; oraz czy eunuch i bezpłodna kobieta podlegają zwrotowi; różne opinie na ten temat – Aulus Gellius, ‘Noce attyckie’ 4,2. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, „Zeszyty Prawnicze” 2013, t. XIII, nr 1.
- Théâtre complet des latins. Fragments des tragiques et des comiques latins*, par J.B. LeVée, vol. 15, Paris 1823.

- Tilloy d'Ambrosi Dimitri, *Le cuisinier dans le monde romain: un acteur au service de l'hospitalité symposiaque* [w:] *Hospitalités dans l'Antiquité méditerranéenne: sources, enjeux, pratiques, discours*, Lyon 2016, <https://hospitam.hypotheses.org/527>.
- Tran N., *Les membres des associations romaines. Le rang social des collegiati en Italie et en Gaules sous le Haut-Empire romain*, Rome 2006.
- Wachter R., *Altlateinische Inschriften. Sprachliche und epigraphische Untersuchung zu den Dokumenten bis etwa 150 v. Chr.*, Bern [u.a.] 1987.
- Winniczuk L., *Ludzie i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 2008.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie statusu społecznego i prawnego kucharza w starożytnym Rzymie, zwłaszcza w okresie republiki i cesarstwa. Autor szuka w nim odpowiedzi na następujące pytania: Jaki obraz kucharza rysuje się w świetle zachowanych źródeł pozaprawnych i prawnych? Czy *cocus* był kimś szanowanym czy pogardzanym? W jakich celach zrzeszał się z innymi kucharzami? Kim był *cocus optimus*, a kim *cocus mediocris* i jak to rzutowało, jeśli był równocześnie niewolnikiem, na odpowiedzialność sprzedawcy? Obraz kucharza, jaki rysuje się na podstawie zachowanych źródeł literackich, epigraficznych i prawnych, jest bardzo zróżnicowany. Czasami zawód ten był u Rzymian deprecjonowany, kiedy indziej rodził bardzo pozytywne reakcje. Artykuł składa się z dwóch części. Pierwsza w oparciu o źródła pozaprawne: literackie czy epigraficzne prezentuje socjologiczny portret kucharza. Druga poddaje analizie wybrane aspekty prawne tego zawodu w oparciu przede wszystkim o zachowane źródła jurydyczne, zwłaszcza CTh. 7,13,8 i D. 21,1,18,1.

Słowa kluczowe: kucharz rzymski, kucharz doskonały i przeciętny, kucharz domowy i zawodowy, kolegium kucharzy (*collegium cocorum*)

SOCIAL-LEGAL STATUS OF COOK IN THE ROMAN REPUBLIC AND EMPIRE

Summary

This paper is aimed at introducing the social and legal status of the cook in the ancient Rome, especially in the period of the republic and empire. The author seeks in it for the answers to the following questions. What image is drawn in the light of the preserved extralegal and legal sources? Was *cocus* someone respected or despised? For what purposes did he associate with other cooks? Who *cocus optimus* was and who *cocus mediocris* was and how did it affect, if he was a slave at the same time, the responsibility of the seller? The image of a cook, which is drawn on grounds of preserved literary, epigraphic as well as legal sources is very diversified. Sometimes this profession was depreciated at Romans', some other time generated very positive reactions. This article consists of two parts. The first one basing on extralegal sources: literary or epigraphic, presents the sociological portrait of a cook. The second one analyses the selected legal aspects of this profession basing on, most of all, the preserved juridical sources especially CTh. 7,13,8 and D. 21,1,18,1.

Keywords: Roman cook, perfect and ordinary cook, home and professional cook, association of cooks (*collegium cocorum*)

Justyna Skwirowska

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-0701-2202

SCHEMATY PODATKOWE A TAJEMNICA ZAWODOWA WYBRANYCH ZAWODÓW ZAUFANIA PUBLICZNEGO

Wprowadzenie

W 2019 r. do Ordynacji podatkowej zostały wprowadzone rozbudowane przepisy normujące instytucje schematów podatkowych oraz obowiązek ich raportowania. Wpisują się one w trend ustanawiania coraz to nowszych instytucji, których celem jest walka z unikaniem opodatkowania. Od początku ich obowiązywania budzą one bardzo liczne kontrowersje. Zarzuca się polskiej implementacji dyrektywy Rady 2018/822 (dalej: dyrektywa), która wprowadza obowiązek raportowania schematów podatkowych, m.in. bardzo duży stopień skomplikowania oraz nadmierny pośpiech w jej wprowadzaniu. Najważniejszy jednak zarzut dotyczy ograniczenia tajemnicy zawodowej, do której z innych ustaw są zobowiązani przedstawiciele wielu zawodów zaufania publicznego, w tym doradcy podatkowi, adwokaci i radcy prawni. Podaje się także w wątpliwość ich konstytucyjność.

Polskie przepisy są dużo bardziej rygorystyczne niż przepisy dyrektywy, ustanawiają obowiązek raportowania większej liczby schematów podatkowych, niż wynika to z przepisów unijnych, oraz przewidują obowiązek raportowania schematów nawet w kolizji z tajemnicą zawodową. Dyrektywa z samej swej natury wiąże państwa członkowskie jedynie co do celu, którym jest „poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego”. Mogą one zastosować wedle swojego uznania odpowiednie środki, które spowodują osiągnięcie tego celu, jednak ich wybór nie może być dowolny. Wybór ten jest ograniczony chociażby poprzez normy prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Zgodnie z nimi na państwa członkowskie jest nałożone dużo zakazów, chociażby zakaz stosowania środków naruszających wolność gospodarczą¹ czy wolną konkurencję przedsiębiorców².

Konieczność analizy tych przepisów wynika z kilku kwestii. Po pierwsze, są to nowe przepisy, które chociażby z tego powodu nie są jeszcze szeroko skomen-

¹ Art. 49, 50 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE 2016 C 202).

² Art. 32, 101 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2016 C 202).

towane oraz zanalizowane przez doktrynę oraz orzecznictwo. Co więcej, w czasie konsultacji społecznych zostały wyrażone negatywne opinie na temat polskiej implementacji dyrektywy zarówno przez samorząd doradców podatkowych, radców prawnych, jak i adwokatów, dlatego to ich wprowadzenie budzi wiele kontrowersji. Ograniczają one, jak już było powyżej wskazane, instytucję tajemnicy zawodowej, co może negatywnie wpłynąć na rynek usług prawnych.

Niniejszy artykuł ma na celu ukazanie, iż ograniczenie tajemnicy zawodowej profesjonalnych pełnomocników na podstawie przepisów normujących schematy podatkowe może zmniejszyć popyt na profesjonalne usługi prawne, co będzie efektem mniejszego zaufania ze strony klientów do profesjonalnych pełnomocników. Kolejnym celem jest pokazanie, iż wątpliwości co do zgodności z konstytucją tych norm mogą być uzasadnione.

Na wstępie można postawić hipotezę, zgodnie z którą polskie przepisy normujące instytucję schematu podatkowego w znacznym stopniu ograniczą tajemnicę zawodową profesjonalnych pełnomocników, przez co postulat zaufania publicznego do tych zawodów nie zostanie spełniony, co z kolei może wpłynąć na faktyczny spadek popytu na usługi doradztwa podatkowego.

Tajemnica zawodowa zawodów prawniczych

Doradcy podatkowi, adwokaci, radcy prawni to zawody zaufania publicznego³. Mają one swoje umocowanie konstytucyjne w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Normuje on prawo do tworzenia samorządów zawodowych.

Na początku należy wskazać na cechy, jakie są charakterystyczne dla tej grupy zawodów:

1. Osoby wykonujące tego typu zawody mają dostęp do informacji osobistych członków społeczeństwa. Z tego powodu powinny być darzone przez społeczeństwo zaufaniem. W innym przypadku przekazywanie tych informacji, które bardzo często są niezbędne do prowadzenia spraw klientów, może być utrudnione, ponieważ klient może mieć obawy przed ich przekazaniem z powodu zbyt małego zaufania do doradcy podatkowego czy adwokata. Normy prawne powinny potwierdzać oraz instytucjonalizować zaufanie do tych zawodów⁴.
2. Dostęp do tych zawodów jest w pewnym stopniu ograniczony. Osoby chcące wykonywać zawód zaufania publicznego muszą spełnić określone przesłanki, które będą w przyszłości świadczyły o wysokiej jakości wykonywanych przez nie usług. W przypadku profesjonalnych pełnomocników można tu wskazać na

³ Te zawody zostały wskazane, ponieważ to ich przedstawiciele będą w praktyce najczęściej promotorami w rozumieniu przepisów o schematach podatkowych.

⁴ Orzeczenie TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05; B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1997, s. 32.

choćby konieczność odbycia aplikacji. Muszą one także stale podnosić swoje kwalifikacje. Co więcej, przedstawiciele tych zawodów muszą posiadać nie tylko wysoką wiedzę merytoryczną, ale również wysokie standardy moralne. W przypadku pełnomocników profesjonalnych wymaga się posiadania tzw. nieskazitelnego charakteru. Powyższe wymogi są nakładane przez ustawodawcę zwykłego, a nie konstytucyjnego, jednak są one ściśle powiązane z koniecznością zapewnienia w społeczeństwie powszechnego zaufania do tych grup zawodowych⁵.

3. Podejmują oni ważne z punktu widzenia społeczności czynności zawodowe⁶.
4. Powyższe cechy zostały uznane przez doktrynę oraz orzecznictwo za konieczne do wystąpienia w przypadku tych zawodów, ponieważ wpływają one na zaufanie społeczne. Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie przesądził, iż powinno być ono realnym zjawiskiem, a nie tylko postulowanym ideałem⁷. Choćby z tego powodu moim zdaniem wszystkie z nich można uznać za mające swoje podstawy konstytucyjne, ponieważ bez ich wystąpienia może nie być spełniona konieczność występowania w społeczeństwie tego powszechnego zaufania, które jest już w Konstytucji *expressis verbis* wskazane.

Dla prawidłowego wykonywania tych zawodów niezmiernie ważna jest tajemnica zawodowa. Wpływa ona również w znacznym stopniu na postulowane zaufanie społeczne do nich, ponieważ klient powierzający swoje nieraz poufne, osobiste sprawy powinien mieć pełne przekonanie, że są one objęte tajemnicą i nie będą nigdy wykorzystane na jego niekorzyść⁸. Co więcej, istnienie tej tajemnicy jest ściśle powiązane także z art. 2 Konstytucji RP ustanawiającym zasadę demokratycznego państwa prawa. Omawiana tajemnica jest konieczna do poprawnego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, a konkretnie – prawa do obrony⁹. W orzecznictwie wskazuje się, iż jest ona pewnym kompromisem pomiędzy dobrem wymiaru sprawiedliwości a dobrem klienta, jednak nie można *a priori* zakładać, iż to drugie dobro jest w tym przypadku ważniejsze. Trzeba mieć również na względzie wartości konstytucyjne¹⁰.

Zagadnienie to jest szczegółowo unormowane w ustawach korporacyjnych oraz kodeksach etyki zawodowej¹¹. Za przykład może posłużyć ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym¹². Zgodnie z nią „doradca podatkowy jest obo-

⁵ P. Sarnecki, *W sprawie znaczenia pojęcia „zawód zaufania publicznego” z art. 17 Konstytucji*, „Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” 1998, nr 5, s. 61.

⁶ M. Szydło, komentarz do art. 1–86 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis.

⁷ Orzeczenie TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02.

⁸ *Ibidem*.

⁹ W tej kwestii wskazuje się, iż tajemnica zawodowa może mieć umocowanie konstytucyjne w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Por. orzeczenie TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03.

¹⁰ Orzeczenie TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03.

¹¹ Ze względu na ograniczenia objętościowe w niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione rozwiązania prawne z ustaw korporacyjnych.

¹² Wybór tej ustawy nie jest przypadkowy, ponieważ to właśnie doradcy podatkowi w praktyce najczęściej będą mieli do czynienia ze schematami podatkowymi, które są w centrum zainteresowania niniejszego artykułu.

wiązany zachować w tajemnicy fakty i informacje, z którymi zapoznał się w związku z wykonywaniem zawodu”¹³. Według ust. 2 „doradca podatkowy nie może być przesłuchiwany jako świadek co do faktów i informacji, na które rozciąga się obowiązek, o którym mowa w ust. 1, chyba że został zwolniony od tego obowiązku w trybie określonym odrębnymi ustawami”¹⁴.

Naruszenie tajemnicy zawodowej może rodzić odpowiedzialność na trzech płaszczyznach: dyscyplinarnej, prywatnoprawnej oraz karnej. Na gruncie dyscyplinarnym w tej kwestii orzeka sąd dyscyplinarny. Najcięższą sankcją może być nawet wydalenie z samorządu¹⁵.

Odpowiedzialność pełnomocnika względem swojego klienta może być zarówno *ex contractu* (w tym przypadku zastosowanie znajdzie art. 471 k.c.) oraz *ex delicto*, kiedy to art. 415 k.c. będzie przepisem właściwym¹⁶. W przypadku naruszenia tajemnicy zawodowej zastosowanie znajdzie drugi z powyżej wskazanych artykułów¹⁷.

Naruszenie tajemnicy zawodowej może także powodować odpowiedzialność karną. Czyn taki wypełnia znamiona występkę z art. 266 k.k., zgodnie z którym sankcja karna grozi za ujawnienie tajemnicy, której obowiązek zachowania wynika z przepisów ustawy albo ze zobowiązania. Zatem w opisywanym przypadku obowiązek będzie wynikał z przepisów ustawy, a konkretnie – ustaw korporacyjnych. Za taki czyn ustawodawca przewidział zagrożenie ustawowe do 2 lat pozbawienia wolności¹⁸.

Ustawy korporacyjne normują również wyłączenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Ukształtowany jest zamknięty katalog przesłanek, które wyłączają zastosowanie powyższych przepisów. Jedną z nich są informacje przekazywanych na podstawie rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej, czyli normującego schematy podatkowe.

Schemat podatkowy oraz obowiązek jego raportowania – wyjaśnienie podstawowych pojęć

Ustawodawca podatkowy nie unormował zarówno pojęcia schematu podatkowego, jak i obowiązku jego raportowania w sposób prosty.

¹³ Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (Dz.U. 2019, poz. 283).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ J. Kurek, *Tajemnice zawodów prawniczych. Tajemnica adwokacka*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 2, s. 167–168.

¹⁶ H. Czerwińska, *Odpowiedzialność cywilna adwokata na tle ubezpieczenia OC – uwagi w świetle wybranych orzeczeń sądowych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1, s. 46–47.

¹⁷ M. Tomkiewicz, *Tajemnica adwokacka. Adwokata kościelnego w prawie polskim. Zakres ochrony i skutki jej naruszenia*, „Studia Prawa Wyznaniowego” 2016, nr 19, s. 198.

¹⁸ S. Hoc, komentarz do art. 266 [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019, Legalis.

Artykuł 86a Ordynacji podatkowej zawiera rozbudowany słowniczek, na którego podstawie możliwe jest ustalenie znaczenia pojęciowego schematu podatkowego oraz tego, w jakich sytuacjach na podatniku będzie ciążył obowiązek jego raportowania.

Na początku należy wyjaśnić pojęcie uzgodnienia, bowiem na nim została stworzona definicja legalna schematu podatkowego. Uzgodnienie ma swoją definicję legalną w art. 86a §1 pkt. 16 Ordynacji podatkowej, zgodnie z którą jest to „czynność lub zespół powiązanych ze sobą czynności, w tym czynność planowana lub zespół czynności planowanych, w których co najmniej jedna strona jest podatnikiem, lub które mają, lub mogą mieć wpływ na powstanie lub niepowstanie obowiązku podatkowego”¹⁹. Zatem jest to pojęcie ujęte w sposób wyjątkowo szeroki. Jednak nie każde uzgodnienie jest od razu schematem podatkowym. Dopiero wystąpienie w nim określonych cech powoduje, iż jest ono takim schematem.

Zgodnie z art. 86a § 1 pkt 10 schematem podatkowym jest uzgodnienie, które:

- a) „spełnia kryterium głównej korzyści oraz posiada ogólną cechę rozpoznawczą,
- b) posiada szczególną cechę rozpoznawczą, lub
- c) posiada inną szczególną cechę rozpoznawczą”²⁰.

Wszystkie te pojęcia posiadają swoje definicje legalne w art. 86a § 1 pkt 12 i 13.

Jednak samo wystąpienie schematu podatkowego też nie powoduje w każdym przypadku powstania obowiązku jego raportowania. Jedynie schematy transgraniczne lub spełniające kryterium kwalifikowanego korzystającego muszą być raportowane. Pojęcie transgraniczności schematu oraz powyższe kryterium także jest dokładnie wyjaśnione przez ustawodawcę w art. 86a § 1 pkt 12.

Sam obowiązek raportowania będzie w pierwszej kolejności ciążył na promotorze, czyli zapewne najczęściej doradcy podatkowym. Zgodnie z Ordynacją podatkową promotor to osoba, która doradza klientom. Podmiot ten musi opracowywać, udostępniać, oferować lub wdrażać uzgodnienie lub zarządzać wdrażaniem uzgodnienia²¹.

Instytucja schematu podatkowego jako instrument prawny mający walczyć z unikaniem opodatkowania

Od 2013 r., w którym OECD opublikowało raport dotyczący erozji bazy podatkowej, w międzynarodowym prawie podatkowym można dostrzec trend normowania coraz to nowszych instrumentów prawnych mających na celu przeciwdziałanie temu zjawisku²². Warto wyjaśnić, dlaczego taki trend jest obecnie wi-

¹⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2017, poz. 723).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² T. Budrewicz, *Raportowanie przez podatnika, w zakresie schematów podatkowych oraz cen transferowych, jako dodatkowy obowiązek podatkowy, a penalizacja jego naruszenia* [w:] *Wpływ zmian w prawie gospodarczym na kondycję gospodarki*, red. B. Sitek, J. Skwirowska, K. Milkowski, Olsztyn 2019, s. 105.

doczny. Zjawisko to ma w zasadzie dwa negatywne skutki. Przede wszystkim, co oczywiste, powoduje zmniejszenie wpływów budżetowych, jednak wpływa także na zakłócenia konkurencji na rynku, ponieważ przedsiębiorstwa stosujące agresywną optymalizację podatkową mogą zaniżyć swoją podstawę opodatkowania, przez co w przeciwieństwie do przedsiębiorców niestosujących takich praktyk uzyskują przewagę finansową, która może chociażby wpłynąć na obniżenie ceny i przejście większej liczby odbiorców²³.

W polskim systemie prawnym występuje już wiele takich instytucji prawnych, chociażby:

- ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania,
- małe klauzule przeciwko unikaniu opodatkowania,
- regulacje dotyczące cen transferowych,
- normy regulujące schematy podatkowe.

Ostatnia z nich, która leży w centrum zainteresowania niniejszej opracowania, została wprowadzona przez prawodawcę unijnego dyrektywą, a następnie implementowana do polskiego systemu prawnego przez polskiego ustawodawcę. Zatem należy zaznaczyć, iż obowiązek raportowania schematów podatkowych jest obecny we wszystkich państwach Unii Europejskiej. Z punktu widzenia niniejszego artykułu wyjątkowo istotną kwestią jest nałożenie obowiązku raportowania schematów podatkowych w pierwszej kolejności na promotorów, czyli najczęściej profesjonalnych pełnomocników. Na innych podmiotach obowiązek ten spoczywa wyłącznie w określonych sytuacjach. Zatem to obowiązek promotorów jest obowiązkiem pierwotnym, a obowiązki innych podmiotów, np. korzystających, są jedynie subsydiarne²⁴.

Warto też zaznaczyć, jakie jest *ratio legis* tych unormowań. Z objaśnień podatkowych Ministra Finansów wynika, iż mają one na celu dostarczenie administracji skarbowej informacji na temat agresywnej optymalizacji podatkowej, które to informacje mogą poprawić jakość polskiej legislacji podatkowej. Mają również za zadanie zniechęcić podatników do unikania opodatkowania. Co więcej, pozwolą one na ukierunkowanie kontroli podatkowej do podmiotów, które taką optymalizację stosują²⁵.

Polskie przepisy o schematach podatkowych budzą obecnie wiele kontrowersji. W doktrynie wskazuje się, że wątpliwości może budzić:

²³ A. Gorgol, *Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie przymusu raportowania schematów podatkowych* [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018, s. 74.

²⁴ M. Kondej, *Wybrane problemy intertemporalne związane ze stosowaniem przepisów o raportowaniu schematów podatkowych (MDR)*, „Praktyka Podatkowa” 2019, nr 2, s. 8; Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych sporządzona na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych w sprawie: zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcę prawnego działającego w charakterze „promotora”, który realizuje obowiązek informacyjny o powstaniu schematu podatkowego u klienta („korzystającego”), Warszawa 2019, s. 3.

²⁵ Objaśnienia podatkowe z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o schematach podatkowych (MDR), s. 5–6; J. Kondratowska-Muszyńska, komentarz do rozdziału 11a [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2019, Legalis.

1. Bardzo szybkie wprowadzenie w życie nowych przepisów (weszły one wprowadzone 1 stycznia 2019 r., podczas gdy zgodnie z dyrektywą państwa członkowskie miały ją implementować do końca 2019 r.). Z tego powodu bardzo krótki był czas konsultacji przed ich wprowadzeniem (wyznaczony był jedynie 14-dniowy termin na zgłoszenie uwag)²⁶.
2. Nałożenie obowiązku raportowania schematów podatkowych, które zostały wprowadzone przed wejściem w życie przepisów, a konkretnie przed 25 czerwca 2018 r. Retroaktywność tych przepisów może budzić wątpliwości konstytucyjne, a w szczególności ich zgodność z art. 2²⁷.
3. Sam sposób implementacji do polskiego systemu prawnego dyrektywy, bowiem polskie przepisy wykraczają w bardzo dużym stopniu poza obowiązki nałożone na uczestników rynku przez prawodawcę unijnego. Takie rozwiązanie może naruszać zasadę proporcjonalności i zasadą wolności prowadzenia działalności gospodarczej²⁸.
4. Nałożenie obowiązku raportowania schematów podatkowych na promotorów, którymi najczęściej są profesjonalni pełnomocnicy, spowoduje znaczne ograniczenie tajemnicy zawodowej takich zawodów, jak: doradca podatkowy, radca prawny czy adwokat. Ta norma prawna może być niezgodna z art. 17 Konstytucji RP. Co więcej, może mieć też negatywny wpływ na realia podatkowe, bowiem prawdopodobne jest, że podatnicy zamiast korzystać z usług profesjonalnych pełnomocników, którzy gwarantują rzetelność swoich usług, zaczną korzystać z pomocy osób niemających odpowiedniej wiedzy związanej z podatkami bądź sami będą próbować dokonywać rozliczeń podatkowych w celu uniknięcia obowiązku raportowania schematu. Spowoduje to wzrost podatkowej szarej strefy, co z kolei doprowadzi do sytuacji, w której rozliczenia podatkowe wielu podmiotów nie będą rzetelne²⁹.

Tajemnica zawodowa a obowiązek raportowania schematów podatkowych

Aby dokonać analizy polskich rozwiązań prawnych dotyczących obowiązku raportowania schematów podatkowych przez profesjonalnych pełnomocników, niezmiennie ważne jest ukazanie również standardów międzynarodowych.

²⁶ J. Kondratowska-Muszyńska, komentarz do rozdziału 11a.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Stanowisko Rady Naukowej przy Krajowej Izbie Doradców Podatkowych dotyczące obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych.

²⁹ Stanowisko Krajowej Rady Doradców Podatkowych w sprawie wprowadzenia obowiązku raportowania schematów podatkowych oraz Stanowisko Rady Naukowej przy Krajowej Izbie Doradców Podatkowych dotyczące obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych oraz Stanowisko Prezydium KRRP w sprawie obowiązku raportowania schematów podatkowych.

Zgodnie z zaleceniami OECD na korzystającym, czyli podatniku, powinien ciążyć pierwotny obowiązek raportowania schematów. Jednak dopuszczane jest także inne rozwiązanie, w którym to na promotorze będzie ciążył ten obowiązek, lecz będzie on mógł zwolnić się z niego na podstawie obowiązywania tajemnicy zawodowej. Organizacja ta postulowała również obciążenie promotora (profesjonalnego pełnomocnika) takimi obowiązkami, jak poinformowanie korzystającego o konieczności zaraportowania schematu oraz zaraportowania wystąpienia schematu bez konkretnych informacji jego dotyczących do organów administracji podatkowej³⁰.

Zaś zgodnie z unijną dyrektywą obowiązek pierwotny ciąży też na promotorze nazwanym w niej pośrednikiem³¹. Ważne jest jednak, że zgodnie z nią państwa członkowskie powinny respektować instytucję tajemnicy zawodowej. W przypadku kolizji obowiązku i tajemnicy powinna istnieć możliwość zwolnienia się z tego obowiązku. W takim przypadku pośrednik powinien mieć jedynie obowiązek poinformowania innego pośrednika, a w przypadku jego braku – podatnika o obowiązku raportowania schematu³².

Zarówno pierwsze, jak i drugie rozwiązanie powoduje kontrowersje. Oba rozwiązania pozwalają zwolnić się profesjonalnemu pełnomocnikowi z obowiązku raportowania. Są to unormowania, które wskazywałyaby na to, że tajemnica zawodowa jest uprawnieniem osób wykonujących te zawody, ma na celu chronić ich interesy i jej zachowanie zależy od ich decyzji, co jest oczywistym błędem. Chociażby z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, iż tajemnica ta jest obowiązkiem pełnomocników, ma chronić interesy klienta, jest właśnie jego uprawnieniem³³. Taka sytuacja może spowodować mniejsze zaufanie klientów do tej grupy zawodów zaufania publicznego. Klienci mogliby być niepewni, czy pełnomocnik postanowi skorzystać ze swojego uprawnienia, czy też nie.

Polska Ordynacja podatkowa zmodyfikowała te rozwiązania prawne. Promotor ma obowiązek obligatoryjnie raportować schematy podatkowe standaryzowane oraz informować korzystającego o wystąpieniu obowiązku raportowania pozostałych schematów. W przypadku braku dopełnienia tego obowiązku przez ko-

³⁰ A. Gorgol, *Tajemnica zawodowa...*, s. 76.

³¹ Zgodnie z dyrektywą pośrednik opracowuje, wprowadza do obrotu, organizuje lub udostępnia do wdrożenia podlegające zgłoszeniu uzgodnienie transgraniczne lub zarządza wdrażaniem takiego uzgodnienia. Bardziej szczegółowo w tej kwestii zob. art. 1 pkt 21 dyrektywy 2018/822. Zgodnie z polską Ordynacją podatkową „promotorem jest osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, w szczególności doradca podatkowy, adwokat, radca prawny, pracownik banku lub innej instytucji finansowej doradzający klientom, która opracowuje, oferuje, udostępnia, wdraża lub zarządza wdrażaniem uzgodnienia”. Zob. art. 86a § 1 pkt 8 Ordynacji podatkowej. Zatem pojęcia te są w zasadzie tożsame, oba z nich obejmują profesjonalnych pełnomocników opracowujących uzgodnienie.

³² Zob. art. 8ab ust. 5–6 dyrektywy.

³³ Chociażby przywoływane już w niniejszym artykule: orzeczenie TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03; orzeczenie TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05.

rzystającego ma poinformować Szefa Krajowej Administracji Skarbowej o wystąpieniu schematu³⁴. Powyższe przypadki zostały unormowane jako pierwotne obowiązki bez konieczności zwolnienia z tajemnicy zawodowej. W innych przypadkach, kiedy to promotor ma obowiązek raportowania schematu podatkowego, konieczne jest, aby został on zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Jednak przepisy podatkowe ani korporacyjne nie normują formy tego zwolnienia.

Bezsprzecznie zatem widoczne jest, iż polskie przepisy w porównaniu do unijnej dyrektywy oraz zaleceń OECD w większym stopniu ograniczają tajemnicę zawodową. Już międzynarodowe rozwiązania prawne, co zostało powyżej wskazane, budzą kontrowersje w tej kwestii, zatem nasza rodzima implementacja jeszcze bardziej ją ograniczająca musi budzić ich więcej. Przede wszystkim należy stwierdzić, iż aksjologicznie z tych uregulowań wynika, iż polski ustawodawca bardziej ceni uszczelnianie systemu podatkowego od instytucji tajemnicy zawodowej. Zatem można przyjąć, iż podwyższenie wpływów podatkowych przedstawia w polskim systemie prawnym wartość wyższą niż tajemnica zawodowa. Należy jednak stwierdzić, iż z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego³⁵ wynika, iż tajemnica zawodowa może być ograniczana przez inne dobra, jak to ma miejsce w art. 180 k.p.k. Jednak w przypadku art. 180 k.p.k. zwolnienie z tajemnicy zawodowej jest możliwe, gdy łącznie zostaną spełnione dwie przesłanki: jest to zgodne z dobrem wymiaru sprawiedliwości oraz na daną okoliczność nie jest możliwe przeprowadzenie innego dowodu. Co więcej, art. 180 k.p.k. przewiduje, iż konieczne jest zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez sąd.

W przypadku raportowania schematów podatkowych możliwe byłoby nałożenie tego obowiązku na korzystającego w przypadku obowiązywania tajemnicy zawodowej. Wniosek ten wynika chociażby z przedstawionych powyżej zaleceń OECD, które dopuszczają zwolnienie promotora z obowiązku raportowania. Zatem choćby z tych zaleceń wynika, iż polski ustawodawca mógł w inny sposób uregulować obowiązek raportowania schematów podatkowych, bez nakładania go w pierwszej kolejności na promotorów. Ustawodawca podatkowy nie unormował także formy zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. W przeciwieństwie do unormowania z art. 180 k.p.k., sądownictwo nie będzie sprawować kontroli nad tym zwolnieniem. Co więcej, w przypadku schematu standaryzowanego w ogóle niepotrzebna jest sama czynność, która miałaby na celu zwolnienie z tego obowiązku. Promotor wówczas *ex lege* jest zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Jak już było powyżej zaznaczone, cechą immanentną zawodów zaufania publicznego jest ich szczególna więź pomiędzy klientem a przedstawicielem zawodu, która powinna być oparta na zaufaniu. Instytucja

³⁴ Drugi z tych obowiązków jest rozwiązaniem postulowanym przez OECD.

³⁵ Orzeczenie TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03.

tajemnicy zawodowej jest konieczna do zapewnienia tego zaufania. Klient musi mieć pewność, że powierzając pełnomocnikowi swoje poufne informacje, może liczyć na pełną dyskrecję z jego strony. Tajemnica ta jest obowiązkiem przedstawicieli tych zawodów, nie zaś ich prawem³⁶. Brak uregulowania dokładnej procedury zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej oraz zwolnienie *ex lege* z obowiązku jej zachowania w przypadku schematu standaryzowanego może wpłynąć na znaczne zmniejszenie zaufania pomiędzy klientami a przedstawicielami zawodów zaufania publicznego. Myślę, że takie unormowanie, które nie przewiduje ani kontroli sądowej, ani w niektórych przypadkach (np. schematu standaryzowanego) nawet pewnej formy zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez klienta może budzić wątpliwości konstytucyjne, skoro normy prawne powinny umożliwić powstanie zaufania publicznego do przedstawicieli zawodów zaufania publicznego.

