

Głos Prawa



Przegląd Prawniczy Allerhanda
2019 – t. 2 – nr 1 (3)

OPERA

Adam Redzik, *Anzelm Lutwak i jego „Głos”*

Andrzej Bryl, *Zbrodnie przeciwko ludzkości w myśli prawnej Herscha Lauterpachta*

Iwanna Czajkowska, *Regulacje finansowe Unii Europejskiej w okresie pokryzysowym a działania dyscyplinujące nadzoru bankowego*

DE LEGE EMENDANDA

Arkadiusz Radwan, *Założenia do ustawy o Sądzie Rynku Kapitałowego*

Paweł Kuglarz, *Prawo europejskie impulsem do optymalizacji polskiego prawa upadłościowego...*

Stanowisko Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda w sprawie istotnych zagadnień dotyczących projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo upadłościowe...

FONTES

Rafał Lemkin, *Ewolucja władzy sędziego karnego. Reforma prawa karnego na tle stosunku jednostki do zbiorowości*

Maurycy Allerhand, *O dobro adwokatury polskiej*

RES GESTAE

Tomasz J. Kotliński, *Nieskazitelny charakter jako podstawa wpisu na listę adwokatów w Polsce w okresie międzywojennym*

Rafał Lemkin – patron „Głosu Prawa” 2019

PANOPTICUM

Ewa Stawicka, *Księżyc i inne bajki*



The **Voice**
of **Law**

Allerhand Law Review
2019 – Vol. 2 – No. 1 (3)

Głos Prawa



Przegląd Prawniczy Allerhanda
2019 – t. 2 – nr 1 (3)

Czasopismo wydawane przy współudziale
przedstawicieli nauki i praktyki prawa oraz ekonomii

Μάχεσθαι χρή τὸν δῆμον ὑπὲρ τοῦ νόμου ὡκωσπερ τείχεος!

The people must fight for its law as for its walls!

Lud walczyć musi o prawo, jak o mury miasta!

Heraklit z Efezu, *O naturze*, B44 DK



The **Voice**
of **Law**

Allerhand Law Review
2019 – Vol. 2 – No. 1 (3)

Głos Prawa
Przegląd Prawniczy Allerhanda

The Voice of Law
Allerhand Law Review

Czasopismo redagowane przy współudziale
przedstawicieli nauki i praktyki prawa i ekonomii

Redakcja

Adam Redzik – redaktor naczelny

Arkadiusz Radwan

Wojciech Rogowski

Sekretarz redakcji

Joanna Kruszyńska-Kola

Redaktor językowy

Patryk Gacka

Na 4. stronie okładki znajduje się grafika przedstawiająca *Sprawiedliwość (Iustitię)* według wizji Rafaela z fresku znajdującego się w Sali Konstantyna w Pałacu Watykańskim. Grafikę wykonał w Rzymie ok. 1761-1765 r. rytownik Robert Strange (1721-1792), techniką akwaforty (szerzej s. 247).

Wszystkie grafiki zamieszczone w zeszycie pochodzą ze zbiorów własnych autorów lub z domeny publicznej. Dołożono starań by ustalić autorów fotografii.

ISSN 2657-7984 (wersja drukowana)

ISSN 2657-800X (wersja online)

© All rights reserved

Wydaje

Fundacja im. Aliny i Leszka Allerhandów
we współpracy z Instytutem Allerhanda
e-mail: glosprawa@gmail.com
www.glosprawa.pl

Warszawa

Skład i łamanie: Małgorzata Głuszcak; druk: Elpil

VOX IURIS 2019, No 1 (3)

Od Redakcji	6
-------------------	---

OPERA

Adam Redzik, Anzelm Lutwak (1877-1942) i jego „Głos”.....	8
Iwanna Czajkowska, <i>Przyrost regulacji bankowych w Unii Europejskiej a działania dyscyplinujące organów nadzoru bankowego w okresie pokryzysowym</i>	30
Andrzej Bryl, <i>Zbrodnie przeciwko ludzkości w myśli prawnej Herscha Lauterpachta</i>	50
Paweł Kobes, <i>Zróznicowany charakter modeli kurateli sądowej w postępowaniu z nieletnimi</i>	62

SENTENTIAE

Patryk Gacka, <i>Przegląd orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego</i>	73
Monika Strus-Wołos, <i>Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna</i>	78
Paweł Zdanikowski, <i>Zawieszenie w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników a prawo do wyrażenia sprzeciwu do podjęcia uchwał bez formalnego zwołania. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 23 maja 2019 r. II CSK 307/18</i>	89

DE LEGE EMENDANDA

Arkadiusz Radwan, Założenia do ustawy o Sądzie Rynku Kapitałowego	95
Paweł Kuglarz, <i>Prawo europejskie impulsem do optymalizacji polskiego prawa upadłościowego. O dyrektywie Unii Europejskiej o postępowaniu przedupadłościowym</i>	135
Paweł Janda, Karol Tatara, Paweł Kuglarz, Magdalena Pyzik-Waląg, Mateusz Kaliński, <i>Stanowisko Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda w sprawie istotnych zagadnień dotyczących projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3480)</i>	142

FONTES

Rafał Lemkin, <i>Ewolucja władzy sędziego karnego. Reforma prawa karnego na tle stosunku jednostki do zbiorowości</i>	159
Maurycy Allerhand, <i>O dobro advokatury polskiej</i>	179

RES GESTAE

Joanna Kruszyńska-Kola, <i>O pożytku z metody historyczno-porównawczej w aspekcie instytucji przedawnienia – zainspirowane myślą prof. Maurycygo Allerhanda</i>	184
Tomasz J. Kotliński, <i>Nieskazitelny charakter jako podstawa wpisu na listę adwokatów w Polsce w okresie międzywojennym</i>	192
Marcin Zaborski, <i>Falszywy autorytet advokatury polskiej. Rzecz o advokacie Jerzym Nowakowskim (1912-1996)</i>	201
Rafał Lemkin – patron „Głosu Prawa” 2019.....	217

MISCELLANEA

Recenzja: Paweł Kobes, <i>Funkcje kurateli w polityce kryminalnej, (Michał Porowski)</i>	230
<i>Samorząd adwokacki w Warszawie i Lublinie ma 100 lat</i>	235

IN MEMORIAM

<i>Mychajło Petriw (1965-2019)</i>	237
--	-----

PANOPTICUM

Ewa Stawicka, Księżyc i inne bajki	243
---	-----

WYKAZ SKRÓTÓW	248
---------------------	-----

INFORMACJE DLA AUTORÓW.....	249
-----------------------------	-----

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS	250
--	-----

TABLE OF CONTENTS	256
-------------------------	-----



OD REDAKCJI

Oddajemy do rąk Czytelników drugi zeszyt „Głosu Prawa”. Mamy nadzieję, że i tym razem spotka się z zainteresowaniem.

W dziale „Opera” zamieściliśmy opracowanie nawiązujące do rozważań z zeszytu pierwszego na temat inflacji prawa, czyli artykuł o regulacjach finansowych Unii Europejskiej w okresie pokryzysowym w kontekście działań dyscyplinujących nadzoru bankowego. Ponadto publikujemy: zapowiadany artykuł o Anzelmie Lutwaku – twórcy przedwojennego „Głosu Prawa”, opracowanie na temat koncepcji „zbrodni przeciwko ludzkości” oraz rozważania o modelach modeli kurateli sądowej w postępowaniu z nieletnimi.

W dziale „Sententiae”, oprócz kontynuacji przeglądu orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego, polecamy przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej na temat dóbr osobistych, a także głosę do jednego z najnowszych wyroków Sądu Najwyższego.

W nowym dziale „De lege emendanda”, w którym zamierzamy publikować projekty dobrych regulacji, omawiać koncepcje regulacyjne oraz prezentować dyskusję nad projektami prawa, zamieszcimy opracowane przez zespół Instytutu Allerhanda założenia do ustawy o Sądzie Rynku Kapitałowego, a ponadto uwagi na temat dyrektywy

Unii Europejskiej o postępowaniu przedupadłościowym oraz stanowisko Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda w sprawie istotnych zagadnień dotyczących projektu nowelizacji ustawy Prawo upadłościowe.

W dziale „Fontes” tym razem interesujące rozważania Rafała Lemkina o ewolucji władzy sędziego karnego oraz mało znany artykuł patrona Instytutu Allerhanda na temat adwokatury, w tym przygotowania do zawodu oraz deontologii zawodowej. Referat prof. Allerhanda zainspirował do pewnej polemiki, która znajduje się bezpośrednio po nim, ale już w dziale „Res gestae”. Dział ten jest bogaty. Znajdziemy w nim też opracowanie o „nieskazitelnym charakterze” jako podstawie wpisu na listę adwokatów w Polsce międzywojennej, artykuł biograficzny o „fałszywym autorytecie” adwokatury polskiej oraz kontynuację „Pocztu jurystów i ekonomistów polskich” – tym razem bohaterem cyklu jest Rafał Lemkin – z okazji 60. rocznicy śmierci.

Wśród tekstów drobnych („Miscellanea”) znajduje się recenzja oraz dwa krótkie opracowanie dotyczące jubileuszu samorządu adwokackiego. Zeszyt zamyka felieton z cyklu „Panopticum” oraz – podobnie jak w zeszycie pierwszym – notatka zainspirowana grafiką z czwartej strony okładki.

W ostatniej chwili dotarła do nas jakże smutna wiadomość o tragicznej śmierci ukraińskiego adwokata, działacza społecznego i mecenasa kultury Mychajły Petriwa, zasłużonego dla wspólnych badań i dla wspólnego dziedzictwa. W dziale „In memoriam” przywołaliśmy jego sylwetkę.

Miło nam poinformować, że do zespołu Redakcji dołączyli młodszy Koledzy. Sekretarzem Redakcji została dr Joanna Kruszyńska-Kola, zaś redaktorem językowym mgr Patryk Gacka.

Zapraszamy do lektury, odwiedzania naszej strony www.glosprawa.pl, profilu na FB oraz do współpracy.

Będziemy wdzięczni za wszelkie opinie i uwagi.

Arkadiusz Radwan, Adam Redzik, Wojciech Rogowski

Rok 1. Lwów, dnia 15. Kwietnia 1924. Nr. 1.

GŁOS PRAWA

WYCHODZI DWA RAZY NA MIESIĄC
REDAGOWANY PRZY WSPÓŁDZIAŁE KOMITETU REDAKCYJNEGO PRZEZ
Dra ANZELMA LUTWAKA.

»Lud walczyć musi o prawo,
jak o mury miasta!« . . .
Heraklit z Efezu.

Wydawcy z ramienia Komitetu wydawniczego:
Dr. EUGENIUSZ GOŁOGÓRSKI i Dr. JULIUSZ ROSENGARTEN,
adwokaci we Lwowie.

PRENUMERATA kwartalna 4 zł., półroczna 8 zł., całoroczna 15 zł.
CENA ZESZYTU (16 str.) 80 gr. CENA ZESZYTU NINIEJSZEGO (24 str.) 1 zł.
PORTO DOLICZA SIĘ.



Adam Redzik*

ANZELM LUTWAK (1877-1942) I JEGO „GŁOS”

Artykuł poświęcony jest twórcy „Głosu Prawa” w 1924 r., cenionemu lwowskiemu adwokatowi Anzelmowi Lutwakowi (1877-1942). Był on człowiekiem typowym dla inteligencji lwowskiej tamtego czasu, przedstawicielem zasy-milowanej inteligencji żydowskiej. Choć identyfikował się z polskością, to nie przestał być jednocześnie Żydem. Łączył w sobie podwójną identyfikację, jak wielu mu podobnych, w tym Maurycy Allerhand. Początkowo związany z ruchem syjonistycznym, z czasem związki te rozluźniał na rzecz propagowania idei wolnościowych, solidarnościowych i socjalistycznych. Posiadał wyjątkowe zdolności organizacyjne i twórcze, a jego wnikliwy język niejednokrotnie wybrzmiewał w walce o wolną adwokaturę, równą w całym państwie. To on wymyślił w 1910 r. czasopismo adwokackie „Palestra”, a w 1924 r. założył i redagował do wybuchu wojny „Głos Prawa”, jedno z najważniejszych czasopism prawniczych okresu II RP, którego cechą charakterystyczną był wyraźny ryt autorski – piętno twórcy i redaktora.

Pojęcia kluczowe: adwokatura, czasopiśmiennictwo prawnicze, nauka prawa, II Rzeczpospolita, Lwów, Anzelm Lutwak

* Adam Redzik, dr hab., prof. ucz., Uniwersytet Warszawski, sędzia SN; ORCID: 0000-0001-7908-6457

Rozpoczynając wydawanie w 1924 r. nowego czasopisma dla Radwokatów, a właściwie dla wszystkich prawników, dr Anzelm Lutwak sięgnął do mądrości starożytnej, do IX księgi *Żywotów i poglądów słynnych filozofów* Diogenesa Laërtiusa, który w уста Heraklita z Efezu – żyjącego pomiędzy 540 a 480 rokiem przed Chrystusem – włożył słowa: „Lud walczyć musi o prawo, jak o mury miasta”. Stały się one mottem czasopisma redagowanego „przy współudziale przedstawicieli nauki i praktyki prawa przez Dra Anzelma Lutwaka, adwokata we Lwowie”.

Do niedawna postać tego znakomitego prawnika, sprawnego literata i poety, błyskotliwego krytyka i świetnego redaktora była w zasadzie zapomniana¹, co może dziwić z uwagi na fakt, że jego pozycja w polskim świecie prawniczym okresu II Rzeczypospolitej była niewątpliwa i nader wyraźna. Potwierdza to zawartość redagowanego przez adw. Lutwaka czasopisma, w którym publikowali niemal wszyscy wybitni juryści (niezależnie od różnic religii, narodowości czy poglądów politycznych), ale także opinie współczesnych mu. Na przykład „nietuzinkowy” adwokat Zygmunt Hofmokl-Ostrowski pisał o Lutwaku: „znakomity publicysta i niezrównany w naszym piśmiennictwie krytyk (...), jak nikt inny umie zagłębić pióro aż do dna wulkanicznych pierwiastków zła (...)”².

Opracowanie niniejsze oparte jest na wskazanych w przypisie pierwszym wcześniejszych publikacjach, a w szczególności na artykule „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka? Podjęto próbę całościowego ukazania sylwetki założyciela i redaktora „Głosu Prawa”. Wiele momentów jego życia pozostaje niejasnych z powodu trudności w dotarciu do źródeł. Znaczną część opracowania

¹ W okresie międzywojennym Anzelm Lutwak był znany w środowisku prawniczym, ale też w środowisku kultury, a szczególnie literatury Lwowa. Tuż przed wojną biogram Anzelma Lutwaka zamieszczony został w *Almanachu i leksykonie Żydostwa polskiego*, t. II-III, red. Roman Goldberg, Lwów 1938, łam 726-729 – (numerowane były kolumny – dwie na stronie). Dzięki temu znalazł się też w *Polskim słowniku judaistycznym. Dzieje – kultura – religia – ludzie*, t. II, Warszawa 2003, s. 69 (biogram opracował Rafał Żebrowski). W związku z obchodami 90-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej sylwetka Anzelma Lutwaka została przypomniana na wystawie „Adwokaci Polscy Ojczyźnie” oraz w towarzyszącym wystawie albumie (Warszawa, NRA 2008, s. 204-205). W 2009 r. ukazało się najobszerniejsze w dotychczasowej literaturze opracowanie o dr. Lutwaku – A. Redzik, „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka?, „Palestra” 2009, nr 3-4, s. 153-164. W nieco zmienionej wersji znalazło się ono jako *Czasopisma adwokata Anzelma Lutwaka* [w:] S. Milewski, A. Redzik. *Themis i PHEME. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 r.*, Warszawa 2011, s. 346-357. Ponadto biogram dr. Lutwaka zamieszczony został w A. Redzik, *Poczet redaktorów naczelnych „Palestry”, „Palestra”* 2014, nr 9, s. 368-384. Informacje o czasopismach Lutwaka znalazły się w Cz. Jaworski, A. Redzik, *Od „czasopisma poświęconego obronie prawa” do „pisma Adwokatury Polskiej”, „Palestra”* 2014, nr 3-4, s. 7-13; A. Redzik, *Czasopisma prawnicze a unifikacja prawa w Polsce międzywojennej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, nr 3, s. 797-809; idem, *Lwowskie czasopisma prawnicze w latach 1810 – 1939. Próba systematyzacji*, [w:] „Kraków – Lwów. Książki, czasopisma, biblioteki XIX i XX wieku”, t. X, pod red. H. Kosętki, G. Wrony i G. Niecia, Kraków: Księgarnia Akademicka 2011, s. 245-259, ISBN 978-83-7638-158-9; to samo opublikowane na Ukrainie: *Краків – Львів. Книги, часописи, бібліотеки XIX – XX ст.*, т. X, Львів 2011, s. 251-262.

² Z. Hofmokl-Ostrowski, *Adwokat i ciernie (rozmyslania)*, „Forum”, nr 19, listopad 1931, s. 11.

poświęcono redagowaniu „Głosu Prawa” – czasopisma, które było chyba najciekawszą inicjatywą na rynku czasopism prawniczych okresu II Rzeczypospolitej.



Dr Anzelm Lutwak (1877-1942) – twórca i redaktor „Głosu Prawa” (1924-1939)

Anzelm Lutwak urodził się w Kołomyi 17 kwietnia 1877 r.³ Był synem Mojżesza Leiba i Chaje Elki z domu Resch⁴. Miał trzech braci: Chaima Herscha (ur. 1872), Josela (ur. 1874) i Jakuba (ur. 1882) oraz dwie siostry: Rifkę (ur. 1876) i Wiktorię (ur. 1879)⁵. O rodzinie nie posiadamy informacji.

Do szkół początkowych uczęszczał prawdopodobnie w Kołomyi. Tam też rozpoczął edukację gimnazjalną, ale kontynuował ją w Krakowie. W 1895 r. ukończył III Gimnazjum w Krakowie (potem im. Jana III Sobieskiego), zdając 7 czerwca 1895 r. egzamin dojrzałości⁶. Na jesieni tego roku zapisał się na Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Studia prawnicze trwały wtedy cztery lata. Wpisywano się na każdy semestr, na którym słuchano wykładów przewidzianych przez program studiów. Można było też zapisać się na seminarium. Anzelm Lutwak uczęszczał na niemal wszystkie wykłady na Wydziale Prawa i Administracji UJ oraz na wiele wykładów z Wydziału Filozoficznego. Na przykład na pierwszych dwóch latach wysłuchał wykładów prof. Fryderyka Zolla starszego z prawa

³ *Corpus studiosorum Universitatis Jagellonicae in saeculis XVIII-XX*, tomus III: 1850/51-1917/18 K-L, pod red. K. Stopki, Kraków 2009, s. 1046. Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego (dalej: Archiwum UJ), sygn. S II 515.

⁴ W akcie urodzenia imię zapisano jako Anselen. Nazwisko zapisywano czasami jako Litwak albo Luttwak Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół 300 – Urodzenia 1865-1905, Małżeństwa 1877-1902, 1894, 1895, Zgony 1865-1894, 1898-1905, Województwo Stanisławowskie.

⁵ *Ibidem*. Część rodzeństwa zmarła w dzieciństwie.

⁶ Archiwum UJ, sygn. WP II – 407, nr 81. W kartach wpisowych podawana jest data 7 czerwca 1897 r. W *Corpus studiosorum Universitatis Jagellonicae in saeculis XVIII-XX*, tomus III: 1850/51-1917/18 K-L, podano 1 czerwca 1895.

rzymskiego, prof. Stanisława Wróblewskiego z procesu rzymskiego, prof. Stanisława Estreichera i Franciszka Piekosińskiego z historii prawa, prof. Bolesława Ulanowskiego (wykładał też historię prawa) i prof. Józefa Brzezińskiego z prawa kościelnego, prof. Franciszka Kasparka z encyklopedii umiejętności politycznych, historii filozofii prawa i prawa narodów, prof. Edmunda Krzymuskiego z encyklopedii prawa, prof. Józefa Kleczyńskiego ze statystyki ogólnej. Uczęszczał też na wykłady z fizyki prof. Augusta Witkowskiego i prof. Władysława Natansona, z historii malarstwa prof. Mariana Sokołowskiego, z literatury polskiej w XIX w. u prof. Stanisława Tarnowskiego oraz z dziejów Europy wschodniej u prof. Stanisława Smolki. Na ostatnich dwóch latach, oprócz przedmiotów obowiązkowych, jak prawo cywilne (prof. Fryderyk Zoll młodszy), prawo i proces karny (prof. Krzymuski), prawo polityczne (prof. Kasperek), nauka administracji i prawo administracyjne (prof. Józef Kleczyński), proces cywilny (prof. Franciszek Xawery Fierich), prawo handlowe, wekslowe i transportowe (prof. Antoni Górski), prawo hipoteczne (prof. Władysław Leopold Jaworski), ekonomia polityczna i skarbowość (prof. Włodzimierz Czerkawski i prof. Juliusz Leo), prawo egzekucyjne (prof. Józef Rosenblatt), wysłuchał też wykładów z medycyny sądowej (prof. Leon Wachholz), historii literatury (np. prof. Tarnowski – o Adamie Mickiewiczu), a nawet wykładu z botaniki ogólnej prof. Józefa Rostafińskiego⁷. Uczestniczył w seminariach z prawa cywilnego prof. Zolla młodszego, z prawa karnego prof. Krzymuskiego oraz z prawa handlowego i wekslowego prof. Górskiego. W kartach wpisowych na kolejne semestry wskazywał, że mieszka przy ul. Kolejowej 1 w Krakowie⁸.

Pierwszy z trzech egzaminów rządowych (państwowych egzaminów prawniczych) – historyczno-prawny – zdał 29 lipca 1897 r., drugi – tzw. sądowy (obejmujący prawo cywilne materialne i procesowe, prawo handlowe oraz prawo karne materialne i procesowe) – 28 lipca 1899 r., zaś egzamin trzeci – z nauk politycznych (obejmujący m.in. prawo konstytucyjne, prawo międzynarodowe, ekonomię polityczną, statystykę) – już po uzyskaniu absolutorium, 28 maja 1900 r.⁹ Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że dla uzyskania absolutorium konieczne było zdanie pierwszego egzaminu i wysłuchanie wykładów z czterech lat studiów. Natomiast można było przystąpić do egzaminów doktorskich (rygorozów) bez wcześniejszego zdania wszystkich państwowych egzaminów prawniczych. Egzaminy rygorozalne (doktorskie) zdawano z tych samych obszarów wiedzy, ale najczęściej w odwrotnym układzie – najpierw egzamin z nauk politycznych oraz sądowych a na końcu egzamin historyczno-prawny. Było to pragmatyczne,

⁷ Archiwum UJ, sygn. WP II-407.

⁸ Archiwum UJ, sygn. SII-493A–SII-500A.

⁹ Archiwum UJ, sygn. KREP 10; KREP 27.

gdyż wiedza z zakresu prawa sądowego i przedmiotów wchodzących w blok nauk politycznych była „świeża” po zdaniu egzaminów rządowych, zaś wiedzę historyczno-prawną należało sobie przypomnieć (egzamin rządowy z tego zakresu musiał być zaliczony najpóźniej na drugim roku studiów).

Absolutorium ze studiów Anzelm Lutwak uzyskał 6 kwietnia 1900 r. Egzaminy rygorozalne zdawał natomiast w latach 1899-1900. Pierwsze rygorozum – z prawa sądowego – zaliczył z wynikami *sufficenter* i jedną *valde bene* 28 lipca 1899 r., drugie – polityczne – tylko z ocenami *sufficenter* – 28 kwietnia 1900 r. Trzecie rygorozum – historyczno-prawne – także wyłącznie z wynikami *sufficenter* zdał 28 czerwca 1900 r. 30 czerwca 1900 r. otrzymał tytuł doktora praw¹⁰.

W czasie trzech pierwszych lat studiów w kartach wpisowych Lutwak podawał wyznanie żydowskie, ale narodowość polską, ale w ostatnim roku w rubrykach wyznanie i narodowość napisał – łącząc obie kolumny – żydowska¹¹. Związane było to najprawdopodobniej z rozwojem współczesnego politycznego ruchu syjonistycznego (pod wpływem wydarzeń zapoczątkowanych sprawą Dreyfusa we Francji¹² i działalnością wiedeńskiego dziennikarza Theodora Herzla (1860-1904), który w 1896 r. wydał w Wiedniu książkę pt. *Der Judenstaat* (*Państwo żydowskie*)¹³. Idee syjonistyczne Herzla szybko dotarły do kręgów studenckich uniwersytetów monarchii, w tym do Krakowa i Lwowa. Wielu studentów tworzyło organizacje syjonistyczne albo angażowało się w działania istniejących. Tak stało się z Anzelmem Lutwakiem, który wyrósł w tradycji asymilacyjnej, a ok. 1898 r. zaangażował się w działania na rzecz propagowania idei nowoczesnego państwa żydowskiego według koncepcji Herzla, a tuż po studiach pojechał do Wiednia.

Zanim jednak opuścił Galicję, około 1899/1900 r. Anzelm Lutwak rozpoczął przygotowywanie do zawodu adwokata. Staż „kandydacki”, czyli – posługując się dzisiejszą terminologią – aplikacja adwokacka, był dwuetapowy – sędowo-patronacki. W czasie owego siedmioletniego okresu przygotowania przez rok należało odbywać praktykę w sądzie i zdać egzamin adwokacki (możliwe było to już po czterech latach, ale wpis na listę adwokatów nie mógł nastąpić wcześniej jak po siedmiu latach). Posiadanie stopnia doktora praw było, zgodnie z austriacką ustawą adwokacką z 1868 r., warunkiem wstąpienia do adwokatury. Dlatego planujący wykonywanie w przyszłości zawodu

¹⁰ Archiwum UJ, sygn. WP II-522; S II 520, nr 2649. W spisach rygorozów wskazano, że promocja była 3 lipca 1900 r., zaś w odpisie dyplomu – 30 czerwca 1900 r.; *Corpus studiosorum Universitatis Iagellonicae in saeculis XVIII-XX*, tomus III: 1850/51-1917/18 K-Ł, s. 1046.

¹¹ Archiwum UJ, sygn. S II 520, nr 2649; *Corpus studiosorum Universitatis Iagellonicae in saeculis XVIII-XX*, tomus III: 1850/51-1917/18 K-Ł, s. 1046.

¹² Niedługo potem Émile Zola zamieścił (3 września 1898 r.) w dzienniku „L'Aurore” list otwarty do prezydenta Republiki „J'Accuse...!”.

¹³ Książka wাল্বে przyczyniła się do rozwoju ruchu syjonistycznego. Została przetłumaczona na wiele języków. Po polsku ukazała się w pełnej wersji w 1915 r.

adwokata najczęściej bezpośrednio po zdaniu prawniczych egzaminów państwowych podchodzili do egzaminów rygorystycznych (doktorskich).

Już jako student wyższych lat Anzelm Lutwak aktywnie działał w syjonistycznym stowarzyszeniu „Libanan”, a następnie był współzałożycielem i pierwszym prezes stowarzyszenia akademickiego „Haszchar – Przedświt” w Krakowie. W tym czasie opublikował też pierwsze teksty literackie. Jak wynika z życiorysu zamieszczonego w *Almanachu i leksykonie Żydostwa polskiego*, pierwszy felieton napisany w duchu syjonistycznym – pt. *Z domu niewoli* – opublikował w lwowskim tygodniku „Przyszłość”, ukazującym się w latach 1892-1898 pod redakcją Gerszona Zippera i Henryka Gabla, z którym wkrótce podjął stałą współpracę. W tym czasie zredagował też pierwszy manifest akademickiej młodzieży narodowo-żydowskiej, ogłaszając w nim postulat żydowskiego renesansu pod hasłem „Prawem naszym – zmarłychwstanie”¹⁴.

W latach 1901–1903 dr Anzelm Lutwak przebywał w Wiedniu. Wstąpił wtedy do żydowskiej organizacji, „wolnego związku” *Jung-Jüdischer Klub*. Poznał w ten sposób wiele ważnych osobistości, nawiązał liczne przyjaźnie, m.in. z austriackim poetą, prozaikiem i dramaturgiem Stefanem Zweigiem (1881-1942) – autorem m.in. popularnych w Polsce *24 godziny z życia kobiety* i *Niecierpliwość serca*. Kolegą z organizacji był też Martin Buber (1878-1965), który dzieciństwo spędził we Lwowie, a potem został znanym żydowskim filozofem, współtwórcą filozofii dialogu („Ja i ty”), do której nawiązywał wiele lat później ks. Józef Tischner. Inni koledzy z czasów wiedeńskich to m.in.: pochodzący z Drohobycza znany grafik i ilustrator książek Maurycy Lilien (wł. Ephraim Moses Lilien) (1874-1925), żydowsko-austriacki dziennikarz, pisarz i filozof Nathan Birnbaum (1864-1837) oraz austriacko-żydowski dziennikarz, publicysta oraz polityk syjonistyczny Berthold Feiwel (1875-1937)¹⁵.

W okresie wiedeńskim Anzelm Lutwak opublikował wiele artykułów i wierszy w miejscowym czasopiśmie „Die Welt”. Kilka utworów Lutwaka, w tym sonet pt. *Astarte und Jehovah*, ukazało się w „Judischer Almanach”, wydanym w 1903 r. przez wspomnianych Feiwla i Bubera. Współpracował stale z wydawanym we Lwowie w latach 1889-1911 „tygodniku poświęconym politycznym, ekonomicznym i umysłowym sprawom żydostwa” pn. „Wschód”, które redagował Dawid Malz (do 1904 r., a potem kolejno Maurycy Fruling, Dawid Schreiber, Leon Rosenkrantz). W tym czasie podjął współpracę z wiedeńskimi czasopismami prawniczymi, takimi jak „Gericht-

¹⁴ *Almanach i leksykon Żydostwa polskiego*, t. II–III, łam 726-728; *Polski słownik judaistyczny. Dzieje – kultura – religia – ludzie*, t. II, s. 69.

¹⁵ *Almanach i leksykon Żydostwa polskiego*, t. II–III, łam 726-728; A. Redzik, „Głos Prawa”, „Palęstry” czy adwokata Anzelm Lutwaka?

challe” redagowanym przez Maxa Breitensteina oraz „Zentralblatt für juristische Praxis”, założonym i redagowanym przez Leo Gellera. W późniejszych latach teksty publicystyczne drukował w lwowskim dzienniku „Chwili” Henryka Heschelesa – brata Mariana Hemara.

Pierwsze znane wiersze Anzelma Lutwaka w języku polskim pochodzą z początku XX w. W 1901 r. w „Roczniku Żydowskim” zamieścił wiersz pt. *Pieśń o Purimie*, którą ostatnio przypomniano w antologii literatury polsko-żydowskiej 1861-1918¹⁶. W wierszu pojawiają się postaci Estery (także w prawdziwym imieniu Hadessa) i Hamana, czyli znienawidzonego urzędnika króla Ahaszwerosza (czyli męża Estery), który planował zgładzić wielu Żydów perskich. Przeszkodziła mu Estera. Hamana powieszono. To na cześć śmierci Hamana i uratowania tym samym Żydów obchodzono święto Purim. Obok Hamana wymieniony jest Ahaswer. To prawdopodobnie nawiązanie do legendarnej postaci, która miała obrazić Chrystusa i za to została skazana na wieczną tułaczkę¹⁷.

Pieśń o Purimie

Smętna jest radość w dzień Estery
Jak przedwiosenny bladej blask,
A niespokojny szerzą wirask
Błądne Hamany, Ahasweru...

Rzewna jest radość w dzień Hadasy,
Jakby się zimy zbliżał kres
I jakby dosyć było łez
I wrócić miały złote czasy...

Tułacz się zjawił w szatach króla –
Strój nie do twarzy!... Schylił twarz
Mizerny błazen, lichy łgarz
Sam się komedią swą rozczula...

I łzą gorącą triumf zrasza
Bajecznych, niepamiętnych dni –
Ach, pod przejrzystą maską tli
Tęsknota wiosny i Mesjasza...

Nagle, zuchwale do kielicha
Drżącą wyciąga rękę król
Wina mi dajcie z świętych pól,
Niechaj mi język nie usycha!...

¹⁶ A. Lutwak, *Pieśń o Purimie*, [w:] *Literatura Polsko-Żydowska 1861-1918*, Antologia, pod red. Z. Kołodziejkiej-Smagały i M. Antosik-Pieli, Kraków 2017, s. 22-23.

¹⁷ Tak, ibidem, przyp. 11.

Niechaj upojeń falą płonie,
Nuci bezsennych wieków psalm:
O, miasto śpiące w cieniu palm!
Jeśli zapomnę Cię – Syjonie...

Dajcie mi wina!... Nikt nie słucha,
Nikt się nie rusza z rzeszy sług,
Błazen zatacza się za próg,
Złośliwy za nim śmiech wybucha...

Hej, biada śmieszkom! Sknerom biada!
Pierwszy, wiosenny, jasny grom
Spali celników hardy dom,
Gdzie złość i pycha się rozsiada...

Pierwszy, wiosenny grom was spali,
Spełnienie jako lody z rzek,
Zejdziecie jako z dachu śnieg,
Grzesznicy starzy i zgrzybiali!

Lecz wam młodzieńce, wam dziewczęta
Szrony się sperłą w diadem ros.
Płomienną skroń i kruczy włos
Wiosna wam opromieni święta...

Poezja Anzelma Lutwaka nie przetrwała próby czasu, a gdy w 1980 r. Lutwak jako poeta został przypomniany w jednym z wydań antologii, nie ominęła go ostra krytyka. Na łamach „Literatury na świecie” uznano, że chyba „niepotrzebnie został wydobyty z piwnic młodopolszczyzny”¹⁸. Jednak wiersz, który powstał w następstwie pogromu listopadowego 1918 r. stanowi ważne świadectwo... świadectwo bólu intelektualisty, adwokata i społecznika (zob. s. 19).

Adwokatem dr Anzelm Lutwak został ok. 1907 r. Wtedy wpisany został na listę adwokacką Lwowskiej Izby Adwokatów. Miał duże ambicje, czego niezbicie dowodzi fakt, że jako adwokat z trzyletnim ledwie stażem zawodowym podjął próbę stworzenia nowoczesnego czasopisma adwokackiego – nazwał je „Palestrą” i dodał, że jest to miesięcznik „poświęcony obronie prawa”, jak głosił dopisek¹⁹.

¹⁸ Cyt.: „Nie wiem, co to za Anzelm Lutwak, ale chyba ktoś niepotrzebnie wydobyty z piwnic młodopolszczyzny, bo jego poprawna wersyfikacja nic nie pomaga wobec faktu, że każde zdanie przeobraża się w kicz zdalny wyłącznie do objaśniania” – „Literatura na świecie” 1980, nr 4-6 (108-110), s. 311.

¹⁹ Prawdopodobnie jedyny kompletny zbiór tejże „Palestry”, w wersji zmikrofilmowanej skopionanej z kompletu znajdującego się w Bibliotece Lwowskiego Narodowego Uniwersytetu im. Iwana Franki (dawnej Biblioteki Uniwersyteckiej Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie), znajduje się w zasobie Biblioteki Narodowej w Warszawie. Skan egzemplarzy posiada Biblioteka Narodowa w Warszawie. W tym czasie we Lwowie ukazywał się redagowany przez prof. Ernesta Tilla „Przegląd Prawa i Administracji” oraz będące niejako kontynuatorem cenionej „Reformy Sądowej”, upadłej po śmierci redaktora Romualda Lewandowskiego – „Czasopismo Krajowego Związku Sędziów we Lwowie” (ukazujące się w nierównych cyklach w latach 1909-1914).

Czasopismo zostało dość dokładnie omówione we wspomnianym wyżej artykule²⁰. Wypada jednak przypomnieć, że pierwszy zeszyt datowany był 1 marca 1910 r. Profil pisma redaktor omówił w dwóch miejscach: w nienumerowanej dwustronicowej „wrzutce”²¹ oraz w słowie wstępnym do pierwszego zeszytu. Owa „wrzutka” – to swoisty apel – zatytułowany „Wielmożny Panie Kolego!” Podpisany pod nim redaktor Lutwak pisał „Dzisiaj – dzięki ofiarności kilku dobrą wolą ożywionych jednostek, przeważnie członków naszego stanu, którzy w tym celu zawiązali się w spółkę, myśl czasopisma przybrała kształty realne i oto przed WP Kolegą leży zeszyt pierwszy «Palestry»”²². I dodawał, że czasopismo ma „być żywym głosem żywego w naszym społeczeństwie sumienia”²³. Zapowiadał, że „Palestra” będzie się ukazywać w cyklu 18 zeszytów rocznie²⁴. Przyznawał jednak, że „skromne na razie rozmiary wydawnictwa dostosowane są do skromnych na razie środków. Mimo to wiara nasza w przyszłość i rozwój „Palestry” jest dostatecznie uzasadniona”. Niestety pomylił się. Ukazało się, i to z trudem jedynie 7 zeszytów. Czasopismo nie zyskało więc dostatecznego poparcie w środowisku.

Układ kolejnych zeszytów był klasyczny dla tego typu czasopisma. Na początku była część artykułowa, potem dział „Z piśmiennictwa”, w którym znajdowały się recenzje książek prawniczych, następnie dział „Z praktyki prawniczej”, w którym zamieszczono np. ciekawy przyczynek pt. *Badanie «złości» świadka* (nr 1), w końcu „Komunikaty” oraz „Sprawy bieżące i stanowe”. Objętość kolejnych zeszytów nie była duża, ale podejmowane tematy aktualne. Na przykład w zeszycie pierwszym redaktor zamieścił artykuł krytyczny wobec wydziału Izby Adwokackiej oraz Rady Dyscyplinarnej pt. *Niezawisłość adwokatury w pojęciu jej widomych głów*. W zeszycie drugim informował o „walnej bitwie” na Zgromadzeniu Plenarnym Izby Adwokackiej we Lwowie, na którym m.in. podjęto uchwałę, że działalność polityczna adwoka-

²⁰A. Redzik, „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka?

²¹ Na pierwszej nienumerowanej karcie informowano, że 5 marca 1910 r. o 4 po południu odbędzie się w Wielkiej sali ratuszowej Zwyczajne Walne Zgromadzenie Członków Lwowskiej Izby Adwokatów.

²² Jak zauważał: „Skromne na razie rozmiary wydawnictwa dostosowane są do skromnych na razie środków. Mimo to wiara nasza w przyszłość i rozwój „Palestry” jest dostatecznie uzasadniona.”

²³ I dodawał: „Proszę sobie uświadomić zawczasu, że jest to pierwsza – jeśli się nie powiodło, to niezawodnie ostatnia – u nas próba założenia czasopisma tego rodzaju i że natomiast przy należytych materialnym i moralnym poparciu i dostatecznym współpracownictwie naszego stanu, czasopismo to może nie tylko zapobiedz nie jednej krzywdzie, lecz i czasem spełnić może misję dla stanu adwokackiego w równej mierze jak i dla całego społeczeństwa zbawienną – misję dźwignięcia adwokatury i wymiaru sprawiedliwości u nas na wyższy poziom przez wzmocnienie poczucia praw i obowiązków w społeczeństwie, a tym samym przez podniesienie etyki społecznej. Apel kończył słowami: Dzisiaj tedy – oddając W Panu Koledze pierwszy zeszyt „Palestry” – tem więcej śmiem liczyć na poparcie ze strony WPana Kolegi: poparcie materialne, moralne i przez współpracownictwo, za które w miarę możliwości płacić będziemy.”

²⁴ Napis na stronie tytułowej informował: *Wychodzi w 18-tu zeszytach rocznie, w odstęпах czasu około 20-to dniowych. Prenumerata (tylko roczna) z pizesytką K 9 -, za granicą K 11 -. Cena jednego zeszytu 60 hal.*

ta nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. W tym samym numerze późniejszy polityk syjonistyczny adwokat Emil Sommerstein pisał o „organizacji kandydatów adwokatury” w związku z projektem nowej organizacji adwokatury w monarchii Habsburgów. W zeszytcie nr 3 znany wiedeński adwokat Edmund Benedikt pisał o honorariach adwokackich. Do problemu niezawisłości adwokatury powrócono w zeszytach 3 i 4, pisząc o Najwyższym Trybunale jako „sądzie stanowym dla adwokatury”²⁵. Na temat planowanej reformy adwokatury pisał zaś adwokat z Seretu J. Kohn w zeszytcie 5. Odnotować należy interesujące artykuły znawcy prawa karnego Ericha Wulffena (1862-1936), prokuratora z Drezna, pisane specjalnie dla „Palestry”, a mianowicie: *O zbrodniarzu seksualnym* (nr 4) oraz *O sędziach przysięgłych i ławników* (nr 5). W tym samym zeszytcie redaktor Lutwak wyśmiewał obrońców, którzy nie umieją redagować poprawnie pism urzędowych (*Z adwokatury humorystycznej*). W ostatnim, łączonym zeszytcie (nr 7-8 z 1910 r.), datowanym 26 lipca, Anzelm Lutwak zamieścił m.in. wyciągi z orzecznictwa Rady Dyscyplinarnej Lwowskiej Izby Adwokackiej oraz interesujące uwagi na temat statystyk adwokackich zamieszczonych w oficjalnym wydawnictwie Ministerstwa Sprawiedliwości w Wiedniu „Verordnungsblatt” z 15 lipca 1910 r.²⁶



Strona tytułowa „Palestry” z 1910 r., nr 1

²⁵ Na temat adwokatury zob. też: *Nowy etap w praktyce poniżania adwokatury*, nr 4; A. Lutwak, *Niebezpieczny projekt ustawodawczy*, nr 6.

²⁶ Z których dowiadujemy się np., że z końcem 1909 r. w państwie austro-węgierskim było 2689 adwokatów, z czego w okręgu wiedeńskim 540, praskim 529, a galicyjskim 972 (w tym 249 w izbie krakowskiej, 464 w izbie lwowskiej, 159 w izbie samborskiej i 100 w izbie przemyskiej).

Przez cały okres wydawniczy siedziba redakcji i administracji „Palestry” znajdowała się na parterze budynku przy ul. Trzeciego Maja 21²⁷. Redaktorem i wydawcą początkowo był „z ramienia komitetu” wyłącznie adw. Lutwak (pierwsze dwa zeszyty), ale potem (zeszyt 3 i 4) wspierali go dwaj lwowscy adwokaci dr Łucjan Mildwurm oraz dr Michał Wyrostek, zaś ostatnie trzy zeszyty „Palestry” powstawała przy współdziałaniu dr. Wyrostka oraz obrońcy i działacza politycznego ukraińskiego, pochodzącego z mieszanej polsko-ukraińskiej rodziny dr. Włodzimierza Starosolskiego.

Po upadku „Palestry” dr Lutwak poświęcił się zawodowi i aktywności w samorządzie adwokackim. Przez sześć lat był członkiem wydziału izby (czyli zarządu), a także egzaminatorem podczas egzaminów sędziowskich. Innych szczegółów życia nie znamy.

Ślad pojawia się w 1918 r. Wtedy, nazajutrz po pięknej epopei Orłąt Lwowskich, wybuchł niewytłumaczalny pogrom w dzielnicy żydowskiej we Lwowie, w którym z rąk Polaków zginęło ok. 50-70 lwowskich Żydów, bardzo licznych pobito, zniszczono wiele sklepów, domów, a nawet synagogę. Dla bardzo wielu to co się stało było niezrozumiałe i bardzo smutne, zaś dla wrażliwego inteligenta, prawnika-poety doświadczenie pogromu stanowiło coś porażającego. Dał temu wyraz w wierszu, który zamieścił w nr 34 lwowskiego żydowskiego dziennika „Chwila”:

Ulica się żarzy

W mroki zapadła ulica bożnica,
Lecz zgłiszcza tleją jak gwiazdy padołu –
A wśród martwego ruin częstokołu
Otchłania się żarzy, otchłania tajemnicza...

Wtem wicher zadąwszy gdyby poświst bicza,
Praży się w ogniu i ogniem pospołu
Wzbija odmęty gruzu i popiołu –
I odgrzebane oto lch oblicza...

Powstają, patrzą: aż oto w otchłani
Siedmioramienna jakaś głownia płonie...
O eli, eli, lama azawtani!

Panie Zastępów w płomiennej koronie,
Co gruz i popiół zdjąłeś z naszej twarzy –

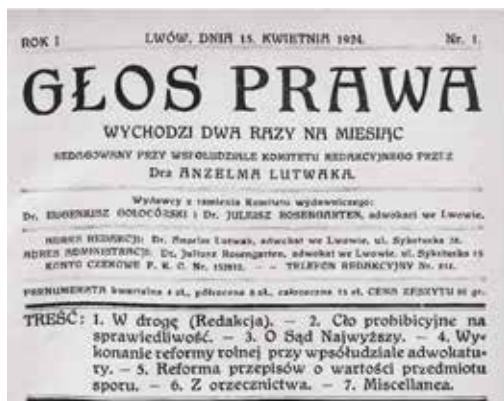
Płomiennym blaskiem ulica się żarzy...

²⁷ Do numeru 4 pismo drukowane było w Drukarni Udziałowej we Lwowie (przy ul. Kopernika 20), zaś od numeru 5 (z 23 maja 1910 r.) do ostatniego – w Drukarni Polskiej we Lwowie (przy ul. Chorażczyzna 31).

Mimo jakże trudnych lat wojny o Lwów, szczególnie zaś okresu 1918-1920, adw. Lutwak pozostał w dawnej stolicy Królestwa Galicji i Lodomerii. Od 1919 r. angażował się w działania na rzecz wolno-przesiedlności adwokatów oraz niezależności stanu adwokackiego. Gdy w Komisji Kodyfikacyjnej RP przygotowywano projekt prawa o adwokaturze (tzw. projekt Jana Jakuba Litauera) dr Lutwak brał udział w posiedzeniach jako delegat izby lwowskiej²⁸. Projekt – choć oceniany bardzo dobrze – nigdy nie stał się prawem.

W 1924 r. dr Lutwak powrócił do pomysłu tworzenia czasopisma „wolnej myśli prawniczej”, ale przy zaangażowaniu do współpracy możliwie szerokiego grona wybitnych jurystów. Tytuł „Palestra” został w międzyczasie zajęty przez warszawskich adwokatów, gdyż z początkiem 1924 r. adwokat Stanisław Car zaczął wydawać w Warszawie miesięcznik „Palestra”. Zatem zaproponował nowy tytuł...

Wczesną wiosną 1924 r. prasę drukarską opuścił pierwszy zeszyt „Głosu Prawa” – datowany 15 kwietnia 1924 r.



Strona tytułowa „Głosu Prawa” z 1924 r.

Strona tytułowa nowego czasopisma informowała, że pismo „wychodzi dwa razy w miesiącu”²⁹, a redagowane jest „przy współdziałaniu komitetu redakcyjnego przez Dra Anzelma Lutwaka”. Wydawcami z ramienia „komitetu wydawniczego” byli adwokaci lwowscy dr Eugeniusz Gołogórski i dr Juliusz Rosengarten, z których po dwóch latach został tylko Rosengarten. Kilka miesięcy później na stronie tytułowej przestało się pojawiać i jego nazwisko, co wskazywałoby, że całość kosztów ponosił redaktor Lutwak. Mimo posługiwania się terminami „komitet redakcyjny” i „komitet wydawniczy” nie podał

²⁸ *Almanach i leksykon Żydostwa polskiego*, kolumna 728.

²⁹ W kolejnych zeszytach informowano już, że „wychodzi raz na miesiąc”. W następnych latach drukowane były zeszyty zawierające numerację podwójną lub potrójną.

on nigdy składu tych ciał. Redakcja i administracja czasopisma do połowy lat 30. XX w. mieściły się przy ul. Sykstuskiej 38³⁰, a następnie przy Senatorskiej 4.

Pierwszy zeszyt „Głosu Prawa” otwierała przedmowa zatytułowana *W drogę*, która w całości została przedrukowana w zeszycie pierwszym odnowionego „Głosu Prawa” (nr 1-2 z 2018). Zeszyt otwierał cytat z Heraklita, który potem pojawiał się na stronie tytułowej każdego zeszytu.

„Głos Prawa” został bardzo dobrze przyjęty w środowisku. Nestor cywilistów, prof. Ernest Till na łamach „Przeglądu Prawa i Administracji” (nr 7-9 z 1924 r.) napisał, że czasopismo zawiera bardzo interesujące teksty oraz że redagowane jest „z wielkim nakładem pracy i godną uznania starannością w wyborze tematów”. Oczywiście zauważył i to, że jest ono „wybitnie wojownicze”, co w sytuacji trudnego położenia państwa może powodować pewne restrykcje. Miał na myśli zapewne możliwość interwencji cenzury. Ocenę zauważył redaktor Lutwak, który na łamach zeszytu nr 11-12 z 1924 r. podziękował za uwagi nestora polskich cywilistów, ale jednocześnie podniósł, że różni się z nim poglądem co do oceny sytuacji wyjątkowości położenia państwa i dodał:

„[...] Wierzymy, że Państwu żywotnie potrzeba «wojowniczych nawoływań» o prawo. [...] wielka muzyka nie może obyć się bez dysharmonii. Zgzytami naszymi tedy nie wypadamy z chóru, lecz dostrajamy się owszem do całości, do sytuacji... Pojmujemy też zresztą, iż może nadal obok naszej istnieć ideologia przeciwna – twierdząca, że lud – nie musi walczyć o prawo jak o mury miasta... Jakoś to będzie... *Tout s'arrangera!* Wybacząc otóż ideologii tej, że dziś jeszcze istnieje, prosimy o wzajemne dla naszej rozgzeszenie.”

Nie brakowało w piśmie błyskotliwych tekstów literackich, jak chociażby ten wydrukowany w 1925 r. pióra Lutwaka, pt. *Rozmowa dwojga miarodajnych osób o wielkim procesie*. Rozmówcami byli: publiczność i przewodniczący trybunału.

Z kolei w zeszycie 7 z 1931 r. przy okazji aprobującej oceny kontrowersyjnych acz ważnych dzieł byłego sędziego i adwokata Waltera Rode na temat sądownictwa *Justiz-Fragmente* oraz *Knoepfe und Voegel* Anzelm Lutwak pisał m.in.:

„[...] wszakże był kiedyś ktoś wielki i boski, co objawił naszemu światu: Nie sądziecie, iżbyście nie byli sądzeni!... Bo cóż znaczyło wówczas „sądzić” – jaka była interpretacja i doktryna? – Ta sama, co dzisiaj jeszcze poprzez tysiąclecia: sądzić znaczy «pomścić naruszenie prawa» – nie zaś krzywdę ludzką naprawić, łzę otrzeć, duszę pocieszyć... On zaś chciał sąd nierozumnej zawiści zastąpić sądem Swoim – sądem serdecznego miłosierdzia i za to przez sąd nierozumnej zawiści na krzyżu umęczony został³¹.”

³⁰ W latach 1924-1927 administracja znajdowała się prawdopodobnie w mieszkaniu adw. Rosen-gartena przy ul. Sykstuskiej 15, redakcja zaś w adw. Lutwaka przy ul. Sykstuskiej 38.

³¹ Zob. też Z. Hofmokl-Ostrowski, *Adwokat i ciernie (rozmyślania)*.

Brzmi to dość zaskakująco, gdy już wiemy o syjonistycznych niedyś poglądach Lutwaka.

Inny błyskotliwy tekst pt. *Boya do Komisji Kodyfikacyjnej* ukazał się w zeszytcie 4-5 z 1932 r. Lutwak zainspirowany kolejnym felietonem „prawniczym” Tadeusza Boya-Żeleńskiego – przypomnijmy, że ten znakomity literat i krytyk był lekarzem – formułuje postulat powołania Boya do Komisji Kodyfikacyjnej RP, czego – jak zauważa – nie zabrania ustawa z 3 czerwca 1919 r. o Komisji Kodyfikacyjnej RP, bo nie wprowadza wymogu wykształcenia prawniczego. Czy to kpina? Bynajmniej. Gdy zaczniemy wgłębiać się w teksty Boya, owo wrażenie musi ustąpić miejsca refleksji.

Lutwak zauważył, że ustawodawstwo mu współczesne, a dzisiejsze tym bardziej, pomijając fakt, że jest nadmierne, stało się „prawem dla prawników, wypracowywanym jakoby pod dewizą: prawnicy sobie”. Redaktor wyluszcza, za Boyem, niedorzeczności z Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. dotyczące „odroczenia” wykonania kary śmierci do wyleczenia skazanego z choroby (jeżeli w międzyczasie na takową zapadł), czy – w przypadku kobiety – upływu 3 miesięcy od urodzenia dziecka. Ubolewa nad tym, że Komisja Kodyfikacyjna przywróciła w trzecim czytaniu projektu kodeksu karnego karę śmierci, którą w drugim czytaniu wykreślono. Potępia tę karę, pisząc: „w ogóle nie chcemy aby wieszano!”. Zauważa, że Boy rozwiązuje w życiodajny sposób, ze wstrząsającym efektem, najcięższe dla prawników problemy prawne, np. w „felietonach” takich jak: *Dziewice konsystorskie*, *Piekło kobiet* i *Nasi okupanci*. Na koniec podkreśla „pewne kwalifikacje prawodawcze Boya – wskrzesiciela w Polsce współczesnej monteskjuszowskiego «Ducha Praw», którego jak chleba powszedniego daj nam dzisiaj, Panie!”. Boy gościł nie raz i później na łamach „Głosu”.

„Głos Prawa” szybko zyskiwał przychylność odbiorcy, do czego przyczyniła się też sprawna strategia działalności nie tylko redakcyjnej, ale i kolportażowej redaktora. Powoływał on delegatów „Głosu Prawa” na określone okręgi, np. w zeszytcie 4 z 1924 r. informował, że delegatami „Głosu” na Kraków zostali adwokaci Seweryn Gottlieb i Józef Woźniakowski. Z czasem utworzono Komitet Opiniodawczy „Głosu Prawa”, którego opinie potem publikowano. Redaktor Lutwak dbał też, żeby poszerzyć przedmiotowo grono odbiorców. Przejawem tego było utworzenie w 1925 r. działu, w którym prezentowano orzecznictwo sądowe. Publikowano też projekty regulacji, np. w tym samym 1925 r. na łamach „Głosu Prawa” opublikowany został *Projekt ustawy postępowania karnego* autorstwa prof. Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie Juliana Nowotnego.

Jak już napisano, czasopismo stało się szybko popularnym i ważnym periodykiem prawniczym z duszą, której przejawem były spinające całość teksty i komentarze Redaktora. Owe „oceny” rzeczywi-

stości przyczyniały się niejednokrotnie do „skonfiskowania” zeszytu przez coraz czujniejszą w latach 30. XX w. cenzurę. Sam zaś Lutwak w tych latach reklamował swoje czasopismo dopiskiem „Organ niezależnej myśli prawnej”.



Reklama „Głosu Prawa”

Układ periodyku był początkowo mało oryginalny. W części pierwszej zamieszczano – często po wstępie redaktora Lutwaka – „rozprawy i artykuły prawnicze”, następnie „artykuły różnej treści” (w następnych latach dział ten nazwano „artykuły i sprawozdania z pożycia korporacyjnego i prawnego”, gdzie znajdowały się też wspomnienia pośmiertne), następnie „orzecznictwo” i w końcowej części „zapiski literackie”, czyli recenzje i noty informacyjne o publikacjach. Po kilku latach pojawił się też dział – nowość w polskich pismach prawniczych – „Felietony prawnicze”, a w nim inspirując do dziś cykle felietonów: „Z skrytki wolnych myśli”, „Chroniczna sprawiedliwość”, „Z niebezpiecznych wypadków w ruchu sądowym”, „Z manowców sprawiedliwości”.

Wśród publikujących na łamach pisma Lutwaka byli niemal wszyscy najwybitniejsi polscy cywiliści, procesualiści, karniści, administratywiści, konstytucjonaliści, ale też teoretycy i historycy prawa. Często pojawiały się teksty sprawozdawcze ze zjazdów prawniczych, odczytów i posiedzeń Komisji Kodyfikacyjnej RP. Redaktor dbał o to, aby informować o wszystkim ważnym co działo się w dziedzinie prawa, a nade wszystko adwokatury.

Przypominając fragment opracowania o „Głosie Prawa” z 2008 r., wypada zauważyć, że w czasopiśmie publikowano teksty z wszystkich obszarów prawa, również z teorii i historii.

Wśród tekstów historyczno-prawnych jest artykuł dr. Jana Adama, ucznia Oswalda Balzera, pt. *W sprawie stosunku prawa ludowego*

do kodyfikacji prawa prywatnego (nr 9-10 z 1925 r.), interesujące opracowanie docenta Uniwersytetu Jana Kazimierza, a po wojnie prof. UMK i UW, Karola Koranyiego pt. *Kastracja w świetle średniowiecznych pomników prawa* (z. 6-8 z 1938 r.) oraz artykuł prof. Jerzego Stefana Langroda pt. *Goethe jako adwokat* (nr 4, 7 i 8 z 1927 r.)³².

Spośród artykułów z zakresu prawa konstytucyjnego odnotować wypada *Rozważania konstytucyjne* wybitnego znawcy przedmiotu prof. Uniwersytetu Jana Kazimierza Stanisława Starzyńskiego (nr 4-5 z 1934 r.), które dotyczą projektu zmiany konstytucji, czy interesujące opracowanie Artura Millera pt. *Zasady przyszłego ustroju Trzeciej Rzeszy* (nr 12 z 1933 r.). Z zakresu teorii prawa publikował m.in. późniejszy znany uczonego i prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego Jerzy Lande – *Sprawa teorii prawa* (nr 7-8 do nr 11 z 1933 r.). W zeszycie nr 1-2 z 1938 r. ukazał się natomiast artykuł późniejszego wybitnego uczonego, znawcy prawa narodów Manfreda Lachsa pt. *Prawo jako system norm*.

Z grupy opracowań poświęconych prawu karnemu wymienić można artykuł zawierający postulaty reformy procesu karnego autorstwa prof. Stefana Glasera, który wygłoszony został na III Zjeździe Prawników Polskich w Katowicach (nr 1-3 z 1936 r.), tegoż samego autora *O wymogach rewizji i aresztu* (nr 1-2 z 1938 r.), tekst rozpoczynającego swoją twórczość naukową, późniejszego twórcy pojęcia „ludobójstwo”, Rafała Lemkina pt. *Przestępstwa polegające na wywołaniu niebezpieczeństwa międzypaństwowego jako delicta iuris gentium* (nr 10 z 1933), który przypomniany został w „Głosie Prawa” 2018, nr 1-2, oraz opracowania adw. Jakuba Vogelfangera pt. *Wyższa konieczność. Rozważania z pogranicza prawa i filozofii* (nr 7 z 1927 r.) i docenta UJK Zdzisława Papierkowskiego pt. *Granice obrony oskarżonego w procesie karnym* (z. 9-10 z 1935 r.).

Z tekstów cywilistycznych, których opublikowano najwięcej, trudno dokonać wyboru. Wymienimy więc kilka – wydaje się – najbardziej interesujących, jak prace prof. USB w Wilnie Eugeniusza Waśkowskiego: *Nowe idee w kodeksie zobowiązań* – tekst napisany z okazji 10-lecia „Głosu Prawa” (nr 6 z 1934 r.) oraz artykuł dedykowany prof. Allerhandowi pt. *Ochrona posiadania podług projektu prawa rzeczowego* (nr 6-8 z 1938 r.). Dedykowanym „Głosowi Prawa” z okazji tego samego jubileuszu jest też artykuł znakomitego romanisty i cywilisty z Uniwersytetu Jagiellońskiego prof. Stanisława Wróblewskiego o indosie pozornym (nr 12 z 1934 r.), tekst Zygmunta Fenichela pt. *Charakterystyka przepisów o umowie o pracę w kodeksie zobowiązań* (nr 1-2 z 1934 r.)³³, a także opracowanie sędziego SO w Krakowie dr. Ignacego Rosenblütha (po wojnie Ignacego Różańskiego) pt. *Błąd i podstęp w kodeksie zobowiązań* (nr 7-8 z 1934 r.).

³² Przedruk w „Palestrze” 2006, nr 11-12, s. 142-148 (cz. 1), 2007, nr 1-2, s. 180-184 (cz. 2), nr 3-4, s. 171-176 (cz. 3).

³³ Wypada wymienić też tego autora: *Pojęcie „dobrych obyczajów” w prawie polskim*, „Głos Prawa” 1934, nr 1 i 2.

Z zakresu procesu i prawa cywilnego artykuły w „Głosie” opublikowali inni wybitni cywiliści i procesualiści, i tak: prof. Franciszek Xawery Fierich, *Obligatoryjna odpowiedź na pozew w projekcie polskiej procedury cywilnej* (nr 21-22 i 23-24 z 1925 r.), prof. Stanisław Gołąb, *Ochrona prawna w polskiej ustawie autorskiej* (nr 9 z 1926), *Problem winy w „Warszawiance”* i w „*Nocy Listopadowej*” Wyspiańskiego (nr 5 z 1931), *Przekleństwo nowelizacji* (nr 8-9 z 1932 r.) i *Technika kodyfikacyjna* (nr 3 z 1933), adw. dr Józef Skąpski, *Przeoczenia w kodeksie postępowania cywilnego* (nr 1 z 1931), prof. Kazimierz Przybyłowski, *Rozporządzenia ostatniej woli u osób całkowicie ubezwłasnowolnionych* (nr 11-12 z 1935 r.) oraz ówczesny docenta na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie Mieczysław Honzatko, *Polski kodeks handlowy* (nr 11 z 1933 r.). Warto odnotować też opracowania Fryderyka Halperna, *O zastawie rejestrowym* (nr 3-4 i 5-6 z 1928 r.), Włodzimierza Dbałowskiego, *Plagiat i krytyka niedozwolona* (nr 5-6 z 1927 r.) i *Na marginesie prawa małżeńskiego* (nr 1 z 1932 r.), Izraela Bleia, *Zagadnienie kontraktów realnych w projekcie polskiego kodeksu cywilnego* (nr 10 z 1931 r.) i *Umowa przedwstępna w kodeksie zobowiązań* (nr 1 z 1934 r.).

W zeszycie nr 5-6 z 1928 r. zamieścił artykuł pt. *Sukcesja państw w odniesieniu do zobowiązań prywatno-prawnych* wykładowca London School of Economics and Political Science dr Hersch Lauterpacht (1897-1960). Uczony ten był dobrze znany lwowskiemu środowisku prawniczemu, gdyż urodził się w podlwowskiej Żółkwi, a studia prawnicze rozpoczynał na lwowskim Wydziale Prawa, kończył zaś w Wiedniu. Potem zrobił karierę naukową w dziedzinie prawa międzynarodowego w Wielkiej Brytanii w University of Cambridge. Znany jest jako jeden z głównych twórców podstaw prawnych dla Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze i autor definicji „zbrodnia przeciwko ludzkości”

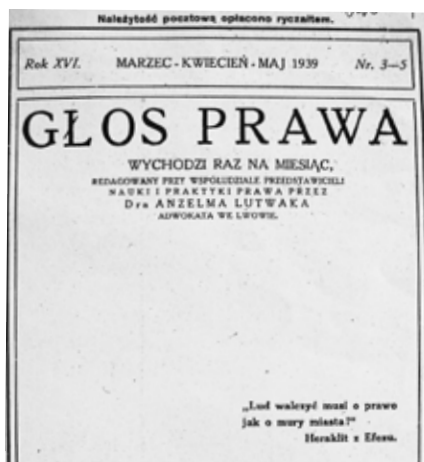
Publikowali też inni uczeni europejscy. Np. w zeszycie nr 1-3 z 1936 r. na temat polskiego prawa zobowiązań wypowiedział się znany cywilista, profesor uniwersytetu niemieckiego w Pradze dr Ernst Swoboda (*Uwagi do polskiego prawa zobowiązań*, s. 10-20).

W bogatej bibliografii „Głosu Prawa” odnaleźć można artykuły z zakresu prawa pracy, ubezpieczeniowego, autorskiego, handlowego, przemysłowego, podatkowego (np. Stefana Rosmarina, po wojnie Rozmaryna, *Obowiązek podatkowy*, nr 3-4 i 5-6 z 1935 r.), międzynarodowego (np. Manfreda Lachsa, *Problem wojny gospodarczej na tle współczesnego prawa narodów*, nr 7-8 z 1935 r., czy Juliana Makowskiego, *Rewizja traktatów na tle Paktu Ligi Narodów*, nr 10-11 z 1927 r.). *O zespolenie nauki i praktyki prawa* na łamach „Głosu Prawa” apelował sędziwy nestor polskich cywilistów i twórca lwowskiej szkoły prawa prywatnego prof. Ernest Till (nr 9-10 z 1925 r.).

Nie było chyba tematyki prawniczej, która nie gościłaby na łamach lutwakowskiego pisma. Oprócz wymienionych publikowali także: Mau-

rycy Axer, Antoni Władysław Bartz, Juliusz Besseches, Maurycy Fruchs, Marian Głuszkiewicz, Włodzimierz Godlewski, Antoni Górski, Jan Gwiazdomorski, Jerzy Jodłowski, Jan Korzonek, Rudolf Langrod, Józef Litwin, Bogusław Longchamps de Bériér, Zygmunt Nagórski, Seweryn Paneth, Leon Peiper, Roman Piotrowski, Emil Stanisław Rappaport, Henryk Ritterman, Seweryn Rosmarin, Władysław Siedlecki, Bronisław Stelmachowski, Jerzy Trammer i wielu innych.

Jednym z najbliższych konsultantów oraz współpracowników dr. Lutwaka, a tym samym i „Głosu Prawa” był prof. Maurycy Allerhand. Przywołać wypada choćby przykładowe teksty prof. Allerhanda, który publikował dość często: *Stanowisko ustawy o prawie autorskim wobec praw już zgasyłych* (nr 5-6 z 1928 r.), *Wpływ kodeksu karnego na prawo prywatne* (nr 7 z 1932 r.), *Sąd polubowny w okresie przejściowym* (nr 4 z 1933 r.), *Indywidualny nadzór w spółce akcyjnej* (nr 4-6 i 7-9 z 1936 r.), *Zwolnienie duchownych od przysięgi* (nr 3-5 z 1939 r.). W 1938 r. redaktor Lutwak postanowił uczcić prof. Allerhanda. Ku jego czci wydał zeszyt nr 6-8, który był swoistą księgą pamiątkową dedykowaną – jak głosił napis na stronie przedtytułowej – „Maurycemu Allerhandowi w hołdzie z okazji 70. urodzin”. W tomie, oprócz fotografii jubilata, dwustronicowego tekstu laudacyjnego pióra Lutwaka, życiorysu oraz tekstu Jana Jakuba Litauera pt. *Maurycy Allerhand jako kodyfikator*, znalazło się 20 artykułów dedykowanych wybitnemu uczonemu juryście. Napisali je Eugniesz Waśkowski, Stanisław Gołąb, Stefan Glaser, Leon Peiper, Roman Piotrowski, Zygmunt Fenichel, Ignacy Rosenblüth, Heinrich Freund, Seweryn Rosmarin, Stefan Rosmarin, Adam Daniel Szczygielski, Henryk Ritterman, Karol Koranyi, Władysław Siedlecki, Juliusz Lauer, Józef Mieser, dr J. Tauber, Jakub Vogelfanger, Antoni Władysław Bartz i Jerzy Jodłowski.



Górna część strony tytułowej „Głosu Prawa” z 1939 r., nr 3-5

Jako ciekawostkę wypada zauważyć, że Anzelm Lutwak nie był jedynym Lutwakiem-prawnikiem publikującym w okresie międzywojennym. Czasami na łamach krakowskiego „Głosu Adwokatów” publikował Alfred Lutwak, który miał często zupełnie inne poglądy od lwowskiego Lutwaka. Powodowało to, że czasami mylono Lutwaków. Stało się tak w 1934 r., kiedy to „Gazeta Sądowa Warszawska” (w numerze 30-31 z 1934 r.) przypisała Anzelmowi Lutwakowi artykuł krakowskiego Lutwaka na temat kobiet w adwokaturze, a tym samym skrajnie odmienne poglądy krakowskiego Lutwaka. Redaktor „Głosu Prawa” natychmiast zareagował – nade wszystko dlatego, że był zwolennikiem szerokiego dopuszczenia kobiet do wykonywania zawodu adwokata – w przeciwieństwie do swojego młodszego krakowskiego „imiennika”. Tenże krakowski „konserwatysta”, w artykule *Uderzenie na alarm*, był na wskroś antyfeministycznym „namiętnym przeciwnikiem kobiet w adwokaturze”, „zanim sam jeszcze do niej doszedł, i odmawia im w czambuł wszelkiego do adwokatury uzdolnienia”, – jak charakteryzował go lwowski Lutwak. Z kolei napisał: „wśród niezbyt jeszcze licznych adeptek tego zawodu spotykałem już takie, którym niejedyn adwokat mógłby talentu i wiedzy prawniczej pozazdrościć...”³⁴.

Wypada odnotować, że Anzelm Lutwak był inicjatorem i współorganizatorem utworzenia we Lwowie 11 lipca 1933 r. apolitycznego „Koła Adwokatów Żydów”, dla którego przygotował statut. Zasiadał też w zarządzie organizacji. Na łamach „Głosu Prawa” informował o działalności stowarzyszenia, które współtworzyli m.in. Leib Landau, Ożjasz Feder, Karol Einäugler. W maju 1937 r. stowarzyszenie zmieniło nazwę na „Stowarzyszenie Adwokatów Żydów”³⁵. Było jednym z dwóch najważniejszych stowarzyszeń adwokatów żydowskich w Polsce.

„Głos Prawa” ukazywał się w latach 30. nieregularnie, często w zeszytach łączonych. Za „wojownicze” artykuły miewał problemy z cenzurą, ale trwał, ciesząc się niesłabnącym poparciem znacznej części polskiej jurysprudencji, judykatury i palestry. Ostatni zeszyt „Głosu Prawa” (nr 3-5) ukazał się wiosną 1939 r.

Wybuch II wojny światowej zastał redaktora Lutwaka we Lwowie. Nie udało się odtworzyć jego ostatnich lat życia. Co robił w czasie okupacji sowieckiej Lwowa lat 1939-1941? Prawdopodobnie był w mieście. Według wybitnego znawcy problematyki zagłady Żydów lwowskich prof. Jakuba Honigsmana dr Anzelm Lutwak został zamordowany we Lwowie około 1942 r.³⁶, co potwierdza też relacja naoczego świadka *Shoah* we Lwowie dr. Filipa Friedmana³⁷.