Ważną kwestią jest także wpływ tychże przepisów na realne warunki na rynku usług prawnych. Samorząd doradców podatkowych wskazywał na zagrożenie wzrostu szarej strefy w ramach tych usług. Myślę, że obawy te są w pełni uzasadnione. Prawdopodobna wydaje się sytuacja, w której to podatnicy zaczną sami bądź za pomocą osób, które nie posiadają wystarczającej wiedzy merytorycznej w tej kwestii, starać się dokonać odpowiedniego planowania podatkowego, aby obniżyć podstawę opodatkowania. Taka sytuacja byłaby oczywiście spowodowana zmniejszonym zaufaniem do profesjonalnych pełnomocników, bowiem dane konkretnego schematu bądź fakt jego zaistnienia muszą być raportowane do Szefa KAS. Takie zaraportowanie zaś może bezpośrednio wpłynąć na skierowanie kontroli podatkowej do konkretnego podatnika, a nie tylko być ułatwieniem dla ustawodawcy przy tworzeniu nowych przepisów mających na celu walkę z unikaniem opodatkowania³⁷.

Podsumowanie

Przepisy wprowadzające do polskiego systemu prawnego instytucję schematów podatkowych *de facto* ograniczają w znacznym zakresie tajemnicę zawodową profesjonalnych pełnomocników. Takie rozwiązanie budzi uzasadnione wątpliwości. Jak wskazywał samorząd doradców podatkowych, może to przede wszystkim wpłynąć na zmniejszenie się popytu na profesjonalne usługi z zakresu doradztwa podatkowego oraz wzrost szarej strefy. Taki zaś trend może spowodować, iż jakość rozliczeń podatkowych drastycznie spadnie, ponieważ będą je wykonywały osoby nieprzygotowane merytorycznie.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J. Kondratowska-Muszyńska, komentarz do rozdziału 11a.

Wątpliwości konstytucyjne również można uznać za uzasadnione. Tajemnica zawodowa jest instytucją niezbędną, aby wśród społeczeństwa występowało powszechne zaufanie do pewnej grupy zawodów. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której poufne informacje zdradzane prawnikowi mogłyby być potem przez niego udostępniane i służyć jako podstawa wyciągania negatywnych konsekwencji dla klienta. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku raportowania schematów podatkowych. Instytucja ta ma służyć także ukierunkowaniu kontroli podatkowej na podmioty, które stosują chociażby agresywną optymalizację podatkową. Ustawodawca podatkowy nie unormował formy zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, zaś w przypadku wystąpienia schematu standaryzowanego ustanowił takie zwolnienie *ex lege*. Takie rozwiązanie wydaje się naruszać możliwość wytworzenia się między klientem a przedstawicielem zawodu zaufania publicznego więzi opartej na zaufaniu, która jest konieczna, aby dany zawód mógł być uznany za zawód zaufania publicznego.

Bibliografia

- Budrewicz T., *Raportowanie przez podatnika, w zakresie schematów podatkowych oraz cen transferowych, jako dodatkowy obowiązek podatkowy, a penalizacja jego naruszenia* [w:] *Wpływ zmian w prawie gospodarczym na kondycję gospodarki*, red. B. Sitek, J. Skwirowska, K. Milkowski, Olsztyn 2019.
- Czerwińska H., *Odpowiedzialność cywilna adwokata na tle ubezpieczenia OC – uwagi w świetle wybranych orzeczeń sądowych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1.
- Gorgol A., *Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie przymusu raportowania schematów podatkowych* [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.
- Kondej M., *Wybrane problemy intertemporalne związane ze stosowaniem przepisów o raportowaniu schematów podatkowych (MDR)*, „Praktyka Podatkowa” 2019, nr 2.
- Konstytucja RP. Komentarz, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis.
- Kunicka-Michalska B., *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1997.
- Kurek J., *Tajemnice zawodów prawniczych. Tajemnica adwokacka*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 2.
- Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2019, Legalis.
- Sarnecki P., *W sprawie znaczenia pojęcia „zawód zaufania publicznego” z art. 17 Konstytucji*, „Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” 1998, nr 5.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019, Legalis.
- Tomkiewicz M., *Tajemnica adwokacka. Adwokata kościelnego w prawie polskim. Zakres ochrony i skutki jej naruszenia*, „Studia Prawa Wyznaniowego” 2016, nr 19.

Streszczenie

Instytucja schematów podatkowych została wprowadzona do polskiej Ordynacji podatkowej w 2019 r. Jest ona skutkiem implementacji dyrektywy Rady 2018/822. Polskie przepisy budzą bardzo wiele wątpliwości. Jedną z nich jest możliwość naruszenia przez nie tajemnicy zawodowej

profesjonalnych pełnomocników, takich jak doradcy podatkowi, adwokaci czy radcy prawni. Podmioty te najczęściej spełniają definicję promotora w rozumieniu tych norm prawnych, który ma obowiązek raportowania schematu do Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, w niektórych przypadkach nawet bez uzyskania zgody ich klienta. Niniejsze opracowanie ma na celu wykazanie, że takie rozwiązania prawne mogą być niezgodne z art. 17 Konstytucji RP.

Słowa kluczowe: schematy podatkowe, ordynacja podatkowa, tajemnica zawodowa, konstytucja

THE PROBLEM OF POLISH IMPLEMENTATION OF MDR IN THE CASE OF PROFESSIONAL SECRECY

Summary

The institution of Mandatory Disclosure Rules was regulated in Polish Tax Code in 2019. This implementation was made due to Council Directive 2018/822. Although these Polish legal norms have clearly been problematic. It is claimed that professional secrecy of profession like for example: lawyers, legal advisors, tax advisors can be affected by the obligation to report some kind of tax schemes even without getting exemption from professional secrecy by client. The aim of this paper is to show that these regulations can be not constitutional in terms of art. 17 of Polish Constitution.

Keywords: tax scheme, tax code, professional secrecy, constitution

Milan Sudzina

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

ORCID: 0000-0001-9038-8018

**NEODKLADNÉ OPATRENIA PODĽA CIVILNÉHO
SPOROVÉHO PORIADKU****Úvod**

Inštitút neodkladných opatrení¹ podľa zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „Civilný sporový poriadok“ alebo „CSP“) je prejavom realizácie základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR² (ústavný zákon č. 460/1992 Zb. v znení neskorších predpisov) a podľa čl. 36 ods. 1 Listiny základných práv a slobôd (ústavný zákon č. 23/1991 Zb.). Realizácia práva na súdnu ochranu by nebola komplexná, ak by v právnom poriadku absentovala možnosť fyzických a právnických osôb domáhať sa svojich práv urgentným zásahom súdu prostredníctvom neodkladných opatrení³. Neodkladné opatrenia sú Civilnom sporovom poriadku upravené v tretej časti (Osobitné procesné postupy), v tretej hlave spolu so zabezpečovacími a inými opatreniami súdu (ustanovenie § 324 a nasl.). Niektoré ustanovenia o neodkladných a iných opatreniach súdu sú pre oblasť mimosporových konaní upravené v tretej časti zákona č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok v znení neskorších predpisov (ustanovenie § 360 a nasl.).

Neodkladné opatrenie je zabezpečovacím prostriedkom, ktorý prichádza do úvahy v dvoch prípadoch, a to ak je potreba bezodkladne upraviť pomery alebo ak je obava, že exekúcia bude ohrozená⁴. Účelom neodkladných opatrení nie je len umožniť nerušené rozhodovanie súdu vo veci samej alebo úspešnú budúcu exekúciu, ale od účinnosti Civilného sporového poriadku (1. júl 2016) je možné

¹ Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0419 (This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the Contract no. APVV-19-0419).

² Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. II. ÚS 37/2000 zo 7. júna 2000.

³ J. Bureš, J. Drápal, Z. Krčmář a kol., *Občanský soudní řád. Komentář*, I. díl, Praha 2006, s. 285 a nasl.

⁴ E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Bratislava 2015, s. 653 a nasl.

prostredníctvom inštitútu neodkladných opatrení dosiahnuť aj trvalú úpravu pomerov na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy – zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky súdny poriadok“ alebo „OSP“), podľa ktorého predbežné opatrenia mali dočasný charakter.

Súd môže nariadiť neodkladné opatrenie

- a) pred začatím konania (v čase podania návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia na súde neprebíha konanie vo veci samej; pri splnení zákonom stanovených podmienok na rozhodnutie o takomto neodkladnom opatrení nemusí nasledovať podanie žaloby),
- b) počas konania (návrh na nariadenie neodkladného opatrenia je podaný spolu so žalobou alebo kedykoľvek po začatí a pred právoplatným skončením konania vo veci samej) a
- c) po skončení konania (nová právna úprava CSP pripúšťa nariadenie neodkladného opatrenia aj po právoplatnom skončení konania vo veci samej)⁵. Vyžaduje sa tu splnenie podmienky vecnej súvislosti medzi návrhom na nariadenie neodkladného opatrenia a predmetom právoplatne skončeného sporu. Ak sa konanie skončilo iným ako meritórnym rozhodnutím (rozhodnutie o zastavení konania, rozhodnutie o odmietnutí žaloby) a je podaný návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, nejde o neodkladné opatrenie po skončení konania, ale z procesného hľadiska pôjde o nariadenie neodkladného opatrenia pred začatím nového konania.

Pre začatie konania o nariadení neodkladného opatrenia podľa Civilného sporového poriadku platí dispozičná zásada⁶. To znamená, že neodkladné opatrenie je možné nariadiť len na návrh. To platí aj v sporoch s ochranou slabšej strany, v ktorých platí určité špecifikum spočívajúce v tom, že súd je povinný pri prvom procesnom úkone poučiť slabšiu stranu o tom, že môže podať návrh na nariadenie neodkladného opatrenia [ustanovenie § 309 písm. b) CSP].

Vecne príslušným na podanie návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia je okresný súd⁷. To platí aj vtedy, ak bol návrh na nariadenie neodkladného opatrenia podaný počas prebiehajúceho odvolacieho alebo dovolacieho konania. V tomto prípade odvolací, resp. dovolací súd je povinný postúpiť návrh na nariadenie neodkladného opatrenia okresnému súdu, aby bola zachovaná možnosť podania riadneho opravného prostriedku v rámci dvojinstančného konania. Na konanie o návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia je vždy príslušný okresný

⁵ F. Sedláčko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva: Neodkladné a zabezpečovacie opatrenia podľa CSP a CMP; odkladný účinok v rámci SSP*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2016, č. 6, s. 4.

⁶ J. Mazák, *Zabezpečovacie prostriedky v civilnom procese*, Bratislava 1997, s. 45 a nasl.

⁷ S. Ficová, M. Števček a kol., *Občianske súdne konanie*, Praha 2010, s. 140.

súd⁸, to znamená aj vtedy, ak by bol na konanie vo veci samej príslušný iný ako okresný súd (napr. spory z abstraktnej kontroly v spotrebiteľských veciach). Miestne príslušným je okresný súd, ktorý je alebo by bol príslušný na konanie vo veci samej.

Náležitosti návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia

Návrh na nariadenie neodkladného opatrenia musí obsahovať všeobecné a osobitné náležitosti. Všeobecnými náležitosťami sú všeobecné náležitosti žaloby. To znamená, že okrem všeobecných náležitostí podania (1. ktorému súdu je určené, 2. kto ho robí, 3. ktorej veci sa týka, 4. čo sa ním sleduje a 5. podpis) je potrebné uviesť označenie strán, pravdivé a úplné opísanie rozhodujúcich skutočností, označenie dôkazov na ich preukázanie a petit. V prípade, že návrh na nariadenie neodkladného opatrenia sa podáva po začatí konania, náležitosťou je aj uvedenie spisovej značky.

Medzi osobitné náležitosti patria:

1. opísanie rozhodujúcich skutočností odôvodňujúcich potrebu neodkladnej úpravy pomerov alebo obavu, že exekúcia bude ohrozená⁹,
2. opísanie skutočností hodnoverne osvedčujúcich dôvodnosť a trvanie nároku, ktorému sa má poskytnúť ochrana a
3. z návrhu musí byť zrejmé, akého neodkladného opatrenia sa navrhovateľ domáha.

Pokiaľ ide o prvú osobitnú náležitosť, ktorou je opísanie rozhodujúcich skutočností odôvodňujúcich potrebu neodkladnej úpravy pomerov alebo obavu, že exekúcia bude ohrozená, platí, že nariadenie neodkladného opatrenia prichádza do úvahy napríklad vtedy, ak navrhovateľovi hrozí vznik škody alebo sú vykonávané úkony smerujúce k sťaženiu exekúcie¹⁰. Druhou osobitnou náležitosťou návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia je opísanie skutočností hodnoverne osvedčujúcich dôvodnosť a trvanie nároku, ktorému sa má poskytnúť ochrana. Súd nemôže poskytnúť ochranu prostredníctvom neodkladného opatrenia, ak sa nárok javí ako zjavne nedôvodný.

Pokiaľ ide o tretiu osobitnú náležitosť návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, z návrhu musí byť zrejmé, akého neodkladného opatrenia sa navrhovateľ domáha. To znamená, že z návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia musí byť zrejmé, aké povinnosti má súd uložiť osobe, proti ktorej neodkladné opatrenie smeruje. K návrhu je potrebné pripojiť aj listiny, na ktoré sa navrhovateľ odvoláva¹¹.

⁸ Pokiaľ ide o vecnú príslušnosť podľa predchádzajúcej právnej úpravy (ustanovenie § 74 ods. 2 OSP), príslušný na nariadenie predbežného opatrenia bol súd, ktorý bol príslušný na konanie o veci, tzn. mohol to byť aj iný ako okresný súd.

⁹ M. Kindl, A. Šíma, O. David, *Občanské právo procesní*, Plzeň 2005, s. 159.

¹⁰ J. Mazák, *Základy občianskeho procesného práva*, Bratislava 2004, s. 121 a nasl.

¹¹ A. Horniaková, *Komparácia predbežných opatrení nariadených v Slovenskej republike a v Európskej únii*, „Bulletin Slovenskej advokácie“ 2011, roč. 17, č. 3.

S podaním návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia je spojená poplatková povinnosť¹² podľa zákona č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov. Aby bola ochrana poskytovaná prostredníctvom neodkladných opatrení rýchla a účinná, nezaplatenie súdneho poplatku nie je dôvodom na zastavenie konania¹³. Ak súdny poplatok za návrh na nariadenie neodkladného opatrenia nie je zaplatený ani na náklade výzvy súdu, bude vymáhaný prostredníctvom justičnej pokladnice podľa zákona č. 65/2001 Z. z. o správe a vymáhaní súdnych pohľadávok v znení neskorších predpisov.

Pokiaľ návrh na nariadenie neodkladného opatrenia obsahuje vady, ďalší postup súdu závisí od toho, či tento návrh má povahu podania vo veci samej alebo nie. Návrh na nariadenie neodkladného opatrenia má povahu podania vo veci samej vtedy, ak ide o návrh na nariadenie neodkladného opatrenia po skončení konania alebo o návrh na nariadenie neodkladného opatrenia pred začatím konania, ktorý nemá byť nasledovaný žalobou. Ide o návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorý nesmeruje k dočasnej a provizórnej ochrane, ale k poskytnutiu trvalej a definitívnej ochrany (návrh na nariadenie neodkladného opatrenia v tomto prípade konzumuje vec samu).

Ak návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorým je podaním vo veci samej, neobsahuje predpísané náležitosti, je neurčitý alebo nezrozumiteľný a zároveň ide o také vady, ktoré bránia pokračovaniu v konaní (napr. na návrhu bude absentovať podpis navrhovateľa, v návrhu nebude uvedená osoba, proti ktorej má neodkladné opatrenie smerovať, v návrhu nebude uvedené, čoho sa navrhovateľ domáha), súd bude postupovať v súlade s ustanovením § 327 CSP a takýto návrh odmietne¹⁴. V tomto prípade súd nebude vyzývať na odstraňovanie väd návrhu. Ustanovenia o odstraňovaní väd podania sa nepoužívajú. Proti uzneseniu o odmietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, ktoré nie je podaním vo veci samej, nie je prípustné odvolanie. Ak by takéto uznesenie vydal súdny úradník, je proti tomuto uzneseniu prípustná sťažnosť. Ak návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorým je podaním vo veci samej, bude obsahovať vady, ktoré však nebránia pokračovaniu v konaní, súd takýto návrh neodmietne, ale o takomto návrhu musí rozhodnúť vyhovujúcim alebo zamietavým výrokom v závislosti od toho, či následne dôjde k odstráneniu väd a či sú splnené podmienky na nariadenie neodkladného opatrenia podľa ustanovenia § 325 ods. 1 CSP (potreba bezodkladnej úpravy pomerov alebo obava, že exekúcia bude ohrozená).

Ak ide o návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorý má povahu podania vo veci samej a ktorý má vady (nie je zrejmé, čoho sa návrh týka, čo sa ním sleduje alebo je neúplný alebo nezrozumiteľný), súd vyzve navrhovateľa uzne-

¹² A. Winterová a kol., *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*, Praha 2005, s. 125 a nasl.

¹³ M. Števček a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010, s. 293 a nasl.

¹⁴ M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Praha 2016, s. 1084 a nasl.

ním na odstránenie vád (opravu, doplnenie) v lehote nie kratšej ako 10 dní. V uznesení súd uvedie, v čom je návrh neúplný alebo nezrozumiteľný a ako ho treba doplniť alebo opraviť a poučí o možnosti návrh odmietnuť. Ak navrhovateľ v stanovenej lehote neodstráni vady návrhu, súd uznesením návrh na nariadenie neodkladného opatrenia odmietne vtedy, ak pre uvedený nedostatok nemožno v konaní pokračovať¹⁵. Proti uzneseniu o odmietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorý má povahu podania vo veci samej, je prípustné odvolanie¹⁶. Ak sa návrh opraví alebo doplní v celom rozsahu v súlade s výzvou súdu najneskôr do uplynutia lehoty na podanie odvolania proti uzneseniu o odmietnutí návrhu, o odvolaní proti tomuto uzneseniu môže rozhodnúť súd, ktorý ho vydal. Ak návrh na nariadenie neodkladného opatrenia, ktorýmá povahu podania vo veci samej, bude obsahovať vady, ktoré nebránia pokračovaniu v konaní, súd takýto návrh neodmietne a o takomto návrhu musí rozhodnúť vyhovujúcim alebo zamietavým výrokom. V súlade s ustanovením § 130 CSP súd môže využiť možnosť predvolať na výsluch toho, kto návrh na nariadenie neodkladného opatrenia podal, ak má za to, že tým možno dosiahnuť odstránenie vád návrhu. Pri výsluchu súd uvedie, v čom je návrh neúplný alebo nezrozumiteľný, a poučí, ako návrh opraviť alebo doplniť. Platí, že uznesenie súdu o odmietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia nie je dôvodom pre vznik prekážky res iudicata (je možné podať nový návrh na nariadenie neodkladného opatrenia)¹⁷.

Rozhodovanie o neodkladnom opatrení

V rámci rozhodovania o nariadení neodkladného opatrenia procesné dokazovanie vykazuje významné odchýlky. Nedochádza tu k plnohodnotnému dokazovaniu, keďže súdna ochrana poskytovaná prostredníctvom neodkladných opatrení má byť rýchla a účinná. Skutočnosti rozhodujúce pre nariadenie neodkladného opatrenia nemusia navrhovateľ plnohodnotne dokázať, ale stačí ich len osvedčiť¹⁸. Skutočnosti nemusia byť nepochybne preukázané¹⁹. Skutočnosti sú osvedčené vtedy, ak spĺňajú atribút vysokej pravdepodobnosti²⁰.

Aby nedošlo k zmareniu účelu neodkladného opatrenia, platia osobitné pravidlá pre doručovanie návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia a rozhodnutia o neodkladnom opatrení. Návrh na nariadenie neodkladného opatrenia sa nedo-

¹⁵ F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného...*, s. 4.

¹⁶ M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok...*, s. 1084 a nasl.

¹⁷ A. Kotrecová, J. Löwy, *Predbežné opatrenia a prekážka rei iudicatae*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2012, č. 9, s. 6.

¹⁸ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 Obdo 6/2010 z 5. mája 2010.

¹⁹ Nález Ústavného súdu Českej republiky sp. zn. IV. ÚS 189/2001 z 21. novembra 2001.

²⁰ S. Ficová, M. Števček a kol., *Občianske súdne konanie*, s. 140.

ručuje ostatným stranám na vyjadrenie, ale súd ho doručí ostatným stranám iba v prípade, že neodkladné opatrenie bolo nariadené, a to až spolu s uznesením o jeho nariadení²¹. Uznesenie o odmietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, odvolanie alebo sťažnosť proti takémuto rozhodnutiu, ani rozhodnutie o odvolaní alebo o sťažnosti sa ostatným stranám nedoručujú z dôvodu, aby navrhovateľ mohol podať nový návrh na nariadenie neodkladného opatrenia bez toho, aby sa o tom dozvedela osoba, proti ktorej návrh smeruje. Uznesenie o zamietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, ani odvolanie navrhovateľa proti tomuto rozhodnutiu súd prvej inštancie ostatným stranám nedoručuje. Ak návrh na nariadenie neodkladného opatrenia bol súdom prvej inštancie zamietnutý, a proti tomuto rozhodnutiu bolo podané odvolanie, odvolací súd doručí návrh a odvolanie proti zamietavému uzneseniu protistrane a umožní vyjadriť sa k nim. To platí z toho dôvodu, že v prípade ak by odvolací súd zmenil rozhodnutie súdu prvej inštancie tak, že nariadi neodkladné opatrenie, osoba, proti ktorej smeruje neodkladné opatrenie, by už nemala možnosť brániť sa riadnym opravným prostriedkom.

Uznesenie odvolacieho súdu sa doručuje ostatným stranám vždy, ak nim bolo neodkladné opatrenie nariadené. Uznesenie odvolacieho súdu, ktorým bolo potvrdené uznesenie o zamietnutí návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia sa doručuje len navrhovateľovi (odvolateľovi). To isté platí aj pre uznesenie odvolacieho súdu, ktorým bolo uznesenie o zamietnutí návrhu zrušené a vec bola vrátená súdu prvej inštancie na ďalšie konanie²². Uznesenie o neodkladnom opatrení je súd povinný odoslať v lehote najneskôr do troch dní od jeho vyhotovenia. V prípade, že uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia sa zapisuje do osobitného registra (kataster nehnuteľností, obchodný register), súd je povinný toto rozhodnutie zaslať príslušnému orgánu, ktorý daný register vedie v lehote najneskôr do troch dní od jeho vyhotovenia.

Vykonateľnosť neodkladného opatrenia

Pod vykonateľnosťou uznesenia súdu o nariadení neodkladného opatrenia rozumieme možnosť realizovať núteným spôsobom povinnosť uloženú výrokovou časťou uznesenia o nariadení neodkladného opatrenia proti vôli strany, proti ktorej neodkladné opatrenie smeruje za predpokladu, že uložená povinnosť nebola dobrovoľne splnená. Vzhľadom na to, že ochrana poskytovaná prostredníctvom neodkladných opatrení má byť rýchla a účinná, uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia je vykonateľné jeho dorúčením²³. Uznesenie o nariadení neod-

²¹ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 143/2010 z 26. augusta 2010.

²² M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok...*, s. 1084 a nasl.

²³ E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*, s. 653 a nasl.

kladného opatrenia sa stáva vykonateľným bez ohľadu na právoplatnosť²⁴. Uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia je vykonateľné aj vtedy, keď bolo proti nemu podané odvolanie.

Z pravidla, že, uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia je vykonateľné jeho doručením, platí výnimka pre nariadenie neodkladného opatrenia na nevstupovanie do domu alebo bytu pri dôvodnom podozrení z násilia. Toto neodkladné opatrenie je vykonateľné jeho vyhlásením, a ak sa nevyhlasuje, je vykonateľné, len čo bolo vyhotovené.

Strana, proti ktorej neodkladné opatrenie smeruje, je vykonateľným uznesením o neodkladnom opatrení viazaná. Porušovanie neodkladného opatrenia môže mať za následok naplnenie skutkovej podstaty trestného činu marenia výkonu úradného rozhodnutia. Neodkladné opatrenie môže byť predmetom exekúcie. Spôsob exekúcie závisí od toho, či uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia ukladá povinnosť zaplatiť peňažnú sumu (zrážky zo mzdy a z iných príjmov, prikázanie pohľadávky z účtu v banke alebo inej peňažnej pohľadávky) alebo inú povinnosť (exekúcia uskutočnením prác a výkonov).

Zánik a zrušenie neodkladného opatrenia

Civilný sporový poriadok rozlišuje medzi zánikom a zrušením neodkladného opatrenia²⁵. K zániku neodkladného opatrenia dochádza priamo zo zákona (ex lege) z dôvodov výslovne stanovených v Civilnom sporovom poriadku. K zániku neodkladného opatrenia dochádza bez rozhodnutia súdu momentom, keď nastane skutočnosť stanovená zákonom. Na rozdiel od toho k zrušeniu neodkladného opatrenia dochádza na základe rozhodnutia súdu v prípadoch upravených zákonom a k zániku právnych účinkov neodkladného opatrenia dochádza právoplatnosťou rozhodnutia súdu o zrušení neodkladného opatrenia (ex nunc)²⁶.

K zániku neodkladného opatrenia dochádza v dvoch prípadoch, a to ak

1. uplynul čas, na ktorý bolo neodkladné opatrenie nariadené²⁷. K zániku neodkladného opatrenia dochádza na základe jednoduchej objektívnej právnej skutočnosti (plynutie času) bez súdneho rozhodnutia.
2. márne uplynula lehota určená na podanie žaloby, ak ide o neodkladné opatrenie vo veciach práva duševného vlastníctva, ktoré bolo nariadené pred začatím konania. K zániku neodkladného opatrenia dochádza na základe zloženej právnej skutočnosti, ktorou je plynutie času a nepodanie žaloby.

²⁴ A. Kotrecová, J. Löwy, *Predbežné opatrenia...*, č. 9, s. 6.

²⁵ J. Hrdlička, *Zajišťovací prostředky v civilním procesu*, „Acta Universitatis Carolinae – Iuridica“ 1974, č. 4, s. 30.

²⁶ A. Winterová a kol., *Civilní právo procesní*. 6, Praha 2011, s. 324; M. Števček a kol., *Civilné právo procesné*, s. 293 a nasl.

²⁷ M. Števček, S. Ficová a kol., *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*, Praha 2012, s. 197 a nasl.

V ostatných prípadoch dochádza k zrušeniu neodkladného opatrenia rozhodnutím súdu. K zrušeniu neodkladného opatrenia rozhodnutím súdu dochádza, ak

1. dodatočne odpadnú dôvody, pre ktoré bolo neodkladné opatrenie nariadené,
2. vzhľadom na stav exekučného konania neodkladné opatrenie už nie je potrebné,
3. navrhovateľ v primeranom čase nepodal návrh na vykonanie exekúcie, hoci tak mohol urobiť,
4. žaloba je odmietnutá, zamietnutá alebo konanie vo veci samej bolo zastavené, resp. odvolací (dovolací) súd zmení napadnuté rozhodnutie súdu tak, že žalobu zamietla alebo konanie vo veci samej zastavuje,
5. márne uplynula lehota na podanie žaloby (v iných veciach ako vo veciach práva duševného vlastníctva),
6. súd vyhovel žalobe protistrany.

Ad 1. V prípade zrušenia neodkladného opatrenia pre odpadnutie dôvodov, pre ktoré bolo neodkladné opatrenie nariadené, dôkazné bremeno znáša osoba, ktorá sa domáha zrušenia neodkladného opatrenia. O zrušení neodkladného opatrenia súd rozhoduje len na návrh. Návrh na zrušenie neodkladného opatrenia je možné podať, odkedy uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia nadobudlo vykonateľnosť²⁸. K zrušeniu neodkladného opatrenia vedie dodatočné odpadnutie dôvodov. Dôvodom na zrušenie neodkladného opatrenia nie je skutočnosť, že podmienky pre jeho nariadenie neboli od začiatku splnené. V tomto prípade by išlo o dôvod na podanie odvolania proti uzneseniu o nariadení neodkladného opatrenia. K zrušeniu neodkladného opatrenia môže dôjsť aj sčasti, ak dôvody, pre ktoré bolo neodkladné opatrenie nariadené, dodatočne odpadli len sčasti. To prichádza do úvahy vtedy, ak uznesenie obsahovalo viac výrokov o nariadení neodkladných opatrení. K zrušeniu neodkladného opatrenia pre odpadnutie dôvodov, pre ktoré bolo nariadené, môže dôjsť aj v prípade neodkladného opatrenia, ktoré súd nariadil pred začatím konania bez uloženia povinnosti podať žalobu. Proti uzneseniu súdu prvej inštancie o zrušení neodkladného opatrenia pre dodatočné odpadnutie dôvodov, pre ktoré bolo neodkladné opatrenie nariadené, je prípustné odvolanie.

Ad 2. Zrušenie neodkladného opatrenia z dôvodu, že vzhľadom na stav exekučného konania neodkladné opatrenie už nie je potrebné, prichádza do úvahy v prípade neodkladného opatrenia nariadeného po skončení konania vo veci samej alebo ak neodkladné opatrenie trvá aj po skončení konania vo veci samej. To je možné vtedy, ak nárok navrhovateľa (oprávneného) bol povinným uspokojený alebo ak exekútor vykonal taký zabezpečovací úkon, ktorý postačuje na to, aby exekúcia už nebola ohrozená²⁹.

Ad 3. Zrušenie neodkladného opatrenia z dôvodu, že navrhovateľ v primeranom čase nepodal návrh na vykonanie exekúcie, hoci tak mohol urobiť, je možné

²⁸ F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného...*, s. 4.

²⁹ M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok...*, s. 1084 a nasl.

v prípade neodkladného opatrenia nariadeného po skončení konania vo veci samej alebo ak neodkladné opatrenie trvá aj po skončení konania vo veci samej. Nebolo by vhodné, aby sa účinky neodkladného opatrenia predlžovali na neobmedzene dlhú dobu v dôsledku toho, že nebol podaný návrh na vykonanie exekúcie. Čo je primeraný čas³⁰, bude závisieť od posúdenia súdu, ktorý bude musieť zohľadniť okolnosti konkrétneho prípadu (napr. navrhovateľovi mohla brániť v podaní návrhu na vykonanie exekúcie objektívna prekážka).

Ad 4. Dôvodom pre zrušenie neodkladného opatrenia nariadeného po začatí konania a v prípade uznesenia o nariadení neodkladného opatrenia pred začatím konania, ktorým súd uložil navrhovateľovi povinnosť podať žalobu, je skutočnosť, že žaloba je odmietnutá, zamietnutá alebo konanie vo veci samej bolo zastavené, resp. odvolací (dovolací) súd zmení napadnuté rozhodnutie súdu tak, že žalobu zamietla alebo konanie vo veci samej zastavuje. Z povahy veci vyplýva, že ďalšie trvanie neodkladného opatrenia nie je v súvislosti s procesným neúspechom žalobcu možné. Ak je žaloba zamietnutá v časti alebo konanie je zastavené v časti /napr. čiastočné späťvzatie žaloby/, súd vysloví, či neodkladné opatrenie zrušuje alebo ponecháva v platnosti. Musí pritom zohľadniť stav konania vo veci samej.