³⁴ Szerzej zob. Alfred Lutwak, *Uderzenie na alarm*, „Głos Adwokatów” 1934, nr 5; Anzelm Lutwak, *Jeszcze o kobietach w adwokaturze*, „Głos Adwokatów” 1934, s. 145-146.

³⁵ Zob. A. Redzik, T. J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 225.

³⁶ Zob. J. Honigsman, *Zagłada Żydów lwowskich (1941-1944)*, przekład i opracowanie A. Redzik, Warszawa 2007, s. 78.

³⁷ F. Friedman, *Zagłada Żydów lwowskich*, Łódź 1945, s. 33.

W 1934 r. na łamach „Głosu Prawa” ukazało się wiele opracowań dedykowanych czasopismu, z okazji jego 10-lecia. Krakowski wybitny adwokat i współpracownik czasopisma Zygmunt Fenichel dokonał podsumowania dekady. Pisząc o redaktorze Lutwaku oraz czasopiśmie wskazał na niezależność i dodał:

„Osobliwym owocem tej niezależności ducha i zarazem polotu fantazji sterowanej myślą prawną, są „Felietyony prawnicze” i zwięzłe stylizowane, nastrojowe refleksje „Ze skrytki wolnych myśli”. Są to przeważnie utwory pióra Dra Lutwaka, nadające pismu temu ton, zabarwienie, impuls i kierunek. A są to prace tchnące głębokim idealizmem i wiarą w prawo i sprawiedliwość.”

Zaś odnosząc się do braci prawniczej goszczącej na łamach czasopisma dodał:

„Niejednemu też z młodych zwłaszcza talentów prawniczych „Głos Prawa” uotrował drogę do piśmiennictwa naukowego – niejednemu użyzył silnej podnieoty duchowej.

Jeżeli porównujemy „Głos Prawa” z innymi czasopismami prawniczymi, to śmiało zaliczyć go możemy do jednego z najlepiej i najżywiej redagowanych czasopism prawniczych polskich, a zdanie to polega już na uznaniu powszechnym”³⁸.

Zamykając krótkie opracowanie o Anzelmie Lutwaku i jego „Głosie” można podjąć próbę bardzo ogólnej oceny Redaktora i Czasopisma.

Redaktor, to niewątpliwie – jak wynika z powyższego – postać nieszablonowa, niezależna, otwarta na każdego, przepełniona ideami, która potrafiła budować zwalczając jednocześnie w środowisku i społeczeństwie przejawy nietolerancji i antysemityzmu, zaś w prawie skrajnego pozytywizmu prawniczego.

Oceniając krótko Czasopismo, o którym przecież padło tyle dobrych słów, można posłużyć się tym co napisano w *Almanachu i leksykonie Żydostwa polskiego*:

„[pismo to] poświęcone jest zarówno omawianiu problemów związanych z ustawodawstwem polskim i orzecznictwem sądów polskich, jako też zwalczaniu przesądów i nieprawości, ujawniających się w dziedzinach pożycia społeczno-prawnego, w szczególności zaś zwalcza zakusy antysemityzmu i rasizmu w życiu korporacyjnym adwokatury. Najwybitniejsi profesorowie prawa i prawnicy zawodów praktycznych tj. adwokaci i sędziowie, bez różnicy wyznania, współpracują w tym miesięczniku”³⁹.

Jak napisano w 2009 r., czasopisma redagowane przez Anzelma Lutwaka były nie tylko naukowe, nie tylko korporacyjne, nie tylko autorskie. Były, a w szczególności „Głos Prawa”, zwierciadłem polskiego środowiska prawniczego, trybuną wolnej myśli prawniczej, z któ-

³⁸ Z. Fenichel, *Dziesięciolecie „Głosu Prawa”*, „Głos Prawa” 1934, nr 4-5, s. 219-220.

³⁹ Zob. *Almanach i leksykon Żydostwa polskiego*, t. II-III, łamy 728-729.

rej niejednokrotnie płynęła podana w błyskotliwy sposób krytyka. Może dziś niektóre teksty Redaktora wydają się nazbyt patetyczne, nazbyt idealistyczne, ale ich cel to walka o *ius* i o dobre *lex* – któremu przyświeca racjonalność, słuszność i sprawiedliwość⁴⁰.

Bibliografia

*pominięto archiwalia

- Adwokaci Polscy Ojczyźnie*, red. Stanisław Mikke, Adam Redzik, Warszawa: NRA 2008, s. 204-205.
- Almanach i leksykon Żydostwa polskiego*, t. II, red. Roman Goldberg, Lwów 1938.
- Corpus studiosorum Universitatis Iagellonicæ in seaculis XVIII-XX*, tomus III: 1850/51-1917/18 K-Ł, pod red. Krzysztofa Stopki, Kraków 2009, s. 1046.
- Friedman Filip, *Zagłada Żydów lwowskich*, Łódź 1945, s. 33.
- Hofmokl-Ostrowski Zygmunt, *Adwokat i ciernie (rozmyślania)*, „Forum”, nr 19, listopad 1931.
- Honigsman Jakub, *Zagłada Żydów lwowskich (1941–1944)*, przekład i opracowanie Adam Redzik, Warszawa, ŻIH 2007.
- Jaworski Czesław, Redzik Adam, *Od „czasopisma poświęconego obronie prawa” do „pisma Adwokatury Polskiej”*, „Palestra” 2014, nr 3-4, s. 7-13
- Literatura Polsko-Żydowska 1861-1918. Antologia*, pod red. Zuzanny Kołodziej-skiej-Smagały i Marii Antosik-Pieli, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2017, s. 22-23.
- Milewski Stanisław, Redzik Adam, *Themis i PHEME. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 r.*, Warszawa: Iskry 2011, s. 346-357.
- Polski słownik judaistyczny. Dzieje – kultura – religia – ludzie*, t. II, Warszawa 2003.
- Redzik A., „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka?, „Palestra” 2009, nr 3-4, s. 153-164.
- Redzik Adam, *Lwowskie czasopisma prawnicze w latach 1810 – 1939. Próba systematyzacji*, [w:] „Kraków – Lwów. Książki, czasopisma, biblioteki XIX i XX wieku”, t. X, pod red. Haliny Kosętki, Grażyny Wrony i Gizegoiza Niecia, Kraków: Księgarnia Akademicka 2011, s. 245-259
- Redzik Adam, *Poczet redaktorów naczelnych „Palestry”*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 368–384.
- Redzik Adam, *Czasopisma prawnicze a unifikacja prawa w Polsce międzywojennej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, nr 3, s. 797-809.
- Redzik Adam, Kotliński Tomasz J., *Historia Adwokatury*, wyd. 4, Warszawa 2018.

⁴⁰ A. Redzik, „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka?, s. 164.



Iwanna Czajkowska*

**PRZYROST REGULACJI BANKOWYCH
W UNII EUROPEJSKIEJ A DZIAŁANIA
DYSCYPLINUJĄCE ORGANÓW NADZORU
BANKOWEGO W OKRESIE POKRYZYSOWYM**

W artykule podjęto problematykę nasilenia obciążeń regulacyjnych na europejskim rynku bankowym w okresie pokryzysowym, znaczenia funkcji zgodności (*compliance*) oraz działań dyscyplinujących (*enforcement actions*) organów nadzoru bankowego. Celem artykułu jest analiza zależności zachodzących pomiędzy liczbą i złożonością regulacji bankowych w okresie pokryzysowym, a rolą funkcji *compliance* oraz znaczeniem działań dyscyplinujących organów nadzoru bankowego. Podjęto również próbę analizy skali przyrostu pokryzysowych regulacji bankowych w UE. Wyniki badań wskazują, że wzrost liczby pokryzysowych regulacji bankowych oraz poziomu ich skomplikowania wymaga również intensyfikacji działań dyscyplinujących ze strony organów nadzoru bankowego.

Pojęcia kluczowe: bank, kryzys, regulacje finansowe, prawo bankowe, kary, działania dyscyplinujące (*enforcement actions*)

JEL Classification: E5, K2, K20, K42, L51.

* Iwanna Czajkowska (Ivanna Chaikovska, ukr. Іванна Чайковська), doktorantka Uniwersytetu Jagiellońskiego, stypendystka Visegrad Scholarship Program. Specjalizuje się w zagadnieniach makroekonomicznych, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki regulacji oraz nadzoru bankowego. ORCID: 0000-0002-9425-2852.

Współczesną gospodarkę rynkową charakteryzuje pojęcie „państwo regulacyjne”, które oznacza, że regulacja stała się podstawową metodą ingerencji państwa w sferę gospodarczą i społeczną. Proces powstania „państwa regulacyjnego” był powiązany ze znaczącym poszerzeniem zakresu państwowej regulacji, w szczególności obejmowaniem regulacjami nowych dziedzin, jak również zwiększeniem szczegółowości regulacji¹. To przyczyniło się do przyrostu regulacji w różnych dziedzinach życia gospodarczego oraz pojawienia się zjawiska „inflacji prawa”, które oznacza wzrost liczby przepisów prawa, wynikający z nadmiaru tworzenia aktów normatywnych w procesie legislacyjnym (rozrost procesu legislacji)².

W literaturze przedmiotu zaznacza się, iż fale reakcji regulacyjnej intensyfikują się po wystąpieniu zjawisk kryzysowych. Jak wskazują H. Davies i D. Green „można odnieść wrażenie, że potrzeba kryzysu, by skłonić polityków do zainteresowania się sferą regulacyjną”³. Potwierdzeniem tej prawidłowości była reakcja regulacyjno-nadzorcza po ostatnim kryzysie finansowym z 2008 r., którego początki miały miejsce w sektorze bankowym Stanów Zjednoczonych i bardzo szybko rozprzestrzeniły się po całym świecie.

W okresie pokryzysowym sektor bankowy stał się przedmiotem uregulowań mających na celu wyeliminowanie luk prawno-regulacyjnych na poziomie międzynarodowym, europejskim oraz krajowym. Reakcja UE na zjawiska kryzysowe była skoncentrowana na trzech obszarach, a mianowicie na wprowadzeniu nowych regulacji bankowych, stworzeniu nowej architektury nadzoru finansowego oraz powołaniu i wprowadzeniu w życie koncepcji unii bankowej. W tym celu zostały wprowadzone daleko idące zmiany regulacyjne w europejskim sektorze bankowym, które stały się fundamentem dla stworzenia nowego ładu ostrożnościowego w Europie.

Dla banków wyzwaniem w okresie pokryzysowym stała się potrzeba dostosowania do znacznie większej liczby nowych wymogów regulacyjnych. Spowodowało to wzrost znaczenia funkcji zapewnienia zgodności (ang. *compliance*), która jest częścią systemu władztwa korporacyjnego (ang. *corporate governance*). Jest to kluczowa funkcja w systemie kontroli wewnętrznej banków, odnosząca się do konieczności prawidłowego wdrażania regulacji wewnętrznych w instytucjach finansowych i dostosowania tych regulacji do obowiązującego prawa i standardów. W artykule postawiono hipotezę, że znaczenie funkcji *compliance* rośnie wraz ze zwiększeniem wymogów regulacyjnych w sektorze bankowym.

¹ B. Borkowska, *Regulacja – wartości – ramy instytucjonalne*, „Ekonomia” 2013, nr 4 (25), s. 200.

² W. Rogowski, *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce*, „Głos Prawa” 2018, nr 1-2, s. 15.

³ H. Davies, D. Green, *Globalny nadzór i regulacja sektora finansowego*, tłum. R. Krzyżków, T. Skurzewski, Warszawa 2010, s. 21.

W okresie pokryzysowym wzrosło również znaczenie systemów dyscyplinowania banków z powodu nieprzestrzegania regulacji (*non-compliance*) za pomocą tzw. działań dyscyplinujących organów nadzoru bankowego (ang. *enforcement actions*). Są one kluczowym narzędziem podmiotów, sprawujących nadzór nad rynkiem bankowym i mają na celu ukaranie za naruszenia przepisów prawa oraz stosowania niepożądanych praktyk przez instytucje bankowe lub osoby fizyczne.

Celem niniejszego artykułu jest analiza zależności zachodzących pomiędzy liczbą i złożonością regulacji bankowych w okresie pokryzysowym, a rolą funkcji *compliance* oraz działaniami dyscyplinującymi organów nadzoru bankowego. Toteż postawiono hipotezę, że wzrost liczby i złożoności pokryzysowych regulacji bankowych wymaga równocześnie intensyfikacji działań dyscyplinujących ze strony organów nadzoru bankowego.

1. Przyczyny uregulowania działalności bankowej

Ze względu na fakt, że sektor bankowy charakteryzuje się dużą zawodnością a banki są instytucjami zaufania publicznego, ich działalność jest poddana ścisłemu nadzorowi oraz regulacjom sektora państwowego. Do najczęściej wymienianych niesprawności (tzw. *market failures*) sektora bankowego zaliczają się: istnienie asymetrii informacji, koszty zewnętrzne upadłości banków (*externalities*), hazard moralny, negatywna selekcja, niestabilność oraz procykliczności (periodyczne występowanie nadmiernej ekspansji kredytowej, która prowadzi do kryzysu bankowego). Przez opisane wyżej zawodności banki podlegają szczególnym regulacjom prawnym.

W literaturze przedmiotu regulacje bankowe definiuje się jako normy prawne, mające na celu zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa banków, ich klientów i całego systemu poprzez ograniczenie ryzyka podejmowanego przez banki. W szczególności regulacje bankowe określają warunki i zakres działalności banku oraz minimalne wymagania dotyczące ich sytuacji finansowej⁴. Otoczenie regulacyjne ingeruje w takie obszary działania banków, jak np. zasady wejścia oraz wyjścia z rynku (m.in. kwestie uporządkowanej likwidacji), licencjonowanie działalności bankowej, zasady konkurencji (również z podmiotami obszaru *shadow banking*), zapewnienie bezpieczeństwa klientów w procesie wprowadzenia nowych technologii, wysokość wynagrodzenia i kwalifikacje pracowników, ryzyko podejmowane przez banki, zasady rachunkowości mające na celu zapewnić jak największą transparentność działalności banków, działalność transgraniczną⁵.

⁴ J. Koleśnik, *Bezpieczeństwo systemu bankowego. Teoria i praktyka*, Warszawa 2011, s. 156.

⁵ L. Kurkliński, *Kulturowe uwarunkowania rozwoju bankowości w świetle nowej ekonomii instytucjonalnej (NEI) – aspekty regulacyjne*, [w:] *Nowa ekonomia instytucjonalna a nauki o zarządzaniu*

W wyniku każdego kryzysu finansowego, pojawiają się potrzeby zwiększenia regulacji oraz nadzoru nad rynkiem finansowym w celu uniknięcia kolejnych zjawisk kryzysowych w przyszłości. Jednakże już kilka lat później, w czasie wzrostu gospodarczego (*prosperity*) możemy zaobserwować odwrotne tendencje – liberalizację gospodarki, zniesienie regulacji oraz zmniejszenie nadzoru, co wiąże się z korzyściami ekonomicznymi samoregulacji rynków. Po czym, niektóre podmioty rynku, jak na przykład banki w latach 2006-2007, odczuwając możliwość nieuzasadnionego bogacenia się i pokusy nadużyć, doprowadzają do załamania całego systemu finansowego, recesji gospodarki realnej oraz globalnego kryzysu. Z tego wynika, że najbardziej skutecznymi determinantami reform regulacyjnych i instytucjonalnych są kosztowne doświadczenia kryzysowe.

2. Przyrost regulacji bankowych w Unii Europejskiej w okresie pokryzysowym

W odpowiedzi na ostatni kryzys finansowy na poziomie ponadnarodowym, w grudniu 2010 r., Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego przedstawił zestaw wytycznych Bazylea III, których implementacja nastąpiła w 2010 r. w Stanach Zjednoczonych (ustawa *Dodd-Frank Act and Consumer Protection Act*) oraz w UE w 2013 r. (pakiet CRD IV/CRR – *Capital Requirements Directive IV/Capital Requirements Regulation*)⁶.

Reakcja UE na zjawiska kryzysowe była skoncentrowana na trzech obszarach, a mianowicie na stworzeniu nowej architektury nadzoru finansowego, wprowadzeniu nowych regulacji bankowych oraz powołaniu i wprowadzeniu w życie koncepcji unii bankowej. Wykaz pokryzysowych działań regulacyjnych w sektorze bankowym UE do połowy 2017 r. (tabela 1) zawiera zestawienie wdrożonych regulacji według kryterium chronologicznego oraz prezentuje złożoność aktów prawnych i wniosków legislacyjnych na podstawie analizy liczby ich stron. Należy zaznaczyć, że analiza ta koncentruje się na regulacjach bankowych uwzględnionych w badaniu pt. *EU Mapping 2017: Systematic overview on economic and financial legislation*, przeprowadzonym w 2017 r. dla Komisji Gospodarczej i Monetarnej. Jak również, niniejsza analiza uwzględnia jedynie wiążące akty prawne wydawane na poziomie unijnym tzw. *hard law*, do którego możemy zaliczyć rozporządzenia i dyrektywy, nie uwzględniając tzw. miękkiego prawa (*soft law*).

niu, red. S. Rudolf, „Prace Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku” 2016, tom 48, s. 384. M. Marcinkowska, *Corporate governance w bankach. Teoria i praktyka*, tódź 2014, s. 28-29.

⁶ V. Acharya, T. Cooley, P. Matthew P. i in., *Regulating Wall Street: The Dodd-Frank Act and the New Architecture of Global Finance*, New Jersey 2011, s. 75.

Tabela 1. Regulacje bankowe oraz ich zakres (liczba stron) w Unii Europejskiej według kryterium chronologicznego (stan na marzec 2017 r.)

Regulacje bankowe według kryterium chronologicznego	Liczba stron regulacji wprowadzonych w poszczególnych latach	Suma liczby stron obowiązujących regulacji bankowych
Przed rokiem 2008	110	110
Rok 2010		
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1092/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie wspólnotowego nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym i ustanowienia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego (11 stron).	11	271
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (79 stron).	36	
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd Papierów Wartościowych (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (70 stron).	36	
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1095/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd Papierów Wartościowych (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (69 stron).	36	
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2010/78/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie zmiany dyrektyw 1998/26/WE, 2002/87/WE, 2003/6/WE, 2003/41/WE, 2003/71/WE, 2004/39/WE, 2004/109/WE, 2005/60/WE, 2006/48/WE, 2006/49/WE i 2009/65/WE w odniesieniu do uprawnień Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego, Europejskiego Urzędu Nadzoru nad Ubezpieczeniami i Pracowniczymi Programami Emerytalnymi oraz Europejskiego Urzędu Nadzoru nad Rynkami i Papierami Wartościowymi (42 strony).	42	
Suma	161	
Rok 2013		
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi (CDR IV), zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (168 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2015 r. (146 stron).	168	667
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (CRR), zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (176 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2016 r. (580 stron).	176	
Rozporządzenie Rady (UE) 1024/2013 z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi (27 stron).	27	

Zmiany do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/87/WE z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie dodatkowego nadzoru nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń oraz przedsiębiorstwami inwestycyjnymi konglomeratu finansowego i zmieniającej dyrektywy Rady 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG i 93/22/EWG oraz dyrektywy 98/78/WE i 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, 11 lutego 2003 r. (27 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2013 r. (52 strony).	+25	
Suma	396	
Rok 2014		
Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE w sprawie środków strukturalnych zwiększających odporność instytucji kredytowych UE, COM (2014) 43, 29 stycznia 2014 r. (65 stron).	65	1294
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (52 strony).	52	
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/49/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów (DGSD) (39 stron).	39	
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (BRRD) oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (159 stron).	159	
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/92/UE z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie porównywalności opłat związanych z rachunkami płatniczymi, przenoszenia rachunku płatniczego oraz dostępu do podstawowego rachunku płatniczego (33 strony).	33	
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 806/2014 z dnia 15 lipca 2014 r. ustanawiające jednolite zasady i jednolitą procedurę restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji kredytowych i niektórych firm inwestycyjnych w ramach jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz jednolitego funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji (SRMR) oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (90 stron).	90	
Rada UE: Umowa o przekazywaniu i wspólnianiu składek na rzecz jednolitego funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, 8457/14, ECFIN 342, 14 maja 2014 r. (47 stron).	47	
Zmiany do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE z dnia 4 kwietnia 2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych, 5 maja 2001 r. (9 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (20 stron).	+11	
Zmiany do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającej dyrektywę Rady 87/102/EWG, 22.5.2008 (27 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (48 stron).	+21	
Zmiany do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (79 stron).	+43	

Zmiany do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (70 stron).	+34	
Zmiany do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1095/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd Papierów Wartościowych (36 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2014 r. (69 stron).	+33	
Suma	627	
Rok 2015		
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/751 z dnia 29 kwietnia 2015 r. w sprawie opłat interchange w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę (15 stron).	15	1580
Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 575/2013 w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, COM(2015) 473, 30 września 2015 r. (50 stron).	50	
Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE w sprawie ustanowienia wspólnych zasad dotyczących sekurytyzacji, utworzenia europejskich ram dla prostych, przejrzystych i standardowych sekurytyzacji oraz zmiany dyrektyw 2009/65/WE, 2009/138/WE, 2011/61/UE i rozporządzeń (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 648/2012, (data zakończenia ważności: 12 grudnia 2017 r.) (76 stron).	76	
Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 806/2014 w celu ustanowienia Europejskiego Systemu Gwarantowania Depozytów, COM(2015) 586, 24 listopada 2015 r. (69 stron).	69	
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (35 stron).	35	
Zielona Księga w sprawie detalicznych usług finansowych: Lepsze produkty, szerszy wybór i większe możliwości dla konsumentów i przedsiębiorstw, COM/2015/0630, 10 grudnia 2015 r. (29 stron).	29	
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2365 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie przejrzystości transakcji finansowanych z użyciem papierów wartościowych i ponownego wykorzystania oraz zmiany rozporządzenia (UE) nr 648/2012 (34 stron).	34	
Zmiany do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi (CDR IV), zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywę 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (168 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2015 r. (146 stron).	-22	
Suma	286	
Rok 2016		
Wniosek w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE w odniesieniu do podmiotów wyłączonych, finansowych spółek holdingowych, finansowych spółek holdingowych o działalności mieszanej, wynagrodzeń, środków i uprawnień nadzorczych oraz środków ochrony kapitału (CRD V), COM(2016) 854, 23 listopada 2016 r. (38 stron).	38	2416

Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 575/2013 w odniesieniu do wskaźnika dźwigni, wskaźnika stabilnego finansowania netto, wymogów w zakresie funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, ryzyka kredytowego kontrahenta, ryzyka rynkowego, ekspozycji wobec kontrahentów centralnych, ekspozycji wobec przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania, dużych ekspozycji, wymogów w zakresie sprawozdawczości i ujawniania informacji (CRR II) oraz zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 COM(2016) 850, 23 listopada 2016 r. (282 strony).	282	
Wniosek w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającej dyrektywę 2014/59/UE w odniesieniu do zdolności instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych do pokrycia strat i dokapitalizowania (TLAC) oraz zmieniającej dyrektywę 98/26/WE, dyrektywę 2002/47/WE, dyrektywę 2012/30/UE, dyrektywę 2011/35/UE, dyrektywę 2005/56/WE, dyrektywę 2004/25/WE oraz dyrektywę 2007/36/WE, COM(2016) 852, 23 listopada 2016 r. (50 stron).	50	
Wniosek w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/59/UE w odniesieniu do stopnia uprzywilejowania niezabezpieczonych instrumentów dłużnych w hierarchii roszczeń w postępowaniu upadłościowym, COM(2016) 853, 23 listopada 2016 r. (12 stron).	12	
Wniosek w sprawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 806/2014 w odniesieniu do zdolności do pokrycia strat i dokapitalizowania instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (SRMR), COM(2016) 851, 23 listopada 2016 r. (50 stron).	50	
Zmiany do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (CRR), zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (176 stron); z późniejszymi zmianami, wersja skonsolidowana – 2016 r. (580 stron).	+404	
Suma	836	
Rok 2017		
Plan działania (2017) w sprawie detalicznych usług finansowych: szersza oferta i lepsze produkty Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Banku Centralnego, Europejskiego Komitetu ekonomiczno-społecznego i Komitetu Regionów, Plan działania w sprawie detalicznych usług finansowych: szersza oferta i lepsze produkty, COM(2017) 139, 23 marca 2017 r. (15 stron).	15	2431
Suma	15	

Źródło: Opracowanie własne na podstawie EU Mapping 2017: Systematic overview on economic and financial legislation, s. 13 [online], dostępny w Internecie: <http://www.europarl.europa.eu/RegData> oraz EUR-Lex – Baza aktów prawnych Unii Europejskiej [online], dostępna w Internecie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

Jak możemy zauważyć w tabeli 1, w ciągu 10 lat po kryzysie aktywność regulacyjna na poziomie europejskim była intensywna, co spowodowało ogromny przyrost obecnie obowiązujących regulacji bankowych (ze 110 stron obowiązujących aktów prawnych przed kryzysem do 2431 stron w 2017 r.).

Pokryzysowa reakcja UE była skoncentrowana w 2010 r. głównie na stworzeniu nowej architektury nadzoru finansowego w celu zapewnienia stabilności i zaufania do systemu finansowego⁷ oraz większej centralizacji i koordynacji decyzji nadzorczych na szczeblu paneuropejskim (tabela 1). Poprzez przyjęcia wielu dyrektyw, w 2010 r. została ukształtowana struktura Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego, w skład którego wchodzi:

- Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (*European Systemic Risk Board – ESRB*),
- Europejskie Urzędy Nadzoru (*European Supervisory Authorities – ESA*), a mianowicie Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority – EBA*), Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (*European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA*) and Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (*European Securities and Markets Authority – ESMA*),
- Wspólny Komitet Europejskich Urzędów Nadzoru (*Joint Committee*),
- organy nadzoru państw członkowskich określone w odpowiednich aktach unijnych.

Następna fala regulacyjna w UE miała miejsce w 2013 r. i była skierowana na wprowadzenie ostrożnościowych regulacji bankowych. Spośród tych regulacji zasadnicze znaczenia dla banków funkcjonujących w UE miał tzw. pakiet CRD IV/CRR – *Capital Requirements Directive IV/Capital Requirements Regulation*. Głównym celem pokryzysowego pakietu regulacji CRD IV/CRR było zwiększenie odporności sektora bankowego UE na wstrząsy gospodarcze, poprawienie zarządzania ryzykiem w tym sektorze oraz zapewnienie normalnej działalności kredytowej w razie pogorszenia koniunktury. Przepisy te doprecyzowały wymagania ostrożnościowe, między innymi wysokości funduszy własnych banków, norm płynności, dźwigni finansowej, buforów kapitałowych oraz zasady oceny ryzyka kredytowego, ładu korporacyjnego oraz wynagrodzenia kadry kierowniczej⁸.

W latach 2014-2017 wdrożono pakiet CRD IV/CRR do porządków prawnych krajów UE. Tak na przykład w Polsce w 2015 r. została znowelizowana ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, jak również wprowadzono ustawę z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym. Zmiany w ustawie – Prawo bankowe polegały na wprowadzeniu w tym akcie prawnym nowych

⁷ E. Miklaszewska, *Pokryzysowa reregulacja europejskiego rynku bankowego. Skutki dla Polski*, „Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego” 2011, nr 11, s. 47.

⁸ M. Mikita, *Polski sektor bankowy wobec unijnych regulacji bankowych*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2017, nr 3 (51), s. 32.

przepisów dyrektywy CRD IV (których nie było we wcześniejszych dyrektywach CRD) oraz modyfikacji tych, które w tej dyrektywie uległy zmianie⁹. Jak również, zostały określone przez regulatora polskiego (Komisję Nadzoru Finansowego) minimalne poziomy współczynników kapitałowych, obowiązujące banki polskie¹⁰. Równocześnie regulator europejski nadal podejmował inicjatywy regulacyjne, które po części były skierowane na zmiany pakietu CRD IV/CRR¹¹, jak również na wprowadzenie nowych regulacji bankowych, jak np. Dyrektywy 2014/92/UE z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie porównywalności opłat związanych z rachunkami płatniczymi, Rozporządzenia (UE) 2015/751 z dnia 29 kwietnia 2015 r. w sprawie opłat *interchange* w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę itp.

Dodatkowym kierunkiem działań pokryzysowych w 2014 r. w UE były prace nad koncepcją unii bankowej, która według dokumentu pt. *W kierunku faktycznej Unii Gospodarczej i Walutowej*, jest kolejnym etapem integracji strefy euro w obszarze finansowym¹². Unia bankowa ujednocila odpowiedzialność za nadzór (*Single Supervision Mechanism*), restrukturyzację i uporządkowaną likwidację banków (*Single Resolution Mechanism*) oraz system gwarantowania depozytów (*Single Deposit Guarantee System*) (tabela 1), a także zobowiązuje banki działające w całej strefie euro do przestrzegania tych samych przepisów (tzw. *The Single Rulebook*)¹³. Intensywne wprowadzanie nowych oraz zmiana starych aktów prawnych w sektorze bankowym UE w latach 2013-2016 spowodowało przyrost regulacji bankowych oraz pojawienie się nadmiaru regulacji¹⁴.

Wyniki analizy skali przyrostu regulacji bankowych oraz ich złożoności zostały zaprezentowane graficznie na wykresie 1.

⁹ *Pakiet CRD IV / CRR – Zmiany polskich regulacji*, Komisja Nadzoru Finansowego [online], dostępny w Internecie: https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/pakiet_crd4/zmiany_polskich_regulacji_CRDIV (dostęp: 17.10.2019).

¹⁰ *Stanowisko KNF w sprawie minimalnych poziomów współczynników kapitałowych*. Komisja Nadzoru Finansowego. Pobrano z https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=60208&p_id=18 (dostęp: 17.10.2019).

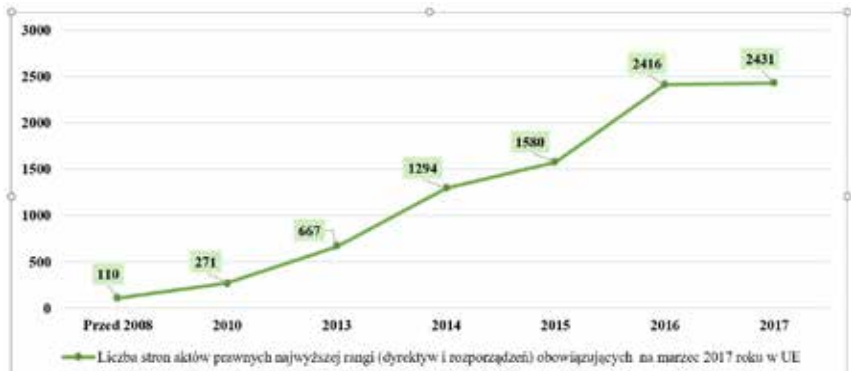
¹¹ Ogłoszone 30 września 2015 r. przez Komisję Europejską w wyniku publicznych konsultacji *Call for evidence: EU regulatory framework for financial services*, określone mianem *Banking Reform Package*. Proponowany pakiet reform obejmuje propozycje nowelizacji czterech aktów prawnych, a mianowicie projektu Rozporządzenia CR II, projektu Dyrektywy CRD V, Dyrektywy BRRD II, Rozporządzenia SRMR II, w ramach którego będą zmodyfikowane wymogi kapitałowe w większym stopniu uwzględniające ryzyko, w szczególności w zakresie ryzyka rynkowego, ryzyka kredytowego kontrahenta oraz z tytułu ekspozycji wobec kontrahentów centralnych. *Call for evidence: EU regulatory framework for financial services*, Komisja Europejska [online], dostępny w Internecie: http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review/index_en.htm (dostęp: 17.10.2019).

¹² *Ibidem*, s. 47.

¹³ *The Single Rulebook*, European Banking Authority [online], dostępny w Internecie: <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook> (dostęp: 19.10.2019).

¹⁴ Zob. W. Rogowski W., *Zasób i inflacja przepisów...*, s. 14.

Wykres 1. Liczba stron pokryzysowych regulacji bankowych (aktów prawnych oraz wniosków legislacyjnych) opublikowanych w UE w latach 2008-2017



Źródło: opracowanie własne na podstawie EU Mapping 2017: Systematic overview on economic and financial legislation, s.13 [online], dostępny w Internecie: <http://www.europarl.europa.eu/RegData> oraz EUR-Lex Baza aktów prawnych Unii Europejskiej [online], dostępny w Internecie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

W analizowanym okresie (2008 – marzec 2017), rok 2014 jest rokiem rekordowym, w którym została wprowadzona największa liczba stron maszynopisu nowych aktów prawnych najwyższej rangi (dyrektyw i rozporządzeń), wśród których istotne miejsce zajmuje Dyrektywa BRRD z dnia 15 maja 2014 r.¹⁵, licząca 159 stron oraz tzw. Rozporządzenie SRMR¹⁶, liczące 90 stron. Najobszerniejszym aktem prawnym pozostaje Dyrektywa w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi (CDR IV), licząca 168 stron. Dynamika tworzenia oraz nowelizacji regulacji bankowych w UE to średnio 387 stron rocznie¹⁷, na przeczytanie których trzeba poświęcić średnio 774 minut, czyli 12 godzin i 54 minuty, zakładając, że na przeczytanie jednej strony maszynopisu aktu prawnego potrzeba średnio 2 minuty¹⁸.

¹⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (BRRD) oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012.

¹⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 806/2014 z dnia 15 lipca 2014 r. ustanawiające jednolite zasady i jednolitą procedurę restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji kredytowych i niektórych firm inwestycyjnych w ramach jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz jednolitego funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji (SRMR) oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1093/2010.

¹⁷ I. Chaikowska, *Zasada zapewnienia zgodności i działania dyscyplinujące organów nadzoru bankowego w okresie pokryzysowym*, „Bezpieczny Bank” 2019, nr 3 (76), s. 41.

¹⁸ *Produkcja prawa w Polsce największa w historii*, Barometr stabilności otoczenia prawnego w polskiej gospodarce, 2017, Grant Thornton [online], dostępny w Internecie: http://grantthornton.pl/wp-content/uploads/2017/02/BarometrPrawa_GT2017.pdf (dostęp: 7.10.2019).

W 2017 r. pojawiły się nowe wyzwania dla banków oraz regulatorów w UE związane z nowymi wytycznymi Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego, które zostały ogłoszone 7 grudnia 2017 r. Są one kolejnym etapem reformowania Bazylea III. Przygotowania trwały ponad trzy lata i były zapoczątkowane przeglądem metod szacowania różnych rodzajów ryzyka, m.in. kredytowego i operacyjnego¹⁹. Nowe zalecenia zostały określone mianem Bazylea IV²⁰. Za jej wprowadzeniem przemawiał sposób kalkulacji aktywów ważonych ryzykiem (ang. *risk-weighted assets* – RWA), stosowany podczas wyliczania współczynnika wypłacalności²¹. Jak zaznaczył Prezes Europejskiego Banku Centralnego Mario Draghi; „Pakiet reform Bazylea IV kończy globalną reformę ram regulacyjnych, które rozpoczęły się wraz z nadejściem kryzysu finansowego”²². Wytyczne Bazylei IV powinny być wprowadzane stopniowo do prawa krajowego w okresie od 2022 do 2027 r. Wprowadzenie zaleceń Bazylea IV do prawa unijnego, a następnie do prawa krajowego, spowoduje konieczność kolejnej modyfikacji regulacji, co wpłynie na dalszy wzrost liczby stron regulacji bankowych i będzie wyzwaniem dla banków w celu zapewnienia zgodności (*compliance*). Z kolei funkcja *compliance* w bankach zyska na znaczeniu wraz z przyrostem oraz skomplikowaniem pokryzysowych regulacji bankowych w UE.

3. Koszty zapewnienia zgodności (*compliance*)

Szeroki zakres obowiązków prawnych wynikających z pokryzysowych regulacji bankowych kreuje potrzebę dostosowania działalności bankowej do coraz większej liczby wymogów regulacyjnych oraz zaleceń nadzorczych. Z tego powodu funkcja zapewnienia zgodności²³, czuwająca nad prawidłowym przebiegiem wdrożenia nowych regulacji, stała się podstawowym warunkiem bezpiecznego, stabilnego i ostrożnego zarządzania bankiem, a tym samym całego systemu finansowego.

¹⁹ *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Basel Committee on Banking Supervision, December 2010 [online], dostępny w Internecie: http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.pdf (dostęp: 7.10.2019).

²⁰ *Reforma bankowa Bazylea III zakończona*, Obserwator finansowy [online], dostępny w Internecie: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/reforma-bankowa-bazylea-iii-zakończona/> (dostęp: 7.10.2019).

²¹ *Nowe wytyczne Komitetu Bazylejskiego ds. Nadzoru Bankowego tzw. „Bazylea IV” uchwalone*, PwC [online], dostępny w Internecie: <https://www.pwc.pl/pl/media/2017/2017-12-08-pwc-bazylea-IV.html> (dostęp: 17.10.2019).

²² *Governors and Heads of Supervision finalize Basel III reforms*, Bank for International Settlements, Press release, 7 December 2017 [online], dostępny w Internecie: <https://www.bis.org/press/p171207.htm> (dostęp: 17.10.2019).

²³ Funkcja *compliance* ma na celu osiągnięcie zgodności działalności prowadzonej przez bank z obowiązującymi przepisami prawa, regulacjami wewnętrznymi oraz przyjętymi przez bank standardami postępowania.

Funkcja zapewnienia zgodności (*compliance*) została zdefiniowana jako niezależna funkcja, która identyfikuje, ocenia, doradza, monitoruje i raportuje na temat ryzyka braku zgodności banku (*bank's compliance risk*)²⁴. Przez to pojęcie rozumie się ryzyko sankcji prawnych bądź regulaminowych, materialnych strat finansowych lub utraty dobrej reputacji, na jakie narażony jest bank w wyniku niedostosowania się do ustaw, rozporządzeń, przepisów czy przyjętych przez siebie standardów i kodeksów postępowania, mających zastosowanie w jego działalności²⁵.

Istotnego znaczenia nabiera fakt, że obowiązek stworzenia jednostek ds. zapewnienia zgodności w bankach został wprowadzony przez ustawodawców państw członkowskich UE, jednak kwestie związane z ich umiejscowieniem i kształtem zależą od indywidualnych decyzji poszczególnych banków²⁶. Z tego powodu, w praktyce sposób zapewnienia zasady *compliance* na rynku bankowym jest zróżnicowany i zależy z jednej strony od profilu, skali działalności banków, ich rozmiarów oraz oczekiwań interesariuszy, a z drugiej – od otoczenia prawnego i kulturowego, krótko- i długofalowej polityki państwa oraz decyzji krajowych regulatorów dbających o stabilność systemów finansowych.

Jednym z mierników wzrastającej roli funkcji *compliance* w bankach są koszty związane z zapewnieniem zgodności z obowiązującymi regulacjami (tzw. koszty *compliance*). Są to koszty, które odnoszą się do wszystkich nakładów pieniężnych ponoszonych przez banki w celu spełnienia wymagań regulacyjnych²⁷. Według wytycznych OECD, koszty *compliance* są częścią kosztów regulacyjnych, do których najczęściej zalicza się m.in. koszty wdrożenia systemów informatycznych, personelu, koszty ogólne, sprzętu, koszty rzeczowe oraz koszty usług zewnętrznych (schemat 1)²⁸.

Koszty związane z zapewnieniem zgodności z obowiązującymi regulacjami są znaczącym obciążeniem dla banków. Według danych Amerykańskiego Stowarzyszenia Bankowego, w Stanach Zjednoczonych koszty *compliance* stanowią rocznie około 70 mld USD²⁹. Największe banki międzynarodowe zwiększają również zatrudnienie

²⁴ *The compliance function in banks*, The Basel Committee on Banking Supervision, October 2003, s. 3.

²⁵ *Ibidem*, s. 3.

²⁶ Taka jednostka powinna działać w oparciu o zasady, które zostały podzielone na cztery grupy, a mianowicie obowiązki rady, obowiązki zarządu w zakresie zgodności, zasady funkcjonowania jednostki ds. zgodności oraz inne zagadnienia. *Compliance and the compliance function in banks*, The Basel Committee on Banking Supervision, April 2005, s. 9-16.

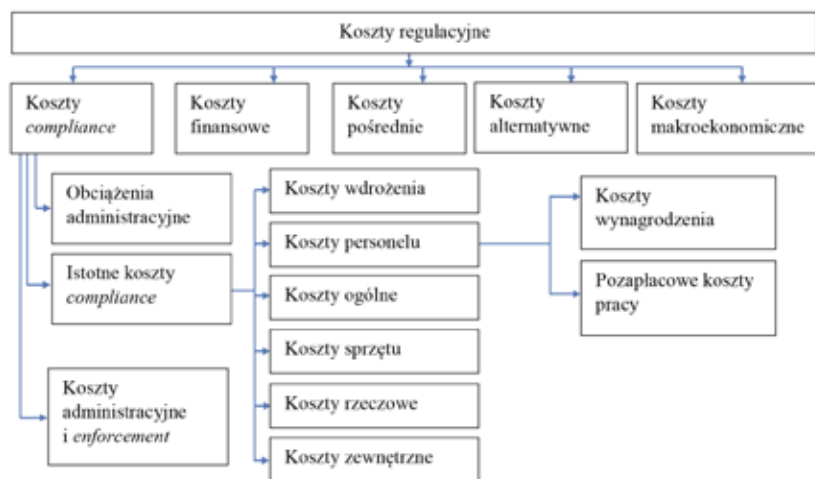
²⁷ A. Pięta, *Technologie regulacyjne szansą na obniżenie kosztów compliance*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 2, s. 248.

²⁸ *Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance*, OECD 2014, s. 11.

²⁹ G. Bektenova, *Are RegTech, FinTech, Blockchain the Future?*, [w:] III Network AML/CFT Institute International Scientific and Research Conference „FinTech and RegTech: Possibilities, Threats and Risks of Financial Technologies”, KnE Social Sciences, 2018, s. 61.

nie w obszarze audytu i zgodności, m.in w latach 2011-2014 Bank of America zwiększył zatrudnienie o ok. 50%; CitiBank – o 33 % i w 2014 r. zatrudniał w dziale zgodności 13% całkowitego zatrudnienia (30000 osób)³⁰. Jak zaznacza się w raporcie Fundacji FinTech Poland oraz Centrum Prawa Nowych Technologii, w 2014 r. Deutsche Bank wydał dodatkowe 1,3 mld EUR na nowe wymogi regulacyjne, a wydatki UBS wyniosły 946 mln USD³¹. Jest to potwierdzeniem tezy, że znaczenie funkcji *compliance* rośnie wraz ze zwiększaniem wymogów regulacyjnych w sektorze bankowym.

Schemat 1. Podział kosztów zgodności (kosztów *compliance*) według OECD



Źródło: *Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance*, OECD 2014, s. 11

Jednostka *compliance* w dzisiejszym kształcie, oprócz dbania o zgodność działalności bankowej z przepisami prawa, pełni również wiele funkcji kontrolnych, nadzorczych oraz koordynacyjnych, wspierając swoimi działaniami między innymi departament audytu, prawny, ryzyka operacyjnego itp. Dzięki kontrolom i nadzorowi sprawowanemu przez funkcję *compliance* możliwe staje się podjęcie błyskawicznych działań naprawczych, zanim jeszcze nastąpi dany incydent lub tuż po jego nastąpieniu³². Jednostka *compliance* pełni też funkcję zapobiegawczą, co ma szczególne znaczenie w zarządzaniu ryzykiem reputacji oraz w kontaktach z instytucjami nadzorczymi. Ponadto od jednostek ds. zapewnienia zgodności w banku oczekuje się skutecznych działań kontrolnych, dzięki czemu banki

³⁰ *RegTech znaczenie innowacji regulacyjnych dla sektora finansowego i państwa*, Raport FinTech Poland oraz Centrum Prawa Nowych Technologii, s. 4.

³¹ *Ibidem*, s. 4.

³² R. Jakubowski, *Rozwój funkcji compliance w polskim systemie bankowym od 1989 r.*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 11, s. 61.

będą mogły unikać kar za naruszenie obowiązujących przepisów prawnych. Oczekuje się, że efektywna działalność jednostek *compliance* będzie wpływać na minimalizację kar i sankcji finansowych przeciwko bankom³³.

4. Intensyfikacja działań dyscyplinujących organów nadzoru bankowego na rynku bankowym w okresie pokryzysowym

Brak zgodności z regulacjami może narazić banki na odpowiedzialność cywilną, administracyjną i karną w ramach działań dyscyplinujących organów nadzoru bankowego (ang. *enforcement actions*). Działania te są kluczowym narzędziem podmiotów sprawujących nadzór nad rynkiem bankowym i mają na celu skłonienie banków do przestrzegania wymogów ostrożnościowych określonych w regulacjach bankowych, normach oraz zestawach zaleceń. Działania dyscyplinujące ze strony organów nadzoru motywują również banki do efektywnego zarządzania ryzykiem – *compliance*³⁴.

Enforcement actions są wykorzystywane w przypadku naruszenia przepisów prawa oraz stosowania niepożądanych praktyk przez instytucje bankowe lub osoby fizyczne. W razie niezgodności z wymaganiami regulacyjnymi, w pierwszej kolejności roszczenia cywilnoprawne oraz kary pieniężne są kierowane w stronę banku, a w drugiej kolejności – poszukuje się konkretnych osób, najczęściej wśród członków zarządu, rady nadzorczej, dyrektorów departamentów, które odpowiadają za działanie lub zaniechanie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem określonych obowiązków³⁵.

Na poziomie europejskim, głównym podmiotem sprawującym nadzór bankowy i stosującym *enforcement actions* jest Europejski Bank Centralny³⁶. Z kolei na poziomie poszczególnych państw członkowskich, uprawnienia do wykonywania działań dyscyplinujących posiadają krajowe organy nadzoru, np. w Polsce – Komisja Nadzoru Finansowego, w Wielkiej Brytanii – *Prudential Regulation Authority (PRU)* i *Financial Conduct Authority (FCA)*, w Niemczech – *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (Federalny Urząd Nadzoru Bankowego – BaFin)³⁷.

³³ I. Chaikowska, *Problem dostosowania i zgodności pokryzysowych regulacji bankowych w Unii Europejskiej: zarządzanie ryzykiem compliance*, „Marketing i Rynek” 2018, nr 12, s. 75.

³⁴ M. Götz, T. Tröger, *Fines for misconduct in the banking sector – what is the situation in the EU?*, Parlament Europejski, PE 587401, s. 5.

³⁵ *Ibidem*, s. 245.

³⁶ *Tasks – Enforcement*, European Central Bank [online], dostępny w Internecie: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/enforcement/html/index.en.html> (dostęp: 17.10.2019).

³⁷ A. Godlewski, *Niemiecki nadzór finansowy sięga po nowe uprawnienia*, Obserwator finansowy [online], dostępny w Internecie: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/niemiecki-nadzor-finansowy-siega-po-nowe-uprawnienia/> (dostęp: 17.10.2019).

Działania dyscyplinujące Europejskiego Banku Centralnego można podzielić na trzy grupy, a mianowicie³⁸:

- kary finansowe – naliczane w wysokości do dwukrotności kwoty uzyskanych zysków lub strat unikniętych z powodu naruszenia (*non-compliance practice*) lub do 10% całkowitego rocznego obrotu banku w poprzednim roku obrotowym (mogą zostać wszczęte po ustaniu naruszenia);
- okresowe kary pieniężne – bank musi zapłacić dzienną kwotę – do 5% średniego dziennego obrotu – za każdy dzień trwania naruszenia przez maksymalny okres 6 miesięcy (tylko podczas trwania naruszenia);
- inne środki egzekucyjne – Europejski Bank Centralny może stosować środki egzekwowania dostępne w ustawodawstwie krajowym, jak również może zlecić organom nadzoru państw członkowskich zastosowanie krajowych środków egzekucyjnych.

Tabela 2. Kary finansowe nałożone przez Europejski Bank Centralny

Data wydania decyzji	Podmiot nadzorowany	Wysokość kar finansowych (EURO)	Obszar naruszenia
21.12.2018	Novo Banco, SA	610,000	Duże ekspozycje, wymogi kapitałowe, sprawozdawczość
16.07.2018	Crédit Agricole, S.A	4.300.000	Fundusze własne
16.07.2018	Crédit Agricole Corporate and Investment Bank	300.000	Fundusze własne
16.07.2018	CA Consumer Finance	200.000	Fundusze własne
14.03.2018	Banco de Sabadell, S.A.	1.600.000	Fundusze własne
28.08.2017	Banca Popolare di Vicenza S.p.A. in liquidazione coatta amministrativa	11.200.000	Raportowanie i udostępnianie informacji publicznej, duże ekspozycje
13.07.2017	Permanent tsb Group Holdings plc	2.500.000	Wymogi płynnościowe

Źródło: *Supervisory sanctions*, European Central Bank [online], dostępny w Internecie: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/sanctions/html/index.pl.html>

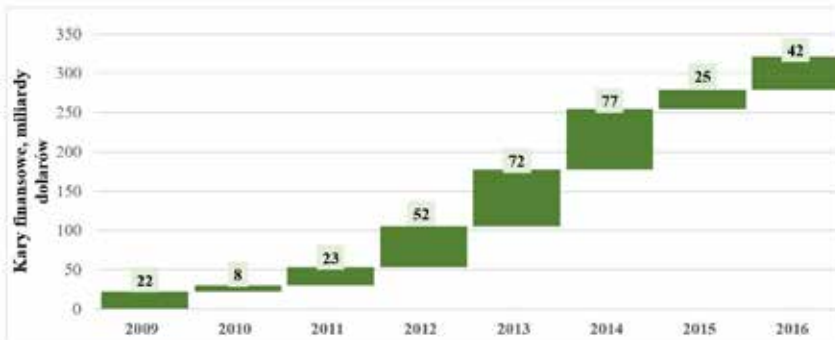
W tabeli 2 został przedstawiony wykaz kar finansowych, nałożonych przez Europejski Bank Centralny zgodnie z art. 18 (6) roz-

³⁸ *Enforcement*, European Central Bank [online], dostępny w Internecie: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/enforcement/html/index.pl.html> (dostęp: 7.10.2019).

porządzenia w sprawie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego³⁹. Podmiotami działań dyscyplinujących europejskiego nadzorca były m.in. irlandzki, włoski, hiszpański, francuski i portugalski bank oraz instytucje finansowe.

Obecnie, zarówno w UE, jak i w Stanach Zjednoczonych, można zauważyć wzrostową tendencję kosztów działalności niezgodnej z prawem (*non-compliance*) w sektorze bankowym⁴⁰, które są wyrażone w działaniach dyscyplinujących, a mianowicie w karach finansowych, okresowych karach pieniężnych oraz innych środkach egzekucyjnych. W związku z ograniczonym dostępem do informacji na temat charakteru i wysokości kar finansowych w UE oraz różnym poziomem szczegółowości danych opublikowanych przez organy nadzoru państw członkowskich, pełna analiza ilościowa działań dyscyplinujących jest trudna. Istnieją jednak badania uwzględniające wartość nałożonych kar finansowych na np. pięćdziesiąt największych europejskich i amerykańskich banków, które wchodzi do grona globalnych instytucji bankowych o znaczeniu systemowym (*G-SIB – global systemically important banks*).

Wykres 2. Kary finansowe nałożone na pięćdziesiąt największych europejskich i amerykańskich banków w latach 2009-2016



Źródło: opracowanie własne na podstawie *Staying the course in banking, Global risk 2017, The Boston Consulting Group*, s. 16 [online], dostępny w Internecie: http://image-src.bcg.com/BCG_COM/BCG-Staying-the-Course-in-Banking-Mar-2017_tcm9-146794.pdf

W analizowanym okresie możemy dostrzec tendencję wzrostową wartości kar finansowych, w szczególności w latach 2012-2014. W latach 2011–2013 możemy zaobserwować znaczący wzrost kar finansowych, z 23 mld USD do 72 mld USD (wykres 2). Oznacza to, że każdego roku absolutna wartość kar finansowych nałożonych przez organy nadzoru bankowego niemal podwoiła się w porównaniu z ro-

³⁹ Rozporządzenie Rady (UE) 1024/2013 z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi.

⁴⁰ Ibidem, s. 49.

kiem poprzednim. Począwszy od 2014 r. dynamika absolutnego i procentowego przyrostu została zróżnicowana, a mianowicie procentowy przyrost względny w 2015 r. ukształtował się na poziomie ujemnym (-67,5%), a w 2016 r. – na poziomie dodatnim (+68%) (tabela 3). W analizowanym okresie średnie tempo wzrostu absolutnego oraz procentowego stanowiły odpowiednio 2,86 mld USD oraz 42,7%.

Tabela 3. Kary finansowe nałożone na pięćdziesiąt największych europejskich i amerykańskich banków w latach 2009-2016, mld USD

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Wartość skumulowana kar	22	30	53	105	177	254	279	321
Średni przyrost absolutny	2,86 mld USD							
Średni przyrost procentowy, %	42,7%							
Dynamika – przyrost absolutny	-	8	23	52	72	77	25	42
Dynamika – przyrost procentowy, %	-	36,6%	76,7%	98,1%	68,6%	43,5%	9,8%	15,1%
Średni przyrost procentowy, %	49,8%							

Źródło: opracowanie własne na podstawie *Staying the course in banking, Global risk 2017, The Boston Consulting Group*, s. 16 [online], dostępny w Internecie: http://image-src.bcg.com/BCG_COM/BCG-Staying-the-Course-in-Banking-Mar-2017_tcm9-146794.pdf

W 2016 r., na koniec analizowanego okresu, skumulowana wartość kar finansowych nałożonych na największe europejskie oraz amerykańskie banki wyniosła 321 mld USD. Od 2013 r. możemy zauważyć spadek dynamiki przyrostu skumulowanej wartości kar finansowych, choć skala tego zjawiska nadal jest ogromna. Podobnie jak dynamika tworzenia oraz nowelizacji regulacji bankowych w UE, dynamika przyrostu kar finansowych w latach 2013-2014 ustabilizowała się. Porównując dane tabeli 1 oraz tabeli 2, możemy zauważyć analogiczne tendencje, co potwierdza zależność pomiędzy przyrostem oraz skomplikowaniem pokryzysowych regulacji bankowych a działaniami dyscyplinującymi, wnioskowane na przykładzie kar oraz sankcji finansowych nałożonych przez organu nadzoru bankowego.

Podsumowanie

Przyrost regulacji bankowych w okresie pokryzysowym oznacza wyższe ryzyko regulacyjne, w tym ryzyko zgodności, co przekłada się na większe koszty *compliance* ponoszone w celu dostosowania działalności bankowej do obowiązujących wymagań regulacyjnych. W przypadku braku zgodności oraz działań *non-compliance* wobec banków są stosowane działania dyscyplinujące (*enforcement actions*) ze strony organów nadzoru. Przeprowadzona analiza wskazuje, że wzrost liczby pokryzysowych regulacji bankowych oraz poziomu ich skomplikowania prowadzi do intensyfikacji działań dyscyplinują-

cych ze strony organów nadzoru bankowego. Jak również, że wraz ze zwiększeniem wymogów regulacyjnych w sektorze bankowym rośnie znaczenie funkcji *compliance*. Powstaje kolejne pytanie badawcze, jakie są zależności pomiędzy efektywnością funkcji *compliance* w bankach a skalą działań dyscyplinujących ze strony organów nadzoru. Odpowiedź na wyżej postawione pytanie badawcze będzie poszukiwana w dalszych pracach badawczo-naukowych.

Bibliografia

Acharya V., Cooley T., Matthew P. i in., *Regulating Wall Street: The Dodd-Frank Act and the New Architecture of Global Finance*, New Jersey 2011.

Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems, Basel Committee on Banking Supervision, December 2010 [online], dostępny w Internecie: http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.pdf.

Bektenova G., *Are RegTech, FinTech, Blockchain the Future?*, w: III Network AML/CFT Institute International Scientific and Research Conference „FinTech and RegTech: Possibilities, Threats and Risks of Financial Technologies”, KnE Social Sciences, 2018.

Borkowska B., *Regulacja – wartości – ramy instytucjonalne*, „Ekonomia” 2013, nr 4 (25), s. 197-209.

Call for evidence: EU regulatory framework for financial services, Komisja Europejska [online], dostępny w Internecie: http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review/index_en.htm.

Chaikowska I., *Problem dostosowania i zgodności pokryzysowych regulacji bankowych w Unii Europejskiej: zarządzanie ryzykiem compliance*, „Marketing i Rynek” 2018, nr 12, s. 67-77.

Chaikowska I., *Zasada zapewnienia zgodności i działania dyscyplinujące organów nadzoru bankowego w okresie pokryzysowym*, „Bezpieczny Bank” 2019, nr 3 (76), s. 29-53.

Compliance and the compliance function in banks, The Basel Committee on Banking Supervision, April 2005.

Davies H., Green D., *Globalny nadzór i regulacja sektora finansowego*, tłum. R. Krzyżków, T. Skuzewski, Warszawa 2010.

Enforcement, European Central Bank [online], dostępny w Internecie: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/enforcement/html/index.pl.html>.

EU Mapping 2017: Systematic overview on economic and financial legislation, s.13 [online], dostępny w Internecie: <http://www.europarl.europa.eu/RegData> oraz *EUR-Lex Baza aktów prawnych Unii Europejskiej* [online], dostępny w Internecie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

Godlewski A., *Niemiecki nadzór finansowy sięga po nowe uprawnienia*, Obserwator finansowy [online], dostępny w Internecie: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/niemiecki-nadzor-finansowy-siega-po-nowe-uprawnienia/>.

Götz M., Tröger T., *Fines for misconduct in the banking sector – what is the situation in the EU?*, Parlament Europejski, PE 587.401.

Governors and Heads of Supervision finalize Basel III reforms, Bank for International Settlements, Press release, 7 December 2017 [online], dostępny w Internecie: <https://www.bis.org/press/p171207.htm>.

- Jakubowski R., *Rozwój funkcji compliance w polskim systemie bankowym od 1989 r.*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 11, s. 58-70.
- Koleśnik J., *Bezpieczeństwo systemu bankowego. Teoria i praktyka*, Warszawa 2011.
- Kurkliński L., *Kulturowe uwarunkowania rozwoju bankowości w świetle nowej ekonomii instytucjonalnej (NEI) – aspekty regulacyjne*, [w:] *Nowa ekonomia instytucjonalna a nauki o zarządzaniu*, red. S. Rudolf, „Prace Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku” 2016, tom 48, s. 375-389.
- Marcinkowska M., *Corporate governance w bankach. Teoria i praktyka*, Łódź 2014.
- Mikita M., *Polski sektor bankowy wobec unijnych regulacji bankowych*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2017, nr 3 (51), s. 31-50.
- Miklaszewska E., *Pokryzysowa reregulacja europejskiego rynku bankowego. Skutki dla Polski*, „Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego” 2011, nr 11, s. 45-55.
- Nowe wytyczne Komitetu Bazylejskiego ds. Nadzoru Bankowego tzw. „Bazylea IV” uchwalone*, PwC [online], dostępny w Internecie: <https://www.pwc.pl/pl/media/2017/2017-12-08-pwc-bazylea-IV.html>.
- Pakiet CRD IV / CRR – Zmiany polskich regulacji*. Komisja Nadzoru Finansowego. Pobrano z https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/pakiet_crd4/zmiany_polskich_regulacji_CRDIV.
- Pięta A., *Technologie regulacyjne szansą na obniżenie kosztów compliance*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 2, s. 241-255.
- Produkcja prawa w Polsce największa w historii*, Barometr stabilności otoczenia prawnego w polskiej gospodarce, 2017, Grant Thornton [online], dostępny w Internecie: http://grantthornton.pl/wp-content/uploads/2017/02/BarometrPrawa_GT2017.pdf.
- Reforma bankowa Bazylea III zakończona*, Obserwator finansowy [online], dostępny w Internecie: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/reforma-bankowa-bazylea-iii-zakonczona/>.
- RegTech znaczenie innowacji regulacyjnych dla sektora finansowego i państwa*, Raport FinTech Poland oraz Centrum Prawa Nowych Technologii.
- Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance*, OECD 2014.
- Rogowski W., *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce*, „Głos Prawa” 2018, nr 1-2, s. 13-33.
- Stanowisko KNF w sprawie minimalnych poziomów współczynników kapitałowych*. Komisja Nadzoru Finansowego. Pobrano z https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=60208&p_id=18.
- Staying the course in banking, Global risk 2017, The Boston Consulting Group* [online], dostępny w Internecie: http://image-src.bcg.com/BCG_COM/BCG-Staying-the-Course-in-Banking-Mar-2017_tcm9-146794.pdf.
- Supervisory sanctions*, European Central Bank [online], dostępny w Internecie: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/sanctions/html/index.pl.html>.
- The compliance function in banks, The Basel Committee on Banking Supervision*, October 2003.
- The Single Rulebook, European Banking Authority* [online], dostępny w Internecie: <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>.



Andrzej Bryl*

ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI W MYŚLI PRAWNEJ HERSCHA LAUTERPACHTA

Zbrodnie przeciwko ludzkości to jedna z czterech kategorii zbrodni prawa międzynarodowego, obok ludobójstwa, zbrodni wojennych i zbrodni agresji. Mimo, że koncepcja zbrodni przeciwko ludzkości znana jest prawu międzynarodowemu co najmniej od czasu umieszczenia ich w Karcie MTW w Norymberdze, samo pojęcie wciąż nie jest do końca jasne. Pełne jego zrozumienie wymaga zatem prześledzenia ich rodowodu ideowego, w tym zwłaszcza okoliczności, które sprawiły, że pojawiły się one jako jeden z zarzutów stawianych w procesie przed MTW. Kluczową rolę w umieszczeniu ich w Karcie MTW przypisuje się Herschowi Lauterpachtowi, który w swojej wcześniejszej twórczości nie podejmował co prawda problematyki zbrodni przeciwko ludzkości, jednak ich fundamenty aksjologiczne i normatywne, można wyinterpretować z całokształtu jego dorobku naukowego.

Pojęcia kluczowe: zbrodnie przeciwko ludzkości, proces norymberski, prawa człowieka

O bok ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości należą do tych zbrodni międzynarodowych, które najbardziej pobudzają zbiorową wyobraźnię. Na takim postrzeganiu obu tych zbrodni zaważyły niewątpliwie tragiczne wydarzenia XX w., w tym nie tylko jego pierwszej połowy, na której piętno odcisnęły dwie wojny światowe, ale także drugiej, obfitującej w konflikty o nieco mniejszej skali, ale znacz-

* Andrzej Bryl, doktorant, Uniwersytet Wrocławski, ORCID: 0000-0002-3172-9350.

nie liczniejsze¹. W opinii jednego z wiodących ekspertów w dziedzinie międzynarodowego prawa karnego, XX w. ma na koncie więcej ofiar niż zginęło w całej dotychczasowej historii ludzkości, przy czym przeważająca ich większość zalicza się do ludności cywilnej i poniosła śmierć właśnie na skutek szeroko rozumianych zbrodni przeciwko ludzkości². Nie będzie przy tym przesadą stwierdzenie, że zbrodnie te są tak stare jak sama ludzkość, a zwyczaj bezcelowego często mordowania na wielką skalę przedstawicielei własnego gatunku, uznać można za *differentia specifica* rodzaju ludzkiego³. Zrozumienie, czym jest ów ponury fenomen, komplikuje dodatkowo fakt, że zbrodnie przeciwko ludzkości, po części z uwagi na swoją silnie nacechowaną aksjologicznie nazwę, funkcjonują na szeroką skalę w dyskursie publicystycznym⁴. Okazuje się jednak, że analiza wyłącznie na płaszczyźnie prawnej nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czym są zbrodnie przeciwko ludzkości. W odróżnieniu bowiem od zbrodni wojennych, znajdujących swoje uregulowanie przede wszystkim w Konwencjach haskich i Konwencjach genewskich, oraz zbrodni ludobójstwa, której poświęcona jest Konwencja z 1948 r., problematyka zbrodni przeciwko ludzkości pozostaje nadal w przeważającej mierze przedmiotem regulacji w obszarze zwyczaju międzynarodowego⁵. Wobec braku jednoznacznej definicji legalnej, wyjaśnienie interesującego nas pojęcia wymaga zatem podjęcia próby rekonstrukcji jego rodowodu ideowego, co jednakże wiąże się z potrzebą daleko posuniętej ostrożności badawczej. Jest tak przede wszystkim ze względu na niebezpieczeństwo wpadnięcia w pułapkę, którą za Quentinem Skinnerem nazwiemy „mitologią doktryn”⁶. Sprowadzić ją można w istocie do stosowania typu opisu, w którym za wszelką cenę doszukuje się u pewnych autorów lub w pewnych zjawiskach roli w kształtowaniu badanej doktryny. Prowadzi to m.in. do przypisywania niektórym z klasycznych myślicieli poglądów, których nie

¹ W ocenie niektórych badaczy, od zakończenia II wojny światowej do 2008 r. doszło na świecie do 313 konfliktów zbrojnych, w których życie straciło niemal 100 milionów ludzi, zob. C. Mullins, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1945-2008*, [w:] *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, ed. M. Cherif Bassiouni, Vol. 1, Antwerpia 2010, s. 67. Początek obecnej dekady naznaczony m.in. Arabską wiosną, działalnością Państwa Islamskiego oraz wojną w Syrii niewątpliwie ów smutny bilans zwiędzi.

² M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge – New York 2011, s. 1.

³ L. Kuper, *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven – London 1982, s. 11, 52.

⁴ W środkach masowego przekazu mianem tym określa się współcześnie m.in. zamachy terrorystyczne, groźby użycia broni nuklearnej, a także wszelkiego rodzaju sytuacje, w których ofiarą konfliktów zbrojnych pada ludność cywilna.

⁵ Tak scharakteryzowanego stanu prawnego nie zmienia, wbrew pozorom, uregulowanie zbrodni przeciwko ludzkości w art. 7 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (Dz.U. 2003 Nr 78, poz. 708). Jest tak dlatego, że jak stanowi sam Statut, jego regulacje winny obowiązywać wyłącznie dla celów i na potrzeby działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego (art. 10).

⁶ Q. Skinner, *Znaczenie i rozumienie w historii idei*, tłumaczenie. F. Biały, „Refleksje” 2014, nr 9, s. 130.

wygłaszali lub twierdzenia, że zajmowali oni stanowisko w dyskusji, w której w zasadniczo nie mogli nawet brać udziału⁷. Poddanie się takiej tendencji prowadzi niestety do budowania narracji, na potrzeby której wyszukuje się rozproszone lub incydentalne wypowiedzi wybranego autora (lub autorów), dotyczące analizowanego tematu, i dopatruje się w nich elementów doktryny, na której rekonstrukcję badacz jest nastawiony⁸. Pokusa, ale i ryzyko są tym większe, im bardziej znamienity myśliciel, którego autorytet wykorzystany jako punkt podparcia, dałby rękojmię, że podjęta przez badacza rekonstrukcja opiera się na solidnych fundamentach naukowych. Wydaje się, że do pewnego stopnia, z tego typu sytuacją mamy do czynienia w przypadku spotykanej w literaturze przedmiotu pokusy do przypisywania autorstwa koncepcji zbrodni przeciwko ludzkości Herschowi Lauterpachtowi⁹. Teza taka jest niewątpliwie atrakcyjna publicz-

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, s. 135.