Ad 5. V prípade uznesenia o nariadení neodkladného opatrenia pred začatím konania, ktorým súd uložil navrhovateľovi povinnosť podať žalobu, je dôvodom pre zrušenie tohto neodkladného opatrenia skutočnosť, že márne uplynula lehota na podanie žaloby³¹. To platí v iných veciach ako vo veciach práva duševného vlastníctva. To isté platí, ak bola žaloba podaná po lehote alebo bola podaná v lehote, avšak nezodpovedá povinnosti uloženej vo výroku uznesenia (nesprávne určený predmet žaloby alebo strany). Do vydania uznesenia o zrušení neodkladného opatrenia je možné požiadať o odpustenie zmeškania lehoty na podanie žaloby podľa ustanovenia § 122 CSP.

Ad 6. Ak v prípade uznesenia o nariadení neodkladného opatrenia pred začatím konania, ktorým súd navrhovateľovi neuložil povinnosť podať žalobu, podala žalobu protistrana a súd tejto žalobe protistrany vyhovel, neodkladné opatrenie zruší súd, ktorý vyhovel žalobe protistrany. Musí ísť o takú žalobu, ktorej úspech vylučuje existenciu nariadeného neodkladného opatrenia. Súd zruší neodkladné opatrenie rozhodnutím, ktorým vyhovie žalobe protistrany.

O zrušení neodkladného opatrenia vo všetkých vyššie uvedených prípadoch môže súd rozhodnúť bez pojednávania³². Z hľadiska formy rozhodnutia sa o zru-

³⁰ Podľa predchádzajúcej právnej úpravy OSP stanovilo ako dôvod zániku neodkladného opatrenia prípad, že sa návrhu vo veci samej vyhovel a uplynulo 30 dní od vykonateľnosti rozhodnutia vo veci. Táto lehota slúžila na to, aby oprávnený mohol podať návrh na vykonanie exekúcie.

³¹ M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok...*, s. 1084 a nasl.

³² F. Sedláčko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného...*, s. 4.

šení neodkladného opatrenia rozhoduje uznesením³³. V prípadoch uvedených pod bodmi 1 až 3 súd rozhoduje o zrušení neodkladného opatrenia len na návrh a zároveň súd je povinný umožniť dotknutým subjektom vyjadriť sa k návrhu na zrušenie neodkladného opatrenia. V prípadoch uvedených pod bodmi 4 až 6 súd rozhoduje o zrušení neodkladného opatrenia aj bez návrhu (z úradnej povinnosti). V týchto prípadoch Civilný sporový poriadok neukladá súdu povinnosť umožniť dotknutým subjektom vyjadriť sa k návrhu na zrušenie neodkladného opatrenia. Ak bolo zrušené neodkladné opatrenie, ktoré bolo zapísané do osobitného registra (napr. kataster nehnuteľností), súd prvej inštancie zašle rozhodnutie o zrušení neodkladného opatrenia príslušnému orgánu, ktorý vedie tento osobitný register, na základe čoho dôjde k výmazu neodkladného opatrenia z tohto osobitného registra.

Náhrada škody a inej ujmy

Keďže skutočnosti rozhodujúce pre nariadenie neodkladného opatrenia sa nemusia preukázať, ale stačí ich len osvedčiť, navrhovateľ neodkladného opatrenia zodpovedá za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v príčinnej súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením³⁴. Ide o osobitný druh zodpovednosti stanovenej procesným právom. Štát nezodpovedá za škodu ani inú ujmu, ktorá bola spôsobená v príčinnej súvislosti s neodkladným opatrením nariadeným súdom³⁵. Je vylúčená zodpovednosť podľa zákona č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci v znení neskorších predpisov³⁶. Zodpo-

³³ V porovnaní s predchádzajúcim procesným kódexom v prípade márneho uplynutia lehoty na podanie žaloby, nevyhovenia žalobe a ak sa návrhu vo veci samej vyhovel a zároveň uplynulo 30 dní od vykonateľnosti rozhodnutia vo veci (nebol podaný návrh na exekúciu v primeranom čase) neodkladné opatrenie nezaniká ex lege, ako to platilo počas účinnosti Občianskeho súdneho poriadku, ale podľa právnej úpravy Civilného sporového poriadku ide o dôvod na zrušenie neodkladného opatrenia rozhodnutím súdu.

³⁴ Právna úprava zodpovednosti navrhovateľa za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením odráža skutočnosť, že súd nariaďuje neodkladné opatrenie na základe navrhovateľom tvrdených a osvedčených skutočností, o ktorých sa spravidla nevykonáva plnohodnotné dokazovanie a ku ktorým žalovaný nemá možnosť vopred sa vyjadriť. Zodpovednosť za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením preto logicky znáša ten, kto o nariadenie neodkladného opatrenia požiadal. Pozri rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 2983/2014 z 17. decembra 2014.

³⁵ A. Winterová a kol., *Civilní právo procesní*, Praha 2011, s. 324.

³⁶ Zodpovednosť za škodu a inú ujmu spôsobenú nariadením neodkladného opatrenia nenesie štát, ale osoba, ktorá nariadenie neodkladného opatrenia navrhla. To platí bez ohľadu na to, či neodkladné opatrenie bolo nariadené v súlade so zákonom. Podstatné je len to, že k zániku alebo k zrušeniu neodkladného opatrenia došlo z iného dôvodu než preto, že návrhu vo veci samej bolo vyhovelé alebo preto, že právo navrhovateľa bolo uspokojené. Pozri rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 3137/2007 z 23. septembra 2008.

vednosť za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením, nesenie štát, ale navrhovateľ neodkladného opatrenia³⁷. Zodpovednosť navrhovateľa sa uplatní iba v prípade, ak neodkladné opatrenie zaniklo alebo bolo zrušené z iného dôvodu než preto, že sa návrhu vo veci samej vyhovel, alebo preto, že právo navrhovateľa bolo uspokojené³⁸. Predpokladom pre vznik zodpovednosti za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v príčinnej súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením, je zánik alebo zrušenie neodkladného opatrenia, vznik škody alebo inej ujmy a príčinná súvislosť medzi nimi³⁹.

Navrhovateľ zodpovedá za škodu na majetku a aj za nemajetkovú ujmu. Zodpovednosť navrhovateľa je objektívna. Zodpovedá sa za výsledok bez ohľadu na zavinenie. Navrhovateľ sa nemôže zbaviť zodpovednosti (liberovať). Ide o absolútnu zodpovednosť⁴⁰. Do úvahy neprichádza ani moderačné právo súdu (zníženie náhrady z dôvodov hodných osobitného zreteľa). Nárok na náhradu škody a inej ujmy spôsobenej neodkladným opatrením sa premlčuje v lehote podľa Občianskeho zákonníka. Premlčacia doba začína plynúť nasledujúci deň po právoplatnosti uznesenia o zrušení neodkladného opatrenia alebo po zániku neodkladného opatrenia. Zodpovedá sa aj za bezdôvodné obohatenie, ku ktorému došlo v súvislosti s nariadením neodkladného opatrenia⁴¹ (napr. v konaní o neplatnosť skončenia pracovného pomeru, v ktorom bolo uložené neodkladné opatrenie poskytovania aspoň časti pracovnej odmeny, a žalobca v konaní vo veci samej nebol úspešný)⁴².

Výnimkou zo zodpovednosti za škodu a inú ujmu, ktoré vznikli v príčinnej súvislosti s nariadeným neodkladným opatrením, je prípad nariadenia neodkladného opatrenia, ktorým bolo uložené nevstupovať dočasne do domu alebo bytu, v ktorom býva osoba, vo vzťahu ku ktorej je strana dôvodne podozrivá z násillia⁴³. Navrhovateľ tohto neodkladného opatrenia nebude niesť zodpovednosť podľa Civilného sporového poriadku, ale do úvahy prichádza zodpovednosť za škodu podľa Občianskeho zákonníka. Výnimka z tejto zodpovednosti je odôvodnená prvkom verejného záujmu na nariadení tohto neodkladného opatrenia.

³⁷ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 31/2012 z 14. marca 2012.

³⁸ Za škodu a inú ujmu spôsobenú neodkladným opatrením, ktoré zaniklo alebo bolo zrušené z iného dôvodu než preto, že sa návrhu vo veci samej vyhovel, alebo preto, že právo navrhovateľa bolo uspokojené, zodpovedá navrhovateľ neodkladného opatrenia aj vtedy, ak neodkladné opatrenie bolo zmenené alebo zrušené odvolacím súdom, resp. odvolací súd zmenil uznesenie o nariadení neodkladného opatrenia tak, že návrh na jeho nariadenie odmietol. Pozri R (ČR) 32/2009 (rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 3137/2007 z 23. septembra 2008).

³⁹ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 387/2009 z 9. decembra 2009.

⁴⁰ M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok...*, s. 1084 a nasl.

⁴¹ R 26/1975.

⁴² Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Cdo 167/2010 z 21. septembra 2011.

⁴³ E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok...*, s. 653 a nasl.

Záver

Neodkladné opatrenia predstavujú významný zabezpečovací inštitút civilného procesného práva. V porovnaní s predchádzajúcim procesným kódexom, ktorý zakotvoval inštitút predbežného opatrenia, je možné konštatovať, že neodkladné opatrenie podľa Civilného sporového poriadku

1. nemusí mať iba dočasný a provizórny charakter, ale neodkladným opatrením môže byť poskytnutá trvalá a definitívna súdna ochrana⁴⁴,
2. nemusí byť obligatórne previazané s konaním vo veci samej, tzn. súd nemusí uložiť navrhovateľovi povinnosť podať žalobu vo veci samej, ak je predpoklad, že neodkladným opatrením možno dosiahnuť trvalú úpravu pomerov,
3. je možné nariadiť aj po právoplatnom skončení konania vo veci samej,
4. priamo z procesného kódexu vyplýva, že je možné nariadiť neodkladné opatrenie, ktorého obsah by bol totožný s výrokom vo veci samej, ak to povaha veci pripúšťa. Pred účinnosťou Civilného sporového poriadku platilo opačné pravidlo, z ktorého niektoré výnimky formulovala judikatúra a predpisy priemyselného vlastníctva⁴⁵.

Bibliografia

- Bajcura A. a kol., *Občianske procesné právo*, Bratislava 1995.
- Bureš J., Drápal J., Krčmář Z. a kol., *Občanský soudní řád. Komentář*, I. díl, Praha 2006.
- Čápková H., *Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření*, „Právník“ 1997, č. 8.
- Ficová S., Števček M. a kol., *Občianske súdne konanie*, Praha 2010.
- Hajn P., *Predbežná opatření ve sporech z nekalé soutěže*, „Právní rozhledy“ 1994, č. 10.
- Horniaková A., *Komparácia predbežných opatrení nariadených v Slovenskej republike a v Európskej únii*, „Bulletin Slovenskej advokácie“ 2011, roč. 17, č. 3.
- Horváth E., Andrášiová A., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Bratislava 2015.
- Hrdlička J., *Zajišťovací prostředky v civilním procesu*, „Acta Universitatis Carolinae – Iuridica“ 1974, č. 4.
- Kindl M., Šíma A., David O., *Občanské právo procesní*, Plzeň 2005.
- Kotrecová A., Löwy J., *Predbežné opatrenia a prekážka rei iudicatae*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2012, č. 9.
- Kozel R., *Predbežná opatření se zřetelem na obchodní věci*, „Právní rozhledy“ 1997, č. 6.

⁴⁴ D. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného...*, s. 4.

⁴⁵ H. Čápková, *Potírání nekalé soutěže cestou předběžných opatření*, „Právník“ 1997, č. 8, s. 693; P. Hajn, *Predbežná opatření ve sporech z nekalé soutěže*, „Právní rozhledy“ 1994, č. 10, s. 349; R. Kozel, *Predbežná opatření se zřetelem na obchodní věci*, „Právní rozhledy“ 1997, č. 6, s. 286; J. Macek, *Ochrana proti jednání nekalé soutěže předběžným opatřením soudu*, „Právní praxe v podnikání“ 1995, č. 9, s. 13; idem, *Zamyšlení nad žalobami či návrhy na vydání předběžného opatření ve sporech z nekalé soutěže z hlediska formulace petitů*, „Soudní rozhledy“ 1999, č. 12, s. 393; P. Vojčík, *Predbežné opatrenia vo veciach práva duševného vlastníctva*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2007, roč. 13, č. 11.

- Macek J., *Ochrana proti jednání nekalé soutěže předběžným opatřením soudu*, „Právní praxe v podnikání“ 1995, č. 9.
- Macek J., *Zamyšlení nad žalobami či návrhy na vydání předběžného opatření ve sporech z nekalé soutěže z hlediska formulace petitů*, „Soudní rozhledy“ 1999, č. 12.
- Mazák J., *Zabezpečovacie prostriedky v civilnom procese*, Bratislava 1997.
- Mazák J., *Základy občianskeho procesného práva*, Bratislava 2004.
- Sedlačko F., Kotrecová A., Filová A., *Rekodifikácia civilného procesného práva: Neodkladné a zabezpečovacie opatrenia podľa CSP a CMP; odkladný účinok v rámci SSP*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2016, č. 6.
- Števček M. a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010.
- Števček M., Ficová S. a kol., *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*, Praha 2012.
- Števček M., Ficová S., Baricová J., Mesiarkinová S., Bajánková J., Tomašovič M. a kol., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Praha 2016.
- Vojčík P., *Predbežné opatrenia vo veciach práva duševného vlastníctva*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2007, roč. 13, č. 11.
- Winterová A. a kol., *Civilní právo procesní*, Praha 2011.
- Winterová A. a kol., *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*, Praha 2005.

Resume

Autor v článku nazvanom „Neodkladné opatrenia podľa Civilného sporového poriadku“ analyzuje problematiku tohto inštitútu v súdnom konaní, ktorý prichádza do úvahy v dvoch prípadoch, a to ak je potreba bezodkladne upraviť pomery alebo ak je obava, že exekúcia bude ohrozená. Cieľom tohto príspevku je podrobne sa zaoberať účelom a predpokladmi, ktoré musia byť splnené pre rozhodnutie súdu o nariadení neodkladného opatrenia. V príspevku je osobitná pozornosť venovaná porovnaniu s predchádzajúcou právnou úpravou predbežných opatrení podľa Občianskeho súdneho poriadku.

Kľúčové slová: neodkladné opatrenia, civilné právo procesné, právny poriadok Slovenskej republiky

INTERIM MEASURES UNDER THE CIVIL LITIGATION CODE

Summary

In the article entitled “Interim Measures under the Civil Litigation Code”, the author analyzes the issue of this institute in court proceedings which is possible in two cases, namely that the situation needs to be adjusted without delay or if there is a fear that enforcement of the judicial decision could be jeopardized. The aim of this article is to deal in detail with the purpose and assumptions that has to be met for a court decision ordering the interim measures. The article pays special attention to the comparison with the previous legal regulation on interim measures under the Code of Civil Procedure.

Keywords: interim measures, civil procedural law, legal order of the Slovak republic

Arkadiusz P. Szajna

Wyższa Szkoła Zarządzania Ochroną Pracy w Katowicach

ORCID: 0000-0001-6327-4234

KRADZIEŻ TZW. PLASTIKOWEGO PIENIĄDZA – ROZWAŻANIA NAD POJĘCIEM KARTY PŁATNICZEJ I JEJ KRADZIEŻĄ

Wprowadzenie

Narodowy Bank Polski podaje, iż na koniec I kwartału 2020 r. na rodzimym rynku znajdowało się 43,1 mln kart płatniczych (150 tys. kart więcej niż w grudniu 2019 r.)¹. Warto również odnotować, iż liczba kart na przestrzeni ostatnich 15 lat wzrosła ponad 2,5-krotnie².

Do najczęściej wydawanego typu kart w Polsce należały karty debetowe (80,5%), których łączna liczba wyniosła 34,7 mln sztuk i zwiększyła się w ciągu kwartału o 227 tys.³ Drugą kategorią najpopularniejszych kart w Polsce były karty kredytowe (13,1%), których łączna liczba wyniosła 5,6 mln sztuk⁴. Liczba tego rodzaju kart – mając na uwadze I kwartał 2020 r. – zmniejszyła się o 155 tys. (spadek o 3%)⁵, zaś jeżeli chodzi o karty zbliżeniowe, to na koniec marca 2020 r. w Polsce tego rodzaju kart było 37,3 mln sztuk, gdzie na koniec I kwartału 2020 r. udział kart zbliżeniowych w ogólnej liczbie kart płatniczych wynosił 86,4%⁶.

Istotna zmiana w systemie funkcjonowania kart płatniczych w Polsce – mająca miejsce w związku z rozprzestrzenianiem się epidemii COVID-19 – dotyczyła płatności zbliżeniowych, bowiem w marcu 2020 r. zwiększono kwotę, do której przy płatności kartą zbliżeniową (wydaną w ramach organizacji VISA lub Mastercard) nie jest wymagane podanie kodu PIN, z 50 do 100 zł⁷. Zmiana ta zosta-

¹ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja o kartach płatniczych I kwartał 2020 r.*, Warszawa 2020, s. 1.

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

ła podyktowana potrzebą ograniczenia kontaktu klientów z kasjerami oraz urządzeniami wyposażonymi w klawiaturę służącą do wprowadzania kodu PIN w punktach handlowo-usługowych, co mając na uwadze walkę z epidemią COVID-19, należy ocenić pozytywnie.

Biorąc pod uwagę znaczną liczbę kart płatniczych na polskim rynku, wzrost znaczenia posługiwania się kartami płatniczymi oraz zachęcanie społeczeństwa przez rząd, sklepy, banki czy organizacje płatnicze do płatności bezgotówkowych⁸ w związku z epidemią COVID-19, jako aktualne i niezwykle istotne należy uznać podjęcie się rozważań nad pojęciem karty płatniczej oraz kwalifikacją prawną jej kradzieży.

Pojęcie karty płatniczej oraz jej rodzaje

Aktualna legalna definicja karty płatniczej umieszczona została w art. 2 pkt 15a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych⁹, gdzie przez kartę płatniczą należy rozumieć „kartę uprawniającą do wypłaty gotówki lub umożliwiającą złożenie zlecenia płatniczego za pośrednictwem akceptanta lub agenta rozliczeniowego, akceptowaną przez akceptanta w celu otrzymania przez niego należnych mu środków, w tym kartę płatniczą w rozumieniu art. 2 pkt 15 rozporządzenia (UE) 2015/751”¹⁰. Do tej definicji odwołuje się również art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe¹¹.

Karty płatnicze umożliwiają całodobowy dostęp do środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku klienta banku. Jak słusznie wskazuje E.M. Kowalewska, „umożliwiają posiadaczowi karty kontakt nie tyle z bankiem, co z własnym rachunkiem bankowym, a ściślej ze środkami pieniężnymi, które na tym rachunku posiada”¹². Narzędzia te wykorzystywane są do dokonywania płatności, wypłaty środków pieniężnych z własnego rachunku bankowego za pośrednictwem bankomatów lub innych punktów oraz do realizacji wpłat środków pieniężnych na rachunek w banku¹³.

Odnosząc się do literatury przedmiotu, warto przywołać definicję zaproponowaną przez W. Chmielarza, który uważa, iż karta płatnicza to elektroniczny

⁸ W rozliczeniach bezgotówkowych można stosować karty płatnicze.

⁹ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. – o usługach płatniczych, tj. z dnia 26 marca 2020 r. (Dz.U. 2020, poz. 794).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, tj. z dnia 22 listopada 2019 r. (Dz.U. 2019, poz. 2357).

¹² E.M. Kowalewska, *Istota i znaczenie kart płatniczych w obrocie bezgotówkowym – systemie płatności detalicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, nr 65, s. 448.

¹³ *Ibidem*.

i indywidualny środek płatności ułatwiający dostęp do środków finansowych zgromadzonych na koncie¹⁴. Zaś W. Grzegorzczak twierdzi, że karta płatnicza to zespół środków techniczno-informacyjnych, magnetycznych, elektronicznych oraz teletransmisyjnych umożliwiających przeprowadzenie obrotu pieniężnego bez nośnika papierowego, zakładający trójstronne związki między bankiem, nabywcą oraz sprzedającym¹⁵.

K. Mikołajczyk wskazuje, że ustawodawca w rodzimych przepisach prawa nie dokonał wyszczególnienia rodzajów kart płatniczych, co może wynikać z konieczności zapewnienia stabilizacji przepisów prawa, mając na względzie szybki postęp technologiczny, zwłaszcza w branży bankowości elektronicznej¹⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, warto w tym miejscu zaprezentować klasyfikację kart płatniczych (z uwagi na sposób dokonywania płatności) opracowaną przez R. Każubskiego oraz Ł. Objętę, a przedstawioną m.in. w pracy K. Mikołajczyka¹⁷. Zatem możemy wyróżnić następujące karty:

1. Karta debetowa – powiązana jest z rachunkiem posiadacza karty i służy do wykonywania transakcji płatniczych¹⁸. Funkcjonuje na zasadzie rozliczenia transakcji wykonanej z użyciem karty natychmiast po otrzymaniu przez bank informacji o jej przeprowadzeniu¹⁹. Charakteryzuje się również tym, iż umożliwia zrealizowanie zakupów lub wypłatę gotówki do wysokości środków finansowych zgromadzonych na rachunku bankowym²⁰. W I kwartale 2020 r. liczba kart debetowych wyniosła 34,7 mln sztuk, czyli w porównaniu do kwartału poprzedniego zwiększyła się o 227 tys. (wzrost o 1%)²¹.
2. Karta kredytowa – jej otrzymanie nie wiąże się z koniecznością otwarcia rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego w banku²². Umożliwia skorzystanie z określonego przez dany bank limitu kredytowego. Nierzadko banki wyznaczają również tzw. okres bezodsetkowy, w którym można realizować płatności, korzystając z kredytu nieoprocentowanego²³. Jak wskazuje R. Maciejczyk, „posiadacz karty może np. spłacić tylko część zaciągniętego kredytu, ale wtedy bank pobiera odsetki od niespłaconej kwoty. Bank ustala limit

¹⁴ W. Chmielarz, *System elektronicznej bankowości*, Warszawa 2005, s. 23, za: T. Czyłok, K. Samiczak, *Skimming karty płatniczej*, Katowice 2018, s. 6–7.

¹⁵ W. Grzegorzczak, *Marketing bankowy*, Bydgoszcz–Łódź 2003, s. 157, za: T. Czyłok, K. Samiczak, *Skimming karty...*, s. 7.

¹⁶ K. Mikołajczyk, *Przestępstwa związane z wykorzystaniem bankowości elektronicznej – skimming*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2014, nr 10, s. 105.

¹⁷ *Ibidem*, s. 105–106.

¹⁸ *Ibidem*, s. 105.

¹⁹ R. Maciejczyk, *Bankowość elektroniczna – zagrożenia*, „Kwartalnik Policyjny” 2017, nr 4, s. 31.

²⁰ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 5.

²¹ *Ibidem*.

²² K. Mikołajczyk, *Przestępstwa związane...*, s. 105.

²³ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 6.

kredytowy, do którego wysokości posiadacz karty może dokonywać płatności w punktach handlowo-usługowych, dokonywać płatności zdalnych (przez telefon czy Internet), podejmować gotówkę z bankomatu. Każda z tych czynności rozliczana jest przez bank inaczej, w zależności od jej klasyfikacji, i skutkuje np. różnym oprocentowaniem transakcji gotówkowej (wypłata z bankomatu) i bezgotówkowej (płatność kartą w POS). Wydanie karty jest uzależnione od dochodów konsumenta i oparte jest na analizie zdolności kredytowej (jak przy zaciąganiu kredytu)”²⁴. Dane opublikowane przez Narodowy Bank Polski wskazują, że na koniec marca 2020 r. łączna liczba kart kredytowych wyniosła 5,6 mln sztuk²⁵.

3. Karta obciążeniowa – to zmodyfikowana karta kredytowa, z odroczonym terminem płatności²⁶. Może zawierać określony limit wydatków, bank może ją także wydać bez określenia górnego limitu wydatków²⁷. Raz w miesiącu przesyłany jest wykaz transakcji wykonanych z użyciem karty i jej posiadacz zobowiązany jest do spłaty całości zadłużenia w określonym czasie²⁸. Dane opublikowane przez Narodowy Bank Polski wskazują, że na koniec marca 2020 r. liczba kart obciążeniowych wynosiła 216 tys. sztuk²⁹.
4. Karta bankomatowa – karta przeznaczona wyłącznie do realizowania wypłat gotówki np. z bankomatu i dokonywania innego typu operacji bankowych³⁰. Jak wskazuje K. Mikołajczyk, „z uwagi na niską funkcjonalność tego rodzaju karty (brak możliwości dokonywania płatności bezgotówkowych), w obrocie praktycznie się jej już nie spotyka”³¹.
5. Karta przedpłacona – umożliwia zrealizowanie płatności za pomocą środków finansowych znajdujących się na rachunku płatniczym, który jest do tej karty przypisany³². Przed jej użyciem należy ww. rachunek doładować poprzez np. polecenie przelewu³³. Jak podaje R. Maciejczyk, „karty z możliwością doładowywania są wykorzystywane przez firmy i instytucje do przekazywania środków pieniężnych, np. do wypłacania różnego typu świadczeń, takich jak: zasiłki socjalne, stypendia, wynagrodzenia dla pracowników sezonowych czy pracowników nieposiadających rachunku bankowego; są również stosowane w programach nagradzania pracowników czy w programach lojalnościowych, do wypłat nagród pieniężnych w programach promocyjnych czy do rozlicza-

²⁴ R. Maciejczyk, *Bankowość elektroniczna...*, s. 32.

²⁵ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 6.

²⁶ K. Mikołajczyk, *Przestępstwa związane...*, s. 105.

²⁷ R. Maciejczyk, *Bankowość elektroniczna...*, s. 31.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 8.

³⁰ K. Mikołajczyk, *Przestępstwa związane...*, s. 106.

³¹ *Ibidem*.

³² NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 8.

³³ *Ibidem*.

nia delegacji pracowników”³⁴. Dane opublikowane przez Narodowy Bank Polski wskazują, że na koniec marca 2020 r. liczba kart przedpłaconych wynosiła 2,57 mln sztuk³⁵.

6. Karta wirtualna – karta, której działanie przypomina kartę przedpłaconą, z tym że nie ma ona formy fizycznej i nie można nią płacić w stacjonarnych punktach sprzedaży³⁶ (choć niektóre karty można podpiąć pod usługi pozwalające płacić za pomocą telefonu)³⁷. Wykorzystywana jest do płatności dokonywanych za pośrednictwem internetu³⁸. Mając ją, nie wybieremy gotówki z bankomatu ani nie wpłacimy jej do wpłatomatu. W Polsce liczba tego rodzaju kart rośnie z roku na rok, ale ich udział w rynku nie przekracza 2%³⁹.

Mając zatem na uwadze powyższe, w tym art. 2 pkt 15a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych na potrzeby rozważań będących przedmiotem części trzeciej niniejszego artykułu, w ślad za T. Tyburcynem można wyróżnić „kartę płatniczą *sensu stricto*, której jedyną funkcją jest możliwość dokonywania zapłaty za towar lub usługę. Natomiast karta płatnicza w znaczeniu *sensu largo* uprawnia do płacenia oraz do wypłaty gotówki z automatu bankowego. Analogiczny podział można przyjąć dla karty bankomatowej, tj. kartą bankomatową *sensu stricto* jest karta uprawniająca wyłącznie do poboru gotówki z bankomatu. Natomiast kartą bankomatową *sensu largo* jest karta płatnicza *sensu largo*, czyli uprawniająca do zapłaty za towar lub usługę oraz do podjęcia gotówki z automatu bankowego”⁴⁰.

Karta płatnicza, karta bankomatowo-płatnicza oraz karta bankomatowa w świetle art. 115 § 9 i 14 k.k.

Przeprowadzając rozważania w odniesieniu do zagadnienia będącego jednocześnie tytułem niniejszej części artykułu, należy wskazać, iż w tzw. słowniczku k.k., a konkretnie w art. 115 § 9 k.k., stwierdza się, iż rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce. Czy karta płatnicza oraz karta bankomatowo-płatnicza jest „innym środkiem płatniczym”? Jeżeli tak, to czy jest nim także karta bankomatowa?

³⁴ R. Maciejczyk, *Bankowość elektroniczna...*, s. 31.

³⁵ NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja...*, s. 8.

³⁶ <https://www.pep.pl/porady/czym-jest-karta-wirtualna-99.html> (20.09.2020).

³⁷ <https://cinkciarz.pl/nawosci/blog/technologie/czym-jest-wirtualna-karta-płatnicza> (20.09.2020).

³⁸ K. Mikołajczyk, *Przestępstwa związane...*, s. 106.

³⁹ <https://www.pep.pl/porady/czym-jest-karta-wirtualna-99.html> (20.09.2020).

⁴⁰ T. Tyburcy, *Kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (art. 278 § 5 k.k.) jako przykład kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2016, t. XLI, s. 74.

Zanim zostanie udzielona odpowiedź na wyżej postawione pytanie, należy wskazać za T. Tybureym, że „Kodeks karny z 1997 r. przedmiot wykonawczy kradzieży określił jako «rzecz», rezygnując z pojęcia «mienie», które występowało w poprzednim k.k. Skutkiem tej zmiany ustawodawczej jest stosowanie cywilistycznej definicji rzeczy”⁴¹. Tak cywilistyczne pojmowanie rzeczy nie obejmuje jednak swoim zasięgiem pojęciowym np. pieniędzy, dlatego też ustawodawca w art. 115 § 9 k.k. rozszerzył pojęcie rzeczy na polski lub obcy pieniądź oraz inny środek płatniczy i dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce⁴².

Przechodząc do zagadnienia związanego z postawionym powyżej pytaniem, należy wskazać istotne cechy kart płatniczych, na które zwrócił uwagę Sąd Najwyższy: „Nie sposób nie zauważyć, że w ustawowej definicji karty płatniczej odróżnia się dwie funkcje takiej karty, tj. funkcję bezgotówkowej zapłaty oraz funkcję wypłaty gotówki. Prowadzi to do kolejnego, istotnego spostrzeżenia, że nie każda karta płatnicza pełni funkcję płatniczą”⁴³. Zaliczenie więc karty płatniczej do grupy innych środków płatniczych wymagać będzie tożsamości funkcji, jaką pełni pieniądź⁴⁴. Zatem wobec niematerialnej postaci pieniądza bezgotówkowego karta płatnicza powinna umożliwiać dokonanie zapłaty za towar lub usługę⁴⁵.

Mając powyższe na uwadze, za istotne dla dalszych rozważań w świetle przepisów k.k. należy uznać zaprezentowanie podziału kart płatniczych ze względu na funkcje płatnicze, jakie pełnią. Dzieliąc je zatem na karty płatnicze (umożliwiają dokonanie zapłaty za towar lub usługę)⁴⁶, karty bankomatowo-płatnicze (uprawniają do płacenia za towar lub usługę oraz do wypłaty gotówki z automatu bankowego)⁴⁷ i karty bankomatowe (uprawniają wyłącznie do poboru gotówki z bankomatu)⁴⁸, dochodzimy do przekonania, że jedynie karty bankomatowe nie są przeznaczone do dokonywania płatności za zawierane transakcje, co wyłącza je tym samym z grona innych środków płatniczych⁴⁹.