⁹ Taki wniosek zdaje się *implicite* wynikać z opublikowanej w 2017 r. wspólnej biografii Lemkina i Lauterpachta autorstwa Philippe'a Sandsa, profesora Uniwersytetu Londyńskiego (zob. Ph. Sands, *East West Street. On the Origins of "Genocide" and "Crimes Against Humanity"*, New York 2017, zwłaszcza s. 3, 10, 111-115). Autor, wybitny skądinąd specjalista w zakresie prawa międzynarodowego, nie ustrzegł się niestety choroby zawodowej biografów, polegającej na przypisywaniu obiektom swoich badań zasług nieco na wyrost. Co ciekawe, dużo ostrożniej, zaprezentował on swoje poglądy w tej materii w innych publikacjach, w tym zwłaszcza w: Ph. Sands, A. Redzik, *Lauterpachtów dwóch: Elihu (1928–2017) i Hersch (1897–1960)*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 215. Podobnie wyważony pogląd, przypisujący Lauterpachtowi nie tyle autorstwo samej koncepcji zbrodni przeciwko ludzkości, co raczej pomysł, aby stanowiła ona jeden z zarzutów stawianych zbrodniarzom wojennym w procesie przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze, prezentuje A. Redzik, *Hersch Lauterpacht (1897–1960) – droga do nauki prawa międzynarodowego*, „Palestra” 2017, nr 10, s. 52. Takie stanowisko wydaje się też dominować w literaturze przedmiotu, zob. m.in. A. F. Vrdoljak, *Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law*, „The European Journal of International Law” 2010, Vol. 20, No. 4, s. 1189; A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford – New York 2008, s. 104; L. Douglas, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven 2001, s. 44. Niestety większość przytoczonych autorów wskazuje jedynie, że projekt Roberta Jacksona, zawierający zaakceptowaną i ostatecznie przyjętą w Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze definicję zbrodni przeciwko ludzkości, został złożony dzień po spotkaniu z Lauterpachtem. Na nieco mocniejsze argumenty powołuje się za to syn Herscha Lauterpachta, Elihu, który w biografii ojca przytacza do wód w postaci prywatnej korespondencji Williama E. Jacksona (syna Roberta Jacksona), który był obecny podczas spotkania ojca z Lauterpachtem seniorem 30 lipca 1945 r. (E. Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge – New York 2010, s. 272). Podobnie, na tą samą korespondencję wskazuje fiński badacz Marti Koskenniemi (M. Koskenniemi, *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, No. 2, s. 811, 814). Poglądy kwestionujące rolę Lauterpachta w umieszczeniu zbrodni przeciwko ludzkości jako jednego z zarzutów w Procesie norymberskim są w literaturze zdecydowanie mniej powszechne. W miejsce Lauterpachta, jako możliwi autorzy analizowanego pojęcia, wskazywani są: prawnik i działacz Światowego Kongresu Żydów, Jakob Robinson (tak S. Rosenne, *Jacob Robinson: In Memoriam*, „Israel Law Review” 1978, Vol. 13, No. 3, s. 291, oraz do pewnego stopnia także J. Bush, *Nuremberg and Beyond: Jacob Robinson, International Lawyer*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review” 2017, Vol. 39, No. 1, s. 264, 274), ewentualnie Herbert Pell, przy udziale i wsparciu Światowego Kongresu Żydów (zob. A. J. Kochavi, *Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill 1998, s. 144-151) czy ureszcie członkowie Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Zbrodni Wojennych, a zwłaszcza jej czechosłowaccy delegaci, Bohuslav Ečer i Egon Schwelb (tak K. von Linggen, *Defining Crimes Against Humanity: The Contribution of the United Nations War Crimes Commission to International Criminal Law, 1944-1947*, [w:] *Historical Origins*

stycznie, jak bowiem powszechnie wiadomo, Lauterpacht był wybitnym znawcą prawa międzynarodowego¹⁰, w związku z czym na autor tej (ale również jakiegokolwiek innej) koncepcji prawnej nadaje się doskonale, udzielając jej dodatkowo splendoru. Przypisywanie temu uczonemu autorstwa koncepcji zbrodni przeciwko ludzkości może być motywowane także tym, że pokrewne jej pojęcie „ludobójstwa”, ma swojego jednego i konkretnego twórcę, którym był Rafał Lemkin¹¹. Bez względu jednak na to, jak bardzo usprawiedliwiona wydaje się hipoteza, w myśl której to właśnie Hersch Lauterpacht jest twórcą koncepcji, lub choćby tylko pojęcia „zbrodni przeciwko ludzkości”, nie wytrzymuje ona konfrontacji z materiałami źródłowymi. Jest tak z dwóch co najmniej powodów. Po pierwsze dlatego, że samo analizowane pojęcie znane było prawu międzynarodowemu już od 2. połowy XIX w., zaś w brzmieniu dosłownym – od czasów Deklaracji mocarstw z 24 maja 1915 r. w sprawie masakry ludności ormiańskiej w Turcji. W odniesieniu do zbrodni nazistowskich będących przedmiotem procesu w Norymberdze, koncepcja zbrodni przeciwko ludzkości była przedmiotem intensywnych prac Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Zbrodni Wojennych (ang. *United Nations War Crimes Commission*, dalej UNWCC), w tym przede wszystkim jej członka z ramienia rządu Czechosłowacji, Bohuslava Ečera. Co ważne, działalność UNWCC zapoczątkowała także etap, w którym poza używaniem samego pojęcia, podjęto także intensywne prace nad wyznaczeniem zakresu jego konotacji. Decydujący dla ostatecznej definicji zbrodni przeciwko ludzkości, zawartej w Karcie MTW, był dorobek Konferencji londyńskiej, ze szczególnym uwzględnieniem roli przewodniczącego delegacji Stanów Zjednoczonych, Roberta Jacksona. Drugi argument, nakazujący tezę o domniemanym autorstwie Lauterpachta traktować z pewnym dystansem, sprowadza się w istocie do spostrzeżenia, iż uczony ten w żadnej ze swoich prac naukowych (ani też w jakiegokolwiek znanej badaczom korespondencji prywatnej), poprzedzających proces w Norymberdze, nie podjął problematyki zbrodni przeciwko ludzkości ani nawet nie użył takiego pojęcia. Jedyne zatem uprawnione i do pewnego stopnia uzasadnione faktami twierdzenie o roli tego uczonego we włączeniu zarzutu zbrodni przeciwko ludzkości do Karty MTW, i tym samym formalnym uznaniu tej kategorii na gruncie prawa międzynarodowego, sprowadza się do uznania, że to najprawdopodobniej jego pomysłem była synteza znanego już

of International Criminal Law, ed. M. Bergsmo, W. L. Cheah, P. Yi, Vol. 1, Brussels 2014, s. 477, oraz Eadem, *Setting the Path for the UNWCC: The Representation of European Exile Governments on the London International Assembly and the Commission for Penal Reconstruction and Development, 1941-1944*, „Criminal Law Forum” 2014, Vol. 25, s. 70).

¹⁰ Syntetyczną biografię Lauterpachta, ze szczególnym uwzględnieniem ścieżki naukowej, podaje A. Redzik, *Hersch Lauterpacht (1897-1960)*..., s. 52-60.

¹¹ A. F. Vrdoljak, *Human Rights and Genocide*..., s. 1163-1164. Na takim właśnie założeniu opiera się przytaczana powyżej biografia obu uczonych (zob. Ph. Sands, *East West Street*..., *passim*).

wcześniej terminu z wypracowaną ostatecznie podczas Konferencji londyńskiej treścią. Innymi słowy, to że popełnione przez nazistów okrucieństwa, których ukaranie alianci rozważali już od czasu Deklaracji moskiewskiej z 30 października 1943 r., zyskały ostatecznie w Karcie MTW miano zbrodni przeciwko ludzkości, jest najprawdopodobniej rezultatem sugestii, którą Hersch Lauterpacht poczynił podczas spotkania z Robertem Jacksonem 30 lipca 1945 r. Albowiem mimo hipotez formułowanych przez niektórych autorów, jakoby chodziło tu o inną osobę (zob. przypis 9), należy jednak skłonić się ku opinii, że wspomniany przez Jacksona „wybitny uczoney w zakresie prawa międzynarodowego”¹², który doradził mu użycie analizowanego pojęcia, to właśnie Lauterpacht. Za poglądem takim przemawia kilka argumentów. Otóż w pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę, że choć w owym czasie Jackson pozostawał w kontakcie (przeważanie listownym) z kilkoma uczonymi w zakresie prawa międzynarodowego, najlepiej udokumentowane w źródłach (w tym pochodzących od samego Jacksona), są właśnie te z Lauterpachtem¹³. Ponadto, fakt pojawienia się w projekcie Roberta Jacksona określenia „zbrodnie przeciwko ludzkości” dzień po spotkaniu z Lauterpachtem wysoce uprawdopodobnia tezę o tym, że autorem pomysłu był właśnie uczoney z Uniwersytetu w Cambridge. *Last but not least*, analiza dorobku naukowego Lauterpachta prowadzi do przekonania, że choć nie posługiwał się on pojęciem „zbrodnie przeciwko ludzkości” wprost, to sama idea leżąca u podstaw tej koncepcji przyświecała mu niemal w całym okresie jego twórczości¹⁴. Szczególne miejsce w jego myśli prawnej zajmowała bowiem problematyka zakresu suwerenności państwa oraz kwestie praw i szeroko rozumianej podmiotowości jednostek w prawie międzynarodowym¹⁵. Krytykę omnipotencji

¹² *Minutes of Conference Session of August 2, 1945*, [w:] *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to The International Conference on Military Trials, London 1945. A documentary record of negotiations of the Representatives of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics, culminating in the Agreement and Charter of the International Military Tribunal*, Department of State Publication 3080, 1949, s. 416.

¹³ Zob. zwłaszcza M. Koskenniemi, *Hersch Lauterpacht and the Development...*, s. 810-811; E. Lauterpacht, *The Life of Hersch...*, s. 131-132, 142, 188, 272; Ph. Sands, *East West Street...*, s. 96, 102, 176, 113-114.

¹⁴ Należy przy tym podkreślić, że jego poglądy w tym zakresie były bardzo silnie zakorzenione w historii doktryn polityczno-prawnych, zaś swoje wywody bardzo często poprzeczał wszechstronną analizą poglądów myślicieli takich jak m.in. Seneka, Ulpian, Tomasz z Akwinu, Marsyliusz z Padwy, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Machiavelli, Grotius, Hobbes, Locke, Samuel von Pufendorf, Emerich de Vattel, Hegel, a nawet Carl Schmitt, zob. H. Lauterpacht, *Spinoza and International Law*, „British Year Book of International Law” 1927, No. 8, s. 91, 95-96, 98, 103-104; idem, *The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man*, „Transactions of the Grotius Society” 1943, Vol. 29, s. 2-26; idem, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, „British Year Book of International Law” 1944, No. 21, s. 61; idem, *The Grotian Tradition in International Law*, „British Year Book of International Law” 1946, No. 23, s. 32.

¹⁵ M. Koskenniemi, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, „European Journal of International Law” 1997, Vol. 8, Issue 2, s. 217-220, 225, 246; idem, *Hersch Lauterpacht and the Development...*, s. 813.

władzy państwowej Lauterpacht podejmował już w swoich bardzo wczesnych pracach, podkreślając zagrożenia mogące wynikać z „deifikacji państwa”, a co za tym idzie, stawiania go poza zasięgiem prawa¹⁶. Za twórcę koncepcji racji stanu, w znaczeniu pojmowania celów państwa jako uświęcających wszelkie środki, uważał on Machiavellego, którego poglądy w tym zakresie rozwinął Johann Gottlieb Fichte, uznawany z kolei przez Lauterpachta za jednego z głównych propagatorów idei *Machtstaat* w niemieckiej myśli politycznej¹⁷. Doktryna supremacji państwa i jego nieograniczonej suwerenności osiągnęła swoje apogeum w filozofii politycznej Hegla, której uczonego z Cambridge zarzucał uświęcenie państwa jako bytu najwyższego, „(...) nieuznającego żadnej władzy zwierzchniej nad sobą, zobowiązanego do przestrzegania traktatów tylko formalnie i w zależności od okoliczności mogącego zdecydować o ich całkowitej nieważności”¹⁸. O tym jak brzemienna w skutkach okazała się ta doktryna, pokazała praktyka polityczna Trzeciej Rzeszy, która zgodnie z prawem wewnętrznym wykorzystwała swój aparat państwowy do realizacji programu masowej eksterminacji milionów cywilów¹⁹. Tak pojmowanej koncepcji suwerenności Lauterpacht przeciwstawiał ideę ograniczonej władzy państwowej (wywodzonej przez niego już od myślicieli średniowiecznych, w tym zwłaszcza Tomasza z Akwinu i Marsyliusza z Padwy), w jej skrajnej wersji rozwiniętej przez monarchomachów, która swoją dojrzałą formę przybrała ostatecznie w filozofii Johna Locke’a²⁰. Jego koncepcję umowy społecznej, zakładającej istnienie pewnych pierwotnych i niezbywalnych praw przysługujących jednostkom przed zawarciem takiej umowy, Lauterpacht uważał za fundament konstytucji państw nowożytnych²¹. Jak pisał, to właśnie Locke „(...) wyłączył niezbywalne prawa jednostki z zakresu praw, których zrzeczenia wymaga zawarcie umowy społecznej. A zatem to właśnie Locke’ a koncepcja umowy społecznej wywarła najsilniejszy wpływ na współczesną myśl polityczną (...), w której proklamowano zasadę, iż społeczeństwo jest powołane do obrony pewnych niezbywalnych praw”²². W projekcie mowy otwierającej proces w Norymberdze, przygotowanej dla oskarżyciela z ramienia Wielkiej Brytanii Hartley’ a Shawcrossa, Lauterpacht nakreślił koncepcje sankcji międzynarodowej przywidzianej dla państwa, które w sposób szokujący sumienie ludzkości pogwałciło owe niezbywalne prawa jednostek. Rząd takiego państwa, „(...) odartego ze swojej mistycznej i uświęconej su-

¹⁶ H. Lauterpacht, *Westlake and Present Day International Law*, „Economica” 1925, No. 15, s. 324.

¹⁷ H. Lauterpacht, *Spinoza and International Law...*, s. 103-105.

¹⁸ *Ibidem*, s. 104-105.

¹⁹ H. Lauterpacht, *Draft Nuremberg Speeches*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2012, No. 1, s. 78.

²⁰ H. Lauterpacht, *The Law of Nations, the Law of Nature...*, s. 5-7.

²¹ *Ibidem*, s. 7-8.

²² *Ibidem*, s. 7.

werenności oraz pozbawionego pełnych pychy atrybutów władzy” zasiada oto na ławie oskarżonych przed „trybunałem ludzkości”²³. Warto zwrócić uwagę, że to właśnie pogwałcenie owych niezbywalnych praw, które wedle Locke’ a przysługują jednostkom jeszcze przed zawarciem umowy społecznej (a więc niezależnie od powołania państwa) jest tą granicą, przekroczenia której suwerenność nie może legitymizować. Problematyka ochrony jednostek przed nadużyciami ze strony państw, których są obywatelami, jest zatem kolejnym (choć można zaryzykować stwierdzenie, że tym samym, tylko widzianym z przeciwnej perspektywy) elementem spuścizny Herscha Lauterpachta, tak immanentnie powiązanych z aksjologicznymi fundamentami koncepcji zbrodni przeciwko ludzkości. Podobnie jak w przypadku koncepcji ograniczonej suwerenności, tak i tu, dokonuje on wnikliwej analizy doktrynalnej, wyprowadzając moralny imperatyw ochrony praw człowieka z filozofii politycznej Grotiusa, Hobbesa, Spinozy, Locke’ a i Emericha de Vattela²⁴. W ujęciu Lauterpachta, imperatyw ten wynikał jednak z przyjętego uprzednio założenia, że jednostka jest nadrzędnym podmiotem i ostatecznym celem wszelkiego prawa²⁵. Wnioski wynikające z tego założenia są przy tym dwójakiej natury, należy bowiem rozpatrywać je z perspektywy uprawnień, ale także obowiązków. Wedle pierwszego kryterium, celem każdego systemu prawa, w tym także międzynarodowego, jest ochrona przyrodzonych i niezbywalnych praw człowieka, w tym jego ogólnego dobrostanu, godności i możliwości wszechstronnego rozwoju²⁶. Koncepcja ta, w połączeniu z analizowanymi powyżej poglądami Lauterpachta dotyczącymi ograniczeń władzy suwerennej państwa, posłużyła za wsparcie uzasadnienia jednej z przesłanek odpowiedzialności za zbrodnie przeciwko ludzkości w procesie norymberskim. Jak pisał Lauterpacht, „(...) wspólnota międzynarodowa już od wieków domagała się uznania prawa do interwencji w obronie pogwałconych praw człowieka, zdeptanych przez państwo w sposób szokujący sumienie ludzkości”, zaś „los oskarżonych (...) posłużyć ma jako niezbity dowód na to, że zakres wyłącznej jurysdykcji wewnętrznej kończy się tam, gdzie zaczynają się zbrodnie przeciwko

²³ H. Lauterpacht, *Draft Nuremberg Speeches...*, s. 48-49, 61; zob. też Ph. Sands, *Twin Peaks: The Hersch Lauterpacht Draft Nuremberg Speeches*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2012, No. 1, s. 42.

²⁴ H. Lauterpacht, *Spinoza and International Law...*, s. 94-95; idem, *The Law of Nations, the Law of Nature...*, s. 7, 23-26. Roli Grotiusa w kształtowaniu idei nienaruszalnych praw i wolności jednostek poświęcił Lauterpacht fragmenty osobnego opracowania (zob. idem, *The Grotian Tradition...*, s. 14-15, 43-46). Dokonuje w nich karkołomnej niemal wykładni *De iure belli ac pacis*, z której wynikać ma, jakoby Grotius był gorącym zwolennikiem koncepcji suwerenności ludu oraz praw i wolności jednostek, zaś wyłącznie okoliczności osobiste i jego polityczne zaangażowanie sprawiły, że nie mógł dać temu wyrazu w swoich traktatach.

²⁵ Lauterpacht w swoich pracach używał pojęć jednostka (j. ang. *individual*) i człowiek (j. ang. *man*) zamiennie, nie wprowadzając w tym zakresie jakichkolwiek rozróżnień.

²⁶ H. Lauterpacht, *The Grotian Tradition...*, s. 27.

ludzkości²⁷. Koncepcja podmiotowości człowieka analizowana z perspektywy obowiązków oznacza z kolei, że to właśnie z poszczególnych jednostek składa się ten pozornie abstrakcyjny i bezosobowy byt, jakim jest państwo. A zatem prawdziwym adresatem obowiązków nakładanych przez prawo na ów metafizyczny byt, jak również sankcji przewidzianych za ich niewypełnienie, w ostatniej instancji są właśnie indywidualne istoty ludzkie²⁸. Warto odnotować, że pogląd ten Lauterpacht również zawarł w projekcie mowy otwierającej proces, przygotowanej dla Hartley' a Shawcrossa, po czym znalazł się on w wersji, którą oskarżyciel brytyjski wygłosił przed Trybunałem w Norymberdze²⁹. Teza ta została następnie przyjęta w wyroku Trybunału jako jeden z fundamentów konstrukcji, na której oparto zasadę indywidualnej odpowiedzialności oskarżonych³⁰. Syntetycznie przedstawioną powyżej analizę problematyki praw i interesów jednostek uzupełnić należy o uwagę, że była ona przez Lauterpachta uznawana za jeden z dwóch kluczowych obszarów zainteresowania współczesnego prawa międzynarodowego, obok podstawowych dla tej dyscypliny zagadnień związanych ze stosunkami między państwami. Twierdził on bowiem, że „Prawo narodów, aby w pełni realizować swoje funkcje, winno istnieć dla osiągnięcia dwóch celów, z których pierwszy polega na zabezpieczeniu wolności człowieka przed władzą państwa, drugi zaś na zabezpieczeniu państwa przed niebezpieczeństwem zewnętrznym³¹. Tak pojmowane prawo międzynarodowe uważał Lauterpacht za współczesną emanację prawa natury, które w jego ocenie wypełniało identyczne funkcje. Z jednej strony bowiem, zsekularyzowane przez Grotiusa, przejęło ono rolę regulatora stosunków między suwerennymi państwami Europy po rozpadzie ufundowanego na wspólnocie katolickiej Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego³². Z drugiej zaś jako odwieczny symbol porządku i prawa wyższego niż ziemskie, było prawem natury przestrożą dla władców w ich roszczeniach do nieograniczonego zakresu panowania nad swoimi poddanymi³³. Co ważne, przejście przez prawo międzynarodowe funkcji prawa natury, nie oznaczało według Lauterpachta, iż to drugie traciło na zna-

²⁷ H. Lauterpacht, *Draft Nuremberg Speeches...*, s. 48-49, 107. Pogląd ten *in extenso* powtórzył Hartley Shawcross w swojej mowie końcowej podczas procesu, zob. H. Shawcross, *Final speech on behalf of the Prosecution*, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. XIX, Nuremberg 1947, s. 471-472.

²⁸ H. Lauterpacht, *The Grotian Tradition...*, s. 27.

²⁹ H. Lauterpacht, *Draft Nuremberg Speeches...*, s. 62-63; H. Shawcross, *Opening Statement before the International Military Tribunal*, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. III, Nuremberg 1947, s. 105.

³⁰ Zob. *US et al. vs. Göring et al.*, International Military Tribunal Judgment, 01.10.1946, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. I, Nuremberg 1947, s. 223.

³¹ H. Lauterpacht, *The Law of Nations, the Law of Nature...*, s. 29.

³² *Ibidem*, s. 21.

³³ *Ibidem*, s. 11.

czeniu. Przeciwnie, głosił on bowiem pogląd o wzajemnym przenikaniu się i swoistym sprzężeniu zwrotnym pomiędzy prawem narodów, prawem natury a prawami człowieka, z których „każde pozostaje w relacji z dwoma pozostałymi, będąc jednocześnie obdarowanym i darczyńcą, mistrzem i narzędziem, twórcą i owocem pracy”³⁴. Na płaszczyźnie aksjologicznej rolę wiodącą w tej triadzie przypisywał jednak prawu natury, którego zadaniem jest recenzowanie i protestowanie za każdym razem, kiedy „(...) prawo pozytywne, w jakimkolwiek czasie lub miejscu odbiega od zasad rozumu, poczucia słuszności czy powszechnego doświadczenia prawnego ludzkości”³⁵. Za taką sytuację Lauterpacht uznawał właśnie narodziny pogańskiego absolutyzmu w jej skrajnej wersji praktykowanej w nazistowskich Niemczech³⁶. Mimo zatem wszystkich niedoskonałości prawa natury związanych z jego nieprzewidywalnością, jak również tego, że „(...) wielokrotnie wykorzystywane było do wspierania celów wątpliwych i wstecznych (...), niepewność «wyższego prawa» jest i tak lepsza niż arbitralność i arogancja nagiej siły”³⁷.

Podsumowując rozważania na temat zasadności przypisywania Lauterpachtowi udziału w powstaniu koncepcji zbrodni przeciwko ludzkości, w jej formie znanej z art. 6 (c) Karty MTW, powtórzyć należy, że choć samo pojęcie w jego pracach się nie pojawiało, to jednak podstawowe idee oraz wartości leżące u jego podstaw obecne są w całej niemal jego twórczości. Jeżeli zatem zasugerował on Robertowi Jacksonowi użycie tego właśnie pojęcia dla pewnej określonej kategorii czynów, to nie wyskoczyło mu ono z głowy niczym Minerwa z głowy Zeusa, a było owocem wieloletnich przemyśleń i dojrzałych poglądów. Mowa tu jednak o poglądach nie tyle na temat prawa karnego międzynarodowego, co raczej na temat zakresu władzy suwerennej państwa oraz charakteru relacji państwo-jednostka. Zbrodnie przeciwko ludzkości jawią się bowiem w poglądach Lauterpachta jako narzędzie, instrument urzeczywistnienia jego wizji ograniczonej suwerenności. Kiedy już po ustanowieniu Trybunału, pracował nad mowami procesowymi dla Hartley’ a Shawcrossa, pisał o zarzucie z art. 6 (c), że „(...) zawiera w sobie doktrynę polityczną i prawną o ogromnej doniosłości”, zaś jej istotą jest reguła, zgodnie z którą „(...) w odniesieniu do podstawowych praw człowieka istnieje wyższa instancja niż prawo stanowione jakiegokolwiek państwa”³⁸. Mimo bowiem, iż „(...) jako zasadę prawo międzynarodowe uznaje, że do prerogatyw państwa należy w jaki sposób traktować swoich własnych obywateli (...), to jednocześnie prawo międzynarodowe doma-

³⁴ *Ibidem*, s. 28-29.

³⁵ *Ibidem*, s. 17.

³⁶ *Ibidem*, s. 21.

³⁷ H. Lauterpacht, *The Grotian Tradition...*, s. 24.

³⁸ H. Lauterpacht, *Draft Nuremberg Speeches...*, s. 96.

ga się także ograniczenia onnipotencji państwa, zaś każdy człowiek, ostateczny podmiot wszelkiego prawa, jest uprawniony do ochrony ze strony społeczności międzynarodowej, gdy państwo depcze jego prawa w sposób, który szokuje i uwłacza sumieniu ludzkości³⁹. Tak rozumiana koncepcja zbrodni przeciwko ludzkości staje się zatem środkiem do nadrzędnego celu, polegającego na podporządkowaniu onnipotencji państwa naczelnej wartości, jaką jest ochrona praw człowieka. Można w związku z tym zaryzykować stwierdzenie, że w myśli Herscha Lauterpachta zbrodnie przeciwko ludzkości były raczej kategorią polityczno-prawną niż prawną *sensu stricto*. Tezę taką wydaje się przy tym potwierdzać rażąco niedbała wykładania art. 6 Karty MTW dokonana przez niego w pierwszej części projektu mowy końcowej przygotowywanego dla Shawcrossa, w której Lauterpacht zamiennie stosuje pojęcia „zbrodni wojennych” i „zbrodni przeciwko ludzkości”, bagatelizując zupełnie różnice między nimi⁴⁰. Ignorowanie technicznych subtelności konstrukcji pojęcia „zbrodni przeciwko ludzkości” (tak przecież doniosłych z punktu widzenia indywidualnej odpowiedzialności karnej), a ponadto podkreślanie, że o istocie ich kryminalnego charakteru przesądza to, że zostały nakazane i dokonane przez państwo lub osoby działające w jego imieniu⁴¹, wydaje się zatem najlepszym dowodem na to, iż analizowaną koncepcję Lauterpacht rozumiał jako należącą do obszaru doktryn polityczno-prawnych, nie zaś dogmatyki prawa międzynarodowego.

Bibliografia

Minutes of Conference Session of August 2, 1945, [w:] *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to The International Conference on Military Trials, London 1945. A documentary record of negotiations of the Representatives of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics, culminating in the Agreement and Charter of the International Military Tribunal*, Department of State Publication 3080, 1949, s. 416.

US et al. vs. Göring et al., International Military Tribunal Judgment, 01.10.1946, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. 1, Nuremberg 1947, s. 223.

Bush Jonathan, *Nuremberg and Beyond: Jacob Robinson, International Lawyer*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review” 2017, Vol. 39, No. 1, s. 264-274.

Cassese Antonio., *International Criminal Law*, Oxford – New York 2008, s. 104.

Cherif Bassiouni, Mahmoud, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge – New York 2011, s. 1.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 74-76.

⁴¹ *Ibidem*, s. 95, 110.

- Douglas Lawrence, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven 2001, s. 44.
- Kochavi Arieh, *Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill 1998, s. 144-151.
- Koskenniemi Marti, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, „European Journal of International Law” 1997, Vol. 8, Issue 2, s. 217-246.
- Koskenniemi Marti, *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, No. 2, s. 811-814.
- Kuper Leo, *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven – London 1982, s. 11-52.
- Lauterpacht Elihu, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge – New York 2010, s. 131-272.
- Lauterpacht Hersch, *Westlake and Present Day International Law*, „Economica” 1925, No. 15, s. 324.
- Lauterpacht Hersch, *Spinoza and International Law*, „British Year Book of International Law” 1927, No. 8, s. 91-105.
- Lauterpacht Hersch, *The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man*, „Transactions of the Grotius Society” 1943, Vol. 29, s. 5-29.
- Lauterpacht Hersch, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, „British Year Book of International Law” 1944, No. 21, s. 61.
- Lauterpacht Hersch, *The Grotian Tradition in International Law*, „British Year Book of International Law” 1946, No. 23, s. 14-46.
- Lauterpacht Hersch, *Draft Nuremberg Speeches*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2012, No. 1, s. 48-107.
- von Linggen Kerstin, *Defining Crimes Against Humanity: The Contribution of the United Nations War Crimes Commission to International Criminal Law, 1944-1947*, [w:] *Historical Origins of International Criminal Law*, ed. M. Bergsmo, W. L. Cheah, P. Yi, Vol. 1, Brussels 2014, s. 477.
- von Linggen Kerstin, *Setting the Path for the UNWCC: The Representation of European Exile Governments on the London International Assembly and the Commission for Penal Reconstruction and Development, 1941-1944*, „Criminal Law Forum” 2014, Vol. 25, s. 70.
- Mullins Christopher, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1945-2008*, [w:] *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, ed. M. Cherif Bassiouni, Vol. 1, Antwerp 2010, s. 67.
- Redzik Adam, *Hersch Lauterpacht (1897-1960) – droga do nauki prawa międzynarodowego*, „Palestra” 2017, nr 10, s. 52-60.
- Rosenne, Shabtai., *Jacob Robinson: In Memoriam*, „Israel Law Review” 1978, Vol. 13, No. 3, s. 291.
- Sands Philippe, *Twin Peaks: The Hersch Lauterpacht Draft Nuremberg Speeches*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2012, No. 1, s. 42.
- Sands Philippe, *East West Street. On the Origins of “Genocide” and “Crimes Against Humanity”*, New York 2017, s. 3-115.
- Sands Philippe, Redzik Adam, *Lauterpachtów dwóch: Elihu (1928-2017) i Hersch (1897-1960)*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 215.
- Shawcross Hartley, *Opening Statement before the International Military Tribunal*, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. III, Nuremberg 1947, s. 105.
- Shawcross Hartley, *Final speech on behalf of the Prosecution*, [w:] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Text in the English Language*, Vol. XIX, Nuremberg 1947, s. 471-472.

Skinner Quentin., *Znaczenie i rozumienie w historii idei*, tłumaczenie. F. Biały, „Refleksje” 2014, nr 9, s. 130.

Vrdoljak Ana Filipa, *Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law*, „The European Journal of International Law” 2010, Vol. 20, No. 4, s. 1163-1189.



Paweł Kobes*

ZRÓŻNICOWANY CHARAKTER MODELI KURATELI SĄDOWEJ W POSTĘPOWANIU Z NIELETNIMI

Ze względu na czynności realizowane przez kuratora rodzinnego w postępowaniu z nieletnimi nie można mówić o jednym, ściśle określonym modelu kurateli. Zależy on bowiem nie tylko od opisanych przepisami zadań, a także od celu danego środka oddziaływania, w ramach którego kurator realizuje te zadania. W związku z tym model kurateli w poszczególnych środkach zależy od tego, jakiego rodzaju czynności wykonywane przez kuratora mają charakter dominujący.

Pojęcia kluczowe: kurator, nieletni, resocjalizacja, kuratela, środki wychowawcze

Wprowadzenie

Co do zakresu zadań kuratorów realizowanych wobec nieletnich podopiecznych w literaturze, wskazuje się najczęściej określony model kurateli. Z faktu, że art. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r.

* Paweł Kobes, dr, adiunkt UW, ORCID: 0000-0002-2129-5181

o kuratorach sądowych¹ (dalej u.k.s.) stanowi, że kuratorzy sądowi realizują zadania o charakterze wychowawczo-resocjalizacyjnym, diagnostycznym, profilaktycznym i kontrolnym, Krystyna Gromek wnioskuje, że kolejność wymienionych czynności wskazuje na wychowujący model kurateli². Inni autorzy wskazują na model kurateli opartej na kontroli i represji³. Jednakże wspólnym elementem tych poglądów jest dostrzeżenie jednego, ściśle określonego modelu kurateli.

Wydaje się, że tak jednowymiarowe ujęcie modelu kurateli jest nieuzasadnione. Kurator w stosunku do podopiecznego realizuje bowiem wiele czynności, wynikających nie tylko z u.k.s., czy odpowiednich przepisów wykonawczych, ale również celów określonego środka oddziaływania. Ponadto źródłem czynności wykonywanych przez kuratora są określone prawem ogólne zasady postępowania z nieletnimi. W związku z tym, dominujący charakter zadań wykonywanych w ramach konkretnego środka oddziaływania może przesądzić o określonym modelu kurateli.

Powyższa hipoteza może zostać zweryfikowana poprzez analizę czynności realizowanych przez kuratora w ramach określonych środków oddziaływania⁴.

Funkcje kuratora pełnione w stosunku do nieletnich

Punktem wyjścia niniejszych rozważań są funkcje, jakie kurator realizuje wobec nieletnich i ich rodzaje. Otóż kuratorzy poprzez pracę z podopiecznymi zmagają się do osiągnięcia określonych celów zdefiniowanych prawnie. Aby kuratorzy mogli te cele zrealizować, muszą podejmować regularne, powtarzalne i podobne przedmiotowo działania służące ich realizacji. Działania te określa się mianem funkcji⁵.

Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 1 u.k.s., kuratorzy sądowi realizują zadania o charakterze wychowawczo-resocjalizacyjnym, diagnostycznym, profilaktycznym i kontrolnym. Można zatem wskazać, że w postępowaniu z nieletnimi pełnią takie właśnie funkcje.

Funkcję wychowawczo-resocjalizacyjną należy uznać za najważniejszą z punktu widzenia polityki kryminalnej, gdyż resocjalizacja

¹ Tekst jednolity: Dz.U.2014, poz. 795.

² K. Gromek, *Kuratorzy sądowi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 44.

³ S. Kępka, *Kuratela sądowa: wychowująca czy kontrolno-represyjna?*, [w:] *Profilaktyka i readaptacja społeczna – od teorii do doświadczeń praktyków*, red. E. Bielecka, Białystok 2007, s. 94. Zob. także: D. Wójcik, *Wolność dozorowana*, [w:] *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce*, red. K. Buczkowski, B. Czarnicka-Działuk, W. Klaus, A. Kossowska, I. Rzeplińska, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, D. Wójcik, Warszawa 2013, s. 338-341.

⁴ Omawiane zagadnienie jest częścią szerszego opracowania: P. Kobes, *Funkcje kuratora w polityce kryminalnej*, Warszawa 2019.

⁵ M. Porowski, *Funkcje administracji penitencjarnej*, [w:] *Problemy współczesnej penitencjarytyki w Polsce*, red. B. Hołyst, Warszawa 1984, s. 139.

jest procesem wychowania człowieka, mającym na celu eliminację ujemnych następstw wynikających z wcześniej popełnionych błędów lub oddziaływań czynników, nad którymi kontrola nie była sprawowana dostatecznie⁶.

Z omawianą funkcją bardzo mocno związana jest funkcja diagnostyczna, która stanowi punkt wyjścia dla wszystkich oddziaływań pedagogicznych⁷. Służy ona poznaniu różnych aspektów funkcjonowania osobowości jednostki niedostosowanej społecznie, zdefiniowaniu przejawów niedostosowania społecznego i jego etiologii⁸.

Natomiast istotą funkcji profilaktycznej jest – z jednej strony – eliminowanie sytuacji sprzyjających nieakceptowanemu zachowaniu, a z drugiej – takiemu kierowaniu czynnikami z otoczenia jednostki, aby stwarzać sytuacje wychowawcze sprzyjające podejmowaniu przez nią decyzji społecznie oczekiwanych⁹.

Z kolei funkcja kontrolno-informacyjna wiąże się bezpośrednio z obowiązkami nałożonymi na podopiecznego przez sąd. Jej zakres obejmuje stan realizacji tych obowiązków, a także zachowanie podopiecznego i zachodzące w nim zmiany.

Omawiając funkcje wykonywane przez kuratora w postępowaniu z nieletnimi, warto zwrócić uwagę jeszcze na funkcję edukacyjno-aktywizującą, o której nie wspomina ustawodawca, ani też nie jest ona dostrzegana w nauce, natomiast spełnia bardzo ważną rolę. Z tego względu należy w tym miejscu poświęcić jej więcej miejsca. Otóż kurator, realizując określone zadania wobec podopiecznego, wykonuje również pewne czynności w stosunku do osób bezpośrednio uczestniczących w jego życiu (np. w stosunku do jego rodziców, rodziny, małżonka, nauczycieli w szkole). Czynności te nie zawsze są uregulowane w prawie, jednakże towarzyszą one wykonywaniu obowiązków kuratora wobec podopiecznego. Przykładem realizacji omawianej funkcji jest rozmowa kuratora z rodziną nieletniego, nad którym sprawowany jest nadzór w ramach orzeczonego środka wychowawczego. W takich przypadkach kurator, spotykając się z nieletnim w jego miejscu zamieszkania, przeprowadza także rozmowę z jego rodzicami, podczas której nie tylko zbiera informacje na temat podopiecznego, ale również sprzyja kształtowaniu świadomości i odpowiedzialności rodzicielskiej. Dzięki temu kurator ma szansę aktywnego włączenia rodziców w proces resocjalizacyjny dziecka.

⁶ W. Terlecka, *Co należy rozumieć pod pojęciem „profilaktyka” i „resocjalizacja”?*, [w:] *Profilaktyka i resocjalizacja w pracy szkoły (problemy i zalecenia)*, red. B. Tomicka, Warszawa 1973, s. 13. Zob. także szerzej na temat omawianej funkcji w: P. Kobes, *Funkcje...*, s. 160-165.

⁷ E. Jarosz, *Diagnoza psychopedagogiczna – ogólne założenia teoretyczne*, [w:] *Diagnoza psychopedagogiczna. Podstawowe problemy i rozwiązania*, red. E. Jarosz, E. Wysocka, Warszawa 2006, s. 23.

⁸ K. Ostrowska, *Diagnoza psychologiczna i kryminologiczna – rozważania wstępne*, [w:] *Diagnozowanie psychologiczne w kryminologii*, red. K. Ostrowska, E. Milewska, Warszawa 1986, s. 12-13.

⁹ W.W. Szczęsny, *Zarys resocjalizacji z elementami patologii i profilaktyki*, Warszawa 2003, s. 22. Zob. także szerzej na temat funkcji diagnostycznej w: P. Kobes, *Funkcje...*, s. 165-167.

Podobne działania kurator może pełnić w stosunku do nauczyciela, od którego zbiera informację o podopiecznym. Ten kontakt służy kuratorowi również do tego, aby ukierunkował nauczyciela na potrzeby dziecka, wyjaśnił przyczyny niepowodzeń szkolnych tkwiących w środowisku rodzinnym, i tym samym również zaktywizował go do pracy w procesie resocjalizacji dziecka.

Warto w tym miejscu dodać, że opisywana funkcja może być realizowana nie tylko w pracy z nieletnim, ale również w pracy z dorosłym sprawcą przestępstwa. Przykładem jest nadzór kuratora nad wykonywaniem przez podopiecznego nieodpłatnej pracy na cele społeczne (art. 55§ 2 k.k.w.). W ramach czynności nadzorczych kurator m.in. musi współpracować z osobą odpowiedzialną w danym zakładzie pracy za organizowanie pracy i kontrolowanie jej przebiegu. Podczas tej współpracy kurator ma również możliwość kształtowania świadomości tej osoby co do potrzeb skazanego, czy też odpowiedniego podejścia do niego.

Funkcja edukacyjno-aktywizująca, choć prawnie niezdefiniowana, wydaje się bardzo istotna z punktu widzenia polityki kryminalnej, a ściślej rzecz ujmując, z punktu widzenia zapobiegania ponownemu wejściu w konflikt z prawem. Obowiązujące prawo zorientowane jest wyłącznie na pracę ze zdemoralizowanym nieletnim lub sprawcą przestępstwa, pomijając jednocześnie fakt, że źródło patologicznych zachowań, czy też nieakceptowanych postaw społecznych, leży nierzadko w najbliższym otoczeniu podopiecznego. To w środowisku rodzinnym nieletniego należy najczęściej doszukiwać się etiologii zachowań świadczących o jego demoralizacji. Bardzo często zresocjalizowany nieletni powraca do swojego naturalnego środowiska, w którym istnieją te same problemy, który stały się przyczyną jego wejścia w konflikt z prawem. Taka sytuacja prowadzi często do tego, że w niedługim czasie nieletni powraca na ścieżkę tego konfliktu.

Przedstawione wyżej funkcje realizowane przez kuratora w postępowaniu z nieletnimi cechuje modalny charakter. Oznacza to, że w ramach określonego środka oddziaływania w stosunku do nieletniego, kurator realizuje wszystkie wymienione funkcje lub większość z nich, jednakże z różnym ich natężeniem. Precyzyjniej rzecz ujmując, z uwagi na cele danego środka oddziaływania i wynikające z tych celów zadania, pewne funkcje mogą bardziej dominować, a inne mniej. Określone funkcje mogą być także „ukryte” (dorożumiane), gdyż będą one tylko pośrednio wynikały z czynności realizowanych przez kuratora. Tym samym te „ukryte” funkcje mają charakter drugorzędny z uwagi na cele danego środka oddziaływania¹⁰.

¹⁰ Zob. szerzej na temat modalności funkcji realizowanych przez kuratora w: P. Kobes, *Funkcje...*, s. 155-157.

Z kolei rodzaj wykonywanych przez kuratora funkcji, które dominują w określonym środku oddziaływania, przesądza o modelu kurateli, jaki jest realizowany w ramach tego środka. Oznacza to, że cele danej instytucji oddziaływania i charakter czynności podejmowanych przez kuratora w jej ramach, ujawnią dominującą funkcję. Natomiast cele i charakter czynności wiodących w pracy kuratora będzie determinował odmienny model kurateli w ramach innego środka oddziaływania.

Modalny charakter funkcji realizowanych przez kuratora w postępowaniu z nieletnim jest najbardziej dostrzegalny, gdy dokona się analizy środków oddziaływania stosowanych wobec nieletnich pod względem charakteru czynności realizowanych przez kuratora.

Zadania realizowane przez kuratora w postępowaniu z nieletnimi na wybranych przykładach

Ogólne ramy postępowania ze zdemoralizowanymi nieletnimi zostały ujęte w preambule do ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹¹ (dalej u.p.n.). Wskazuje ona trzy zasadnicze cele tego postępowania, do których należą: przeciwdziałanie demoralizacji i przestępczości nieletnich, stwarzanie nieletnim warunków powrotu do normalnego życia, a także umacnianie funkcji opiekuńczo-wychowawczej poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowalnię nieletnich. Wskazane cele zostały skonkretyzowane w środkach wychowawczych, w tym również tych, które przewidują udział kuratora rodzinnego. Do środków takich należą: środek tymczasowy w postaci nadzoru kuratora (art. 26 u.p.n.), samoistny nadzór kuratora (art. 6 pkt 5 u.p.n.), kontrola nałożonych na nieletniego obowiązków (art. 6 pkt 2 u.p.n.), skierowanie nieletniego do ośrodka kuratorskiego (art. 6 pkt 6 u.p.n.), nadzór kuratora w ramach warunkowego zawieszenia umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym (art. 11 u.p.n.), nadzór kuratora przy warunkowym odstąpieniu od umieszczenia w zakładzie poprawczym (art. 88 u.p.n.), nadzór kuratora przy umieszczeniu nieletniego poza zakładem poprawczym (art. 90 u.p.n.), nadzór kuratora przy warunkowym zwolnieniu nieletniego z zakładu poprawczego (art. 86-87 u.p.n.). Ponadto kurator rodzinny kontroluje wykonywanie przez rodziców lub opiekuna obowiązków nałożonych przez sąd (art. 7 u.p.n.).

Realizując działania przewidziane w ramach wymienionych środków oddziaływania, kurator musi uwzględnić przede wszystkim nadrzędną dyrektywę postępowania z nieletnim, jaką jest obowiązek kierowania się w podejmowaniu wszelkich działań jego dobrem (art. 3 § 1 u.p.n.).

Wykazać modalność funkcji, i tym samym niejednorodność modeli kurateli w postępowaniu z nieletnimi, można na przykładzie

¹¹ Tekst jednolity: Dz.U. 2014, poz. 382.

nadzoru kuratora w ramach środka tymczasowego (art. 26 u.p.n.) i nadzoru kuratora sprawowanego podczas umieszczenia nieletniego poza zakładem poprawczym (art. 90 u.p.n.).

Środek tymczasowy, również w postaci nadzoru kuratora, może zostać orzeczony przez sąd w trakcie toczącego się postępowania na każdym jego etapie (art. 26 u.p.n.). Ustawodawca nie określił dyrektyw jego orzekania, ani nie zdefiniował celów, które miałyby zostać osiągnięte za jego pomocą. Z tego względu należy szukać zasadności stosowania środka tymczasowego w ogólnych celach postępowania z nieletnimi i najważniejszej dyrektywie tego postępowania, nakazującej kierować się przede wszystkim dobrem nieletniego (art. 3 § 1 u.p.n.). Z tego powodu o zastosowaniu środka tymczasowego powinny decydować przede wszystkim względy wychowawcze. Orzekając omawiany środek, sąd powinien przede wszystkim mieć na uwadze zapobieżenie dalszemu procesowi demoralizacji nieletniego, czy też popełnieniu przez niego kolejnych czynów karalnych¹². Zatem omawiany środek służy przede wszystkim osiągnięciu celów resocjalizacyjnych i profilaktycznych. W przypadku orzeczenia w ramach środka tymczasowego nadzoru kuratora, kurator musi przede wszystkim skoncentrować się na prowadzeniu w stosunku do nieletniego zindywidualizowanych oddziaływań wychowawczych, posługując się przede wszystkim metodą pracy z indywidualnym przypadkiem (*casework*). Metoda ta polega na prowadzeniu zindywidualizowanych oddziaływań naturalnym środowisku nieletniego poprzez osobisty kontakt kuratora z podopiecznym¹³.

Efektywność oddziaływań resocjalizacyjnych, a tym samym profilaktycznych, zależy od przeprowadzenia właściwej diagnozy. Czynności diagnostyczne podejmowane przez kuratora powinny zmierzać do zebrania jak największej ilości informacji potrzebnych do ustalenia przyczyn demoralizacji podopiecznego, jak również do określenia właściwych metod i środków oddziaływania resocjalizacyjnego, a także sprawdzenia efektów tego oddziaływania. Jak można zatem zauważyć, w nadzorze kuratora bardzo ważną rolę spełnia funkcja diagnostyczna.

Nadzór sprawowany nad podopiecznym wymaga również prowadzenia wielu czynności kontrolnych, których zakres i sposób przeprowadzania został szczegółowo określony w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie nadzoru nad nieletnim¹⁴ (dalej rozp.n.). Kontrola zachowania i postawy nieletniego w trakcie trwania nadzoru służy weryfikacji efektów oddziaływań ko-

¹² P. Górecki, [w:] *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. P. Górecki, S. Stachowiak, Zakamycze 2005, s. 94.

¹³ M. Kalinowski, *Vademecum rodzinnego kuratora sądowego*, Warszawa 1984, s. 158. Zob. szerzej na temat metody pracy z indywidualnym przypadkiem w: P. Kobes, *Funkcje...*, s. 183 i n.

¹⁴ Dz.U. 2014, poz. 855.

rekcyjnych, w szczególności sprawdzaniu, w jakim stopniu nieletni wywiązuje się z nałożonych na niego obowiązków, a także w pewnych sytuacjach może dodatkowo motywować do realizacji nałożonych zadań.

Kontrola zachowania nieletniego i realizowania przez niego obowiązków, ściśle łączy się z koniecznością przekazywania odpowiednich informacji do sądu. Należy bowiem mieć na względzie fakt, że środek tymczasowy może zostać utrzymany aż do czasu zakończenia postępowania i podjęcia przez sąd rozstrzygnięcia w przedmiocie wyboru właściwego środka docelowego. Z tego względu właściwe zdiagnozowanie nieletniego, dobór optymalnych środków korekcyjnych, następnie należyta kontrola postępów procesu resocjalizacji i dostarczenie sądowi całościowych informacji na temat nieletniego oraz jego środowiska, są kluczowe dla podjęcia przez sąd właściwego rozstrzygnięcia o dalszej sytuacji prawnej nieletniego. Może się bowiem okazać, że praca kuratora z podopiecznym w ramach środka tymczasowego nie przyniosła w ocenie sądu istotnych postępów w resocjalizacji podopiecznego i na tej podstawie jego sytuacja prawna może ulec pogorszeniu, np. na skutek orzeczenia umieszczenia w zakładzie poprawczym, gdyż ze względu na dotychczasowy sposób zachowania nieletniego, orzeczenie innego środka nie rokuje w ocenie sądu jego resocjalizacji.

W ramach nadzoru nad nieletnim kurator może w bardzo szerokim zakresie realizować również funkcję edukacyjno-aktywizującą. Wykonując czynności resocjalizacyjne, kurator powinien utrzymywać stały kontakt z rodzicami nieletniego i jego środowiskiem szkolnym. Jest to konieczne dla zebrania informacji o jego funkcjonowaniu w środowisku rodzinnym i szkolnym, a także dla sprawowania należytej kontroli zachowania nieletniego. Bezpośredni kontakt kuratora z rodzicami podopiecznego stwarza okazję do zwiększania świadomości rodziców w zakresie sprawowania opieki nad dzieckiem, czy też budowania poczucia ich odpowiedzialności za jego prawidłowy rozwój, i tym samym może sprzyjać aktywnemu włączeniu ich w proces resocjalizacyjny. Choć zadania te nie wynikają wprost z obowiązków kuratora uregulowanych prawnie, nie może on tych zadań pomijać, gdyż wynikają one jasno z jednego z celów postępowania z nieletnimi, jakim jest umacnianie funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za właściwe wychowanie nieletnich. Dlatego w ramach każdego środka oddziaływania, w ramach którego kurator realizuje określone zadania, powinien on szukać możliwości, aby pogłębiać więzi rodziców z dzieckiem.

Dotyczy to również współpracy kuratora z nauczycielem, podczas której kurator może również uwrażliwić tego ostatniego na potrzeby dziecka i wskazać mu konkretną rolę w procesie resocjalizacji.

Dokonując przeglądu funkcji realizowanych przez kuratora w nadzorze nad nieletnim orzeczoną w ramach środka tymcza-

sowego, należy dostrzec, że kurator w zasadzie wykonuje wszystkie wyżej wskazane funkcje, jednakże z różnym natężeniem. Wszystkie opisane funkcje wzajemnie się przenikają. Jednakże z uwagi na charakter środka tymczasowego, na pierwszy plan wysuwa się w jego ramach funkcja wychowawczo-resocjalizacyjna i profilaktyczna, choć znaczącą rolę odgrywa również funkcja diagnostyczna. W związku z tym można stwierdzić, że ze względu na dominację funkcji wychowawczo-resocjalizacyjnej, w tymczasowym nadzorze kuratora realizowany jest model kurateli wychowawczo-resocjalizacyjnej, przy znacznym wsparciu czynności diagnostycznych i kontrolno-informacyjnych.

Z kolei nieco inne czynności kuratora dominują w ramach środka oddziaływania, jakim jest umieszczenie nieletniego poza zakładem poprawczym (art. 90 u.p.n.), co z kolei przesądza także o odmiennym modelu kurateli.

Dyrektor zakładu poprawczego może umieścić nieletniego poza zakładem na określony czas w celu zdobycia przez niego wykształcenia, zawodu, czy też potrzebnych kwalifikacji lub uprawnień, podjęcia zatrudnienia, leczenia specjalistycznego, lub ze względów rodzinnych (art. 90§1 u.p.n.). Decyzja o umieszczeniu wychowanka poza zakładem może zostać uchylona w każdym czasie przez samego dyrektora (art. 90§2 u.p.n.) albo przez sąd rodzinny (art. 90§4 u.p.n.). Przez cały okres pobytu poza zakładem poprawczym nieletni pozostaje w dalszym ciągu wychowankiem zakładu, który zobowiązany jest sprawować nad nim nadzór (art. 90§2 u.p.n.). Z tego względu przesłanką umieszczenia nieletniego poza zakładem jest również przekonanie, że dotychczasowe zachowanie i postawa nieletniego dają rękojmię sprawowania nad nim skutecznego nadzoru (art. 90§1 u.p.n.).

Nieletniego, który zostaje umieszczony poza zakładem, uważa się za zresocjalizowanego. Dlatego zasadniczym celem omawianego środka oddziaływania jest sprawdzenie tego, w jakim stopniu nieletni przystosował się do życia na wolności przed podjęciem decyzji o jego warunkowym zwolnieniu z zakładu poprawczego¹⁵.

Pomimo, że nieletni pozostaje nadal wychowankiem zakładu, jego pracownicy nie są w stanie kontrolować zachowania podopiecznego poza zakładem. Z tego względu, zadanie sprawowania nad nim kontroli spoczywa na kuratorze. Z uwagi na zasadniczy cel omawianego środka, praca kuratora z podopiecznym sprowadza się głównie do czynności kontrolno-informacyjnych. W tym przypadku przedmiotem kontroli jest zachowanie nieletniego poza zakładem, wywiązywanie się przez niego z aktywności, która stanowiła podstawę

¹⁵ W. Czajka, *Efektywność resocjalizacyjna umieszczenia nieletniego poza zakładem poprawczym*, Warszawa 1979, s. 104. Zob. odmiennie: A. Gaberze, M. Korczył-Wolska, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002, s. 261.

jego umieszczenia poza zakładem (np. czy systematycznie uczestniczy w kursach doszkalających, czy faktycznie podjął pracę, o którą zabiegał, itp.), sprawdzenie tego, czy potrafi radzić sobie z problemami życia codziennego, jak również, czy nie ustały przyczyny zastosowania wobec niego opisywanego środka. Informacje przekazywane przez kuratora sądowi rodzinnemu i dyrektorowi zakładu powinny być poparte elementami diagnozy dotyczącej zachowania nieletniego i mieć charakter pogłębiony, gdyż na ich podstawie będzie podejmowana decyzja co do dalszej sytuacji prawnej nieletniego.

Z uwagi na fakt, że uważa się nieletniego umieszczonego poza zakładem za osobę zresocjalizowaną, kurator powinien w ramach sprawowanej kontroli umacniać w nim wykształcone w procesie resocjalizacji (jeszcze w warunkach zakładu poprawczego) oczekiwane postawy społeczne, motywować go do właściwych zachowań, a także udzielić mu niezbędnej pomocy w rozwiązywaniu trudnych problemów, z którymi sobie nie radzi, aby nie zniechęciły go do przestrzegania społecznie akceptowanych zasad. Realizacja tych czynności wchodzi zatem w zakres funkcji profilaktycznej.

Choć nie wynika to z przepisów normujących zasady umieszczenia nieletniego poza zakładem poprawczym, kurator sądowy w ramach sprawowanego nadzoru ma duże możliwości realizowania funkcji edukacyjno-kreującej. Wykonując bowiem czynności nadzorcze, kurator musi zasięgać opinii o podopiecznym w instytucjach, w których pobiera on naukę, szkoli się, pracuje, itp. Ten kontakt z podmiotami uczestniczącymi w życiu nieletniego poza zakładem stwarza kuratorowi sposobność do kształtowania świadomości w zakresie problemów podopiecznego i angażowania do pomocy w ich rozwiązywaniu.

Przedstawione funkcje realizowane przez kuratora na gruncie omawianego środka również ukazują ich modalny charakter. W istocie kurator realizuje je wszystkie, jednakże w innym natężeniu. Z uwagi na cele umieszczenia nieletniego poza zakładem poprawczym, dominuje funkcja kontrolno-informacyjna przy znacznym udziale funkcji diagnostycznej i profilaktycznej. Nieco mniejsze znaczenie odgrywają czynności mieszczące się w zakresie funkcji wychowawczo-resocjalizacyjnej i edukacyjno-aktywizującej. Tym samym można stwierdzić, że praca kuratora z podopiecznym w ramach środka tymczasowego oparta jest na modelu kurateli kontrolno-informacyjnej.

Instrumenty prawne służące do realizacji poszczególnych funkcji

Ustawodawca wyposażył kuratora sprawującego nadzór nad nieletnim w wiele uprawnień i obowiązków ujętych w art. 70§ 2a u.p.n.,

dzięki którym jest on w stanie skutecznie realizować wszystkie omówione wyżej funkcje. Ich katalog został w znacznym stopniu uszczegółowiony w przytoczonym wyżej rozporządzeniu. Jak wspomniano, zawiera on instrumenty służące kuratorowi do realizacji wszystkich opisanych funkcji.

Kurator realizuje funkcję wychowawczo-resocjalizacyjną i profilaktyczną poprzez: planowanie i wybór właściwych metod oddziaływania na podopiecznego (§7 ust. 1 pkt 3 rozp.n.); udzielanie pomocy w rozwiązywaniu zdiagnozowanych problemów utrudniających resocjalizację i kontrolę nieletniego (§7 ust. 1 pkt 5 rozp.n.); nawiązywanie kontaktów z instytucjami zajmującymi się pomocą społeczną, pośrednictwem pracy, leczeniem lub oddziaływaniem terapeutycznym (§7 ust. 1 pkt 8 rozp.n.).

Funkcja diagnostyczna jest realizowana poprzez obowiązek rozpoznawania i diagnozowania sytuacji osobistej, rodzinnej i środowiskowej podopiecznego, jak również poprzez obowiązek przeprowadzania analizy dotychczas stosowanych środków oddziaływania i przyczyn ich nieskuteczności (§7 ust. 1 pkt 2 rozp.n.).

W celu realizacji funkcji informacyjno-kontrolnej kurator kontroluje zachowanie nieletniego; odwiedza podopiecznego w jego miejscu zamieszkania; kontaktuje się z jego rodziną i szkołą, do której uczęszcza; może żądać niezbędnych informacji od nieletniego; współdziała z właściwymi instytucjami w związku z poprawą warunków wychowawczych, bytowych lub zdrowotnych nieletniego; przegląda akta sądowe; zbiera informacje o nieletnim z różnych instytucji (art. 72a §2 pkt 1-6 u.p.n.). Na podstawie zgromadzonych przez kuratora informacji na temat podopiecznego i środowiska, w którym funkcjonuje, sąd rodzinny może rozstrzygać o losie nieletniego.

Z kolei do czynności mieszczących się w zakresie funkcji edukacyjno-aktywizującej należy zaliczyć obowiązek odwiedzania osób, których dotyczy postępowanie w miejscu ich zamieszkania oraz kontaktowanie się z rodziną lub szkołą podopiecznego (art. 72a § 2 pkt 2 u.p.n.).

Wnioski końcowe

Rozważania dotyczące charakteru zadań realizowanych przez kuratora rodzinnego w postępowaniu z nieletnimi potwierdzają postawioną na wstępie hipotezę, że nie można mówić o jednym, ściśle określonym modelu kurateli. Nie tylko bowiem ujęte prawem obowiązki kuratora, ale również cele poszczególnych środków oddziaływania, w ramach których kurator wykonuje poszczególne czynności, ukazują funkcję dominującą, która w konsekwencji przesądza o charakterze modelu kurateli. Tym samym na gruncie postępowania z nieletnimi występują różne modele kurateli.

Bibliografia

- Czajka Władysław, *Efektywność resocjalizacyjna umieszczenia nieletniego poza zakładem poprawczym*, Warszawa 1979.
- Gaberle Andrzej, Korcyl-Wolska Marianna, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002.
- Górecki Piotr, [w:] *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. Piotr Górecki, Stsniśław Stachowiak, Zakamycze 2005, s. 94
- Gromek Krystyna, *Kuratorzy sądowi. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Jarosz Ewa, *Diagnoza psychopedagogiczna – ogólne założenia teoretyczne*, [w:] *Diagnoza psychopedagogiczna. Podstawowe problemy i rozwiązania*, red. Ewa Jarosz, Ewa Wysocka, Warszawa 2006, s. 23.
- Kalinowski Marian, *Vademecum rodzinnego kuratora sądowego*, Warszawa 1984.
- Kępka Sławomir, *Kuratela sądowa: wychowująca czy kontrolno-represyjna?*, [w:] *Profilaktyka i readaptacja społeczna – od teorii do doświadczeń praktyków*, red. Elżbieta Bielecka, Białystok 2007, s. 94.
- Kobes Paweł, *Funkcje kuratora w polityce kryminalnej*, Warszawa 2019.
- Ostrowska Krystyna, *Diagnoza psychologiczna i kryminologiczna – rozważania wstępne*, [w:] *Diagnozowanie psychologiczne w kryminologii*, red. Krystyna Ostrowska, Ewa Milewska, Warszawa 1986, s. 12-13.
- Porowski Michał, *Funkcje administracji penitencjarnej*, [w:] *Problemy współczesnej penitencjarystyki w Polsce*, red. Brunon Hołyst, Warszawa 1984, s. 139.
- Szczęsny Wiesław W., *Zarys resocjalizacji z elementami patologii i profilaktyki*, Warszawa 2003.
- Terlecka Wanda, *Co należy rozumieć pod pojęciem „profilaktyka” i „resocjalizacja”?*, [w:] *Profilaktyka i resocjalizacja w pracy szkoły (problemy i zalecenia)*, red. Barbara Tomicka, Warszawa 1973, s. 13.
- Wójcik Dobrochna, *Wolność dozorowana*, [w:] *Społeczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce*, red. Konrad Buczkowski, Beata Czarnecka-Działuk, Witold Klaus, Anna Kossowska, Irena Rzeplińska, Paulina Wiktorska, Dagmara Woźniakowska-Fajst, Dobrochna Wójcik, Warszawa 2013, s. 338-341.



Patryk Gacka*

PRZEGLĄD ORZECZEŃ I DECYZJI MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO

Międzynarodowy Trybunał Karny a przypadki uniewinnienia oskarżonych i uprzednio skazanych

Pomimo szybkiego rozwoju międzynarodowego prawa karnego, procesy toczące się przed międzynarodowymi trybunałami karnymi wciąż są relatywną rzadkością. Ich prowadzenie jest logistycznie żmudne, długotrwałe i nadzwyczaj kosztowne, a do tego wyraźnie zabarwione politycznie, o czym świadczą nasilające się przez ostatnich kilkanaście miesięcy zarzuty państw afrykańskich o prawny neokolonializm egzemplifikowany – ich zdaniem – przez działania podejmowane przez Urząd Prokuratora MTK w zakresie formułowania zarzutów wyłącznie wobec liderów państw afrykańskich. W ostateczności zarzuty te mogą przeistoczyć się w realne i bardziej szkodliwe dla Trybunału działania, w skrajnej postaci przybierając nawet postać masowego *exodusu* państw afrykańskich ze struktur MTK. Już pod koniec 2017 r. taką decyzję podjęło zresztą – jako pierwsze państwo w historii – Burundi.

* Patryk Gacka, doktorant Uniwersytetu Warszawskiego, ORCID: 0000-0002-0762-7418. Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2016-2020, jako projekt badawczy w ramach programu „Diamentowy Grant” (D12015 017245).

Każde kolejne postępowanie toczące się przez międzynarodowymi trybunałami karnymi jest więc istotnym wydarzeniem nie tylko prawnym, lecz również społecznym i politycznym. W przypadku wyroku skazującego sprawcę zbrodni międzynarodowych, wspomniane nakłady finansowe i czasowe wydają się jednak uzasadnione dążeniem do osiągnięcia stanu sprawiedliwości międzynarodowej. Wszak już w Preambule Statutu MTK państwa zobowiązały się do tego, by „(..) położyć kres bezkarności sprawców tych zbrodni i w ten sposób przyczynić się do zapobieżenia ich popełnianiu”. O wiele mniej korzystnie z perspektywy legitymizacji międzynarodowych trybunałów karnych wypadają natomiast te sytuacje, gdy Trybunał (tj. wszystkie jego organy) nie posiada zdolności schwywania i doprowadzenia oskarżonego do znajdującego się w holenderskiej Hadze aresztu, co – wedle strony internetowej MTK – wciąż dotyczy 15 osób¹, a także wyroki uniewinniające sprawców zbrodni międzynarodowych, zwłaszcza wtedy, gdy nie są one zdarzeniami wyjątkowymi, lecz następują jeden po drugim. W ostatnim czasie taką sytuację można było odnotować także w orzecznictwie MTK w sprawie *Jean-Pierre Bemba Gombo* oraz w sprawie *Laurent Gbagbo* i *Charles Blé Goudé*.

W marcu 2016 r. Jean-Pierre Bemba (dalej: Bemba) został uznany przez MTK za winnego popełnienia zbrodni wojennych (morderstwo, zgwałcenie, plądrowanie) i zbrodni przeciwko ludzkości (morderstwo, zgwałcenie) w Republice Środkowoafrykańskiej w latach 2002-2003 r.² Trzy miesiące później w kolejnym orzeczeniu (tzw. *sentencing order*) Trybunał wymierzył mu karę 18 lat pozbawienia wolności³. Obie decyzje Trybunału zostały jednak zaskarżone przez Bembę na podstawie art. 81 ust. 1 pkt b) Statutu, zgodnie z któ-

¹ Znamiennym przykładem braku kooperacji pomiędzy państwami (afrykańskimi) a Trybunałem jest niemożność schwywania Omara Al-Bashira oskarżonego o popełnienie zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych. Zdaniem odmawiających współpracy państw afrykańskich, będący Prezydentem Sudanu Al-Bashir, korzysta z uprawnień głowy państwa, w tym zwłaszcza z immunitetu personalnego, który ma uniemożliwiać jego zatrzymanie i doprowadzenie do Trybunału bez ryzyka naruszenia przepisów prawa międzynarodowego. W grudniu 2017 r. na ten temat wypowiedział się również MTK, stwierdzając wówczas naruszenie przez Jordanię art. 87 ust. 7 Statutu, zgodnie z którym „[i]eżeli wbrew postanowieniom niniejszego statutu Państwo-Strona nie wykonuje wniosku o współpracę, uniemożliwiając w ten sposób Trybunałowi wykonywanie jego funkcji i uprawnień przewidzianych w niniejszym statucie, Trybunał może dokonać ustalenia w tym względzie i przedstawić sprawę Zgromadzeniu Państw-Stron lub Radzie Bezpieczeństwa, gdy ta przedstawiła sprawę Trybunałowi” (*The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir (ICC-02/05-01/09-309)*, 11 grudnia 2017 r.). Wniezione do Trybunału odwołanie od tej decyzji było rozpatrywane przez Trybunał na posiedzeniach od 10 do 14 września 2018 r. Sprawa wciąż pozostaje jednak nierozstrzygnięta, wobec braku ostatecznego odczerpania w tym postępowaniu odwoławczym.

² *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/05-01/08)*, 21 marca 2016 r.

³ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute (ICC-01/05-01/08)*, 21 czerwca 2016 r.

rym skazany może zaskarżyć orzeczenie w oparciu o którąkolwiek z czterech przyczyn odwoławczych określonych w tym przepisie. Należą do nich: obraza przepisów postępowania, błąd w ustaleniach faktycznych, obraza przepisów prawa lub jakkolwiek inna okoliczność naruszająca rzetelność i wiarygodność postępowania lub orzeczenia. Bemba podniósł w sumie sześć zarzutów wobec pierwotnej decyzji Trybunału. W międzyczasie wobec Bemby i jego współpracowników wszczęto także postępowanie na podstawie art. 70 Statutu MTK dotyczącego przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości.⁴ Dwa lata później, 8 czerwca 2018 r., Izba Apelacyjna uniewinniła Bembę większością 3-2, stwierdzając istotne błędy w wyroku wydanym przez jedną z Izb MTK.⁵ Za szczególnie istotny uznać można jeden z zarzutów sformułowanych przez Bembę, a mianowicie, że został on skazany za czyny wykraczające poza pierwotny akt oskarżenia zatwierdzony przez Izbę Orzekającą wbrew treści art. 74 ust. 2 Statutu MTK, który stanowi, iż „[o]rzeczenie Izby Orzekającej oparte jest na ocenie dowodów i całego postępowania. Orzeczenie nie może wykraczać poza granice faktów i okoliczności zawartych w zarzutach oskarżenia i uzupełnieniu tych zarzutów. Trybunał opiera swoje orzeczenie wyłącznie na dowodach przedstawionych i ujawnionych na rozprawie”. Okazało się, że był to zarzut słuszny, w wyniku czego Izba Apelacyjna stwierdziła (pkt 116), że Izba Orzekająca dopuściła się błędu opierając swoją decyzję na zbyt szerokich podstawach faktycznych.

Kolejny zarzut odnosił się natomiast do równie problematycznej kwestii przypisania czynów popełnionych przez jednostki podległe osobie dowódcy, w tym zwłaszcza do otwartej klauzuli zawartej w art. 28 pkt a) ii) Statutu MTK, dotyczącej sytuacji, gdy „(...) dowódca wojskowy lub inna osoba nie podjęła wszystkich niezbędnych i rozsądnych środków będących w jej mocy w celu zapobieżenia lub powstrzymania od popełnienia takich zbrodni albo skierowania sprawy do właściwych organów postępowania karnego”. W tym

⁴ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Decision Re-sentencing Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba and Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo (ICC-01/05-01/13), 17 września 2018 r.; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5), 8 marca 2018 r.; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13, 22 marca 2017 r.; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu, Naricisse Arido, Judgment pursuant to Article 74 (ICC-01/05-01/13), 13 października 2016 r.

⁵ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (ICC-01/05-01/08-3636-Red), 8 czerwca 2018 r.

względzie, Izba Apelacyjna stwierdziła, że sformułowanie „wszystkich niezbędnych i rozsądnych środków” nie powinno być utożsamiane z założeniem, iż dowódca jest zobowiązany podjąć każdy możliwy środek znajdujący się w jego dyspozycji (pkt 169). W efekcie Trybunał zidentyfikował aż siedem błędów popełnionych przez Izbę Orzecniczą przy podejmowaniu decyzji o przypisaniu odpowiedzialności za czyny podwładnych na podstawie art. 28 Statutu MTK (pkt 189). Brak możliwości przypisania tych czynów za pomocą wskazanego przepisu, zdaniem Izby Apelacyjnej wykluczał możliwość pociągnięcia Bemby do odpowiedzialności karnej (pkt 194). Stanowisko Izby nie spotkało się jednak z akceptacją wszystkich sędziów rozpatrujących tę sprawę. Szczegółową opinię odrębną złożyli sędziowie Hofmański oraz Monageng, którzy uznali, iż Izba Apelacyjna dopuściła się błędów zarówno w przyjętym rozumowaniu, jak i w stanowiącej jego rezultat decyzji uniewinniającej Bembę.⁶

Zaledwie pół roku później, a dokładniej w 15 stycznia 2019 r., MTK uniewinnił kolejne dwie osoby. Tym razem decyzja zapadła jednak nie w postępowaniu odwoławczym, lecz w pierwszej instancji. I Izba Orzecnicza MTK większością głosów uniewinniła byłego Prezydenta Wybrzeża Kości Słoniowej Laurenta Gbagbo oraz Charlesa Blé Goudé'a pełniącego przed laty funkcję Ministra Sportu. Znamioną cechą tej decyzji jest ograniczenie się przez Izbę wyłącznie do ustnych motywów uzasadnienia, co może rodzić wątpliwości z perspektywy treści art. 74 ust. 5 Statutu, który dobitnie stanowi, iż „orzeczenie sporządza się na piśmie”. Podstawowym błędem popełnionym tym razem nie przez inną Izbę MTK, lecz przez Prokuratora MTK, było zdaniem I Izby niedostarczenie wystarczających dowodów dla wykazania odpowiedzialności obu oskarżonych za zdarzenia, które miały miejsce w Wybrzeżu Kości Słoniowej w latach 2010-2011. Prokurator nie udowodnił przede wszystkim tzw. kontekstowych elementów konstytutywnych zarzucanych zbrodni przeciwko ludzkości (m.in. czynów popełnionych w ramach rozległego lub systematycznego ataku). Izba stwierdziła ponadto brak podstaw do uznania, iż oskarżeni zlecali, namawiali, bądź nakłaniali do popełnienia tych zbrodni zgodnie z art. 25 oraz art. 30 Statutu MTK.

W rezultacie uniewinnienia Gbagbo oraz Goudé, Trybunał musiał podjąć również decyzję odnośnie do ich zwolnienia, bądź zatrzymania w areszcie MTK. W postępowaniu przed MTK zasadą jest, że wyrok uniewinniający oznacza odzyskanie pełnej wolności. Nie jest to jednak zasada absolutna, jako że pozostawienie osoby uniewinnionej w areszcie może niekiedy być jedynym skutecznym środkiem ochrony integralności postępowania odwoławczego. Dzień po wydaniu ustnego orzeczenia, I Izba Orzekająca postanowiła jednak, że nie

⁶ Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Ank1-Red 08-06-2018 1/269 EC A).

zachodzą wyjątkowe okoliczności, które uzasadniałyby zatrzymanie Laurenta Gbagbo oraz Charlesa Blé Goudé w areszcie (zgodnie z art. 81 ust. 3 c) Statutu MTK).⁷ W rezultacie wniesionego przez Prokuratora odwołania od tej decyzji, działając na podstawie reguły 158 Reguł Procesowych i Dowodowych MTK, 1 lutego 2019 r. Izba Apelacyjna postanowiła poprawić (*amend*) decyzję I Izby Orzeczniczej (pkt 57), dochodząc do wniosku, że istnieje wysokie ryzyko ucieczki Laurenta Gbagbo oraz Charlesa Blé Goudé w przypadku ich bezwarunkowego zwolnienia (pkt 60). Trybunał nie stwierdził natomiast potrzeby zatrzymania ich w haskim areszcie. Uznano za to, że wystarczającym środkiem ochronnym będzie zwolnienie obu zainteresowanych za kaucją i – po przeprowadzeniu stosownych konsultacji z władzami belgijskim – wyrażenie zgody na ich pobyt w Belgii, gdzie muszą wywiązywać się ze szczegółowych obowiązków sprawozdawczych i kontrolnych nałożonych na nich przez Trybunał (pkt 60).

⁷ „(...) w wyjątkowych okolicznościach, mając na względzie, inter alia, realne ryzyko ucieczki, ciężar zarzucanego przestępstwa i prawdopodobieństwo uwzględnienia wniesionego odwołania, Izba Orzekająca na wniosek Prokuratora może utrzymać tymczasowe aresztowanie wobec oskarżonego w czasie postępowania odwoławczego”.



Monika Strus-Wołos*

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO (IZBA CYWILNA)

Na niniejszy przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego składa się garść judykatów wybranych pod kątem ich przydatności dla praktyki. Założeniem jest krótkie omówienie orzeczeń najnowszych, jednakże już na początku pozwolę sobie na podwójne odstępstwo – jako pierwsze zostaną omówione (i to szerzej niż zazwyczajowo) nieco starsze trzy, jednobizmiące uchwały składów powiększonych, które mają ogromne znaczenie nie tylko ściśle w zakresie dóbr osobistych, ale także prawa medycznego, dochodzenia odszkodowań za różnego rodzaju wypadki, a nawet prawa rodzinnego.

Więź rodzinna jako dobro osobiste w razie ciężkiego uszkodzenia ciała

W uchwałach składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 36/17; III CZP 60/17 i III CZP 69/17 Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że sąd może przyznać zadośćuczynienie za krzywdę osobom najbliższym poszkodowanego, który na skutek czynu niedozwolonego doznał ciężkiego i trwałego uszczerbku na zdrowiu. Istotą rozstrzygnięcia było zakwalifikowanie więzi rodzinnej do kategorii dóbr osobistych, przez co podstawą zasądzenia zadośćuczynienia jest art. 448 k.c. Przepis art. 446 § 4 k.c. przewiduje

* Monika Strus-Wołos, adwokat, doktor nauk prawnych, specjalista w dziedzinie prawa cywilnego i gospodarczego prywatnego.

możliwość przyznania zadośćuczynienia rodzinie, ale tylko w razie śmierci osoby bliskiej, a w utrwalonym orzecznictwie więzi rodzinne (aczkolwiek różnie nazywane) są zaliczane do dóbr osobistych. Szczegółowa analiza podstawy prawnej znajduje się w uzasadnieniach trzech wymienionych uchwał, a także we wnioskach Rzecznika Finansowego, Komisji Nadzoru Finansowego i w postanowieniu Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2017 r., I CSK 472/16. Na uwagę zasługuje także argumentacja w zdaniach odrębnych, a zwłaszcza w zdaniu odrębnym sędziego Jacka Gudowskiego, który uważa, że podstawą prawną dla zadośćuczynienia w takich przypadkach powinien być nie art. 448 k.c., lecz art. 446 § 4 k.c. stosowany przez analogię. Uchwały doczekały się już wielu omówień w piśmiennictwie i były głosowane, dlatego nie będę dokonywać pogłębionej analizy prawnej, lecz skoncentruję się na wskazaniu pojawiających się wątpliwości oraz praktycznych konsekwencji uchwał.

Na wstępie trzeba zaznaczyć, że wszystkie trzy sprawy dotyczyły osób niezdolnych do samodzielnej egzystencji, w stanie śpiączki lub określanym jako wegetatywny albo terminalny. Tu pojawia się pierwsza wątpliwość – gdzie ma przebiegać granica możliwości przyznawania zadośćuczynienia, i czy istotnie granica taka powinna istnieć. W uzasadnieniu uchwały III CZP 60/17 mowa jest o nieodwracalnym stanie śpiączki lub trwałym stanie wegetatywnym. Podobnie w uzasadnieniu uchwały III CZP 60/17, gdzie Sąd Najwyższy wspomniał nadto o stanie związanym z uszkodzeniem mózgu albo poważnym i nieodwracalnym rozstrojem zdrowia, a w uzasadnieniu uchwały III CZP 36/17 – o głębokim upośledzeniu funkcji życiowych wskutek uszczerbków zdrowia najcięższych, nieodwracalnych i wyłączających możliwość zachowania bliskości z poszkodowanym. Już tylko porównując te zwroty widać, że ich zakres znacznie się różni. Wszak stan związany z uszkodzeniem mózgu albo poważnym i nieodwracalnym rozstrojem zdrowia dotyczy także np. tysięcy dzieci z mózgowym porażeniem dziecięcym, obejmującym również porażenie czterokończynowe, a mimo to część takich pacjentów kończy nawet studia wyższe – choć przy pomocy bliskich, nierzadko wymagając stałej opieki. Ich rodzice również zmagają się z ciężarem opieki, rehabilitacji, troską o przyszłość, zazwyczaj brakiem pieniędzy, a nadto nie mogą cieszyć się wieloma sytuacjami typowymi w rodzinach, jak wycieczki piesze, rowerowe, wspólne uprawianie sportów i turystyki. Nie jest to więc „typowa” więź rodzinna, o której mówił w uchwałach Sąd Najwyższy. Nie ma przekonujących argumentów (oprócz przewidywanego skutku ekonomicznego dla ubezpieczycieli), dla których zadośćuczynienie należałoby się tylko za skrajne naruszenie dobra osobistego, tu: zerwania więzi, a nie również za naruszenie częściowe. Przecież w wypadku innych dóbr osobistych, jak naruszenie czci,

renomy osoby prawnej, zdrowia, nie jest wymagany skutek całkowity i nieodwracalny.

Z drugiej strony, nawet akceptując, że zamiarem Sądu Najwyższego było ograniczenie możliwości takich zadośćuczynień tylko do stanów określanych jako „wegetatywne” (jak wskazuje część piśmiennictwa omawiającego uchwały), to znów wyłaniają się liczne wątpliwości rangi zasadniczej. Po pierwsze, nawet w środowisku medycznym nie ma zgody co do definicji stanu wegetatywnego. Nauka medyczna odróżnia też stan wegetatywny od stanu minimalnej świadomości. Co więcej, w miarę rozwoju diagnostyki nie tylko zmieniają się kryteria kwalifikacji stanu wegetatywnego i stanu minimalnej świadomości, ale także pojęcia te zastępuje się terminami odpowiednio: „zespół czuwania bez odpowiedzi” (*unresponsive wakefulness syndrome*, UWS) i „stan z minimalną zdolnością do reagowania” (*minimally responsive state*)¹. Istnieje również zespół zamknięcia, który jest przyczyną błędów diagnostycznych². Po wtóre, z badań opublikowanych w *The New England Journal of Medicine*³ wynika, że nawet do 40% osób uważanych za niemające świadomości mogło być błędnie zdiagnozowane. W badaniu funkcjonalnym rezonansem magnetycznym, z grupy badawczej 54 osób uznawanych za będące w stanie wegetatywnym, pięć reagowało na polecenia, a jedna nawet odpowiadało „tak” lub „nie”. Porównując

¹ K. Ciszowski, A. Miętka-Ciszowska, *Zaburzenia świadomości: stan wegetatywny i stan minimalnej świadomości*, „Przegląd Lekarski” 2013, nr 8, s. 595-600.

² Wydaje się celowe krótkie wyjaśnienie terminów medycznych. Śpiączka, zarówno od urazu czy udaru, jak i wywołana farmakologicznie, to stan braku przytomności i świadomości. Pacjent w śpiączce nie może zostać obudzony, nie reaguje na ból, światło, dźwięki i nie wykonuje żadnych akcji z własnej woli. W skali Glasgow (GCS) ocenia się poziom aktywności mózgu w trzech obszarach. Pacjent może być oceniony w skali od 3 do 15 punktów (nie można mieć mniej niż 3). Wynik 8 lub mniej GCS, przez więcej niż 6 godzin, definiuje się jako śpiączkę. Jeżeli jest to w mechanizmie urazu, zwykle uszkodzeniu uległa kora mózgowa (wyższe partie mózgu), która odpowiada za świadome działania i procesy myślowe, lub – rzadziej – uszkodzony został twór siatkowaty (RAS) w pniu mózgu, czyli część odpowiedzialna za czuwanie, sen i świadomość. Prawie wszyscy pacjenci w śpiączce nie pozostają w niej na stałe, choć może ona trwać wiele tygodni czy miesięcy. W końcu albo zostaje zdiagnozowana śmierć mózgu, albo pacjenci wybudzają się lub przechodzą w stan wegetatywny. O ile w śpiączce brak jest zarówno świadomości jak i przytomności, o tyle w stanie wegetatywnym przytomność jest, ale brakuje świadomości: pacjent może otwierać oczy, mieć cykl snu i czuwania, ale nie ma świadomości (mówiąc kolokwialnie – nie myśli). Badanie EEG przeprowadzane na ludziach w stanie wegetatywnym pokazuje czasem śladową aktywność, co zamazuje granice między stanem wegetatywnym a zespołem zamknięcia. Jednak ogólnie rzecz biorąc, w stanie wegetatywnym niższe partie mózgu funkcjonują prawidłowo, a uszkodzona jest kora mózgowa i partie wyższe. Natomiast w syndromie zamknięcia pacjent jest i przytomny, i świadomy, jego EEG jest prawidłowe, ale nie może wykonywać z własnej woli żadnych czynności, ruchów ciała, poza (zazwyczaj) oczami, a dokładniej poza mruganiem i ruchami gałek ocznych w osi góra-dół (za ruchy na boki odpowiada nerw IV czaszkowy, który ulega uszkodzeniu). Jeżeli zaś pacjent nie może wykonywać nawet mrugnąć i ruchów góra-dół, mamy do czynienia z zespołem całkowitego zamknięcia, najczęściej mylnym ze stanem wegetatywnym. W dużym uproszczeniu: w syndromie zamknięcia kora mózgowa i procesy myślenia są w normie, natomiast uszkodzona jest część pnia mózgu (zwykle most), przez co mózg nie może wysyłać sygnałów do rąk i nóg (tetraplegia); nie działają także niższe nerwy czaszkowe, przez co pacjent nie może mówić, poruszać twarzą, ustami, językiem.

³ M. M. Monti et alii, *Willful Modulation of Brain Activity in Disorders of Consciousness*, *The New England Journal of Medicine* 18.02.2010, 362:579-589.

kryteria uznania stanu pacjenta za przetrwały stan wegetatywny (*permanent vegetative state, pvs*) w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych podkreślano, że w tym pierwszym kraju pacjent wymaga co najmniej rocznych badań i testów, aby postawić taką diagnozę, podczas gdy w USA i większości innych krajów okres ten w praktyce jest bardzo krótki. Z drugiej jednak strony, postawienie diagnozy *pvs* przez brytyjską komisję lekarską jest już samo w sobie dowodem istnienia potrzeby postępowania sądowego o odłączenie pacjenta od aparatury podtrzymującej życie, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych należy mimo takiej diagnozy udowodnić w postępowaniu sądowym, że nie ma nadziei na poprawę stanu⁴.

Z uzasadnień uchwał można pośrednio wyczytać, że istotnym kryterium kwalifikującym przemawiającym za przyznaniem zadośćuczynienia za brak więzi rodzinnej z takimi pacjentami jest niemożność komunikacji. Tu jednak pojawiają się zastrzeżenia natury zasadniczej. Nie wiadomo, czy chodzi o brak jakiegokolwiek komunikacji (jedno z dzieci, których rodzice wytoczyli sprawę będącą przedmiotem jednej z omawianych uchwał, wydaje nieartykułowane dźwięki sygnalizujące stan emocjonalny – zadowolenie, dyskomfort, rozdrażnienie), czy o mowę. Z całokształtu argumentacji przedstawionej w uchwałach wynika jednak, że gdyby chodziło o dziecko, które jest niemową, lecz ma prawidłową motorykę i działanie innych zmysłów, nie można byłoby mówić o zerwanych więziach rodzinnych⁵. Z kolei za śmierć noworodków wskutek błędów w sztuce medycznej współczesne orzecznictwo słusznie bez wahania zasądza zadośćuczynienia, bo choć noworodki komunikują się w pierwszych tygodniach życia jedynie płaczem, to nikt nie neguje, że zdołały wytworzyć się już silne więzi w rodzinie. A jak ocenić cały wachlarz sytuacji, gdy osoby z ciężkim uszkodzeniem mózgu lub innych części układu nerwowego korzystają z innych metod komunikacji – od mrugania oczami czy uścisku dłoni na daną literę i składania w ten sposób słów (system *partner assisted scanning*), przez nowoczesne urządzenia do pisania na komputerze wzrokiem⁶, aż po istniejące już możliwości porozumiewania się myślami z komputerem⁷? Z pewnością nie jest to sposób ani typowy i właściwy dla stosunku między rodzicami i dziećmi, ani umożli-

⁴ D. T. Wade, C. Johnston, *The permanent vegetative state: practical guidance on diagnosis and management*, *The BMJ* 25.09.1999, 319(7213):841-844.

⁵ Z uzasadnienia uchwały III CZP 60/17: „(...) o naruszeniu więzi pomiędzy tymi osobami w sposób uzasadniający roszczenie oparte na art. 448 k.c. można mówić jedynie w okolicznościach wyjątkowych, w których doszło nie do zaburzenia, zakłócenia lub pogorszenia więzi, lecz do faktycznej niemożliwości nawiązania i utrzymywania kontaktu właściwego dla danego rodzaju stosunków – w szczególności więzi łączącej dzieci i rodziców – z powodu ciężkiego i głębokiego stanu upośledzenia funkcji życiowych? Pojęcie „kontakt właściwy” jako niedookreślone i wysoce ocenne będzie w przyszłości z pewnością budziło kolejne spory interpretacyjne.

⁶ Zob. np. polski projekt PISAK (Polski Integracyjny System Alternatywniej Komunikacji).

⁷ Przez myślenie o określonej rzeczy pacjent komunikuje „tak” lub „nie”.

liwiający pełną, rozwiniętą, wyczerpującą komunikację. Zresztą kierunek uzależniający ocenę więzi rodzinnych (stanowiących, jak słusznie podkreślał Sąd Najwyższy, istotę człowieczeństwa) od stopnia komunikowania się jest bardzo niebezpieczny moralnie, gdyż może stanowić argument za legalizacją eutanazji, w tym w skrajnej formie – za eutanazją dzieci.

Nie sposób także zgodzić się, że więź emocjonalną, która jest – jak wynika z uzasadnień uchwał – koniecznym elementem więzi rodzinnej jako dobra osobistego, determinuje możliwość choćby podstawowej komunikacji. Czyż rodzice dzieci w stanie wegetatywnym nie mają z nimi więzi emocjonalnej? Terri Schiavo i Vincent Lambert mieli rodziców, walczących jak lwy o nieodłączanie ich dziecka od sztucznego odżywiania i nawadniania (bo nawet nie od aparatury podtrzymującej życie)⁸. I choć w obu sprawach walka została przegrana, jest jaskrawym przykładem, że rodzice byli niezwykle silnie związani ze swymi dziećmi, mimo braku kontaktu od kilkunastu lat z powodu uszkodzeń mózgu obojga pacjentów.

To z kolei implikuje konieczność postawy procesowej, która może spowodować u rodziców wielką traumę psychiczną. Rodzice chcąc uzyskać pieniądze zgodnie z kierunkiem który zdaje się wynikać z uzasadnień uchwał⁹, musieliby w zasadzie na potrzeby procesu twierdzić, że nie czują więzi emocjonalnej z chorym dzieckiem. A przecież pieniądze z zadośćuczynienia przeznaczają zapewne w całości na opiekę nad dzieckiem; poszli do sądu nie po to, aby „otrzeć pieniędzmi własne łzy”, ale aby zapewnić dziecku jak najlepszą opiekę i teraz i po ich śmierci. Ci rodzice troszczą się więc o dziecko najlepiej jak można, a z troską co będzie po ich śmierci zostaną do końca życia – w większości stukali już do najlepszych specjalistów na świecie, robili zbiórki na różne metody leczenia mające sprawić cud. A jednak w sądzie zmuszeni będą wbrew rodzicielskiemu sercu mówić, że nie ma więzi rodzinnej. I być może zostaną z traumą w sercu i pytaniem „czy ja jestem złym rodzicem?”. Nie może system prawny zmuszać rodzica walczącego o przyszłość swojego dziecka, aby robił to kosztem emocjonalnym, udając że więzi z dzieckiem prawie nie ma.

⁸ Sprawy niezwykle kontrowersyjne, gdyż w wielu krajach, w tym w Polsce, nawadnianie i odżywianie uważane są za świadczenia pielęgnacyjne, a nie działania medyczne, zaś zaniechanie uporczywej terapii odnosi się tylko do działań medycznych. Tak więc zaprzestanie odżywiania i nawadniania obojga wypełniało raczej znamiona eutanazji przez zagłodzenie.

⁹ W uzasadnieniu uchwały III CZP 36/17 stwierdzono, że naruszenie dobra osobistego w postaci więzi bliskości, ma miejsce wtedy, „gdy następuje trwałe wyeliminowanie tych wszystkich elementów, które są istotne dla funkcjonowania związku, takich jak prowadzenie wspólnego gospodarstwa w znaczeniu rzeczowym i fiskalnym, wzajemna pomoc, wychowanie dzieci, wspólne spędzanie czasu oraz więź emocjonalna i fizyczna. Ustalenie, że doszło do zerwania więzi bliskości wymaga także uprzedniego stwierdzenia, iż ta więź zawierała element silnego stosunku emocjonalnego pomiędzy osobą najbliższą a poszkodowanym o charakterze i rzeczywiście i trwałym, a skutkiem czynu sprawcy jest brak możliwości zachowania więzi emocjonalnej!”

Z przedstawionych wyżej powodów, choć empatia przemawia za słusnością rozstrzygnięć, to z jurydycznego punktu widzenia uchwały zamiast wytyczyć jasne kryteria, wprowadziły jeszcze większy chaos.

Wydaje się, że omawiane uchwały należą do (nierzadkiej) kategorii orzeczeń zasądających pieniądze ze względów słusnościowych na niezbyt adekwatnej podstawie prawnej i w ten sposób starających się zrekompensować niedostatki całego systemu – od wymiaru sprawiedliwości aż po system zabezpieczeń społecznych osób niepełnosprawnych. Gdyby wysokości zasądzanych odszkodowań i rent były takie, że zapewniałyby choremu dobrą opiekę całodobową na rynkowych warunkach, również po śmierci rodziców i innych osób bliskich, to nie byłoby potrzeby budowania co najmniej dyskusyjnych konstrukcji prawnych. Tymczasem na potrzeby postępowania w sprawie, w której podjęto jedną z omawianych uchwał, Komisja Nadzoru Finansowego ujawniła dane, z których wynika, że w Polsce średnia wypłata zadośćuczynień za śmierć osoby bliskiej wynosi łącznie dla bliskich niecałe 100 000 zł (średnio trzy osoby bliskie po 33 000 zł na osobę). Już tylko na marginesie zasygnalizuję moją niezgodę na coraz powszechniejszą praktykę różnicowania wysokości zadośćuczynień zasądzanych dla matki i ojca. Przy pobieżnej analizie kilku spraw można zauważyć, że zazwyczaj ojcowie otrzymują ok. 2/3 kwoty zasądzonej na rzecz matki. To, że w prawidłowo ukształtowanej rodzinie ojciec ma inne zadania, niż matka, a także to, że mężczyźni częściej niż kobiety ukrywają uczucia, nie może być podstawą do utrwalania przez sądy niewytłumaczalnego przekonania, że „ojcowie kochają mniej”. Takie orzeczenie może być dla niejednego ojca źródłem dodatkowego bólu i nieuzasadnionych wyrzutów sumienia.

Oczywiście ideałem byłoby, gdyby zainterweniował ustawodawca i albo ustanowił instrumenty zabezpieczające godny byt materialny takich pacjentów, albo określił rozsądne granice możliwości zasądzenia zadośćuczynień na rzecz członków rodziny w razie ciężkiego uszkodzenia ciała. Jednak wobec milczenia ustawodawcy wydaje się, że także Sąd Najwyższy miał inne narzędzia. Po pierwsze, to Sąd Najwyższy mocą swojego autorytetu wyznacza sądom powszechnym akceptowaną wysokość odszkodowań i zadośćuczynień na rzecz bezpośrednio poszkodowanych czynem niedozwolonym. I choć kwoty te rosną, to nie wystarczają one zazwyczaj na spokojne patrzenie na przyszłość pacjenta, gdyby zmarli jego najbliżsi. Po wtóre, większość rodziców i innych najbliższych może wystąpić o zadośćuczynienie za naruszenie dobra osobistego w postaci swojego zdrowia. Chyba prawie każda z tych osób ma w związku z wypadkiem czy błędem medycznym najbliższej osoby jakieś stany depresyjne albo lękowe o różnym nasileniu. Może to powinna być właściwa droga docho-

dzenia zadośćuczynienia dla takich rodzin na podstawie przepisów o dobrach osobistych. Nie zgadzam się natomiast z poglądem sędziego Jacka Gudowskiego wyrażonym w zdaniu odrębnym do uzasadnienia uchwały III CZP 60/17, aby stosować przez analogię art. 446 § 4 k.c. Niebezpiecznie jest sięgać do nawet dalekiego porównania stanu takich chorych do śmierci. Znow odwołam się do przykładu rodziców Terri Schiavo i Vincenta Lamberta, którzy doskonale rozumieli i czuli, że ich dzieci żyją, a walczyli, by uchronić je od śmierci.

Podzielam natomiast w pełni zastrzeżenia sędziego Jacka Gudowskiego, że nie należy nadmiernie rozciągać pojęcia dóbr osobistych. Mam tu na myśli zresztą nie tylko poszerzanie katalogu tych dóbr (czy jak chcą niektórzy – identyfikowanie już istniejących), czego dość absurdalnym przykładem jest wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 7 września 2017 r., II Ca 1111/17, który przyznał zadośćuczynienie za zerwanie szczególnej więzi (mam nadzieję, że jednak innej niż rodzinna) z zagryzionym psem. Zjawisko „pączkowania” dóbr osobistych – przy założeniu wyrażonym wprost w uzasadnieniu jednej z omawianych uchwał, że każda krzywda powinna być wynagrodzona – może doprowadzić do żądania zadośćuczynienia za utratę pamiętki rodzinnej albo nawet ukochanej sukienki. Jestem przeciwna również możliwości używania tej instytucji bez ograniczeń we wszelkich stosunkach międzyludzkich, w tym pomiędzy członkami najbliższej rodziny (być może *de lege ferenda* – ustawodawca powinien wprost to wyłączyć?), bo jeśli małżonkowie w kłótni powiedzą sobie słowa, za które osoba obca niewątpliwie mogłaby dochodzić satysfakcji na drodze sądowej, to jednak w stosunkach między najbliższymi nie należy otwierać takiej furtki. Nie będzie to sprzyjało łagodzeniu konfliktów – przeciwnie, spowoduje w większości przypadków ich eskalację, a zatem byłoby sprzeczne z dobrem rodziny, a może nawet z konstytucyjną zasadą ochrony rodziny. Nie jest to wcale obawa bezpodstawna, skoro znane są już wyroki zasądzające zadośćuczynienie za naruszenie prawa do więzi rodzinnych (tu: określonych jako „rodzicielskie”) w sprawie na tle bezprawnego separowania przez matkę ojca od dziecka, mimo orzeczenia o kontaktach¹⁰. Jak wspomniałam wyżej, niektóre wyroki rozszerzające pojęcie „dóbr osobistych” są wyrazem bezsilności sądów wobec niewydolności systemu mającego zapewnić egzekucję takiego orzeczenia i w istocie mają one wynagrodzić ojcu nie tyle (a przynajmniej – nie tylko) postawę matki, ale i błędy systemu państwowego. Jednakże za te ostatnie powinien odpowiadać Skarb Państwa, można więc zastanawiać się, czy nie było to więc przerzucenie odpowiedzialności państwa na matkę.

¹⁰ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 15 lipca 2015 r., I ACa 202/15.

Podział majątku wspólnego małżonków a rozliczenie obciążenia nieruchomości hipoteką

Tytułowego zagadnienia dotyczą dwie uchwały Sądu Najwyższego, w tym jedna w składzie powiększonym. Wobec powszechności kredytów hipotecznych są one ważne. Najpierw 27 lutego 2019 r. Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę, że w razie spłaty kredytu hipotecznego przez jednego z małżonków już po uprawomocnieniu się postanowienia o podziale majątku wspólnego, małżonek ten może dochodzić od drugiego roszczenia o zwrot kwoty zobowiązania zabezpieczonego hipoteką. Nie stoi temu na przeszkodzie art. 618 § 3 k.p.c., gdyż dotyczy on utraty roszczeń współwłaścicieli, a wskutek podziału majątku małżonkowie status taki stracili. Potrzeba podjęcia uchwały wynikała m.in. z rozbieżności orzecnictwa i piśmiennictwa co do tego, czy przedmiotem podziału majątku wspólnego jest tylko „czysty” majątek bez długów (nurt starszy), czy również pasywa, zwłaszcza zabezpieczone rzeczowo (nurt późniejszy).

Sąd Najwyższy odmówił natomiast odpowiedzi na pytanie, jak określić wartość nieruchomości obciążonej hipoteką w razie podziału majątku, gdyż uchwała w tym zakresie miałaby charakter abstrakcyjny, jako oderwany od konkretnego stanu faktycznego (wnioskodawcą był bowiem Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego). Odpowiedział na to pytanie inny skład Sądu Najwyższego w uchwale z 25 lipca 2019 r., III CZP 14/19, stwierdzając, że „w sprawie o podział majątku wspólnego małżonków, obejmującego nieruchomości obciążoną hipoteką zabezpieczającą udzielony małżonkom kredyt bankowy, sąd – przyznając tę nieruchomość na własność jednego z nich – ustala jej wartość z pominięciem wartości obciążenia hipotecznego, chyba że zachodzą istotne powody przemawiające za jego uwzględnieniem”.

Możliwość zażalania zarządzenia wzywającego do uiszczenia zaliczki na biegłego

Zgodnie z treścią uchwały Sądu Najwyższego z 25 lipca 2019 r., III CZP 15/19, na zarządzenie przewodniczącego, wzywające stronę do wniesienia zaliczki na wydatki związane z przeprowadzeniem dowodu z opinii biegłego, przysługuje zażalenie (art. 394 § 1 pkt 9 w zw. z art. 398 k.p.c.). W dniu omawiania tej uchwały nie było jeszcze uzasadnienia, stąd nie wiadomo, czy podstawą rozstrzygnięcia był przepis art. 95 ust. 2 pkt 2 u.k.s.c., zgodnie z którym nie pobiera się opłat od zażalania na postanowienie sądu o wysokości wydatków, czy może przeważała koncepcja oparta na samej istocie zaliczki, co uzasadnia możliwość wniesienia zażalania, jak to przyjęto już w orzecznictwie odnośnie do zaliczki na wynagrodzenie kuratora.

Należy zaaprobować uchwałę, gdyż dotyczy ona ciężarów finansowych postępowania ponoszonych przez stronę, a w systemie polskiego prawa procesowego są one co do zasady zaskarżalne. Nie do pomyślenia byłoby bowiem, aby strona miała ponieść (choćby tylko tymczasowo, na czas postępowania) niekiedy znaczny wydatek i nie miała możliwości zakwestionowania tego.

Zmiana przesłanek dopuszczalności skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia po wprowadzeniu instytucji skargi nadzwyczajnej

Zgodnie z uzasadnieniem postanowienia Sądu Najwyższego z 20 marca 2019 r., V CNP 54/17, po wprowadzeniu 3 kwietnia 2018 r. ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym nowej instytucji – skargi nadzwyczajnej, zmieniły się istotnie przesłanki dopuszczalności skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Nie jest to pierwsze orzeczenie tej treści (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2019 r., II CNP 2/18), niemniej dla praktyków bardzo istotne, stąd celowość omówienia.

Skarga nadzwyczajna to środek zaskarżenia o podstawach znacznie szerszych niż skarga kasacyjna. Może być wniesiona w terminie 5 lat od uprawomocnienia się orzeczenia, zaś w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie ustawy o Sądzie Najwyższym (3 kwietnia 2018 r.) może być wnoszona od orzeczeń sądowych wydanych przed wejściem tej ustawy w życie, lecz po dniu 17 października 1997 r. Skarga nadzwyczajna obejmuje więc także orzeczenia, które uprawomocniły się przed dniem 3 kwietnia 2018 r.

Punktem wyjścia rozważań Sądu Najwyższego było podkreślenie subsydiarnego charakteru skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jako „nadzwyczajnego środka prawnego, który nie służy uchyleniu albo zmianie prawomocnego orzeczenia, lecz inicjuje tylko pierwszą fazę postępowania zmierzającego do realizacji odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z tytułu wydania niezgodnego z prawem prawomocnego orzeczenia sądu”. Dlatego obecnie wnosząc taką skargę i zgodnie z art. 424⁵ § 1 pkt 5 k.p.c. wykazując, że wzruszenie zaskarżonego wyroku nie jest możliwe przy pomocy innych środków prawnych, należy brać pod uwagę także istnienie skargi nadzwyczajnej. Wprawdzie wyłączna legitymacja do wniesienia skargi nadzwyczajnej przysługuje określonym podmiotom, a nie samej stronie, to aby wykazać przesłankę niemożności wzruszenia orzeczenia przy skardze o stwierdzenie niezgodności orzeczenia z prawem trzeba legitymować się wprawdzie wystąpieniem do uprawnionego organu z wnioskiem o wniesienie skargi nadzwyczajnej i odpowiedzią odmowną tego organu.

W uzasadnieniu omawianego postanowienia Sąd Najwyższy nie zajął się kolizją terminów, bowiem skargę nadzwyczajną można wnosić w znacznie dłuższych terminach, niż skargę o stwierdzenie niezgodności prawomocnego orzeczenia z prawem, ponadto czas rozpoznawania przez organ uprawniony do wnoszenia takich skarg jej ewentualnej zasadności i wydania odmowy wniesienia skargi nie zależy od strony. Przepisy nie przewidują zawieszenia biegu dwuletniego terminu na wniesienie skargi o stwierdzenie niezgodności orzeczenia z prawem. Z kolei z utrwalonego orzecznictwa wypływa zasada, że strona ma „do dyspozycji” cały termin i nie ma obowiązku dokonywania czynności już na początku tego terminu. Praktyka pokaże więc, czy w razie przekroczenia terminu do wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności orzeczenia z prawem zwłaszcza z powodu długiego procedowania przez organ uprawniony do wniesienia skargi nadzwyczajnej będą uwzględniane wnioski o przywrócenie terminu, czy też ustawodawca dając ludziom nadzieję w postaci skargi nadzwyczajnej jednocześnie niemal wyeliminowałby możliwość uzyskania odszkodowania od Skarbu Państwa za orzeczenia niezgodne z prawem, gdyż nie będzie w praktyce możliwe dochowanie terminu dwuletniego do wniesienia skargi warunkującej uzyskanie odszkodowania (co byłoby jednak niezgodne ze standardami konstytucyjnymi). Może więc ustawodawca zdecydować się na odpowiednie wydłużenie terminu z art. 424⁶ § 1 k.p.c.

Osoba trzecia w rozumieniu art. 1028 k.c. a prawa *nasciturusa*

Uchwała Sądu Najwyższego z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19, dotyczyła następującego stanu faktycznego: po śmierci mężczyzny stanu wolnego jego matka powołała się na własnoręczny testament, na mocy którego dziedziczyła cały spadek. Następnie matka przekazała darowizną wchodzące w skład spadku gospodarstwo rolne swojej córce a siostrze spadkodawcy. Po pewnym czasie bezspornie udowodniono, że testament był sfalszowany. Również po śmierci urodziła się nieślubna córka spadkodawcy, będąca w tej sytuacji jedynym spadkobiercą. Matka dziecka wystąpiła w jego imieniu o uzgodnienie treści księgi wieczystej nieruchomości wchodzącej w skład spadku przez wykreślenie z działu II siostry zmarłego i wpisanie w jej miejsce córki urodzonej po śmierci spadkodawcy. Odpowiadając na wątpliwości Sądu Okręgowego, Sąd Najwyższy stwierdził, że osoba należąca do kręgu spadkobierców ustawowych, na rzecz której spadkobierca legitymujący się stwierdzeniem nabycia spadku rozporządził prawem należącym do spadku, nie nabyła tego prawa, jeżeli rzeczywistym spadkobiercą jest dziecko spadkodawcy, w chwili otwarcia spadku już poczęte, które urodziło się żywe (*nasciturus*). Sąd Najwyższy wyjaśnił, że poświadczenie dziedzicze-

nia ma charakter jedynie deklaracyjny i może być zmienione, jeżeli istniejący w chwili otwarcia spadku *nasciturus* urodzi się żywy, będąc spadkobiercą rzeczywistym. Rozporządzenie przez rzekomego spadkobiercę byłoby więc rozporządzeniem prawem, którego nie nabył. Uchwała jest oczywiście słuszna.



Paweł Zdanikowski*

**ZAWIESZENIE W WYKONYWANIU PRAWA
DO UDZIAŁU W OBRADACH ZGROMADZENIA
WSPÓLNIKÓW A PRAWO DO WYRAŻENIA
SPRZECIWU CO DO PODJĘCIA UCHWAŁ
BEZ FORMALNEGO ZWOŁANIA**

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 23 MAJA 2019 R.,
II CSK 307/18

Przedmiotem artykułu jest rozwiązanie problemu: czy zawieszenie uprawnienia wspólnika spółki z o.o. do udziału w obradach zgromadzenia wspólników powoduje, że zawieszony wspólnik nie może także złożyć sprzeciwu co do odbycia zgromadzenia wspólników bez formalnego zwołania (art. 240 k.s.h.). Autor polemizuje ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w głosowanym wyroku, że takie zawieszenie powoduje również niemożność zgłoszenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia. Zdaniem autora zawieszenie wspólnika w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników nie niweczy uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia, chyba że wspólnik został wyraźnie zawieszony także w wykonywaniu tego uprawnienia.

Pojęcia kluczowe: prawo do udziału w obradach zgromadzenia wspólników spółki z o.o.; odbycie zgromadzenia wspólników bez formalnego zwołania; prawo wyrażenia sprzeciwu co do odbycia zgromadzenia bez formalnego zwołania

* Paweł Zdanikowski, dr, adiunkt KUL; ORCID: 0000-0002-2383-5401

We współcześnie toczonych sporach korporacyjnych wzrasta znaczenie ochrony tymczasowej wynikającej z zabezpieczenia powództwa. Świadomość długości trwania postępowania rozpoznawczego, nawet przy założeniu sprawności sądu pierwszej instancji (nierzadko oczekiwanie na rozpoznanie apelacji przekracza rok), sprawia że faktyczne rozstrzygnięcie często zapada już na etapie postępowania zabezpieczającego. Udzielenie zabezpieczenia może bowiem na tyle stabilizować stan prawny, że zapadłe po dwóch czy trzech latach prawomocne orzeczenie może nie mieć już dla stron tak istotnego znaczenia.

Konieczność rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia nie później niż w ciągu tygodnia od jego wpływu do sądu (art. 737 k.p.c.) przy zastosowaniu jedynie prostych narzędzi ustalania faktów (uprawdopodobnienie) oraz stopień skomplikowania spraw z obszaru prawa spółek sprawia, że ryzyko wydania merytorycznie wadliwego orzeczenia istotnie wzrasta. Tym większe jest więc znaczenie nie tylko badań doktryny w tym obszarze¹, ale także orzecznictwa. Każda wypowiedź judykatury w tych sprawach, w szczególności Sądu Najwyższego, jest zatem cenna.

Z zadowoleniem należy więc przyjąć głosowany wyrok, w którym Sąd Najwyższy zajął stanowisko co do określenia wzajemnej relacji między reprezentacją całego kapitału zakładowego w rozumieniu art. 240 k.s.h. i pozbawieniem jednego ze współników prawa uczestnictwa oraz wykonywania prawa głosu na nadzwyczajnych zgromadzeniach współników w trybie art. 268 k.s.h.

Streszczając stan faktyczny można wskazać, że sprawa o stwierdzenie nieważności uchwał zgromadzenia współników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, na kanwie której zapadło głosowane orzeczenie, dotyczyła uchwał podjętych nieformalnie, tzn. bez formalnego zwołania. Istotne było to, że we wcześniej toczącym się postępowaniu (o wyłączenie współnika), zabezpieczono powództwo poprzez zawieszenie pozwanego (powoda w sprawie o stwierdzenie nieważności uchwał) w wykonywaniu praw udziałowych. Zawieszenie objęło prawo do uczestnictwa oraz wykonywania prawa głosu na nadzwyczajnych zgromadzeniach oraz do zgłaszania sprzeciwów, o których mowa w art. 240 k.s.h. Sąd I instancji powództwo uwzględnił², uznając, że współnik zawieszony w prawie uczestniczenia oraz prawie głosu na zgromadzeniu współników, a także zawieszony w prawie do zgłaszania sprzeciwu na podstawie art. 240 k.s.h., powinien zostać uwzględniony przy ustalaniu osób uprawnionych do reprezentacji kapitału zakładowego wymaganego do odbycia zgro-

¹ Zob. Ł. Błaszczak, Zabezpieczenie roszczeń w sporach korporacyjnych na przykładzie spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały współników oraz spraw o wyłączenie współnika, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2019, nr 1, s. 5-34 i powołaną tam literaturę.

² Wyrok SO w Poznaniu z 24 października 2016 r., IX GC 1301/15.

madzenia wspólników w trybie nieformalnym. Sąd odwoławczy zmienił jednak wyrok oddalając powództwo³. Sąd apelacyjny przyjął, że zawieszenie powoda w wykonywaniu praw członkowskich wywołało ten skutek, że powód z uwagi na pozbawienie prawa uczestniczenia i prawa głosu na nadzwyczajnym zgromadzeniu wspólników nie mógł być obecny i uwzględniony w ramach pojęcia „reprezentacji całego kapitału zakładowego” z art. 240 k.s.h. (należało przyjąć taki stan, jakby takiego wspólnika nie było). Sąd Najwyższy zaś podzielając stanowisko sądu apelacyjnego oddalił skargę kasacyjną.

Sąd Najwyższy uznał, że „reprezentacja całego kapitału zakładowego w rozumieniu art. 240 k.s.h. odnosi się do prawnej możliwości brania udziału w zgromadzeniu wspólników, a nie do samego posiadania udziałów w kapitale zakładowym”. Zdaniem SN przemawia za tym *ratio legis* instytucji zabezpieczenia powództwa o wyłączenie wspólnika ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, to znaczy, że udzielone zabezpieczenie ma pozwolić na prawidłowe funkcjonowanie zgromadzenia wspólników oraz samej spółki w warunkach możliwości podejmowania decyzji istotnych dla jej funkcjonowania. Brak możliwości korzystania z trybu nieformalnego odbycia zgromadzenia wspólników i konieczność podejmowania wszelkich decyzji wyłącznie na zgromadzeniach formalnie zwołanych przez zarząd, świadczyłyby o całkowitym pominięciu wskazanego istotnego celu postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia.

Sąd Najwyższy przywołując także stanowisko wyrażone w wyroku z 26.03.2002 r.⁴ stwierdził, że naturalną konsekwencją zawieszenia prawa udziału w obradach zgromadzenia wspólników musi być przyjęcie fikcji, a mianowicie traktowanie zawieszzonego wspólnika tak, jakby nie był on wspólnikiem, i ustalanie *quorum* niezbędnego dla zwołania zgromadzenia wspólników, odbycia zgromadzenia wspólników, do podejmowania uchwał przez zgromadzenie wspólników, do ustalania progów kapitałowych uprawniających do wykonywania praw mniejszości itp. z pominięciem udziału tego wspólnika. Odmienna interpretacja prowadziłaby do tego, że wydane postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia nie miałyby żadnego praktycznego znaczenia (zwłaszcza zaś zawieszony wspólnik przez sam fakt nieobecności na zgromadzeniu mógłby uniemożliwić podjęcie jakichkolwiek uchwał), jego skuteczność byłaby iluzoryczna, a zatem taka wykładnia jest nie do przyjęcia. Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że odmiennie przedstawiałaby się sytuacja, gdyby zabezpieczenie ograniczało się w analizowanym zakresie do zawieszenia wspólnika w wykonywaniu prawa głosu. Wówczas bowiem wspólnik taki – choć pozbawiony prawa głosu – pozostawałby uprawniony do informacji o planowanym odbyciu formalnie zwołanego zgromadze-

³ Wyrok SA w Poznaniu z 22 września 2017 r., I ACa 111/17.

⁴ III KKN 1238/99, OSNC 2003 nr 5, poz. 61.

nia wspólników, jak też byłby uwzględniany przy ocenie spełnienia kryterium reprezentacji całego kapitału zakładowego w rozumieniu art. 240 k.s.h.

Stanowisko SN chociaż jest trafne na gruncie tego konkretnego stanu faktycznego – skłania do polemiki jeżeli chodzi o przyjętą argumentację. Przy określaniu zależności pomiędzy zawieszeniem w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników a dopuszczalnością zgłoszenia przez zawieszonoego wspólnika sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia powołanie się na *ratio legis* instytucji zabezpieczenia powództwa o wyłączenie wspólnika nie jest efektywne. Przepis art. 240 k.s.h. ma bowiem charakter ogólny. Jest zatem stosowany we wszystkich przypadkach zabezpieczenia poprzez zawieszenie wykonywania praw udziałowych, a nie tylko w przypadku zawieszenia w sprawie o wyłączenie wspólnika. Nie ma przecież przeszkód by sąd rozpoznający inny spór korporacyjny, np. o ustalenie, że uznawana przez spółkę za wspólnika osoba nim nie jest, zabezpieczył powództwo poprzez zawieszenie pozwanego w prawie do udziału w obradach zgromadzenia wspólników. Taki sposób zabezpieczenia jest przecież szczególnym przypadkiem unormowania praw i obowiązków stron na czas trwania postępowania (art. 755 § 1 pkt 1 k.p.c.)⁵.

Wydaje się, że rozwiązanie postawionego przez Sąd Najwyższy problemu powinno być inne. Skoro rzecz dotyczy relacji pomiędzy prawem do udziału w obradach zgromadzenia wspólników a prawem złożenia sprzeciwu przeciwko odbyciu nieformalnego zgromadzenia należy ustalić treść obu uprawnień. Może się bowiem okazać, że są to dwa różne treściowo i niezależne od siebie uprawnienia. Sąd Najwyższy trafnie opisał treść prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników twierdząc, że jest ono odrębnym od prawa głosu uprawnieniem korporacyjnym przysługującym wspólnikowi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, obejmującym zwłaszcza prawo do fizycznej obecności na posiedzeniu zgromadzenia wspólników, uczestnictwo za pośrednictwem dopuszczonych przez umowę spółki środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, prawo zadawania pytań, składania wniosków czy oświadczeń itp. W tym zakresie można jedynie dodać, że czynności te, szczególnie udział w dyskusji, mogą mieć niekiedy istotne znaczenie, szczególnie w przypadku braku wyraźnego stanowiska w danej kwestii wśród części wspólników (których można wówczas przekonywać). Uprawnienie do udziału w obradach zgromadzenia wspólników ma charakter roszczenia. Przedmiotem uprawnienia wspólnika jest bowiem możliwość domagania się od spółki spełnienia świadczenia nie-

⁵ Tak też Ł. Błaszczak, *Zabezpieczenie roszczeń...*, s. 27; por. także A. Jakubecki, w: *System prawa procesowego*, t. V, *Postępowanie zabezpieczające*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2016, s. 411.

pieniężnego, jakim jest zachowanie umożliwiające mu udział w obradach zgromadzenia z wszelkimi tego konsekwencjami⁶.

W uzasadnieniu wyroku zabrakło jednak rozważań na temat treści prawa do wyrażenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia wspólników. Uprawnienie, o którym mowa w art. 240 k.s.h. pozwala wspólnikowi uniemożliwić uproszczone, to znaczy bez formalnego zwołania, odbycie zgromadzenia wspólników. Koncepcja legislacyjna spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zakłada wprawdzie, że wspólnik jest dla niej postacią centralną i najważniejszą, jednakże wykonywanie uprawnień decyzyjnych w spółce powiązane z kompetencjami zarządu. Aby wspólnicy mogli podejmować uchwały zgromadzenie wspólników powinno być formalnie zwołane, a zasadniczą kompetencję do tego ma zarząd spółki (art. 235 k.s.h.). Powiązanie ze sobą tych dwóch uprawnień i uzależnienie dopuszczalności wykonywania prawa głosu na zgromadzeniu wspólników od jego formalnego zwołania przez zarząd nie jest przypadkowe. Uprawnienie do odbycia zgromadzenia wspólników bez jego zwołania jest więc wyjątkiem od zasady, możliwym do realizacji w razie braku sprzeciwu któregośkolwiek ze wspólników, niezależnie od liczby przysługujących wspólnikowi udziałów. Istota uprawnienia do zgłoszenia sprzeciwu, które jurystycznie jest tzw. uprawnieniem władczym (bezpośrednim), polega więc na zablokowaniu możliwości odbycia nieformalnie zwołanego zgromadzenia i nie ma nic wspólnego z głosowaniem na tym zgromadzeniu⁷. Konsekwencje zastosowania tego uprawnienia polegają więc na tym, że zgromadzenie będzie się mogło odbyć dopiero po jego zwołaniu (zasadniczo przez zarząd). Zawieszenie wspólnika w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników nie koreluje więc z uprawnieniem do wyrażenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia. Zresztą żeby doszło do realizacji prawa z art. 240 k.s.h. wspólnik musi mieć możliwość wyrażenia swojego stanowiska. W przypadku, gdy nie wiedział o zamiarze odbycia nieformalnego zwołania, nie może być mowy o realizacji uprawnienia.

W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że zawieszenie wspólnika w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników sprawia, że uprawnienie z art. 240 k.s.h. będzie bezprzedmiotowe. Skoro bowiem wspólnik nie może uczestniczyć w zgromadzeniu to zbędne jest także umożliwienie mu sprzeciwiania się jego odbyciu. Tak jest jednak tylko pozornie. Wprawdzie sko-

⁶ Zob. szerzej P. Zdanikowski, *Prawo udziałowe w spółce z o.o.*, Warszawa 2011, s. 207.

⁷ Z podobnego założenia, jak się wydaje, wyszedł sąd I instancji w sprawie, na kanwie której zapadło głosowane orzeczenie, zob. przyp. nr 2. Podobnie także SO w Warszawie w wyroku z 17 kwietnia 2012 r., sygn. XX GC 724/11, w którym stwierdził, że, prawo wyrażenia sprzeciwu wobec odbycia zgromadzenia wspólników bez jego formalnego zwołania lub podejmowania uchwał w sprawach nieobjętych porządkiem obrad, jest tzw. uprawnieniem blokującym, które ma charakter gwarancyjny i przysługuje każdemu wspólnikowi bez względu na liczbę i wartość jego udziałów.

rzystanie z uprawnienia z art. 240 k.s.h. nie przekłada się w żaden sposób na głosowanie, jednakże pozwala zablokować możliwość podjęcia uchwały w ogóle. Ostatecznie uchwała będzie mogła być powzięta, ale dopiero po zwołaniu zgromadzenia. Może się zdarzyć i tak, że wspólnik, który sprzeciwia się zwołaniu zgromadzenia posiada wpływ na zarząd, który zgromadzenia nie zwoła bez jego zgody. Taki wspólnik może być także uprzywilejowany (osobiście lub udziałowo) poprzez prawo zwoływania zgromadzeń wspólników itp.

Nie znaczy to, że przysługiwanie wspólnikowi uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia wspólników uniemożliwia efektywne zabezpieczenie powództwa. Nie ma bowiem przeszkód, by powództwo zabezpieczyć także poprzez zawieszenie wspólnika w wykonywaniu takiego uprawnienia. Zresztą w niniejszej sprawie miało to miejsce. Powód w sprawie o stwierdzenie nieważności uchwały (pozwany w sprawie o wyłączenie wspólnika) został bowiem zawieszony także w wykonywaniu prawa do zgłaszania sprzeciwu, o którym mowa w art. 240 k.s.h. W swoich rozważaniach SN niestety pominął tę kwestię, która dla przyjętej argumentacji, miała istotne znaczenie. Wzięcie pod uwagę, że powoda skutecznie zawieszono nie tylko w prawie do udziału w obradach zgromadzenia wspólników, lecz także w prawie zgłaszania sprzeciwu, o którym mowa w art. 240 k.s.h. powoduje, że znaczenie postawionego na wstępie problemu istotnie maleje. W takiej sytuacji nie powinno być bowiem wątpliwości, że złożenie sprzeciwu co do odbycia zgromadzenia przez wspólnika zawieszono w wykonywaniu tego uprawnienia jest bezskuteczne. W konsekwencji zwołanie i odbycie zgromadzenia z pominięciem takiego wspólnika jest dopuszczalne. Wynika to jednak wyłącznie z zawieszenia wykonywania uprawnienia z art. 240 k.s.h., a nie jest pochodną zawieszenia prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników. Podsumowując można zatem stwierdzić, że wspólnik zawieszony w wykonywaniu prawa do udziału w obradach zgromadzenia wspólników zachowuje prawo do wyrażenia sprzeciwu co do odbycia nieformalnego zgromadzenia, chyba że został zawieszony w wykonywaniu także tego uprawnienia.

Bibliografia

Błaszczak Łukasz, *Zabezpieczenie roszczeń w sporach korporacyjnych na przykładzie spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały wspólników oraz spraw o wyłączenie wspólnika*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2019, nr 1, 5-34.

System prawa procesowego, t. V, Postępowanie zabezpieczające, red. Andrzej Jakubecki, Warszawa 2016.

Zdanikowski Paweł, *Prawo udziałowe w spółce z o.o.*, Warszawa 2011.



Arkadiusz Radwan*

ZAŁOŻENIA DO USTAWY O SĄDZIE RYNKU KAPITAŁOWEGO

Na zlecenie Giełdy Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie Instytut Zaawansowanych Studiów Prawnych im. Profesora Maurycygo Allerhanda z siedzibą w Krakowie, powszechnie znany jako Instytut Allerhanda, opracował w 2018 r. koncepcję wydzielenia w polskim wymiarze sprawiedliwości specjalistycznego sądu dla spółek publicznych.

Założenia do tzw. „ustawy o Sądzie Rynku Kapitałowego” przygotował adw. dr. hab. Arkadiusz Radwan, we współpracy z r. pr. Michałem Bobrzyńskim, LL.M. (Harvard), r. pr. Kamilem Nowakiem oraz dr. Kizysztosem Grabowskim – współpracownikami naukowymi Instytutu Allerhanda.

Prezentujemy dokument w oryginalnej formie przekazanej Zarządowi GPW 5 grudnia 2018 r.

Pojęcia kluczowe: rynek kapitałowy, sąd specjalistyczny

I. Wstęp

1. Niniejsze Założenia (dalej: Założenia) do ustawy wprowadzającej Sąd Rynku Kapitałowego zostały przygotowane na zlecenie Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie (Zleceniodawca).

* Arkadiusz Radwan, adw. dr. hab.; prof. Uniwersytetu Witolda Wielkiego w Kownie; dyrektor Polskiej Akademii Nauk, Stacja Naukowa w Wiedniu, prezes Instytutu Allerhanda w Krakowie; ORCID: 0000-0003-3087-3497.

2. Przedmiotem Założeń jest przygotowanie koncepcyjne i wdrożeniowe Projektu legislacyjnego pod roboczym tytułem „Sąd Rynku Kapitałowego” (dalej: Projekt), tj. ustawy o utworzeniu wydzielonego sądu korporacyjnego dla spółek publicznych.

II. Cele projektowanej regulacji

3. Głównym celem Projektu jest:
 - (i) z punktu widzenia polityki gospodarczej Państwa – poprawa międzynarodowej konkurencyjności polskiego rynku kapitałowego dzięki zwiększeniu jego wiarygodności oraz poprawa efektywności w zakresie dostarczania kapitału dla gospodarki, co wymaga odczuwalnej poprawy sprawności i fachowości wymiaru sprawiedliwości w dwóch kluczowych obszarach: (a) sądowego nadzoru nad działalnością administracji publicznej (*public enforcement*), oraz (b) egzekwowania praw i dochodzenia roszczeń przez uczestników rynku kapitałowego (*private enforcement*);
 - (ii) z punktu widzenia interesu publicznego – podniesienie poziomu zaufania uczestników rynku oraz poprawa warunków uczciwego konkurowania na rynku kapitałowym i finansowym (*level playing field*) poprzez redukcję przestrzeni dla nieuczciwych praktyk za pomocą prewencji generalnej (wyższy stopień sankcjonowania i penali-zowania zachowań sprzecznych z prawem);
 - (iii) z punktu widzenia uczestników rynku – zapewnienie emitentom, inwestorom, bankom, ubezpieczycielom, towarzystwom funduszy inwestycyjnych, firmom inwestycyjnym i innym uczestnikom rynku efektywnych rozwiązań instytucjonalnych i proceduralnych, które pozwolą na poprawę egzekwowania prawa spółek oraz prawa rynku kapitałowego i finansowego i jednocześnie zapewnią większą przewidywalność prowadzenia działalności gospodarczej, pozyskiwania kapitału oraz inwestowania. Chodzi tutaj o zapewnienie uczestnikom rynku bardziej efektywnego (dostępność, szybkość, jakość) systemu załatwiania spraw rejestrowych i rozstrzygania sporów na tle prawa spółek i prawa rynku kapitałowego/finansowego, w tym także rozstrzygania w przedmiocie odwołań od decyzji administracyjnych wydawanych przez regulatorów rynku finansowego oraz o odpowiedzialności cywilnej i karnej piastunów organów i innych

podmiotów. Uczestnicy rynku powinni być wobec wymiaru sprawiedliwości nie jedynie stronami bądź uczestnikami sprawowania władzy sądowniczej, ale także odbiorcami usługi publicznej świadczonej na wysokim poziomie i w sposób przyjazny dla stron/uczestników.

4. Pobocznym celem Projektu jest przeprowadzenie pilotażu legislacyjnego, który – po jego ewaluacji (ex-post OSR, tj. następcza Ocena Skutków Regulacji) – będzie mógł stanowić źródło inspiracji dla całego systemu prawa, a przez to pozwoli na poprawę konkurencyjności polskiej gospodarki (co powinno także znaleźć odzwierciedlenie w miernikach, takich jak międzynarodowe rankingi, zwłaszcza *Doing Business*). Dorobek wyspecjalizowanego sądu rynku kapitałowego będzie mógł być wykorzystany jako cenny materiał w pracy koncepcyjnej nad stworzeniem innych sądów wyspecjalizowanych.
5. Środkiem do realizacji zdefiniowanych wyżej celów jest utworzenie wyspecjalizowanego sądu – Sąd Rynku Kapitałowego, (dalej również jako: SRK). Tym samym opisane tutaj cele będą mogły zostać wpisane w szersze przedsięwzięcie, jakim jest reforma polskiego wymiaru sprawiedliwości.
6. W zależności od ostatecznie przyjętego zakresu kognicji takiego sądu, do rozważenia pozostają inne nazwy – w szczególności Sąd Rynku Finansowego (dalej: SRF). Niektóre spośród spraw, które w niniejszych Założeniach są przewidziane dla właściwości SRK, mają charakter spraw z zakresu rynku finansowego.

III. Potrzeba poprawy egzekwowania prawa spółek oraz prawa rynku kapitałowego i finansowego

7. Efektywność systemu prawnego jest determinowana z jednej strony przez rozwiązania prawa materialnego, z drugiej zaś przez instytucjonalne i proceduralne gwarancje jego stosowania i egzekwowania. W obszarze prawa spółek postępuje stopniowa konwergencja w zakresie rozwiązań materialnoprawnych. Mimo to jego efektywność, której jedną z miar jest poziom ochrony wspólników (inwestorów) mniejszościowych, co z kolei rzutuje na koszt finansowania własnego (*equity*), pozostaje zróżnicowana. Stopień i zakres harmonizacji a nawet ujednoczenia prawa materialnego, przynajmniej w Unii Europejskiej, jest jeszcze większy w obszarze regulacji rynku kapitałowego i finansowego, który jest w dużej mierze przedmiotem rozporządzeń i dyrektyw unijnych. Transponowanie europejskich i transplantowanie obcych rozwiązań material-

noprawnych jest jednak zazwyczaj łatwiejsze, niż zapewnienie funkcjonującego otoczenia instytucjonalnego, na które składają się sprawne i kompetentne instytucje sądowe, nadzorcze i regulacyjne.

8. Ujednolicenie czy unowocześnienie prawa materialnego samo w sobie nie daje jednak wystarczającej przewagi konkurencyjnej w wyścigu o inwestycje, w wyścigu o inkorporacje czy w szeroko pojętej konkurencji systemowej gospodarek. Równie ważny, a niekiedy nawet jeszcze ważniejszy jest aspekt instytucjonalny i proceduralny. Decyduje on bowiem o rzeczywistym kształcie „prawa w działaniu” (*law in action*) i o efektywności systemu prawnego.
9. Mimo istnienia stosownych uregulowań w prawie materialnym, brak funkcjonujących rozwiązań instytucjonalnych sprawia, część przepisów prawa rynku kapitałowego i finansowego pozostaje w Polsce bez praktycznego znaczenia. Dotyczy to przykładowo dochodzenia naruszeń przez firmy inwestycyjne obowiązków związanych z ochroną inwestora przewidzianych w dyrektywie MiFID II¹ i w rozporządzeniu MiFIR², czy też ochrony inwestorów nabywających papiery wartościowe na podstawie udzielonych im przez emitenta informacji (odpowiedzialność prospektowa).
10. Zapewnienie właściwych rozwiązań instytucjonalnych nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy aktualnie na rynku finansowym znacząca ilość środków inwestycyjnych pozyskiwana jest przez instytucje finansowe w ramach ofert prywatnych (niepublicznych), często do struktur o elastycznej polityce inwestycyjnej, lokującej środki pieniężne w aktywa o ograniczonej płynności (np. spółki niepubliczne, pakiety wierzytelności, nieruchomości). Słabość ochrony uczestników rynku finansowego w tym zakresie dobitnie uwidaczniają niektóre sprawy, które w ostatnim okresie przyciągnęły uwagę szerszej opinii publicznej.
11. Potrzeba stworzenia właściwych rozwiązań instytucjonalnych uzasadniona jest również częściowym odchodzeniem od tradycyjnych form pozyskiwania finansowania w związku z dynamicznym rozwojem technologicznym np. technologii blockchain, który to rozwój zazwyczaj wyprzedza proces legislacyjny, pozostawiając część

¹ MiFID 2 – *Markets in Financial Instruments Directive II* (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE).

² MiFIR – *Markets in Financial Instruments Regulation* (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 600/2014 z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniające rozporządzenie (EU) nr 648/2012).

rynku finansowego poza obszarem regulacyjnym, przynajmniej na pewien okres czasu, przez co potencjalna ochrona inwestorów będzie musiała zostać oparta na zastosowaniu przepisów ogólnych. Oznacza to, że potrzeba znajomości materii, a nie tylko samych przepisów, będzie narastała, a bez tej znajomości trudno będzie mówić o efektywnym egzekwowaniu prawa i zapewnieniu funkcjonującego reżimu prawnego, chroniącego uczestników rynku.

12. Ważnym komponentem rozwiązań instytucjonalnych jest ich kultura organizacyjna i filozofia działania. Te elementy nie poddają się prostej zmianie legislacyjnej, mogą być jednak stymulowane przez przemyślane rozwiązania ustawowe i okołoustawowe. Chodzi tutaj w szczególności o właściwe wyważenie między „świeżym startem”, mającym umożliwić zaszczerpienie nowej, przyjaznej kultury organizacyjnej, a kontynuacją, która pozwoli na skuteczne wkomponowanie wprowadzonych rozwiązań instytucjonalnych w system wymiaru sprawiedliwości.

IV. Sądownictwo – między władzą publiczną a usługą publiczną

13. Sądownictwo jest zazwyczaj ujmowane jako jedna z władz (trzecia władza, mająca równoważyć dwie pozostałe, według tradycyjnego ujęcia *trias politica*) a jej działalność to wymiar sprawiedliwości. Taka kwalifikacja jest prawidłowa, ale nie jest ona wyczerpująca. Na sądownictwo należy jednocześnie spojrzeć jako na szczególny sektor usług publicznych świadczonych dla osób fizycznych i prawnych oraz innych jednostek organizacyjnych. Usługi te obejmują przede wszystkim rozstrzyganie sporów, ale także inne czynności (np. prowadzenie rejestrów i dokonywanie do nich wpisów, powoływanie kuratorów, wyznaczanie biegłych etc.). Zadaniem państwa jest dostarczanie usług publicznych na możliwie najwyższym poziomie.
14. Stopień zaspokojenia zapotrzebowania na usługi, w tym także na usługi publiczne z zakresu wymiaru sprawiedliwości i rozstrzygania sporów, wyznacza triada: dostępność, jakość, szybkość.
15. Dostępność jest określana zwłaszcza przez takie parametry jak koszt (przystępność cenowa) i odległość (dostępność geograficzna). Odległość dzieląca usługobiorcę od usługodawcy, mimo iż bywa wyróżniana jako osobny wyznacznik dostępno-

ści, jest w gruncie rzeczy również czynnikiem w dużej mierze kosztowym. Bezpośrednie elementy kosztowe to opłaty sądowe oraz wydatki na doradztwo prawne zastępstwo sądowe (honoraria adwokackie/radcowskie). Pośrednio koszt finansowy zależy jednak także od sprawności postępowania, w tym zarządzania sprawą przez sąd (*case management*), której jest prostą pochodną, ponieważ sprawność rzutuje na wymiar zaangażowania profesjonalnego doradcy prawnego (pełnomocnika), tj. czasochłonność zastępstwa i czynności przygotowawczych. Z tego też powodu dostępność łączy się w pewien sposób z szybkością.

16. Szybkość jest wyznaczana przez czas, jaki upływa od wszczęcia postępowania do załatwienia sprawy. Zapewnienie rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie jest pojmowane wręcz jako konstytuowany element sprawiedliwości – w myśl przypisywanej Williamowi Ewartowi Gladstone'owi maksymy: „spóźniona sprawiedliwość to niesprawiedliwość”.
17. Jakość rozstrzygania sporów przez sądy jest determinowana przez prawidłowość, tj. poprawność merytoryczną (trafność) rozstrzygnięć, a także ich przewidywalność, co wiąże się z powtarzalnością (utrwalanie linii orzeczniczej) oraz spójnością (aksjologia prawa). Poprawność (trafność) rozstrzygnięcia to jego zgodność z postulatami sprawiedliwości i efektywności ekonomicznej. Ponieważ to właśnie stosowanie prawa, jako jego konkretyzacja, decyduje o rzeczywistym wpływie norm na zachowania adresatów tych norm, efektywność ekonomiczna oceniana jest przez to, jakiego rodzaju bodźców (do zachowań bądź zaniechań) orzecznictwo sądowe dostarcza adresatom norm konkretyzowanych w procesie stosowania prawa. Stopień oddziaływania bodźca jest zależny od tego, na ile jest on utrwalony, co wiąże się z przewidywalnością i powtarzalnością rozstrzygnięć sądowych. W ten sposób orzecznictwo tworzy standardy (wzorce zachowań), zwłaszcza w tych obszarach, w których ustawodawca posługuje się klauzulami generalnymi (należyta staranność, dobra wiara, dobre obyczaje etc.). Ma to szczególne znaczenie w rozstrzyganiu o odpowiedzialności piastunów organów.

V. Potrzeba specjalizacji w wymiarze sprawiedliwości

18. Specjalizacja jest motorem rozwoju ekonomicznego, o czym pisał już w 1776 r. Adam Smith. Dotyczy to nie tylko produkcji, ale także usług. W usługach prawnych prywatnych (doradztwo prawne) doszło w minionych latach do daleko idącej specjalizacji. Potwierdza to rynkowy trend: wyspecjalizo-

wane kancelarie (duże – „departamentowe”, jak również małe – „butikowe”) zyskują udział w rynku kosztem praktyk uniwersalnych. Jednocześnie większość dużych kancelarii ma swoją główną lub jedyną siedzibę w Warszawie. Zestawienie tych dwóch prawidłowości daje następujący obraz: postępująca specjalizacja zbiega się z narastającą koncentracją terytorialną. Ta ostatnia jest możliwa dzięki rosnącej roli narzędzi teleinformatycznych umożliwiających zdalne świadczenie usług, a także dzięki coraz lepszej infrastrukturze komunikacyjnej (transportowej).

19. Opisane wyżej przemiany sektora usług prawnych prywatnych tylko w ograniczony stopniu znajdują swoje odzwierciedlenie w ewolucji organizacji wymiaru sprawiedliwości.

W sądownictwie specjalizacja pozostaje w tyle za trendem obserwowanym w kancelariach prawnych, jednocześnie dostępność terytorialna sądu zachowuje prymat nad koncentracją kompetencji w mniejszej liczbie lokalizacji. W wielu przypadkach podejście takie jest uzasadnione – dotyczy to zwłaszcza dostępu do wymiaru sprawiedliwości w powszednich sprawach cywilnych osób fizycznych takich jak: spory sąsiedzkie, sprawy odszkodowawcze, spadkowe, rodzinne, zagadnienia prawa pracy i ubezpieczenia społecznego i in. We wszystkich wymienionych materiach bliskość geograficzna będzie w istotnej mierze determinowała faktyczną dostępność usługi publicznej dostarczanej przez państwo (wymiar sprawiedliwości i rozstrzyganie sporów), a tym samym praktyczną możliwość realizacji konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji).

20. Bliskość terytorialna nie odgrywa porównywalnej roli w zakresie rozstrzygania większości sporów dotyczących dużych podmiotów gospodarczych, takich jak spółki publiczne. Jednocześnie wartość ekonomiczna takich sporów (która stanowi szerszą kategorię, niż wartość przedmiotu sporu w znaczeniu proceduralnym), czyli ich wpływ na gospodarkę jest często bardzo duża. Dodatkowo spory takie zazwyczaj – pośrednio bądź bezpośrednio – dotyczą szerokiego grona rozmaitych interesariuszy. Niektóre z podmiotów będących spółkami publicznymi są jednocześnie istotnymi podmiotami odgrywającymi istotną rolę we wrażliwych sektorach, takich jak finanse czy energetyka, mają zatem znaczenie systemowe bądź znaczenie dla bezpieczeństwa publicznego. Wszystko to stanowi dodatkowy element podnoszący rangę szybkości i jakości rozstrzygania sporów względem dostępności terytorialnej sądu. W wielu

zresztą przypadkach już dziś centralizacja jest przesądzona – dotyczy to odwołań od decyzji Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: KNF), które rozpatruje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie. Spółki publiczne nawet jeśli mają siedzibę w różnych miejscowościach, w pewnym zakresie znajdują się zatem w obszarze jurysdykcji warszawskiej. Dotyczy to także relacji emitent – spółka prowadząca rynek regulowany, którą jest Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie.

21. W sposobie organizacji usług prawnych publicznych (rozwiązywania sporów) dominuje tradycyjne podejście, które bliskość geograficzną przedkłada nad specjalizację. Dotyczy to również sporów gospodarczych: wydziały gospodarcze sądów okręgowych usytuowane są bowiem w aż 20 lokalizacjach (miastach). Prymat dostępności terytorialnej nad koncentracją wiedzy fachowej w sądzie wyspecjalizowanym może być uzasadniony dla typowych spraw o zapłatę, ale jest znacznie bardziej dyskusyjny dla złożonych sporów korporacyjnych, a jeszcze bardziej dla spraw dotyczących odpowiedzialności za naruszenie norm prawa rynku kapitałowego.
22. Według art. 12 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – *Prawo o ustroju sądów powszechnych*, Dz.U. 2018, poz. 23, ze zm. (dalej: p.u.s.p.) sąd rejonowy dzieli się obligatoryjnie na wydziały: cywilny i karny; fakultatywnie (opcjonalnie) zaś na wydziały: rodzinny i nieletnich, pracy, ubezpieczeń społecznych (ewentualnie pracy i ubezpieczeń społecznych), gospodarczy, ksiąg wieczystych, egzekucyjny (w życie od 1 stycznia 2019 r.). Stosownie do art. 16 § 1 p.u.s.p. sąd okręgowy dzieli się obligatoryjnie na wydziały: cywilny i karny; fakultatywnie (opcjonalnie) zaś na wydziały: pracy, ubezpieczeń społecznych (ewentualnie pracy i ubezpieczeń społecznych), gospodarczy, kontroli danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych. Dodatkowo istnieją nieliczne sądy wyspecjalizowane: Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Unijnych Znaków Towarowych i Wzorów Wspólnotowych (zob. szerzej, punkt IX niżej). W ramach sądów gospodarczych funkcjonują wydziały „specjalistyczne” (na szczeblu rejonowym), a to: Wydział Gospodarczy Rejestru Zastawów, Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego i Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych. Pozostałe sprawy gospodarcze pozostają w kognicji „zwykłych” wydziałów gospodarczych (zwanymi niekiedy potocznie „wydziałami gospodarczymi-procesowymi”).
23. Wyodrębnienie wydziałów gospodarczych nie prowadzi jednak do rzeczywistej specjalizacji, ponie-

waż sprawy gospodarcze reprezentują szeroki wachlarz problemów prawnych z różnych obszarów, dla których w ramach kancelarii prawnych tworzy się często osobne departamenty. Tymczasem zakres kognicji sądów gospodarczych, wyznaczony pojęciem sprawy gospodarczej, pozostaje szeroki. Art. 2 ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 723, ze zm.) ujmuje sprawę gospodarczą w następujący sposób (dodano rozstrzelony druk wskazujący na sprawy korporacyjne):

1. *Sprawami gospodarczymi są sprawy ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.*

2. *Ponadto sprawami gospodarczymi są sprawy:*

1) *określone w ust. 1, choćby którakolwiek ze stron zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej;*

2) *ze stosunku spółki oraz dotyczące roszczeń, o których mowa w art. 291-300 i art. 479-490 [KSH]³;*

3) *przeciwko przedsiębiorcom o zaniechanie naruszania środowiska i przywrócenie do stanu poprzedniego lub o naprawienie szkody z tym związanej oraz o zakazanie albo ograniczenie działalności zagrażającej środowisku;*

4) *między organami przedsiębiorstwa państwowego;*

5) *między przedsiębiorstwem państwowym lub jego organami a jego organem założycielskim lub organem sprawującym nadzór;*

6) *z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego;*

7) *o nadanie klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu, którym jest orzeczenie sądu gospodarczego prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu albo ugoda zawarta przed tym sądem, jak również innemu tytułowi egzekucyjnemu, obejmującemu roszczenia, które, gdyby były rozpoznawane przez sąd, należałyby do właściwości sądów gospodarczych;*

8) *o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego opartego na prawomocnym lub podlegającym natychmiastowemu wykonaniu orzeczeniu sądu gospodarczego albo ugodzie zawartej przed tym sądem, jak również innego tytułu wykonawczego obejmującego roszczenie, które, gdyby było rozpoznawane przez sąd, należałoby do właściwości sądów gospodarczych;*

³ Chodzi o odpowiedzialność cywilną członków zarządu, członków rady nadzorczej, założycieli, likwidatorów, rewidentów i innych osób – za działania opisane w przytoczonych przepisach dotyczących spółki akcyjnej i spółki z o.o., a mocą odesłania (art. 126 § 1 pkt 2 k.s.h.) – także spółki komandytowo-akcyjnej.