Powyższe stanowisko wspierają poniżej zacytowane fragmenty orzeczeń:

1. „Karta płatnicza, jako elektroniczny instrument dostępu do środków pieniężnych na odległość, umożliwiający elektroniczną identyfikację posiadacza nie-

⁴¹ *Ibidem*, s. 77.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Uchwała SN – Izba Karna z dnia 23 października 2002 r., sygn. I KZP 31/02, Legalis nr 55220.

⁴⁴ R. Kędziora, *Charakter prawny kart płatniczych w prawie karym*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12, s. 62–63.

⁴⁵ *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 278, pkt V, nr 1.

⁴⁶ Inaczej: karty płatnicze *sensu stricto*.

⁴⁷ Inaczej: karty płatnicze *sensu largo*.

⁴⁸ Inaczej: karty bankomatowe *sensu stricto*.

⁴⁹ *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 278, pkt V, nr 1.

zbędną do dokonania zapłaty, jest «innym środkiem płatniczym» w rozumieniu art. 310 § 1 KK⁵⁰.

2. „Karta płatnicza spełniająca funkcję płatniczą należy do zbioru desygnatów pojęcia «inny środek płatniczy» w rozumieniu art. 310 § 1 i § 2 KK⁵¹.”
3. „Karta płatnicza służy nie tylko do wypłaty gotówki z bankomatu, ale również do zapłaty za towary i usługi. Jest więc tożsama w tych funkcjach do pieniądza gotówkowego. Obie te właściwości nakazują więc traktować kartę płatniczą jako «inny środek płatniczy». Podpis złożony na karcie stanowi jej integralny element, potwierdza on prawo konkretnej osoby do dokonywania zapłat oraz służy do identyfikacji tej osoby w momencie dokonywania tych czynności⁵²,”
4. „Natomiast karty spełniające funkcję płatniczą (tzw. karta płatnicza w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz karta kredytowa) mogą być uznane za inny środek płatniczy w rozumieniu art. 115 § 9 KK. Są one bowiem nośnikiem niematerialnego pieniądza bankowego. Stanowią zatem elektroniczne instrumenty płatnicze w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 19 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. z 2002 r. Nr 169, poz. 1385 ze zm.)⁵³.”

Podsumowując należy uznać, iż karty płatnicze oraz karty bankomatowo-płatnicze należą do kategorii innych środków płatniczych w myśl art. 115 § 9 k.k., będąc tym samym w świetle przedmiotowego przepisu rzeczami ruchomymi: „Kartą płatniczą jest rzecz ruchoma, identyfikująca imiennie przez opatrzenie podpisem jej posiadacza, pozwalająca zidentyfikować wydawcę, stwierdzająca wynikające z umowy o kartę płatniczą uprawnienie posiadacza do dokonywania wypłaty gotówki lub zawierania z akceptantami umów rodzących obowiązek świadczenia pieniężnego bez konieczności świadczenia gotówką, wydawana przez banki, instytucje ustawowo upoważnione do udzielania kredytu i inne instytucje finansowe⁵⁴”. Jedynie karta bankomatowa uprawniającą wyłącznie do podjęcia pieniędzy z bankomatu nie mieści się w zakresie tego przepisu⁵⁵. Może w takim razie należałoby ją uznać za dokument w świetle art. 115 § 14 k.k.?

Udzielając odpowiedzi na to pytanie, trzeba wyjaśnić, iż definicja legalna dokumentu została przedstawiona w art. 115 § 14 k.k., gdzie wykorzystano dwa kryteria kwalifikujące, tj. formę oraz prawne znaczenie dokumentu. Odnosząc się do pierwszego kryterium, należy stwierdzić, że za dokument trzeba uznać każ-

⁵⁰ Postanowienie SN – Izba Karna z dnia 7 października 2003 r., sygn. V KK 39/03, *Legalis* nr 60971.

⁵¹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. II AKa 467/02, *Legalis* nr 56595.

⁵² Wyrok SA w Katowicach z dnia 26 października 2004 r., sygn. II AKa 295/04, *Legalis* nr 70507.

⁵³ Wyrok SA we Wrocławiu – II Wydział Karny z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. II AKa 385/11, *Legalis* nr 434355.

⁵⁴ Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 sierpnia 2007 r., sygn. VI ACa 380/07, *Legalis* nr 177669.

⁵⁵ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, *Legalis*, komentarz do art. 278, pkt I, nr 9.

dy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji⁵⁶. Zaś drugie – zdaniem P. Daniluka – wskazuje, że z danym dokumentem ma być związane określone prawo bądź też – ze względu na zawartą w nim treść – musi on stanowić dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne⁵⁷. Zatem konieczne jest spełnienie obydwu wskazanych kryteriów, aby można było mówić o dokumencie w świetle art. 115 § 14 k.k.

Karta bankomatowa to plastikowa karta magnetyczna, która posiada zaktualizowane informacje dotyczące numeru konta, kod wejścia do systemu, a także dane określające ilość pieniędzy możliwych do pobrania⁵⁸. Istotne jest to, że przeznaczona ona jest tylko do użytku w bankomacie, tj. do wypłaty gotówki bądź też sprawdzenia salda⁵⁹.

Mając na uwadze powyższe informacje oraz fakt, iż karta bankomatowa nie posiada funkcji płatniczej, należy uznać, iż jest ona dokumentem w rozumieniu art. 115 § 14 k.k., ponieważ związane jest z nią prawo do podjęcia pieniędzy z bankomatu, dzięki czemu staje się ona przedmiotem przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów⁶⁰.

Przestępstwo kradzieży karty płatniczej, karty bankomatowo-płatniczej oraz karty bankomatowej

Przedmiotem wykonawczym kradzieży określonej w art. 278 § 1 k.k. jest cudza rzecz ruchoma. Pojęcie to – w myśl przepisów k.k. – należy definiować, odnosząc się do przepisów prawa cywilnego oraz art. 115 § 9 k.k. Zatem na gruncie prawa karnego ma ona szersze znaczenie. Warto więc w tym miejscu podkreślić, że w myśl przepisów prawa cywilnego rzecz ruchoma może być częścią składową innej rzeczy i na czas połączenia z tą rzeczą traci ona swój samodzielny charakter⁶¹. Jak w komentarzu do art. 278 k.k. wskazuje T. Oczkowski, „część składowa innej rzeczy może być jednak przedmiotem kradzieży, o ile zostanie przez sprawcę od tej rzeczy odłączona i stanie się po odłączeniu przedmiotem zaboru jako samodzielna, odrębna rzecz”⁶². L. Wilk w swoim komenta-

⁵⁶ *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 115, pkt XII, nr 1.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, Legalis, komentarz do art. 278, pkt I, nr 9.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ T. Tyburcy, *Kradzież karty...*, s. 77; R. Kędziora, *Charakter prawny...*, s. 61.

⁶¹ *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 115, pkt XII, nr 1.

⁶² *Ibidem*, komentarz do art. 278, pkt I, nr 2, za: M. Siwek, Glosa do wyroku SA z 09.12.2002 r., II AKa 306/02, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003, nr 3, s. 153–154.

rze do art. 278 k.k. podaje, że przyjęcie cywilistycznego znaczenia pojęcia rzeczy ruchomej, według którego połączenie różnych elementów powoduje utratę ich samodzielnego bytu prawnego, prowadziłoby do uznania, że części składowe ruchomości nie mogą stać się przedmiotem kradzieży⁶³. Podkreśla więc, że z tak przyjętego punktu widzenia „trudno wytłumaczyć, dlaczego np. wymontowanie z pojazdu silnika czy też radia samochodowego w celu przywłaszczenia miałyby nie być kradzieżą. Dlatego przyjmuje się w doktrynie karnej, że części składowe ruchomości mieszczą się w zakresie pojęcia «rzecz ruchoma» użytego w przepisie typizującym kradzież”⁶⁴.

Kiedy możemy uznać, że dana rzecz jest cudza? Otóż wtedy, gdy nie stanowi ona własności sprawcy⁶⁵. Zatem przedmiotem wykonawczym kradzieży nie może być rzecz zgubiona (podlega ona ochronie z art. 284 § 3 k.k.)⁶⁶. Ponadto nie ma możliwości dokonania kradzieży rzeczy niczyjej, ponieważ nie jest ona rzeczą cudzą i może zostać nabyta zgodnie z prawem na własność przez załączenie (art. 181 k.c.)⁶⁷.

Skoro w części trzeciej niniejszego opracowania przyjęto, iż w myśl art. 115 § 9 k.k. rzeczami ruchomymi są karty bankomatowo-płatnicze oraz karty płatnicze jako inne środki płatnicze, to należałoby uznać, że w świetle art. 278 § 1 k.k. są one przedmiotem czynności wykonawczej określonym w tym właśnie przepisie k.k. Jednak w przedmiotowych rozważaniach musimy pamiętać o konstrukcji tzw. czynu przepołowionego. Zatem uznając, że kradzież przedmiotowych kart jest dokonana w chwili wyjęcia ich spod władztwa uprawnionego podmiotu (bez konieczności podejmowania kroków zmierzających do wypłaty środków z rachunku, do którego została wydana), to dla ustalenia wartości przedmiotu zaboru w przypadku tego rodzaju zachowań powinna mieć zastosowanie wyłącznie wartość plastiku, z którego karta została wyprodukowana⁶⁸. Oznaczałoby to, że zabór karty zwykle stanowiłby wykroczenie, o którym mowa w art. 119 k.w., ponieważ wartość plastiku, z którego karty są wykonane, nie przekracza zwykle 500 zł. Ustalenie wartości przedmiotu zaboru we wskazany powyżej sposób w przypadku kart posiadających funkcje płatnicze nie powinien być praktykowany. Słusznie wskazuje Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, że „w przypadku kradzieży tego rodzaju kart sprawca zabiera w istocie nośnik pieniądza bankowego zapisanego na rachunku bankowym. Sprawca zabiera więc nośnik do całości pieniądza banko-

⁶³ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 278, pkt VB, nr 3.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 278, pkt IIIA, nr 1.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Wyrok SA we Wrocławiu – II Wydział Karny z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. II AKA 385/11, Legalis nr 434355.

wego znajdującego się na rachunku posiadacza karty, a więc do całego tzw. salda na rachunku bankowym (bądź rachunku kredytowym – w przypadku karty kredytowej)⁶⁹. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że kradzież karty z funkcją płatniczą należy za każdym razem kwalifikować z art. 278 § 1 k.k. w przypadku, gdy na rachunku jej właściciela znajduje się kwota wyższa niż 500 zł, niezależnie od tego, jaka faktycznie kwota została przez sprawcę za pomocą takiej karty wypłacona⁷⁰. Wskazać należy, ale na marginesie przedmiotowych rozważań, iż dokonanie lub usiłowanie dokonania wypłaty środków za pomocą uprzednio skradzionej karty powinno być oceniane jako odrębny czyn⁷¹.

Należy teraz przejść do zagadnienia związanego z kradzieżą karty bankomatowej, która nie posiada funkcji płatniczej. Dzięki rozważaniom poczynionym w części trzeciej niniejszego artykułu wiemy, że tego typu karty nie są innymi środkami płatniczymi i tym samym rzeczami ruchomymi w świetle art. 115 § 9 k.k., co również w uchwale podkreślił Sąd Najwyższy: „Karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego nie jest «rzeczą ruchomą» w rozumieniu art. 284 § 1 KK”⁷². Zatem skoro zostały one wyłączone spod art. 278 § 1 k.k., to czy istnieje jakiś przepis w k.k., który odnosi się do kradzieży tego typu kart? Tak i jest nim art. 278 § 5 k.k., co potwierdza w orzeczeniu Sąd Apelacyjny we Wrocławiu: „W art. 278 § 5 KK stypizowano zachowanie polegające m.in. na kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego”⁷³ oraz „Jak to już wyżej wskazano, karta bankomatowa stanowi jeden z trzech rodzajów kart płatniczych. Wynika z tego zatem, że na podstawie art. 278 § 5 KK penalizowana jest kradzież tylko jednego rodzaju karty płatniczej, a mianowicie karty bankomatowej (uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego)”⁷⁴. Ponadto należy dodać, że czyn zabroniony określony w art. 278 § 5 k.k. nie jest typem przepołowionym ze względu na wartość przedmiotu wykonawczego. Do takiej konstatacji prowadzi nas interpretacja sformułowania „odpowiedniego stosowania” przepisów o kradzieży rzeczy ruchomej do kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, zawartej w art. 285 § 5 k.k. Słusznie w swoim komentarzu do art. 278 k.k. pisze L. Wilk, że nie jest to stosowanie wprost, lecz z modyfikacją uzasadnioną tym, że w k.w. nie ma typów specjalnych kradzieży, które odnosiłyby się do kradzieży takiej karty⁷⁵. Zatem w ślad za tym autorem należy uznać, że „formuła «odpowiednie-

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Uchwała SN – Izba Karna z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 33/03, Legalis nr 59214.

⁷³ Wyrok SA we Wrocławiu – II Wydział Karny z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. II AKa 385/11, Legalis nr 434355.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 278, pkt VB, nr 7.

go stosowania» zawarta w art. 278 § 5 KK dotyczy wyłącznie znamion przestępstwa kradzieży rzeczy ruchomej i sankcji za ten czyn, nie dotyczy zaś jego przepełnienia⁷⁶. Tak więc kradzież karty bankomatowej, która nie posiada funkcji płatniczej, należy kwalifikować jako przestępstwo niezależnie od wartości przedmiotu wykonawczego.

Podsumowanie

Kończąc przedmiotowe rozważania, należy stwierdzić, że wyłącznie kradzież karty bankomatowej wypełnia znamiona występkę z art. 278 § 5 k.k. Z kolei kradzież karty z funkcją płatniczą w zależności od wartości przedmiotu wykonawczego może wypełniać znamiona kradzieży z art. 278 § 1 k.k. (w przypadku, gdy wartość przedmiotu wykonawczego przekracza 500 zł) lub wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. (w przypadku, gdy wartość przedmiotu wykonawczego nie przekracza 500 zł). Dodatkowo należy mieć na uwadze, iż w sytuacji, gdy doszło do kradzieży karty posiadającej funkcję płatniczą, wartość przedmiotu wykonawczego stanowi całość dostępnego na jej podstawie pieniądza bankowego znajdującego się w chwili zaboru na rachunku jej posiadacza⁷⁷.

Bibliografia

- Czyłok T., Samiczak K., *Skimming karty płatniczej*, Katowice 2018.
- Kędziora R., *Charakter prawny kart płatniczych w prawie karym*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12.
- Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, Legalis.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, Legalis.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis.
- Kowalewska E.M., *Istota i znaczenie kart płatniczych w obrocie bezgotówkowym – systemie płatności detalicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, nr 65.
- Maciejczyk R., *Bankowość elektroniczna – zagrożenia*, „Kwartalnik Policyjny” 2017, nr 4.
- Mikołajczyk K., *Przestępstwa związane z wykorzystaniem bankowości elektronicznej – skimming*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2014, nr 10.
- NBP, Departament Systemu Płatniczego, *Informacja o kartach płatniczych I kwartał 2020 r.*, Warszawa 2020.
- Tyburcy T., *Kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (art. 278 § 5 k.k.) jako przykład kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2016, t. XLI.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Wyrok SA we Wrocławiu – II Wydział Karny z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. II AKa 385/11, Legalis nr 434355.

Streszczenie

Przedmiotem rozważań poczynionych w niniejszym artykule są zagadnienia związane z pojęciem karty płatniczej oraz kwalifikacją prawną jej kradzieży w zależności od tego, czy jest to karta płatnicza, bankomatowo-płatnicza, czy karta bankomatowa. Autor po przeanalizowaniu literatury oraz orzecznictwa dochodzi do przekonania, iż wyłącznie kradzież karty bankomatowej wypełnia znamiona występkę z art. 278 § 5 k.k., natomiast kradzież karty z funkcją płatniczą w zależności od wartości przedmiotu wykonawczego może wypełniać znamiona kradzieży z art. 278 § 1 k.k. (w przypadku, gdy wartość przedmiotu wykonawczego przekracza 500 zł) lub wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. (w przypadku, gdy wartość przedmiotu wykonawczego nie przekracza 500 zł). Konkludując, zwraca również uwagę na to, iż w sytuacji, gdy doszło do kradzieży karty posiadającej funkcję płatniczą, wartość przedmiotu wykonawczego stanowi całość dostępnego na jej podstawie pieniądza bankowego znajdującego się w chwili zaboru na rachunku jej posiadacza.

Słowa kluczowe: karta płatnicza, kradzież

THEFT OF „PLASTIC MONEY” – REFLECTING ON THE CONCEPT OF A PAYMENT CARD AND ITS THEFT

Summary

The subject of considerations made in this article are related issues with the concept of a payment card and the legal qualification of its theft, depending on whether it is a payment card or an ATM card. After analyzing the literature and jurisprudence, the author comes to the conclusion that only the theft of an ATM card should be qualified as an offense under Art. 278 § 5 of the Criminal Code. On the other hand, the theft of a card with a payment function, depending on the value of the executive object, may constitute theft under Art. 278 § 1 of the Criminal Code (if the value of the executive subject exceeds PLN 500) or offenses under Art. 119 § 1 of the Petty Offenses Code (if the value of the executive subject does not exceed PLN 500). In conclusion, the author also points out that in a situation where a card with a payment function has been stolen, the value of the subject of the theft is the entire amount of money on the owner's account at the time of the theft.

Keywords: payment card, theft

Mariusz Wierzbowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-5261-4245

TAJEMNICA BANKOWA I JEJ OGRANICZENIA

Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu jest analiza dynamicznie zmieniającej się koncepcji tajemnicy bankowej w kontekście transparentności czy przejrzystości transakcji bankowych. Gwarantowana przez przepisy prawa tajemnica bankowa doznaje jednak licznych ograniczeń wynikających z innych przepisów prawa krajowego czy międzynarodowego. Te ograniczenia mają zatem charakter już nie tylko krajowy czy lokalny, ale również międzynarodowy.

Współcześnie tajemnica bankowa, choć regulowana wieloma przepisami, zacieśnia się coraz bardziej przez regulacje międzynarodowe, gdyż państwa ratyfikujące takie umowy chcą uzyskiwać wszelkie informacje odnośnie do kapitału, który ich obywatele umieszczają w bankach innych krajów w celu uniknięcia podatków, a wpływa to znacząco na istotność tajemnicy bankowej, także w prawodawstwie RP.

Celem badania jest poszukiwanie odpowiedzi na pytania: Na ile tajemnica bankowa chroni interesy klientów banków? Czy klienci banków mogą być pewni, że na podstawie obowiązujących przepisów prawa ich depozyty są pewne? Czy zagrożenia dla bezpieczeństwa depozytów płyną nie tylko ze strony organów państwowych, ale też zorganizowanej przestępczości czasami powiązanej z pracownikami banków?

Hipotezą badawczą jest twierdzenie, według którego tajemnica bankowa staje się coraz bardziej iluzoryczną instytucją, zwłaszcza wobec działań organów państwowych. W opracowaniu została zastosowana metoda prawnodogmatyczna oraz opisowa.

Tajemnica bankowa

Na początku należy wyjaśnić, czym jest tajemnica bankowa oraz jaki jest jej zakres obowiązywania. Jednym z kluczowych obowiązków banków jest respektowanie tajemnicy bankowej, o której wprost jest mowa w art. 104 oraz 105 ustawy

z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe¹: „Bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje”.

Przedmiotem tajemnicy są wszelkie czynności bankowe określone w art. 5 ust. 1 p.b. Zawarty tam katalog czynności nie stanowi zbioru zamkniętego. Tajemnica bankowa obejmuje nie tylko czynności wymienione przez ustawę, ale również dotyczy jakichkolwiek informacji, które bank otrzymuje lub przekazuje². Jako przykład asygnowania informacji można podać zawierane przez banki umowy outsourcingowe, które reguluje art. 6a p.b.³

Ponadto jak wskazuje orzecznictwo, „tajemnicą bankową są objęte nie tylko informacje o czynnościach banków, ale i nośniki informacji (w tym dokumenty) zawierające te informacje. Inaczej powstałaby sytuacja, w której nośnik informacji byłby wydawany bez uchylenia tajemnicy bankowej, a udzielenie informacji zawartej na tym nośniku podlegałoby tajemnicy. Tajemnicą bankową są objęte wszystkie informacje powierzone bankowi przez klienta, także dla przygotowania czynności banków, jak wniosek kredytowy i jego uzasadnienie wraz z załączonymi dokumentami. Informacje te warunkują czynności banków, bo bez nich nie doszłoby do tych czynności, dlatego przesłanki objęcia ich tajemnicą bankową są identyczne jak przesłanki tajemnicy samych czynności. Sąd Najwyższy zauważa, że (...) tajemnicę bankową obejmują również informacje co do zabezpieczenia wierzytelności banku związanej z czynnością bankową, w tym dane personalne osoby składającej takie zabezpieczenie albo mającej je złożyć”⁴.

W powyższym orzeczeniu jest mowa o informacjach powierzonych bankowi przez klienta. Tajemnicą objęte są też dane osobowe, co jest zagwarantowane w art. 47 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”⁵. Do zakresu obowiązków dochowania tajemnicy przez bank należy ochrona wszelkich danych klientów. Bank bez zgody klienta nie jest uprawniony do dysponowania nimi inaczej niż w ramach określonych przepisami prawa⁶. Ponadto ochrona danych osobowych osób fizycznych przez banki została wzmocniona rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchy-

¹ Dz.U. 2019, poz. 2357, dalej: p.b.

² Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, Lex, rozdz.: art. 105.

³ B. Bińkowska-Artowicz, *Informacja gospodarcza. Informacja kredytowa*, Warszawa 2014, rozdz. 3.

⁴ Uchwała SN z dnia 23 maja 2006 r., sygn. I KZP 4/06, Lex.

⁵ Art. 47 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., dalej: Konstytucja RP.

⁶ Art. 57 Konstytucji RP.

lenia dyrektywy 95/46/WE⁷, a także na podstawie polskiej ustawy implantującej dyrektywę z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych⁸.

W art. 74 rozporządzenia na instytucję przechowującą dane osobowe nałożono odpowiedzialność prawną w przypadku naruszenia tajemnicy oraz zobowiązanie administratora do zapewnienia odpowiednich środków bezpieczeństwa gromadzonych informacji⁹. Ponadto powinien on być w stanie wykazać, że czynności przetwarzania są zgodne z rozporządzeniem.

Przepisy ograniczające tajemnicę bankową

W zakresie czasowego obowiązywania tajemnicy bankowej ustawodawca nie wskazuje jasno prekluzyjnego terminu, w którym tajemnica przestaje obowiązywać, zatem możemy interpretować, że dane, które bank nabywa, stają się ezoteryczne w chwili uzyskania pierwszej, nawet z pozoru nieistotnej informacji i jest ona chroniona według art. 104 p.b. W sytuacji próby interpretacji przepisów i ustalenia ram czasowych tajemnicy dochodzimy do wniosku, że obowiązuje ona bezterminowo, zarówno gdy nie doszło ostatecznie do zawarcia umowy, a bank uzyskał informacje, jak i w przypadku upływu terminu obowiązywania umowy. W kwestii obowiązywania ram czasowych wypowiedział się Sąd Najwyższy którego wyrok brzmi następująco: „Przepis art. 104 ust. 1 ustawy z 1997 r. Prawo bankowe nie precyzuje, czy wymienione w nim podmioty obowiązane są do zachowania tajemnicy bankowej także po utracie określonego w nim statusu. Nie wskazuje też końcowego terminu związania tych podmiotów obowiązkiem zachowania tajemnicy. Trzeba zatem uznać, że obowiązek ten jest bezterminowy. Zastosowanie odmiennego rozwiązania ograniczyłoby w sposób istotny efektywność ochrony beneficjentów tajemnicy bankowej. Konstatacja ta prowadzi do wniosku, że obowiązek zachowania tajemnicy bankowej spoczywa również na byłym pracowniku banku, a naruszenie przez niego tego obowiązku może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą banku. Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej stanowi czynność powierzoną pracownikowi banku nie tylko na czas trwania stosunku pracy, ale i na okres po jego ustaniu. W takim ujęciu nie ma przeszkód do przyjęcia odpowiedzialności banku za szkodę spowodowaną ujawnieniem tajemnicy przez byłego pracownik”¹⁰.

Powyższe podstawy prawne określają prawa konsumenta w związku z ochroną jego danych, jednak tajemnica bankowa nie jest absolutna, a więc są sytuacje,

⁷ Dz.U. UE z 4 maja 2016 r., L 119/1.

⁸ Dz.U. 2019, poz. 1781.

⁹ K. Mariusz, *Tajemnice zawodowe i ochrona danych osobowych w instytucjach finansowych*, Warszawa 2015, rozdz. 1.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 19 lutego 2010 r., sygn. IV CSK 428/09, Lex.

w których to bank ma prawo lub jest zobowiązany do udzielenia informacji objętych tajemnicą. Sytuacje, w których bank jest zwolniony z tajemnicy, ustawodawca zawarł w art. 104 ust. 2 p.b.

Znajdziemy w nim 12 sytuacji, w których ustawodawca zobowiązuje instytucję finansową do ujawnienia informacji, lecz warunkiem musi być ich niezbędność do wykonania umowy lub istota i charakter czynności wymaga ujawnienia tych informacji¹¹. Obejmuje to m.in. udzielenie informacji adwokatom lub radcom prawnym, którzy świadczą usługi na rzecz banku.

Organ władzy ustawodawczej określa też wyłączne okoliczności, w których bank jest zobowiązany do udzielenia informacji objętych tajemnicą. Zostały one wskazane w art. 105 p.b., lecz nie będę omawiać wszystkich ustępów ww. artykułu, ponieważ nie jest to istotą tej publikacji. Podejmę się analizy jedynie tych pozycji, które według mnie są najbardziej istotne.

Istotnym zjawiskiem dotyczącym zarówno prawa bankowego, jak i tajemnicy bankowej jest pranie brudnych pieniędzy. Ustawami, które regulują to przestępstwo, są m.in. p.b. i k.k. Artykuł 106 p.b. przydziela bankowi obowiązki przeciwdziałania wykorzystywania jego instytucji jako środka do popełnienia ww. przestępstwa. W k.k. przestępstwo prania brudnych pieniędzy jest regulowane w art. 299 w następującym brzmieniu: „Kto środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, posiada, używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje ich transferu lub konwersji, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiadania albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. W tym przypadku karze podlega również pracownik instytucji finansowej „działający w imieniu lub na rzecz banku”, który ułatwia swoim postępowaniem dokonanie przestępstwa. Czynności, które mogą wspomóc popełnienie przestępstwa, to m.in. brak zarejestrowania klienta, niszczenie dokumentacji, transakcje powiązane, przyjmowanie dużych kwot w niskich nominałach lub nieuzasadnione udzielenie kredytu¹². Taka osoba może także odpowiadać za pomocnictwo z tytułu art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 183 ust. 1 u.o.n.n.f., umyślnie ułatwiając popełnienie przestępstwa giełdowego¹³ poprzez nienależyte wykonanie swoich obowiązków. Ważnym aspektem jest też występowanie przestępstwa poplecznictwa w instytucji finansowej. Pracownik, który umyśle utrudnia postępowanie karne, podlega karze z art. 239

¹¹ Art. 104 ust. 2 pkt 1 p.b.

¹² J. Wójcik, *Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej*, WKP 2011, Lex, rozdz. 9.

¹³ A. Ochnio, *Blokada rachunku i wstrzymanie transakcji jako środki przymusu w procesie karnym*, Lex 2015, rozdz. VII.

§ 1 k.k. W przypadku przyjęcia korzyści w zamian za niedopełnienie obowiązku, jakim jest blokada rachunku lub wstrzymanie transakcji, taka osoba może również odpowiadać za korupcję z art. 228 § 3 k.k.

Instytucje mające prawo dostępu do informacji objętych tajemnicą bankową

Komisja Nadzoru Finansowego

Omówienie uprawnień Komisji Nadzoru Finansowego w związku z nadzorem bankowym należy zacząć od art. 133 p.b., który określa jego cele oraz wymienia czynności nadzorcze. Ustęp 1 wymienia cele nadzoru, który ogólnie ma zapewnić bezpieczeństwo środków pieniężnych oraz sprawdzić zgodność działalności banków z wszystkimi ustawami je obowiązującymi. Z kolei uzupełniający ust. 2 wskazuje poszczególne czynności podejmowane przez Komisję w ramach kontroli, lecz użyte przez legislatora sformułowanie „w szczególności” sugeruje wniosek, że podane czynności mają charakter przykładowy, a nie generalny. Taka sytuacja powoduje konflikt pomiędzy tajemnicą bankową a interesem Komisji, która do przeprowadzenia należytej kontroli potrzebuje uzyskania koniecznych informacji, które są chronione wcześniej wspomnianą tajemnicą. W tym celu wprowadzony został art. 105 pkt 1 ust. 2 lit. a p.b., który przyznaje Komisji Nadzoru Finansowego bezkompromisowe uprawnienia w zakresie uzyskiwania informacji objętych tajemnicą bankową. Przepis ten przyznaje nie tylko ogólne uprawnienia, ale także wskazuje poszczególne podmioty Komisji uprawnione do żądania od banku informacji, a są to: pracownicy Komisji oraz osoby upoważnione uchwałą Komisji w zakresie wskazanym w upoważnieniu. Prawa osób upoważnionych uchwałą są szczególnie interesujące, gdyż grupa tych osób otrzymuje również uprawnienia z tytułu art. 139 ust. 1 pkt. 2 p.b. Podejmując próbę zrozumienia zjawiska przyznawania praw grupie tych osób w dwóch osobnych artykułach tej samej ustawy, dochodzimy do wniosku, że legislator miał na celu zapewnienie Komisji bezwzględnych kompetencji co do upoważniania, jednocześnie nie pozostawiając miejsca na rozważania co do słuszności tych decyzji oraz przywilejów osób upoważnionych. Podsumowując prawa Komisji Nadzoru Finansowego wynikające z p.b. odnośnie do żądania informacji od banku, możemy wyciągnąć wniosek, że są one nieograniczone, a wręcz ta instytucja jest niezależna co do upoważniania osób, którym przyznaje prawo pobierania informacji. W tej sytuacji wydają się to być rozsądne, gdyż ustawodawca, przekazując tak szerokie prawa Komisji, zapewnia jednocześnie ochronę interesu publicznego oraz porządek państwa¹⁴.

¹⁴ Zob. A. Żygadło, *Wyłączenie tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa 2011, rozdz. 4.

Zakres jurysdykcji Komisji Nadzoru Finansowego dopełnia również ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym, która równolegle z p.b. przedstawia sytuację wyłączenia tajemnicy bankowej. Artykuł 17 tej ustawy mówi o współpracy Komisji Nadzoru Finansowego oraz Narodowego Banku Polskiego odnośnie do wykonywania ich ustawowych zadań. Przepis ten został wprowadzony po tym, gdy Europejski Bank Centralny wyraził swoje uwagi odnośnie do nowelizacji u.n.r.f.¹⁵ EBC przedstawił stanowisko, w którym głosi, że organy zarówno krajowe, jak i międzynarodowe powinny ściśle ze sobą współpracować w kwestii prawidłowego działania rynku finansowego. Od momentu wejścia w życie tego artykułu Komisja oraz Narodowy Bank Polski współpracują ze sobą w zakresie przekazywania informacji, które są potrzebne do wykonywania ustawowych zadań¹⁶. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego przekazuje informacje dotyczące sektora ubezpieczeń oraz emerytur, a także rynku kapitałowego, natomiast Narodowy Bank Polski dostarcza informacje dotyczące sprawozdawczości ostrożnościowej sektora bankowego. W celu należytego wykonywania zadań wynikających z ustawy 14 grudnia 2007 r. ówczesny Przewodniczący Komisji oraz Prezes Narodowego Banku Polskiego zawarli umowę, która określa zasady współpracy oraz wymiany informacji między tymi dwiema instytucjami¹⁷. Ustalenia zawarte w umowie nie definiują konkretnego zakresu oraz środków przekazywania danych, lecz powinny się one ograniczać i mieścić w zakresie wykonywania ustawowo przydzielonych zadań, czyli konkretnie w celu zagwarantowania stabilności rynku finansowego. Dzięki tej umowie Narodowy Bank Polski zapewnił sobie uzyskanie danych potrzebnych do rzetelnej oceny finansowej banków. Zagadnieniem, które nie znajduje szczegółowego uregulowania w ustawie, jest przekazywanie informacji pomiędzy polskimi a europejskimi organami sektora finansowego. U.n.r.k. w art. 20 przyznaje uprawnienia Komisji i jej pracownikom do przekazywania lub otrzymywania informacji od innych państw członkowskich w celu zapewnienia stabilności rynku finansowego. Ustęp 3 tego artykułu określa przesłanki konieczne do nastąpienia udzielenia informacji przez Komisję. Przede wszystkim przekazanie danych nie może naruszać suwerenności i bezpieczeństwa państwa. Ponadto Komisja musi mieć pewność, że przepisy kraju, w którym znajduje się instytucja, zapewniają użycie wszystkich otrzymanych danych wyłącznie w celu prowadzonego nadzoru.

Artykuł 18a ust. 2 u.n.r.f. zobowiązuje bank do przekazania kopii dokumentów lub innych nośników informacji w przypadku wszczęcia postępowania. Analogicznie do art. 18a ust. 2, art. 18e przedstawia uprawnienia pracownika upoważnionego do kontroli, który ma prawo wglądu do bazy informacji kontrolowanej

¹⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym.

¹⁶ Zob. L. Góral, *Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 14.

¹⁷ W. Srokosz, *Instytucje parabankowe w Polsce*, Warszawa 2011, Lex, rozdz. 3.

instytucji, a więc informacji objętych tajemnicą. Jednak na osobie kontrolującej daną placówkę również spoczywa obowiązek dochowania tajemnicy, który wynika z art. 16 u.n.r.f. oraz art. 10a p.b. Przepisy te zabezpieczają informację objętą tajemnicą bankową, wskazując, że na pracowniku spoczywa obowiązek jej dochowania także po ustaniu stosunku pracy.

Postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Komisję nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy¹⁸. Procedurę zakończenia postępowania przedstawia ust. 2 art. 18i u.n.r.f., który wskazuje, że przewodniczący może złożyć wniosek o podejrzenie popełnienia przestępstwa, wszcząć postępowania administracyjne lub zakończyć postępowanie. W przypadku podejrzenia o popełnieniu przestępstwa sprawą zaczyna się zajmować prokurator. Jednocześnie staje się podmiotem, którego obowiązuje tajemnica bankowa.

Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego

Kolejną instytucją upoważnioną do informacji objętych tajemnicą bankową jest Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, której prawa oraz obowiązki w tym zakresie ustala ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Omawiając uprawnienia Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w zakresie dostępu do chronionych informacji, należy zacząć od art. 34 u.a.b.w. Przytoczony artykuł w ust. 1 przydziela uprawnionym organom, służbom oraz instytucjom państwowym prawo do pozyskiwania danych osobowych. Jest to bardzo istotny przepis, gdyż nie zauważymy w nim wyraźnych ograniczeń pozyskiwania informacji. Co więcej, upoważnione instytucje mają prawo gromadzić takie dane bez wiedzy osoby, której te dane dotyczą. W celu zauważenia, jak szerokie uprawnienia ustawodawca przyznaje w tym artykule, warto zwrócić uwagę na art. 14 u.o.d.o.¹⁹, który jasno określa wrażliwe dane, tj. przekonania religijne, poglądy polityczne czy orientacja seksualna, które według tego przepisu nie podlegają przetwarzaniu, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wspomniany przepis znalazł się również w art. 34 u.a.b.w., a mianowicie został w nim wyłączony, zatem uprawnienia służb w zakresie danych osobowych są wręcz nieograniczone.

2 lipca 2016 r. polski legislator wprowadził też art. 34a u.a.b.w., w którym jest mowa o uprawnieniach służb do informacji objętych tajemnicą bankową. ABW w ramach działalności mającej zapobiegać przestępstwom wymienionym w art. 5 ust. 1 u.a.b.w. otrzymała uprawnienia dostępu do danych w ramach tajemnicy bankowej. Odwrotnie niż w przypadku danych osobowych, Agencja w przypadku próby pozyskania danych bankowych powinna wykazać koniecz-

¹⁸ Zob. art. 18i ust. 1 u.n.r.f.

¹⁹ Ustawa z dnia 14 grudnia 2008 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości.

ność ich ujawnienia w celu skutecznego zapobiegnięcia wcześniej wspomnianych przestępstwom. Artykuł 34a ust. 1 u.a.b.w. wskazuje konkretnie, jakie informacje wchodzi w zakres udostępniania ich służbom i są to oprócz informacji objętych tajemnicą bankową, a więc tych wskazanych w art. 5 p.b., również „informacje dotyczące umów o rachunek papierów wartościowych, umów o rachunek pieniężny, umów ubezpieczenia lub innych umów dotyczących obrotu instrumentami finansowymi, świadczenia usług płatniczych lub zawieranych z uczestnikami funduszy inwestycyjnych, a w szczególności z przetwarzanych przez uprawnione podmioty danych osób, które zawarły takie umowy”.

Wyżej wymienione informacje mogą być przekazywane wyłącznie funkcjonariuszowi ABW oraz jego przełożonemu w zakresie prowadzenia w danym postępowaniu czynności operacyjnych²⁰.

Zasadniczą różnicą pomiędzy danymi osobowymi a danymi bankowymi w zakresie pozyskiwania ich przez ABW jest sposób działania Agencji. W przypadku tajemnicy bankowej szef ABW składa wniosek do właściwego Sądu Okręgowego w Warszawie. Sąd po rozpatrzeniu wniosku odmawia udzielenia lub wyraża zgodę na dostęp do informacji, wskazując ich rodzaj, zakres oraz podmiot zobowiązany do ich udostępnienia. Na postanowienie Sądu szefowi ABW przysługuje zażalenie. Informacje i dane przekazywane są uprawnionemu funkcjonariuszowi ABW osobiście lub poprzez operatora pocztowego²¹. W przypadku naruszenia art. 34a ust. 2 u.a.b.w., który zapewnia ochronę przekazywanych informacji, odpowiedzialność za powstałe szkody ponosi Skarb Państwa.

Regulacje międzynarodowe

Polska w ramach współpracy z innymi państwami zawiera umowy międzynarodowe, które mają istotny wpływ na działanie jej systemu prawnego i m.in. tajemnicy bankowej. Jedną z nich jest ustawa o zgodności podatkowej rachunków zagranicznych²², nazywana skrótem FATCA. To umowa zawarta pomiędzy rządem Rzeczypospolitej Polskiej oraz Stanów Zjednoczonych. Została podpisana 7 października 2014 r. W preambule aktu jasno widnieje jego cel, którym jest poprawa wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych. Umowa powstała rów-

²⁰ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, LexisNexis 2012, Lex, rozdz. IV.

²¹ Zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 lipca 2016 r. w sprawie sposobów przetwarzania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego informacji i danych stanowiących tajemnicę bankową oraz informacji dotyczących umów o rachunek papierów wartościowych, umów o rachunek pieniężny, umów ubezpieczenia lub innych umów dotyczących obrotu instrumentami finansowymi, świadczenia usług płatniczych lub zawieranych z uczestnikami funduszy inwestycyjnych w zbiorach danych.

²² Ang. Foreign Account Tax Compliance Act.

niez, mając na względzie art. 23 Konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej również pomiędzy Polską a Stanami Zjednoczonymi 8 października 1974 r. oraz Konwencji o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych z 25 stycznia 1998 r., które to FATCA ma zastąpić. Rząd Stanów Zjednoczonych, zawierając tę umowę, miał na celu zapobieżenie sytuacji, w której jego obywatele unikają opodatkowania w ojczyźnie, ukrywając swoje dochody np. w polskich instytucjach finansowych. Obowiązki dla każdej ze stron tej umowy zostały określone w art. 2: „Każda ze Stron, z uwzględnieniem postanowień artykułu 3 niniejszej Umowy, powinna pozyskiwać informacje, określone w ustępie 2 niniejszego artykułu, dotyczące rachunków raportowanych oraz automatycznie, corocznie wymieniać te informacje z drugą Stroną, zgodnie z postanowieniami jednej lub obu Konwencji, stosownie do pisemnych ustaleń dla każdego roku”. Informacje podlegające wymianie także zostały określone w dalszej części art. 2 FATCA.

W przypadku Polski ma ona obowiązek udzielania informacji związanych z każdym amerykańskim rachunkiem raportowanym w polskich instytucjach finansowych. Do tych informacji należą:

- nazwisko, adres oraz amerykański NIP każdej szczególnej osoby amerykańskiej, która jest posiadaczem takiego rachunku, oraz w przypadku podmiotu niebędącego podmiotem amerykańskim, który to podmiot po przeprowadzeniu procedur sprawdzających określonych w Załączniku I został zidentyfikowany jako kontrolowany przez jedną lub więcej osób kontrolujących, będących szczególnymi osobami amerykańskimi, nazwę, adres oraz amerykański NIP (jeżeli jest dostępny) tego podmiotu i każdej szczególnej osoby amerykańskiej,
- numer rachunku (lub jego funkcjonalny odpowiednik w przypadku braku takiego numeru),
- nazwa oraz numer identyfikacyjny raportującej polskiej instytucji finansowej,
- saldo rachunku lub wartość (włączając, w przypadku pieniężnych umów ubezpieczenia lub umów renty, wartość pieniężną lub wartość wykupu) ustalone na koniec roku kalendarzowego lub innego stosownego okresu raportowania lub jeżeli rachunek został zamknięty w ciągu roku, bezpośrednio przed jego zamknięciem.

W przypadku rachunku powierniczego:

- łączna wartość brutto odsetek, dywidend oraz innych dochodów osiągniętych w związku z aktywami posiadanymi na rachunku, a w każdym przypadku wypłaconych lub uznanych na poczet rachunku (lub w związku z tym rachunkiem) w roku kalendarzowym lub innym stosownym okresie raportowania, oraz
- łączna wartość brutto przychodów ze sprzedaży lub umorzenia aktywów wypłaconych lub uznanych na poczet rachunku w roku kalendarzowym lub innym stosownym okresie raportowania, w związku z którymi raportująca polska instytucja finansowa działała jako powiernik, broker, pełnomocnik lub innego rodzaju agent działający na rzecz posiadacza rachunku.

W przypadku rachunku depozytowego:

- łączna wartość brutto odsetek wypłaconych lub uznanych na poczet rachunku w roku kalendarzowym lub innym stosownym okresie raportowania.

W przypadku jakiegokolwiek rachunku nieopisanego powyżej są to łączne wartości brutto wypłacone lub uznane na poczet rachunku w roku kalendarzowym lub innym stosownym okresie raportowania, w związku z którymi raportująca polska instytucja finansowa działa jako zobowiązany lub dłużnik.

Natomiast w przypadku Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do polskiego rachunku raportowanego w amerykańskich instytucjach finansowych przekazywane informacje o podatnikach to:

- nazwisko, adres oraz polski NIP jakiegokolwiek osoby będącej rezydentem polskim, będącej posiadaczem rachunku,
- numer rachunku (lub jego funkcjonalny odpowiednik w przypadku braku takiego numeru),
- nazwa oraz numer identyfikacyjny raportującej amerykańskiej instytucji finansowej,
- wartość brutto odsetek wpłaconych na rachunek depozytowy,
- wartość brutto dywidend pochodzących ze źródeł w Stanach Zjednoczonych, wypłaconych lub uznanych na poczet rachunku,
- wartość brutto innego rodzaju dochodów pochodzących ze źródeł w Stanach Zjednoczonych, wypłaconych lub uznanych na poczet rachunku, o ile podlegają raportowaniu zgodnie z częścią 3 podtytułu A lub częścią 61 podtytułu F Kodeksu Skarbowego Stanów Zjednoczonych.

Polski ustawodawca w celu wdrożenia umowy z rządem Stanów Zjednoczonych 27 października 2015 r. wprowadził ustawę o wykonywaniu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA. Ten akt prawny miał na celu określenie zasad oraz obowiązków wynikających z wykonywania ustaleń FATCA, a także przydzielenie kompetencji odpowiednim organom do sprawowania władzy nad procesem wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych.

Ministra właściwego do spraw finansów ustawa deleguje do pełnienia funkcji organu podatkowego oraz upoważnia do przydzielenia podległych mu organom przywileju wykonywania czynności związanych z otrzymywaniem informacji o rachunkach raportowanych, automatycznej wymiany informacji w gałęzi opodatkowania, udostępniania informacji oraz wyjaśniania uchybień mniejszej wagi lub pomyłek administracyjnych, o których mowa w art. 5 ust. 1 FATCA. W tej sytuacji, gdy właściwy minister otrzymuje uprawnienia organu podatkowego, uzyskuje jednocześnie prawa do informacji objętych tajemnicą bankową, ponieważ według art. 184 u.o.p.²³ taki organ w sytuacji przeprowadzania kontroli i wynik-

²³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2019, poz. 900).

nięcia z niej potrzeby uzyskania dowodów może zażądać od banku informacji odnośnie do strony postępowania w zakresie wskazanym w tym artykule, wykazując jednocześnie przesłanki uzasadniające konieczność uzyskania informacji²⁴, a bank ma obowiązek udostępnić takie informacje.

Aby przejść do następnego zagadnienia, konieczne jest wyjaśnienie podobieństw pomiędzy tajemnicą skarbową a tajemnicą bankową. Definicja tajemnicy skarbowej została wskazana w art. 293 § 1 u.o.p. i brzmi ona następująco: „Indywidualne dane zawarte w deklaracji oraz innych dokumentach składanych przez podatników, płatników lub inkasentów objęte są tajemnicą skarbową”. Choć ta definicja różni się od pojęcia tajemnicy bankowej, to §2 niniejszego artykułu wyróżnia dane, do których jednocześnie stosuje się termin tajemnicy skarbowej i bankowej, a nie wynika to wprost z definicji wskazanej w § 1 i jedną z nich jest informacja uzyskana przez organy podatkowe z banków oraz ze źródeł innych niż wymienione w § 1 lub w pkt 1 i 2, z czego wynika, że obie te tajemnice pomimo wyraźnej różnicy gramatycznej w sytuacjach wskazanych przez ustawodawcę mogą się konsolidować.

Artykuł 11 ustawy²⁵ w zakresie kompetencji ministra właściwego do spraw finansów publicznych upoważnionym przez niego organom oraz raportującej polskiej instytucji finansowej wyłącza ograniczenie wynikające z tajemnicy prawnie chronionej, w tym także tajemnicy bankowej, którą niewątpliwie objęte są informacje będące przedmiotem FATCA, lecz przepis ten zawiera również wyjątek, gdyż nie stosuje się go do informacji niejawnych.

Ustęp 2 artykułu wskazuje informacje o danych objętych tajemnicą skarbową i są to m.in.:

- informacje o amerykańskich rachunkach raportowanych, o których mowa w art. 2 ust. 2 lit. a FATCA,
- 1) informacji o niewystępowaniu w stosunku do prowadzonego rachunku finansowego okoliczności skutkujących powstaniem obowiązku, o którym mowa w lit. a,
- 2) informacje wskazane w art. 2 ust. 2 lit. b FATCA, które zostały już przeze mnie wcześniej wymienione,
- 3) informacje niezbędne do wyjaśnienia uchybień lub pomyłek administracyjnych,
- 4) akta kontroli amerykańskich rachunków raportowanych.

Dane zawarte w powyższych informacjach są udostępniane jedynie organom wskazanym w art. 13 tej ustawy, tj. informacje wskazane powyżej w pkt 1 i 2 są udostępniane organom wymienionym w art. 297 § 1 u.o.p. na zasadach w nim określonych. Natomiast informacje wskazane przeze mnie w pkt 4 i 5 mogą być przekazywane wyłącznie organom wskazanym w art. 297 § 1 pkt 1 i 2a u.o.p. W elementach nieuregulowanych w rozdziale 4 omawianej ustawy należy implementować przepisy art. 294, art. 296, art. 297a oraz art. 299b u.o.p.

²⁴ Art. 184 § 3 u.o.p.

²⁵ Ustawa o wykonywaniu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA (Dz.U. 2020, poz. 166).

Powyższa umowa pomiędzy rządem Stanów Zjednoczonych a Rzeczpospolitą Polską ponad wszelką wątpliwość powoduje ograniczenie tajemnicy bankowej, w szczególności w zakresie stron wskazanych w tej umowie. Zjawiskiem wartym uwagi jest proces wymiany informacji, który następując automatycznie, powoduje brak możliwości jego kontroli, co stanowi poważne niebezpieczeństwo nastąpienia wycieku tych informacji. Ponadto strony zawierające umowę zabezpieczyły się przed uchylaniem się od wykonywania umowy i wprowadziły do swoich systemów prawnych sankcje karne. Polska ustawa o wykonywaniu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA w rozdziale 5 przedstawia zmiany w k.k.s, który od momentu obowiązywania tej ustawy przewiduje karę grzywny do 180 stawek dziennych za niezłożenie w terminie informacji o amerykańskich rachunkach raportowanych.

W Unii Europejskiej funkcjonuje podobna do FATCA umowa o automatycznej wymianie informacji podatkowych. Została ona wprowadzona przez Radę Unii Europejskiej dyrektywą 2014/107/UE z 9 grudnia 2014 r. Dyrektywa ta została zaimplementowana do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 9 marca 2017 r. o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami²⁶. U.w.i.p. wskazuje w art. 3 zakres i zasady wymiany informacji, a wynika z tego warunek, że mogą one być wykorzystywane wyłącznie zgodnie z zasadami określonymi w umowach, czyli „umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, innych ratyfikowanych umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, oraz innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska”. Warto zwrócić uwagę na art. 6 u.w.i.p., który wyłącza stosowanie przepisów objętych tajemnicą prawnie chronioną w sytuacji ujawnienia ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, upoważnionemu przez niego organowi Krajowej Administracji Skarbowej, Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej lub jego upoważnionemu przedstawicielowi informacji podatkowych w trybie i zakresie przewidzianych ustawą. Ponadto art. 6a, będąc kolejnym przepisem ustanawiającym zasady udostępniania informacji, stanowi, że w zakresie międzynarodowych umów, których stroną jest Polska lub Unia Europejska, nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości w zakresie, w jakim jest to niezgodne z postanowieniami tych umów lub porozumień lub przepisami ustawy. Pełny katalog zasad przekazywania informacji został przedstawiony w dalszej części ustawy, lecz omawianie go nie znalazło się w zakresie koncepcji artykułu.

W gałęzi prawa międzynarodowego istnieje również CRS²⁷, który jest systemem automatycznej wymiany informacji finansowych członków OECD. Automatycznej wymianie podlega data, miejsce urodzenia, numer rachunku, saldo oraz war-

²⁶ B. Kuźniacki, *Wymiana informacji podatkowych z innymi państwami – nowa era stosowania prawa podatkowego w wymiarze międzynarodowym. Wymiana informacji o rachunkach finansowych, interpretacjach podatkowych oraz informacji o jednostkach z grupy*, „Przegląd Podatkowy” 2017, nr 6.

²⁷ Common Standard on Reporting and Due Diligence for Financial Account Information.

tości każdej osoby raportowanej. Dzięki temu organ podatkowy w chwili podjęcia podejrzenia o unikaniu opodatkowania posiada już te informacje, co stanowi duże ułatwienie w rozpoznaniu działań płatników. Państwa będące członkami wcześniej wspomnianej organizacji podpisały w ramach systemu CRS umowę o automatycznej wymianie informacji o rachunkach finansowych (MCAA)²⁸. Polska ratyfikowała tę umowę 27 stycznia 2016r., ogólnie została ona podpisana przez 107 państw²⁹.

Podsumowanie

Odpowiadając na założenie tego opracowania, wnioskuję, że współcześnie tajemnica bankowa nie daje już tak pełnej ochrony naszej prywatności z powodu licznych jej ograniczeń, które zostały przeze mnie przedstawione. Badając zagadnienie tajemnicy bankowej, wyraźnie widać, jak wiele osób lub instytucji ma wręcz nieograniczone prawo do informacji nią objętych oraz w jak niekontrolowany sposób następuje automatyczna ich wymiana. Umowy międzynarodowe, takie jak FATCA lub MCAA, tworzą ogromny system przekazywania danych, który zobowiązuje wskazane instytucje do udzielania tych informacji, a więc będąc klientem instytucji finansowej, stajemy się podmiotem tego mechanizmu. Ustawodawca, wprowadzając tak liczne ograniczenia, z pewnością miał na celu zapewnienie odpowiedniego funkcjonowania aparatu państwa, jak również ochronę przed licznymi przestępstwami podatkowymi lub finansowymi. Widzimy to wyraźnie, analizując uprawnienia takich instytucji, jak Komisja Nadzoru Finansowego lub Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, które sprawują kontrolę oraz mają na celu zapobieżenie takim wykroczeniom wobec prawa. Szeroko regulowana tajemnica bankowa znajduje coraz więcej ograniczeń, które z pewnością mocno wpływają na jej znaczenie, i choć przydzielanie tak szerokich uprawnień wielu instytucjom do informacji objętych tajemnicą bankową jest wykonywane w dobrej wierze ochrony państwa, to ponad wszelką wątpliwość wpływa to na nasze prawo do prywatności i chronione dobra osobiste, które przez podleganie obszernej wymianie informacji między instytucjami mogą zostać naruszone w myśl art. 24 k.c.

Bibliografia

- Bińkowska-Artowicz B., *Informacja gospodarcza. Informacja kredytowa, System wymiany informacji o zobowiązaniach pieniężnych*, Warszawa 2014.
- Czarnecka A., *Charakter prawny i istota tajemnicy bankowej*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2016, nr 3.

²⁸ Multilateral Competent Authority Agreement.

²⁹ Stan na 26 listopada 2019 r. <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/crs-mcaa-signatories.pdf>.

- Góral L., *Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Hornowska A., *Tajemnica bankowa – konstrukcja, przesłanki, procedura ochrony i zwolnienia – ujęcie komparatystyczne*, Warszawa 2019.
- Kawulski A., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Krzysztofek M., *Tajemnice zawodowe i ochrona danych. osobowych w instytucjach finansowych*, Warszawa 2015.
- Kuźniacki B., *Wymiana informacji podatkowych z innymi państwami – nowa era stosowania prawa podatkowego w wymiarze międzynarodowym. Wymiana informacji o rachunkach finansowych, interpretacjach podatkowych oraz informacji o jednostkach z grupy*, „Przegląd Podatkowy” 2017, nr 6.
- Ochnio A., *Blokada rachunku i wstrzymanie transakcji jako środki przymusu w procesie karnym*, Lex 2017.
- Ofiarski Z., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, Lex.
- Srokosz W., *Instytucje parabankowe w Polsce*, Warszawa 2011, Lex.
- Sumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Wójcik J., *Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2011.
- Żygadło A., *Wylączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa 2011.

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie problematyki tajemnicy bankowej, a w szczególności jej ograniczeń. Konkretniej analizie poddane zostały uprawnienia instytucji rządowych do informacji objętych tajemnicą bankową, a także regulacje międzynarodowe, które tworząc zautomatyzowany sposób ich wymiany, wpływają znacznie na niezawisłość tajemnicy bankowej. Powyższe względy zostały przedstawione na tle ochrony danych osobowych oraz prawa do prywatności klientów instytucji finansowych. Całość rozważań prowadzi do odpowiedzi na pytania, jak duże znaczenie ma współcześnie tajemnica bankowa oraz jak głęboko sięgające jest jej złagodzenie. Badanie zostało oparte na metodzie prawnego-dogmatycznej oraz opisowej.

Słowa kluczowe: tajemnica bankowa, instytucja finansowa, komisja nadzoru finansowego, prawo bankowe, FATCA, MCAA

BANKING SECRET AND ITS LIMITATIONS

Summary

The purpose of the article is to discuss the issues of banking secrecy and in particular its limitations. The powers of government institutions to information covered by banking secrecy as well as international regulations, which create an automated way of exchanging them, significantly affect the independence of banking secrecy. The above prerogatives have been presented against the background of personal data protection and the privacy rights of clients of financial institutions. All considerations lead to the questions: How important is the banking secret today and how deeply is its mitigation? The composition of the study was based on the dogmatic and descriptive method.

Keywords: banking secret, financial institution, financial supervision comission, banking law, FATCA, MCAA

Adam Wróbel

Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie
ORCID: 0000-0002-9315-0213

NIEOBYCZAJNY WYBRYK (ART. 140 K.W.)**Wprowadzenie**

Autor podejmuje analizę znamion nieobyczajnego wybryku określonego w art. 140 k.w.¹ Koncentruje rozważania w głównej mierze na kwestiach związanych ze stroną przedmiotową wykroczenia – *in specie* znamieniu czasownikowym – nie pomijając jednak przedmiotu ochrony, podmiotu, strony podmiotowej, zagadnienia zbiegu przepisów; ukazując problem w kontekście: semantycznym, jak i poglądów wyrażanych w doktrynie oraz judykaturze. Dyspozycja przepisu typizującego analizowane wykroczenie stanowi *expressis verbis*: kto publicznie dopuszcza się nieobyczajnego wybryku. Identyczne brzmienie nosił poprzednik tejże regulacji – art. 31 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach².

Przedmiot i forma popełnienia

Przedmiotem ochrony (patrzac od strony prawa wykroczeń) i przedmiotem zamachu (patrzac od strony podmiotu) rozważanego wykroczenia jest moralność i obyczajność w perspektywie publicznej oraz porządek publiczny³. W literaturze przedmiotu wskazuje się jako na przedmiot ochrony – dobro chronione – obyczajność publiczną⁴.

¹ Dz.U. 2019, poz. 821 ze zm.

² Dz.U. 1932, nr 60, poz. 572 ze zm.

³ Podobnie: M. Zbrojewska, art. 140 [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczuk, Warszawa 2013, Lex, teza 1.

⁴ B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2008, Lex, komentarz do art. 140, teza 1. Podobnie: M. Mozgawa, art. 140 [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, Lex, teza 1; J. Piórkowska-Flieger, art. 140 [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Gdańsk 2020, Lex, teza 2; M. Bojarski, art. 140 [Nieobyczajny wybryk] [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, s. 2.

Wykroczenie ma charakter formalny (bezsukutowy). Znaczy to, że dla zrealizowania jego znamion nie jest konieczne wywołanie jakiegś faktycznej zmiany w świecie zewnętrznym, wystarcza bowiem samo sankcjonowane penalnie zachowanie się – dopuszczenie się publicznie nieobyczajnego wybryku. Toteż podzielić należy dominujący w doktrynie pogląd, że wykroczenie nieobyczajnego wybryku posiada właśnie formalny charakter⁵. Przybrać może postać działania⁶. Należy do wykroczeń o charakterze powszechnym⁷, co oznacza, że może je popełnić każdy, kto tylko jest w stanie faktycznie i legalnie – *in globo* – ponosić odpowiedzialność przewidzianą w prawie wykroczeń.

Kwestia publicznego dopuszczenia się wykroczenia

Dopuszczać się w rozumieniu językowym oznacza: „robić, czynić, popełniać co (przeważnie złego)”⁸; „zrobić coś złego”⁹; „zrobić coś złego, popełnić coś”¹⁰; „robić coś, zwłaszcza złego”¹¹; „robić coś złego”¹². Zaś publiczny to „taki, który jest powszechnie dostępny, z którego powszechnie można skorzystać, przeznaczony dla wszystkich ludzi”, „taki, który ma jawny charakter, odbywa się w powszechnie dostępnym miejscu, w obecności innych osób”¹³; „służący ogółowi; dostępny, przeznaczony dla wszystkich; odnoszący się do ogółu ludzi, do całego społeczeństwa; dotyczący jakiegś instytucji, urzędu itp.; powszechny, ogólny, społeczny”, „odbywający się z udziałem publiczności, przy świadkach, w miejscu publicznym; jawny, oficjalny”¹⁴; „dotyczący całego społeczeństwa lub jakiegś zbiorowości”, „dostępny lub przeznaczony dla wszystkich”, „związany z jakimś urzędem lub z jakąś instytucją nieprywatną”, „odbywający się przy świadkach,

⁵ M. Zbrojewska, art. 140, teza 2; M. Mozgawa, art. 140, teza 7 i 8; M. Bojarski, art. 140..., s. 2; M. Gołda-Sobczak, *Używanie słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym jako wykroczenie*, „Ius Novum” 2019, nr 4, s. 63. Wystarczy, by zachowanie sprawcy w postaci nieobyczajnego wybryku zaistniało w miejscu publicznym. H. Bartecki, R. Błoch, *Część szczególna kodeksu wykroczeń – ustawowe znamiona wybranych wykroczeń. Część I. Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu*, Katowice 2013, s. 17.

⁶ J. Piórkowska-Flieger, art. 140, teza 3; J. Kulesza, art. 140 [Nieobyczajny wybryk] [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, Legalis, s. 6.

⁷ Tak też: M. Zbrojewska, art. 140, teza 7.

⁸ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/dopuszczac;5422072.html> (11.12.2020).

⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, t. I, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 128; *Słownik języka polskiego* (powstały na podstawie *Słownika 100 tysięcy potrzebnych słów*, red. J. Bralczyk, Warszawa 2005), aktualiz. L. Drabik, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/dopuszcza.html> (11.12.2020).

¹⁰ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. IX, red. H. Zgólkowa, Poznań 1996, s. 142.

¹¹ *Współczesny słownik języka polskiego*, t. I, red. B. Dunaj, Warszawa 2007, s. 311.

¹² *Nowy słownik poprawnej polszczyzny*, red. A. Markowski, Warszawa 2003, s. 162.

¹³ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XXXV, red. H. Zgólkowa, Poznań 2002, s. 27.

¹⁴ *Współczesny słownik języka polskiego*, t. II, red. B. Dunaj, Warszawa 2007, s. 1494.

w sposób jawny”¹⁵; „dotyczący ogółu, nie pojedynczych osób; niebędący czyjąś osobistą własnością, przeznaczony dla wszystkich; związany z jakimś urzędem, instytucją; powszechny, ogólny, nieprywatny”, „dziejący się w miejscu dostępnym dla wszystkich, widoczny, dostępny dla szerokiej publiczności; oficjalny, jawny”¹⁶; „dotyczący całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości”, „dostępny lub przeznaczony dla wszystkich”, „związany z jakimś urzędem lub z jakąś instytucją nieprywatną”, „odbywający się przy świadkach, w sposób jawny”¹⁷.