9) o ustalenie, że orzeczenie sądu lub rozstrzygnięcie innego organu państwa obcego wydane w sprawie gospodarczej podlega albo nie podlega uznaniu;

10) inne, przekazane przez odrębne przepisy.

24. Dodatkowo duża część spraw dotyczących spółek publicznych ma obecnie charakter publicznoprawny, związany z publicznym nadzorem nad rynkiem kapitałowym i rynkiem finansowym. Za naruszenie obowiązków ustawa przewiduje liczne sankcje administracyjnoprawne. Od decyzji KNF przysługuje skarga do Sądu Administracyjnego w Warszawie a następnie skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA). W NSA funkcjonuje wprawdzie o odrębna Izba Gospodarcza, mimo o jednak zakres rozpatrywanych przez nią spraw jest bardzo szeroki, co utrudnia specjalizację. Dodatkowo polski model nadzoru sądowego nad działalnością administracji (w tym przypadku przede wszystkim KNF) jest co do zasady kasatoryjny, co ogranicza merytoryczną kontrolę ze strony sądu. Prowadzi to w naturalny sposób do uwypuklenia kwestii formalnych (kontrola prawidłowości proceduralnej).
25. Współistnienie drogi cywilnej przed sądem powszechnym i drogi sądownoadministracyjnej przed sądem administracyjnym prowadzi do dualizmu: te same naruszenia mogą być przedmiotem rozstrzygnięć sądów powszechnych i administracyjnych (np. naruszenie przepisów mających na celu ochronę inwestorów na rynku kapitałowym może prowadzić zarówno do nałożenia kary pieniężnej przez KNF (*public enforcement*) jak i być źródłem roszczeń inwestorów (*private enforcement*). Uzasadnia to akumulację kompetencji w ramach jednego, wyspecjalizowanego sądu oraz stosowanie zbliżonej filozofii – skupienie się na merytorycznej stronie rozpatrywanych przez sąd spraw.

VI. Wady i zalety sądów wyspecjalizowanych (wąskoprofilowych)

26. Istnieje wiele argumentów, które przemawiają za specjalizacją w wymiarze sprawiedliwości realizowaną przede wszystkim poprzez powoływanie do życia sądów wyspecjalizowanych. Do najważniejszych argumentów zalicza się następujące:
- (i) Sądy wyspecjalizowane (wąskoprofilowe) mogą rozwiązywać spory prawne bardziej efektywnie i wydajnie, ponieważ sędziowie w nich orzekający są ekspertami w danej wąskiej dziedzinie prawa. Specjalizacja sędziów ogranicza czas konieczny na bada-

nie zagadnień prawnych, w których sędzia nie jest ekspertem. Ponadto sędziowie sądów wyspecjalizowanych częściej rekrutują się z rynku, tj. z grona byłych praktyków danej dziedziny prawa, co sprawia, że wszechstronnie znają i rozumieją zagadnienia, które mają rozstrzygać (również od strony „biznesowej”).

- (ii) Sądy wyspecjalizowane zwiększają efektywność rozstrzygnięcia sporu poprzez redukcję czasu potrzebnego na przedstawienie stanu prawnego sędziom przez profesjonalnych pełnomocników. Pełnomocnicy nie muszą „z ostrożności procesowej” prowadzić szerokiego wywodu prawnego z elementami „edukacyjnymi”. Dzięki temu pisma i inne czynności procesowe mogą od razu skupiać się na istocie sporu.
- (iii) Ograniczeniu ulega nieprawidłowość polegająca na przemieszaniu roli sądu i biegłego – w praktyce nierzadko dochodzi do przeniesienia na biegłego części pracy związanej z wykładnią prawa (wbrew zasadzie *Iura novit curia*), kiedy granica między wiadomościami specjalnymi a biegłością w określonej dziedzinie prawa jest – przynajmniej dla sądu orzekającego – nieostra. Dotyczy to wielu materii technicznych oraz takich, które wymagają dobrego wyczucia problemów leżących u podstaw rozpatrywanej sprawy. Spośród spraw istotnych dla rynku kapitałowego i finansowego, sprawami takimi mogą być zagadnienia dotyczące złożonych instrumentów finansowych, zagadnienia dotyczące manipulacji na rynku kapitałowym oraz ujawniania i wykorzystywania informacji poufnych, czy też problemy wyceny przedsiębiorstw (uzasadnienie dla zastosowania różnych metod w różnych stanach faktycznych). W takich przypadkach opinia biegłego zawiera często rozbudowaną część edukacyjną, mającą na celu wyjaśnienie sądowi, na czym w istocie polega problem. W niektórych przypadkach opinia biegłego, zamiast stanowić pomoc dla sądu, staje się w swojej istocie rozstrzygnięciem sprawy co do zasady, a sądowi pozostaje jedynie orzeczenie wysokości sankcji. Tym samym *de facto* to biegły, a nie sąd, rozstrzyga sprawę pod względem merytorycznym, co jest wątpliwe ustrojowo i konstytucyjnie (zob. też akapit nr 53 niżej).
- (iv) Sądy wyspecjalizowane charakteryzują się lepszym zarządzaniem sprawami (*case management*), które wynika zarówno z większego doświadczenia sę-

dziów w danym typie spraw (i umiejętności identyfikacji zagadnień kluczowych na wstępie) jak również z podobieństwa spraw, które trafiają do sądu wyspecjalizowanego, co pozwala na optymalizację procedur. Umożliwia to jednocześnie poprawę efektywności sądu w zakresie ustaleń faktycznych, poprzez zawężanie postępowania dowodowego do środków dowodowych mających znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

- (v) Postępowanie przed sądem wyspecjalizowanym jest stosunkowo mniej sformalizowane. W sądzie „uniwersalnym” jedynym wspólnym elementem postępowań są kwestie proceduralne, w których sąd ma duże doświadczenie. Rodzi to po stronie sądu pokusę ukrywania za parawanem formalizmu deficytów znajomości prawa materialnego w danej wąskiej dziedzinie oraz braków w zrozumieniu natury spornej sprawy. Sąd wyspecjalizowany, który jest biegły w prawie materialnym i posiada głębokie zrozumienie natury problemów, które musi rozstrzygać, będzie mniej skłonny do biurokracji, a bardziej skory do szybkiego zajęcia się istotą problemu. Może to być także katalizatorem przemiany kulturowej w sposobie komunikacji sądu ze stronami oraz sposobu prowadzenia spraw (obniżenie nieufności, obniżenie stresu, propagowanie przyjaznego nastawienia do stron, większe poszanowanie czasu uczestników postępowania, lepsza kultura komunikacji).
 - (vi) Orzeczenia sądów wyspecjalizowanych charakteryzują się wyższą jakością oraz przewidywalnością z powodu większego doświadczenia sędziów. Może to zredukować liczbę apelacji i uchylanych wyroków.
 - (vii) Poszerzeniu ulega przestrzeń do pozasądowego załatwiania sporów. Większa przewidywalność orzeczeń pozwala na precyzyjniejsze określenie tzw. BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*; dosł. najlepsza alternatywa dla negocjowanego porozumienia – koncepcja rozwinięta w ramach *Harvard Negotiation Project*), gdzie antycypowany wyrok sądowy stanowi alternatywę dla wyniku negocjacji. Dodatkowo aktywny i wiarygodny dla stron sąd może już na etapie postępowania skuteczniej skłonić strony do zawarcia ugody.
27. W nauce podnosi się także argumenty przemawiające bądź to przeciwko tworzeniu sądów wyspecjalizowanych bądź też stanowiące zwrócenie uwagi na pewne mankamenty i szczegól-

ne wyzwania związane z powoływaniem takich sądów. Dlatego też poniżej wymienione zostaną wady i zagrożenia związane z tworzeniem sądów wyspecjalizowanych.

- (i) Sądy wyspecjalizowane charakteryzują się większym ryzykiem ich upolitycznienia czy podatnością na wpływy grup interesów, ponieważ istnieje większe przełożenie między działaniami zmierzającymi do uzyskania wpływu na obsadę personalną czy przychylności sędziów zasiadających w takim sądzie a prawdopodobieństwem, że dany sędzia będzie orzekał w danej sprawie albo kształtował linię orzeczniczą (zagrożenie niezależności sądów).
- (ii) Skoncentrowanie spraw w jednym sądzie o ograniczonej liczbie sędziów zwiększa liczbę interakcji między tymi sędziami a pełnomocnikami, co może powodować powstanie uprzedzeń w trakcie orzekania (zagrożenie niezawisłości sędziowskiej).
- (iii) Sądy wyspecjalizowane mogą okazać się stosunkowo bardziej zamknięte na napływ świeżych idei. Jednocześnie pewna wsobność sądów wąskoprofilowych może zwiększać ryzyko przyjmowania błędnych linii orzeczniczych (co łączy się z ryzykiem wpływu na tę linię czynników politycznych czy grup lobbujących).
- (iv) Sądy wyspecjalizowane mogą napotykać większe trudności z rekrutacją najlepszych kandydatów na sędziów, ponieważ praktyka uniwersalna może być bardziej interesująca i dawać większe perspektywy awansu.
- (v) Istnienie sądów wąskoprofilowych może skłaniać powodów do taktycznego skupiania się na sprawach marginalnych, wypadkowych, albo odwrotnie – szerszych, aby uciec kognicji sądu specjalistycznego, którego przewidywalne orzeczenie mogłoby być dla nich niekorzystne. W ten sposób może dojść do specyficznego zjawiska *forum shopping* polegającego na tym, że powód „sztucznie” wybiera inną podstawę prawną (szerszą bądź węższą), aby „uciec” od właściwości rzeczowej sądu wyspecjalizowanego. Mogłoby to mieć miejsce, gdyby przykładowo właściwości SRK poddane zostały spory uchwałowe stypizowane w Kodeksie spółek handlowych (powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały – art. 425 k.s.h., powództwo o uchylenie uchwały – art. 422 k.s.h.), co otwierałoby drogę do wnoszenia do zwykłych wydziałów gospodarczych sądów okręgowych powództw o ustalenie nieistnienia uchwały na podstawie art. 189 k.p.c.

28. Powyższe wyliczenie z jednej strony zalet i szans, z drugiej zaś wad i zagrożeń pozwala na konkluzję, że waga zalet i szans przewyższa wagę wad i zagrożeń. Dodatkowo, o ile trudno znaleźć alternatywę dla specjalizacji, o tyle roztropne zaprojektowanie sądu specjalistycznego pozwala na uniknięcie bądź ograniczenie większości spośród wyliczonych wyżej wad i zagrożeń. Dlatego też tworzenie sądów specjalistycznych uznać należy za kierunek pożądany. Doświadczenia państw obcych (zob. punkt X niżej) wzmacniają tę tezę.

VII. Sprawność wymiaru sprawiedliwości dla podmiotów gospodarczych jako konstytucyjny nakaz optymalizacyjny

29. Prawo do sądu jest prawem konstytucyjnym. Art. 45 ust. 1 Konstytucji przewiduje, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Prawo to zawiera w sobie nie tylko samo istnienie drogi sądowej, ale także postulat szybkości („bez nieuzasadnionej zwłoki”), i materialnej oraz formalnej prawidłowości rozstrzygnięcia („sprawiedliw[e] i jawn[e] rozpatrzeni[e] sprawy [...] przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”). Przy wykorzystaniu zaproponowanych przez Ronalda Dworkina („Biorąc prawa poważnie”, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 56 i n.) i Roberta Alexy’ego (“A Theory of Constitutional Rights”, Oxford-New York 2002, s. 6 i n.) klasyfikacji praw polegających na wyróżnieniu *reguł* (ang. *rules*, niem. *Regeln*), tj. norm kategorycznych, definitywnych oraz *zasad* (ang. *principles*, niem. *Prinzipien*), czyli racji *prima facie*, tj. nakazów optymalizacyjnych (niem. *Optimierungsgebot*), można z art. 45 ust. 1 Konstytucji wyprowadzić dwie rodzajowo odmienne normy prawne: (i) prawo do sądu rozumiane jako istnienie drogi sądowej, będące *regułą*, tj. normą kategoryczną, oraz (ii) postulat szybkości i prawidłowości (fachowości i rzetelności) rozstrzygnięć sądowych, stanowiący *zasadę*, tj. nakaz optymalizacyjny.
30. Kwestia istnienia drogi sądowej jest rzadko kontrowersyjna w sprawach z zakresu prawa spółek. Przykładem takiej kontrowersji są spory wycenowe mogące powstać na gruncie prawa do ustąpienia ze spółki europejskiej uczestniczącej w fuzji transgranicznej: art. 18 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (Dz.U. 2005 nr 62 poz. 551, ze zm.) nie przewiduje bowiem drogi sądowej dla rozstrzygania takich sporów, przyjmując osta-

teczność wyceny sporządzonej przez biegłego. Inne sporne przypadki związane z drogą sądową dotyczą nie tyle jej istnienia, ile dostępnych trybów postępowania – por. art. 509 § 3 k.s.h. wyłączający dopuszczalność zaskarżenia uchwały łączeniowej ze względu na zastrzeżenia dotyczące wyłącznie stosunku wymiany udziałów lub akcji łączących się spółek. W pozostałym zakresie ewentualne wątpliwości dotyczące drogi sądowej w sprawach korporacyjnych dotyczą kwestii konstytucyjnych gwarancji dwuinstancyjności (art. 176 ust. 1 Konstytucji), co stanowi uszczegółowienie reguły przewidującej drogę sądową (art. 45 ust. 1 Konstytucji). W zakresie spraw dotyczących sądowego nadzoru nad publicznym egzekwowaniem prawa rynku kapitałowego (*public enforcement*) właściwe są sądy administracyjne rozpatrujące skargi na decyzje KNF – tutaj problem dotyczy nie tyle istnienia drogi sądowej, ile zakresu kognicji sądu administracyjnego – przyjęty model kontroli sądowej jest bowiem co do zasady kasatoryjny.

31. Z nakazu optymalizacyjnego w rozumieniu R. Alexy’ego, któremu odpowiada Dworkinowska kategoria „wymogu polityki prawa”, wynika powinność ustawodawcy poszukiwania i dostarczania rozwiązań ustrojowych i instytucjonalnych mających na celu jak najwyższy stopień zaspokojenia oczekiwań obywateli co do szybkości i prawidłowości rozstrzygania sporów przez sądy. Zasady nie są, co do ich urzeczywistnienia, oceniane binarnie (0/1), ale stopniowo – stopień ich urzeczywistnienia może być różny i jest determinowany między innymi kolizjami z innymi zasadami oraz ograniczeniami w zakresie środków, jakie mogą być przeznaczone na realizację określonej polityki (tu: ograniczone nakłady budżetowe na sądownictwo). Przykładem takiej kolizji jest napięcie między postulatem zapewnienia dużej dostępności sądów w znaczeniu terytorialnym, co wymaga ich rozproszenia w skali kraju, a postulatem fachowości, który łączy się ze specjalizacją, co z kolei wymusza koncentrację spraw w mniejszej ilości sądów. Względna waga czynnika kosztowego, będącego pochodną m.in. dostępności geograficznej, przedstawia się odmiennie dla osób fizycznych w ich typowych sprawach życiowych (segment „konsumencki”), odmiennie zaś dla podmiotów gospodarczych, zwłaszcza dużych spółek handlowych (segment „biznesowy”). Na tle tego rozróżnienia, konstytucyjne gwarancje prawa do sądu w znaczeniu zasady – normy optymalizacyjnej – należy odczytywać w ten sposób, aby dla tej pierwszej kategorii (segment „konsumencki”, tj. osoby fizyczne w sprawach „typowych”) pozostać przy prymacie dostępności, również w wymiarze geograficznym (faktyczna dostępność drogi sądowej), podczas gdy dla tej drugiej kategorii (segment „biznesowy”, tj. przedsiębiorcy)

skupić się na możliwie największym stopniu urzeczywistnienia postulatów szybkiego („bez nieuzasadnionej zwłoki”), fachowego („przez właściwy [...] sąd”) i rzetelnego („sprawiedliw[ie] i jawn[ie] [...] przez [...] niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”) rozstrzygnięcia sporu. Przemawia to za poszukiwaniem rozwiązań poprawiających szybkość i jakość rozstrzygnięć sądowych sporów gospodarczych, w tym zwłaszcza korporacyjnych, nawet kosztem dostępności terytorialnej sądu właściwego. Rozwiązaniem takim jest specjalizacja i koncentracja spraw w wyspecjalizowanym sądzie. Koncentracja może okazać się konieczna dla zapewnienia „masy krytycznej” wpływu nowych spraw, aby racjonalne było utrzymywanie stałego sądu bądź wydziału powołanego do ich rozpatrywania.

32. Specjalizacja, o jakiej mowa, będzie stanowić odpowiedź na wymienione wyżej postulaty konstytucyjne – nakazy optymalizacyjne wg Alexy’ego; wymogi polityki prawa wg Dworkina – a to: (i) postulat szybkości – w ten sposób, że wyspecjalizowany sąd szybciej będzie w stanie skupić się na najważniejszym elemencie sporu, co zredukuje konieczność prowadzenia wszechstronnych wywodów prawnych i szerokiego postępowania dowodowego „z ostrożności procesowej” i pozwoli skupić się od razu na sednie sporu. Jednocześnie koncentracja wzmaga jednolitość, a przez to przewidywalność orzecznictwa, co umożliwi ugodowe, często pozasądowe, *ergo* jeszcze szybsze, rozwiązanie wielu spraw; (ii) postulat fachowości (prawidłowości materialnej) – w ten sposób, że fachowy sąd z większym prawdopodobieństwem będzie wydawał wyroki zgodne z postulatami sprawiedliwości i efektywności ekonomicznej (sądowa konkretyzacja prawa jako bodziec do działań/zaniechań *pro futuro*); (iii) postulat rzetelności (prawidłowości formalnej) – w ten sposób, że koncentracja spraw korporacyjnych w mniejszej ilości specjalistycznych sądów zredukuje ryzyko zaistnienia sytuacji, w których stroną sporu korporacyjnego jest spółka będąca głównym pracodawcą w regionie i posiadająca przez to zdolność do choćby pośredniego wywierania wpływu na sąd.

VIII. Założenia metodologiczne

33. Punktem odniesienia dla realizacji Projektu są krajowe i międzynarodowe doświadczenia z zakresu tworzenia sądów wyspecjalizowanych (specjalistycznych, wąskoprofilowych) – zob. punkt X niżej.
34. Projekt łączy ze sobą podejście imitacyjne (nawiązanie do wyselekcjonowanych, dobrych praktyk międzynarodowych oraz przetartych szlaków krajowych) z podejściem inno-

wacyjnym. Takie podejście służyć ma z jednej strony możliwie najlepszej trans- i implantowalności projektowanych rozwiązań do istniejących krajowych rozwiązań systemowych, z drugiej zaś w możliwie najwyższym stopniu urzeczywistnić główny cel Projektu, jakim jest poprawa konkurencyjności polskiego rynku kapitałowego.

35. Prawidłowa realizacja zamierzonych celów będzie wymagać skoordynowanych działań wykraczających poza zagadnienia struktury i kognicji sądu (zagadnienia ustrojowe) i obejmie takie kwestie jak: elektroniczne repozytorium oraz elektroniczne wyciągi i wypisy aktów notarialnych (prawo o notariacie), postępowanie cywilne w tym ewentualnie nowe procedury grupowe dla ochrony inwestorów na rynku kapitałowym, postępowanie karne, zwłaszcza na etapie przygotowawczym (policja, prokuratura). Konieczne będzie także uwzględnienie kierunków rozwoju prawa unijnego.

IX. Polskie doświadczenia z sądami wyspecjalizowanymi oraz z udziałem czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości

36. W Polsce istnieją już sądy o pewnym stopniu sprofilowania. Zaliczają się do nich wydziały: rodzinny i nieletnich, pracy, ubezpieczeń społecznych (ewentualnie pracy i ubezpieczeń społecznych), gospodarczy.
37. Oprócz wymienionych w punkcie poprzedzającym wydziałów, istnieją w Polsce sądy wyspecjalizowane w ścisłym tego słowa znaczeniu. Są nimi:
- (i) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który funkcjonuje jako XVII Wydział Sądu Okręgowego w Warszawie. W jego kognicji znajduje się rozpoznawanie w postępowaniu sądowym spraw z odwołań i zażaleń na decyzje i postanowienia wydawane przez: Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, organ regulacyjny określony w art. 27a ust. 1 ustawy z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, a także dla tych spraw o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, które wniesiono do sądu do dnia 16 kwietnia 2016 r.
 - (ii) Sąd Unijnych Znaków Towarowych i Wzorów Wspólnotowych, który został wyodrębniony jako XXII Wydział Sądu Okręgowego w Warszawie. Jego zakres

działania określają rozporządzenia Rady (WE) nr 6/2002 z 12 grudnia 2001 r. oraz nr 40/94 z 20 grudnia 1993 r. Na podstawie tych przepisów kognicja Sądu Unijnych Znaków Towarowych i Wzorów Wspólnotowych (SUZTiWW) obejmuje sprawy dotyczące naruszenia, groźby, braku naruszenia wzorów przemysłowych i znaków towarowych, unieważnienia wzoru wspólnotowego, wygaśnięcia, unieważnienia znaku towarowego, skutków naruszenia znaku towarowego.

- (iii) Wyspecjalizowane sądy okręgowe (w liczbie 11) właściwie w sprawach wniosków o przekazanie dziecka za granicę. Instancją odwoławczą ustanowiono Sąd Apelacyjny w Warszawie. Zmiany te zostały wprowadzone na podstawie ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych (Dz.U. 2018, poz. 416).
- 38. Dodatkowo, polskie przepisy procesowe przewidują już udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości. Ma to miejsce w zakresie rozpatrywania spraw cywilnych i karnych z udziałem ławników, niemających formalnie statusu sędziego, co może być punktem odniesienia dla projektowanych zmian przewidujących wprowadzenie kategorii sędziów honorowych.
- 39. W ramach poszukiwania punktów odniesienia wśród istniejących, krajowych rozwiązań, należy zwrócić uwagę na uzasadnione uwzględnienie rynkowych wynagrodzeń pracowników podmiotów nadzorowanych przy ustalaniu wysokości wynagrodzeń pracowników Urzędu KNF. Ta sama *ratio* powinna znajdować zastosowanie przy dokonywaniu analogicznych ustaleń dla kadr Sądu Rynku Kapitałowego, głównie sędziów orzekających w SRK.

X. Doświadczenia państw obcych i inspiracje prawnoporównawcze dla stworzenia optymalnego modelu Sądu Rynku Kapitałowego w Polsce

- 40. W państwach obcych funkcjonują sądy specjalistyczne powołane do rozstrzygania spraw korporacyjnych i/lub spraw z zakresu rynku kapitałowego. Poniższa lista stanowi skrótowy, niekompletny przegląd takich sądów.
 - (i) Niemcy: przy sądzie apelacyjnym (*Oberlandesgericht*) we Frankfurcie nad Menem (finansowa stolica Niemiec i siedziba głównej giełdy papierów wartościowych) został

utworzony wydział ds. nabywania papierów wartościowych i przejęć spółek publicznych (*Senat für Wertpapiererwerbs- und Übernahmesachen*), który rozpatruje sprawy z zakresu rynku kapitałowego na podstawie § 48 ust. 4, § 62 ust. 1, § 64 i 65 w zw. z § 67 *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz* (WpÜG). Ponadto, w niemieckim Federalnym Sądzie Najwyższym (*Bundesgerichtshof*) funkcjonuje II Wydział Cywilny (*II. Zivilsenat*), który rozpatruje skargi kasacyjne wyłącznie w sprawach korporacyjnych, a wchodzący w jego skład sędziowie są uznawani za wiodących w Niemczech specjalistów prawa spółek.

- (ii) Włochy: przy *Tribunal di Milano* utworzono wydział przeznaczony do rozpatrywania spraw z zakresu prawa spółek publicznych, nieprzypadkowo ulokowany w Mediolanie – siedzibie włoskiej giełdy papierów wartościowych.
- (iii) Holandia: już we wczesnych latach 70. XX w. przy sądzie apelacyjnym w Amsterdamie utworzono specjalną izbę do spraw przedsiębiorstw (niderl. *Ondernemingskamer*, ang. *Enterprise Chamber*). Mimo jej ulokowania w obrębie sądu apelacyjnego, *Ondernemingskamer* nie stanowi sądu odwoławczego, ale jest sądem pierwszej (i jedynej) instancji, od rozstrzygnięć którego strony mogą wnieść kasację do Holenderskiego Sądu Najwyższego w Hadze (*Hoge Raad der Nederlanden*). *Ondernemingskamer* orzeka w składzie pięcioosobowym, w tym trzech sędziów zawodowych i dwóch ławników – sędziów rekrutujących się spośród cieszących się uznaniem w środowisku byłych piastunów organów spółek publicznych czy biegłych rewidentów. W ten sposób skład orzekający dysponuje nie tylko wiedzą prawniczą, lecz także wiedzą z zakresu rachunkowości i finansów oraz – co szczególnie ważne – doświadczeniem praktycznym i perspektywą biznesową. Postępowanie przed *Ondernemingskamer* jest szybkie i stosunkowo odformalizowane. Sąd ma szeroko zakrojoną władzę ingerowania w stosunki korporacyjne, tj. spektrum możliwych środków, zarówno tymczasowych (środki zabezpieczające), jak i ostatecznych, o zastosowaniu których decyduje według swojego swobodnego uznania – może przykładowo powołać albo odwołać członka organu, uchylić wszelkie decyzje czy uchwały organów, zmienić treść dokumentów korporacyjnych, w tym statutu, zawiesić prawo głosu etc. Szczególne znaczenie ma specjalny instrument ochrony prawnej – tzw. *enquêteprocedure* (ang. *inquiry procedure*) (art. 2:344-2:359 *Burgerlijk Wetboek*), który stanowi rodzaj

prawa żądania rewizji szczególnej przez uprawnione do tego podmioty (głównie wspólników mniejszościowych), by na tej podstawie mogły one ewentualnie podjąć dalsze kroki, na przykład dochodzić odszkodowania od piastunów organów bądź wspólników dominujących.

- (iv) Wielka Brytania: brytyjskie sądy gospodarcze (*Commercial Courts*) są obsadzone sędziami posiadającymi wieloletnie doświadczenie praktyczne z zakresu prawa spółek i rynku kapitałowego. Szczególne znaczenie odgrywa osławiona *Queen's Bench Division of the High Court* w Londynie.
- (v) USA: sprawny i fachowy sąd biznesowy (głównie korporacyjny) – *Court of Chancery* jest uznawany za jeden z najważniejszych czynników sukcesu Delaware w konkurencji regulacyjnej w Stanach Zjednoczonych. Sąd ten okazał się także istotnym kreatorem polityki prawa w obszarze korporacyjnym, zwłaszcza w zakresie prawa przejęć (usankcjonowanie i granice dopuszczalności tzw. *poison pill*) czy w odniesieniu do zasad odpowiedzialności członków zarządu (*business judgment rule*).
- (vi) Izrael: w grudniu 2010 r. Izrael uruchomił specjalny wydział ds. Gospodarczych przy Sądzie Okręgowym w Tel Awiwie (ופי-ביבא לת יזוחמה טפשמה תיבב תילכלכ הקלחמ), nazywany także Sądem Gospodarczym (יילכלכה טפשמה תיב), do którego początkowo przydzielono trzech sędziów zawodowych. Sąd rozpatruje oskarżenia o przestępstwa związane z papierami wartościowymi, większość spraw cywilnych z zakresu prawa spółek i papierów wartościowych, w tym pozwy zbiorowe. W ramach nadzoru sądowoadministracyjnego, rozpatruje też odwołania od decyzji Izraelskiego Urzędu Nadzoru ds. Papierów Wartościowych, Giełdy Papierów Wartościowych w Tel Awiwie oraz rejestru handlowego (odpowiednik Krajowego Rejestru Sądowego). Jest także właściwy w sprawie odwołań od decyzji Komisji Dyscyplinarnej ustanowionej na mocy rozporządzenia Rady o doradztwie inwestycyjnym i zarządzaniu portfelem inwestycji. W ocenie ekspertów, od czasu swojego ustanowienia, Sąd Gospodarczy zmienił oblicze rynku kapitałowego w Izraelu, umożliwiając radzenie sobie z problematycznymi transakcjami między spółką a jej akcjonariuszem sprawującym kontrolę i transakcjami mogącymi zaszkodzić interesom inwestorów na rynku kapitałowym. W czerwcu 2018 r. został utworzony drugi sąd tego rodzaju uruchomiony jako wydział w Sądzie

Okręgowym w Hajfie (הפיחב יוזחמה טפשמח תיבב תילכלכ הקלחמ). Odwołania od decyzji Izraelskiego Urzędu Nadzoru ds. Papierów Wartościowych oraz Giełdy Papierów Wartościowych w Tel Awiwie (czyli nadzór sądownoadministracyjny) pozostaną w dalszym ciągu rozpatrywane przez sąd w Tel Awiwie, z uwagi na zgromadzoną dotychczas wiedzę fachową.

41. W uzupełnieniu przeprowadzonego powyżej komparatywnego przeglądu sądów, których filozofia działania i kognicja odpowiada w dużej mierze koncepcji sądu wyspecjalizowanego opisywanego w niniejszych Założeniach, odnotować wypada aktualne wysiłki niektórych państw związane z usprawnieniami w zakresie rozstrzygania sporów dotyczących „spółek wielonarodowych” (*multinational corporations*), podejmowane celem podniesienia atrakcyjności danej jurysdykcji dla spółek operujących globalnie. Wspólne dla tych reform przyjęcie języka angielskiego jako wyłącznego bądź domyślnego języka postępowania, skupienie się na sprawności i szybkości postępowania oraz przyjęcie istotnie wyższych w stosunku do standardowych opłat sądowych. Sądy te operują zatem w filozofii zbliżonej do arbitrażu, niemniej jednak są one nadal sądami państwowymi, zatem ich orzeczenia korzystają z uznawania i wykonywania na zasadach określonych w Rozporządzeniu UE nr 1215/2012 (Bruksela I). Obserwowana obecnie intensyfikacja tych działań wiąże się dodatkowo z próbą wykorzystania szans w konkurencji systemowej, jakie dla państw pozostających w Unii Europejskiej (tzw. EU-27) otwiera Brexit.
- (i) *Brussels International Business Court* (BIBC) – jest planowany w Belgii jako specjalny międzynarodowy sąd gospodarczy, właściwy do rozstrzygania dużych, międzynarodowych sporów handlowych (niekoniecznie korporacyjnych).
 - (ii) *Netherlands Commercial Court* (NCC) – ma zostać utworzony w Holandii, która nota bene posiada już wyspecjalizowany, cieszący się doskonałą reputacją sąd korporacyjny – *Ondernemingskamer* – (zob. akapit 40(iii) wyżej). NCC ma być osobnym wydziałem sądu okręgowego w Amsterdamie (I instancja) i sądu apelacyjnego w Amsterdamie (II instancja) właściwym do transgranicznych sporów handlowych, działającym według specjalnych reguł postępowania.

XI. Wykonalność

42. Dla powodzenia Projektu kluczowa będzie współpraca z interesariuszami, w tym w szczególności z reprezentatywnymi organizacjami zrzeszającymi emitentów, inwestorów instytucjonalnych, inwestorów indywidualnych etc.
43. Bardzo istotna dla powodzenia Projektu w przewidywanym zakresie będzie współpraca z nadzorcą publicznym – Komisją Nadzoru Finansowego. W niektórych bowiem krajach, w których wprowadzone zostały specjalne sądy ds. rynku kapitałowego, motorem ich ustanowienia był właśnie nadzór finansowy. Współpraca z KNF jest bardzo ważna dla wykonalności Projektu, ponieważ istotne *novum* prezentowanych Założeń obejmuje utworzenie w ramach Sądu Rynku Kapitałowego osobnego Wydziału Korporacyjnego-Publicznego, zmianie ulegnie sposób sprawowania sądowego nadzoru nad działalnością administracyjnego (publicznego) nadzoru nad rynkiem kapitałowym.
44. Gospodarzem domeny, w której ulokowany jest Projekt, jest Ministerstwo Sprawiedliwości. Dla powodzenia Projektu kluczowe będzie zatem przekonanie do jego celowości Ministra Sprawiedliwości.
45. Reforma może mieć znaczenie dla poprawy wskaźnikowej w rankingach mierzących jakość otoczenia prawnego dla biznesu. Może także zostać pozytywnie przyjęta przez międzynarodowych inwestorów. Dlatego też istotne będzie pozyskanie przychylności resortów odpowiedzialnych za rozwój gospodarki, za rozwój rynku finansowego oraz tych agend i podmiotów, które zajmują się promocją Polskiej gospodarki na arenie międzynarodowej.
46. Dla wykonalności reformy kluczowa będzie umiejętna synteza z dwóch podejść regulacyjnych: z jednej strony podejścia na zasadzie „zmiany całościowej”, w takim zakresie, aby uzyskać „efekt odcięcia” i „świeży start” potrzebne dla skutecznego zaszczepienia nowego wizerunku, nowej kultury organizacyjnej i nowej filozofii pracy SRK, z drugiej zaś podejścia na zasadzie „zmiany punktowej”, dyktowanej ekonomiką reformy, aby osiągnąć maksymalny efekt przy minimalnych kosztach przejścia (*transition costs*).
47. Zagadnienie objęte niniejszymi Założeńami znajduje się także w obrębie zainteresowania nauk prawnych i nauk ekonomicznych. Celowe jest przeprowadzenie debaty z udziałem przedstawicieli nauki prawa i nauki ekonomii specjalizujących się w prawie spółek, w prawie rynku kapitałowego

i finansowego, w organizacji i reformach wymiaru sprawiedliwości oraz w ekonomicznej analizie prawa.

XII. Założenia ogólne dotyczące filozofii działania, usytuowania, struktury i obsady personalnej Sądu Rynku Kapitałowego

48. Reforma powinna objąć kwestie proceduralne, ustrojowe i kulturowe. Dopiero ta triada umożliwi odczuwalną poprawę w zakresie sprawności postępowań i jakości rozstrzygnięć.
49. Reforma proceduralna powinna uwzględnić możliwie najszersze wykorzystanie technologii informatycznych, bardziej aktywną rolę sędziego w zakresie kierowania postępowaniem (głównie przez wskazanie stronom obszarów relewantnych dla rozstrzygnięcia, skoro tylko zostaną one zidentyfikowane), efektywniejsze wykorzystanie biegłych.
50. Dodatkowo, w ramach reformy proceduralnej *sensu largo*, należy rozważyć wprowadzenie nowych, specjalnych trybów: (i) postępowania wycenowego, które znajdowałyby zastosowanie do wszelkich postępowań, w których sporna jest jedynie wycena akcji bądź innych papierów wartościowych. Postępowanie takie mogłoby być wzorowane np. na niemieckim postępowaniu wycenowym – tzw. *Spruchverfahren*; (ii) postępowania grupowego, np. wzorowanego na niemieckim *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG), które mogłoby służyć praktycznej egzekwowalności ochrony inwestorów detalicznych (w szczególności w zakresie odpowiedzialności prospektowej oraz odpowiedzialności za naruszenie norm ochronnych wynikających z MiFID II/MiFIR). Zmiany te znajdują się poza zakresem Założeń, dlatego zostają jedynie zasygnalizowane, bez szczegółowego przedstawienia i pogłębionej analizy.
51. Reforma ustrojowa znajdzie swój wyraz w wyodrębnieniu organizacyjnym nowego sądu oraz nowej filozofii obsady składów i rekrutacji do zawodu sędziego. Dodatkowo zmiany obejmą postępowanie odwoławcze.
52. Dla osiągnięcia celów Projektu kluczowa będzie przemiana kulturowa. Utworzenie nowego sądu powinno umożliwić „świeży start”, co będzie obejmowało nie tylko nowe procedury i nowe (tj. dedykowane) kadry, ale także zaszczerpienie nowej kultury organizacyjnej i nowego podejścia do zewnętrznych „użytkowników” systemu (*user friendly*). Będzie to wzmocnione przez podkreślenie, że wymiar sprawiedliwości to nie tylko rozwiązywanie sporów czy dokonywanie innych czynności zastrzeżonych dla sądów, ale to jednocześnie usługa publiczna, która powinna

być dostarczana w sposób innowacyjny, przystępny i przyjazny dla jej odbiorców (tu: spółek publicznych i ich interesariuszy oraz innych aktorów rynku kapitałowego/finansowego).

53. Reforma będzie miała na celu również realne wzmocnienie gwarancji niezawisłości sędziowskiej. Wiąże się to z nieprawidłowościami, jakie obecnie zachodzą na linii sąd – biegły. Wobec specjalistycznego charakteru niektórych zagadnień, zwłaszcza związanych z instrumentami finansowymi, zaciera się granica między znajomością prawa a wiadomościami szczególnymi (specjalnymi), w zakresie których uzasadniona jest pomoc biegłego. Często prowadzi to do tego, że – jak przyznają sami biegli oraz pełnomocnicy – to biegły *de facto* wydaje wyrok. Biegły nie jest jednak objęty takimi gwarancjami niezależności i niezawisłości, z jakich korzysta sąd. Dlatego też profesjonalizacja sądów poprawi niezawisłość i niezależność wymiaru sprawiedliwości.
54. Zostanie utworzony wyspecjalizowany Sąd Rynku Kapitałowego. Sąd ten powinien zostać usytuowany na poziomie sądu okręgowego i objąć następujące wydziały: (i) Wydział Korporacyjny-Cywilny (WKC), (ii) Wydział Korporacyjny-Publiczny (WKP), (iii) Wydział Odwoławczy (WO). Opcjonalnie może także zostać powołany odrębny (iv) Wydział Rejestrowy dla Spółek Publicznych (WRSP). W zakresie spraw karnych przewiduje się zmiany w składach sądów karnych, z pozostawieniem ich dotychczasowej właściwości. Alternatywnie, dotychczasowa właściwość zostałaaby zachowana dla postępowania przed sądem I instancji, zaś w II instancji właściwym byłby Wydział Odwoławczy SRK.
55. Do rozważenia jest także powołanie w ramach Wydziału Korporacyjnego-Cywilnego osobnej Izby Międzynarodowej (dalej: IM), która byłaby powołana do rozstrzygania sporów dla „spółek wielonarodowych” (*multinational corporations*) bądź dla spółek z istotnym udziałem inwestorów zagranicznych. Na tej samej zasadzie musiałyby powstać Izba Międzynarodowa przy Wydziale Odwoławczym. Obie Izby Międzynarodowe dopuszczałyby język angielski jako język postępowania. Wzorem dla IM byłyby sądy międzynarodowe, które w najbliższym czasie mają zostać utworzone w Belgii i w Holandii – odpowiednio *Brussels International Business Court* (zob. akapit 41(i) wyżej) i *Netherlands Commercial Court* (zob. akapit 41(ii) wyżej). Po faktycznym wyeliminowaniu postępowań opartych na dwustronnych traktatach o ochronie inwestycji (BITs), powołanie wyspecjalizowanego sądu powszechnego procedującego w ję-

zyku angielskim, według elastycznych zasad postępowania, mogłoby przyczynić się do podniesienia zaufania do polskiego wymiaru sprawiedliwości wśród zagranicznych inwestorów. Urzeczywistnienie w pełni tego postulatu wymagałoby jednak dodatkowych zmian w obrębie procedur cywilnej. Już jednak samo przyjęcie języka angielskiego jako języka postępowania przez IM byłoby cennym sygnałem dla międzynarodowych inwestorów.

56. Siedzibą SRK będzie Warszawa.
57. Właściwość miejscowa Wydziału Korporacyjno-Cywilnego obejmie obszar Rzeczypospolitej Polskiej, przez co będzie on właściwy dla spółek mających swoją siedzibę na terenie całego kraju.
58. Właściwość rzeczowa będzie obejmowała opisane w niniejszych Założeniach sprawy cywilne i publicznoprawne dotyczące spółek publicznych.
59. Utrata statusu spółki publicznej nie będzie rzutowała na zmianę właściwości SRK.
60. SRK będzie miał własnego prezesa koordynującego pracę wszystkich wydziałów składających się na SRK.
61. W skład SRK będą wchodzić, obok sędziów zawodowych, sędziowie honorowi.
62. Sędziowie honorowi będą rekrutowali się spośród uznanych na rynku specjalistów z dziedzin innych, niż prawo, a to finansów, instrumentów finansowych, wyceny przedsiębiorstw, zarządzania etc. (np. szczególnie doświadczeni audytorzy, członkowie organów, dyrektorzy finansowi, doradcy transakcyjni i finansowi etc.). Możliwym rozwiązaniem jest określenie składu sędziowskiego w ten sposób, aby sprawy rozstrzygane były przez sędziego zawodowego wraz z sędziami honorowymi, na zasadach zbliżonych do sposobu funkcjonowania składu sądowego z udziałem ławników, choć z większym upodmiotowieniem sędziów honorowych.
63. Formuła funkcjonowania SRK powinna umożliwiać elastyczne delegowanie – czasowe i *ad hoc* – sędziów pomiędzy wydziałami, aby zapewnić zarówno sprawne odpowiadanie na wpływ spraw (możliwe są tu czasowe fluktuacje) jak i uwzględnić profil kompetencyjny sędziów stosownie do charakteru sprawy, a nadto, aby zapewnić dyfuzję idei w obrębie SRK. Filozofią SRK będzie rotacja sędziów w obrębie – przynajmniej niektórych – wydziałów SRK, włączając w to – między I a II instancją (to dodatkowe uzasadnienie dla pozostawienia instancji odwoławczej na tym samym szczeblu aby uniknąć hierarchiza-

cji w obrębie społeczności sędziów SRK). Dodatkowo, przewiduje się delegacje *ad hoc* sędziów honorowych do składów sądów karnych jako ławników orzekających obligatoryjnie w I instancji sprawach o przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu dotyczące spółek publicznych, stypizowane w kodeksie karnym oraz w kodeksie spółek handlowych, jak również przestępstwa stypizowane w ustawach szczególnych (Prawie bankowym, ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, ustawie o ofercie publicznej, ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi itd.) oraz w rozporządzeniach unijnych stosowanych wprost (MiFIR, MAR⁴ i rozporządzenia delegowane/wykonawcze). W sądach karnych II instancji delegacja obejmowałaby sędziów zawodowych SRK – delegowanych *ad hoc* do składów orzekających w II instancji.

64. Wynagrodzenie sędziów SRK (zarówno zawodowych jak i honorowych) powinno uwzględniać alternatywne szanse zawodowe osób sprawujących urząd sędziego SRK na rynku usług prawniczych prywatnych (kancelarie, sektor prywatny) oraz w sektorze doradztwa biznesowego. Jest to tym bardziej aktualne, że do SRK powinni trafić również przedstawiciele innych zawodów prawniczych. Uzasadnia to wyższe od wynikających z ogólnych zasad zaszerzegowania stawki uposażenia sędziów SRK. Inspiracji dla proponowanego rozwiązania należy poszukiwać w zasadach wynagradzania pracowników Urzędu KNF, gdzie również uwzględnia się – jako pewien punkt odniesienia – stawki rynkowe pracowników podmiotów nadzorowanych. Należy przy tym nadmienić, że zapewnienie adekwatnych, konkurencyjnych uposażeń pozwoli na rekrutację do SRK właściwych kadr. Koszt społeczny utrzymania obecnie istniejących deficytów w wymiarze sprawiedliwości (przewlekłość postępowań, ograniczona przewidywalność rozstrzygnięć, częściowo nietrafne orzecznictwo) jest znacznie wyższy, niż dodatkowy koszt potrzebny dla utworzenia SRK i opłacenia sędziów orzekających w SRK.
65. SRK powinien także być miejscem wdrożenia nowego modelu organizacji pracy sądów i sędziów, z szerszym wykorzystaniem asystentów sędziego.
66. Zwiększone wynagrodzenia dla sędziów SRK oraz nakłady na

⁴ *Market Abuse Regulation (MAR)* – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywę Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE.

asystentów SSRK mogłyby być pokrywane z wyższych, niż standardowe opłat sądowych. Waga tych opłat waga bowiem zazwyczaj pomijalna w sporach wielkich wartości.

XIII. Założenia merytoryczne dotyczące Wydziału Korporacyjnego-Cywilnego (WKC)

67. Wydział Korporacyjny-Cywilny będzie właściwy rzeczowo dla rozpatrywania spraw z zakresu:
- (i) stosunku spółki, tj. wszelkich sporów ze stosunku członkostwa w spółce, w tym zwłaszcza sporów dotyczących organów i ich uchwał, niezależnie od tego, czy podstawą żądania byłyby przepisy Kodeksu spółek handlowych czy przepisy ustaw bardziej ogólnych – Kodeksu cywilnego, bądź ustaw szczególnych – np. ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników (tj. Dz.U. 2018, poz. 2170);
 - (ii) sporów dotyczących odpowiedzialności piastunów organów oraz innych osób (likwidatorów, rewidentów, audytorów);
 - (iii) spraw związanych z partycypacją pracowników w organach spółek, z pozostawieniem innych spraw we właściwości sądów pracy / sądów pracy i ubezpieczeń społecznych;
 - (iv) ochrony wierzycieli na podstawie przepisów prawa spółek w takim zakresie, w jakim nie znajdują się one w obszarze właściwości sądów upadłościowych;
 - (v) niektórych spraw spornych przekazanych obecnie do właściwości sądów gospodarczych-rejestrowych (por. art. 182 § 3, art. 212 § 4, art. 312 § 8 k.s.h.) – zob. akapit nr 66 niżej;
 - (vi) sporów związanych z nabywaniem akcji i udziałów spółek nabywanych bądź zbywanych przez spółki publiczne, tj. transakcji M&A z udziałem spółki publicznej występującej jako zbywca bądź nabywca, głównie w zakresie odpowiedzialności za wady prawne i fizyczne na podstawie zapewnień i gwarancji w umowach spółek (do dyskusji);
 - (vii) odpowiedzialności prospektowej (art. 98 ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz.U. 2017, poz. 1768, ze zm., dalej: u.o.i.f.) tj. w szczególności odpowiedzialności podmiotu odpowiedzialnego za prawdziwość, rzetelność i kompletność informacji zamieszczonych w prospekcie emisyjnym, memorandum informacyjnym oraz innych dokumentach sporządza-

- nych i udostępnianych w związku z ofertą publiczną dotyczącą papierów wartościowych, dopuszczeniem papierów wartościowych lub instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi do obrotu na rynku regulowanym lub ubieganiem się o takie dopuszczenie;
- (viii) pozostałych spraw odszkodowawczych z zakresu rynku kapitałowego, w szczególności na podstawie art. 98 ust. 7 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. 2018, poz. 512, ze zm., dalej: *OfertU*) – odpowiedzialność emitenta lub podmiotu biorącego udział w sporządzeniu informacji za naruszenie obowiązków upubliczniania informacji bieżących i okresowych; art. 98 ust. 7a w zw. z art. art. 17 ust. 1 lub 2 *MAR* – odpowiedzialność emitenta lub podmiotu biorącego udział w sporządzeniu informacji za naruszenie obowiązków w zakresie informacji poufnych; art. 177 u.o.i.f. – odpowiedzialność wystawiającego świadectwo; art. 15 *MAR* – odpowiedzialność z tytułu manipulacji na rynku.
- (ix) pozwów grupowych (zbiorowych) inwestorów na rynku kapitałowym – jeśli reforma takie zmiany obejmie, albo jeżeli zostałyby one wprowadzone w późniejszym czasie – np. na wzór niemieckiej ustawy *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* (*KapMuG*);
- (x) odpowiedzialności odszkodowawczej towarzystw funduszy inwestycyjnych, zarządzających alternatywnymi spółkami inwestycyjnymi oraz banków-depozytariuszy (art. 45a ust. 6, art. 64 ust. 1, art. 70g ust. 16, art. 70h ust. 9, art. 75 ust. 1, art. 72a ust. 1, art. 81g ust. 1, art. 81k ust. 1 ustawy z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (tj. Dz.U. 2018, poz. 1355).
- (xi) sporów pomiędzy klientami detalicznymi/profesjonalnymi oraz firmami inwestycyjnymi i bankami związanymi z oferowaniem produktów inwestycyjnych;
- (xii) odpowiedzialności odszkodowawczej producentów (wytwórców) produktów inwestycyjnych;
- (xiii) tymczasowej ochrony prawnej (postępowanie zabezpieczające – art. 730 i n. k.p.c.) we wszystkich ww. sprawach.
68. Właściwość SRK w wymienionych wyżej sprawach będzie niezależna od wartości przedmiotu sporu.

69. Podkreślenia wymaga, że według Założeń nastąpi zmiana właściwości z sądu rejestrowego na sąd gospodarczy (czego konsekwencją będzie przyjęcie dla spółek publicznych właściwości SRK) dla niektórych spraw pozostających dotychczas w kognicji sądów rejestrowych (zob. akapit nr 67(v) wyżej). Obecnie bowiem, z powodów głównie historycznych, nieznajdujących obecnie merytorycznego uzasadnienia, niektóre sprawy korporacyjne o charakterze spornym są przekazane do właściwości sądów rejestrowych, mimo iż nie wykazują związku ze sprawami rejestrowymi. Sprawami takimi są sprawy dot. winkulacji udziałów – art. 182 § 3 k.s.h., sprawy dot. sądowego zobowiązania zarządu do udzielenia wyjaśnień lub udostępnienia do wglądu dokumentów spółki – art. 212 § 4 k.s.h., sprawy dot. sporów wycenowych – art. 312 k.s.h., w tym także na mocy odesłań m.in. z art. 417 § 1 oraz art. 418¹ § 7, 431 § 7, 449 § 3, 503¹ § 2, 538¹ § 3 k.s.h., art. 85 OfertU.
70. Należy przy tym zarekomendować, aby spory wycenowe były rozpatrywane według nowej, specjalnej procedury wycenowej. Miałyby ona wówczas zastosowanie do wszystkich spółek, nie tylko publicznych, choć jeżeli spór dotyczył spółki publicznej, właściwy byłby SRK (Wydział Korporacyjny-Cywilny). Zagadnienie to jednak wymagałoby osobnej reformy, szerszej, które to zagadnienie wykracza poza zakres Założeń, choćby z tej racji, że reforma powinna mieć szerszy zakres, niż tylko odnoszący się do spółek publicznych.
71. Wydział Korporacyjny-Cywilny zostanie utworzony jako specjalny wydział gospodarczy Sądu Okręgowego w Warszawie. Usytuowanie Wydziału Korporacyjnego-Cywilnego na poziomie sądu okręgowego uzasadnione jest tym, że będzie on jednocześnie stanowił część SRK.

XIV. Założenia merytoryczne dotyczące Wydziału Korporacyjnego-Publicznego (WKP)

72. Wydział Korporacyjny-Publiczny będzie właściwy do rozpatrywania skarg na decyzje KNF, zażaleń na postanowienia wydawane przez KNF oraz Przewodniczącego KNF. W wariantcie zakładającym szerszą kognicję i utworzenie Sądu Rynku Finansowego (SRF), Wydział ten byłby właściwy także do rozpatrywania skarg na decyzje wydawane przez Zarząd Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

73. Obecnie odwołania od decyzji regulatorów rynku finansowego rozpatrywane są przez WSA w Warszawie, od orzeczeń którego przysługuje skarga kasacyjna do NSA. Z uwagi na umiejscowienie KNF oraz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego w strukturach administracji, od ich orzeczeń nie przysługuje odwołanie, które zapewniłoby merytoryczną weryfikację wydanej decyzji przed jej zaskarżeniem do sądu administracyjnego. Wniosek o ponownie rozpoznanie sprawy w praktyce nie spełnia funkcji weryfikacyjnej.
74. Zgodnie z przyjętym w Polsce modelem sądownictwa administracyjnego, obecnie sądy administracyjne orzekają jedynie kasatoryjnie, tj. są uprawnione tylko do uchylecia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Sądy administracyjne nie mają natomiast uprawnień do wydawania orzeczeń reformatoryjnych, w których dokonywałyby zmiany zaskarżonej decyzji i samodzielnie orzekały co do istoty sprawy.
75. Wzorcem dla działania Wydziału Korporacyjnego-Publicznego (dalej: WKP) powinny być przepisy Kodeksu postępowania cywilnego normujące zasady działania oraz reguły postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji Konsumentów. W szczególności Sąd Rynku Kapitałowego, w tym jego Wydział Korporacyjny-Publiczny, powinien procedować na podstawie przepisów procedury cywilnej, a nie sądowniczo-administracyjnej. W razie uwzględnienia odwołania, Wydział Korporacyjny-Publiczny powinien móc zaskarżoną decyzję albo uchylić, albo zmienić w całości lub w części i orzec co do istoty sprawy.
76. Dodatkowo, Wydział Korporacyjny-Publiczny powinien orzekać również w sprawie działań i zaniechań regulatorów rynku finansowego, które nie mają substratu decyzji administracyjnej, jak również w sprawach skarg na bezczynność oraz przewlekłe prowadzenie postępowania. Przykładowo, Wydział Korporacyjny-Publiczny byłby właściwy do rozpoznania skargi podmiotu na umieszczenie go na liście ostrzeżeń publicznych (obecnie przepisy prawa nie przewidują w takiej żadnego środka prawnego dla podmiotu objętego wpisem). Ostatecznie zakres kognicji WKP w tych sprawach byłby zależny od zakresu kognicji Sądu Rynku Kapitałowego (bądź Sądu Rynku Finansowego, jeśli zakres miałby być poszerzony o zagadnienia dotyczące nie tylko rynku kapitałowego, ale całego rynku finansowego).

77. Wydział Korporacyjny-Publiczny zostanie utworzony jako specjalny wydział gospodarczy Sądu Okręgowego w Warszawie. Usytuowanie WKP na poziomie sądu okręgowego uzasadnione jest tym, że będzie on jednocześnie stanowił część SRK.

XV. Reforma w zakresie poprawy efektywności postępowań karnych w sprawach o przestępstwa na rynku kapitałowym

78. Zgodnie z koncepcją zaprezentowaną w niniejszym studium, SRK miałyby być wyspecjalizowanym sądem orzekającym na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Jego kognicja obejmowałaby zarówno rozstrzygnięcie sporów cywilnoprawnych, jak również orzekanie (na wzór Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) w przedmiocie odwołań od decyzji administracyjnych wydawanych przez regulatorów rynku finansowego, głównie KNF.
79. Elementem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku kapitałowego jest również odpowiednie stosowanie przepisów karnych w celu właściwego penalizowania zachowań godzących w integralność rynku oraz interesy inwestorów. Właściwe zastosowanie normy karnej wymaga od składu sędziowskiego również wnikliwej znajomości funkcjonowania rynków kapitałowych, bez której nie jest możliwa rzetelna ocena materiału dowodowego oraz znamion zarzucanego oskarżonemu czynu.
80. W przypadku spraw karnych, jest niezwykle ważne, aby sąd rozpoznający sprawę był postrzegany przez oskarżonego jako sąd bezstronny i niezawisły. W typowej sprawie, w razie stwierdzenia nieprawidłowości w wyniku kontroli przeprowadzonej przez publicznego nadzorcę (zazwyczaj KNF), w pierwszej kolejności zostaje wydana decyzja administracyjna, która prowadzi do złożenia zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa i wszczęcia postępowania przygotowawczego. W razie powołania Sądu Rynku Kapitałowego, rozstrzygnięcie w sprawie wywołanej wniesieniem odwołania od decyzji administracyjnej czasowo poprzedzałoby w większości przypadków orzeczenie o winie w sprawie karnej. Przyznanie Sądowi Rynku Kapitałowego również kognicji karnej mogłoby skutkować powstaniem swego rodzaju uprzedzeń dla rozstrzygnięcia karnego w tym sensie, że skład sędziowski orzekający w sprawie karnej kierowałby się sugestiami wy-

nikającymi z wcześniejszych orzeczeń, a nie oceniał sprawę samodzielnie i od początku. Z tej przyczyny umiejscowienie również wydziału karnego w strukturach Sądu Rynku Kapitałowego, mimo oczywistych zalet takiego rozwiązania związanych z akumulacją specjalistycznej wiedzy w obrębie jednego sądu, ma jednak również i tę wadę, a ściślej – rodzi takie zagrożenie, że może prowadzić do pewnego rodzaju uprzedzenia sądu karnego wcześniejszym rozstrzygnięciem innego sądu. Waga tego zagrożenia dla spraw karnych jest większa, niż w przypadku innych spraw, ponieważ postępowanie karne podlega szczególnym gwarancjom proceduralnym z uwagi na zakres ingerencji rozstrzygnięcia, zwłaszcza wyroku skazującego, w sferę praw i wolności jednostki. Usytuowanie wydziału karnego w obrębie SRK mogłoby rodzić wrażenie, że sąd rozpoznający sprawę karną jest sądem technicznym, który skupia się na formalnej ocenie czynu przez pryzmat technicznej znajomości sposobu funkcjonowania rynku finansowego, a który nie jest w stanie uwzględnić indywidualnych okoliczności związanych z popełnieniem czynu zabronionego. Jednocześnie jednak pozostawienie dotychczasowej właściwości wiąże się z dalszym trwaniem zidentyfikowanych wcześniej wad, a to braku wystarczającej specjalizacji, braku akumulacji wiedzy i doświadczenia oraz przenoszenia *de facto* części wyrokowania na biegłych (zob. akapit nr 26(iii) i 53 wyżej).

81. W świetle powyższego zasadne wydaje się pozostawianie rozpoznawania spraw karnych, co najmniej na etapie I instancji, w ramach obecnych wydziałów karnych sądów powszechnych, tj. poza kognicją Sądu Rynku Kapitałowego. Zachowana została by również obecne zasady ustalania właściwości miejscowej sądów karnych, w wyniku czego część spraw rozstrzygana byłaby przez sądy spoza Warszawy. Sposobem na wzmocnienie elementu fachowego przy rozstrzyganiu spraw karnych powinno być wprowadzenie zasady, że określone przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu stypizowane w kodeksie karnym (rozdział XXXVI i XXXVII k.k.) oraz w kodeksie spółek handlowych (tytuł V k.s.h.), jak również przestępstwa stypizowane w ustawach szczególnych (Prawie bankowym, ustawie o ofercie publicznej – por. art. 99-104a OfertU, ustawie o obrocie instrumentami finansowymi – por. art. 178-184 u.o.i.f., w tym również w zw. z MAR i Rozporządzeniem 648/2012, ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi itd.) rozstrzygane byłyby obo-

wiązkowo w składzie jednego sędziego zawodowego oraz dwóch ławników powoływanych spośród grona sędziów honorowych Sądu Rynku Kapitałowego (delegacja *ad hoc* do prowadzenia poszczególnych spraw). W ten sposób sędzia zawodowy mógłby zapewnić prowadzenie procesu zgodnie z wymogami procedury karnej, natomiast sędziowie honorowi wniesić niezbędną dla rozstrzygnięcia wiedzę fachową z zakresu funkcjonowania rynków finansowych oraz uczestniczyć w naradzie sędziowskiej.

82. Realizacja założenia opisanego w punkcie poprzedzającym wymagałaby dokonania punktowych zmian w ustawie procesowej, bez wprowadzania daleko idących zmian strukturalnych w sądownictwie karnym, szczególnie newralgicznym systemowo. Może to być dodatkowym argumentem zwiększającym szanse na pomyślne przeprowadzenie reformy (wykonalność).
83. W drugiej instancji możliwe są do rozważenia dwa warianty:
 - (i) w pierwszym wariacie, apelacje od wyroków sądu I instancji wydanych przez sędziego zawodowego oraz dwóch sędziów honorowych rozstrzygane byłyby na dotychczasowych zasadach przez sąd złożony w całości z sędziów zawodowych. W skład sądu rozpatrującego środek odwoławczy obok sędziego zawodowego z danego sądu odwoławczego (właściwego miejscowo), wchodziłoby również, na zasadzie delegacji *ad hoc*, sędziowie zawodowi orzekający stale w Sądzie Rynku Kapitałowego. Plusem tego rozwiązania jest pozostawienie bez zmian dotychczasowej właściwości miejscowej. Minusem są uciążliwości związane z realizacją delegacji *ad hoc* przez sędziów SRK.
 - (ii) w drugim wariacie apelacje od wyroków sądu I instancji rozpatrywane byłyby przez Wydział Odwoławczy SRK. Plusem tego rozwiązania byłaby jednolitość orzecznictwa, ponieważ instancją odwoławczą byłby jeden sąd w Polsce, który gromadziłby kapitał specjalistycznej wiedzy. Minusem tego rozwiązania byłaby pewna „wsobność” oraz fakt, że SRK byłby jednak właściwy głównie do spraw cywilnych i spraw publicznoprawnych związanych z głównie z sankcjami administracyjnymi – mogłoby to skutkować pewnym niedoszacowaniem specyfiki prawnokarnej.

84. Niezależnie od powyższych propozycji, reforma systemu prawnokarnego sankcjonowania przestrzegania przepisów dotyczących spółek (publicznych), rynku kapitałowego i – szerzej – rynku finansowego, powinna być uzupełniona o dalszą profesjonalizację prokuratury. Profesjonalizacja ta powinna się dokonywać głównie przez specjalizację. Szersze omówienie tego zagadnienia wykraczałoby jednak poza ramy niniejszych Założeń odnoszących się do Sądu Rynku Kapitałowego.

XVI. Założenia merytoryczne dotyczące Wydziału Odwoławczego

85. W chwili obecnej znaczna część przepisów mających zastosowanie do rynku finansowego ma swoją genezę w prawie Unii Europejskiej oraz przewiduje za ich naruszenie sankcję administracyjnoprawną. Z drugiej strony te same naruszenia mogą być również sankcjonowane w drodze cywilnoprawnej (np. naruszenie przepisów mających na celu ochronę inwestorów na rynku kapitałowym może prowadzić zarówno do nałożenia kary pieniężnej przez KNF, jak i skutkować podniesieniem roszczeń odszkodowawczych przez poszkodowanych inwestorów). Istotne jest, aby w obu tych trybach (*public enforcement* i *private enforcement*), zapewniona była spójność orzecznicza. Z tej troski wyrasta postulat, aby sąd rozpatrujący środki odwoławcze od orzeczeń pierwszoinstancyjnych był właściwy do rozstrzygania zarówno w sprawach cywilnych (środki odwoławcze od rozstrzygnięć pierwszoinstancyjnych WKC), jak i administracyjnych (środki odwoławcze od rozstrzygnięć pierwszoinstancyjnych WKP). W tym celu przewiduje się utworzenie wspólnego dla tych spraw sądu odwoławczego, który będzie funkcjonował jako Wydział Odwoławczy w ramach SRK.
86. Argumentem za pozostawieniem instancji odwoławczej w obrębie SRK jest fundamentalne zamierzenie reformatorskie, którym jest profesjonalizacja orzecznictwa przez specjalizację. Z uwagi na to, że – jak wspomniano powyżej – sankcje na rynku kapitałowym mają różnoraki charakter (naruszenie przepisów może być sankcjonowane cywilnoprawnie, w drodze sankcji administracyjnej lub karnie) istotne jest, aby ten sam korpus sędziów orzekał w sprawach odwoławczych rozpatrywanych w pierwszej instancji przez Wydział Korporacyjny-Cywilny oraz Wydział Korporacyjny-Publiczny (sprawy karne pozostają

– według niniejszych Założeń – w dotychczasowej właściwości, ale przy założeniu delegacji *ad hoc* sędziów honorowych, bądź sędziów SRK – odpowiednio w I i II instancji karnej). Tylko w ten sposób będzie możliwe zapewnienie spójności pomiędzy wykładnią przepisów z zakresu rynku kapitałowego/finansowego na potrzeby ochrony cywilnoprawnej oraz administracyjnego określenia praw i obowiązków uczestników rynku kapitałowego/finansowego.

87. Istotne będzie także odstąpienie od hierarchicznej – statusowej dyferencjacji sędziów orzekających w SRK, które ma sprzyjać rotacji między wydziałami. Chodzi również o zasygnalizowanie nowego trendu zmierzającego do zmniejszenia swoistej stratyfikacji prestiżu w wymiarze sprawiedliwości związanej z szczeblem, w którym sędzia orzeka (jest to obecnie obserwowane jako negatywne zjawisko odpływu sędziów z sądów upadłościowych, które są ulokowane na poziomie rejonu, na skutek awansu tych sędziów do sądów okręgowych).
88. Zagadnieniem związanym z prezentowaną reformą, ale wykraczającą poza jej ramy, jest model apelacji w procesie cywilnym. Polskie postępowanie cywilne przyjmuje model tzw. apelacji pełnej, co oznacza przyjęcie, że sąd II instancji ponownie rozstrzyga sprawę i jednocześnie – niejako pośrednio – kontroluje to, co zrobił sąd II instancji. W tym modelu sąd II instancji dokonuje ponownej oceny dowodów i ustaleń faktycznych. Model apelacji pełnej jest obecnie w odwrocie, co potwierdzają badania prawnoporównawcze. Do rozważenia pozostaje, czy wśród zmian towarzyszących nie należy przeprowadzić podobnych reform w polskim postępowaniu cywilnym – w pełnym bądź częściowym zakresie, np. dla postępowań przed SRK. Zmiana ta wiązałaby się z opisaną w punkcie poprzedzającym „destratyfikacją”, tj. złagodzeniem gradacji ważności między pierwszą instancją a instancją odwoławczą. Od wyroków wydanych przez Wydział Odwoławczy w wyniku rozpatrzenia apelacji powinna przysługiwać skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego niezależnie od wartości przedmiotu sporu.

XVII. Problematyka rejestrowa spółek publicznych

– stan zastany i aktualne reformy dotyczące sądów rejestrowych i postępowania rejestrowego w Polsce

90. Obecnie sądy rejestrowe są wydziałami gospodarczymi sądów rejonowych wybranych miastach. Rozpatrują one spra-

wy rejestrowe i inne sprawy przekazane przez ustawę dla spółek, których siedziba znajduje się na obszarze ich właściwości.

91. Ustawą z dn. 26.01.2018 r. o zmianie ustawy o krajowym rejestrze sądowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 398), (dalej również jako *ReformaKRS2018U*) wprowadzono wiele zmian, głównie obejmujących wykorzystanie systemów teleinformatycznych i digitalizację czynności związanych ze składaniem dokumentów stanowiących podstawy wpisu do KRS oraz składanych do akt rejestrowych podmiotów podlegających wpisowi do rejestru. Zmiany objęły m.in. KRSU, K.P.C., ustawę o rachunkowości, ustawę – prawo o notariacie. Większość zmian modyfikujących sposób funkcjonowania rejestru sądowego wchodzi w życie z dniem 1 marca 2020 r. Z punktu widzenia przedmiotowego Studium szczególne znaczenie mają następujące zmiany wprowadzane przez *ReformaKRS2018U*:
- (i) wprowadzenie obowiązku składania wszystkich wniosków do rejestru przedsiębiorców KRS oraz dokumentów stanowiących podstawę wpisu lub podlegających dołączeniu do akt rejestrowych z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego;
 - (ii) umożliwienie stronom i sądowi wymiany korespondencji z wykorzystaniem systemu bez konieczności ponownego wypełniania formularza (wezwania brakowe, uzupełnienia braków wniosku) w ramach prowadzonego postępowania;
 - (iii) wydawanie przez sąd rejestrowy w toku postępowania zarządzeń o charakterze technicznym (nieorzecznym) w formie elektronicznej;
 - (iv) połączenie systemu teleinformatycznego, w którym składane będą wnioski z systemem wpisów, co umożliwi automatyczne (po podjęciu decyzji przez orzekającego) sporządzenie Projektu postanowienia bez konieczności ręcznego wpisywania danych przez pracowników sekretariatu;
 - (v) umożliwienie wprowadzenia korekt w treści automatycznie wygenerowanego Projektu postanowienia oraz jego uzupełnienia o uzasadnienie;
 - (vi) doręczanie orzeczeń i pism sądowych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego;
 - (vii) prowadzenie akt rejestrowych podmiotów wpisanych do rejestru przedsiębiorców KRS w postaci elektronicznej i ich udostępnianie w czytelni akt oraz za pośrednictwem systemu teleinformatycznego;

- (viii) zapewnienie digitalizacji pism wpływających i wysyłanych w formie papierowej do i z akt rejestrowych prowadzonych w postaci elektronicznej;
 - (ix) wprowadzenie usługi newslettera;
 - (x) umożliwienie złożenia środków zaskarżenia z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego;
 - (xi) udostępnianie akt rejestrowych prowadzonych w postaci elektronicznej sądowi odwoławczemu przez sąd I instancji (ale sąd II instancji ma nie mieć dostępu do systemu teleinformatycznego, podobnie jak SN – etap elektroniczny zakończy się zatem z chwilą złożenia w systemie teleinformatycznym odwołania za pośrednictwem sądu I instancji, który konwertuje dokumenty do postaci papierowej i w te postaci przekazuje sądowi II instancji);
 - (xii) utworzenie przez Krajową Radę Notarialną Centralnego Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych (dalej „Repozytorium”), prowadzonego w systemie teleinformatycznym, w którym przechowywane będą elektroniczne wypisy i wyciągi aktów notarialnych sporządzonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
 - (xiii) przyjęcie zasady, wedle której niezwłocznie po sporządzeniu aktu notarialnego, który ze względu na swą treść podlega zgłoszeniu do rejestru przedsiębiorców KRS notariusz umieści elektroniczny wypis tego aktu w Repozytorium, opatrując wypis kwalifikowanym podpisem elektronicznym (dotyczy również protokołów);
 - (xiv) przyjęcie zasady, wedle której wnioskodawca, składając wnioski do sądu rejestrowego, we właściwym polu, wskaże, jaki numer w Repozytorium ma akt notarialny, który chce dołączyć do wniosku. W momencie zarejestrowania wniosku przez sąd rejestrowy (*de facto* w momencie nadania sygnatury sprawy) dokument, którego numer w Repozytorium został wskazany we wniosku, zostanie automatycznie przekazany za pośrednictwem systemu teleinformatycznego z Repozytorium i dołączony do wniosku;
 - (xv) wprowadzenie obowiązku składania sprawozdań finansowych w postaci elektronicznej w odpowiednim formacie danych.
92. Zmiany wprowadzone przez ReformaKRS2018U odpowiadają na dużą część oczekiwań, jakie spółki publiczne mają pod adresem sądów rejestrowych. Wejście w życie tych zmian osłabi argumenty na rzecz utworzenia osobnego wydziału rejestrowego właściwego do

spraw rejestrowych (wpisowych i nie wpisowych) spółek publicznych. Przyjęte bowiem rozwiązania, które wejdą w życie 1 marca 2020 r., mają zasięg uniwersalny, dotyczą zatem wszystkich postępowań rejestrowych, także spółek publicznych.

93. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na przewidywaną w niniejszych Założeniach zmianę właściwości sądów rejestrowych poprzez wyjęcie z jej zakresu spraw o charakterze spornym, albo potencjalnie spornych, którymi są sprawy dot. winkulacji udziałów – art. 182 § 3 k.s.h., sprawy dot. sądowego zobowiązania zarządu do udzielenia wyjaśnień lub udostępnienia do wglądu dokumentów spółki – art. 212 § 4 k.s.h., sprawy dot. sporów wycenowych, w tym rozpatrywanie żądań powołania biegłego/rewidenta – por.: art. 312 k.s.h., w tym także na mocy odesłań m.in. z art. 417 § 1 oraz art. 418¹ § 7, 431 § 7, 449 § 3, 503¹ § 2, 538¹ § 3 k.s.h., art. 85 OfertU. Sprawy te, które wedle prezentowanych Założeń powinny zostać przekazane do rozpoznania sądom gospodarczym, znajdują się, o ile dotyczyć będą spółek publicznych, w właściwości Sądu Rynku Kapitałowego (ściśle: Wydziału Korporacyjnego-Cywilnego).
94. W opisanym stanie rzeczy możliwe jest pozostanie przy uniwersalnych rozwiązaniach przewidzianych przez ReformaKRS2018U i uzupełnionych o przewidziane w niniejszych Założeniach przekazanie spraw spornych sądom gospodarczym (*ergo*: SRK dla spółek publicznych) – zob. akapit poprzedni. Wiele sporów, które mają swój wymiar również w czynnościach rejestrowych (wpisy), stanowią w gruncie rzeczy spory gospodarcze, w których strony korzystają z tymczasowej ochrony prawnej udzielanej przez sąd procesowy, którym – w myśl Założeń – dla spółek publicznych będzie Sąd Rynku Kapitałowego (WKC). Wpis bądź zakaz wpisu w rejestrze następuje wówczas na podstawie postanowienia sądu „procesowego” (tu: SRK – WKC) o udzieleniu zabezpieczenia. Główny ładunek problemowy zostanie zatem przy sądzie wyspecjalizowanym (SRK/WKC).
95. Mimo zmian wprowadzanych na podstawie ReformaKRS2018U oraz mimo zmian przewidywanych w niniejszych Założeniach, pozostają pewne argumenty przemawiające za wyodrębnieniem osobnego sądu rejestrowego dla spółek publicznych. Argumenty te są następujące:

- (i) pewna (ale stosunkowo nieznaczna) liczba spraw rejestrowych wykazuje skomplikowanie, które wymaga szczególnych kompetencji w prawie spółek. Liczba ta jest nieznaczna, ponieważ większość kontrowersyjnych zmian statutowych staje się przedmiotem sporów uchwałowych przed sądem gospodarczym;
 - (ii) w przypadku do niektórych rozwiązań statutowych istotne może być wypracowanie spójnej i przewidywalnej praktyki rejestrowej;
 - (iii) istotne jest zapewnienie szybkiego i fachowego rozpatrywania środków odwoławczych, co będzie ułatwione, jeśli wydział rejestrowy będzie częścią wyspecjalizowanego sądu (SRK);
 - (iv) istotne jest przyjęcie filozofii bardziej „usługowego” i przyjaznego funkcjonowania sądu rejestrowego. Chodzi o to, aby była możliwa także nieformalna (choć zapewniająca mechanizmy zapobiegające naruszeniu niezawisłości sędziowskiej) komunikacja uczestnika postępowania z sądem rejestrowym zwłaszcza w postępowaniach niespornych, co ma znaczenie na przykład w sytuacji, kiedy określona reorganizacja korporacyjna, dla której wpis ma charakter konstytutywny, wymaga przyjęcia z góry przewidywalnego harmonogramu działań (np. ustalenie bilansów na dzień łączenia instytucji finansowych).
96. Gdyby reforma wprowadzająca SRK miała objąć także wydział rejestrowy dla spółek publicznych, wówczas wydział ten, jako Wydział Rejestrowy dla Spółek Publicznych (WRSP), powinien zostać utworzony według następujących założeń:
- (i) Wydział Rejestrowy dla Spółek Publicznych będzie usytuowany wyjątkowo jako wydział Sądu Okręgowego w Warszawie (inaczej niż inne sądy rejestrowe, które są wydziałami sądów rejonowych). Takie wyjątkowe usytuowanie podyktowane jest założeniem, że WRSP będzie stanowił część SRK.
 - (ii) Właściwość miejscowa WRSP obejmie obszar Rzeczypospolitej, przez co będzie on właściwy dla spółek mających swoją siedzibę na terenie całego kraju. Przyjmuje się zasadę neutralności wprowadzonej właściwości miejscowej, tj. podleganie spółek SRK/WRSP w Warszawie nie będzie rzutowało na ich siedzibę, która będzie wyznaczała właściwość miejscową w innych sprawach, będzie decydowała o sprawach podatkowych i innych. Podleganie

wpisowi do rejestru prowadzonego przez WRSP nie będzie powodowało w tej materii żadnych zmian.

- (iii) Właściwość rzeczowa WRSP obejmie wszelkie sprawy spółek publicznych przekazane do właściwości sądów rejestrowych (właściwość wyłączna). Będą to zatem zarówno sprawy o wpis, jak i sprawy niewpisowe.
 - (iv) Na postanowienie referendarza będzie przysługiwała skarga do sądu (środek niedewolutywny), ale referendarz będzie mógł od razu postanowieniem przekazać sprawę sądowi z uwagi na występujące w sprawie istotne zagadnienie prawne albo na poziom skomplikowania sprawy.
 - (v) Poza zmianami wynikającymi z ReformaKRS2018U należałoby postulować dla WRSP, aby procedurą elektroniczną było objęte także postępowanie odwoławcze (apelacyjne) – ReformaKRS2018U przewiduje bowiem postępowanie za pośrednictwem systemu teleinformatycznego jedynie do etapu złożenia środka odwoławczego.
 - (vi) Dodatkowo należy wprowadzić terminy instrukcyjne rozpatrywania wniosków wpisowych i rozpatrywania środków odwoławczych. Istotniejsze jednak będzie przyjęcie przyjaznej formuły funkcjonowania sądu rejestrowego (przemiana kulturowa). Powinna objąć efektywną, skoncentrowaną na wsparciu w rozwiązaniu problemu, formułę komunikacji z uczestnikami postępowań rejestrowych, z zachowaniem prawnych i technicznych środków chroniących niezawisłość sędziowską.
97. Pewnym rozwiązaniem kompromisowym uwzględniającym argumenty za powstrzymaniem się od tworzenia osobnego sądu rejestrowego dla spółek publicznych (zob. akapity nr 91-94 wyżej) jak również argumenty za utworzeniem takiego sądu w postaci WRSP (zob. pkt. 95 wyżej), byłoby przyjęcie, że sprawy rejestrowe w I instancji pozostają w dotychczasowej właściwości miejscowej wydziałów rejestrowych przy sądach rejonowych według miejsca siedziby spółki, podczas gdy w II instancji właściwy byłby Wydział Odwoławczy SRK.



Paweł Kuglarz*

**PRAWO EUROPEJSKIE IMPULSEM DO OPTIMALIZACJI
POLSKIEGO PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO
O DYREKTYWIE UNII EUROPEJSKIEJ
O POSTĘPOWANIU PRZEDUPADŁOŚCIOWYM**

W czerwcu 2019 r. Rada UE zaakceptowała tekst nowej dyrektywy w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, która ma zostać implementowana do polskiego porządku prawnego do 2021 r. (Dz. uz. UE L 172/18 z 26 czerwca 2019 r.). Celem dyrektywy jest harmonizacja przepisów dotyczących restrukturyzacji, a także umożliwienie dostępu do nowych mechanizmów „obronnych”, których zastosowanie da dłużnikowi możliwość kontynuowania prowadzonej działalności gospodarczej – tzw. podejście pomocowe (zasada drugiej szansy). W opracowaniu przedstawiono podstawowe informacje na temat dyrektywy oraz nadchodzących zmian w polskim prawie upadłościowym.

Pojęcia kluczowe: prawo upadłościowe, prawo UE, postępowanie przedupadłościowe

* Paweł Kuglarz, prowadzi samodzielną kancelarię prawną w Warszawie i Krakowie, jest w-cie przewodniczącym sekcji prawa upadłościowego Instytutu Allerhanda, dyrektorem Szkoły Prawa Austriackiego na UJ, reprezentant Polski z Zarządzie Insol Europe 2015-2018, współautor komentarzy do prawa upadłościowego, upadłości konsumenckiej, upadłości deweloperskiej, ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

Dyrektywa Rady Unii Europejskiej o postępowaniu przedupadłościowym zaakceptowana w czerwcu 2019 r. wprowadza wiele rozwiązań, których celem – poza ochroną – jest polepszenie sytuacji przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością. Przede wszystkim jest to preferowanie restrukturyzacji kosztem upadłości, przez co skierowana jest do przedsiębiorstw i przedsiębiorców.

Przedsiębiorcy wskazują niepewność co do przepisów prawa upadłościowego w innym kraju jako główny powód zniechęcający do podjęcia decyzji o inwestycji lub nawiązaniu współpracy, dlatego też harmonizacja przepisów prawa upadłościowego jest niezbędna do prawidłowego funkcjonowania jednolitego rynku.

Przepisy dyrektywy dzielą się na *ius cogens* i *ius dispositivum*, przez co główne założenia pozwalają państwom członkowskim UE na dużą swobodę w zakresie wyboru środków prawnych pozwalających osiągnąć wyznaczone przez nią standardy.

Najważniejsze mechanizmy

Dyrektywa wprowadza wiele interesujących rozwiązań prawnych, które mają na celu poprawę sytuacji przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością – większość z nich została już wdrożona w Polsce.

Restrukturyzacja zapobiegawcza

Ramy restrukturyzacji zapobiegawczej – które umożliwią dłużnikom skuteczne przejście restrukturyzacji na odpowiednio wczesnym etapie, czego celem jest ograniczenie niepotrzebnej likwidacji rentownych przedsiębiorstw. Art. 4 Dyrektywy wprowadza wymóg zapewnienia przez państwo członkowskie dostępu do restrukturyzacji zapobiegawczej w przypadku, gdy pojawia się prawdopodobieństwo niewypłacalności. Przepis ten pozwala na przeprowadzenie restrukturyzacji w celu zapobieżenia niewypłacalności nie ograniczając innych możliwości dłużnika w zakresie poprawy swojej kondycji finansowej¹.

Dyrektywa przewiduje także sytuacje, w których dłużnicy zostają wykluczeni z możliwości skorzystania z ram restrukturyzacji zapobiegawczej. Dotyczy to przede wszystkim przedsiębiorców, którzy zostali skazani na mocy prawa krajowego za łamanie obowiązków z zakresu księgowości i rachunkowości. Do wykluczenia może dojść także poprzez uzyskanie negatywnego wyniku testu rentowności,

¹ Art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postanowień dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości).

świadczącego o braku możliwości przeprowadzenia skutecznego postępowania restrukturyzacyjnego.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy instytucja restrukturyzacji zapobiegawczej ma być dostępna jedynie na wniosek dłużnika – jest to jedynie założenie. Sama Dyrektywa przewiduje możliwość odmiennej regulacji tej materii przez państwa członkowskie UE, dając dostęp do tej instytucji innym zainteresowanym podmiotom, np.: wierzycielom, ale przy zachowaniu wymogu uzyskania zgody dłużnika².

Wstrzymanie indywidualnych czynności egzekucyjnych

Wstrzymanie indywidualnych czynności egzekucyjnych ma pomóc dłużnikowi w przeprowadzeniu negocjacji dotyczących planu restrukturyzacji w ramach restrukturyzacji zapobiegawczej. Może przybrać charakter ogólny (objąć wszystkich potencjalnych wierzycieli), lub ograniczony i objąć tylko jednego lub większą grupę wierzycieli. Do wstrzymania indywidualnych czynności egzekucyjnych dochodzi na wniosek dłużnika, wierzyciela lub doradcy restrukturyzacyjnego, na czas do 4 miesięcy, z możliwością przedłużenia tego okresu maksymalnie do 12 miesięcy³.

Zawieszenie obowiązku wszczęcia postępowania

Wstrzymanie indywidualnych czynności egzekucyjnych co do zasady powoduje, że zawieszeniu ulega obowiązek wszczęcia wobec przedsiębiorcy postępowania upadłościowego, które mogłoby zakończyć się likwidacją przedsiębiorstwa. Także w tej materii przepisy Dyrektywy pozostawiają państwom członkowskim UE możliwość odrębnej regulacji tej zasady w ramach praw krajowych – państwa członkowskie mogą odstąpić od zastosowania instytucji zawieszenia obowiązku wszczęcia postępowania upadłościowego w stosunku do dłużnika, gdy nie jest on w stanie spłacać swoich długów w terminie ich wymagalności⁴.

Wczesne ostrzeżenie i dostęp do informacji

Dyrektywa wprowadza mechanizmy wczesnego ostrzeżenia, które pozwalają zidentyfikować okoliczności mogące prowadzić do wystąpienia niewypłacalności i jednocześnie sygnalizujące dłużnikowi potrzebę podjęcia działań naprawczych. Dobrym przykładem mechanizmu wczesnego ostrzeżenia są mechanizmy

² <https://www.parp.gov.pl/component/content/article/57491:przedsiębiorca-w-obliczu-nowej-dyrektywy-ue-o-restrukturyzacji-i-upadłości-czyli-o-dyrektywie-drugiej-szansy>.

³ <https://ipuir.lazarski.pl/pl/aktualności/wplyw-unijnej-dyrektywy-drugiej-szansy-na-polskie-prawo-restrukturyzacyjne/>.

⁴ Art. 7 ust. 3 Dyrektywy.

alarmowe, które mogłyby być stosowane przez organy rejestrujące braki obowiązkowych wpłat (np. organy administracji podatkowej) lub przesyłanie informacji do osób trzecich bezpośrednio powiązanych z daną firmą, a mających o niej dużą wiedzę, np.: księgowych. Dyrektywa nie narzuca dokładnych mechanizmów wczesnego ostrzegania pozostawiając w tej materii swobodę państwom członkowskim UE – wprowadza jedynie wymóg ich zapewnienia m.in. poprzez tworzenie systemów teleinformatycznych, dających możliwość wykrycia okoliczności potencjalnie prowadzących do niewypłacalności przy jednoczesnym uzyskaniu informacji o środkach zapobiegawczych – restrukturyzacji i umorzeniu długów⁵. Dobrym przykładem dostępu do informacji mającym na celu poprawę kondycji finansowej firmy jest projekt *Early Warning Europe* – EWE, który prowadzi Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) wspólnie z Fundacją Firmy Rodzinne (FFR). Wykwalifikowani konsultanci z bogatym doświadczeniem pomagają przedsiębiorcom przejść przez kryzysowe sytuacje i opracować nową strategię rozwoju⁶.

Zasada drugiej szansy

Jedną z najważniejszych instytucji wprowadzonych przez Dyrektywę jest zasada drugiej szansy regulująca kwestie umarzenia długów i okresu związanego z zakazem prowadzenia działalności. Wprowadza ona możliwość całkowitego umorzenia długów dla nadmiernie zadłużonych przedsiębiorców, przy ograniczeniu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

Okres po upływie, którego niewypłacalni przedsiębiorcy mogą uzyskać całkowite umorzenie długów, nie może być dłuższy niż trzy lata, począwszy najpóźniej od dnia:

- w przypadku postępowania obejmującego plan spłaty wierzycieli – decyzji organu sądowego lub administracyjnego zatwierdzającej plan lub od rozpoczęcia realizacji planu; albo
- w przypadku każdego innego postępowania – decyzji organu sądowego lub administracyjnego w sprawie wszczęcia postępowania, lub ustanowienia masy upadłościowej przedsiębiorcy⁷.

Ponadto państwa członkowskie UE w ramach swoich systemów prawnych mogą wprowadzać dodatkowe obowiązki lub zastrzeżenia, na które mogą się składać m.in. zlecenie prowadzenia postępowań weryfikacyjnych przez organy sądowe lub administracyjne

⁵ <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chancenew-rules-on-business-insolvency-adopted/>

⁶ *EWE sposobem na kryzys w firmie*, „Puls Biznesu”, 14.09.2019, s. 14.

⁷ Art. 21, *Ibidem*.

w celu sprawdzenia przedsiębiorcy-dłużnika pod kątem spełnienia ciężących na nim obowiązków. Rażąco naruszenie obowiązków wynikających z planu spłaty wierzycieli lub nadużycie prawa, powodować będzie ograniczenie lub wyłączenie możliwości korzystania z procedury umorzenia długów.

Sytuacja prawna wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo

Zaznaczenia wymaga fakt, że zapewnienie dostępu do restrukturyzacji zapobiegawczej wpłynie na pozycję wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. Ograniczy to ich prawa do realizacji wierzytelności w drodze indywidualnych czynności egzekucyjnych, w czasie kiedy dłużnik nie znajduje się w trakcie formalnego postępowania upadłościowego. Ich interesy zostaną poddane woli większości wierzycieli, która będzie ukierunkowana na zachowanie i restrukturyzację przedsiębiorstwa dłużnika.

Pomimo tego postanowienia Dyrektywy niejako „rozpoznają” uprzywilejowaną pozycję wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. Dają temu wyraz przepisy odnoszące się do akceptacji planu restrukturyzacyjnego. Plan ten podzieli na grupy wszystkich wierzycieli, w zależności od interesów i sposobu zabezpieczenia, przez co nie dojdzie do zrównania pozycji wierzycieli niezabezpieczonych z zabezpieczonymi rzeczowo⁸. Ci pierwsi (większość) nie będzie mogła przegłosować mniejszości, co nie oznacza, że uprzywilejowana klasa wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo jako grupa nie będzie mogła przegłosować pojedynczych wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. Państwa członkowskie będą określały większości wymagane do przyjęcia planu restrukturyzacji. Większości te nie mogą przekraczać 75% kwoty roszczeń lub wartości udziałów w każdej grupie lub, w stosownych przypadkach, 75% liczby zainteresowanych uczestników w każdej grupie⁹.

Chronione są także interesy indywidualnych wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo, którzy zgłaszają zdania odrębne poprzez *best-interest-of creditors test*. Jeżeli, któryś z wierzycieli kwestionuje plan restrukturyzacyjny, należy ustalić, że ten wierzyciel nie znajdzie się w sytuacji gorszej jeżeli dojdzie do restrukturyzacji przedsiębiorstwa niż gdyby doszło do likwidacji, albo gdyby wybrano kolejny najlepszy alternatywny scenariusz działania poza planem restrukturyzacyjnym. W zależności od rodzaju, wartości zabezpieczenia i prawa upadłościowego państwa, w którym roszczenia w drodze upadłości miałyby zostać zaspokojone interesy indywidualnych wierzycieli są zabezpieczone. Jeżeli mieliby otrzymać 100% wartości swojego rosz-

⁸ Jean-Luc Valens, *The Preventive Restructuring Directive: A French Perspective*, „Eurofenix Spring” 2019, s. 22-23.

⁹ Art. 9, *Ibidem*.

czenia w hipotetycznej likwidacji nie mogą być związani postanowieniami planu restrukturyzacyjnego, w którym otrzymali by mniej. Jedynym znaczący problemem jest tutaj prawidłowe ustalenie wartości zabezpieczenia gdyby doszło do likwidacji¹⁰.

Zwiększenie odpowiedzialności członków zarządu pod kątem zabezpieczenia interesów wierzycieli

Państwa członkowskie powinny nałożyć ogólne obowiązki na członków zarządu firmy w celu ochrony interesów wierzycieli w sytuacji gdy upadłość jest prawdopodobna. Mają oni być zobligowani do podjęcia niezbędnych działań w celu uniknięcia upadłości. Ochroni ich to zarzutem rażącego niedbalstwa objawiającego się w prowadzeniu działań, które mogły by zagrozić rentowności firmy¹¹.

Problem nadmiernego zadłużenia konsumentów

Zazwyczaj nie jest możliwe dokonanie rozróżnienia pomiędzy długami konsumenckimi danego przedsiębiorcy, a jego długami, które powstały w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Pomimo tego, że Dyrektywa nie zawiera wiążących przepisów dotyczących oddłużania konsumentów, to system drugiej szansy przewidziany dla przedsiębiorców, nie może działać sprawnie jeżeli przedsiębiorca będzie musiał przechodzić dwa odrębne postępowania upadłościowe w celu uwolnienia się od długów. Jedynym ograniczeniem dla dłużników – przedsiębiorców w korzystaniu z restrukturyzacji zapobiegawczej oraz uwolnieniu się od swoich długów konsumenckich i tych związanych z prowadzoną działalnością jest bycie skazanym na mocy prawa krajowego za naruszenia obowiązków w zakresie rachunkowości lub księgowości. W polskich realiach oznaczałoby to doprowadzenie się do niewypłacalności lub przyczynienie się dłużnika do niewypłacalności – co w konsekwencji uniemożliwiłoby oddłużenie.

Przepisy Dyrektywy należy analizować, w kontekście nowelizacji polskiego prawa upadłościowego, która zacznie obowiązywać od 2020 r. Zmieni ona zasady i przesłanki ogłoszenia upadłości przez konsumentów i osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą znacznie je liberalizując. Obecnie sądy oddalają dużą część wniosków o ogłoszenie upadłości konsumenckiej ze względu na stwierdzenie, że wnioskodawca zadłużył się umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa, ponieważ sąd ma obowiązek zbadania w jaki sposób doszło do powstania długów przekraczających moż-

¹⁰ W. Zenker, *Zabezpieczenia rzeczowe w restrukturyzacji i upadłości*, "The position of secured creditors according to the Draft EU Directive on Preventive Restructuring Frameworks"

¹¹ Jean-Luc Valens, Eurofenix Spring 2019, "The Preventive Restructuring Directive: A French Perspective", s.22–23.

liwości finansowe dłużnika. Zgodnie z brzmieniem nowych przepisów w ramach upadłości konsumenckiej nie będzie się badało przyczyn niewypłacalności na etapie otwarcia postępowania – przyczyna niewypłacalności zostanie zbadana dopiero po ogłoszeniu upadłości. Oznacza to, że polskie przepisy nowego prawa upadłościowego będą stały w sprzeczności z postanowieniami Dyrektywy, ponieważ będą dopuszczały upadłość osoby prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą, która była nieuczciwym przedsiębiorcą działającym w złej wierze. Konsekwencją nowelizacji prawa upadłościowego może być sytuacja, w której tysiące wniosków nieuczciwych dłużników zablokują dostęp do postępowań upadłościowych uczciwych dłużników.

Sama Dyrektywa ma zostać implementowana do krajowych porządków prawnych państw członkowskich UE najpóźniej do 2 lat po jej wejściu w życie. W związku z tym w najbliższej przyszłości konieczna będzie kolejna nowelizacja prawa upadłościowego.

Podsumowanie

Główne założenia dyrektywy podkreślają zachowanie przez państwa członkowskie UE dużej swobody w odmiennym kształtowaniu niektórych z jej postanowień, mających na celu osiągnięcie określonych standardów i harmonizację przepisów dotyczących restrukturyzacji w państwach członkowskich UE. Związane jest to poniekąd z ideą ograniczenia kosztów procedur i zwiększeniem skuteczności restrukturyzacji poprzez możliwość wstrzymania czynności egzekucyjnych¹².

Nowe przepisy umożliwią rentownym przedsiębiorstwom mającym problemy z płynnością finansową dostęp do restrukturyzacji zapobiegawczej, co pozwoli na dokonanie restrukturyzacji na wczesnym etapie i tym samym pozwoli na uniknięcie upadłości – przedsiębiorcy zyskają drugą szansę.

¹² <https://www.rp.pl/Firma/304299956-Prawo-upadlosciowe-nowa-dyrektywa-unijna-druga-szansa-dla-firm.html>.



Paweł Janda, Karol Tatara, Paweł Kuglarz,
Magdalena Pyzik-Wałąg, Mateusz Kaliński*

**STANOWISKO SEKCJI PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO
INSTYTUTU ALLERHANDA W SPRAWIE ISTOTNYCH
ZAGADNIĘĆ DOTYCZĄCYCH PROJEKTU USTAWY
O ZMIANIE USTAWY – PRAWO UPADŁOŚCIOWE
ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW (DRUK NR 3480)¹**

Uchwalona nowelizacja Prawa upadłościowego zasadniczo wchodzi w życie 24 marca 2020 roku. Wyjątkiem jest przepis dotyczący rejestru zadłużonych, który wchodzi w życie 1 grudnia 2020 r. Polska była zobowiązana do wprowadzenia centralnego rejestru upadłości do 26 czerwca 2018 r., jednak do jesieni rejestr nie powstał.

Ratio legis tej nowelizacji było uproszczenie upadłości konsumenckiej i dostosowanie regulacji *pre-packu* czyli przygotowanej likwidacji do prawa europejskiego i poprawienie *pre-packu*. Poniżej przedstawione zostało stanowisko Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda wobec projektu nowelizacji w zakresie *pre-packu*. Zostało ono zgłoszone w toku procesu legislacyjnego i generalnie nie zostało uwzględnione. W przekonaniu autorów stanowiska dostosowanie do prawa europejskiego opiera się na metodycznym błędzie a nowelizacja zamiast zoptymalizować przygotowaną likwidację utrudni ją lub wręcz wyeliminuje.

*Paweł Janda, SSR, dr, przewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; r.pr. Karol Tatara, wiceprzewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; r.pr. Paweł Kuglarz, wiceprzewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; adw. Magdalena Pyzik-Wałąg, członek Sekcji Prawa Upadłościowego IA; Mateusz Kaliński, LL.M., sekretarz Sekcji Prawa Upadłościowego IA.

¹ Przedstawione na posiedzeniu podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3480) w dniu 4 lipca 2019 r. Uzupelnione 8 lipca 2019 r.

Część I.

Podsumowanie stanowiska

A. Wprowadzenie odpowiedniego stosowania art. 23¹ Kodeksu pracy do postępowań upadłościowych – nowelizacja art. 317 Prawa upadłościowego

1. Wprowadzany przepis, jak się wydaje, nie został poprzedzony całościową oceną konieczności i zasadności jego wprowadzenia do systemu prawa upadłościowego.
2. Nie ma obowiązku dostosowania w tym zakresie przepisów (ustawy Prawo upadłościowe, dalej: p.u.) do regulacji prawa UE, a w szczególności obowiązek taki nie wynika, ani nie powinien być interpretowany z wyroków TSUE w sprawach Smallsteps (C-126/16, wyrok z 22 czerwca 2017 r.) oraz Plessers (C-509/17, wyrok z 16 maja 2019 r.). Podstawą pierwszego wyroku TSUE był brak regulacji ustawowej pre-packu.
3. O ile sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części w zwykłym trybie likwidacji w postępowaniu upadłościowym dawała syndykowi możliwość restrukturyzacji zasobów kadrowych przedsiębiorstwa i zbycie już uzdrowionego organizmu inwestorowi, to w likwidacji przygotowanej inwestor kupując przedsiębiorstwo w ramach procedury „pre-pack” przy zastosowaniu automatyzmu o którym mowa w art. 23¹ k.p. jest pozbawiony możliwości dokonania efektywnej restrukturyzacji kadrowej upadłego.
4. W przypadku wystąpienia istotniejszego ryzyka związanego z transferem pracowników (co przewiduje art. 23¹ k.p.), inwestor:
 - a) będzie gotów zapłacić niższą cenę, a w konsekwencji mniej pieniędzy dostaną wierzyciele, w tym Skarb Państwa.
 - b) nie podejmie decyzji o zakupie, co doprowadzi do najbardziej prawdopodobnego zwolnienia pracowników przez syndyka – stracą wówczas wszyscy.
5. Ryzyko powyższe może doprowadzić do zapaści sprzedaży przedsiębiorstw lub zorganizowanych części w postępowaniach upadłościowych, a zatem do rozprzedawania majątku na części i strat dla wierzycieli i pracowników.
6. Wprowadzenie dodatkowego, trudnego do oszacowania ryzyka będzie stanowiło naruszenie głównej zasady postępowania upadłościowego, wyrażonej w art. 2 p.u., czyli kierowania się interesem wierzycieli, przy pomocniczym zachowaniu przedsiębiorstwa upadłego
7. Doświadczenia holenderskie i belgijskie (po powyższych wyrokach TSUE) wskazują, że ryzyko załamania się kupna przedsiębiorstw od syndyków nie jest teoretyczne a bardzo realne – zwłaszcza w procedurze przygotowanej likwidacji (*pre-pack*).

B. Nowelizacja art. 317 p.u. w zakresie przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego

1. Postulowane jest w pierwszej kolejności odwołanie się do regulacji Kodeksu handlowego, dopuszczającej przeniesienie praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego.
2. Rozwiązania takie wydaje się zwłaszcza uzasadnione w świetle przeobrażeń w gospodarce, gdzie wartość przedsiębiorstw niejednokrotnie jest uzależniona od zawartych i funkcjonujących umów.

C. Wadium

1. Postulowane są rozwiązania dopuszczające formy ustanowienia zabezpieczenia składanych ofert w innej postaci niż tylko wpłata wadium w środkach pieniężnych.
2. Rozwiązanie takie (przewidziane przez inne przepisy prawa) są uzasadnione nie tylko potrzebami obrotu, ale również uwarunkowaniami systemowymi i celowościowymi oraz doświadczeniami z innych krajów, w tym o bogatym dorobku w zakresie prawa związanego z niewypłacalnością.

D. Doręczanie wierzycielom zabezpieczonym na majątku wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży

1. Postulowane jest doprecyzowanie jaki rodzaj zabezpieczenia ma być brany pod uwagę w przypadku doręczania wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży w celu uniknięcia braku spójności z innymi przepisami ustawy.

W związku z powyższym proponujemy:

- (1) W miarę możliwości rezygnację z proponowanego odesłania – nowelizacji art. 317 p.u.
– gdyż przyczyni się to do zachowania komplementarności systemu i zapewnienia zachęt dla inwestorów w przypadku każdej sprzedaży w postępowaniu upadłościowym;
- (2) Alternatywnie, dodanie w ramach art. 56e ust. 3, dopisku, iż art. 317 ust. 2a nie stosuje się – np. w brzmieniu: „Do skutków sprzedaży według przepisów niniejszego rozdziału przepisy art. 313, art. 314 i art. 317 stosuje się, przy czym nie stosuje się art. 317 ust. 2a”;
– co pozwoli przynajmniej na doprowadzenie do braku stosowania – jak się wydaje – niekorzystnego przepisu do procedury

przygotowanej likwidacji, która z założenia ma być szybka i nie pozwala na bardzo szczegółowe analizy stanu pracowniczego nabywanego podmiotu, zwłaszcza w kontekście oceny przez inwestora efektywności dotychczasowej załogi;

- (3) Uregulowanie w art. 317 p.u. sytuacji dopuszczalności przejścia praw i obowiązków z umów, np. poprzez dodanie ust. 1a w brzmieniu: „1a. Nabywca przedsiębiorstwa upadłego wstępuje w miejsce upadłego w prawa i obowiązki wynikające wyłącznie z tych umów, które zostały wymienione w umowie sprzedaży przedsiębiorstwa. O ile przepis szczególny nie stanowi inaczej druga strona umowy może od niej odstąpić wyłącznie w przypadkach i na warunkach określonych w umowie”;
- (4) Zastąpienie sformułowań „aukcja” zwrotem „konkurs” – w odniesieniu do konkurencyjnych ofert; oraz uregulowanie, iż to TNS będzie rekomendował przyjęcie konkretnej oferty przez sąd upadłościowy – w sprawozdaniu z oceny ofert;
- (5) Wprowadzenie swoistej prekluzji w przypadku zainteresowania – w postaci nieuwzględniania ofert złożonych np. po upływie 3 tygodni od obwieszczenia/informacji o konkursie;
- (6) Uregulowanie, iż koszty inwestora, który złożył ofertę i który poniosł i udokumentował koszty zainicjowania wniosku (koszt obsługi prawnej oraz wyceny), w przypadku zawarcia umowy sprzedaży, stanowić będą koszty postępowania upadłościowego i będą – po ich zatwierdzeniu przez sędziego-komisarza – zwracane inwestorowi inicjującemu *pre-pack*, na jego wniosek;
- (7) Umożliwienie składania wadium również na inne sposoby niż wyłączenie przez wpłatę części ceny w środkach pieniężnych.
- (8) Doprecyzowanie przepisów w zakresie rozumienia wierzycieli zabezpieczonych w kontekście doręczania odpisu wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży.

Część II.

Stanowisko w sprawie istotnych zagadnień dotyczących projektu: wersja pełna

A. Wprowadzenie odpowiedniego stosowania art. 231 Kodeksu pracy do postępowań upadłościowych – nowelizacja art. 317 p.u.

1. W ocenie niżej podpisanych, zmiana art. 317 p.u. poprzez wprowadzenie ogólnego odesłania do odpowiedniego stosowania art. 231¹ k.p. jest bardzo dalekosiężna i zbyt daleko idąca. Zmiana ta nie jest też wymuszona koniecznością dostosowania do wymogów prawa Unii Europejskiej.

2. W pierwszej kolejności należy podnieść, iż Dyrektywa Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejścia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów („Dyrektywa 2001/23”) ustanawia możliwość odstępstwa od rygorystycznych zasad transferu pracowników w przypadku przejścia zakładu pracy, w przypadku transferów dokonywanych w ramach postępowania upadłościowego, przy spełnieniu określonych w Dyrektywie 2001/23 przesłanek. Regulacja ta jest słuszna, gdyż niejednokrotnie sytuacje niewypłacalnościowe są spowodowane przerostem zatrudnienia. Regulacje prawa zabezpieczają przy tym, na różne sposoby, interesy pracowników – jako strony słabszej i wymagającej ochrony, również ze względów społecznych.
3. Art. 23¹ k.p. jest wynikiem transpozycji Dyrektywy 2001/23 do polskiego porządku prawnego. Obecnie, jak się wydaje, ustawodawca – w sposób niewartykułowany wprost – chce skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23, który stanowi: „O ile Państwa Członkowskie nie ustalą inaczej, art. 3 i 4 nie mają zastosowania do jakiegokolwiek przejścia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa lub zakładu, jeżeli wobec zbywającego prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie, wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego i jeżeli znajduje się on pod nadzorem właściwego organu publicznego (którym może być likwidator, upoważniony przez właściwy organ publiczny)”, (wszelkie wyróżnienia własne).
4. Oznacza to, że Rzeczpospolita Polska najwyraźniej chce ustalić wskazane zagadnienia inaczej, niż to dopuszcza wyjątek z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23.
5. Rozwiązanie takie nie wydaje się słuszne. Należy bowiem podkreślić, iż sytuacje upadłościowe w których występuje nabywca – inwestor, są z reguły bardzo korzystne dla masy upadłości oraz ogółu wierzycieli. Wprowadzenie konieczności uwzględnienia regulacji art. 23¹ k.p. przy ocenie opłacalności zaangażowania inwestycyjnego i jego kosztów może doprowadzić do zmniejszenia lub utraty istotnej części finansowania postępowań upadłościowych (poprzez brak kapitału od nabywcy).
6. Co więcej, niejednokrotnie koszty pracownicze i związane są ważnym czynnikiem wartości wyceny w trybie przygotowanej likwidacji, do której art. 317 p.u. się stosuje. Przygotowana likwidacja jest natomiast obecnie jednym z najciekawszych rozwiązań dotyczących inwestycji w tzw. *distressed assets*, z korzyścią dla wszystkich interesariuszy, również sądów i wierzycieli. Obawiamy się, iż planowana w tym zakresie zmiana istotnie zmniejszy tę atrakcyjność procedury przygotowanej likwidacji.

7. Ponadto, zmiana art. 317 p.u. dotyczyć będzie wszelkiej sprzedaży w postępowaniach upadłościowych, co sprawi, iż nie tylko *pre-pack*, ale również jakiegokolwiek inne inwestycje w *distressed assets* znacząco stracą na atrakcyjności.
8. Wreszcie nie sposób nie odnieść wrażenia, że obecna propozycja nowelizacji jest motywowana niedawnymi wyrokami TSUE w sprawach *Smallsteps* (C-126/16, wyrok z 22.06.2017 r.) oraz *Plessers* (C-509/17, wyrok z 16 maja 2019 r.). Kompleksowa analiza przedmiotowych wyroków TSUE prowadzi jednak do konkluzji, iż polskie przepisy są zgodne z prawem unijnym i nie zachodzi ryzyko (lub jest ono minimalne) wydania podobnego rozstrzygnięcia w sprawie polskiej. Z tych względów, argument ten nie może być wykorzystywany jako uzasadnienie dla odejścia od stosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23.
9. Oba wyroki dotyczyły różnych stanów faktycznych, niemniej należy zauważyć, że zarówno w Belgii (C-509/17), jak i w Niderlandach (C-126/16), od wydania przedmiotowych wyroków, w zasadzie nie występują skuteczne wnioski o sprzedaż majątku w trybie przepisów prawa upadłościowego tych krajów (lub okołoupadłościowego). Obserwacja ta potwierdza, iż nowelizacja art. 317 p.u., która nie jest konieczna, może spowodować zapaść inwestycyjną w sytuacjach niewypłacalnościowych.
10. Należy podkreślić, że polskie przepisy – zarówno co do ogólnej sprzedaży w postępowaniu upadłościowym, jak i w procedurze *pre-packu* spełniają wymogi dla zastosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23. Polska procedura jest likwidacyjna, dokonywana pod nadzorem Sądu oraz jest transparentna. Sprzedaż jest dokonywana w postępowaniu upadłościowym, przez syndyka. Należy w tym kontekście wskazać, iż w sprawach będących przedmiotem zainteresowania TSUE, powyższe wymogi z Dyrektywy 2001/23 nie były spełnione, gdyż występował tam tzw. „cichy syndyk”, a procedura sprzedaży nie była pod nadzorem Sądu, również samo postępowanie – odmiennie niż w warunkach polskich – nie zmierzało do likwidacji, ale pierwszorzędnym celem było utrzymanie przedsiębiorstwa. W Polsce tymczasem celem zgodnie z art. 2 p.u. jest likwidacja majątku mająca na celu jak najwyższe zaspokojenie wierzycieli. Nie bez przyczyny *pre-pack* jest uregulowany właśnie w Prawie upadłościowym, nie zaś w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne.
11. Jak wskazano chociażby w sentencji wyroku w sprawie *Smallsteps*: „ochrona pracowników gwarantowana przez art. 3 i 4 tej dyrektywy zostaje utrzymana w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której przejęcie przedsiębiorstwa następuje po ogłoszeniu upadłości w kontekście *pre-packu* – przygotowanego przed tym ogłoszeniem i zrealizo-

wanego bezpośrednio po tym ogłoszeniu – w ramach którego w szczególności wyznaczony przez sąd „potencjalny syndyk” bada możliwości ewentualnej kontynuacji przez osobę trzecią działalności tego przedsiębiorstwa i przygotowuje czynności mające dojść do skutku wkrótce po ogłoszeniu upadłości, aby doprowadzić do tej kontynuacji, a ponadto, że nie jest istotne w tym względzie, że zamierzonym przez tę transakcję pre-packu celem jest także maksymalizacja zysków ze zbycia dla ogółu wierzycieli rozpatrywanego przedsiębiorstwa”. Potwierdza to brak konieczności nowelizacji przepisów w zakresie szczególnych uprawnień pracowniczych z powodów mających wynikać z orzecznictwa europejskiego.

12. Istotą holenderskiej regulacji *pre-packu*, która została zakwestionowana przez TSUE (*Smallsteps*) jest fakt, iż jej źródłem nie była ustawa regulująca prawo upadłościowe a porozumienie większości sądów upadłościowych, czyli tzw. *soft law*. W konsekwencji jednym z zasadniczych motywów orzeczenia TSUE było zakwestionowanie stosowania *pre-packu* bez niezbędnej ustawowej gwarancji ochrony praw pracowniczych. Taka potrzeba nie istnieje w przypadku polskiej regulacji *pre-packu*. Po pierwsze ma ona umocowanie ustawowe, procedura ta przeprowadzana jest pod nadzorem sądu a zatwierdzenie *pre-packu* dokonywane jest w formie postanowienia sądu. Drugim istotnym motywem wyroku TSUE była okoliczność, że działalność spółki *Smallsteps* polegała na wynajmowaniu pracowników tymczasowych a więc podstawowym przedmiotem działalności koncentrował się na pracownikach a pozostałe elementy przedsiębiorstwa były marginalne.
13. Zmiana przepisów polskiego prawa upadłościowego byłaby przykładem tzw. *gold plating*, czyli implementacji Dyrektywy 2001/23 w sposób zakładający konsekwencje, które z regulacji prawa europejskiego nie wynikają.
14. W tym zakresie, nie do końca adekwatne wydają się również spostrzeżenia rzeczników generalnych, podzielone następnie przez TSUE, co do opisu i charakteru instytucji *pre-packu*. Przykładowo, jak wskazano w pkt 56 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Smallsteps*: „...zbycie rentownych części niewypłacalnego przedsiębiorstwa miało miejsce w ramach postępowania, które, tak jak ogłoszenie upadłości, zmierza do likwidacji aktywów zbywanego. Z drugiej strony, takie określenie może okazać się skomplikowane w przypadku postępowań „nietypowych”, takich jak na przykład postępowanie, które rozwinęło się w Niderlandach celem zawarcia *pre-packu*, które odbywa się, co najmniej częściowo, poza prawnymi ramami, i które ma hybrydowy charakter w zakresie, w jakim łączy ele-

menty nieformalne oraz elementy wynikające z postępowania formalnego (czyli postępowania upadłościowego regulowanego ustawą o prawie upadłościowym)”, czy też w pkt 67 tej opinii: „Etap przygotowawczy rozpoczyna się zawsze z inicjatywy przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji, które wnosi do sądu o ustanowienie cichego syndyka oraz cichego sędziego-komisarza. Sąd może dokonać takiego ustanowienia w zależności od tego, czy uzna, że taka procedura byłaby wskazana”, lub pkt 68: „Idea, która przyświeca temu przedterminowemu ustanowieniu, polega na umożliwieniu cichemu syndykowi, przed jego formalnym wyznaczeniem na syndyka masy upadłościowej, zapoznania się z informacjami na temat przedsiębiorstwa, jak również dokonania analizy sytuacji finansowej tego przedsiębiorstwa oraz branż pod uwagę możliwych rozwiązań po to, aby bardzo szybko po ogłoszeniu upadłości móc złożyć wniosek do sędziego-komisarza o zezwolenie na realizację zbycia *pre-packu*.” Odmiennie wygląda sprawa w realiach polskich, gdyż ustanawiany Tymczasowym Nadzorca Sądowy działa całkiem jawnie i pod kontrolą Sądu upadłościowego. Również w sprawie *Plessers*, w opinii Rzecznika Generalnego wskazano chociażby: „dopóki sąd nie orzeknie w przedmiocie wniosku w sprawie reorganizacji sądowej, nie można ogłosić upadłości dłużnika, a w przypadku spółki nie można jej rozwiązać sądownie. W rezultacie w świetle orzecznictwa omówionego w pkt 42-51 niniejszej opinii takie postępowanie, które może prowadzić do upadłości, choć taka konsekwencja nie ma charakteru systemowego, nie spełnia warunku, zgodnie z którym wobec zbywającego musi być prowadzone postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie⁽⁵⁰⁾, a zatem nie może być objęte pojęciem „postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23(51)” [pkt 59], co sprawia że *pre-pack* w prawie belgijskim również jest bardziej zbliżony do restrukturyzacji niż do postępowań upadłościowych, jak ma to miejsce w Polsce – gdzie przykładowo sąd może oddalić wniosek o *pre-pack*, a ogłosić upadłość, przy stwierdzeniu, iż są spełnione przesłanki do takiej decyzji.

15. Dlatego, uważamy, że tak istotna zmiana prawa powinna być co najmniej poprzedzona gruntowną analizą potrzeb i konsekwencji planowanych, nowych rozwiązań.
16. Nie jest także trafny argument, że art. 23¹ k.p. ma być stosowany odpowiednio, czyli również z możliwością jego niezastosowania w konkretnej sytuacji, lub zmodyfikowania zakresu zastosowania – gdyż praktyka orzecznictwa sądów pracy wskazuje jednoznacznie, iż interes pracowników odgrywa pierwszorzędną rolę, zwłaszcza przy konieczności oceny tak skomplikowanej i wielowątkowej ma-

terii jakiej dostarczają związki prawa pracy z prawem upadłościowym lub restrukturyzacyjnym. Ryzyka tego nie można ignorować.

17. Dostrzegamy znaczenie konieczności zabezpieczenia interesów pracowników w sytuacjach niewypłacalnościowych, ale zwracamy uwagę również na znaczenie innych zainteresowanych podmiotów, w tym inwestorów, oraz utrwalonej praktyki stosowania tych przepisów. Proponowane rozwiązanie może być tak daleko siężne, iż nie jest możliwa na obecnym etapie ocena wszystkich konsekwencji planowanej zmiany (również tych negatywnych, co powinno być przedmiotem zainteresowania w toku prac legislacyjnych).
18. Podsumowując, wprowadzenie przedmiotowej regulacji może – paradoksalnie – doprowadzić do utraty pracy – na skutek zwolnień przez syndyka w postępowaniu upadłościowym, zamiast zamierzonej ochrony praw pracowniczych.

B. Nowelizacja art. 317 p.u. w zakresie przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego

1. Projektowane zmiany art. 317 p.u. pomijają od dawna artykułowaną potrzebę wyraźnej interwencji ustawodawcy w odniesieniu do możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego, co należy ocenić krytycznie.
2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że problem związany z brakiem możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów w ramach przygotowanej likwidacji ujawnił się jako jeden z pierwszych. Od samego początku stosowania nowych regulacji budził wiele kontrowersji i spowodował ożywioną dyskusję oraz był wielokrotnie wskazywany przez praktyków prawa upadłościowego jako jedna z przyczyn znacząco osłabiających atrakcyjność tej instytucji dla obrotu.
3. Głównym celem wprowadzenia instytucji przygotowanej likwidacji było szybsze i pełniejsze zaspokojenie wierzycieli oraz znaczne skrócenie czasu trwania postępowania upadłościowego. Z kolei aksjologicznym celem ustawy jest i było zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika oraz jego sprzedaż w całości jako podstawowy sposób likwidacji masy upadłości. Oczywistym jest, że przeprowadzenie sprzedaży przedsiębiorstwa ma największy ekonomiczny sens w momencie, kiedy dochodzi do niej na odpowiednio wczesnym etapie – przedsiębiorstwo jest w ruchu i nie jest obciążone negatywnym wizerunkiem związanym z otwarciem postępowania upadłościowego. Z działalnością przedsiębiorstwa związane

- jest funkcjonowanie wielu kontraktów. W związku z tym, aby inwestorzy byli zainteresowani przeprowadzeniem transakcji nabycia przedsiębiorstwa upadłego w ramach postępowania upadłościowego muszą mieć pewność co do dalszych losów umów związanych z prowadzeniem takiego przedsiębiorstwa.
4. Ponadto oczywiście jest, że w warunkach nowoczesnej gospodarki niejednokrotnie to właśnie zawarte umowy decydują o realnej wartości przedsiębiorstwa, uzasadniającej podjęcie decyzji o jego ewentualnym nabyciu – również w toku postępowania upadłościowego. Określone modele prowadzenia przedsiębiorstw mogą nawet polegać na tym, że ich jedyną istotną wartością są zawarte umowy, zapewniające realizację określonych celów biznesowych. Brak wprowadzenia postulowanych zmian wykluczy – w praktyce – możliwość zastosowania przygotowanej likwidacji w stosunku do niektórych modeli przedsiębiorstw, a nawet całych branż, w szczególności w odniesieniu do przedsiębiorstw o znacznych rozmiarach, które posiadają dziesiątki umów.
 5. Należy też podkreślić, że o ile w warunkach „normalnej” transakcji sprzedaży tj. niewymuszonej szczególnymi okolicznościami, zainteresowane strony są w stanie albo zastosować taką strukturę transakcji, która nie będzie budzić wątpliwości co do przejścia umów istotnych dla prowadzonego przedsiębiorstwa (np. transakcja zakupu akcji lub udziałów, bądź transakcja zapewniająca wystąpienie tzw. sukcesji uniwersalnej, jak w przypadku podziału przez wydzielenie czy połączenia), albo też, decydując się na zawarcie umowy mającej za przedmiot przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55² k.c., zapewnić pozyskanie niezbędnych zgód kluczowych kontrahentów na przejęcie długu wynikającego z istotnych umów wzajemnych lub zabezpieczyć ryzyka związane z brakiem takich zgód (np. poprzez zabezpieczenie przez podmiot wypłacalny lub wprowadzenie możliwości modyfikacji ceny lub odstąpienia od umowy nabycia).
 6. Żadne z powyższych rozwiązań nie jest dostępne w ramach postępowania upadłościowego. Przed wszystkim nie ma możliwości nabycia mienia upadłego w ramach procedury zakupu akcji czy udziałów, podziału czy połączenia. Trzeba też podkreślić, że w warunkach niewypłacalności lub na jej przedpolu nie są możliwe na szerszą skalę negocjacje z kontrahentami w warunkach, które zachowają sens biznesowy i będą efektywne czasowo. Nie ma również możliwości zabezpieczenia ryzyka nabywcy poprzez np. modyfikację ceny czy odstąpienie od umowy zawartej z syndykiem.
 7. Pomimo, że rozwiązanie przewidujące wstąpienie nabywcy w prawa i obowiązki upadłego wynikające z umów nie jest przewidziane przez przepisy ogólne k.c., należy zauważyć, że

wprowadzenie takich regulacji w postępowaniu upadłościowym byłoby w pełni uzasadnione z uwagi na specyfikę tego postępowania. Po pierwsze p.u. wprowadza wiele wyjątków od zasad ogólnych, po drugie wzorem takich regulacji mogą być rozwiązania znane wcześniej Kodeksowi handlowemu. Ponadto, co bardzo istotne, również i obecnie systemowi prawa znane są takie rozwiązania (np. na gruncie k.s.h. w wypadku podziału przez wydzielenie czy połączenia spółki dochodzi do przejścia zarówno praw jak i obowiązków wynikających z umów, co wynika wprost z art. 494 § 1 i 531 § 1 k.s.h. (sukcesja uniwersalna)). Obecne brzmienie art. 317 ust. 1 p.u. statuuje, że na nabywcę przedsiębiorstwa upadłego przechodzą wszelkie koncesje, zezwolenia i licencje i ulgi, które zostały udzielone upadłemu. Bez sukcesji generalnej praw z realizowanych umów np. związanych z tymi koncesjami, licencjami itp., zainicjowany słuszny kierunek automatyzmu przejścia tychże, jest ułomny i nie może być w praktyce (mimo zapewnień ustawodawcy) stosowany.

8. Praktyka obrotu przynosi liczne przykłady transakcji, w których z uwagi na konieczność ewentualnego pozyskiwania zgód kontrahentów na przejście długu (co często było niemożliwe albo pozbawione ekonomicznego sensu), cel transakcji osiągnano z wykorzystaniem struktury prawnej zapewniającej – poprzez sukcesję uniwersalną – pełne „przeniesienie” umów na nabywcę „przedsiębiorstwa” bez ich zgody (wykorzystanie tego typu rozwiązań umożliwiło m.in. konsolidację sektora finansowego, który przecież podlega szczególnemu nadzorowi regulacyjnemu).
9. Warto wskazać, że na gruncie praktyki stosowania prawa upadłościowego i naprawczego nie był podnoszony problem braku możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego. Biorąc to pod uwagę, można twierdzić, że sprzedaż upadłościowa w znacznej mierze dotyczyła aktywów a nie w pełni funkcjonujących przedsiębiorstwa w ruchu, a upadły na etapie likwidacji masy upadłości rzadko był stroną znaczących stosunków zobowiązaniowych, które mogłyby mieć wymierny wpływ na cenę uzyskiwaną ze sprzedaży. Skoro po wprowadzeniu instytucji przegotowanej likwidacji pojawił się problem braku możliwości przejścia praw i obowiązków z umów na nabywcę, można próbować postawić tezę, że przepisy te odniosły zamierzony skutek – powstała szansa na sprzedaż przedsiębiorstw w ruchu na etapie kiedy przedsiębiorstwa prowadzone przez upadłych przedstawiają jeszcze wartość jako całość. Dlatego wydaje się, że warto stworzyć warunki dla dalszego rozwoju tej instytucji i usunąć istotne wątpliwości, które wyraźnie ujawniły się w pierwszych latach stosowania nowych przepisów.

10. Warto również wskazać, że wśród postulatów wyraźnego uregulowania zagadnienia przejęcia umów w ramach postępowania upadłościowego wskazuje się na możliwość przyznania kontrahentom prawa odstąpienia od takiej przeniesionej umowy, co zapewniałoby wierzycielowi możliwość dokonania oceny w przedmiocie zasadności kontraktowania z nowym dłużnikiem. Rozwiązanie to należy uznać za uzasadnione, jednak odstąpienie takie powinno być możliwe wyłącznie na zasadach określonych w danej umowie. Przyznanie kontrahentowi nieograniczonego prawa odstąpienia do umowy po nabyciu przedsiębiorstwa w ramach przymusowej likwidacji w określonym ustawowo terminie nie usunie wskazanego problemu bowiem nabywcy nadal nie będą mieli pewności co do losu stosunków zobowiązaniowych (co więcej można postawić tezę, że znajdują się w gorszej sytuacji bowiem w przypadku odstąpienia od umowy przez kontrahenta sami nie będą mieli możliwości odstąpienia od umowy nabycia).
11. Dodatkowo w tym kontekście należy wskazać, że przedstawiciele doktryny prawa upadłościowego omówili szczegółowo wskazane wątpliwości, a wśród konkluzji wskazano m.in., że:
- a) W świetle zasad ogólnych (art. 55¹ i następane k.c.) zbycie przedsiębiorstwa nie prowadzi z mocy prawa do zmiany podmiotowej po stronie zbywcy. Zbywca pozostanie nadal dłużnikiem, natomiast nabywca przystępuje – choć w ograniczony sposób – do długu po jego stronie jako współdłużnik solidarny (art. 55⁴ k.c.). Sukcesja długu może nastąpić wyłącznie według zasad translatywnej zmiany dłużnika na podstawie odrębnego porozumienia obejmującego zgodę. Dopiero w ten sposób dojdzie do pełnej cesji umowy na nabywcę ze skutkiem zwalniającym poprzedniego dłużnika;
 - b) Dotyczy to zarówno zobowiązań pieniężnych (czynsz najmu), jak i niepieniężnych (wykonanie określonych prac);
 - c) W związku z tym powstaje pytanie o status umów wzajemnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, w sytuacji kiedy nie zostaną zawarte porozumienia z kontrahentami w przedmiocie przejęcia długów (których nie obejmuje hipoteza art. 317 ust. 2 p.u.). Problem dotyczy w szczególności odpowiedzialności upadłego (masy upadłości) za wykonanie tych umów;
 - d) Brak przejęcia przez nabywcę innych pieniężnych długów przyszłych upadłego wynikających z zawartych przed ogłoszeniem upadłości umów (a również zawartych po ogłoszeniu upadłości przez syndyka), a także zobowiązań niepieniężnych w zakresie, o którym była mowa powyżej, mógłby oznaczać, iż zobowiązania te będą nadal obciążać masę

upadłości z obowiązkiem ich zaspokajania przez syndyka w toku postępowania upadłościowego pomimo, iż samo przedsiębiorstwo przejęte przez nabywcę znajduje się już poza masą upadłości;

- e) z uwagi na istotne wątpliwości wynikające z braku bezpośredniej regulacji postulowane jest doprecyzowanie przepisów w kierunku jednoznacznego określenia losów umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w przypadku jego zbycia w toku postępowania upadłościowego poprzez wprowadzenie sukcesji generalnej bowiem, jak wskazano powyżej, negocjacje umów na przedpolu upadłości niejednokrotnie nie są możliwe;
 - f) doprecyzowanie przepisów jest konieczne, jeżeli instytucja sprzedaży funkcjonującego przedsiębiorstwa ma być rzeczywiście naczelną formą jego likwidacji (upłynnienia) w toku postępowania upadłościowego, co w rezultacie może zapewnić jak najwyższy stopień zaspokojenia wierzycieli upadłego. W szczególności dotyczy to sprzedaży przedsiębiorstwa w formie przygotowanej likwidacji (pre-pack), które ma szansą stać się najbardziej efektywną instytucją polskiego systemu upadłościowego i restrukturyzacyjnego.
12. Podsumowując, należy zadać pytanie o cel pozyskiwania zgody na przejęcie długu wynikającego z umowy. Bez wątplenia celem takiej zgody jest uszanowanie wzajemnego zaufania stron umowy i ochrona wierzyciela przed niewypłacalnością przejemcy długu (por. art. 519 k.c.). Należy zauważyć, że Prawo upadłościowe zapewnia nabywcy przedsiębiorstwa przeniesienie wierzytelności z określonych umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Z kolei w zakresie długu wynikającego z takich stosunków (a zatem długu upadłego, co do którego wierzyciel powinien być właśnie zainteresowany jego przejęciem przez podmiot wypłacalny) – brak jednak takiego automatyzmu. Jakie można mieć zaufanie do strony umowy, która jest niewypłacalna i ogłoszono jej upadłość? Z pewnością poziom zaufania do oferenta proponującego nabycie upadłego przedsiębiorstwa i wstępującego z własnej woli w jego stosunki zobowiązaniowe jest nieporównywalnie wyższy i w tej sytuacji zgoda drugiej strony umowy na przejęcie długu winna być zbędna. Trudno w takiej sytuacji przyjąć, iż może dojść do pokrzywdzenia kontrahenta, który przecież i tak zachowa prawo do wypowiedzenia umowy w zakresie tam przewidzianym, w przypadku gdyby nabywca naruszał jej postanowienia.
13. Warto również podkreślić, że Prawo upadłościowe w szczególności określa zasady wpływu ogłoszenia upadłości na zobowiązania cywilnoprawne upadłego, a wśród przepisów

ustawy można wyróżnić przepisy ingerujące bezpośrednio w treść zobowiązań lub ingerujące w zasady wykonywania zobowiązania (np. art. 83 p.u., zgodnie z którym postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne). Postulat wprowadzenia szczególnych regulacji w zakresie kwestii przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego mieści się w zakresie zagadnień, dla których odmienne – względem zasad ogólnych – określenie skutków upadłości jest uzasadnione celami tego szczególnego postępowania.

C. Wadium

1. Bez wątpliwości słuszne jest wprowadzenie mechanizmów zapewniających ochronę przed wnioskami składanymi w celu opóźnienia lub uniemożliwienia dokonania sprzedaży w trybie przygotowanej likwidacji, w szczególności poprzez ustanowienie wymogu zabezpieczenia składanych ofert.
2. Niemniej jednak, takie zabezpieczenie nie powinno być ograniczone wyłącznie do wadium w gotówce uiszczanej na rachunek depozytowy sądu. Ustawa powinna przewidywać możliwość zabezpieczenia składanych ofert również w innej, w szczególności bezgotówkowej formie. Katalog dopuszczalnych form zabezpieczenia powinien być otwarty, a w ramach projektowanych zmian należy przyznać sądowi prawo stwierdzenia czy forma jaką proponuje nabywca jest wystarczająca. Należy również rozważyć czy sąd nie powinien mieć możliwości, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, zaakceptowania wadium w niższej wysokości niż 10% oferowanej ceny. W transakcjach o dużej wartości wadium na poziomie znacznie niższym niż 10% może bowiem w pełni zapewniać postulowaną funkcję ochronną. Takie podejście ułatwi obrót i znacząco obniży koszty przeprowadzenia transakcji w trybie przygotowanej likwidacji dla nabywcy.
3. Należy również zauważyć, że w praktyce obrotu transakcje nabycia przedsiębiorstwa bardzo często są finansowane długiem, a pozyskanie finansowania w tym celu i wypłata kredytu wymaga ze strony banku pewności przeprowadzenia transakcji. Należy mieć też na uwadze, że w przypadku przedsiębiorstw o znacznej wartości, gdzie zaangażowanie środków inwestora może wiązać się z koniecznością pozyskania zewnętrznego finansowania, kwota wadium w wysokości jednej dziesiątej oferowanej ceny może stanowić znaczącą kwotę, której wpła-

ta byłaby obarczona zbyt dużym ryzykiem niepewności, co do długości postępowania oraz ewentualnego zwrotu wadium – co z kolei mogłoby skutkować „zamrożeniem” środków inwestora na wiele miesięcy. W szczególności niejasne są zasady zwrotu wadium, a użyte w projekcie sformułowania dotyczące „winy nabywcy” jako przesłanki przepadku wadium mogą budzić istotne wątpliwości interpretacyjne prowadzące do zmniejszenia zainteresowania inwestorów procedurą przygotowanej likwidacji.

4. Takie ryzyko może powodować, że w stanach faktycznych obejmujących duże podmioty gospodarcze, gdzie przeprowadzenie przygotowanej likwidacji byłoby najbardziej uzasadnione z uwagi na aksjologiczne założenia ochrony ciągłości działalności przedsiębiorstwa i miejsc pracy, z uwagi na istniejące ryzyko niepewności związanej z czasem zaangażowania środków (płatnych przecież w gotówce – zgodnie z aktualnym brzmieniem projektu) inwestorzy nie będą przedstawiać ofert stanowiących podstawę wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży, a banki nie będą finansować tego typu transakcji.
5. Warto podkreślić, że polskie prawo wprowadza wymóg ustanawiania zabezpieczeń przeprowadzenia pewnych typów transakcji, które nie są ograniczone wyłącznie do zabezpieczeń gotówkowych. Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych wadium może być wnoszone nie tylko w pieniądzu – katalog ustawy przewiduje inne formy, w tym gwarancję bankową czy ubezpieczeniową. Kolejny przykład to art. 77 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, zgodnie z którym wymagane jest ustanowienie zabezpieczenia zapłaty za akcje objęte wezwaniem, które to zabezpieczenie powinno być udokumentowane zaświadczeniem banku lub innej instytucji finansowej udzielającej zabezpieczenia lub pośredniczącej w jego udzieleniu. W praktyce obrotu takie zabezpieczenie często przyjmuje formę gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, która nie budzi podobnych wątpliwości i kosztów jak wpłata wadium na rachunek depozytowy sądu.
6. Również inne ustawodawstwa europejskie, w tym ustawodawstwo Wielkiej Brytanii, przewidują bardziej elastyczne podejście do tego zagadnienia, np. poprzez dopuszczalność wpłaty ceny sprzedaży w *pre-packu* w ratach.
7. Postulowane rozwiązania w zakresie uelastycznienia dopuszczalnych form ustanowienia zabezpieczenia składanych ofert nie są zatem wyjątkowe. Wręcz przeciwnie są znane i zostały już sprawdzone w praktyce, w tym również w państwach

o znacznym dorobku i doświadczeniu w dziedzinie prawa upadłościowego. Szczegółowe rozwiązania w tym zakresie (np. wzorowane na przywołanych przepisach) powinny zostać wypracowane w toku postępowania ustawodawczego; w przeciwnym wypadku należy rozważyć pominięcie obowiązku wpłaty wadium.

D. Doręczanie wierzycielom zabezpieczonym na majątku wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży

1. Zgodnie z treścią uzasadnienia projektu, wprowadzenie obowiązku załączenia listy zabezpieczeń dokonanych przez wierzycieli na majątku dłużnika z odpisami wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży dla znanych wierzycieli zabezpieczonych na majątku dłużnika miałyby mieć na celu ochronę wierzycieli zabezpieczonych przed „ryzykiem niełojalnych zachowań ze strony dłużnika mogących skutkować obniżeniem poziomu zaspokojenia wierzycieli rzeczowych, szczególnie chronionych w procedurach upadłościowych”.
2. Wskazana wyżej *ratio legis* nie została jednak sformułowana w sposób jasny i precyzyjny w projektowanych przepisach. Przepisy te w art. 56a ust. 2b p.u. odnoszą się do „wierzycieli zabezpieczonych”, co może budzić istotne rozbieżności interpretacyjne w zakresie ustalenia czy mowa jest o grupie wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo czy o szerszą grupę wierzycieli zabezpieczonych.
3. Należy zauważyć, że w istocie szczególny status ustawa przewiduje jedynie dla węższej kategorii wierzycieli zabezpieczonych, a mianowicie:
 - dla wierzycieli na rzecz których ustanowione zostały wyraźnie wymienione w ustawie kategorie zabezpieczeń o charakterze rzeczowym (tj. głównie hipoteka, zastaw, zastaw rejestrowy, zastaw skarbowy lub hipoteka morska, a także prawa oraz prawa osobiste i roszczenia ujawnione przez wpis do księgi wieczystej), w odniesieniu do których Prawo upadłościowe przewiduje odmienne zasady podziału funduszu masy upadłości i sum uzyskanych ze zbycia rzeczy i praw obciążonych rzeczowo oraz odmienny sposób zaspokojenia wierzycieli, których wierzytelności były zabezpieczone na takich rzeczach lub prawach;
 - ponadto, w przypadku przygotowanej likwidacji – dla wierzycieli-zastawników, na rzecz których ustanowiony został zastaw rejestrowy, w odniesieniu do którego przewidziane zostały pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia obejmujące przejęcie przedmiotu zastawu albo jego sprzedaż na podsta-

wie art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Takim wierzycielom przysługuje bowiem, co do zasady, prawo wyrażenia zgody na złożenie wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży w odniesieniu do składników majątkowych objętych zastawem rejestrowym.

4. W odniesieniu do pozostałych kategorii wierzycieli zabezpieczonych trudno doszukać się podobnych szczególnych zasad prowadzenia postępowania upadłościowego (zarówno na gruncie obowiązujących, jak i projektowanych przepisów). W związku z tym należy doprecyzować brzmienie projektowanego przepisu art. 56a ust. 2b p.u. tak, aby nie było wątpliwości interpretacyjnych co do katalogu wierzycieli zabezpieczonych, którym należy doręczyć odpis wniosku.



Rafał Lemkin

**EWOLUCJA WŁADZY SĄDZIEGO KARNEGO
REFORMA PRAWA KARNEGO NA TLE STOSUNKU
JEDNOSTKI DO ZBIOROWOŚCI**

Poniższy artykuł Rafała Lemkina ukazał się w 1933 r. na łamach „Palestry” (nr 3-4, s. 158-180). W następnym zeszycie „Palestry” (nr 5/1933, s. 289-313) ukazał się artykuł pt. Specjalizacja sędziego karnego, stanowiący kontynuację rozważań przedstawionych w poniższym tekście.

W tym czasie prokurator dr Rafał Lemkin wykładał w Wolnej Wszechnicy Polskiej, współtworzył Instytut Kryminologiczny tej uczelni i przygotowywał rozprawę na temat sędziego karnego, która jeszcze tego roku ukazała się (Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii, Wydawnictwo Instytutu Kryminologicznego Wolnej Wszechnicy Polskiej”, nr 1, Warszawa 1933, ss. 142). Artykuły wskazane na wstępie stanowią fragmenty owej książki, która ukazuje Rafała Lemkina w nieco innym świetle niż jest znany powszechnie. Książka stanowi najobszerniejsze i jedno z najciekawszych opracowań naukowych Rafała Lemkina sprzed II wojny światowej.

W tekście dokonano minimalnych zmian w zakresie ortografii i interpunkcji, a także objaśnienia niektórych pozycji w przypisach.

AJR

Jesteśmy świadkami szeroko zakrojonych reform w dziedzinie prawa karnego, nie tylko w Polsce, lecz także w szeregu państw europejskich i poza-europejskich. W Europie większość państw zreformowała swoje kodeksy karne, lub też znajduje się w stadium

ich reformowania. Nowe kod. karne wprowadzone zostały w ostatnich czasach w Polsce (1932 r.), we Włoszech (1931 r.), na Łotwie (1930 r.), w Jugosławii (1929 r.), w Danii (1930 r.), w Rosji Sowieckiej (1926 r.). Projekty kodeksów karnych opracowane zostały: we Francji (1932 r.), w Niemczech (1931 r.), w Czechosłowacji (1926 r.), w Grecji (1924 r.), w Szwajcarii (1918 r.), w Szwecji i Rumunii (1923 r.). Z krajów poza-europejskich nowe kodeksy karne wprowadzono w Chinach (1928 r.), w Turcji (1926 r.), w Argentynie, Kolumbii, Kostaryce, Peru, Tasmanii (1924 r.). Widzimy więc, iż wiele państw znalazło się w obliczu zagadnienia reformy prawa karnego. Wytłumaczenia dla tego ogromnego ruchu reformatorskiego należy szukać w potrzebach narodowych nowopowstałych państw, w przemianach społecznych i politycznych, jakie dokonały się w świecie powojennym, oraz w przeobrażeniach samej nauki prawa karnego. Te przemiany i przeobrażenia znajdują swój wyraz w kodeksie karnym. Jednostka, rodzina, państwo, własność prywatna i inne dobra, chronione przez kodeks karny, ulegają rozmaitemu wartościowaniu, w zależności od panującej w danym społeczeństwie doktryny społeczno-politycznej. Doktryna ta ma szczególnie duży wpływ na sytuację prawną jednostki w kodeksie karnym. Kodeks karny, według słów Liszta, jest *magna charta libertatum* obywatela, według której wolno mu czynić wszystko, co nie jest zakazane przez ustawę.

W kodeksie karnym mamy swego rodzaju negatywnie zakresloną granicę dla sfery wolności jednostki. Granica ta będzie wyraźna i dokładnie oznaczona w kodeksie karnym tego społeczeństwa, które wysoko ceni swobodę jednostki. Przeciwnie, tam gdzie obserwujemy przewagę zbiorowości nad jednostką, ustawodawca karny, nastawiony głównie na ochronę interesów społecznych, z mniejszą precyzją będzie ustalał granice ochrony praw jednostki.

Gwarancje dla sfery praw jednostki przejawiają się przede wszystkim w kodeksie karnym w zakazie stosowania analogii, w myśl zasady: *nullum crimen sine lege*. Obywatel musi wiedzieć z góry, za co może być karany, i nie może być uzależniony od widzimisię sędziego, który określa przestępstwa i kary według swego upodobania, lub, w najlepszym wypadku, według zasad podobieństwa danego czynu z czynem przewidzianym w kodeksie. Dlatego zakaz stosowania analogii zmusił ustawodawcę do objęcia w kodeksie karnym możliwie wszystkich sytuacji karno-prawnych. Dalszą więc gwarancją dla praw jednostki jest kodyfikacja pełna i jasna, przewidująca, aż do najdrobniejszych szczegółów, wszelkie możliwości życiowe i oparta na pojęciach prawnych, nie budzących żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Dla gwarancji praw jednostki jest istotne, aby z góry było określone w kodeksie, za co jednostka będzie ukarana, a także jak będzie ukarana. Dlatego, oparty na takich pojęciach kodeks, powinien zawierać nie tylko dokładny katalog przestępstw, lecz także dokładny katalog sankcji, ściśle określonych co do rodzaju i wysokości. Kodeks taki będzie unikał kar alternatywnych i szerokich granic dla wymiaru danego środka

karnego, bowiem, jeśli granice kar będą bardzo rozpięte, obywatel ma mniejszą pewność, jak będzie w konkretnym wypadku ukarany.

Natomiast tam, gdzie sfera indywidualnych praw jednostki ustępuje miejsca interesom społecznym, spotykamy obraz zupełnie odmienny. Niema zakazu analogii, przenika ona do kodeksu, niekiedy jako wyraźny przepis ustawodawczy. Zamiast pełnej i wyczerpującej kodyfikacji, o typie kazuistycznym, spotykamy, w zależności od stopnia i rodzaju kultury prawniczej danego społeczeństwa, bądź prawo zwyczajowe, bądź kodyfikację fragmentaryczną, bądź wreszcie ustawę ramową, syntetyczną, opartą na pojęciach ogólnych, normatywnych.

Wzajemne ustosunkowanie się sfery interesów społecznych do sfery praw jednostki ma decydujące znaczenie dla roli sędziego i dla zakresu jego władzy. Mniej sprecyzowana i mniej dokładnie odgraniczona sfera praw jednostki powoduje zwiększenie władzy sędziego. Sędzia, stosując ustawę o niewyraźnych konturach, może łatwo wkraczać w zakres praw jednostki, stając się panem najdonioślejszych dóbr człowieka. Tam jednak, gdzie ustawodawca zagwarantował nietykalność interesów indywidualnych w sposób wyraźny i zdecydowany, sędzia będzie miał z konieczności ograniczone pole ruchów w obrębie przepisów kodeksu karnego. Przy stosowaniu ustawy kazuistycznej, niedopuszczającej analogii, sędzia jest związany pozytywnym przepisem i z konieczności musi stosować ustawę ściśle, staje się jakby ustami ustawy (*lex loquens*) i niczym więcej. Natomiast, przy stosowaniu prawa zwyczajowego, ustawy fragmentarycznej lub syntetycznej, sędzia ma możliwość tworzenia nowych form prawnych, bądź w drodze analogii, bądź pośrednio w drodze swobodnej interpretacji prawa. Interpretacja bowiem syntetycznego kodeksu prowadzi właściwie do tworzenia nowych norm prawnych. Władza sędziego wzrasta, przeistacza się on we współ-ustawodawcę.

Przesłanki społeczne i filozoficzne ewolucji władzy sędziego karnego

Władza sędziowska rozwijała się na tle głębokich przeobrażeń społeczno-politycznych, w toku ostatnich kilku stuleci.

W prawie karnym wieku XVI-go, XVII-go, a nawet i wieku XVIII-go, wieku absolutyzmu, obrona interesów społecznych, personifikowanych przez króla, wysuwa się na plan pierwszy. Kwestia obrony praw obywatela schodzi na dalszy plan. Prawo karne ówczesnej epoki nie określa ścisłych granic dla władzy sędziowskiej: sędzia może stosować dowolnie analogię oraz kary nieprzewidziane przez ustawy, t. zw. kary nadzwyczajne¹.

¹ Porównaj: R. Garraud, *Droit pénal français [Traité théorique et pratique du droit pénal français]*, Paris, wiele wydań, m.in. Sirey 1913-1935), „En théorie, sans doute en France comme dans les autres pays de l'Europe on distinguait deux espèces des peines: les unes appelées ordinaires ou légales; étaient déterminées par les ordonnances ou par les coutumes locales; les autres appelées extraordinaires ou arbitraires comprenaient celles dont l'application était laissée par la loi ou par la coutume au pouvoir arbitraires des juges”

Epoka racjonalizmu oparła swoje myślenie polityczne o prawa jednostki. Jednostka stała się punktem wyjścia dla doktryn filozoficznych, społecznych i politycznych tej epoki. Tendencje indywidualistyczne znajdują wymowny wyraz zarówno w dziełach angielskich poprzedników epoki oświecenia: Hobbesa, Locke'a, Hume'a, jak i przede wszystkim u encyklopedystów francuskich: Voltaire'a, Montesquieu'go, Rousseau, a także u spokrewnionego z nimi duchowo Beccarii, którego dzieło: *Dei delitti e delle pene*, jest klasyczną obroną praw jednostki przed omnipotencją władzy karzącej.

Encyklopedyści zwrócili ostrze swej krytyki przeciwko ujarzmieniu jednostki przez państwo, a w szczególności, jeśli chodzi o wykonanie państwowego prawa karania, dążyli oni do nadania mu cech legalizmu. Ponieważ sędziowie ówczesnej epoki byli zależni od władzy wykonawczej, (we Francji prokuratorzy sprawowali nadzór nad sądami), przeto encyklopedyści domagali się ograniczenia władzy sędziowskiej. Rozumowania ich szły w dwóch kierunkach: 1) należy odebrać sędziemu t. zw. prerogatywy ustawodawcze, polegające na tworzeniu w drodze analogii i w oparciu się o zwyczaje nowych stanów faktycznych, 2) należy oderwać władzę sądową od władzy wykonawczej, która wyzyskiwała sądy dla uciskania obywateli. W świetle ducha epoki nie można tłumaczyć teorii trójpodziału władz jako tendencji do rozszerzenia władzy sędziowskiej. Zasada równowagi trzech władz miała prowadzić do wzajemnego ich ograniczenia się na korzyść praw obywatela².

Gwarancje praw obywatela widzieli encyklopedyści także w pełnej i jasnej kodyfikacji, nie pozostawiającej żadnej wątpliwości pod względem interpretacji. Obawiali się bowiem, że sędzia, interpretując ustawę w wypadkach wątpliwych, może naruszyć prawo obywatela. Beccaria sprzeciwia się temu, by sędzia mógł w ogóle interpretować ustawę, tłumacząc przepisy na podstawie jej ducha. Zrozumienie ducha ustawy zależy często, jak twierdzi Beccaria, od zdolności logicznego myślenia sędziego, a czasem nawet od jego trawienia³.

W innym znowu miejscu Beccaria woła: „Szczęśliwy ten naród, którego ustawy nie są przedmiotem nauki”⁴.

Montesquieu żądał tak dokładnego tekstu ustawy, aby każdy obywatel wiedział, jakie obowiązki nakłada na niego prawo⁵.

Fryderyk Wielki, król pruski, który pozostawał pod wpływem racjonalistów, przejął od nich poglądy filozofii oświecenia na kodyfikację. W swojej *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, która ukazała się w roku 1748 i poprzedziła projekt *Corpus Iuris Fridericiani*,

² Porównaj: Montesquieu, *De l'esprit de lois* 1. XI chap. VI; „il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparé de puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pouvait avoir la force d'un oppresseur”

³ Porównaj Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1 cap. § 4.

⁴ Por. Ibidem, 1 cap. § 7.

⁵ Por. Montesquieu, op. cit. livre 11, chap. VI.

król Fryderyk wyraża zdanie, że prawo powinno być tak zredagowane, by „chroniło obywatela przed pomyłkami i dowolnością sędziów, przed szkodliwym wpływem doktryny i szykanami adwokatów”⁶.

To też projekt *Corpus Iuris Fridericiani*, który ukazał się w 1749 roku, zawiera charakterystyczny zakaz pisania komentarzy do tej ustawy... „Das es bei schwerer Strafe verboten werde, das niemand sich unterstehen solle einen Comentarium über das ganze Landrecht oder einen Theil desselben zu schreiben”⁷.

Idee racjonalistów odniosły zwycięstwo w Wielkiej Rewolucji francuskiej 1789 roku. Historyczna deklaracja praw człowieka i obywatela stworzyła podstawy legalizmu w ustawodawstwie karnym, przez przyjęcie zasady: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Dążność racjonalistów do pełnej kodyfikacji, tendencja legalizmu, który miał zastąpić bezprawie królewskiej epoki, znalazły posłuch wśród polityków rewolucji francuskiej. „La loi, la loi” la bouche pleine des lois” – oto przysłowie, które obiegało w życiu publicznym ówczesnej Francji. Niebawem zostały one zrealizowane w postaci kodeksu karnego 1791 roku, który w sposób niezmiernie kazuistyczny i precyzyjny ujmuje stany faktyczne, usiłując w ten sposób stworzyć gwarancję dla praw jednostki. W kodeksie tym zjawia się obiektywna formułka usiłowania, oparta na pojęciu początku dokonania, która następnie poprzez *Code pénale* 1810 roku przeszła do większości kodeksów karnych XIX i początku XX stulecia. Ta obiektywna formułka miała nie dopuścić do tego, aby sędzia mógł ingerować w dziedzinę zamiarów i myśli, graniczących z wolnością przekonań i sumienia.

Rewolucyjny kodeks francuski wywarł wpływ na inne ustawodawstwa, szczególnie na Landrecht pruski 1794 roku, który zawierał w sobie także i kodyfikację prawa karnego. Kodyfikacja ta jest niezmiernie kazuistyczna. Zawiera aż 1577 paragrafów, z pośród których o kradzieży traktuje 75 §§ (§ 1108–1183), o rabunku 43 §§ (§ 1187–1230). Wprawdzie Landrecht pozwalał sędziemu stosować analogię, jednak sędzia winien był donosić szefowi resortu sprawiedliwości o każdej luce, spostrzeżonej w ustawie. Zebrane w ten sposób materiały miały służyć do odpowiedniego znowelizowania i uzupełnienia Landrechtu.

Z okresu racjonalizmu i rewolucji francuskiej władza sędziowska wyszła ograniczona i osłabiona. Ograniczenia te, jak już wyżej zaznaczyliśmy, zostały spowodowane troską o zagwarantowanie praw człowieka i obywatela.

Wiek XIX, wiek indywidualizmu liberalnego, idzie także po linii ograniczenia władzy sędziowskiej⁸. W ustawodawstwie niemieckim teren dla tego kierunku przygotowali Kant i Feuerbach.

⁶ Por. H. Drost, *Das Ermessen des Strafrichters: zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Heymann 1930, s. 100.

⁷ Por. *Ibidem*.

⁸ Por. T. Rittler, *Le projet de code penal austro allemand de 1927 e la defense de l'individu contre l'arbitraire du juge*, „Revue Polonoise de Legislation Civile et Criminelle – Przegląd Ustawodawstwa Cywilnego i Kryminalnego” 1930, vol. II, s. 3.

W dziele swoim *Die Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* Kant tworzy pojęcie państwa praworządnego (*Rechtsstaat*), które określa jako „połączenie ludzi pod powagą ustaw” (*die Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen*, § 45). Głównie zadanie tak pojętego państwa Kant upatruje w zagwarantowaniu praw jednostki. Feuerbach, nawiązując do poglądów Kanta na istotę państwa, wywodzi, że porządek prawny, gwarantowany przez państwo, winien zapewniać każdemu obywatelowi taką swobodę, aby każdy mógł wykonywać własne prawo i aby nikt nie naruszał praw cudzych⁹.

Feuerbach przeciwstawia się z całą energią szerokiej władzy sędziowskiej, gdyż tworzy ona, jego zdaniem, źródło poważnych niebezpieczeństw dla jednostki. Jedynym zadaniem sędziego jest stosowanie istniejącej ustawy a nie tworzenie nowych norm prawnych, co wynosiłoby sędziego ponad ustawę. Kara nie może być zabawką w rękach sędziego a sędzia nie powinien być ustawodawcą. Taki stan rzeczy poniża powagę ustaw i obraża prawa obywatela i państwa. Feuerbach żąda więc ścisłego trzymania się ustaw i przestrzegania zasady: *nullum crimen sine lege*, żąda dokładnego ustalenia stanów faktycznych w ustawie i wypowiada się przeciwko używaniu pojęć, polegających na wartościowaniu, gdyż wywołują one niepewność co do sytuacji prawnej¹⁰.

Zarówno w swoim podręczniku prawa karnego, jak i w opracowanym przez siebie projekcie bawarskiego kodeksu karnego z 1813 roku Feuerbach tworzy tak zw. dedukcyjną metodę ustawodawczą: ustala przede wszystkim ogólne pojęcie przestępstwa, do którego dołącza kwalifikujące to przestępstwo okoliczności, ujmując je w odrębnych, rodzajowych stanach faktycznych. W ten sposób Feuerbach chciał uniknąć niebezpieczeństwa, które zachodzi dla obywateli wówczas, gdy sędziowie: „za pomocą płynnej analogii ukrywać muszą luki w ustawie (*wenn die Richter durch schwankende Analogie die Lücken des Gesetzes verbargen müssen*). Ta technika ustawodawcza Feuerbacha wywarła duży wpływ na ustawodawstwo karne XIX stulecia.

Również w dziedzinie wymiaru kary Feuerbach ograniczył władzę sędziowską. Uczynił to w myśl stworzonej przez siebie teorii przymusu psychicznego. Teoria ta głosi, że kara, którą ustawa przewiduje za przestępstwo, wytwarza w psychice obywatela taką obawę, iż powstrzymuje się on pod jej wpływem od popełnienia czynu przestępnego. Teoria przymusu psychicznego wymagała dokładnie określonych kar i doprowadziła Feuerbacha do uznania rozpiętych kar za szkodliwe. Kary takie nie zastraszają, pozwalają bowiem przestępcy

⁹ Porównaj: P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, cz. I, s. 26.

¹⁰ Porównaj P.J.A. Feuerbach, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Beyerischen Staaten*, cz. III, s. 12. „Wenn die Begriffe des Gesetzgebers keine Grenzen haben, wenn die Merkmale des Voraussetzungen enteder gar nicht oder nur relativ oder so bestimmt dass diese Merkmale ineinanderfliessen und sich nicht wieder erkennen lassen; wenn er Fälle unterscheidet deren Unterschied in concreto niemals mit Sicherheit nachgewiesen werden kann: sind dan die Gesetze – Gesetze? Ist dann der Richter – Richter?!”

liczyć na względy sędziego, dlatego Feuerbach określa dla każdego przestępstwa i jego odmiany kary, mieszczące się w bardzo ciasnych granicach.

Kodeks karny pruski z roku 1851, a także i częściowo niemiecki z 1871 roku, zostały opracowane pod wpływem systematyki i metodyki ustawodawczej Feuerbacha. Rozszerzono w nich jednak nieco zakres swobody sędziowskiej.

Władza sędziowska w świetle szkoły klasycznej i pozytywnej

Ustawodawstwo karne XIX wieku znajduje się pod niepodzielnym wpływem szkoły klasycznej. Szkoła ta upatruje w karze odpłatę za zło wyrządzone społeczeństwu. Odpłata ta musi być sprawiedliwa, to znaczy: musi znajdować się w proporcjonalnym stosunku do szkody społecznej, wyrządzonej przez czyn przestępcy. Im większa szkoda, tym większa kara. Oczywiście, przy wymiarze kary bierze się także pod uwagę winę oskarżonego, która stanowi przesłankę stosowania tej kary. Wymierzanie kary według ścisłego stosunku winy do wyrządzonej szkody, miało tworzyć gwarancję dla praw jednostki. Sędzia przy wymiarze kary miał przed sobą obiektywne kryterium wyrządzonego przez przestępcę zła. Do tego kryterium musiał dostosować karę, był zatem związany. Funkcja sędziowska polegała na szukaniu stosunku pomiędzy winą i wielkością wyrządzonej szkody z jednej strony, z drugiej na dostosowaniu do tej winy proporcjonalnej kary.

Nie będziemy tu wchodzić w krytykę szkoły klasycznej, poświęcono na nią w literaturze prawniczej dużo czasu i miejsca. Przeciwnicy tej szkoły, jako główny argument przeciwko niej wysuwają niewspółmierność takich pojęć, jak wina i kara, szkoda społeczna i kara. Zwracano uwagę na to, że równanie między tymi niewspółmiernymi pojęciami jest fikcją. Godząc się w zasadzie z tą krytyką, zwracamy w tym miejscu uwagę na to, co się bezpośrednio wiąże z interesującym nas zagadnieniem. Ta fikcja dawała sędziemu przy wymiarze kary punkty orientacyjne, których się ściśle trzymał. Idee szkoły klasycznej prowadziły w rezultacie do ograniczenia władzy sędziego.

Koniec XIX i początek XX-go stulecia zwiastują nowy przełom w zakresie władzy sędziowskiej. „Szkoła” pozytywna, która przyszła po szkole antropologicznej i socjologicznej, proklamuje zasadę ochrony społecznej. Zadaniem prawa jest przede wszystkim ochrona społeczeństwa przed niebezpiecznymi przestępcami. Przestępca winien odpowiadać nie w myśl swej winy moralnej, lecz w miarę niebezpieczeństwa, jakie osoba jego przedstawia dla społeczeństwa¹¹. Jest to zasada odpowiedzialności legalnej, która przechodzi w miejsce odpowiedzialności moralnej. Ferri twierdzi, że sędzia „człowiek zrodzony z kobiety” nie ma prawa ani możliwości sądenia winy moralnej innego człowieka. Zresztą ustalenie i wartościowanie

¹¹ Porównaj Ferri, *Sociologia criminale*, tom II, s. 374.

winy moralnej jest zadaniem należącym do etyki lub moralności, a nie do prawa. Sędzia powinien przede wszystkim ustalić, czy i o ile dany przestępca jest społecznie niebezpieczny, i w zależności od tego zastosować odpowiednią sankcję. Ferri jest przeciwnikiem kary, pojętej jako odpłata, wysuwa na jej miejsce głównie środki zabezpieczające, których celem jest zabezpieczenie społeczeństwa przed przestępcą¹². Zabezpieczenie to dokonane będzie bądź przez poprawę przestępcy, przez przystosowanie go do przyszłego życia społecznego, bądź przez izolację przestępców niepoprawnych. Ponieważ proces poprawy nie da się z góry oznaczyć, tak jak nie da się z góry oznaczyć okresu leczenia, przeto szkoła pozytywna żąda wymierzania sankcji karnej na okres nieoznaczony.

Dla jednostki i jej praw teoria szkoły pozytywnej posiada bardzo doniosłe znaczenie. Już samo wysunięcie zasady ochrony społecznej wyklucza równowagę między sferą interesów indywidualnych a sferą interesów społecznych. Dla szkoły pozytywnej człowiek będzie raczej przedmiotem prawa niż jego podmiotem. Nauka współczesna wyczuwa ten słaby punkt szkoły pozytywnej. Wyczuł go także i Ferri, kiedy swój słynny projekt kodeksu włoskiego z roku 1921 rozpoczął zasadą legalizmu, mianowicie że: środki zabezpieczające można stosować tylko wobec osób, które popełniły przestępstwo (art. 1).

Druga konferencja unifikacji prawa karnego (Rzym 1928 r.) uchwaliła tę samą zasadę¹³ legalizmu w stosunku do środków zabezpieczających. Te formalne gwarancje legalizmu są koniecznością, zwłaszcza że w ustawodawstwie zjawiają się próby rozciągania środków zabezpieczających i na te osoby, które przestępstwa nie popełniły. Znamienny jest w tym względzie projekt kodeksu karnego dla Chile z roku 1929¹⁴.

Te formalne gwarancje legalizmu nie wystarczają jednak, by zapewnić obywatelowi nietykalność jego sfery indywidualnej. W obliczu tak płynnej instytucji, jak stan niebezpieczeństwa, i tak przemożnego środka ingerencji sędziowskiej, jakim jest stosowanie sankcji na czas nieograniczony, sfera wolności obywatela kurczy się zastraszająco.

Stosunek szkoły pozytywnej do funkcji sędziowskiej jasno wynika z przytoczonych przez nas jej zasad. Sędzia uzyskuje bardzo dużą władzę. Zastąpienie obiektywnego kryterium wymiaru kary (wielkość wyrządzonej szkody) przez kryterium nieokreślone, jakim jest stan niebezpieczeństwa, prowadzi do rozszerzenia granic swobodnego uznania sędziowskiego. Przecież szkoda wyrządzona jest pojęciem znacznie bardziej uchwytnym, niż niebezpieczeństwo, które tkwi w osobie sprawcy. Poza tym możliwość stosowania sankcji

¹² Ferri nazywa je „sanzioni sociali”

¹³ Por. *Actes de la deuxième conférence internationale d'unification du droit pénal* (Rome 21–25 mai 1928), tom VI, s. 129. Por. także *ibidem* s. 23, referat prof. Rappaporta, pod tytułem: *Nature et garanties juridiques de mesures de sûreté*.

¹⁴ Por. *Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego*, pod redakcją prof. Makowskiego, zeszyt III-ci, art. Lemkina p. t. Chile.

na czas nieograniczony czyni sędzię panem wolności oskarżonego, i to nawet po rozprawie sądowej.

Ferri był zwolennikiem szerokiej władzy sędziowskiej a niebezpieczeństw, jakie z tak szerokiej władzy dla praw jednostki wynikają, chciał uniknąć przez dobór sędziów o wysokich kwalifikacjach zawodowych i osobistych¹⁵.

Szkoła pozytywna nie doznała zbyt przychylnego przyjęcia w nauce. Jednak poszczególne istotne jej instytucje zostały ostatnio zrealizowane przez szereg kodeksów karnych (środki zabezpieczające i wyroki nieoznaczone). Czym to zjawisko można wytłumaczyć?

W pierwszym rzędzie wchodzi tu w rachubę zagadnienie polityki kryminalnej, dla których szkoła pozytywna daje śmiało rozwiązanie. Podnieść przy tym należy, że wprowadzenie do ustawodawstwa tych instytucji szkoły pozytywnej, które ograniczają sferę praw jednostki, nie natrafiło w ostatnich czasach na takie trudności natury społeczno-politycznej, na jakie natrafiłoby przed niedawnym jeszcze czasem. Jesteśmy bowiem świadkami tworzenia się w wielu państwach przewagi sfery interesów społecznych nad indywidualnymi. Jednostka i jej prawa odchodzą na plan drugi wobec interesu państwa lub społeczeństwa. Jaskrawym tego przykładem są panujące dziś w Europie doktryny społeczno-polityczne, jak: faszyzm, socjalizm, bolszewizm, etatyzm, solidaryzm.

Poza tym należy w ogólności stwierdzić, jako zjawisko charakterystyczne dla wielu państw, że w naszych czasach sfera wolności obywatela w państwie ogromnie się skurczyła. Prawa polityczne nie czynią jeszcze człowieka wolnym. Obywatel współczesnego państwa jest związany nieskończoną ilością przepisów prawnych. Ani prawo wykonywania zawodu, ani prawo własności nie jest dziś nieograniczone. Człowiek w społeczeństwie nie jest izolowany, jest związany z pewnym kolektywem więzami gospodarczymi, bądź prawnymi, korporacyjnymi itd. W tym stanie rzeczy jednostka korzysta ze wzmoczonej ochrony państwa, szczególnie w dziedzinie opieki społecznej, ochrony pracy itd., lecz w zamian za to ingerencja państwa w sferę osobistą obywatela jest dziś większa niż kiedykolwiek przedtem.

Dlatego również w dziedzinie walki z przestępczością państwo współczesne wkracza coraz dalej w sferę praw jednostki¹⁶.

Nie twierdzimy bynajmniej, że wskazane wyżej przemiany społeczno-polityczne dały bezpośredni impuls w kierunku uszczuplenia praw jednostki w zakresie prawa karnego, należy jednak stwierdzić, że były one poważną przyczyną, która zmniejszyła opór ustawodawcy przy realizowaniu tych form ustawodawstwa karnego i tych instytucji prawa, które w konsekwencji doprowadziły do uszczuplenia praw jednostki. Mamy tu na myśli wprowadzenie przez szereg kodeksów swoistej techniki ustawodawczej oraz instytucji zapoży-

¹⁵ Por. Ferri, op. cit., tom. II, s. 380.

¹⁶ Porównaj prof. Eberhard Schmidt, *Strafrechtsreform und Kulturkrise*, J.C.B. Mohr 1930, s. 14.

czonych ze szkoły pozytywnej, jako też ogólną tendencją do subiektywizacji prawa karnego.

Wpływ nowoczesnej techniki ustawodawstwa karnego na zakres władzy sędziowskiej

Kodeksy karne i projekty kodeksów karnych współczesnych posiadają formę zwartą, syntetyczną w odróżnieniu od kodeksów starożytnego typu, które przeważnie były zredagowane w sposób kazuistyczny. Zewnętrznie przejawia się to cho-

by w stosunkowo małej liczbie zwięźle zredagowanych artykułów nowoczesnych kodyfikacji karnych. Dla przykładu przytoczyć można, iż np. K.K. z 1932 r. liczy 295 artykułów, projekt kodeksu karnego niemieckiego 374 artykuły, projekt K.K. czeskiego z 1926 r. – 332 artykuły, K.K. sowiecki z 1926 r. – 198 artykułów, duński – 305 artykułów, projekt szwajcarski 1918 r. – 424 artykuły.

Inaczej rzecz się przedstawia z dawnymi kodeksami. Ich kazuistyczna forma przejawia się zewnętrznie w dużej ilości artykułów. I tak: np. K.K. rosyjski z r. 1903 liczył 697 artykułów, ustawa karna austriacka z 1852 roku – 525 artykułów, kodeks karny niemiecki z roku 1871 liczył wprawdzie formalnie 310 artykułów, ale faktycznie liczba ich była znacznie większa, z powodu wielkiej liczby artykułów dodatkowych.

Dla zilustrowania różnicy w dawnej i nowoczesnej technice ustawodawczej przytoczymy przykład sposobu skodyfikowania przez kodeksy stare i nowe dwu najbardziej typowych przestępstw: kradzieży i zabójstwa. Jeśli chodzi o kradzież, to kazuistyczne kodeksy dzielnicowe starały się przewidzieć wszelkie możliwe sposoby działania i rodzaje przedmiotów przestępstwa, oraz określić stosunek złodzieja do poszkodowanego. Dlatego spotykamy stany faktyczne, jak np.: kradzież w dzień i kradzież w nocy, z włamaniem i bez włamania, w budynku, w którym znajdował się człowiek, albo z pomieszczenia niezamieszkanego, kradzież broni i kradzież koni (art. 581 – 588 K.K. z roku 1903) kradzież na szkodę krewnych, opiekunów lub wychowawców, kradzież z budynków pocztowych, kradzież pakunków podróży (art. 242 – 248 K.K. niem. z 1871 r.), kradzież drzewa, ryb ze stawu, narzędzi rolniczych z pola itd. (art. 171 – 189 K.K. austr. z roku 1852). Z powodu tej kazuistyki przestępstwo kradzieży ujęte jest: w K.K. rosyjskim z 1903 r. w ośmiu artykułach, w kodeksie karnym niemieckim w siedmiu artykułach, w kodeksie austriackim w dziewięciu artykułach, przyczem artykuły te dzielą się jeszcze na pokazną liczbę punktów.

Syntetyczny kodeks polski z 1932 roku załatwia całą kwestię kradzieży w jednym jedynym artykule 257-ym, nie podając okoliczności kwalifikujących, jedynie w § 2 mówi „o wypadkach mniejszej wagi”. Obce kodyfikacje nowoczesne ujmują przestępstwo kradzieży również w sposób syntetyczny, tak np. projekt szwajcarski w jednym artykule (§ 120), wyróżniając wśród nielicznych okoliczności kwa-

lifikujących szczególnie niebezpieczny charakter sprawcy; projekt czeski w dwóch paragrafach (§§ 315–316); niemiecki w trzech paragrafach (§§ 328–331); kodeks włoski zamyka tę kwestię w czterech artykułach, podając nieliczne, niezmiernie charakterystyczne dla praktyki okoliczności kwalifikujące, jak: kradzież rzeczy wspólnych, lub na szkodę spadkobierców (art. 624–627).

Również w przykładzie zabójstwa rzucają się w oczy różnice, jakie zachodzą między techniką ustawodawczą nowego i dawnego typu. Kodeks karny rosyjski z 1903 roku, ujmując zabójstwo aż w 9 artykułach (art. 453–461) operuje ogromną ilością okoliczności kwalifikujących, jak: zabójstwo krewnych, duchownych, majstrów przez czeladników, zwierchników, urzędników, otrucie, zabójstwo z zasadzki, zabójstwo przy przekroczeniu granic obrony koniecznej itd. Kodeks austriacki wprowadził podział na: morderstwo i zabójstwo, a dla morderstwa stwarza aż cztery typy: skrytobójstwo, morderstwo rozbójnicze, morderstwo zamówione (do którego trzecia osoba kogoś wynajęła lub w inny sposób do popełnienia namówiła), wreszcie morderstwo pospolite (§§ 134–142).

Kodeks polski z 1932 r. ujmuje zabójstwo w trzech artykułach (§§ 225–227), projekt czesko-słowacki z 1926 roku ujmuje zabójstwo w dwóch artykułach (§§ 271–272).

Jak z powyższych przykładów widzimy, ustawodawca dawniejszy tworzył nie tylko typ przestępstwa, lecz starał się także dokładnie przewidzieć wszelkie jego odmiany i odpowiednio je zakwalifikować. Mając przed sobą konkretny wypadek, sędzia musiał podciągnąć go pod odpowiadający sytuacji życiowej stan faktyczny jednego z artykułów, dotyczących danego przestępstwa. Przy takim kwalifikowaniu przestępstwa władza sędzioga była bardzo ograniczona.

Inaczej przedstawia się sprawa przy stosowaniu kodeksu typu współczesnego. W kodeksie tym ustawodawca tworzy jedynie ogólne pojęcie przestępstwa, opierając to pojęcie na istotnych znamionach stanu faktycznego. Odmianami czynu przestępnego, w postaci czynów kwalifikowanych, i wartościowaniem tych odmian ustawodawca współczesny albo się wcale nie zajmuje, albo czyni to w bardzo szczupłym zakresie, uwzględniając najkonieczniejsze i najważniejsze wypadki. Sędzia, który ma osądzić konkretny wypadek, będzie zupełnie swobodnie podciągał sytuację wytworzoną przez sprawcę pod generalny stan faktyczny. Wartościowanie okoliczności czynu zależeć będzie w zupełności od swobodnego jego uznania. Jeżeli na przykład ustawa dawnego typu z góry kwalifikowała zabójstwo z zasadzki jako przestępstwo cięższe, zmuszając sędzioga do stosowania surowszej kwalifikacji karnej, ustawodawstwo nowoczesne kwestii oceny sposobu działania sprawcy nie przesądza z góry, pozostawiając tę ocenę swobodnemu uznaniu sędzioga w ramach części ogólnej kodeksu (art. 54 K.K.). Widzimy więc, że syntetyczna forma kodeksu nie pozostała bez wpływu na zakres władzy sędziowskiej. Władza sędziowska pod rządem kodeksu o takiej technice ustawodawczej

doznała znacznego rozszerzenia w zakresie kwalifikacji prawnej czynów przestępnych.

Synteza ustawodawcza operuje, jak już zaznaczyliśmy, ogólnymi pojęciami czynu przestępnego. Taka metoda, starająca się uchwycić istotne momenty pojęcia przestępstwa w ramowej formułce, pod którą można byłoby podciągnąć możliwie największą ilość sytuacji przestępnych, operuje przeważnie pojęciami ogólnymi. Często spotykamy w syntetycznej technice ustawodawczej pojęcia, polegające na wartościowaniu, jak: złe obchodzenie się, złośliwe uchylanie się od wykonania obowiązku (art. 201, § 1 K.K. z 1932 r.), starania konieczne do utrzymania życia lub zdrowia (art. 252), wywieranie wpływu na czynności zrzeczenia prawa publicznego lub posłów (art. 114–116), charakter pornograficzny (art. 214), znaczne rozmiary niebezpieczeństwa (art. 217), wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego (art. 239 § 2), życie rozrzutne (art. 273 i 275) itd. Pojęcia te nie są ściśle określone, nie posiadają obiektywnych znamion. Sędzia, określając w konkretnym przypadku, że pewne działanie odpowiada treści takiego ogólnikowego, ustawowego pojęcia, ustala pewną normę prawną dla tego przestępnego działania. Sędzia staje się jakby współ-ustawodawcą, on nie tylko stosuje normy prawa, lecz tworzy je nawet. Z punktu widzenia przemiany techniki ustawodawczej z kazuistycznej na syntetyczną nie są już aktualne rozważania na temat, czy sędzia powinien trzymać się ściśle liter prawa, czy też może swobodnie interpretować ustawę. Synteza ustawodawcza uczyniła tę swobodną interpretację sędziowską rzeczą konieczną. Ona nie tylko pozwoliła sędziemu interpretować szeroko przepisy ustawy, lecz zmusiła go do tego.

Niektóre kodeksy, nie zadawalając się syntetyczną formą ustawodawstwa, widocznie w obawie, że nie podoła ona wymogom życia, wprowadzają zasadę analogii. Wprowadzają ją przy tym nie tylko kodyfikacje, hołdujące radykalnym poglądom społecznym, jak np. kodeks karny Rosji Sowieckiej z 1926 r. (art. 16) lub jak to proklamowała Republika Rad Żołnierskich w Bawarii (1918 r.) oraz republika komunistyczna na Węgrzech w 1918 r. Analogia zjawiła się także w kodeksie karnym tak demokratycznego państwa, jakim jest Dania (art. 1 K.K. duńskiego z 1930 r.). Nawet w literaturze pojawiają się żądania dopuszczenia analogii do prawa karnego. Exner twierdzi, że wzorem prawa cywilnego i konstytucyjnego należy analogię wprowadzić do prawa karnego¹⁷, aby sędziemu dać swobodę w walce z przestępstwem. Nie można zgodzić się z tym żądaniem Exnera. Analogia mogła być potrzebna sędziemu przy ustawie kazuistycznej, kiedy sędzia stwierdzał lukę w ustawie, której nawet nie przewidział tak drobiazgowo wszystko przewidujący ustawodawca. Tam sędzia

¹⁷ Porównaj Exner, *Recht und Richteramt* [F. Exner, *Gerechtigkeit und Richteramt*, Leipzig 1922], s. 50. „Ist es nichts über dies ein schreiender Widerspruch, dass bei Auslegung der Verfassung Analogie zu lessig ist. Bei der Auslegung des Strafgesetzbuches nicht? Den wir also das Strafgesetzbuch strenger interpretieren müssten als die Verfassung selbst, die doch Grundlage ist für alle Bürgerfreiheit und alles Bürgerrecht?”

był związany ściśle sprecyzowanymi stanami faktycznymi, dziś przy ramowych stanach faktycznych, luki w ustawie są teoretycznie wykluczone. A jeżeli nawet znalazłaby się taka luka, sędzia może ją łatwo wypełnić przez interpretację rozciągliwych pojęć, na których zbudowane są nowoczesne stany faktyczne. Jesteśmy więc świadkami wkraczania nowych, syntetycznych form na miejsce ustępujących kazuistycznych form ustawodawstwa. Czy tę syntetyczną formę kodeksu uważać za zjawisko pożądane?

Odpowiedź na to pytanie w zasadzie wypaść musi twierdząco. Życie współczesne coraz bardziej komplikuje się, koniunktury społeczne i gospodarcze ulegają szybkim zmianom, uprzemysłowienie życia, „uspołecznienie” człowieka, uzależnienie jego egzystencji od innych ludzi, powiększenie się płaszczyzny tarć pomiędzy ludźmi wskutek wzrastających trudności egzystencji, wszystko to, w związku z ogólnym obniżeniem moralności w okresie powojennym, stwarza niezwykle liczne możliwości powstania coraz to nowych typów przestępstw, o których nie tylko filozofom ale i ustawodawcom się nie śniło.

Dla przykładu można zacytować jedno z zupełnie nowych przestępstw, które w ostatnich czasach w bardzo dużej ilości pojawiło się na terenie większych miast: A. zakłada przedsiębiorstwo i, nie mając odpowiednich kapitałów, drogą ogłoszeń podaje do wiadomości, że poszukuje pracowników z kaucjami. Od zgłaszających się żąda kaucji, namawiając ich jednak do zawarcia z nim umowy pożyczki na sumę kaucyjną, obiecując przytem płacić wysoki procent. W rezultacie pracownik za możliwość uzyskania pracy udziela przedsiębiorcy procentowej pożyczki na sumę równą żądanej kaucji. Przedsiębiorstwo, które z reguły w tych wypadkach pozbawione jest solidnych podstaw finansowych, wkrótce upada. Pieniądze pracowników pozostają u przedsiębiorcy, który pożyczek nie zwraca, tłumacząc się, że nie ma gotówki.

Przedsiębiorca nie odpowiada z rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o kaucjach, gdyż pieniądze, które wręczyli mu pracownicy, były pożyczką, co stwierdzają umowy i wymówiony przez pracowników procent. Nie odpowiada również za oszustwo, gdyż według ustalonych pojęć, działanie oszukańcze musi być równoczesne z zamiarem oszukania. Przykładów takich sytuacji, kiedy wyobraźnia ustawodawcy okazuje się uboższa niż wyobraźnia przestępcy, można by przytoczyć znacznie więcej. W tym miejscu chodzi jedynie o stwierdzenie, że tylko syntetyczny, ramowy przepis może podołać zmiennym koniunkturom i przemysłności przestępców, którym nie można odmówić ani fantazji, ani inteligencji.

Wyższość formy syntetycznej nad kazuistyczną uznają dziś zarówno nauka jak i praktyka ustawodawcza. Kongres prawa porównawczego odbyty w Hadze w roku 1932, zalecił dla ustawodawstwa elastyczną formę syntetyczną, pozostawiającą szerokie pole działania dla orzecznictwa sądów¹⁸.

¹⁸ Por. Milton Colvin: *The International Congress of Comparative Law*, „Tulane Law Review”, s. 80.

Uznając syntezę ustawodawczą za formę najbardziej dostosowaną do wymagań współczesnego życia, należy zastrzec się jednak przeciwko nadmiernemu upraszczaniu przepisów ustawy. Synteza nie może iść tak daleko, aby pomijała jakikolwiek istotny punkt stanu faktycznego, bądź przemilczając go, bądź wybierając dlań zbyt ogólnikową formę. Nadmierne używanie pojęć płynnych, polegających na wartościowaniu, jest także szkodliwe. Prof. Dohna nazywa takie pojęcia: „ausfüllungsbedürftige Werthülsern”, twierdząc, że te „łuski” sędzia będzie wypełniał zupełnie dowolnie, często ze szkodą dla obywatela¹⁹.

Istotnie nie można nie dostrzec niebezpieczeństw, grożących prawom jednostki ze strony kodyfikacji, operującej zbyt ogólnikowymi pojęciami. Może to doprowadzić do kryzysu zaufania do ustawy. Mądry ustawodawca będzie więc szukał pośredniej drogi i takiej techniki, która by nawet do syntezy ustawodawczej wprowadziła najściślejsze pojęcia. Tam gdzie tego uczynić nie będzie można, będzie się starał ilość pojęć ogólnikowych ograniczyć do minimum. Ta droga prowadzi ustawodawcę pomiędzy ścisłą dogmatyką a płynną polityką kryminalną, między ścisłością ustawy a swobodą sędziowską, wreszcie między interesem ochrony społecznej a gwarancjami praw jednostki.

Władza sędziowska w świetle subiektywizacji prawa karnego

Nowoczesne prawo karne hołduje zasadzie subiektywizmu. Ustawodawca stara się przeniknąć jak najgłębiej w psychikę przestępcy. Aby ustalić nie tylko jego winę, lecz także by poznać wartość etyczną człowieka, lub jego szkodliwość społeczną. Subiektywizm jest wspólną cechą większości kodyfikacji współczesnych. Wiąże się to oczywiście z nowoczesną tendencją prawa karnego, upatrującą punkt wyjścia dla zagadnień prawa karnego nie tyle w przestępstwie, ile w samym przestępcy. Subiektywizm przesuwając dociekania sędziego ze zdarzeń świata zewnętrznego na wewnętrzny świat psychiki przestępcy. O ile obiektywizm w prawie karnym zwracał uwagę głównie na zmiany w świecie zewnętrznym, wywołane przez przestępstwo, o tyle subiektywizm każe sędziemu badać, jakie czynniki w psychice przestępcy wywołały te obiektywne zmiany. Subiektywizm pozwala sędziemu iść dalej, nie oglądając się wyłącznie na obiektywne przesłanki, dokonanych w świecie zewnętrznych zmian. Dla sędziego oznacza to otwarcie na oścież wrót do domeny praw jednostki. Poniżej przytoczone przykłady pozwolą nam wykazać, że subiektywizm taki właśnie wpływ wywiera na władzę sędziego.

Usiłowanie

Pierwszego takiego przykładu dostarczy nam instytucja usiłowania. Ustawodawstwa karne dawnego typu opierały się głównie na

¹⁹ Por. *Mitteilungen der I. K. V. Neue Folge*, s. 19.

formułce usiłowania, zapożyczonej z kodeksu francuskiego 1791 r. i *Code pénal* 1810 r. Formułka ta, wymagając dla stwierdzenia usiłowania początku wykonania zamierzonego przestępstwa, tworzyła przez swoją obiektywną szatę granice dla praw jednostki, będące zarazem granicami dla ingerencji sędziego. Ta formułka, jak już wyżej zaznaczyliśmy, powstała w dobie rewolucji francuskiej, w epoce legalizmu. Względy kryminalno-polityczne domagały się jednak rewizji tego stanowiska. Nie zawsze celowym jest czekać z represją karną na chwilę, w której sprawca rozpocznie wykonanie przestępstwa. Skoro sprawca zrobił już wszystko, aby przystąpić do początku wykonania, i wykazał wysoce antyspołeczne zachowanie się, nie powinien ująć bezkarnie z powodu formalizmu ustawodawcy. Dlatego i nauka i nowoczesne kodyfikacje coraz częściej zrywają z formułką początku wykonania (teoria przedmiotowa), przenosząc punkt ciężkości na uzewnętrznienie zamiaru wykonania przestępstwa (teoria podmiotowa). Zwrot w kierunku subiektywizmu widzimy w uchwale I-szej Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego, (Warszawa, 1927). Na podstawie referatu prof. Makowskiego konferencja przyjęła następującą formułkę usiłowania: „Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par la mise en oeuvre des moyens destinés à accomplir ce crime ou ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur”²⁰.

Kodeks karny 1932 roku używa także formułki subiektywnej, określając usiłowanie jako działanie przedsięwzięte w zamiarze popełnienia przestępstwa i skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru. Również i inne kodyfikacje współczesne, jak projekt kodeksu niemieckiego z 1930 r. (§ 26), kodeks duński z 1930 r. (art. 31) poszły po linii subiektywizmu.

Ustawodawstwo karne francuskie, które, jak zaznaczyliśmy, było wzorem dla obiektywizmu w dziedzinie usiłowania, zrywa teraz w zasadzie z tą teorią, wprowadzając w art. 105 K.K. projektu francuskiego Kodeksu Karnego z 1932 r., obok starej formułki początku wykonania, alternatywnie także drugą, subiektywną formułkę, w postaci działań, zmierzających bezpośrednio do wykonania²¹.

Kodeks włoski z 1930 r. (art. 56) w definicji usiłowania nawiązuje do słynnej subiektywnej formułki Carrary: „qualunque atto esterno univocamente conducente ad un evento criminoso”.

Jako najważniejszą konsekwencję tego podmiotowego stanowiska ustawodawcy wymieniły należy zasadnicze zatarcie granic między właściwym usiłowaniem a czynnościami przygotowawczymi. To też ustawodawca nowoczesny nie zadaje sobie trudu określania pojęcia czynności przygotowawczej, jak to czynił kodeks karny rosyj-

²⁰ Porównaj: *Actes de la conférence de Varsovie*, Paris, Sirey 1929, s. 134.

²¹ Porównaj art. 105 cytowanego projektu: „Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution ou par des actes tendant directement à le commettre”.

ski (art. 52 K.K. z 1903 r.). Podczas debat parlamentarnych nad projektem kodeksu włoskiego, prezydent sądu kasacyjnego w Rzymie, Alosi, przyznał, że w nowym prawie karnym zanika różnica między usiłowaniem a czynnościami przygotowawczymi²². Prof. Kohlrausch twierdzi, że nowoczesna subiektywna teoria usiłowania zagraża wolności obywatela, oddając go w ręce wszechwładnego sędziego. W myśl bowiem tej teorii nic nie stoi na przeszkodzie temu, by sądy uznały za przestępstwo przygotowanie środka do popełnienia przestępstwa lub udanie się na miejsce przestępstwa²³.

Istotnie, w tym stanie rzeczy nie ustawodawca, lecz sędzia będzie decydował o tym, co należy uważać za przestępstwo. Sędzia będzie według swego uznania tworzył stany faktyczne usiłowania i na domiar wszystkiego może za nie karać tak jak za dokonanie²⁴.

Ten niepomierny wzrost władzy sędziowskiej ujawnia się także i w tym, że niektóre kodyfikacje uzależniają karalność usiłowania nieudolnego od uznania sędziego.

Zasada: „*ignorantia iuris non nocet*”

Subiektywizm współczesnego ustawodawcy prowadzi do przełamania uświęconej przez wieki zasady prawa karnego, głoszącej iż nieznanomością prawa nikt nie może się tłumaczyć; *ignorantia iuris nocet*. Skoro dzisiaj w prawie karnym usiłujemy zgłębić psychikę przestępcy, w szczególności jego stosunek do przestępstwa, ustawodawca, nie chcąc być niekonsekwentny, nie może przejść do porządku dziennego nad taką sytuacją, kiedy przestępstwo formalnie istnieje, ale nie jest ono objęte psychiką sprawcy, w szczególności jego świadomością. Będzie to miało miejsce np. w wypadku, gdy obywatel, wracający do kraju z zagranicy, przekroczy przepisy walutowe, wydane podczas jego nieobecności, a o których on nie słyszał. Wypełnił on wprawdzie formalnie stan faktyczny przestępstwa, jednak nie uświadamiał sobie tego, iż czyn jego jest przestępstwem, i, co za tym idzie, nie miał woli popełnienia przestępstwa, którego by zapewne nie popełnił, gdyby o istnieniu przekroczonego przepisu wiedział. Nie można tu mówić o szkodliwości społecznej takiego przestępcy. Kwestia ta jest szczególnie aktualna w ostatnich czasach, kiedy ilość ustaw wzrosła w zastraszający sposób, a maszyna ustawodawcza zasypuje wprost obywatela coraz to nowymi ustawami i rozporządzeniami. Obywatel staje się coraz bardziej niewolnikiem tych przepisów prawnych, z których każdy nakazuje mu działanie lub zaniechanie. Jest on dziś „*lege adscriptus*”, tak jak ongiś chłop pańszczyźniany był „*glebae adscriptus*”.

²² Porównaj: *Verballi Commissione Parlamentare: Lavori preparatori*, vol. VI. Atti delle commissioni parlamentari, s. 95 „La distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi e abbandonata definitivamente del progetto”

²³ Porównaj artykuł p. Kohlrauscha w zbiorze: *Reform des Strafrechts*, Berlin 1926, s. 30.

²⁴ Porównaj art. 24 § 1 K.K. polskiego z 1932 r., § 18 proj. K.K. czeskiego, art. 21 K.K. duńskiego, art. 105 proj. K.K. francuskiego z 1932 r.

W dzisiejszych czasach znajomość prawa przez obywatela jest fikcją. Nie tylko przeciętny obywatel, lecz nawet prawnik niejednokrotnie nie może opanować całej, niezliczonej wprost masy aktów ustawodawczych. Charakterystyczną tego ilustracją jest przykład Niemiec, które w czasie wojny, w okresie inflacji ustawodawczej zmuszone były pomyśleć o stworzeniu specjalnego urzędu informacyjnego, w którym każdy obywatel mógł się dowiedzieć, czy zamierzony przez niego czyn jest zakazany przez jakiś przepis prawa, czy nie²⁵.

Kodeks karny z 1932 roku realizują zasadę: *ignorantia iuris non nocet*, pozwalając sędziemu stosować nadzwyczajne łagodzenie kary w wypadku usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu. Projekt czeski z 1926 roku idzie jeszcze dalej, pozwalając sędziemu na uwolnienie od kary w analogicznym wypadku. Spotykamy się więc tutaj z niezmiernie charakterystycznym przejawem wzrostu władzy sędziego. Podstawą państwowego prawa karania jest jego powszechność, polegająca na tym, że ustawa obowiązuje w równym stopniu wszystkich obywateli. W zasadzie żaden obywatel nie może być wyjęty spod działania prawa karnego, ustawodawca jednak daje sędziemu możliwość ograniczenia zasady powszechności prawa karnego w stosunku do obywatela, który udowodni, że miał usprawiedliwiające powody, dla których nie zna ustawy. Czy ta nieświadomość była usprawiedliwiona orzeka sędzia na podstawie swobodnej oceny faktów i czynników subiektywnych, odnoszących się do oskarżonego. Idea ta, w zasadzie tak słuszna, rozszerza znowu władzę sędziowską.

Uczestnictwo

Ten sam objaw rozszerzenia władzy sędziowskiej stwierdzić można na podstawie zmiany konstrukcji uczestnictwa. Ustawodawstwo karne dawnego typu stoi na stanowisku winy akcesoryjnej, polegającej na uzależnieniu odpowiedzialności uczestników od czynu głównego sprawcy. Jeśli A namawia B do kradzieży, to A odpowiadać będzie tylko wtedy, gdy B, ukradnie, w przeciwnym razie odpowiadać nie będzie.

Podstawą odpowiedzialności przy tej konstrukcji jest zawsze przestępstwo, spełnione przez jednego z uczestników, jest to więc kryterium obiektywne. Subiektywizm w prawie karnym doprowa-

²⁵ Porównaj E. Schiffer, *Die deutsche Justiz [Die deutsche Justiz: Grundzüge einer durchgreifenden Reform]*, O. Lipemann 1928], s. 88. Autor podaje: że w listopadzie 1916 r. zgłosił wniosek o utworzenie urzędu informacyjnego, który miałby za zadanie udzielanie informacji co do rozporządzeń wojennych. (Druk „Reichstagsu” Nr. 488). Reichstag wniosek ten przyjął, lecz Rada Związkowa nie zatwierdziła go, podając w motywach, że aczkolwiek uznaje zasadność wniosku, odmawia jednak zatwierdzenia go z tego powodu, iż warunki nie pozwalają na wprowadzenie go w życie. Rada Związkowa poszła inną drogą, 18 stycznia 1918 r. wydano rozporządzenie, w myśl którego dopuszczalne było zaniechanie ścigania przestępstw, przewidzianych w rozporządzeniach gospodarczych, jeśli oskarżony działał pod wpływem niezawinionego błędu co do istnienia lub zastosowania naruszonego przepisu.

dził do zarzucenia zasady winy akcesoryjnej i do rozbicia konstrukcji udziału w przestępstwie. W myśl zasad subiektywizmu, odpowiedzialność jest ściśle osobista, każdy odpowiada za własną tylko winę i odpowiedzialność ta nie może być uzależniona od działania innego człowieka. Na terenie instytucji uczestnictwa subiektywizm prowadzi więc do zasady indywidualizacji winy. Porzucenie konstrukcji udziału w przestępstwie spotykamy w kodeksie karnym norweskim z 1902 roku, który pierwszy z kodeksów doby współczesnej zrealizował zasady subiektywizmu w większym zakresie. Spotykamy tam stany faktyczne tego rodzaju, jak zawarty w § 174, „kto monetę podrabia, lub przy tym współdziała”, ten zatem kto współdziała w dokonaniu przestępstwa, popełnia samoistne przestępstwo. Kodeks karny z 1932 r. w art. 28 mówi wyraźnie: „podżegacz i pomocnik ponoszą odpowiedzialność w granicach swego zamiaru, niezależnie od odpowiedzialności osoby, która zamierzonego czynu dokonała lub miała dokonać”. Przy takiej konstrukcji znika obiektywne kryterium karalności w postaci dokonanego przestępstwa, ustępując miejsca kryterium subiektywnemu w postaci zamiaru. Znika znaczenie wspólnego czynu, jako podstawy jednolitej odpowiedzialności wszystkich współuczestników przestępstwa. Odtąd każdy z nich odpowiada tylko za siebie, tylko w granicach swego zamiaru (*quot delinquentes, tot delicta*).

Oczywiście, zamiar ten będzie ustalał sędzia na podstawie okoliczności faktycznych, które będzie oceniał według swobodnego uznania. Przemiana w konstrukcji współuczestnictwa, idąca w kierunku subiektywizmu i indywidualizacji winy przyniosła znowu rozszerzenie władzy sędziego. Ustalenie odpowiedzialności już na podstawie zamiaru tworzy znacznie mniejsze gwarancje praw jednostki, niż ustalenie, oparte na podstawie dokonanego przestępstwa. Pociąga to za sobą dalsze powiększenie władzy sędziego.

Wpływ procesu personifikowania się prawa karnego na władzę sędziowską

Subiektywizacja prawa karnego, zainteresowanie się stosunkiem przestępcy do przestępstwa, usiłowanie zgłębienia psychiki sprawcy, w związku z dokonanym przezeń czynem przestępnym doprowadziło w rezultacie do tego, że do prawa karnego wkroczył żywy człowiek. Jesteśmy świadkami ciekawego procesu, zachodzącego w ustawodawstwie karnym, procesu, który można by nazwać, personifikowaniem instytucji prawa karnego. Zamiast recydywy, jako formułki zawierającej okoliczność obciążającą, zjawia się przestępca zawodowy, jako typ przestępczy, wymagający odrębnego traktowania (art. 60, § 2). Zamiast traktowania nałogu, jako okoliczności obciążającej, wprowadzono do ustawy typ przestępcy nałogowego (art. 60, § 2, przestępca z nawyknięcia). Zjawia się także typ przestępcy grożącego niebezpieczeństwem dla porządku prawnego (art. 84). Ten proces personifikowania prawa karnego uznać należy w za-

sadzie za dodatni. Odzwierciedla on nowoczesne tendencje prawa, które każą interesować się przede wszystkim przestępcą, nie przestępstwem. Wiele przemawia za tym, że ustawodawstwo karne pójdzie w przyszłości w kierunku dalszego personifikowania się. Zjawiają się liczniejsze i bardziej różnorodne typy przestępców, jako instytucje pozytywnego prawa. W związku z tym powinna powstać specjalna nauka, która będzie ustalała symptomy przestępczości poszczególnych typów przestępców. Powstanie symptomatologii kryminalnej, jako odrębnej dyscypliny naukowej, wydaje się być koniecznym etapem rozwoju prawa karnego.

Dzisiejszy ustawodawca, który wprowadził do pozytywnego prawa typy przestępcze, nie zadał sobie jednak trudu, by typy te określić. Kodeks karny z 1932 r., używając nazw: przestępca zawodowy, przestępca z nawyknięcia, przestępca grożący niebezpieczeństwem dla porządku prawnego, nie podaje żadnych wskazówek, co należy rozumieć przez te typy. Kodeks pozostawia tę kwestię do uznania sędziego. A sprawa ta nie jest błaha, bo ustalenie przymiotu przestępcy zawodowego lub przestępcy z nawyknięcia pociągnąć może za sobą, nawet bez stwierdzenia poprzedniej karalności (art. 60, § 2) zastosowanie niezmiernie surowych sankcji. Przestępcy takiemu sąd może wymierzyć karę większą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary: Sędzia może więc skazać na siedem i pół lat więzienia osobnika sądanego po raz pierwszy za zwykłą kradzież kieszonkową, jeśli uzna go za zawodowca, lub przestępcę z nawyknięcia. Kodeks karny z 1932 r. pozwala także sędziemu na umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych trzykrotnie karanych przestępców zawodowych lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawienie ich na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu (art. 84). Zamknięcie w takim zakładzie trwać ma „ w miarę potrzeby”, w zasadzie więc może być dożywotnie. Spośród trzech przesłanek, koniecznych dla tak surowego potraktowania człowieka, tylko jedna jest ściśle określona: trzykrotne poprzednie ukaranie. Dwie pozostałe: zawodowość względnie nawyknięcie oraz groźba niebezpieczeństwa dla porządku prawnego pozostają nieokreślone. Na podstawie tak nieustalonych kryteriów sędzia może jednak dożywotnio pozbawić człowieka wolności. Nie znajdując wskazówek w ustawie dla określenia wyżej wymienionych pojęć, sędzia w poszukiwaniu ich będzie musiał się zwrócić do literatury naukowej. Niestety, jednak i tam nie znajdzie pojęć jasnych, konkretnych, ustabilizowanych. Znajdzie na moje pytania odpowiedzi różne. Prof. Makarewicz np. określa przestępcę zawodowego, jako jednostkę „która z dokonywania przestępstw zrobiła sobie stałe źródło zarobkowania”²⁶. Hentig określa przestępców zawodowych jako ludzi, „którzy swoją sprawność techniczną i przez nią osiągniętą kryminalną działalność,

²⁶ Porównaj: Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, tom V, z. 3, s. 80.

uczynili ekonomiczną podstawą swego życia²⁷. Prof. Roux w swej definicji przestępcy zawodowego również podkreśla moment uczynienia z przestępstwa źródła utrzymania sprawcy²⁸.

Kodeks karny włoski podkreśla moment utrzymywania się z owoców przestępstwa. Wystarcza przy tym utrzymywanie się częściowe. Orzecznictwo Sądu Najwyższego R.P., które się wytworzyło w związku z art. 25 ustawy karnej skarbowej, uważa za przestępcę zawodowego tego, kto, będąc dwukrotnie karany za przestępstwo, uczynił sobie z niego choćby uboczne źródło utrzymania (O. S. N./11/30).

Widzimy więc, że istnieje różnica zdań, co do części składowych pojęcia przestępstwa zawodowego, a mianowicie: czy jest ono głównym, czy też tylko pobocznym źródłem utrzymania.

Istnieją również w nauce różnice zdań co do rozgraniczenia pojęcia przestępcy zawodowego i przestępcy z nawyknięcia.

Sędzia, któremu ustawodawca pozostawia swobodę ustalania tych typów, będzie mógł według swego uznania wybrać taką koncepcję, która będzie mu się wydawała słuszna. Typologia przestępcza staje się więc olbrzymią domeną swobodnego uznania sędziowskiego. Według swego uznania sędzia będzie kwalifikował typy przestępców i w zależności od tej kwalifikacji może wymierzać im wysokie kary.

Jedynie duża osobista i prawnicza kultura sędziego, poczucie umiarkowania i poszanowania dla człowieka mogą sprawić, że przepisy o typologii przestępczej będą łączyły wskazania kryminalno-polityczne ustawy z nietykalnością sfery praw jednostki. Istotne rozwiązanie zagadnienia typologii przestępczej leży jednak gdzieś indziej, a mianowicie: w możliwości wszechstronnego poznania przez sędziego człowieka-przestępcy w toku postępowania sądowego

²⁷ Porównaj: Hentig [w:] „Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform”, t. XXII, s. 1371: „ihre technische Fertigkeit und die durch sie realisierte kriminelle Betätigung zur ökonomischen Lebensbasis gemacht haben”.

²⁸ Porównaj: J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, tom I, Paris 1927, s. 303: „le delinquant professionnel est à distinguer du delinquant d'habitude avec celui-ci il a de commun d'habitude de delinquer, mais s'en sépare par le mobile de ces actes, qui est de faire du délit la source de ses moyens d'existence”.



Dr. Maurycy Allerhand
Profesor Uniw. Jana Kazimierza

O DOBRO ADWOKATURY POLSKIEJ

(PRZEMÓWIENIE POWITALNE WYGŁOSZONE JAKO ZAGAJENIE
II. WALNEGO ZJAZDU KAND. ADW. MAŁOPOLSKI I ŚL. CIESZ.
WE LWOWIE 18 LISTOPADA 1928*)

Witam obecnych w imieniu Komisji Kodyfikacyjnej Rzpl. Polskiej i jako reprezentant Wydziału prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza. Witam przede wszystkim w imieniu Komisji Kodyfikacyjnej, tej Instytucji, na czele której stał przez długi przeciąg czasu Mąż niezwyklej wiedzy, znakomity prawnik, dobry nauczyciel, świetny kodyfikator, a przede wszystkim Mąż nieskazitelnego charakteru i gołębiego serca. Oddaliście już hołd ceniom ś. p. Franciszka Xawerego Fiericha, a ja w imieniu Komisji Kodyfikacyjnej zapewniam, że w myśl przekazanych nam przez niego tradycji pracować będziemy nad statutem Palestry polskiej. Bo nie tylko zmarły Prezes Komisji Kodyfikacyjnej interesował się żywo sprawami aplikantów adwokackich, lecz także wszyscy jej członkowie śledzą z wielkim zainteresowaniem pracę Zjazdu aplikantów małopolskich. Wprawdzie statut Palestry polskiej jest prawie gotowy i wiele kwestii nie

* Artykuł powstał jako przemówienie na Zjazd Kandydatów Adwokatury Małopolski i Śląska Cieszyńskiego, a ukazał się, jako otwierający, w zeszycie pierwszym czasopisma kandydatów adwokatury Małopolski „Młoda Palestra” (1929, z. 1). Bardzo nieznacznie uwspółcześniono pisownię.

będzie się więcej poruszać, ale niejeden jeszcze przepis wymaga zastanowienia. Nietkniętą pozostanie kwestia, czy adwokatów polskich dzielić mamy na prokuratorów i doradców, załatwione jest pytanie, czy mamy ich dzielić na rozmaite kategorie i pewnym przyznać wyłączne prawo zastępstwa przed wyższymi sądami. Tych zasad nie mogliśmy przyjąć, bo są obce naszym poglądom. Możliwie są one odpowiednie w krajach romańskich i w Wielkiej Brytanii, ale u nas adwokaci powinni być sobie równi i każdy z nich powinien mieć prawo zastępstwa przed wszystkimi sądami i innymi władzami i dlatego też niepodobna przyswoić sobie przepisu, znanego prawu niemieckiemu, że pewni tylko adwokaci mają występować przed sądami najwyższymi.

Inne atoli kwestie nie są jeszcze załatwione. I tak nie jest załatwione pytanie, czy notariat ma być oddzielony od adwokatury, która to kwestia zwłaszcza na ziemiach zachodnich bardzo jest aktualna. Nie jest ona łatwą, bo podczas, gdy my zarówno jak wszyscy prawnicy z b. zaboru rosyjskiego jesteśmy przyzwyczajeni do rozdziału adwokatury od notariatu, to prawnicy na ziemiach zachodnich nie mogą sobie wyobrazić oddzielenia jednej instytucji od drugiej. A kwestia ta musi być jednolicie dla całego państwa rozstrzygniętą, nie uchoździ bowiem sankcjonować odrębności w rozmaitych dzielnicach.

Bardzo doniosła jest także kwestia, czy adwokatom przyznać należy monopol zastępstwa przed sądem, czy tworzyć agentów lub obrońców prawnych, a aplikantów dopuścić o samodzielnego wykonywania zawodu. To pytanie nie może być obojętne, bo przecież zależy powinno ogółowi na tym, aby ten, kto działa zawodowo w imieniu innego, posiadał stosowne do tego wykształcenie i odpowiednią aplikację i nie narażał strony na szkodę, która w skutkach swoich nie da się przewidzieć.

Ale najważniejszymi są dwie kwestie: t. z. *numerus clausus* i wolnoprzesiedlność. Kwestia pierwsza nie jest załatwioną, bo niektórzy chcą wprowadzić ograniczenia, powołując się na to, że adwokatura jest przepełniona, że zaś nadmiar obniża poziom etyczny i powoduje brudną konkurencję. Zdaniem moim nie powinny istnieć żadne ograniczenia i każdego, kto wykazuje się przepisanyymi warunkami powinno się dopuścić do samoistnego wykonywania zawodu adwokackiego. Inaczej praktykujący aplikant będzie czekał na śmierć swego adwokata, a w razie opróżnienia miejsca rozpocznie się gonitwa za protekcją, która szkodliwy wywiera wpływ na niezależność adwokatury, owo najcenniejsze dobro przez nią zdobyte.

Również ważną jest kwestia wolnoprzesiedlności, co do której są podzielone zdania w Komisji Kodyfikacyjnej. Ja osobiście oświadczam się za wolnoprzesiedlnością, jeżeli bowiem tworzymy jednolity statut Palestry polskiej i jeżeli adwokatura jednolicie ma być zorganizowaną, to nie powinno się tworzyć żadnej granicy między

dzielnicami. Powoływanie się na to, że na obszarach obowiązują rozmaite ustawodawstwa nie jest trafne, raz dlatego, że na Uniwersytetach wykłada się prawo polskie, a więc wszystkich dzielnic i każdy znać musi prawo bez względu na to, czy ono obowiązuje w tej czy innej dzielnicy, po wtóre, że każdy wykształcony prawnik z największą łatwością i w krótkim czasie przyswoi sobie wiadomości z prawa pokrewnego. Dlatego też nie powinno się żadnych trudności stawiać, a w żadnym razie nie można się oświadczyć za tym, aby adwokat, który w pewnej dzielnicy wykonuje już swój zawód, musiał poddać się egzaminowi, jeżeli chce zostać adwokatem w innej dzielnicy. Nie stwarzajmy żadnych prowincjonalizmów, zbudujmy jednolitą i potężną adwokatwę polską. — Kwestię więc wolnoprzesiedłości i *numerus clausus* powinniśmy rozstrzygnąć tak, jak sobie życzyliśmy.

Niezwykle doniosłą jest dla was kwestia wykształcenia adwokatów. Nie każdy bowiem kto wykazuje się wiadomościami teoretycznymi, posiada już tym samym kwalifikacje na wykonywanie adwokatury, do tego potrzeba pewnej praktyki, a potrzeba nie tylko w celu zdobycia sobie odpowiednich wiadomości, lecz także a może głównie w celu przyswojenia sobie etyki adwokackiej. Wszak wiemy, że osoby, które nie pracowały w adwokaturze, przechodząc do niej, w najlepszej wierze uchybiły tym zasadom, jakim się poddać winien adwokat. Co do wykształcenia zaś aplikanta, to powinno ono być praktyczne, nie należy jednak zapominać o teorii, bo zdaniem jednego z największych prawników, teoria bez praktyki jest jałowa, a praktyka bez teorii bezwartościowa. Obok praktyki nie należy więc zaniedbywać teorii, ale egzamin aplikanta powinien być także praktycznym. Składać go zaś powinien dopiero po upływie czasu praktyki, a nie przedtem. Bo kto wykazuje wszelkie kwalifikacje powinien zostać adwokatem, i nie można od niego żądać, aby po złożeniu egzaminu jeszcze odbywał praktykę. To nie ma żadnego celu, a jeżeli ustawa w Małopolsce obowiązująca powiada, że mimo egzaminu należy jeszcze przez jakiś czas odbywać praktykę, to da się to tylko historycznie wytłumaczyć. W r. 1868, kiedy w Austrii wprowadzono wolną adwokatwę, chciano ograniczyć napływ do stanu adwokackiego i dlatego przedłużono czas praktyki z 4 lat na 7, ale zarazem pozwolono na zdawanie egzaminu po czterech latach, co jest niewłaściwe w czasach normalnych.