Sąd Najwyższy odnosi się do rozumienia pojęcia działania „publicznego”. Zachodzi ono jego zdaniem „wówczas, gdy bądź ze względu na miejsce działania, bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób, przy czym sprawca mając świadomość tej możliwości co najmniej na to się godzi”. W uchwale tej zauważa się nadto, że treść działania „publicznego”, jego rozumienie jest już utrwalone i ustalone tak w doktrynie, jak w judykaturze¹⁸. Sąd wypowiada się tamże na kanwie przepisów k.k. z 1969 r.¹⁹, niemniej wydaje się, że wypowiedź tę należy traktować również jako tło podejmowanych w niniejszym artykule rozważań. Wybryk nie musi jednak być dokonywany w przestrzeni publicznej; wystarczy, aby mógł zostać dostrzeżony przez inne osoby²⁰. I również przeciwnie, wybryk, który dokonywany jest w przestrzeni publicznej, jednak nie może być dostrzegalny dla innych, nie powinien podlegać penalizacji z art. 140 k.w.²¹ Słusznie zauważa się w doktrynie, że „przepis operuje pojęciem działania publicznego, zatem nie każde działanie w miejscu publicznym będzie działaniem publicznym”²².

Zagadnienie nieobyczajnego wybryku

Nieobyczajny oznacza literalnie: „taki, który nie jest zgodny z dobrymi obyczajami”²³; „któremu obce są dobre obyczaje”²⁴; „niemoralny, nieprzyzwo-

¹⁵ *Słownik języka polskiego PWN*, t. II, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 190.

¹⁶ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/publiczny;5487884.html> (11.12.2020).

¹⁷ *Słownik języka polskiego* (powstały na podstawie *Słownika 100 tysięcy potrzebnych słów*, red. J. Bralczyk, Warszawa 2005), aktualiz. L. Drabik, <https://sjp.pwn.pl/slovniki/publicznie.html> (11.12.2020).

¹⁸ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 26/73, Lex nr 18637.

¹⁹ Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 ze zm.

²⁰ Por. M. Bojarski, art. 140..., s. 2. Zob. i por. J. Piórkowska-Flieger, art. 140, teza 3, *ibidem*, przywołuje: D. Egierska-Miłoszewska, *Nieobyczajny wybryk (Art. 140 k.w. w teorii i praktyce)*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1979, nr 4–5, s. 67–68.

²¹ Por. M. Mozgawa, art. 140, teza 5.

²² J. Kulesza, art. 140..., s. 7.

²³ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XXIII, red. H. Zgółkowska, Poznań 1999, s. 430.

²⁴ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/nieobyczajny;5458439.html> (11.12.2020).

ity”²⁵. Wybryk zaś to „postępek niezgodny z przyjętą normą, obyczajem”²⁶; „postępek odbiegający od przyjętych norm zachowania się”²⁷; „postępek odbiegający od przyjętych obyczajów, norm zachowania się; wyskok”²⁸; „postępek odbiegający od przyjętych norm zachowania się”²⁹; „naganny postępek odbiegający od przyjętych norm zachowania się; wyskok”³⁰.

„Nieobyczajność” jest swego rodzaju odwróceniem pojęcia „obyczajność”. W judykaturze – na kanwie rozdziału XXIII k.k. z 1969 r. o tytule *Przestępstwa przeciwko obyczajności* – wskazywano, że obyczajność to „podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych”³¹.

Podobnie Sąd Najwyższy, definiując wybryk, wskazał że jest to „zachowanie się jakiego wśród konkretnych okoliczności czasu, miejsca i otoczenia, ze względu na przyjęte zwyczajowo normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać, które zatem wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i uczucia odrazy, gniewu, oburzenia. Wybryk charakteryzuje więc ostra sprzeczność z powszechnie akceptowanymi normami zachowania się. A contrario nie może być uznany za «wybryk» czyn, który nie tylko, iż nie koliduje w rażący sposób z obowiązującymi w określonym kontekście sytuacyjnym normami zachowania się, ale wręcz wzbudza – w odbiorze powszechnym – oceny akceptacji, choćby milczącej zgody, aprobaty, podziwu lub uznania”³². Podzielić należy pogląd, że nieobyczajny wybryk określić można jako zachowanie, które lekceważy zasady współżycia społecznego i w konsekwencji wywołać może „negatywną ocenę przeciwnego człowieka”³³.

Niemniej znamion nieobyczajnego wybryku nie wypełni zachowanie nietaktowne, lekceważące, przyjęte w danej społeczności zachowania kurtuazyjne, niechłujność w ubiorze czy brak higieny osobistej (z wyłączeniem sytuacji skrajnych), czy też – na co zasadnie zwraca się uwagę w piśmiennictwie – „samo

²⁵ *Słownik języka polskiego*, t. I, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 444 oraz *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/nieobyczajny;5458439.html> (11.12.2020); *Słownik języka polskiego* (powstały na podstawie *Słownika 100 tysięcy potrzebnych słów*, red. J. Bralczyk, Warszawa 2005), aktualiz. L. Drabik, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/nieobyczajny.html> (11.12.2020).

²⁶ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XLVI, red. H. Zgólkowa, Poznań 2004, s. 278.

²⁷ *Słownik języka polskiego PWN*, t. II, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 490.

²⁸ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/wybryk;5519112.html> (11.12.2020).

²⁹ *Słownik języka polskiego* (powstały na podstawie *Słownika 100 tysięcy potrzebnych słów*, red. J. Bralczyk, Warszawa 2005), aktualiz. L. Drabik, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wybryk.html> (11.12.2020).

³⁰ *Współczesny słownik języka polskiego*, t. II, red. B. Dunaj, Warszawa 2007, s. 2035.

³¹ Uchwała SN z dnia 13 kwietnia 1977 r., sygn. VII KZP 30/76, Lex nr 19263.

³² Wyrok SN z dnia 2 grudnia 1992 r., sygn. III KRN 189/92, Lex nr 162227.

³³ J. Piórkowska-Flieger, art. 140, teza 3.

zachowanie wynikające ze stanu nietrzeźwości polegające na zataczaniu się, śpiewaniu czy nawet spaniu w miejscu do tego nieprzeznaczonym³⁴ (chyba że ze względu na towarzyszące temu okoliczności zasługiwałoby na szczególne – w kontekście społecznej szkodliwości – potępienie).

Nieobyczajny wybryk nie musi mieć zawsze charakteru zachowania godzącego we wstydlivość, eksponującego publicznie intymne lub obsceniczne zachowania seksualne (jak np. publiczne prezentowanie nagości, obcowania płciowego lub innych czynności seksualnych, zboczeń czy dewiacji seksualnych, zachowań autoerotycznych, ekshibicjonizmu) etc.; może naruszać obyczajność – a w tym dobre obyczaje – także na inne sposoby³⁵. Podzielić należy pogląd R. Krajewskiego, że „część zachowań nieobyczajnych to jednocześnie negatywne zachowania seksualne, ale nie wszystkie zachowania nieobyczajne to negatywne zachowania seksualne”³⁶. Toteż nie należy wiązać nieobyczajności wyłącznie z wybrykiem o zabarwieniu seksualnym, lecz *in genere* nieprzyzwoitym, niemoralnym. Nadto zauważa się, że ograniczanie owej „nieobyczajności” rzeczowego wybryku jedynie do naruszenia norm dotyczących sfery płciowej człowieka nie jest uzasadnione. Takiej interpretacji stoi na przeszkodzie już sam tytuł rozdziału XVI, w którym mowa jest o obyczajności publicznej, co jest pojęciem szerszym, wykraczającym poza ramy obyczajności w sferze płciowej³⁷. Toteż wybrykiem nieobyczajnym będzie również zachowanie ordynarne, grubiańskie, nieprzyzwoite-żenujące, oburzające, prostackie, obrzydliwe, budzące obiektywnie społeczne potępienie³⁸ (np. może być to związane z – symplifikując – publicznym: głośnym spluwaniem, tzw. charkaniem, wydalaniem wydzieliny z dróg nosowych „na ziemię”, oddawaniem moczu, defekacją, głośną ruktacją, głośnym wydalaniem gazów jelitowych).

Na przykład nieobyczajny wybryk zachodzi – jak podaje się w literaturze przedmiotu – gdy: „osoba, która na środku drogi, w sytuacji, w której mogła być zauważona przez bliżej nieokreśloną liczbę osób, załatwia potrzebę fizjologiczną”³⁹; ma miejsce „współzycie na plaży, załatwianie potrzeb fizjologicznych na ulicy”⁴⁰, działanie polegające na publicznym obnażaniu się w celu zaspokojenia

³⁴ J. Kulesza, art. 140..., s. 4.

³⁵ Por. K. Wala, *Nieobyczajny wybryk – art. 140 k.w. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Warszawa 2015, s. 5. I szerzej: J. Kulesza, Głosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r. (VII Ka 956/18, niepubl.), „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2019, nr 2, s. 177 i 180–186.

³⁶ R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „*Palestra*” 2019, nr 3, s. 58.

³⁷ J. Piórkowska-Flieger, art. 140, teza 3.

³⁸ Por. B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń...*, komentarz do art. 140, teza 4; M. Kulczyki, J. Zduńczyk, *O nowym kodeksie wykroczeń*, Warszawa 1972, s. 190–191; M. Mozgawa, art. 140, teza 4.

³⁹ W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, Lex, komentarz do art. 140, teza 3.

⁴⁰ M. Zbrojewska, art. 140, teza 5.

czy pobudzenia popędu płciowego⁴¹, wykonywanie w publicznym miejscu obelżywego gestu⁴².

Nieobyczajny wybryk mieć może miejsce także wówczas, gdy jest elementem pewnego rodzaju swoście pojmowanej sztuki; faktycznie quasi-sztuki bazującej w rzeczywistości na zachowaniach niemoralnych, oburzających, budzących obiektywnie odrazę. Nie może ona – podobnie jak zdegenerowany zwyczaj – godzić w sposób realny, oczywisty i publicznie w moralność oraz porządek publiczny⁴³. Nie sposób w kontekście owej „sztuki” czy zdegenerowanego zwyczaju akceptować w szczególności zachowań skrajnych, ekstremalnych, jak np. ekshibicjonizmu, publicznego prezentowania: nagości, obcowania płciowego lub innych czynności seksualnych, zachowań autoerotycznych, defekacji. Bezwzględne nieakceptowanie takich zachowań posiada ważne znaczenie w perspektywie nieposzerzania zakresu tolerancji w stosunku do zachowań patologicznych przejawianych publicznie czy rozwoju psychicznego, emocjonalnego małoletnich, którzy narażeni są na zmysłowy odbiór zachowania-wybryku, etc. R. Krajewski zauważa odnośnie do kontratypu sztuki, iż wydaje się, że „konstrukcja tego kontratypu powinna być stosowana z umiarem, nie jest bowiem tak, że wolność artystycznego przekazu zawsze znosić może konieczność zachowania się zgodnego z obyczajnością, choć oczywiście nadmierny rygoryzm w tym względzie mógłby powodować niepotrzebne ograniczenia”⁴⁴.

Relacja psychiczna sprawy w stosunku do czynu

W zakresie strony podmiotowej wykroczenie to może mieć charakter umyślny albo nieumyślny, co wynika z ogólnych regulacji ustawowych. *In genere* wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne (art. 5 k.w.). Ustawodawca nie przewidział odpowiedzialności wyłącznie za umyślne wykroczenie nieobyczajnego wybryku. Jeśli sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronio-

⁴¹ Jak wypowiedział się – jeszcze na kanwie k.k. z 1969 r. – „na tle przepisu art. 177 k.k. pojęcie: «czyn nierządny» jest szersze od wyżej wskazanego. Uwzględniając bowiem przedmiot ochrony rozdziału XXIII, tj. obyczajność, należy uznać, że czynem nierządnym jest tu każde zachowanie sprawcy zmierzające do zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego w sposób sprzeczny z podstawowymi moralnymi zasadami współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych. Tak rozumiany czyn nierządny stanowi także działanie sprawcy polegające na obnażaniu się publicznie w celu zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego”. Uchwała SN z dnia 13 kwietnia 1977 r., sygn. VII KZP 30/76, Lex nr 19263.

⁴² Teza do wyroku SO w Zamościu z dnia 1 stycznia 2009 r., sygn. II Waz 81/09, Lex nr 1713180.

⁴³ Por. J. Piórkowska-Flieger, art. 140, teza 3.

⁴⁴ R. Krajewski, *Wykroczenia wybryku i nieobyczajnego wybryku*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11–12, s. 126 i 127.

nego, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi, zachodzi wykroczenie umyślne (art. 6 § 1 k.w.). Zaś jeżeli sprawca, nie mając zamiaru popełnienia czynu zabronionego, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość jego popełnienia przewidywał albo mógł przewidzieć, zachodzi wykroczenie nieumyślne (art. 6 § 2 k.w.). Niemniej w literaturze przedmiotu dominuje pogląd, że wykroczenie to może mieć charakter umyślny⁴⁵.

Zbieg przepisów

W przestrzeni penalnej zająć może pozorny zbieg przepisów danego przestępstwa z wykroczeniem nieobyczajnego wybryku. Na przykład w sytuacji, gdy podczas imprezy o charakterze publicznym tudzież innego w sensie faktycznym spotkania publicznego sprawca prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy. Wówczas przepis typizujący przestępstwo publicznego prezentowania treści pornograficznych (art. 202 § 1 k.k.) niejako konsumuje znamiona wykroczenia nieobyczajnego wybryku (art. 140 k.w.)⁴⁶; *ergo* znamiona wykroczenia pozostają pochłonięte przez znamiona przestępstwa. Podobnie w sytuacji, gdy sprawca, wypełniając zarazem znamiona nieobyczajnego wybryku z art. 140 k.w., złośliwie przeszkadza publicznemu wykonywaniu aktu religijnego kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej (art. 195 § 1 k.k.); złośliwie przeszkadza pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędowi żałobnym (195 § 2 k.k.); obraża uczucia religijne innych osób, znieważając przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych (art. 196 k.k.)⁴⁷. Jeżeli sprawca wykroczenia nieobyczajnego wybryku (art. 140 k.w.) wywołuje nim zgorszenie w miejscu publicznym, wówczas *de facto* wyczerpuje znamiona wykroczenia zakłócenia spokoju lub porządku publicznego (51 § 1 k.w.). Nadto jeśli tenże czyn ma charakter chuligański lub sprawca dopuszcza się go, będąc pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka, wówczas sprawca wyczerpuje znamiona kwalifikowanego wy-

⁴⁵ W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń...*, komentarz do art. 140, teza 4. Na wyłączną umyślność wykroczenia z art. 140 k.w. wskazuje także: M. Zbrojewska, art. 140, teza 6; J. Kulesza, art. 140..., s. 8; M. Bojarski, art. 140..., s. 2. Ten ostatni wskazuje, obrazując: „wykroczenie z art. 140 KW można popełnić jedynie umyślnie. Wszelkie gorszące zachowania nieumyślne nie mogą stanowić wykroczenia z art. 140. Na przykład gdy sprawca załatwia potrzebę fizjologiczną za drzewem – nie można twierdzić, iż dopuszcza się wybryku. Z tym mielibyśmy do czynienia, gdyby robił to np. na środku ulicy. Fakt, iż sprawca schował się za drzewo, wyłącza możliwość kwalifikowania tego czynu jako wybryk. W grę wchodzić natomiast może odpowiedzialność np. z art. 145”.

⁴⁶ Por. M. Zbrojewska, Art. 140, teza 9.

⁴⁷ Por. J. Piórkowska-Flieger, Art. 140, teza 7.

kroczenia zakłócenia spokoju lub porządku publicznego (51 § 2 k.w.). Z tychże to przepisów czyn ten należy kwalifikować⁴⁸. W przypadkach tych bowiem następstwo (owo konkretne zgorszenie) pochlania – niejako konsumuje – swą przyczynę (nieobyčajny wybryk).

Być może, że obsceniczne (np. dotykanie miejsc intymnych) i publiczne (np. na placu miejskim) zachowanie sprawcy skierowane ku danej osobie czy osobom wy-czerpie także znamiona przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej z art. 217 § 1 k.k.⁴⁹, wówczas dojdzie do rzeczywistego zbiegu przepisów przestępstwa i wykroczenia. Podobnie w sytuacjach, gdy sprawca działa publicznie i obscenicznym gestem lub innym podobnym zachowaniem znieważa: inną osobę (art. 216 § 1 k.k.) czy *in specie* funkcjonariusza publicznego lub osobę do pomocy mu przybraną podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych (art. 226 § 1 k.k.) lub poni-ża konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej (art. 226 § 3 k.k.)⁵⁰.

Sankcja penalna

Ustawodawca w analizowanym przepisie wskazuje, że sprawca wykroczenia nieobyčajnego wybryku podlegać może karze aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 1500 zł albo karze nagany. Oznacza to w sensie ścisłym, że podle-gać może karze: aresztu wymierzanej w dniach i trwającej najkrócej 5, najdłużej 30 dni (art. 19 k.w.); ograniczenia wolności trwającej 1 miesiąc (art. 20 § 1 k.w.); grzywny od 20 do 1500 zł (w kontekście art. 24 § 1 k.w.); nagany, która jako kara przejawia się w swego rodzaju upomnieniu za zachowanie naganne – wy-kroczenie. Naganę można orzec wtedy, gdy ze względu na charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy należy przypuszczać, że za-stosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego (art. 36 § 1 k.w.), niemniej orzec tego rodzaju kary nie można za wykroczenie o charakterze chuligańskim (art. 36 § 2 k.w.).

Z tytułu popełnienia rozważanego wykroczenia mogą zostać wymierzone rów-nież środki karne. Sąd orzec może: 1) nawiązkę, którą orzeka się na rzecz pokrzyw-dzonego w wypadkach przewidzianych w przepisach szczególnych (art. 32 k.w.); jeżeli wykroczeniem nieobyčajnego wybryku została wyrządzona szkoda (np. na skutek nieobyčajnego wybryku pracownika nie został zawarty przyrzeczony kon-trakt cywilnoprawny, którego stroną był jego pracodawca-przedsiębiorca), nadto miał on charakter chuligański można orzec nawiązkę do wysokości 1000 zł na rzecz pokrzywdzonego albo na rzecz Polskiego Czerwonego Krzyża lub na inny cel spo-łeczny wskazany przez organ orzekający (na co wskazuje kontekst art. 37 k.w.);

⁴⁸ Zob. także: M. Zbrojewska, Art. 140, teza 8.

⁴⁹ Zob. *ibidem*, teza 9.

⁵⁰ Por. J. Piórkowska-Flieger, Art. 140, teza 7.

w tymże przypadku chuligański charakter wykroczenia przejawiać się może w umyślnym godzeniu w porządek lub spokój publiczny, jeżeli sprawca działał publicznie oraz w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego (na co wskazuje kontekst art. 47 § 5 k.w.); 2) obowiązek naprawienia szkody; w tym przypadku, wymierzając karę ograniczenia wolności, organ orzekający może zobowiązać ukaranego do naprawienia w całości albo w części szkody wyrządzonej wykroczeniem (na co wskazuje kontekst art. 22 pkt 1 k.w.); 3) obowiązek podania orzeczenia o ukaraniu do publicznej wiadomości w szczególny sposób; orzeka się go wtedy, gdy może to mieć znaczenie wychowawcze (art. 31 § 1 k.w.); wówczas orzeczenie to ogłasza się w zakładzie pracy, w uczelni, w miejscu zamieszkania ukaranego, w innym właściwym miejscu lub w inny stosowny sposób; ogłoszenie może nastąpić na koszt ukaranego (art. 31 § 2 k.w.).

In exceptis w rozważanym przepisie kara aresztu, kara ograniczenia wolności oraz kara grzywny może zostać wymierzona w niższym wymiarze niżli wskazany powyżej (co wynika z kontekstu art. 39 § 2 k.w.). Zgodnie z art. 39 § 1 k.w. w wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można – biorąc pod uwagę charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy – zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpić od wymierzenia kary lub środka karnego. Natomiast w razie odstąpienia od wymierzenia kary zastosować do sprawcy środek oddziaływania społecznego mający na celu przywrócenie naruszonego porządku prawnego lub naprawienie wyrządzonej krzywdy, polegający zwłaszcza na przeproszeniu pokrzywdzonego, uroczystym zapewnieniu niepopelniania więcej takiego czynu albo zobowiązaniu sprawcy do przywrócenia stanu poprzedniego (art. 39 § 4 k.w.).

Podsumowanie

Wykroczenie nieobyczajnego wybryku ma charakter powszechny, bezskutkowy, popełnione być może przez działanie, zaś w kontekście strony podmiotowej przybrać może charakter umyślny albo nieumyślny. Popełniony może zostać w przestrzeni publicznej – *in minimis* – wystarcza, aby mógł zostać dostrzeżony przez inne osoby. Nieobyczajny wybryk nie musi zawsze posiadać charakteru zachowania, które narusza wstydlivość, eksponuje publicznie intymne lub obsceniczne zachowania seksualne, lecz może naruszać obyczajność – dobre obyczaje – także na inne sposoby. Artykuł 140 k.w., który typizuje wykroczenie będące przedmiotem analizy, może występować – od strony kwalifikacji prawnej – w zbiegu (pozornym czy rzeczywistym) z określonymi przepisami typizującymi konkretne przestępstwa albo wykroczenia. Na sprawcę wykroczenia nieobyczajnego występku z art. 140 k.w. może zostać nałożona kara w postaci prze-

widzianej w tymże przepisie i wymierzana na zasadach przewidzianych w części ogólnej k.w., jak również mogą na tegoż sprawcę zostać nałożone środki karne w postaci: nawiązki, obowiązku naprawienia szkody, podania orzeczenia o ukaraniu do publicznej wiadomości w szczególny sposób.

Bibliografia

- Bartecki H., Błoch R., *Część szczególna kodeksu wykroczeń – ustawowe znamiona wybranych wykroczeń. Część I. Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu*, Katowice 2013.
- Bojarski M. [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis.
- Gołda-Sobczak M., *Używanie słów nieprzystoitych w miejscu publicznym jako wykroczenie*, „Ius Novum” 2019, nr 4.
- Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, Lex.
- Krajewski R., *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Palestra” 2019, nr 3.
- Krajewski R., *Wykroczenia wybryku i nieobyczajnego wybryku*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11–12.
- Kulczyki M., Zduńczyk J., *O nowym kodeksie wykroczeń*, Warszawa 1972.
- Kulesza J. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, Legalis.
- Kulesza J., Głosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r. (VII Ka 956/18, niepubl.), „Studia Iuridica Lublinensia” 2019, nr 2.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2008, Lex.
- Mozgawa M. [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, Lex.
- Nowy słownik poprawnej polszczyzny*, red. A. Markowski, Warszawa 2003.
- Piórkowska-Flieger J. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Gdańsk 2020, Lex.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. IX, red. H. Zgółkowska, Poznań 1996.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XXIII, red. H. Zgółkowska, Poznań 1999.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XXXV, red. H. Zgółkowska, Poznań 2002.
- Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. XLVI, red. H. Zgółkowska, Poznań 2004.
- Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1997, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski>.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. I, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. II, L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007.
- Słownik języka polskiego powstały na podstawie Słownika 100 tysięcy potrzebnych słów*, red. J. Bralczyk, Warszawa 2005), aktualiz. L. Drabik, <https://sjp.pwn.pl>.
- Współczesny słownik języka polskiego*, t. I, red. B. Dunaj, Warszawa 2007.
- Współczesny słownik języka polskiego*, t. II, red. B. Dunaj, Warszawa 2007.
- Wala K., *Nieobyczajny wybryk – art.140 k.w. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Warszawa 2015.
- Zbrojewska M. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, Lex.

Streszczenie

Autor podejmuje analizę kwestii związanych z wykroczeniem nieobyczajnego wybryku, który określony został w art. 140 k.w. Narracja wiedzie przez zagadnienia: przedmiotu – ochrony, zamachu – którym jest moralność i obyczajność w perspektywie publicznej oraz porządek publiczny; formy popełnienia wykroczenia – ma ono charakter powszechny i przybrać może postać dzia-

łania. Rozpatrywane wykroczenie dla swego zaistnienia nie musi zostać zrealizowane „bezpośrednio” w przestrzeni publicznej. Wystarczy, aby nieobyczajny wybryk mógł zostać dostrzeżony przez inne osoby. Nieobyczajny wybryk nie musi za każdym razem mieć charakteru zachowania naruszającego wstydlivość, eksponującego publicznie intymne lub obsceniczne zachowania seksualne, lecz może naruszać obyczajność również na inne sposoby. Nieobyczajny wybryk może być w zakresie strony podmiotowej zrealizowany umyślnie albo nieumyślnie. Artykuł 140 k.w. typizujący analizowane wykroczenia może występować – od strony kwalifikacji prawnej – w zbiegu (pozornym czy rzeczywistym) z określonymi przepisami typizującymi konkretne przestępstwa albo wykroczenia.

Słowa kluczowe: nieobyczajny wybryk, naruszenie obyczajności, wykroczenie nieobyczajnego wybryku

INDECEND EXCESS (ART. 140 OF THE OFFENCE CODE)

Summary

The author analyzes the issues related to the offense of the indecent excess, defined in Art. 140 of the Offense Code. The narrative runs through the issues of: the object – protection, assassination – which is morality and decency in the public perspective and the public order; forms of committing of the offense – it is universal nature and may take the form of an action. The considered offense does not have to be implemented “directly” in the public space, it is enough for the occurrence of the indecent excess, that it could be noticed by other people. Indecent excess does not have to be a behavior that violates shamefulness, exposing publicly intimate or obscene sexual behavior, but it can also violate decency in other ways. An indecent excess may be carried out intentionally or unintentionally. Article 140 of the Offense Code typifying the analyzed offense may occur – from the point of view of legal qualification – in the coincidence (apparent or real) with specific provisions listing specific crimes or offenses.

Keywords: indecent excess, violation of decency, offense of indecent excess

Izabela Wysocka

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0001-5810-2438

ISTOTA TAJEMNICY UBEZPIECZENIOWEJ ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNNIENIEM ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA JEJ NARUSZENIE

Wprowadzenie

Celem opracowania jest ukazanie istoty tajemnicy ubezpieczeniowej przy szczególnym uwzględnieniu odpowiedzialności za jej naruszenie. Dokonanie analizy wymaga poruszenia kwestii dotyczących zakresu podmiotowego i przedmiotowego, jaki obejmuje tajemnica ubezpieczeniowa. Ponadto poza uwzględnieniem odpowiedzialności cywilnej, karnej i administracyjnej na uwagę zasługuje temat powiązany, jakim jest odpowiedzialność pracownika wobec zakładu pracy. Opracowanie ma przede wszystkim wykazać, jaką odpowiedzialnością może być dotknięty podmiot naruszający obowiązek zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej.

Istota tajemnicy ubezpieczeniowej

Istotą tajemnicy zawodowej jest prawo do prywatności, które wynika z gwarancji konstytucyjnej zawartej w art. 47 Konstytucji RP¹, zgodnie z którym „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”². W związku z zapewnieniem wskazanej gwarancji ustawodawca nadał zawodom zaufania publicznego obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej. Poza najpowszechniejszymi profesjami, które objęte są tym obowiązkiem, wyróżnia się także tajemnicę telekomunikacyjną, bankową oraz ubezpieczeniową. Warto przy tym zaznaczyć, iż nie zawsze

¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483).

² A. Jurkowska, *Tajemnica bankowa jako środek ochrony prawa do prywatności*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII, s. 221–224.

ustawodawca posługuje się nazwanym określeniem konkretnej tajemnicy zawodowej. Przytoczona sytuacja ma miejsce w przypadku tajemnicy ubezpieczeniowej, która swoje źródło znajduje w art. 35 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej³.

Rola ubezpieczyciela jest przede wszystkim nacechowana potrzebą zaufania publicznego z powodu charakteru zobowiązania, jakie powstaje pomiędzy stronami oraz danymi przekazywanymi ubezpieczycielowi. Ponadto należy wskazać, że nie tylko zakład ubezpieczeń, ale i osoby w nim zatrudnione są obowiązane do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej. Obowiązek ten dotyczy też podmiotów powiązanych, tj. agentów ubezpieczeniowych. Obok tajemnicy ubezpieczeniowej pojawia się także tajemnica ubezpieczeniowa agenta ubezpieczeniowego w związku z wykonywaniem czynności agencyjnych i brokera ubezpieczeniowego w związku z wykonywaniem czynności brokerskich.

Dokładne wykazanie istoty tajemnicy ubezpieczeniowej wymaga przeanalizowania zakresu przedmiotowego i podmiotowego, jaki obejmuje ta instytucja.

Zakres przedmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej

Prawo do prywatności wspomniane we wstępie jest podstawą powołania takich instytucji jak tajemnica zawodowa⁴. Gwarancja konstytucyjna ma na celu ochronę strony kontraktu w różnych stosunkach zobowiązaniowych. Umowa obligacyjna ma szczególne znaczenie przy określaniu zakresu przedmiotowego tajemnicy ubezpieczeniowej. Jest to istotne z powodu nadania przez ustawodawcę następującego brzmienia art. 35 ust. 1 u.d.u.r., zgodnie z którym „zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione, a także osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia”. Przytoczony przepis należy rozumieć literalnie i tylko w ten sposób wyznacza on zakres przedmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej. Pojęcie „poszczególnych umów”, o których mowa jest we wskazanej podstawie prawnej, dotyczą tylko umów ubezpieczenia, a zatem inne umowy zawierane przez zakład ubezpieczeń są wyłączone spod tajemnicy ubezpieczeniowej. Do umów zawieranych przez zakład ubezpieczeń, które wydawałoby się, że powinny być objęte wskazanym obowiązkiem, należą przede wszystkim umowy gwarancji ubezpieczeń, jednak jak zostało podkreślone wcześniej, nie są one zawarte w zakresie przedmiotowym tej instytucji. Z tego faktu rodzi się pewna wątpliwość interpretacyjna zakresu przedmiotowego tajemnicy ubezpieczeniowej⁵. Umowy,

³ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. 2015, poz. 1884 ze zm.), dalej: u.d.u.r.

⁴ A. Jurkowska, *Tajemnica bankowa...*, s. 221-224

⁵ M. Szczepańska [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, red. M. Szczepańska, P. Wajda, WK 2017, Lex, komentarz do art. 35.

które nie są umowami ubezpieczeniowymi, również mogą zawierać dane, które powinny być chronione, mimo to rodzaj stosunku obligacyjnego zawartego pomiędzy ubezpieczycielem a stroną umowy przesądza o obowiązku zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej przez podmiot do tego zobowiązany.

Odpowiednie zdefiniowanie zakresu przedmiotowego tajemnicy ubezpieczeniowej wymaga też doprecyzowania istoty samej umowy ubezpieczeniowej. Przyjmuje się, że na zakres przedmiotowy składa się cała treść stosunku zobowiązaniowego. Należy przez to rozumieć sam fakt zawarcia umowy ubezpieczenia, jak również wszelkie informacje, które uzyskał zakład ubezpieczeń w związku z sytuacją zawarcia umowy, ale także, co najistotniejsze, informacje dotyczące treści umowy ubezpieczenia⁶. Stosunek obligacyjny będący przedmiotem umowy ubezpieczenia wskazany został w art. 805 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, zgodnie z którym „ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę”⁷. Umowa ubezpieczenia jest zatem umową nazwaną, odpłatną, o charakterze dwustronnie zobowiązującym⁸.

Powyższa analiza wykazuje, że zakres przedmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej zdefiniowany w art. 35 ust. 1 u.d.u.r. wymaga doprecyzowania przez przepisy k.c. dotyczące umów ubezpieczeniowych i tylko w taki sposób powinno się go interpretować. Dostrzegając zatem wskazane ograniczenie tajemnicy ubezpieczeniowej tylko do stosunków obligacyjnych z zakresu umów ubezpieczeniowych, należy wysunąć wniosek, iż zawężenie zakresu przedmiotowego powoduje, że instytucja ta nie chroni całkowicie beneficjenta przed ujawnieniem jego danych.

Zakres podmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej

Zakres podmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej stanowi katalog zamknięty (*numerus clausus*) określony w art. 35 u.d.u.r. poprzez ogólne wskazanie podmiotów, które zobowiązane są do zachowania tajemnicy zawodowej. W ust. 1 ustawodawca zaznaczył, że tajemnica ubezpieczeniowa obowiązuje zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione, jak również osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe. Poprzez określenie „osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe” rozumie się osoby będące w stosunku pracy z zakładem ubezpieczeń oraz osoby i podmioty będące w stosunku umów cywilnoprawnych, a także agentów ubezpieczeniowych⁹.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

⁸ M. Orlicki, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. VIII, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 671 i n.

⁹ M. Szczepańska [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, red. M. Szczepańska, P. Wajda, WK 2017

Zważywszy na wyróżnienie agenta ubezpieczeniowego w zakresie podmiotowym tajemnicy ubezpieczeniowej, należy zaznaczyć, iż tajemnica zawodowa obowiązująca wskazaną profesję *de facto* jest zbiegiem tajemnicy ubezpieczeniowej i tajemnicy agenta ubezpieczeniowego. W myśl art. 22 ust. 3 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń agent ubezpieczeniowy i agent oferujący ubezpieczenia jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy informacji, które uzyskał w związku z wykonywaniem czynności agencyjnych, dotyczących zakładu ubezpieczeń, drugiej strony umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej oraz klienta. Podkreślić należy, że obowiązek ten ciąży na agencie ubezpieczeniowym i agencie oferującym ubezpieczenia uzupełniające również po rozwiązaniu umowy agencyjnej¹⁰. Zgodnie z przytoczoną podstawą prawną agent ubezpieczeniowy jest zobowiązany do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej wynikającej z art. 35 ust. 1 u.d.u.r., a także tajemnicy agenta ubezpieczeniowego. Zakres przedmiotowy tajemnicy agenta ubezpieczeniowego jest szerszy od zakresu przedmiotowego tajemnicy ubezpieczeniowej. Wynika to z faktu włączenia umowy gwarancyjnej ubezpieczenia do zakresu przedmiotowego tajemnicy agenta ubezpieczeniowego. Pomimo jednak tej różnicy w doktrynie przyjmuje się, że dochodzi do zbiegu dwóch tajemnic zawodowych w przypadku wykonywania profesji agenta ubezpieczeniowego i agenta oferującego ubezpieczenia uzupełniające¹¹.

Dostrzegając wskazaną tożsamość tajemnicy ubezpieczeniowej i tajemnicy agenta ubezpieczeniowego, nie należy jej stosować w przypadku tajemnicy brokera ubezpieczeniowego. Tajemnica brokera ubezpieczeniowego określona została w art. 32 ust. 3 pkt 1 u.d.u., zgodnie z którym broker ubezpieczeniowy ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń. Powyższy obowiązek ciąży na brokerze ubezpieczeniowym również po rozwiązaniu stosunku umownego ze zleceniodawcą. Należy zaznaczyć, iż tajemnica brokera ubezpieczeniowego nie pokrywa się z tajemnicą ubezpieczeniową z uwagi na charakter działalności samego zawodu brokera ubezpieczeniowego. Nie można zatem uznawać brokera ubezpieczeniowego za podmiot, za pomocą którego zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, ponieważ broker ubezpieczeniowy działa wyłącznie w imieniu osoby, która poszukuje ochrony wynikającej z ubezpieczenia. Ponadto broker ubezpieczeniowy nie może jednocześnie wykonywać działalności agencyjnej i czynności agencyjnych¹². Uznać należy, że broker ubezpieczeniowy nie może być podmiotem rozumianym w świetle art. 35 ust. 1 u.d.u.r.,

¹⁰ Ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (Dz.U. 2017, poz. 2486 ze zm.), dalej: u.d.u.

¹¹ J. Byrski, *Przetwarzanie danych osobowych przez pośredników ubezpieczeniowych*, „The Central and Eastern European Online Library” 2019, no. 3, s. 27.

¹² Art. 32 ust. 1 pkt 1 u.d.u.

tj. takim, za pomocą którego zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe¹³.

Konkludując powyższe rozważania, zakres podmiotowy tajemnicy ubezpieczeniowej dotyczy podmiotów wskazanych w art. 35 ust. 1 u.d.u.r., a także agenta ubezpieczeniowego i agenta oferującego ubezpieczenia uzupełniające, którzy wykonują czynności agencyjne. Obowiązek zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej nie dotyczy brokera ubezpieczeniowego przy wykonywaniu czynności brokerskich, gdyż jego obowiązkiem jest zachowanie jedynie tajemnicy brokerskiej, która nie jest tożsama z tajemnicą ubezpieczeniową.

Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej – uwagi wprowadzające

Przedmiotem niniejszego opracowania jest w szczególności odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej. Analiza zakresu przedmiotowego i podmiotowego tej instytucji wykazała istotę samej tajemnicy zawodowej. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej przez podmiot zobowiązany do jej zachowania może być rozumiana na gruncie różnych dziedzin prawa. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 października 2017 r. (sygn. II SA/Wa 178/17) stwierdził, że „tajemnica ubezpieczeniowa jest instytucją prawa publicznego wprowadzoną do systemu prawnego w celu prawnej ochrony słuszych interesów ubezpieczających, którzy mogą i powinni oczekiwać od zakładów ubezpieczeń i osób w nich zatrudnionych zachowania w tajemnicy wszelkich informacji dotyczących ich sytuacji majątkowej i osobistej oraz wszelkich innych informacji dotyczących treści umowy ubezpieczenia. Jest to obowiązek nałożony przez ustawodawcę na każdy zakład ubezpieczeń, naruszenie którego niesie za sobą sankcje administracyjnoprawne, karne oraz cywilne”. Podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej, który narusza to prawo, może być zatem dotknięty odpowiedzialnością cywilną wynikającą z przepisów k.c., a także odpowiedzialnością karną na gruncie k.k. i ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁴. Ponadto podmiot naruszający obowiązek zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej może być dotknięty sankcjami administracyjnymi za popełnienie deliktu administracyjnego. Na uwagę zasługuje też zagadnienie dotyczące odpowiedzialności pracownika zakładu ubezpieczeń za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w świetle przepisów k.p.¹⁵

¹³ J. Byrski, *Przetwarzanie danych...*, s. 27.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej: k.k.; ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2002, nr 197, poz. 1661 ze zm.), dalej: u.o.p.z.

¹⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 – Kodeks pracy (Dz.U. 1974, nr 24, poz. 141 ze zm.).

Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej w świetle przepisów prawa cywilnego

Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej pojawia się na gruncie prawa cywilnego, a w szczególności jako pogwałcenie praw wynikających z ochrony dóbr osobistych. W myśl art. 23 k.c. dobra osobiste definiowane są jako zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Należy przy tym podkreślić, iż wymienione dobra osobiste są jedynie przykładowe. Ustawodawca, stanowiąc przepis art. 23 k.c., stworzył katalog otwarty, zatem wszelkie inne dobra, które uznać można za budzące negatywną opinię w społeczeństwie, objęte są ochroną prawa cywilnego¹⁶. Wyjaśniając istotę odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej, powinno się zaznaczyć, iż w doktrynie przyjęte jest stanowisko odpowiedniej interpretacji wskazanego przepisu. Wykładni przepisu art. 23 k.c. dokonuje się nierozłącznie z art. 24 k.c., który stanowi o ochronie dóbr osobistych¹⁷. Przechodząc zatem do zastosowania ochrony dóbr osobistych jako możliwości dochodzenia praw za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej, wskazać należy, że informacje, jakie uzyskuje podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy, stanowią dobra osobiste w świetle k.c. Dobrem osobistym, które w szczególności chroni tajemnica ubezpieczeniowa, jest prawo do prywatności, co podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2018 r. (sygn. I OSK 2376/16): „ponadto tajemnica ubezpieczeniowa podobnie jak inne tajemnice przewidziane w przepisach prawa zabezpiecza chronione prawem wartości, w tym przypadku prawo do prywatności ubezpieczających, czy prawo ubezpieczającego przedsiębiorcy do zachowania w poufności jego danych handlowych. Przy czym fakt, że dane te mogą też być objęte tajemnicą przedsiębiorcy, nie zwalnia zakładu ubezpieczeń z obowiązku ich chronienia tajemnicą ubezpieczeniową”¹⁸. Dochodzenie roszczenia wynikającego z ochrony dóbr osobistych za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej dokonuje się na podstawie art. 448 k.c., w myśl którego za naruszenie dobra osobistego sąd może przyznać temu, czyje dobro zostało naruszone, odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę lub na żądanie zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez niego cel społeczny. Zadośćuczynienie jest przyznawane niezależnie od innych środków niezbędnych do usunięcia skutków takiego naruszenia.

¹⁶ Taki pogląd wyraził SN w wyroku z dnia 18 stycznia 2013 r. (sygn. IV CSK 270/2012, Lexis Nexis nr 5157855), w którym Sąd wskazał, że „odwołanie się do obiektywnych, a więc kształtowanych przez opinie ludzi rozsądnie i uczciwie myślących kryteriów naruszenia dóbr osobistych nie oznacza, że decydujące znaczenie ma reakcja, jaką dane zachowanie wywołuje, gdyż nie reakcja jest tu ważna, ale występująca w społeczeństwie opinia”.

¹⁷ S. Dmowski, R. Trzaskowski, komentarz do art. 23 [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LexisNexis 2014.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. I OSK 2376/16, Lex nr 2610925.

Na gruncie prawa cywilnego poza odpowiedzialnością wynikającą z naruszenia dóbr osobistych podmiot niestosujący się do obowiązku zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej może odpowiadać z art. 471 k.c. stanowiącego o odpowiedzialności *ex contractu* oraz z art. 415 k.c. stanowiącego o odpowiedzialności *ex delicto*. Dostrzegając istotę odpowiedzialności wynikającej z art. 471 k.c., należy uzupełnić jego treść o przepis art. 472 k.c., zgodnie z którym „jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności”. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. I CKN 971/00), „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowanej do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności, w jakich działanie to następuje”¹⁹. Jak wynika z art. 35 ust. 1 u.d.u.r., do obowiązku podmiotów do tego zobowiązanych należy zachowanie tajemnicy ubezpieczeniowej, a zatem podmioty obowiązane muszą dokładać należytej staranności, by zadbać o prawo do prywatności drugiej strony stosunku obligacyjnego. Należyta staranność jest w tym przypadku kluczowym aspektem, którego przestrzeganie spoczywa na zakładzie ubezpieczeń i osobach w nim zatrudnionych, jak również na osobach i podmiotach, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe.

Dochodzenie roszczenia za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej może także mieć miejsce na podstawie przepisu art. 415 k.c., w myśl którego „kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia”. W przypadku odpowiedzialności deliktowej musi dojść do sytuacji, w której strony nie wiąże żadne zobowiązanie albo gdy szkoda powstała poza takim stosunkiem obligacyjnym, przy jednoczesnym zaznaczeniu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było czynem niedozwolonym²⁰. Słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lutego 2013 r. (sygn. II CNP 50/12), uznając, że niewykonanie umowy może stanowić czyn niedozwolony, jednak w sytuacji, gdy sprawca szkody naruszył obowiązek powszechny, ciążyący na każdym. Samo niewykonanie zobowiązania nie może być uznane za działanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c. Wskazanej kwalifikacji można dokonać jedynie wtedy, gdy jednocześnie następuje naruszenie obowiązku powszechnego²¹. W sytuacji, gdy osoba będąca w stosunku pracy z zakładem ubezpieczeń narusza obowiązek zachowania tajemnicy, w tym przypadku ubezpieczeniowej, odpowiada za naruszenie prawa na podstawie art. 415 k.c., natomiast zakład ubezpieczeń odpowiadałby na podstawie odpowiedzialności kontraktowej wyini-

¹⁹ Wyrok SN z dnia 25 września 2002 r., sygn. I CKN 971/00, Lex nr 56902.

²⁰ M. Wałachowska, komentarz art. 415 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534), red. M. Frans, M. Habdas, WKP 2018, Lex.

²¹ Wyrok SN z dnia 14 lutego 2013 r., sygn. II CNP 50/12, Lex nr 1314379.

kającej z art. 471 k.c.²² Zaznaczyć również należy, że konstrukcja taka ma charakter odpowiedzialności solidarnej²³.

Odpowiedzialność cywilna za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej przez podmiot zobowiązany do jej zachowania ma szerokie zastosowanie. Ochrona prawa do prywatności zapewniona przez gwarancje konstytucyjne stanowi także ochronę na gruncie k.c. poprzez dbałość o dobra osobiste człowieka. Stosunki obligacyjne tworzą również odpowiedzialność kontraktową, która ma szerokie zastosowanie w szczególności do podmiotów bezpośrednio będących stroną zobowiązania. Ponadto znaczenie ma też skorzystanie z ochrony prawnej, jaką daje odpowiedzialności deliktowa, której kluczowym aspektem jest wina.

Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej na gruncie prawa karnego

Odpowiedzialność karna za naruszenie tajemnicy została uregulowana w art. 266 § 1 k.k., zgodnie z którym „kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Przytoczony przepis określa podstawową zasadę odpowiedzialności karnej za naruszenie tajemnicy zawodowej, w przeciwieństwie do art. 439 u.d.u.r., który stanowi *lex specialis* do przepisu k.k., ustanawiając odpowiedzialność karną za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej. Zgodnie z generalną zasadą poprzez art. 266 § 1 k.k. wprowadzona została karalność naruszenia obowiązku dyskrecji. Przedmiotem ochrony w świetle tego przepisu jest stosunek zaufania, który istnieje pomiędzy podmiotem dysponującym informacjami a depozytariuszem. Zaznaczyć należy, że depozytariusz musi odgrywać konkretną rolę społeczną, co rozumie się przez zapoznavanie się z informacjami wyłącznie w związku z pełnioną funkcją lub wykonywaną pracą²⁴. Przepis szczególny w ust. 1 stanowi, że kto ujawnia tajemnicę ubezpieczeniową bądź ją wykorzystuje, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do 2 lat²⁵. Ustęp 2 jest formą kwalifikowaną omawianego czynu, która przewiduje sytuację, w której sprawca czynu dopuszcza się ujawnienia lub wykorzystania tajemnicy ubezpieczeniowej w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Na uwagę zasługuje przytoczone

²² Wnioskowanie *per analogiam* do wyroku SN z dnia 19 lutego 2019 r., sygn. IV CSK 428/09, Lex nr 585878.

²³ M. Wałachowska, komentarz art. 415.

²⁴ W. Wróbel, D. Zając, komentarz do art. 266 [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, cz. II: *Komentarz do art. art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, WKP 2017, Lex.

²⁵ Art. 439 ust. 1 u.d.u.r.

w przepisie „ujawnienie”, które należy rozumieć jako uczynienie, że coś staje się jawne, wiadome, oczywiste. Dla kwalifikacji czynu z art. 439 u.d.u.r. nie ma znaczenia, czy ujawnienie informacji objętych tajemnicą ubezpieczeniową będzie miało postać przekazu ustnego, ukazania dokumentów, przedmiotów czy innych środków technicznych, za pomocą których można przełamać zabezpieczenia²⁶. Inaczej natomiast rozumie się pojęcie wykorzystania. Słusznie ten termin wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 12 lutego 2013 r. (sygn. II AKa 2/13), stwierdzając, że „wykorzystanie informacji to wszelkie działania podejmowane przez sprawcę, dla których znajomość informacji stanowiła podstawowy impuls działania nakierowanego na uzyskanie określonej korzyści dla siebie lub innego podmiotu. O wykorzystaniu informacji można mówić, gdy sprawca po zapoznaniu się z nią podjął określone decyzje, działania, czynności”²⁷.

Poza wskazanymi przepisami zastosowanie do odpowiedzialności karnej za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej ma również u.o.p.z. Przytoczony akt jest odzwierciedleniem katalogu czynów zabronionych pod groźbą kary, które stanowią standardy Unii Europejskiej²⁸. Szczególną podstawą prawną, która ma zastosowanie w tym przypadku, jest art. 16 ust. 1 pkt 1 lit. b u.o.p.z. Przepis wskazuje, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności na podstawie ustawy, jeżeli popełnia przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu określone w art. 430–440 u.d.u.r. Warto przypomnieć, iż wspomniany wcześniej art. 439 u.d.u.r. stanowi o odpowiedzialności karnej za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej.

Podsumowując odpowiedzialność na gruncie prawa karnego za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej przez podmiot zobowiązany do jej zachowania, zastosowanie ma przede wszystkim przepis art. 266 § 1 k.k. oraz art. 439 u.d.u.r. stanowiący *lex specialis*. Poza wyróżnionymi przepisami zastosowanie ma także u.o.p.z. Wnioskować należy zatem, że u podstaw ochrony tajemnicy ubezpieczeniowej leży dbanie o interesy klientów zakładów ubezpieczeń²⁹.

Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej jako sankcja administracyjna

Czyn będący naruszeniem tajemnicy ubezpieczeniowej może również stanowić delikt administracyjny w rozumieniu prawa administracyjnego. Z odpowiedzialnością administracyjną mamy do czynienia w przypadku, gdy konieczne

²⁶ A. Błachnio-Parzych komentarz do art. 439 [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, red. M. Szczepańska, P. Wajda, WK 2017, Lex.

²⁷ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. AKa 2/13, Lex nr 1294723.

²⁸ Szerzej: D. Habrat, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, Komentarz art. 439, LexisNexis 2014, Lex.

²⁹ J. Majewski, *Komentarz do przepisów karnych nowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/2, s. 198.

jest dopuszczenie się przez podmiot administrowany czynu zabronionego w postaci deliktu administracyjnego. Należy zatem taki czyn rozumieć jako działanie lub zaniechanie, które narusza zakaz bądź nakaz ustanowiony w danym akcie powszechnie obowiązującym, ale także w przypadku naruszenia norm aktu bezpośrednio skierowanego do podmiotu administrowanego. W efekcie organ administracyjny sprawujący nadzór ma prawo zastosowania sankcji administracyjnej przewidzianej przepisami prawa³⁰.

Podmiot obowiązany do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej może być dotknięty sankcjami administracyjnymi nałożonymi przez Komisję Nadzoru Finansowego. Ustanowienie Komisji jako organu nadzorującego zakłady ubezpieczeń wynika z art. 3 ust. 1 pkt. 23 u.d.u.r. Ujawnienie bądź wykorzystanie tajemnicy ubezpieczeniowej jest naruszeniem prawa, a zatem podmiot zobowiązany do jej zachowania, w tym przypadku zakład ubezpieczeń, nie stosując się do obowiązku zachowania informacji wynikających z poszczególnych umów ubezpieczenia, narusza prawo. Sankcjami administracyjnymi, jakimi może być dotknięty taki zakład ubezpieczeń, jest jego likwidacja oraz kary pieniężne.

Zgodnie z art. 322 ust. 1 pkt 1 u.d.u.r. organ nadzorujący może zarządzić przymusową likwidację zakładu ubezpieczeń w przypadku, gdy zakład ubezpieczeń wykonuje działalność z naruszeniem prawa, statutu lub planu działalności, nie zapewniając przy tym zdolności do wykonywania zobowiązań. Na uwagę zasługuje fakt, że notoryczne naruszanie tajemnicy ubezpieczeniowej przez zakład ubezpieczeń może prowadzić właśnie do sytuacji, kiedy skutkować to będzie brakiem możliwości wykonywania zobowiązań. Tajemnicę ubezpieczeniową należy rozumieć jako ochronę sfery prywatności klientów zakładu ubezpieczeń, a także ochronę ich interesu ekonomicznego. Z drugiej strony tajemnica ubezpieczeniowa w pewien sposób chroni również interes ekonomiczny zakładów ubezpieczeń poprzez poczucie wiarygodności wśród klientów. Pomimo że nieprzestrzeganie tajemnicy ubezpieczeniowej przez zakład ubezpieczeń nie stanowi dla ogółu utraty wizerunku, jednak należy stwierdzić, że ma to ogromny wpływ na pozyskiwanie nowych klientów³¹. Z powyższego należy wysunąć wniosek, że niedochowanie obowiązku zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej stanowi naruszenie prawa, a zatem taki zakład ubezpieczeń może być dotknięty karą administracyjną w postaci przymusowej likwidacji zakładu ubezpieczeń zastosowaną przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Innym rodzajem sankcji administracyjnej przewidzianej przepisem art. 362 ust. 2 pkt 1 u.d.u.r. jest kara finansowa. Organ nadzoru może nałożyć kary pieniężne przewidziane w 362 ust. 1 u.d.u.r. w przypadku, gdy zakład ubezpieczeń

³⁰ M. Śliwa-Wajda, *Odpowiedzialność administracyjna ad personam osoby zarządzającej krajowym zakładem ubezpieczeń w świetle najnowszych zmian ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe. Konsument na rynku usług finansowych” 2019, nr 32(2), s. 64.

³¹ J. Majewski, *Komentarz do przepisów...*, s. 198.

wykonuje działalność z naruszeniem przepisów prawa, statutu, zawartych umów ubezpieczenia lub planu działalności. Naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej może zatem skutkować nałożeniem kary pieniężnej. Wskazany przepis przewiduje różne rodzaje sankcji finansowych. Jako pierwszą wyróżnia się karę nałożoną na członka zarządu zakładu ubezpieczeń lub prokurenta do wysokości odpowiadającej ich trzykrotnemu przeciętnemu miesięcznemu wynagrodzeniu z ostatnich 12 miesięcy. W sytuacji, gdy jednak nie można ustalić przeciętnego wynagrodzenia z ostatnich 12 miesięcy, kara ta może być nałożona w wysokości do 100 tys. zł. Kolejnym rodzajem sankcji jest kara pieniężna nałożona na zakład ubezpieczeń do wysokości 0,5% składki przypisanej brutto wykazanej przez zakład ubezpieczeń w ostatnim przedstawionym organowi nadzoru sprawozdaniu finansowym. W sytuacji, gdy zakład ubezpieczeń nie wykonywał działalności lub uzyskał składkę przypisaną brutto poniżej 20 mln zł, wtedy wysokość kary jest ustalana do 100 tys. zł. Ponadto wyróżnia się jeszcze dwa rodzaje kar, które nie stanowią sankcji finansowej, a jedynie ingerują w działalność zakładu ubezpieczeń. Należą do nich: zawieszenie w czynnościach członka zarządu zakładu ubezpieczeń do rozpatrzenia wniosku o jego odwołanie na najbliższym posiedzeniu organu uprawnionego do jego odwołania oraz wystąpienie do właściwego organu zakładu ubezpieczeń z wnioskiem o odwołanie udzielonej prokury³².

Zważywszy na przytoczone sankcje, należy zwrócić uwagę na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2017 r., w którym Sąd stwierdził, że „na gruncie art. 14 ust. 3a ustawy z 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych organ nadzoru nie miał (do 31 grudnia 2015 r.) i aktualnie również nie ma możliwości dokonania wyboru pomiędzy zastosowaniem sankcji finansowej a zastosowaniem innego instrumentu nadzorczego oddziaływania. Ustawodawca przesądził bowiem w sposób jednoznaczny, że najodpowiedniejszą reakcją nadzorczą na nieprawidłowości polegające na nieterminowej likwidacji szkód jest nałożenie kary pieniężnej, przy czym KNF może dokonać jedynie wyboru co do podmiotu, na który zostanie nałożona kara pieniężna. Nadto organ mając na uwadze zapis art. 362 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy z 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (podobnie stanowił poprzednio art. 212 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej) może mając na względzie maksymalną wysokość kary, która może być na dany podmiot nałożona, dokonać jej miarkowania”³³. W przypadku naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej przez zakład ubezpieczeń

³² Art. 362 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. 2015, poz. 1884 ze zm.).

³³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. VI SA/Wa 1651/16, Lex nr 2484147.

należy analogicznie rozumieć przytoczone orzeczenie, mając na względzie, że Komisja Nadzoru Finansowego nie może wedle uznania dobierać sankcji administracyjnych, a jedynie dopatrywać się najodpowiedniejszych do naruszenia prawa.

Odpowiedzialność pracownika zakładu ubezpieczeń za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej – odpowiedzialność porządkowa i materialna

Kwestią odrębną od wspomnianych wcześniej rodzajów odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej jest odpowiedzialność pracownika będącego w stosunku pracy z zakładem ubezpieczeń. Zagadnienie to nie jest co prawda przedmiotem opracowania, jednak stanowi uzupełnienie powyższej treści. Pracownik zakładu ubezpieczeń jest podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej zgodnie z art. 35 ust. 1 u.d.u.r., ale odpowiedzialność pracownika znajduje swoje źródło w przepisach k.p. Zastosowanie w tym przypadku może mieć art. 108 k.p. ustanawiający kary porządkowe. Jest to rodzaj odpowiedzialności porządkowej pracownika. Należy przy tym zaznaczyć, że pracodawca ma możliwość ukarania pracownika, a nie powinność³⁴. Przepis art. 108 k.p. przewiduje następujące kary porządkowe: karę upomnienia oraz karę naganny. Ponadto pracownik, który dopuści się ujawnienia danych objętych tajemnicą ubezpieczeniową, może też być dotknięty konsekwencjami wynikającymi z art. 52 § 1 pkt 1 i 2 k.p., zgodnie z którym „pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie: ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych lub popełnienia przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem”. Nie należy również pomijać odpowiedzialności materialnej, jaką może ponieść pracownik, a która wynika z art. 114 k.p., w myśl którego pracownik, który wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych ze swojej winy wyrządził pracodawcy szkodę, ponosi odpowiedzialność materialną.

Podsumowanie

Tajemnica ubezpieczeniowa zdefiniowana w art. 35 u.d.u.r dotyczy przede wszystkim zakładu ubezpieczeń i podmiotów, za pomocą których zakład ten wykonuje czynności ubezpieczeniowe. Każdy z wymienionych podmiotów może być

³⁴ W. Perdeus, komentarz do art. 108 [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, t. I: Art. 1–113, red. K.W. Baran, WKP 2020, Lex.

dotknięty odpowiedzialnością za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej. Ochrona powstała na gruncie prawa cywilnego, karnego oraz administracyjnego ma przede wszystkim na celu zapewnienie gwarancji konstytucyjnej, jaką jest ochrona dóbr osobistych. Możliwość dochodzenia roszczenia za naruszenie dobra osobistego jako odpowiedzialności za niedochowanie tajemnicy ubezpieczeniowej potwierdza tę tezę. Istota tajemnicy ubezpieczeniowej przekłada się zatem na zakres możliwości dochodzenia roszczeń na gruncie prawa cywilnego. Ponadto ochrona prawnokarna ugruntowana na podstawie trzech różnych ustaw ma zapewnić poczucie odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń i podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej, gdyż jak wskazano w zakresie przedmiotowym, dane przekazywane ubezpieczycielowi są danymi prywatnymi, a umowy ubezpieczenia często wymagają przedstawienia ich. Odrębna, ale równie istotna jest funkcja, jaką sprawuje organ nadzoru nad zakładami ubezpieczeń. Komisja Nadzoru Finansowego może także w przypadku takich naruszeń stosować sankcje administracyjne, które mają w mojej ocenie najdalej idące negatywne skutki dla zakładu ubezpieczeń, chociażby takie, jak przymusowa likwidacja.

Podsumowując, tajemnica ubezpieczeniowa jest instytucją prawa publicznego, która przeszła do prawa prywatnego, by zapewnić ochronę jednostki przed naruszeniami jej prywatności, a zakres tej ochrony jest szeroki, gdyż podmiot odpowiedzialny za zachowanie tajemnicy ubezpieczeniowej może być dotknięty odpowiedzialnością cywilną, karną i administracyjną.

Bibliografia

- Błachnio-Parzych A. [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, red. M. Szczepańska, P. Wajda, WK 2017, Lex.
- Byrski J., *Przetwarzanie danych osobowych przez pośredników ubezpieczeniowych*, „The Central and Eastern European Online Library” 2019, no. 3.
- Dmowski S., Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LexisNexis 2014, Lex.
- Habrat D., *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz do art. 43*, LexisNexis 2014, Lex.
- Jurkowska A., *Tajemnica bankowa jako środek ochrony prawa do prywatności*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII.
- Majewski J., *Komentarz do przepisów karnych nowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/2.
- Orlicki M., *Prawo zobowiązań – część szczegółowa* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. VIII, J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004.
- Perdeus W. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, t. I: Art. 1–113, red. K.W. Baran, WKP 2020, Lex.
- Szczepańska M. [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, red. M. Szczepańska, P. Wajda, WK 2017, Lex.
- Śliwa-Wajda M., *Odpowiedzialność administracyjna ad personam osoby zarządzającej krajowym zakładem ubezpieczeń w świetle najnowszych zmian ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe. Konsument na rynku usług finansowych” 2019, nr 32(2).

Wałachowska M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Frans, M. Habdas, *Komentarz do art. 415*, WKP 2018, Lex.
Wróbel W., Zajac D. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, cz. II: *Komentarz do art. art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, WKP 2017, Lex.

Streszczenie

Tajemnica ubezpieczeniowa jest instytucją prawa publicznego, która wprowadzona została do systemu prywatnego. Celem tej instytucji jest ochrona gwarancji konstytucyjnych, takich jak prawo do prywatności, a także stanowi ochronę dóbr osobistych człowieka. Z tego faktu rodzi się szeroka odpowiedzialność podmiotu za naruszenie tajemnicy ubezpieczeniowej. Dopatrywać się można odpowiedzialności cywilnej jako naruszenia umownego oraz odpowiedzialności deliktowej. Ponadto podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy ubezpieczeniowej, który narusza ten obowiązek, może być dotknięty odpowiedzialnością karną, której podstawa znajduje źródło w kilku ustawach. Warto również zaznaczyć rolę odpowiedzialności administracyjnej, w której naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy jest traktowane jako delikt administracyjny. Z uwagi na powyższe istotą tajemnicy ubezpieczeniowej jest zapewnienie ochrony na gruncie prawa cywilnego, karnego oraz administracyjnego.

Słowa kluczowe: tajemnica zawodowa, tajemnica ubezpieczeniowa, zakład ubezpieczeń, odpowiedzialność cywilna, odpowiedzialność karna, odpowiedzialność administracyjna, delikt administracyjny, odpowiedzialność pracownika, dobra osobiste, ochrona dóbr osobistych

THE ESSENCE OF INSURANCE SECRECY WITH PARTICULAR REGARD TO LIABILITY FOR ITS BREACH

Summary

Insurance secrecy is a public law institution that has been introduced to the private system. The purpose of this institution is to protect constitutional guarantees such as the right to privacy, and also to protect human rights. This fact gives rise to the entity's broad liability for breach of insurance secrecy. You can see civil liability as a contractual breach and tort liability. In addition, the entity obliged to maintain insurance secrecy that violates this obligation may be affected by criminal liability, the basis of which is found in several acts. It is also worth highlighting the role of administrative responsibility, in which a breach of the obligation of confidentiality is treated as an administrative tort. Due to the above, the essence of insurance secrecy is to provide protection under civil, criminal and administrative law.

Keywords: professional secrecy, insurance secrecy, insurance company, civil liability, criminal liability, administrative liability, administrative tort, employee liability, personal rights, protection of personal rights

Agata Ziobroń

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0003-0398-460X

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA NIELETNICH W KONTEKŚCIE NEUROPRAWA (*NEUROLAW*) – ZAGADNIENIA WYBRANE

Wprowadzenie

W artykule podjęto tematykę odpowiedzialności karnej osób nieletnich. Przedstawiono praktykę w zakresie stosowania technik neurobiologicznych w celu określenia zdolności do występowania w procesie karnym i przypisywalności odpowiedzialności za popełniony czyn (*neurolaw in juvenile justice*). Podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy tego typu środki mogłyby okazać się użyteczne w kontekście stworzenia uniwersalnego narzędzia mogącego doprowadzić do ujednolichenia zasad odpowiedzialności karnej nieletniego w Unii Europejskiej. Z uwagi na podjętą problematykę opracowania skoncentrowano się zwłaszcza na aspektach dotyczących stopnia rozwoju nieletniego. Postawiono hipotezę, iż neuroprawo może się okazać w ograniczonym stopniu użyteczne w kontekście oceny kryterium niepoczytalności, natomiast nieprzydatne w odniesieniu do ewentualnego przededefiniowania pojęcia nieletniości.

Neuroprawo (*neurolaw*). Zagadnienia praktyczne

Pojęcie „neuroprawo” zostało wprowadzone w 1990 r. przez J. Sherrod Taylora¹. Jest stosunkowo nową nauką interdyscyplinarną badającą relację między budową i funkcjonowaniem mózgu a prawem, zwłaszcza karnym², a także zastosowaniem neuronauki w praktyce prawniczej³. Wykorzystanie neuronauki w pra-

¹ F.X. Shen, *The overlooked history of neurolaw*, „Fordham Law Review” 2016, no. 85, s. 669.

² G. Meynen, *Neurolaw: recognizing opportunities and challenges for psychiatry*, „Journal of Psychiatry & Neuroscience” 2016, no. 41(1), s. 3.

³ G. Meynen, *Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law. Review Essay*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2014, no. 17, s. 819–829.

wie coraz częściej przykuwa uwagę przedstawicieli zagranicznej doktryny⁴. Neuroprawo intensywnie się rozwija, a na ten rozwój przeznaczane są znaczne dofinansowania⁵. Dowody z obrazowania funkcji i struktury mózgu coraz częściej znajdują zastosowanie w procesach karnych na świecie⁶, często wykorzystywane jako dowód okoliczności łagodzącej⁷, ale również powoływane przez oskarżyciela na poparcie okoliczności obciążającej z uwagi na niebezpieczeństwo ze strony sprawcy⁸, co wzbudza kontrowersje pod względem etycznym⁹. Wśród różnorodnych narzędzi używanych do neuroobrazowania praktycy i przedstawiciele doktryny koncentrują się głównie na obrazach uzyskiwanych z funkcjonalnego rezonansu magnetycznego (fMRI) i pozytonowej tomografii emisyjnej (PET)¹⁰. Inne techniki stosowane do oceny anomalii lub zaburzeń w budowie i funkcjonowaniu mózgu to: tomografia emisyjna pojedynczych fotonów (SPECT), elektroencefalografia (EEG), ilościowa analiza EEG (qEEG) oraz magnetoencefalografia (MEG)¹¹. Do zakresu wykorzystania neuronauk w praktyce prawniczej należy ocena zdolności do wzięcia udziału w procesie¹². Problematyka wykorzy-

⁴ H. Rosenthal, *Scanning for justice: Using neuroscience to create a more inclusive legal system*, „Columbia Human Rights Law Review” 2019, no. 50.3, s. 298.

⁵ <https://www.abajournal.com/magazine/article/millions-have-been-invested-in-the-emerging-field-of-neurolaw.-where-is-it-leading> (2.12.2020).

⁶ A. Alimardani, J. Chin, *Neurolaw in Australia: The Use of Neuroscience in Australian Criminal Proceedings*, „Neuroethics” 2019, no. 12, s. 255–270.

⁷ H. Rosenthal, *Scanning for justice...*, s. 302.

⁸ A. Alimardani, *Neuroscience, criminal responsibility and sentencing in an islamic country: Iran*, „Journal of Law and the Biosciences” 2018, no. 5(3), s. 724–742.

⁹ G-M. Gkotsi, V. Moulin, J. Gasser, *Neuroscience in the Courtroom: From responsibility to dangerousness, ethical issues raised by the new French law*, „Encephale” 2015, no. 41(5), s. 385–393. Jak wskazują A. Alimardani i J. Chin, udokumentowanie u oskarżonego istnienia ciężkiej, nieuleczalnej choroby mózgu powiązanej z wysokim ryzykiem powrotności do przestępstwa może się wiązać z wymierzaniem przez sąd surowszych kar celem ochrony społeczeństwa przed niebezpiecznym sprawcą. W odniesieniu do polskich warunków tego typu dowód mógłby spowodować zastosowanie środków postępowania uregulowanych w kontrowersyjnej ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób.

¹⁰ H. Rosenthal, *Scanning for justice...*, s. 298.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Do przykładów można zaliczyć przypadek, w którym u oskarżonego biegły neuropsycholog zdiagnozował chorobę naczyniowo-mózgową, której skutkiem były zaburzenia poznawcze przejawiające się w trudnościach z zapamiętywaniem i przetwarzaniem informacji. Dowód neuro naukowy został zaakceptowany przez sąd, który stwierdził, że oskarżony jest niezdolny do wzięcia udziału w procesie. Podobnie w innym przypadku dowód z badań rezonansem magnetycznym, tomografią komputerową i tomografią pozytonową pojedynczych fotonów wykazał, że oskarżony cierpi na demencję wywołaną uszkodzeniem płata czołowego i/lub skroniowego. Por. A. Alimardani, J. Chin, *Neurolaw in Australia...*, s. 255–270. Autorzy stoją na stanowisku, iż dowód neuro naukowy mógłby się okazać użytecznym narzędziem diagnostycznym w razie pojawienia się podejrzeń co do symulacji demencji przez badanego.

stania neuroprawa w zakresie przypisania odpowiedzialności karnej dziecka zasługuje na omówienie ze względu na istniejący już oddźwięk w literaturze światowej, m.in. amerykańskiej¹³, holenderskiej¹⁴ czy latynoamerykańskiej¹⁵. Odnosząc się do polskiego k.p.k. w kwestii sprawcy młodocianego, neuroprawo mogłoby posłużyć do określenia przesłanek obrony obligatoryjnej na podstawie art. 79 pkt 4. Ponadto neuronauka stosowana jest do oceny stanów zaburzenia zdrowia psychicznego w rozumieniu art. 31 polskiej ustawy karnej określanych jako choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe lub inne zakłócenie czynności psychicznych¹⁶. Jak jednak wskazuje się w literaturze, w sytuacji oceny w tym drugim przypadku biegli są zmuszeni do szacowania możliwości rozpoznawania znaczenia czynu i kierowania swoim postępowaniem przez sprawcę w chwili czynu, co obniża wartość dowodu neuronaukowego z uwagi na fakt, że ocena ta dotyczy stanu sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego¹⁷. Pomimo tego neuronauka jest często powoływana jako dowód w takiej sytuacji z uwagi na fakt, iż bezpośrednio może odnosić się do obecności lub braku upośledzenia umysłowego czy zaburzeń psychicznych¹⁸.

Należy jednak w tym kontekście zwrócić uwagę na przytaczane w literaturze ograniczenia techniczne dotyczące zastosowania neuronauk w prawie. A. Bigenwald i V. Chambon wymieniają następujące ich kategorie:

1. Ograniczenia czasowe (*temporal limitation*) – jak zasygnalizowano wyżej, techniki neurobiologiczne, zwłaszcza neuroobrazowanie, ukazują jedynie zmiany trwałe, istniejące w czasie procesu. Nie odnoszą się natomiast do czasowych zakłóceń istniejących w chwili przestępstwa¹⁹. Ponadto nie jest możliwe określenie, czy dana zmiana ma charakter następczy, czy uprzedni w stosunku do popełnienia czynu²⁰.

¹³ F.X. Shen, *Legislating Neuroscience: The Case of Juvenile Justice*, „46 Loy. L.A. L. Rev.” 2013, no. 985.

¹⁴ S. Schlem, *Real Neurolaw in the Netherlands: The Role of the Developing Brain in the New Adolescent Criminal Law*, „Frontiers in Psychology” 2020, no. 11.

¹⁵ N.E. Llamas, J.Á. Marinaro, *Neuroscience in youth criminal law: reconsidering the measure of punishment in Latin America*, „Front. Psychol.” 2020, no. 11, s. e302.

¹⁶ A. Alimardani, J. Chin, *Neurolaw in Australia...*, s. 255–270. W tym miejscu warto przywołać przypadek mężczyzny oskarżonego o zabójstwo, w sprawie którego jako dowód neuronaukowy posłużyło kilka wyników testów neuropsychologicznych oraz obrazowanie metodą rezonansu magnetycznego które wykazały istnienie choroby neurodegeneracyjnej (m.in. utratę w zakresie funkcjonalności lub struktury neuronów). Por. *ibidem*.

¹⁷ A. Petoft, M. Abbasi, *Current limits of neurolaw: A brief overview*, „Médecine & Droit” 2020, no. 161, s. 29–34.

¹⁸ A. Alimardani, J. Chin, *Neurolaw in Australia...*, s. 255–270.

¹⁹ A. Bigenwald, V. Chambon, *Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet*, „Frontiers in Psychology” 2019, no. 10.

²⁰ N.A. Vincent, *On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility*, „Criminal Law and Philosophy” 2010, no. 4, s. 95.

2. Ograniczenia interpretacyjne – powiązane m.in. z nieuprawnionym wnioskowaniem na temat procesów zachodzących w mózgu na podstawie aktywności niektórych obszarów bez uwzględnienia szerszego kontekstu, co może prowadzić do błędnych konkluzji, jak np. uznanie, że niewidoma osoba widzi, ponieważ dochodzi do aktywności w obszarze jej kory wzrokowej²¹.
3. Ograniczenia porównawcze – wiążą się z faktem, iż aby badanie mogło być uznawane za wartościowe poznawczo, musi być powtarzalne i poddawane grupowej analizie. Trudności na płaszczyźnie porównawczej wyrażają się w okoliczności, że każde działanie (jak również jego brak) wiąże się z pewną aktywnością mózgu, np. łączenie obrazowania zależnego od poziomu tlenu we krwi z procesami poznawczymi jest problematyczne, co wynika z następujących powodów:
 - nawet w stanie spoczynku mózg wykazuje spontaniczną aktywność,
 - myśli i zachowania osoby nigdy nie podlegają zupełnej kontroli²².Specyfika warunków laboratoryjnych ma szczególne znaczenie w kontekście ich zastosowania w ramach procesu karnego. W związku z tym, jak podkreśla m.in. G. Kedia, niezbędna jest powtarzalność i uogólnienie wyników tego typu badań²³.
4. Ograniczenia normatywne – odnoszą się do normatywnego ujęcia niepełnosprawności i do faktu, że pomimo wykazania istnienia pewnych zmian w mózgu nie muszą one wiązać się z niepełnosprawnością przejawiającą się w niezdolności do kierowania swoim postępowaniem, co jest powiązane ze zjawiskiem neuroplastyczności.
5. Ograniczenia eksperymentalne – ta grupa ograniczeń odnosi się do istnienia sztucznych warunków laboratoryjnych, które mogą wpływać na wynik badania, np. w pewnych okolicznościach wykonanie nawet niewielkiego ruchu w trakcie badania może doprowadzić do uzyskania błędnych (fałszywie pozytywnych) wyników²⁴.

Potencjalna rola neuroprawa w ocenie stopnia rozwoju i stanu zdrowia nieletniego. Problemy praktyczne

Stopień rozwoju nieletniego jest nierozdzielnie powiązany z możliwością odróżniania przez daną jednostkę dobra i zła²⁵. W doktrynie wskazuje się na ko-

²¹ A. Bigenwald, V. Chambon, *Criminal Responsibility and Neuroscience...*

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ M. Mączyńska, *Prawo nieletniego sprawcy czynu zabronionego do rzetelnego procesu sądowego na tle obowiązujących i projektowanych przepisów prawa polskiego oraz standardów międzynarodowych*, Kraków, 2017, s. 314.

nieczność poszukiwania przyczyn ewentualnej niedojrzałości lub zaburzeń rozwojowych występujących u nieletniego i upatrywania w nich źródeł jego zachowania, w czym powinna znaleźć odzwierciedlenie treść rozstrzygnięcia²⁶. Wiek i stopień rozwoju są ze sobą nierozzerwalnie powiązane, gdyż stopień rozwoju oceniany jest pod kątem adekwatności w stosunku do wieku²⁷.

Intensywny rozwój neuronauk i powiązanych z nimi technologii doprowadził do większego zrozumienia aspektów funkcjonowania ludzkiego mózgu, co wywarło znaczący wpływ na rozwój prawa karnego nieletnich m.in. w państwach Ameryki Południowej, zwłaszcza w kontekście zachowań i kontroli impulsów u młodych ludzi²⁸. Jak wskazują K.H. Federle i P. Skendelas, badania mózgu dostarczają znanego już dowodu²⁹, że nie powinno się zrównywać odpowiedzialności nieletnich i dorosłych, ponieważ ich mózgi różnią się i młodzi ludzie nie posiadają takich samych zdolności w zakresie podejmowania decyzji, a zrównanie takie jest moralnie złe i nieuprawnione z naukowego punktu widzenia³⁰. K.H. Federle i P. Skandelas wskazują także, że dowody neuronaukowe zapewniają podstawę, by przyjąć, iż nie powinno się zrównywać traktowania dzieci i dorosłych z uwagi na fakt, że ze względu na różnice w strukturze i funkcji mózgów nie posiadają one takich samych zdolności podejmowania decyzji co osoby dorosłe³¹.

Odmienne stanowisko prezentuje m.in. E. Buss, która twierdzi, że nie ma nic niewłaściwego w przypisaniu winy dziecku, a przypisywanie winy jest domeną prawa karnego, a nie nauk o rozwoju, zaś przyjmowanie stanowiska, że neuronauka wskazuje na mniejszy stopień zawinienia, prowadzi do błędnych wniosków, że sam etap rozwoju determinuje poziom zawinienia, i nie pozostawia przestrzeni dla niezależnego prawnego i moralnego osądu³². Znaczący problem stanowi w tym

²⁶ *Ibidem*, s. 315.

²⁷ V. Konarska-Wrzošek [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 3.

²⁸ N.E. Llamas, J.Á. Marinaro, *Neuroscience in Youth Criminal Law: Reconsidering the Measure of Punishment in Latin America*, „Frontiers in Psychology” 2020, no. 25.

²⁹ Według S. Satel i S.O. Lilienfelda wartość dowodowa skanów mózgu jest stosunkowo niska i na ten moment nie dostarczają one dodatkowych informacji ponad te, które można uzyskać dzięki zastosowaniu kryminalistyki i klasycznych metod dochodzeniowych. Autorzy określają proces „powielania” dostępnych innymi metodami danych mianem „neuroredundacji”. Pomimo tego zastosowanie dowodów neuronaukowych w Stanach Zjednoczonych rośnie, zwłaszcza w procesach o przestępstwa zagrożone karą śmierci. Jednocześnie autorzy podkreślają, że wydanie wyroku, na którego treść w znacznej mierze wpłynął neurodowód, nie musi oznaczać błędnego orzeczenia. Por. S. Satel, S.O. Lilienfeld, *Pranie mózgu. Uwodzicielska moc (bezmysłnych) neuronauk*, Stare Groszki 2017, s. 184–185.

³⁰ F.X. Shen, *Legislating Neuroscience: The Case of Juvenile Justice*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2013, no. 46, s. 994.

³¹ *Ibidem*.

³² E. Buss, *Rethinking the Connection Between Developmental Science and Juvenile Justice*, „The University of Chicago Law Review” 2009, no. 76, s. 510.

kontekście fakt, że neuronauka na obecnym etapie swojego rozwoju może być źródłem informacji dotyczących uśrednionych danych odnośnie do różnic w budowie i funkcji mózgu osób w określonym wieku, ale nie zapewnia środków celem określenia indywidualnych zdolności poznawczych konkretnego nieletniego³³.

W literaturze akcentuje się prawdopodobieństwo związku asymetrii rozwoju poszczególnych części mózgu z niedojrzałością osądów i skłonnością do podejmowania ryzyka przez nastolatków³⁴. Badania wskazują na stopniowe dojrzewanie kory przedczołowej. Obszar ten reguluje funkcje wykonawcze – zaawansowane procesy poznawcze odgrywające rolę w planowaniu, kontrolowaniu impulsów, ocenie konsekwencji decyzji przed podjęciem działania³⁵. Dojrzewanie połączeń kory przedczołowej i innych regionów mózgu również zachodzi stopniowo, skutkując poprawą w zakresie kontroli impulsów i regulacji emocji³⁶. Natomiast zmiany w obszarze układu limbicznego w okresie dojrzewania prowadzą do zwiększenia emocjonalnej pobudliwości i poszukiwania nagrody (co przejawia się w podatności na wpływy otoczenia)³⁷. R.J. Bonnie i E. S. Scott formułują hipotezę (opartą na badaniach neurobiologicznych), że nastolatków przyciągają nowe i ryzykowne aktywności, włączając w to popełnienie czynów zabronionych, zwłaszcza w towarzystwie rówieśników, w momencie, w którym brak u nich właściwego osądu niezbędnego do samokontroli i rozważenia przyszłych konsekwencji swojego zachowania³⁸. Autorzy podkreślają jednak, że obecnie rozwój neuronauk nie pozwala na ich zastosowanie w indywidualnych postępowaniach dotyczących nieletnich, jednak jak wskazują, trudno przewidzieć znaczenie technik neurobiologicznych w przyszłości³⁹.

Zastosowanie neuronauk w sprawach nieletnich budzi kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny amerykańskiej. Zdaniem D. Fasslera i R. Gura skany mózgów nieletnich dostarczają wystarczających podstaw do zwolnienia tej kategorii osób od najsurowszych kar⁴⁰. Odmienne stanowisko prezentuje R. Dahl, który wprawdzie wskazuje, że neuroobrazowanie rzeczywiście potwierdza związek pomiędzy zdolnością do podejmowania decyzji a konkretnymi cechami anatomicznymi, nie jest jednak wystarczające do szerokiego wykorzystania jako

³³ F.X. Shen, *Legislating Neuroscience...*, s. 995. Podobne stanowisko prezentują: R.J. Bonnie, E.S. Scott, *The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law*, „Current Directions in Psychological Science” 2013, no. 22(2).

³⁴ R.J. Bonnie, E.S. Scott, *The Teenage Brain...*, s. 159.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Por. B. Bower, *Teen Brains on Trial The science of neural development tangles with the juvenile death penalty*, http://www.phschool.com/science/science_news/articles/teen_brains_trial.html (21.12. 2020).

dowód w postępowaniu⁴¹. Inni autorzy akcentują w tym kontekście brak zrozumienia, w jaki dokładnie sposób cechy mózgu odnoszą się do zachowań nastolatków i podejmowania przez nich decyzji w stresowych sytuacjach⁴². Jeszcze dalej w swoich poglądach idzie J. Kagan, według którego nie można rozpatrywać kwestii odpowiedzialności karnej nieletnich bez uwzględnienia historycznego i kulturowego kontekstu⁴³. Wskazuje się również na znaczącą zmienność wśród jednostek w zakresie cech mózgu, dojrzewania poznawczego i psychologicznego, a także na brak możliwości, z uwagi na konteksty (m.in. społeczne), w których młodzież się rozwija, ustalenia uniwersalnego, sztywnego wieku odpowiedzialności karnej przy użyciu kryterium neurobiologicznego⁴⁴.

Rozwiązania polskiego prawa karnego względem nieletnich

W polskim prawie karnym zasadą jest odpowiedzialność karna osób po ukończeniu 17. roku życia, a nieletniość jest uznawana jako przesłanka pozytywna ograniczająca możliwość przypisania winy z uwagi na wiek sprawcy⁴⁵. Rozwiązanie takie, przyjęte w 1997 r., umotywowano następująco:

- „osoby, które nie ukończyły 17 roku życia zazwyczaj (oczywiście nie dotyczy to całej populacji tych osób) nie osiągnęły jeszcze odpowiedniego stopnia rozwoju biologicznego, psychicznego, społecznego czy też moralnego,
- niedojrzałość psychiczna pociąga za sobą brak kontroli mechanizmów własnego zachowania, co w pewnym stopniu ogranicza zdolność do autodeterminacji,
- nieletni obniżoną ma tak zwaną zdolność oporu, czyli umiejętność przezwyciężenia motywów, skłaniających go do popełnienia czynu zabronionego”⁴⁶.

Powyższe wydaje się spójne z danymi dotyczącymi kontroli impulsów i podejmowania decyzji, które potwierdzają badania neuronaukowe. Wydaje się, że w związku z tym można się zgodzić z przytoczonymi wcześniej twierdzeniami, iż nie dostarczają one informacji niemożliwych do uzyskania za pomocą innych metod, przynajmniej w zakresie aspektów odpowiedzialności karnej nieletnich⁴⁷. Kryterium neurobiologiczne zdaje się jednak użyteczne w odniesieniu do oceny

⁴¹ J.D. Aronson, *Neuroscience and Juvenile Justice*, „Akron Law Review” 2009, no. 42, s. 928.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ M. Amiel, *Neuroscience and Juvenile Responsibility*, *Science and Technology Briefings*, 2019, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/opepst/quatre_pages_anglais/OPECST_2020_0008_neuroscience_briefing.pdf (21.12.2020). Podobnie w tym opracowaniu podkreślono wagę kontekstu kulturowego w aspekcie nieprzydatności neuronauk do ustalenia wieku odpowiedzialności karnej.

⁴⁵ O. Rataj, *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1, s. 137.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Por. S. Satel, S.O. Lilienfeld, *Pranie mózgu...*, s. 185

koncepcji jurydycznej jako niewłaściwej poprzez nakazywanie traktowania nieletniego jako „małego dorosłego”, a więc osobę zdolną do wypełnienia znamion czynu zabronionego czy popełnienia przestępstwa, co wydaje się przeważać szalę na rzecz koncepcji terapeutycznej polegającej na resocjalizacji nieletniego i unikaniu najcięższych gatunkowo kar⁴⁸.

Podsumowanie

W świetle poglądów doktryny trudno przewidzieć przyszły rozwój neuro-nauk i ich wpływ na prawo karne, zarówno w odniesieniu do nieletnich, jak i osób dorosłych, pomimo licznych kontrowersji co do etyki i wartości dowodowej wyników badań uzyskanych za pomocą technik neurobiologicznych. Nie można jednak lekceważyć wzrastającej tendencji w zakresie wykorzystania neurodowodów i można przypuszczać, że w przyszłości znajdą one szerokie zastosowanie również na gruncie polskiej praktyki prawniczej. Jak już wspomniano, z uwagi na różnice indywidualne w zakresie rozwoju nieletniego i odmienności kulturowe nie jest możliwe utworzenie uniwersalnego kryterium wieku w Unii Europejskiej, a wykorzystanie w celu oceny stanu zdrowia (poczytalności) nieletniego obwarowane jest licznymi ograniczeniami technicznymi (czasowymi, porównawczymi, interpretacyjnymi czy eksperymentalnymi). Skany mózgów nieletnich, a właściwie wynikające z nich uśrednione dane, wydają się natomiast potwierdzać słuszność argumentów na rzecz konieczności położenia nacisku na przywracanie nieletnich społeczeństwu i ograniczenie represyjności prawa karnego na rzecz środków leczniczych i terapeutycznych z uwagi na ich psychofizyczną niedojrzałość.

Bibliografia

- Alimardani A., Chin J., *Neurolaw in Australia: The Use of Neuroscience in Australian Criminal Proceedings*, „Neuroethics” 2019, no. 12.
- Alimardani A., *Neuroscience, criminal responsibility and sentencing in an islamic country: Iran*, „Journal of Law and the Biosciences” 2018, no. 5(3).
- Amiel M., *Neuroscience and Juvenile Responsibility*, *Science and Technology Briefings*, 2019, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/opecst/quatre_pages_anglais/OPECST_2020_0008_neuroscience_briefing.pdf.
- Aronson J.D., *Neuroscience and Juvenile Justice*, „Akron Law Review” 2009, no. 42.
- Bigenwald A., Chambon V., *Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet*, „Frontiers in Psychology” 2019, no. 10.

⁴⁸ K. Fila, *Wiek nieletniego sprawcy czynu zabronionego jako podstawa domniemania możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej w świetle projektu nowelizacji Kodeksu karnego z 2019 r.*, „Probacja” 2019, nr 4, s. 121.

- Bonnie R.J., Scott E.S., *The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law*, „Current Directions in Psychological Science” 2013, no. 22(2).
- Bower B., *Teen Brains on Trial The science of neural development tangles with the juvenile death penalty*, http://www.phschool.com/science/science_news/articles/teen_brains_trial.html.
- Buczkowski K., *Wymiar sprawiedliwości wobec nieletnich w wybranych krajach*, Warszawa 2018.
- Buss E., *Rethinking the Connection Between Developmental Science and Juvenile Justice*, „The University of Chicago Law Review” 2009, no. 76.
- Fila K., *Wiek nieletniego sprawcy czynu zabronionego jako podstawa domniemania możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej w świetle projektu nowelizacji Kodeksu karnego z 2019 r.*, „Probacja” 2019, nr 4.
- Gkotsi G.-M., Moulin V., Gasser J., *Neuroscience in the Courtroom: From responsibility to dangerousness, ethical issues raised by the new French law*, „Encephale” 2015, no. 41(5).
- Konarska-Wrzosek V. [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Llamas N.E., Marinaro J.Á., *Neuroscience in youth criminal law: reconsidering the measure of punishment in Latin America*, „Front. Psychol.” 2020, no. 11.
- Mączyńska M., *Prawo nieletniego sprawcy czynu zabronionego do rzetelnego procesu sądowego na tle obowiązujących i projektowanych przepisów prawa polskiego oraz standardów międzynarodowych*, Kraków 2017.
- Meynen G., *Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law. Review Essay*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2014, no. 17.
- Meynen G., *Neurolaw: recognizing opportunities and challenges for psychiatry*, „Journal of Psychiatry & Neuroscience” 2016, no. 41(1).
- Petoft A., Abbasi M., *Current limits of neurolaw: A brief overview*, „Médecine & Droit” 2020, no. 161.
- Rataj O., *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, no. 1.
- Rosenthal H., *Scanning for justice: Using neuroscience to create a more inclusive legal system*, „Columbia Human Rights Law Review” 2019, no. 50.3.
- Satel S., Lilienfeld S.O., *Pranie mózgu. Uwodzicielska moc (bezmąslnych) neuronauk*, Stare Groszki 2017.
- Schleim S., *Real Neurolaw in the Netherlands: The Role of the Developing Brain in the New Adolescent Criminal Law*, „Frontiers in Psychology” 2020, no. 11.
- Shen F.X., *Legislating Neuroscience: The Case of Juvenile Justice*, „46 Loy. L.A. L. Rev.” 2013, no. 985.
- Shen F.X., *The overlooked history of neurolaw*, „Fordham Law Review” 2016, no. 85.
- Vincent N.A., *On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility*, „Criminal Law and Philosophy” 2010, no. 4.

Streszczenie

W artykule podjęto tematykę odpowiedzialności karnej osób nieletnich. Przedstawiono praktykę w zakresie stosowania technik neurobiologicznych w celu określenia zdolności do występowania w procesie i przypisywalności odpowiedzialności za popełniony czyn (*neurolaw in juvenile justice*). Podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy tego typu środki mogłyby okazać się użyteczne w kontekście stworzenia uniwersalnego narzędzia mogącego doprowadzić do ujednolicenia zasad odpowiedzialności karnej nieletniego w Unii Europejskiej. Z uwagi na podjętą problematykę opracowania skoncentrowano się zwłaszcza na aspektach dotyczących stopnia rozwoju nieletniego.

Postawiono hipotezę, iż neuroprawo może okazać się w ograniczonym stopniu użyteczne w kontekście oceny kryterium niepoczytalności, natomiast nieprzydatne w odniesieniu do ewentualnego przededefiniowania pojęcia nieletniości.

Słowa kluczowe: neuroprawo, odpowiedzialność karna, nieletni, wiek odpowiedzialności karnej

JUVENILE CRIMINAL RESPONSIBILITY IN THE CONTEXT OF NEUROLAW

Summary

In the article the subject of criminal liability of juveniles was taken up. The practice in the scope of applying neurobiological techniques in the aim to determine ability to participate in the trial and assignability of responsibility for committed act (neurolaw in juvenile justice). The attempt to answer the question was taken up whether these kind of measures could turn out to be useful in the context of creating universal tool leading to uniform rules of criminal responsibility of the juveniles in the European Union. Having regards to the issues of the paper taken up it was concentrated especially on aspects regarding to the degree of development of the juvenile. The hypothesis was formulated that neurolaw could be useful in the limited degree in the assessment criterium of insanity whereas useless in the reference to possible redefining of the term of underage.

Keywords: neurolaw, criminal responsibility, juvenile, the age of criminal responsibility

AFILIACJE

Natalia Banach – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, ORCID: 0000-0002-8179-9760

Daniel Barczak – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-9978-3388

Marcin Burdzik – Uniwersytet Śląski w Katowicach, ORCID: 0000-0001-6607-6663

Błażej Jurgilewicz – APEIRON Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa Publicznego i Indywidualnego w Krakowie, ORCID: 0000-0003-1380-5580

Dorota Kamuda – Politechnika Rzeszowska, ORCID: 0000-0002-4415-527X

Michał Lewandowski – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID: 0000-0002-8947-133X

Elżbieta Loska – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ORCID: 0000-0001-6838-7721

Andrzej Nowak – Akademia Wychowania Fizycznego w Katowicach, ORCID: 0000-0002-5617-9113

Paulina Prawdzik – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, ORCID: 0000-0001-7626-7527

Katarzyna Purc-Kurowicka – Politechnika Rzeszowska, ORCID: 0000-0003-1082-2772

Bartłomiej Rasala – Akademia Leona Koźmińskiego, ORCID: 0000-0002-3447-1666

Piotr Sadowski – Uniwersytet Opolski, ORCID: 0000-0002-2422-8793

Justyna Skwirowska – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, ORCID: 0000-0002-0701-2202

Milan Sudzina – Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, ORCID: 0000-0001-9038-8018

Arkadiusz P. Szajna – Wyższa Szkoła Zarządzania Ochroną Pracy w Katowicach, ORCID: 0000-0001-6327-4234

Mariusz Wierzbowski – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, ORCID: 0000-0002-5261-4245

Adam Wróbel – Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie, ORCID: 0000-0002-9315-0213

Izabela Wysocka – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, ORCID: 0000-0001-5810-2438

Agata Ziobroń – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-0398-460X