Mówiąc o przygotowaniu aplikantów poruszyć muszę kwestię należytego przygotowania prawników. Już Uniwersytet powinien myśleć o tym, że prawnicy poświęcają się zawodowi sędziowskiemu, adwokaturze lub notariatowi, zostają urzędnikami administracyjnymi lub skarbowymi. Nauka prawa powinna więc już na Uniwersytecie być praktyczna. Słuchacz prawa powinien się przygotować do zawodu prawniczego, powinien się nie tylko zaznajomić z prawem w Polsce obowiązującym, ale także z prawem

obowiązującym w innych państwach, a to raczej jest potrzebne, niż dokładna znajomość historii pewnych instytucji prawnych lub też źródeł prawa, obecnie nie posiadających żadnej praktycznej wartości. Nie chcę przez to poniżać studiów historycznych, ale praktyczny prawnik nie musi znać historii prawa, nie musi wiedzieć koniecznie co to jest *tabula malacitana*, co to jest *reypus* z prawa germańskiego, czym jest starosłowiańska *zadruga* i *lewirat*, znany na Wschodzie. To wszystko jest zajmujące, ale dla praktycznego prawnika niepotrzebne, a nauka prawa powinna być nie tylko teoretyczna, ale i praktyczna. Historię każdej instytucji powinien każdy prawnik znać, ale tylko w ogólnych zarysach, a to można mu podać w wykładzie prawa nowoczesnego, pogłębiać tej nauki nie potrzebuje. Ten jednakże, kto chce uzyskać stopień naukowy, powinien się poświęcać studiom historycznym i dlatego oprócz studiów, potrzebnych praktycznym prawnikom istnieć powinny i studia historyczno-prawne, a tymi powinien się wykazać ten, kto zamierza osiągnąć stopień naukowy t. j. doktorat. Dlatego tak ja jak i inni członkowie Komisji Kodyfikacyjnej oświadczamy się przeciw wymogowi doktoratu. Można być znakomitym adwokatem, chociaż się nie uzyskało doktoratu; tytuł doktora powinno się nadawać tylko tym, którzy mają za sobą pracę naukową, a nie jak to się dziś dzieje, kiedy to otrzymuje tytuł doktora nawet ten, kto nie jest *doctus*. Jest to zrozumiałe; jeżeli bowiem masowo starają się kandydaci o doktorat, to nie przykładają się do niego tej wagi, jaką przykładają się powinno. To powinno ustać, z jednej strony podwyższyć trzeba wartość stopnia doktora praw, a z drugiej strony usunąć trudność przy uzyskaniu adwokatury; jeżeli sędzia lub notariusz nie musi być doktorem, nie wiadomo dlaczego musi nim być adwokat. Tylko historycznie da się wytłumaczyć, dlaczego w dzielnicy małopolskiej wpis na listę adwokatów czyni się zawisłym od uzyskania stopnia doktorskiego. Dawniej była bowiem adwokatura związana z uniwersytetem, dzisiaj tak jednak nie jest, i adwokatem powinno się móc zostać nie będąc doktorem tak, jak już dzisiaj dopuszcza się do adwokatury sędziego, nie posiadającego stopnia akademickiego.

Witałem zjazd imieniem Komisji Kodyfikacyjnej i imieniem Wydziału prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza; chcę go jeszcze powitać także we własnym imieniu. Jestem Waszym starszym kolegą, bo jestem adwokatem, a Panów uważam za kolegów. Stanu aplikanckiego nie mamy i nie życzymy sobie, aby istniał. Jesteście młodszymi adwokatami, którzy jeszcze się uczyć muszą, zanim samodzielnie wykonywać będą adwokaturę. Do stanu aplikanckiego doszłoby tylko wtedy, gdyby istniał *numerus clausus*, gdyby aplikant dłuższy czas oczekiwać musiał na osiągnięcie wyższego stanowiska, ale spodziewać się należy, że do tego nigdy nie dojdzie. Dlatego nie może istnieć odrębny stan aplikancki i nie może też tworzyć osobnej organizacji w adwokaturze. Jako starszy kolega zwracam się do Was z wezwa-

niem, abyście wykonując aplikację a następnie adwokaturę, nie zapominali o tym, że adwokatura nie jest żadnym zawodem przemysłowym. Ma ona wprawdzie na celu utrzymanie każdego, kto się jej poświęca, ale adwokat, prowadzący biuro, ma do spełnienia i ogólne cele społeczne. Występując przed sądem przyczynia się do wykonania wymiaru sprawiedliwości. O tym nie powinniście zapominać, powinniście wykonywać adwokaturę w sposób najgodniejszy; nie *salus clientis suprema lex esto*, lecz *salus iuris*. Adwokat powinien dążyć do tego, by prawo zwyciężyło, nie każdy środek jest więc dobry dla osiągnięcia celu, upatrzonego przez klienta. Pod tym względem postępować należy tak, jak ten adwokat, o którym czytałem w książce, poświęconej adwokaturze angielskiej. Gdy od niego klient żądał podniesienia zarzutu przedawnienia, zapytał go, czy dłużny jest żądaną kwotę, a gdy odpowiedział twierdząco, oświadczył, że tym zarzutem walczyć nie będzie; przedawnieniem zwykł się bronić tylko w tym celu, aby uprościć sobie prowadzenie procesu słusznego, ale nie wtedy, gdy sprawa jest niesłuszna. Jeśli pretensja jest należna, to niehonorowe jest powoływanie się na przedawnienie. Tak postępuje adwokat, trzymający wysoko sztandar honoru adwokackiego; niestety my jeszcze grzeszymy w tym kierunku, zgłaszamy zarzuty formalne i podnosimy braki formalne, a są tacy, którzy powołują się na świadków z Ameryki, byle tylko dopomóc klientowi do zwycięstwa lub uzyskać zwłokę. To wszystko trzeba zarzucić i nie powinno się prawa nadużywać, bo nie tylko dla sędziego lecz i dla adwokata powinna być święta zasada: *In iudicio animam candidam habeas et memor sis officii tui, ne vincat innocuam scelerata causa, nec premat potentia rectum iudicium*.

Oby tą zasadą kierowała się adwokatura polska!



Joanna Kruszyńska-Kola*

**O POŻYTKU Z METODY HISTORYCZNO-PORÓWNAW-
CZEJ W KONTEKŚCIE MORALNEJ OCENY
PRZEDAWNIEŃ – ZAINSPIROWANE MYŚLĄ
PROF. MAURYCEGO ALLERHANDA**

Artykuł inspirowany jest opublikowanym w tym numerze „Głosu Prawa” tekstem *O dobro advokatury polskiej* autorstwa prof. Maurycego Allerhanda. Wykorzystując wyniki historyczno-porównawczych badań *ratio* (sensu, uzasadnienia) przedawnienia, autorka polemizuje z opinią prof. Allerhanda, że niehonorowe jest korzystanie z zarzutu przedawnienia, kiedy świadczenie było należne. W artykule odniesiono się również do uwag prof. Allerhanda na temat użyteczności historii prawa i jej nauczania.

Pojęcia kluczowe: przedawnienie, metoda historyczno-porównawcza, historia prawa, adwokat

Przedrukowany w tym numerze „Głosu Prawa” tekst prof. Maurycego Allerhanda pod tytułem *O dobro advokatury polskiej* jest krótki, ale niewątpliwie skłaniający do refleksji. Na tych kilku stronach Autor poruszył zagadnienia, które nie raz wśród prawników rozważane, nadal są punktami, wokół których można, a nawet trzeba prowadzić poważne dyskusje.

* Joanna Kruszyńska-Kola, doktor nauk prawnych, zainteresowaniami naukowymi obejmuje porównawcze prawo prywatne, historię prawa prywatnego i prawo rzymskie, ORCID: 0000-0001-8012-5417.

Pierwszoplanowym tematem artykułu są rozwiązania, według których miała zostać zorganizowana polska adwokatura. Prezentowane w tym zakresie treści z dzisiejszej perspektywy mogą nie wzbudzać szerokiego zainteresowania, albo być traktowane raczej ciekawostkowo. Tymczasem, te z pozoru nieaktualne zagadnienia mają istotne znaczenie. Pokazują, że to, co organizuje naszą wykonywaną na co dzień pracę, do czego się przyzwyczailiśmy, i o czym już w zasadzie nie myślimy, wcale nie musi być oczywistością. Podobny walor ma poznawanie różniących się od polskiego modeli kształcenia prawniczego i wykonywania zawodów prawniczych. Takie retrospekcje są jednak o tyle cenniejsze, że dodatkowo ukazują wartości, jakie są podstawą rozwiązań, w których obecnie funkcjonujemy – godność, równość, służba drugiemu, wolność, niezależność, zaufanie, profesjonalizm. Pozwalają nam, między jedną a drugą ważną sprawą załatwianą każdego dnia, skierować uwagę na pryncypia, które powinny wyznaczać sposób postępowania, i o których realizacji w naszej codzienności powinniśmy nieustannie zabiegać.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na drugi temat poruszony przez prof. Allerhanda, którego zaczątkiem jest myśl, że „adwokat, prowadzący biuro, ma do spełnienia i ogólne cele społeczne”. Myśl ta łączy prozę i patos związany z pracą prawnika, w szczególności adwokata – „prowadzący biuro” i „ogólne cele społeczne”.

Wartości kojarzą się z czymś podniosłym, mało praktycznym. I choć teoretycznie wiemy i powtarzamy, że należy się nimi kierować, nadal aktualne jest (i na pewno będzie) ryzyko ujęte przez Profesora pod hasłem *salus clientis suprema lex esto*. Zjawisko realizacji (czy dążenia do realizacji) tej „zasady” jest przecież (w różnych kontekstach) doświadczeniem wielu z nas – w tym młodych prawników. Opór przeciw takiej postawie, próbie jej narzucenia, często nie wynika wcale z przesiąkniętego jeszcze teoretycznym (więc mało elastycznym, zero-jedynkowym) myśleniem, wyniesionym z pierwszych lat formacji, ale właśnie z prawidłowego odruchu, z przekonania, że nie wszystko można, że przepis ma jakąś treść, że *salus iuris...* Choć nie o prawo samo w sobie przecież tu chodzi (w tym miejscu otwiera się kolejny temat do przemyśleń na kanwie tekstu Profesora). Co szczególnie groźne w kontekście sformułowanej w artykule myśli o powinnościach adwokata, przekonywanie do traktowania dobra klienta jako najwyższej wartości często prowadzone jest przy wykorzystaniu argumentów odnoszących się do roli prawnika, pełnomocnika. Dlatego też tak doniosłe znaczenie ma ten i podobne artykuły – pozwalają one odświeżyć, podbudować swoje przekonania i przywrócić właściwą optykę spraw, którymi w mozole się zajmujemy.

Powyżej zapisane myśli są jednocześnie w pewnym sensie pochwałą zainteresowania historią prawa. I ten obszerny temat został przez prof. Allerhanda przywołany. Fragment dotyczący roli nauczania histo-

rii prawa w ramach studiów uniwersyteckich jest moim zdaniem nieco kontrowersyjny, a przynajmniej może być odbierany w sposób, który będzie prowadził do trudnych do zaakceptowania wniosków. Na ten temat wypowiedział się również inny wybitny, wywodzący się z Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie prawnik, wychowanek lwowskiej szkoły prawa cywilnego prof. Ernesta Tilla, a twórca poznańskiej szkoły prawa cywilnego – prof. Alfred Ohanowicz. Pisał tak: „Studia na wydziale prawa mają i powinny mieć w dużym stopniu kierunek praktyczny. Celem ich nie jest bowiem wyłącznie kształcenie naukowców lub nauczycieli, lecz w przeważającej mierze prawników zajmujących się zastosowaniem prawa. (...) Można sobie wyobrazić prawnika – praktyka, który nauczył się wyłącznie przepisów prawa pozytywnego. Na wydziałach prawa uniwersytetów plan studiów obejmuje dużo więcej materiału, niż tego wymaga zaznajomienie studenta z prawem pozytywnym. Widocznie chodzi tu o danie studentowi nie tylko wykształcenia czysto fachowego, niezbędnego do wykonywania praktyki, ale o wykształcenie prawnika – humanisty, który musi osiąść wyższe wykształcenie ogólne i rozszerzyć swoje horyzonty myślenia, ażeby swój trudny zawód wykonywał nie jak rzemieślnik, lecz jak artysta. Tym właśnie różni się system wykształcenia uniwersyteckiego od czysto zawodowego”¹.

To podejście proponowane przez prof. Ohanowicza w większym stopniu zapewnia, że studia prawnicze pomogą w rozwoju prawników, jakich wzorzec przebija z pism obu Profesorów (jeśli jeszcze dołożyć do tego istotny element, o którym pisał prof. Allerhand – czyli zaznajomienie z prawem „obowiązującym w innych państwach”). Nie do końca jest tak, że „praktyczny prawnik nie musi znać historii prawa”, że jest ona praktycznemu prawnikowi „niepotrzebna”. Dzięki historii prawa łatwiej być nie tylko artystą, ale również dobrym rzemieślnikiem. Zgodzić się jednak trzeba z prof. Allerhandem, że nie powinno przy tym chodzić o „historię dla historii”, o „historię szczegółarską”. Kluczowe jest oczywiście pytanie „po co nam historia?”. Jeśli ma ona nam dawać jedynie zasób wiedzy, erudycję, jej znaczenie nie jest tak istotne, niż jeśli – właśnie w myśl przywołanego prof. Allerhanda – jest ona połączona wyraźnie z nauką prawa obowiązującego. Jeśli może pozwalać na ćwiczenie umysłu, na otwarcie horyzontów – pokazywać, że istnieje wiele rozwiązań tego samego problemu, że pewne rozwiązania już kiedyś w podobnych warunkach się nie sprawdziły, że obecny kształt danej instytucji nie wziął się znikąd (co warto brać pod uwagę przy jej reformowaniu itd.). Wreszcie, że jest w prawie coś trwałego, i że nie wszystko można.

Ten długi wstęp prowadzi do zagadnienia, które ma być głównym przedmiotem artykułu. W zagadnieniu tym koncentruje się i myślenie o wartościach, i praktyczne znaczenie historii prawa.

¹ A. Ohanowicz, A. Gulczyński (oprac.), Z. Radwański (wstęp), *Alfred Ohanowicz. Wybór prac*, Warszawa 2007, s. 1157.

W tekście prof. Allerhanda, w kontekście korzystania z zarzutu przedawnienia, padły bardzo mocne słowa – o trzymaniu wysoko sztandaru honoru adwokackiego. Odbiór instytucji przedawnienia przez uczestników obrotu prawnego, prawników-praktyków, przedstawicieli doktryny i samego ustawodawcę jest niezwykle ważny. Ma on konkretne, praktyczne znaczenie – choć dzisiaj sama postawa pełnomocnika, o którym czytał prof. Allerhand prawdopodobnie spotkałaby się z dezaprobatą. Przekłada się on bowiem na stosunek ludzi do prawa i jego przestrzegania („przegrałem proces przez prawnicze kruczki”), na „techniczne” myślenie praktyków o przedawnieniu, częste traktowanie tej instytucji (np. w doktrynie oraz przez ustawodawcę) powierzchownie, bez należytej uwagi.

Trzeba przyznać, że wypowiedź Profesora wpisuje się w pewną tradycję określania przedawnienia (zarzutów przedawnienia) przy pomocy przymiotnika „ohydne”. Nazywał je tak (*odiosae*) przykładowo cesarz Justynian (zob. C. 7,40,3,3). Słowo „*odieuse*” można znaleźć również u Domata, czy w zapisie prac przygotowawczych do francuskiego *Code civil*². Nie sposób zaprzeczyć, że kondycję – nie tylko polskiej – regulacji przedawnienia trafnie oddają sformułowania, których Alain Bénabent, w swym znanym artykule z 1996 r., użył do opisu regulacji francuskiej – „graciarnia”, „pięta Achille’a”, „pułapka”, „tajemnica”, „zagadka”, „niespodzianki”³. Można by o tym pisać długo, ale kwestia ta jest bezsporna.

Rzecz w tym, że nie zawsze, nawet gdy świadczenie było należne, podniesienie zarzutu przedawnienia można uznać za niehonorowe. Charakterystycznym rysem prawa francuskiego, francuskiej kultury prawnej jest bogactwo paremii. W dużej mierze zakorzenione w prawie rzymskim, ale odzwierciedlające również późniejsze doświadczenie prawa przedkodyfikacyjnego, są one zapisem pewnych trwałych przekonań. W obszernym zbiorze, który opracowali Henri Roland i Laurent Boyer, znaleźć można następujące sentencje: *Aliments n'arréagent pas; Ancienneté a autorité; De non vigilantibus non curat praetor; Jura vigilantibus non dormientibus prosunt; Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa; Vigilantibus jura subveniunt; Foi est due à l'apparen-*

² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 15, Paris 1836, s. 603: „*prescription* jest ohydna (*odieuse*), bez wątpliwości, jeśli jest stosowana w złej wierze, po to żeby (...) odmówić wypełnienia zobowiązania, które nie wygasło inaczej niż przez nią samą” (tłumaczenie własne).

³ Zob. A. Bénabent, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, [w:] *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse 1996, s. 123-133. W odniesieniu do polskiej regulacji z ostatnich dwóch lat zob. np.: J. Kuźmicka-Sulikowska, *Normatywne określenie sposobu uwzględniania upływu terminu przedawnienia roszczeń jako wybór motywowany względami polityki społecznej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3, s. 10-23; P. Machnikowski, *O potrzebie zmiany przepisów normujących przedawnienie roszczeń*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 6, s. 107-120; P. Machnikowski, *Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9, s. 7-19; M. Krajewski, *Zmiany regulacji przedawnienia roszczeń*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 12, s. 12-21; W. J. Kocot, *Zmiana regulacji przedawnienia roszczeń w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 3, s. 124-142.

ce; *Quieta non movere*⁴. Wyrażają one m.in. te dwie intuicje: że prawo jest wtórne wobec potrzeb, które ma zabezpieczać (jeśli więc ktoś nie dochodzi swojego prawa, widocznie nie ma leżącej u jego podstaw potrzeby, którą należy chronić), oraz że istnieje obowiązek staranności polegającej na dbaniu o własne interesy, sprawnym realizowaniu swoich uprawnień. Szersze badania historyczno-porównawcze ukazują, że taki obowiązek – choć niepisany – występował w różnych okresach historycznych (choćby w prawie rzymskim). Nadal występuje również we współczesnych systemach prawnych (np. w polskim)⁵. Z jednej strony jest więc – w pewnym uproszczeniu – obowiązek spełnienia świadczenia, a z drugiej obowiązek staranności.

W tym miejscu pojawić się może zarzut dotyczący zestawiania obowiązku prawnego i moralnego, obyczajowego – w każdym razie pozaprawnego. W odpowiedzi na taki zarzut należy postawić się w sytuacji kogoś, od kogo, po upływie przykładowo 6 lat (obecnie, zgodnie z art. 118 Kodeksu cywilnego, tyle wynosi ogólny termin przedawnienia⁶), ktoś zażądał spełnienia świadczenia, które – jak sobie przypominamy – w 2013 r. chyba rzeczywiście było należne, ale „dopiero teraz...?!”, „po tylu latach zupełnej ciszy...?!”. Emocje i sprzeciw, jaki takie żądanie wywołuje, są niezależne od tego, czy dany obowiązek jest uregulowany przez ustawodawcę, czy nie. Można zadać pytanie, czy honorowe jest domaganie się czegoś, czego przez dłuższy czas się nie dochodziło, pozwalając na wytworzenie zaufania, wrażenia, że nie będzie się już niczego żądało. Upływ czasu, a w zasadzie długotrwała bierność – jak każde zachowanie uprawnionego – jest pewnym komunikatem odbieranym przez zobowiązanego. Zmienia więc jego świadomość, zmienia relację stron. Bieżące zdarzenia przykrywają wcześniejsze, które odbieramy jako przeszłość. W ten sposób stan relacji – nazwijmy ją psychologicznej – kontraktu psychologicznego, zaczyna odbiegać od stanu relacji prawnej, a rozwiązania wskazywane przez prawo są odbierane jako nienaturalne, niesłuszne, nieintuicyjne. Abstrahują bowiem od tego, jak „naprawdę” sprawy się mają.

Wspomniane badania historyczno-porównawcze⁷ prowadzą do wniosku, że uwzględnianie w prawie czynnika długotrwałej bierno-

⁴ Alimenty nie kumulują się na przestizeni czasu; Dawność ma powagę; O beztrokch nie dba pretor; Prawo działa na korzyść czuwających, nie śpiących; Dla czujnych prawa, dla spóźniających się kości; Prawo przychodzi na pomoc czujnym; Należy dawać wiarę temu, co widoczne; Nie należy wzruszać tego, co jest ustabilizowane. Zob. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris 1992, s. 23 i n., 31 i n., 156 i n., 269 i n., 373 i n., 728-729, 731, 953. Zob. także J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Paris 2013, s. 23, 95, 201.

⁵ Zob. J. Kruszyńska-Kola, *Ratio przedawnienia. Dylematy europejskiej tradycji prawnej w świetle historyczno-porównawczej analizy prawa francuskiego i polskiego*, 2018, s. 611 i n.

⁶ Oczywiście w większości przypadków zastosowanie znajdują krótsze terminy przedawnienia, ale należy wziąć pod uwagę, że zasadniczo są one dostosowane (powinny być) do warunków życia i obrotu prawnego, w których pojawiają się konkretne roszczenia, poza tym, w grę może wchodzić dążenie ustawodawcy do realizacji przy pomocy krótkiego terminu pewnych dodatkowych celów.

⁷ W zakresie przedstawionych poniżej wniosków, zob. J. Kruszyńska-Kola, *Ratio przedawnienia...*

ści stanowi reakcję ustawodawcy na swego rodzaju nadużycie prawa, którym jest dochodzenie roszczenia z naruszeniem obowiązku staranności (sprawnego realizowania uprawnień)⁸. Ochrona zobowiązanego jest przy tym nie tylko ochroną jego oczekiwań, ale ma również zapewniać bezpieczeństwo (ekonomiczne)⁹. Potrzeba występowania takiej reakcji, takiej ochrony, nie jest wcale czymś oczywistym. Dobrze obrazuje to historia prawa rzymskiego, w którym ogólne przedawnienie skarg zostało wprowadzone na mocy konstytucji Teodozjusza II z 424 r. po Chr. (C.Th. 4,14,1 = C. 7,39,3). Wcześniej, mimo istnienia wzorców w innych prawach antycznych, zasadą była wieczystość skarg. Doznawała ona wyjątków, z czasem coraz liczniejszych, a motorem rozszerzania ich zakresu była m.in. presja ze strony – ogólnie mówiąc – praktyki¹⁰. Historia prawa pozwala zatem unaocznic, co by było, gdyby na gruncie prawa czynnik długotrwałej bierności nie miał znaczenia, nawet w odniesieniu do sytuacji, w których świadczenie było należne¹¹ i dlaczego istnieje tak potencjalnie „ohydna” instytucja.

⁸ Nie jest to równoznaczne z nakazem wykonywania praw (co byłoby sprzeczne z ich istotą). Należy jednak mieć świadomość, że jeśli już chce się dochodzić praw, to należy dochować w tym zakresie staranności i robić to sprawnie, „terminowo”.

⁹ *Ratio* przedawnienia jest złożona, ale podstawowym uzasadnieniem jest regulacja relacji stron ze względu na wspomniany obowiązek staranności. Przedawnienie pozwala skorygować relację stron w ten sposób, aby na nowo uzyskać stan równowagi zaburzonej przez długotrwałą bierność uprawnionego. Jest kanałem, przez który stan prawny „aktualizuje się” według tego, jak przedstawia się stan faktyczny. Jest również narzędziem kształtowania, modelowania stosunków prawnych. Wskazana *ratio* ma charakter podstawowy, gdyż jest realizowana zawsze. Niemniej istnieje wiele innych, wymienianych głównie w literaturze, *rationes* – kreowanie pewności, stabilizacji, zapobieganie problemom dowodowym, motywowanie uprawnionego, przyspieszanie obrotu prawnego, poprawne kształtowanie życia gospodarczego itd. Jednak ich realizacja nigdy nie jest pełna, całkowita.

¹⁰ Zob. E. Chevreau, *Le temps et le droit: la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris 2006, s. 132-133. Zob. także M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958.

¹¹ W literaturze (zob. np. E. Chevreau, *Le temps...*, s. 98 i n.) prezentowane są przykłady rzymskich źródeł świadczących o akcydentalnym (tj. poza istniejącymi ramami prawnymi) uwzględnianiu upływu długiego czasu. Jednego z takich przykładów dostarcza korespondencja zarządcy prowincji, pized którym toczyło się postępowanie i cesarza Trajana (I/II w. po Chr.), którego rady potrzebował urzędnik (Plin. Ep. 10.110-111):

C. Plinius Traiano imperatori. Ecdicus, domine, Amisenorum civitatis petebat apud me a Iulio Pisone denariorum circiter quadraginta milia donata ei publice ante viginti annos bule et ecclesia consentiente utebaturque mandatis tuis, quibus eius modi donationes vetantur. Piso contra plurima se in rem publicam contulisse ac prope totas facultates erogasse dicebat. Addebat etiam temporis spatium postulabatque, ne id, quod pro multis et olim accepisset, cum eversione reliquæ dignitatis reddere cogeretur. Quibus ex causis integram cognitionem differendam existimavi, ut te, domine, consulerem, quid sequendum putares. III. Traianus Plinio. Sicut largitiones ex publico fieri mandata prohibent, ita, ne multorum securitas subruatur, factas ante aliquantum temporis retractari atque in irritum vindicari non oportet. Quidquid ergo ex hac causa actum ante viginti annos erit, omittamus. Non minus enim hominibus cuiusque loci quam pecuniæ publicæ consultum volo.

Miasto Amisos zażądało od jednego ze swoich mieszkańców zwrotu 40000 denarów, które dwadzieścia lat wcześniej otrzymał on od miasta jako darowiznę. Utrzymywano, że darowizna nie była skuteczna, ponieważ dokonano jej wbrew zakazowi cesarza. Pozwany podniósł, że przysporzenie było uzasadnione ogromnymi wydatkami poniesionymi przez niego na rzecz miasta, konieczność zwrotu pieniędzy pozbawiłaby go resztki środków umożliwiających mu godne życie, oraz że od darowizny upłynęło już sporo czasu.

Cesarz odpowiedział, że zakaz przysporzeń ze środków publicznych nie oznacza, aby należało po wielu latach kwestionować te, które zostały dokonane, naruszając bezpieczeństwo wielu. Trzeba

„Ohyda” ta jest przy tym ceną, jaką płacimy za tak przez nas pożądaną pewność prawa. Najbardziej słuszne rezultaty dawałoby stosowanie wspomnianego zakazu nadużycia prawa (obowiązek staranności) w każdej konkretnej sprawie, właśnie na podstawie takiej ogólnej klauzuli. Sąd badałby wtedy, jakie było zachowanie uprawnionego i oceniał dochodzenie prawa przez pryzmat „komunikatu” długotrwałej bierności w połączeniu z innymi godnymi ochrony wartościami (jak np. bezpieczeństwo zobowiązanego). Przedawnienie stanowi ułatwienie w stosowaniu prawa. Biorąc pod uwagę podobne sytuacje (np. dochodzenia roszczeń z tytułu umowy przewozu) można posłużyć się przybliżeniem, założyć, że realizacja praw po upływie pewnego czasu – przykładowo roku – będzie naruszeniem obowiązku staranności. Elementy takie jak przerwanie biegu terminu przez czynność zmierzającą do dochodzenia roszczenia, albo uznanie roszczenia pozwalają uwzględnić czynniki, które informują o tym, że zobowiązany ma (powinien mieć) świadomość istnienia długu. Z kolei normy związane z określaniem początku biegu terminu i przyczyn jego zawieszenia umożliwiają wzięcie pod uwagę braku możliwości działania, który wpływa na ocenę wypełnienia obowiązku staranności¹². Występujące w różnych formach i w ramach różnych elementów konstrukcyjnych „wentyle bezpieczeństwa” pozwalają na korektę stosowania pozostałych norm ze względów słusznościowych. Przykładowo wtedy, gdy – nawiązując do słów prof. Allerhanda – podniesienie zarzutu przedawnienia jest jednoznacznie niehonorowe, np. wtedy, gdy dłużnik zwodził wierzyciela obietnicami spełnienia świadczenia. Na gruncie polskiego prawa cywilnego jest to możliwe dzięki stosowaniu art. 5 Kodeksu cywilnego przy ocenie podniesienia zarzutu, albo na podstawie art. 117¹ Kodeksu cywilnego.

Podsumowując, w moralnej ocenie korzystania z zarzutu przedawnienia, jaką przedstawił prof. Allerhand zabrakło zwrócenia uwagi na długotrwałą bierność uprawnionego i jej znaczenie. To ona jest „przyczyną” przedawnienia. Do wyciągnięcia prawidłowo-

odstąpić od wzruszania tego, co zostało dokonane przed 20 laty. Władca wskazał, że nie chciałby, aby o ludzi z jakiegokolwiek miejsca dbano mniej niż o środki publiczne. Cesarz nie analizował więc problemu na gruncie prawnym. W oderwaniu od konstrukcji obowiązującego prawa odwołał się jedynie do upływu czasu i bezpieczeństwa, stabilizacji.

¹² Nie jest uzasadnione oczekiwanie staranności, jeśli uprawniony nie miał możliwości działania. Z tą myślą wiąże się niezwykle żywotna w europejskiej tradycji prawnej sentencja *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (Przedawnienie nie biegnie na niekorzyść tego, kto nie może działać). Podaje się, że została stworzona przez komentatorów (Bartolusa) pod wpływem kanonistów – niechętnych przedawnieniu ze względów moralnych. Następnie została przejęta m.in. przez Roberta Josepha Pothiera (XVII/XVIII w.), zob. np. H. Roland, L. Boyer, *Adages...*, s. 114 i n.; J. Hilaire, *Adages...*, s. 39-40. Historia jej znaczenia w prawie (zwłaszcza w procesie jego stosowania, tj. w orzecznictwie) jest szczególnie interesująca we Francji – zob. np. J. Carbonnier, *La regle contra non valentem agere non currit praescriptio*, „Revue critique de législation et de la jurisprudence” 1937, 155-194; T. Gretere, *L'Adage contra non valentem agere non currit praescriptio*, Paris 1981; Ph. Malaurie, *La réforme de la prescription civile (Commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008)*, „Defrénois” 30 octobre 2008, nr 18, s. 2029.

wych wniosków niezbędna jest również pogłębiona analiza sensu, uzasadnienia przedawnienia. Instytucję tę często oceniamy po pozorach. W świetle zaprezentowanych powyżej wniosków, przedawnienie z samej swojej istoty jest niezwykle śmiałym pomysłem (jak satysfakcjonująco uogólnić zakaz wspomnianego „nadużycia prawa” związanego z obowiązkiem staranności?). W pewnym – choć nie pełnym – zakresie tłumaczy to stopień elastyczności i problemy, z którymi jako prawnicy powinniśmy się bardziej oswoić. Przedawnienie jest bowiem pod różnymi względami instytucją niezwykle, która wymyka się wielu standardom prawniczego myślenia. Można to dostrzec w zasadzie jedynie przyjmując perspektywę historyczno-porównawczą. Historia prawa – jako punkt odniesienia dla rozważań o prawie współczesnym – jest więc wielce użyteczna. Przekornie można stwierdzić, że dowodzi tego również fakt, że po tylu latach tekst prof. Allerhanda wciąż może inspirować.

Bibliografia:

- Amelotti M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958.
- Bénabent A., *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, [w:] *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse 1996, s. 123-133.
- Carbonnier J., *La regle contra non valentem agere non currit praescriptio*, „Revue critique de législation et de la jurisprudence” 1937, s. 155-194.
- Chevreaux E., *Le temps et le droit: la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris 2006.
- Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 15, Paris 1836.
- Gretere T., *L'Adage contra non valentem agere non currit praescriptio*, Paris 1981.
- Hilaire J., *Adages et maximes du droit français*, Paris 2013.
- Kocot W. J., *Zmiana regulacji przedawnienia roszczeń w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 3, s. 124-142.
- Krajewski M., *Zmiany regulacji przedawnienia roszczeń*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 12, s. 12-21.
- Kruszyńska-Kola J., *Ratio przedawnienia. Dylematy europejskiej tradycji prawnej w świetle historyczno-porównawczej analizy prawa francuskiego i polskiego*, 2018.
- Kuźmicka-Sulikowska J., *Normatywne określenie sposobu uwzględniania upływu terminu przedawnienia roszczeń jako wybór motywowany względami polityki społecznej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3, s. 10-23.
- Machnikowski P., *Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9, s. 7-19.
- Machnikowski P., *O potrzebie zmiany przepisów normujących przedawnienie roszczeń*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 6, s. 107-120.
- Malaurie Ph., *La réforme de la prescription civile (Commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008)*, „Defrénois” 30 octobre 2008, nr 18, s. 2029.
- Ohanowicz A., Gulczyński A. (oprac.), Radwański Z. (wstęp), Alfred Ohanowicz. *Wybór prac*, Warszawa 2007.
- Roland H., Boyer L., *Adages du droit français*, Paris 1992.



Tomasz J. Kotliński*

NIESKAZITELNY CHARAKTER JAKO PODSTAWA WPISU NA LISTĘ ADWOKATÓW W POLSCE W DWUDZIESTOLECIU MIĘDZYWOJENNYM

W artykule omówiono jeden z obowiązujących w okresie dwudziestolecia międzywojennego warunków wpisu na listę adwokatów, jakim było posiadanie nieskazitelnego charakteru przez osobę ubiegającą się o ten wpis. Przedstawiono zarówno genezę wprowadzenia tego wymogu, jak również znaczenie nadane pojęciu nieskazitelnego charakteru przez organy samorządu adwokackiego i orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Pojęcia kluczowe: adwokatura polska, etyka adwokacka, adwokat, historia adwokatury, orzecznictwo

Adwokat, jako zawód zaufania publicznego, bez wątplenia powinien być wykonywany nie tylko przez osoby spełniające odpowiednie kryteria formalne związane z wykształceniem oraz odpowiednim przygotowaniem do zawodu, ale także reprezentujące wysoki poziom etyczny. Cel ten został zrealizowany w okresie międzywojennym przez wprowadzenie ustawowego wymogu posiadania przez osobę ubiegającą się o wpis na listę adwokatów takiego poziomu etycznego, który dawał gwarancję prawidłowego wykonywania zawodu. Ustawodawca określił ten wymóg mianem „nieskazitelnego

* Tomasz J. Kotliński, adwokat, dr, wykładowca PWSzZ w Jarosławiu. ORCID:

charakteru”. Celem niniejszego opracowania jest tym samym próba wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia oraz procedur i sposobów ustalania spełnienia wskazanej przesłanki.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w okresie dwudziestolecia międzywojennego wpis na listę adwokatów następował na podstawie uchwały rady adwokackiej, po spełnieniu przez wnioskodawcę wymogów ustawowych¹. Co do zasady warunkiem formalnym wpisu było posiadanie polskiego obywatelstwa; korzystanie z pełni praw obywatelskich oraz cywilnych; posługiwanie się językiem polskim w mowie i piśmie; ukończenie studiów prawnych; odbycie jednolitej aplikacji adwokackiej lub mieszanej, czyli sądowej, a następnie adwokackiej; złożenie egzaminu adwokackiego i – w końcu – posiadanie odpowiedniego poziomu etycznego². Od uchwały rady adwokackiej odmawiającej wpisu na listę adwokatów zainteresowanemu przysługiwała możliwość wniesienia zażalenia się do SN³.

Pojęcie „nieskazitelny charakter”, jako warunku wpisu na listę adwokatów, wprowadzono po raz pierwszy do prawa adwokackiego w 1932 r., kiedy to Prezydent wydał stosowane rozporządzenie⁴, które unifikowało ustrój polskiej adwokatury. Należy jednak zaznaczyć, że już uprzednio wpis na listę adwokatów został powiązany z postawą etyczną kandydata. W Statucie Tymczasowym Palestry Państwa Polskiego z grudnia 1918 r.⁵ jednym z warunków takiego wpisu, określonym w art. 3, było to, aby kandydat był pod względem moralnym nieposzlakowany. Podobne rozwiązanie zawarte zostało również w projekcie prawa adwokackiego opracowanym w 1929 r. przez Komisję Kodyfikacyjną⁶. Jeden z przepisów projektu stanowił, że zaliczenie do stanu adwokackiego będzie uzależnione od nieposzlakowanego postępowania pod względem moralnym. Ostatecznie jednak wspomniane wyżej rozporządzenie z 1932 r. w art. 9 stanowiło, że na listę adwokatów może zostać wpisany tylko ten, kto jest nieskazitelny charakteru.

¹ Omawiane regulacje oparte zostały jedynie na polskim ustawodawstwie i nie dotyczą rozwiązań przyjętych w ustawach zaborczych, które obowiązywały w byłej dzielnicy pruskiej i austriackiej do 1932 r.

² Zob. A. Redzik, T. J. Kotliński, *Historia adwokatury*, Warszawa 2018.

³ Warto zaznaczyć, że w przypadku zażaleń wnoszonych do SN od odmowy wpisu na listę adwokatów z powodu braku nieskazitelny charakteru, obowiązywał szczególny tryb procedury, porównywany do postępowania honorowego. Polegał on na tym, że przedstawiciel rady adwokackiej oraz skarżący, o ile stawili się na rozprawę, to składali wyjaśnienia pod nieobecność drugiej strony, zaś akta samej sprawy były tajne; *Rozpoznawanie przez Sąd Najwyższy zażaleń na odmowę wpisu na listę „Palestra”* 1933, nr 3-4, s. 254.

⁴ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 października 1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. 1932, nr 86, poz. 733).

⁵ Dekret Naczelnika Państwa z dnia 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie Statutu Tymczasowego Palestry Państwa Polskiego (Dz.U. 1918, nr 22, poz. 75).

⁶ *Projekt ustawy o urządzeniu adwokatury opracowany przez referenta głównego, wiceprezesa sekcji postępowania cywilnego, prof. Jana Jakuba Litauera*, „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1929, t. I, z. 4, s. 4.

Prawo o ustroju adwokatury z 1932 r. już niedługo po wejściu w życie wywołało rozczarowanie środowiska adwokackiego, głównie z powodu wprowadzenia zbyt łatwego dostępu do zawodu, co z kolei przekładało się na stale rosnącą liczbę adwokatów. Stąd też w pracach nad nowym prawem adwokackim prowadzonym zarówno przez samorząd adwokacki, jak i rząd, starano się wprowadzić nowe warunki wpisu na listę adwokatów, także te, które odnosiłyby się do kwestii etycznych. Dla przykładu można zatem wspomnieć, że chociażby w opracowanym w 1936 r. przez NRA nowym projekcie prawa adwokackiego nadal pozostawiono wymóg tzw. nieskazitelnego charakteru, jednakże uzupełniono go dodatkowo wymogiem posiadania przez kandydata do wpisu także nieposzlakowanej opinii⁷. Ten dodatkowy warunek był następnie przedmiotem dyskusji w toku prac parlamentarnych nad rządowym projektem prawa o ustroju adwokatury, który utrzymywał jedynie wymóg nieskazitelnego charakteru⁸. W toku prac nad projektem zdecydowano się jednak nie wprowadzać warunku nieposzlakowanej opinii, gdyż ten nie prowadził do ustalenia obiektywnej oceny kandydata, a dotyczył opinii, która ze swojej natury mogła opierać się również na niesprawdzonych faktach i plotkach. Dlatego też w ustawie adwokackiej z 1938 r.⁹ pozostawiono nieskazitelną charakter wnioskodawcy jako warunek wpisu, ale został on przez ustawodawcę uzupełniony. Od wejścia w życie nowego prawa, ubiegająca się o wpis na listę adwokatów osoba, musiała również swoim dotychczasowym postępowaniem dawać rękojmię zachowania godności stanu adwokackiego. Pomyślnicy takiego rozwiązania przekonywali, że jest ono niezbędne, gdyż mogą zdarzać się sytuacje, że kandydat posiada, co prawda, nieskazitelną charakter i nie można mu tym samym postawić żadnych zarzutów natury etycznej, jednakże z uwagi na jego dotychczasowe zachowanie nie powinien zostać przyjęty do adwokatury. Jako przykład takiego postępowania wskazywano nałogowe pijaństwo, czy też uchybiające godności zachowania w miejscach publicznych. Należy jednak zaznaczyć, że mimo posłużenia się zwrotem „daje rękojmię” to nie na osobie ubiegającej się o wpis na listę adwokatów spoczywał obowiązek przedstawienia dowodów na to, że po wpisie będzie ona należycie strzegła godności stanu adwokackiego.

Zaznaczenia wymaga jednak fakt, że wymóg posiadania nieskazitelnego charakteru nie dotyczył wyłącznie osób, które po raz pierwszy lub kolejny ubiegały się o wpis na listę adwokatów, ale miał zastosowanie również do adwokatów zamierzających przenieść swoją

⁷ *Istotne zmiany prawa o ustroju adw. wedle projektu Naczelnej Rady Adwokackiej*, „Nowa Pałestra” 1936, nr 11, s. 506.

⁸ *Zob. Projekt nowego prawa o ustroju adwokatury*, „Współczesna Myśl Prawnicza” 1937, z. 2, s. 29.

⁹ Ustawa z dnia 4 maja 1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. 1938, nr 33, poz. 289).

siedzibę do okręgu innej izby adwokackiej. Pamiętać bowiem należy, że zmiana siedziby wiązała się z wpisem na listę adwokatów prowadzoną przez daną izbę. Taką interpretację obowiązujących przepisów przyjął również SN¹⁰. Zdarzały się jednak bowiem sytuacje, że pomimo karalności, adwokat swobodnie wykonywał zawód w jednej izbie, zaś inna izba odmawiała mu prawa do przeniesienia siedziby i wpisu na prowadzoną przez siebie listę adwokatów, uznając, że jego uprzednia karalność wyklucza możliwość posiadania nieskazitelnego charakteru.

„Nieskazitelny charakter” był bez wątpienia pojęciem niedookreślonym, stąd też wykładnia tego przepisu dokonywana była przez rady adwokackie oraz SN. Można wspomnieć, że pojawiały się nawet sporadycznie głosy, że warunki przyjęcia do adwokatury powinny być ustalone przez ustawodawcę w sposób precyzyjny oraz niebudzący żadnych wątpliwości, a tym samym niezależne od arbitralnych decyzji samorządu adwokackiego¹¹. Z tej też przyczyny w dalszej części opracowania należy przybliżyć rozumienie tego pojęcia oraz stosowane sposoby badania nieskazitelności charakteru kandydatów do stanu adwokackiego.

Pewnej wskazówki dla rozumienia pojęcia „nieskazitelny charakter” udzielił SN. W orzeczeniu ze stycznia 1933 r. uznał, że przez „osobę nieskazitelnego charakteru”, która może zostać wpisana na listę adwokatów, należy rozumieć osoby nie tylko niekarane za czyny hańbiące lub antyspołeczne, lecz posiadające ponadto nieprzeciętne kwalifikacje etyczne¹². Stąd też wykładnia pojęcia „nieskazitelny charakter” dokonywana przez samorząd adwokacki była szeroka. Nie sposób oczywiście wymienić wszystkich przypadków, dla których odmówiono wpisu na listę adwokatów z powodu braku nieskazitelnego charakteru, jednakże dla przykładu można przywołać kilka z nich. I tak, w izbie warszawskiej odmówiono aplikantowi wpisu na tej podstawie, że zataił przed radą otrzymanie kary dyscyplinarnej za zawarcie pozornej umowy, która miała uszczuplać wysokość alimentów płaconych żonie¹³. W innym przypadku podstawą odmowy wpisu również była karalność dyscyplinarna – zainteresowany został usunięty z zawodu i domagał się ponownego wpisu. Do innych przypadków odmowy wpisu, nie opartych jednak na karalności dyscyplinarnej, można zaliczyć jednego z byłych sędziów, który w ocenie rady, w czasie

¹⁰ Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach wpisu na listę, „Palestra” 1935, nr 1, s. 66-67.

¹¹ Zwolennicy takiego rozwiązania powoływali się chociażby na przykład austriackiej ordynacji adwokackiej z 1868 r. Zwracali uwagę, że w toku prac nad tym aktem prowadzonych w wiedeńskiej Radzie Państwa zdecydowano się na wykreślenie zapisu o nieskazitelnym charakterze, jako warunku wpisu na listę adwokatów. Wówczas argumentowano to faktem, że izba adwokacka nie powinna otrzymać prawa do wypowiedziania się o ocenach moralnych kandydata do zawodu, gdyż w przeciwnym razie to w zasadzie tylko od niej będzie zależało, kto może zostać adwokatem; I. Blei, *W przededniu nowego prawa o ustroju adwokatury*, „Nowa Palestra” 1937, nr 1, s. 8.

¹² Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach adwokatury, „Nowa Palestra” 1933, nr 5, s. 21.

¹³ Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1937/38, Warszawa 1938, s. 53-54.

orzekania ulegał wpływom osób postronnych oraz niesprawiedliwie traktował adwokatów, a tym samym był pozbawiony nieskazitelnego charakteru. Co ciekawe, w tym przypadku SN oddalił zażalenia byłego sędziego na uchwałę rady adwokackiej i uznał, że zachowanie skarżącego na stanowisku sędziego wywołało szerokie rozpowszechnienie o nim negatywnej opinii charakteryzującej go ujemnie pod względem moralnym. Tym samym, w ocenie SN rada słusznie uznała, że stawianych sędziemu zarzutów nie mogą równoważyć pozytywne opinie o nim wystawione przez niektóre osoby. O skazitelnym charakterze petenta decydować mogły ponadto takie fakty, jak trudnienie się przez niego na dużą skalę tzw. pokątniarstwem¹⁴, zaciąganie bez żadnej potrzeby pożyczek u kancelistów i narażanie żyrantów na egzekucję sądową, czy też wykorzystywanie zajmowanego stanowiska dla własnych korzyści materialnych¹⁵.

Można również zaznaczyć, że nieskazitelnym charakterem kandydata ubiegającego się o wpis odnosił się też do jego stosunku do państwa. Znalazło to swoje potwierdzenia zarówno w praktyce organów samorządu adwokackiego, jak i orzecznictwie sądowym. Pomimo tego, w 1935 r. Koło Adwokatów RP zaproponowało, aby wymóg nieskazitelnego charakteru został w przyszłym prawie adwokackim uzupełniony o właściwą postawę ubiegającego się o wpis wobec państwa¹⁶. O tym, że warunek ten zawierał w sobie ocenę etycznych postaw kandydata do państwa świadczy również linia orzecznicza. Dla przykładu, w 1936 r. SN uznał, że samo podejrzenie ubiegającego się o wpis na listę adwokatów o jego przynależność do Organizacji Ukraińskich Nacjonalistów, nawet jeśli nie podlega żadnej sankcji karnej lub administracyjnej, to jednak musi budzić poważne wątpliwości w zakresie należytego rozumienia obowiązku wierności wobec Państwa Polskiego. Tym samym trudno uznać, aby taka osoba cechowała się nieskazitelnym charakterem. Z kolei w wydanym rok później orzeczeniu SN uznał, że osoba skazana prawomocnie za uwłaczanie czci Prezydenta oraz za znieważanie władz, również nie może być uznana za dochowującą wierności ojczyźnie, a zatem nie spełnia warunku posiadania nieskazitelnego charakteru¹⁷.

Sposób, w jaki rady adwokackie sprawdzały kandydatów do adwokatury pod względem posiadania przez nich odpowiedniego charakteru, określany był w ich regulaminach¹⁸. Od 1932 r. rady

¹⁴ Czyli doradztwem prawnym określonym pokątnym.

¹⁵ *Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1935-1936*, Warszawa 1936, s. 100-102; zob. także: *Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach wpisu na listę*, „Palestra” 1934, nr 11, s. 752; *Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach adwokatury*, „Nowa Palestra” 1935, nr 1, s. 25-26.

¹⁶ Zob. *Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego w Krakowie za rok 1934/5*, Kraków 1935, s. 31.

¹⁷ T. Semadeni, *Prawo o ustroju adwokatury. Komentarz – orzecznictwo*, Warszawa 1938, s. 73-74.

¹⁸ Do 1932 r. ustawy wymóg posiadania nieposzlakowanej moralności dotyczył jedynie tych izb adwokackich, które funkcjonowały na podstawie Statutu Tymczasowego, a więc izb z siedzibą w Warszawie, Lublinie, Łucku i Wilnie. W przyjętym dla nich przez Naczelną Radę Adwokacką

izb adwokackich same uchwalały sobie regulaminy, ale przyjęte w nich rozwiązania dotyczące oceny kandydatów pod względem etycznym były do siebie bardzo zbliżone. Przykładowo, regulamin Rady Adwokackiej w Wilnie przyjęty w 1933 r. stanowił, że zebranie informacji o osobie ubiegającej się o wpis na listę adwokatów następuje dopiero po złożeniu przez niego wszystkich wymaganych dokumentów oraz zamieszczeniu ogłoszenia o kandydaturze. Wtedy to rada z urzędu zwracała się o wydanie opinii o kandydacie do władz instytucji lub korporacji zawodowych, do których należał lub nadal należy, a także do tych rad adwokackich, w okręgach których zajmował określone stanowiska, jak też do wszystkich możliwych osób i instytucji mających wiedzę o petencie i mogących udzielić na jego temat opinii. Ponadto, rada adwokacka kierowała zapytanie o kandydata do swojego delegata urzędującego w tej miejscowości, w której taka osoba mieszkała lub zamierzała otworzyć swoją kancelarię. Regulamin rady wileńskiej przywidywał również możliwość utworzenia specjalnej komisji i określenia regulaminu jej działania. Zadaniem jej byłoby sprawdzanie wymogu posiadania przez ubiegających się o wpis nieskazitelnego charakteru. Pomimo takiej możliwości, wydaje się, że w żadnej izbie adwokackiej omawianego okresu nie powołano komisji, a postawy etyczne kandydatów ustalały rady. Niezależnie od zarządzeń dziekana dotyczących zbierania opinii, przed podjęciem ostatecznej uchwały o wpisie na listę adwokatów, wyznaczany był jeszcze sprawozdawca. Jego zadaniem było zapoznanie się z już zebranymi opiniami na temat kandydata. Gdy uznał je za niewystarczające, miał prawo, według własnego uznania, pozyskiwać dodatkowe informacje o kandydacie, jak też wezwać go do osobistego złożenia wyjaśnień lub udzielenia informacji¹⁹. Podobne do przedstawionych rozwiązania zawarte zostały w regulaminach innych rad adwokackich²⁰, a różnice dotyczyły jedynie sposobu potwierdzania przez petenta nieskazitelnosci charakteru²¹.

w 1928 r. wspólnym regulaminie określono, że dla dokładnego zbadania kwalifikacji etycznych petenta, dziekan był zobowiązany wyznaczyć spośród członków rady referenta. Jego zadaniem było zebranie opinii od osób wskazanych przez samego kandydata, które mogły zaświadczyć o jego nieposzlakowanej moralności. Gdyby referent uznał, że opinie te są niewystarczające, mógł z własnej inicjatywy wystąpić o wydanie kolejnych m.in. przez władze uniwersytetu, który ukończył kandydat lub prezesa sądu, w którym kandydat odbywał uprzednio aplikację; zob. *Regulamin rad adwokackich okręgowych zatwierdzony na posiedzeniu Naczelnej Rady Adwokackiej w dniu 11 lutego 1928 r.*, Warszawa 1928, s. 26.

¹⁹ *Regulamin Rady Adwokackiej w Wilnie*, Wilno 1933, s. 18-19.

²⁰ Zob. *Regulamin Rady Adwokackiej Okręgu Sądu Apelacyjnego w Lublinie*, Lublin 1934, s. 22; *Regulamin Rady Adwokackiej w Poznaniu*, Poznań 1934, s. 12.

²¹ Dla przykładu, regulamin ORA we Lwowie z 1938 r. wymagał, aby przy wniosku o wpis na listę adwokatów zainteresowany wskazał nazwiska kilku osób ze środowiska prawniczego, najlepiej adwokatów lub sędziów, którzy go dobrze znali oraz mogli udzielić na jego temat opinii; zob. *Regulamin Okręgowej Rady Adwokackiej we Lwowie*, „Nowa Palestra” 1938, nr 10-11, s. 484.

W 1934 r. SN uznał, że dla ustalenia nieskazitelnosci charakteru kandydata ubiegajacego sie o wpis na liste adwokatow, rada adwokacka moze poslugiwac sie wszystkimi sposobami, ktore nie sa zabronione przez obowiazujace ustawy²². Bez watpienia, jednym z podstawowych dowodow przy sprawdzaniu przez samorzad adwokacki kandydatow do zawodu pod wzgledem etycznym, byly opinie wydawane na ich temat. Stanowily one tym samym wazny dokument, na podstawie ktorego rady adwokackie ocenialy nieskazitelnosc charakteru. Opinie taką teoretycznie mogla wydatc kazda osoba, w praktyce jednak sporzadzali je najczesciej przedstawiciele roznych zawodow prawniczych. Mozna wspomniec, ze w 1933 r. wprowadzono zasade, ze czlonkowie rady nie beda mogli wydawac opinii o kandydacie, w sprawie ktorego beda nastepnie podejmowali uchwale²³. Zasada ta zostala rowniez w kwietniu 1934 r. rozciagnieta na czlonkow NRA. W podjetej wowczas uchwale uznano, ze czlonkowie Rady nie moga udzielac opinii na temat osob ubiegajacych sie o wpis na liste adwokatow lub aplikantow adwokackich ktorejkolwiek z izb adwokackich²⁴. Warto tez zaznaczyc, ze opinie na temat osoby ubiegajacej sie o wpis, a zebrane przez rade adwokacka lub jej sprawozdawce, mialy charakter poufny i nie byly dostepne dla zainteresowanego na zadnym etapie postepowania, rowniez przed sadem.

Analiza dostepnych sprawozdan organow izb adwokackich opracowanych po wejsciu w zycie prawa adwokackiego z 1932 r. wskazuje, ze odmowy wpisu na liste adwokatow byly sporadyczne²⁵. Jednakze mozna postawic teze, ze i w tej niewielkiej grupie odmow, najwiecej dotyczylo wlasnie braku posiadania przez kandydata nieskazitelnego charakteru. Jednoczesnie, najczesciej o braku podstaw etycznych dla dokonania wpisu decydowala uprzednia karalnosc dyscyplinarna wnioskodawcy. Informacje zawarte w aktach dyscyplinarnych kandydata do adwokatury stanowily zreszta podstawe badania jego moralnosc, co potwierdzone zostalo orzeczeniem SN²⁶. Z drugiej strony zaznaczyc jednak nalezy, ze SN na skutek zazalania zlozonego przez jednego z bylych sędziow ubiegajacych sie o wpis na liste adwokatow, uznal, ze sam fakt karalnosci dyscyplinarnej

²² J. Basseches, I. Korkis, *Ustrój adwokatury oraz zasady etyki adwokackiej. Uzasadnienie rządowe. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i organów adwokatury. Orzecznictwo dyscyplinarne. Rozporządzenia wykonawcze*, Lwów 1938, s. 71.

²³ *Członkowie rady adwokackiej nie będą udzielali opinii o osobach ubiegających się o wpis na listę*, „Palestra” 1933, nr 3-4, s. 254.

²⁴ *Opinie o petentach ubiegających się o wpis na listę*, „Palestra” 1934, nr 6-7, s. 442.

²⁵ Przykładowo, w okresie sprawozdawczym obejmującym lata 1934/1935, w izbie warszawskiej, na 165 wniosków o wpis na listę adwokatów rada adwokacka podjęła tylko dwie uchwały odmowne, zaś w izbie poznańskiej, na 48 podań negatywnie załatwiono tylko 3, T. J. Kotliński, *Samorząd adwokacki w Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2008, s. 81.

²⁶ *Zob. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach o wpis na listę adwokatów*, „Palestra” 1935, nr 2, s. 147-148.

nie dyskwalifikuje jeszcze moralnie kandydata, gdyż w każdym przypadku nie decyduje ukaranie, a charakter przewinienia, za które kara została wymierzona. W tym samym orzeczeniu sąd wskazał, że zatajenie przez petenta przed radą adwokacką faktu karalności dyscyplinarnej nie przesądza o braku nieskazitelnego charakteru, jeżeli nastąpiło już zatarcie skazania²⁷.

Jak zaznaczono powyżej, dla określania posiadania nieskazitelnego charakteru duże znaczenia miała ewentualna uprzednia karalność dyscyplinarna zainteresowanego. W przypadku, gdy wniosek o wpis składali aplikanci adwokaccy lub sami adwokaci, rady adwokackie nie miały większego problemu z ustaleniem, czy kandydat do zawodu był karany dyscyplinarnie. Nadto, w razie potrzeby, izby adwokackie wymieniały się informacjami na temat kandydatów i udzielały sobie do wglądu akta dyscyplinarne. Problem pojawiał się jednak wówczas, gdy wniosek o wpis na listę składali przedstawiciele innych zawodów prawniczych, a przede wszystkim byli sędziowie. Celem ustalenia ich potencjalnej karalności dyscyplinarnej, która miała znaczenie dla oceny nieskazitelności charakteru, rady adwokackie zaczęły występować do sądów w sprawie udostępnienia im akt dyscyplinarnych sędziów. Sądy jednak, powołując się na obowiązujące przepisy, odmawiały. Ostatecznie sprawę tę rozstrzygnął w reskrypcie Minister Sprawiedliwości. Uznał on, że akta dyscyplinarne sędziów mają charakter poufny i nie mogą być udostępniane radom adwokackim. Jednocześnie jednak zobowiązał prezesów sądów do udzielania radom informacji o karalności byłych sędziów ubiegających się o wpis na listę adwokatów i przesyłania odpisów wydanych wobec nich wyroków dyscyplinarnych²⁸.

Podsumowując można stwierdzić, że wprowadzenie do obowiązujących w okresie międzywojennym aktów prawnych regulujących ustrój polskiej adwokatury pojęcia „moralności nieposzlakowanej”, a następnie „nieskazitelnego charakteru”, jako koniecznego warunku wpisu na listę adwokatów, było rozwiązaniem potrzebnym oraz słusznym. Regulacja ta, wydaje się, że skutecznie przyczyniała się do eliminowania już na wstępie kandydatów, które nie dawały w przyszłości gwarancji należytego wykonywania zawodu. Choć sam „nieskazitelny charakter” był pojęciem nieokreślonym, to jednak rozumienie jego znaczenia zostało szybko sprecyzowane przez samorząd adwokacki i uzupełnione przez orzecznictwo SN.

²⁷ *Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1933-1934*, Warszawa 1934, s. 73.

²⁸ *Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego w Krakowie za rok 1932/33*, Kraków 1933, s. 77-79.

Bibliografia

- Basseches Juliusz, Korkis Izak, *Ustrój adwokatury oraz zasady etyki adwokackiej. Uzasadnienie rządowe. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i organów adwokatury. Orzecznictwo dyscyplinarne. Rozporządzenia wykonawcze*, Lwów 1938.
- Blei Izrael, *W przededniu nowego prawa o ustroju adwokatury*, „Nowa Palestra” 1937, nr 1.
- Członkowie rady adwokackiej nie będą udzielali opinii o osobach ubiegających się o wpis na listę*, „Palestra” 1933, nr 3-4.
- Istotne zmiany prawa o ustroju adw. wedle projektu Naczelnej Rady Adwokackiej*, „Nowa Palestra” 1936, nr 11.
- Kotliński Tomasz J., *Samorząd adwokacki w Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2008.
- Opinie o petentach ubiegających się o wpis na listę*, „Palestra” 1934, nr 6-7.
- Projekt nowego prawa o ustroju adwokatury*, „Współczesna Myśl Prawnicza” 1937, z. 2.
- Projekt ustawy o urzędzeniu adwokatury opracowany przez referenta głównego, wiceprezesa sekcji postępowania cywilnego, prof. Jana Jakuba Litauera*, „Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej” 1929, t. I, z. 4.
- Redzik Adam, Kotliński Tomasz J., *Historia adwokatury*, wyd. 4, Warszawa 2018.
- Regulamin Okręgowej Rady Adwokackiej we Lwowie*, „Nowa Palestra” 1938, nr 10-11.
- Regulamin rad adwokackich okręgowych zatwierdzony na posiedzeniu Naczelnej Rady Adwokackiej w dniu 11 lutego 1928 r.*, Warszawa 1928.
- Regulamin Rady Adwokackiej Okręgu Sądu Apelacyjnego w Lublinie*, Lublin 1934.
- Regulamin Rady Adwokackiej w Poznaniu*, Poznań 1934.
- Regulamin Rady Adwokackiej w Wilnie*, Wilno 1933.
- Rozpoznawanie przez Sąd Najwyższy zażaleń na odmowę wpisu na listę*, „Palestra” 1933, nr 3-4.
- Semadeni Tadeusz, *Prawo o ustroju adwokatury. Komentarz – orzecznictwo*, Warszawa 1938.
- Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego w Krakowie za rok 1932/33*, Kraków 1933.
- Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego w Krakowie za rok 1934/5*, Kraków 1935.
- Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1933-1934*, Warszawa 1934.
- Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1935-1936*, Warszawa 1936.
- Sprawozdanie Rady Adwokackiej w Warszawie za rok 1937/38*, Warszawa 1938.
- Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach adwokatury*, „Nowa Palestra” 1933, nr 5.
- Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach adwokatury*, „Nowa Palestra” 1935, nr 1.
- Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach o wpis na listę adwokatów*, „Palestra” 1935, nr 2.
- Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach wpisu na listę*, „Palestra” 1934, nr 11.
- Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach wpisu na listę*, „Palestra” 1935, nr 1.



Marcin Zaborski*

**FAŁSZYWY AUTORYTET ADWOKATURY POLSKIEJ.
RZECZ O ADWOKACIE JERZYM NOWAKOWSKIM
(1912-1996)**

Artykuł jest pierwszą próbą biografii znanego w II połowie XX w. adwokata warszawskiego Jerzego Nowakowskiego, cenionego obrońcy w procesach karnych, dobrego pisaiza, działacza samorządowego.

Autor odsłonił wiele nieznanych dotychczas kart z życia adw. Nowakowskiego, szczególnie z okresu stalinowskiego, kiedy to pracował w komunistycznym wymiarze sprawiedliwości jako prokurator. Po przejściu do adwokatury w 1950 r. stał się jednym z najbardziej zaufanych adwokatów reżimu, czego potwierdzeniem była jego pozycja wśród obrońców wojskowych. Bronił w licznych procesach politycznych, ale – jak wskazywano już w 1956 r. – wiele z nich było raczej aprobującym uczestnictwem w komunistycznych zbrodniach sądowych.

Pojęcia kluczowe: adwokatura polska XX w., samorząd adwokacki w okresie PRL, Polska w okresie stalinowskim, wymiar sprawiedliwości Polski Ludowej, obrony polityczne, procesy kłbowe.

W pamięci starszego pokolenia warszawskich adwokatów pozostał nie tylko jako jeden z najwybitniejszych adwokatów okresu komunistycznego, sprawny i błyskotliwy obrońca w procesach karnych, umiejętnie władający piórem, ale także jako zasłużony działacz samorządowy. We wspomnieniach – pisemnych i ustnych – przekazywano młodszemu pokoleniu palestranckim pamięć

* Marcin Zaborski, adwokat, dr, badacz dziejów adwokatury polskiej w okresie Polski Ludowej.

o „wybitnym adwokacie” i „zaczynym człowieku”¹. Miarodajne źródła przekonują jednak, że taki obraz adw. Jerzego Nowakowskiego jest fałszywy i oparty na niewiedzy. Jego postać zasługuje więc na przybliżenie.

Jerzy Nowakowski urodził się 4 kwietnia 1912 r. w Warszawie. Był synem Juliana i Genowefy ze Studniarskich. Ojciec pracował w kolejnictwie jako maszynista, dyspozytor parowozowni, naczelnik parowozowni oraz naczelnik oddziału PKP w Kłodzku. W 1915 r. musiał z rodziną wyjechać do Rosji, wraz z uciekającymi Rosjanami. Do Polski Nowakowscy wrócili w 1919 r. Początkowo Jerzy naukę pobierał w gimnazjum w Brześciu, a następnie w Państwowym Gimnazjum Humanistycznym w Wołkowysku, które ukończył w 1929 r.² Studia prawnicze na Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie rozpoczął trzy lata później, a ukończył je w 1936 r. Wybitnym studentem nie był, każdy rok studiów kończył oceną dostateczną³. Podczas studiów działał w Polskiej Akademickiej Korporacji Chrześcijańskiej „Conradia”⁴. Bezpośrednio po studiach odbył służbę wojskową w Grodnie, którą ukończył jako sierżant-podchorąży rezerwy. Ćwiczenia rezerwistów odbył jeszcze w 1937 r. i w 1938 r.

W 1937 r. Jerzy Nowakowski rozpoczął aplikację sądową przy Sądzie Grodzkim oraz Sądzie Okręgowym w Warszawie. Wkrótce delegowano go do Ministerstwa Sprawiedliwości, gdzie pracował najpierw w Departamencie Ustawodawczym, a następnie, od 1 maja 1938 r. do 6 września 1939 r., w Departamencie Nadzoru Prokuratorского.

Na temat września 1939 r. po latach (w 1979 r.) wspominał, że nie brał udziału w wojnie obronnej „wskutek uznania mnie za politycznie podejrzanego (lewicowość)” i – tym samym – celowego pominięcia przy mobilizacji przez władze II RP⁵. Wiarygodność takiego oświadczenia jest jednak wątpliwa. Brak powołania do wojska w okresie tak szczególnym, jak powszechna mobilizacja 1939 r. mógł dotyczyć jedynie osoby zakwalifikowanej przez władze II RP jako ewidentny, czynny działacz komunistyczny, powiązany wprost

¹ Por. M. Dubois, M. Komar, *Adwokat. Rozmowa o życiu w ciekawych czasach*, Warszawa 2012, s. 213.

² Archiwum Izby Adwokackiej w Warszawie (dalej: AIAW), akta osobowe adwokata Jerzego Nowakowskiego (dalej: akta JN), „Życiorys” Jerzego Nowakowskiego z 1953 r., k. 28.

³ AIAW, akta JN, odpis dyplomu ukończenia studiów, k. 9-9 w.

⁴ Polska Akademicka Korporacja Chrześcijańska „Conradia” powstała w grudniu 1926 r. w Wilnie. Grupała studentów wileńskiego Uniwersytetu Stefana Batorego. Według materiałów „Archiwum Korporacyjnego” Jerzy Nowakowski miał być nawet prezesem tej korporacji. Z tego samego źródła wiemy jednak, że w I połowie lat 30. XX w. – czyli w tym okresie, kiedy mógł być jej prezesem – działalność „Conradii” zamarła, zaś jej reaktywacja nastąpiła dopiero w 1937 r. Pewną informacją jest natomiast ta, że Jerzy Nowakowski wziął udział z zjeździe z okazji 60. rocznicy powstania tej korporacji, który odbył się w Warszawie 14 kwietnia 1986 r. Jego postać widnieje na pamiątkowym zdjęciu, dokumentującym ten zjazd. Zob. <http://www.archiwumkorporacyjne.pl/index.php/muzeum-korporacyjne/wilno/k-conradia/> (dostęp: 26 października 2019 r.).

⁵ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 91.

ze służbami ZSRR. Jednak brak jakichkolwiek podstaw do takiego zakwalifikowania Jerzego Nowakowskiego za okres do wybuchu II wojny światowej. Późniejsze epizody z jego życiorysu (brak udziału w konspiracji antyniemieckiej, brak udziału w powstaniu warszawskim 1944 r.) wskazują raczej na to, że był on tzw. dekoknikiem. Nie może budzić wątpliwości teza, że gdyby Jerzy Nowakowski chciał, to wziąłby udział w kampanii wrześniowej 1939 r., choćby jako ochotnik⁶.

Nie mamy jasności na temat działalności Jerzego Nowakowskiego w okresie okupacji niemieckiej. Wspominał tylko, że mieszkał w Warszawie pracując w firmie „Dobra Gospodyni”. Nie działał w żadnych strukturach konspiracyjnych, a w czasie powstania warszawskiego jakoby przebywał poza Warszawą. Z akt osobowych wynika, że egzamin sędziowski złożył w październiku 1943 r. przed komisją przy polskim Sądzie Apelacyjnym w Warszawie. Bezpośrednio po egzaminie rozpoczął aplikację adwokacką w Warszawie, pod patronatem adw. Tadeusza Chromińskiego⁷.

W lutym 1945 r. Jerzy Nowakowski zgłosił się do pracy w wymiarze sprawiedliwości. 20 marca 1945 r. został mianowany asesorem sądowym, po czym przydzielono go do Prokuratury Sądu Okręgowego w Toruniu. Następnie, 12 czerwca 1945 r. Minister Sprawiedliwości mianował go Podprokuratorem Sądu Okręgowego w Toruniu. Niedługo potem, postanowieniem z 11 lipca 1946 r. Prezydent Krajowej Rady Narodowej mianował go Wiceprokuratorem Sądu Okręgowego w Toruniu. W okresie od 1 lutego 1947 r. do 1 sierpnia 1947 r. był delegowany do Prokuratury Najwyższego Trybunału Narodowego do śledztwa przeciwko zbrodniarzowi niemieckiemu Albertowi Forsterowi⁸.

W okresie pobytu w Toruniu Jerzy Nowakowski był też asystentem w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Mikołaja Kopernika (właściwie: Katedra Nauki o Państwie i Prawa Państwowe). Prowadził ze studentami zajęcia z logiki prawniczej. Kariery naukowej i akademickiej jednak nie kontynuował⁹.

Zarządzeniem z 11 sierpnia 1947 r. Jerzy Nowakowski został delegowany do pełnienia czynności w Ministerstwie Sprawiedliwości, w Departamencie Nadzoru Prokuratorskiego. W departamencie tym prowadził referat polityczno-prawny. Z dniem 31 stycznia 1949 r. powołano go natomiast do pełnienia obowiązków Naczelnika Wydzia-

⁶ Znane są przykłady wzięcia udziału w kampanii wrześniowej 1939 r. nie tylko przez osoby jaśnie lewicujące, ocierające się o komunizm (np. poeta Władysław Broniewski, który zgłosił się do Wojska Polskiego na ochotnika), ale też przez osoby kwalifikowane jako fanatyczni komuniści (np. Marian Buczek, także zgłosił się na ochotnika).

⁷ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 91.

⁸ AIAW, akta JN, pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 12 czerwca 1945 r., k. 8; pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 15 lipca 1946 r., k. 7; „Życiorys” z 1979 r., k. 91.

⁹ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 92.

łu w tym samym departamencie. Dwa miesiące później, 31 marca 1949 r., Minister Sprawiedliwości powierzył mu pełnienie obowiązków Wiceprokuratora Sądu Apelacyjnego w Toruniu. Jednocześnie utrzymał w mocy delegowanie go do pełnienia czynności urzędniczych w Ministerstwie Sprawiedliwości. Przez około 2 miesiące prowadził sprawy personalne w departamencie¹⁰.



Aduwokat Jerzy Nowakowski (1912-1996), fotografia z 1975 r.

W projekcie „Charakterystyki” służbowej prokuratora Jerzego Nowakowskiego z grudnia 1949 r., sporządzonej przez wicedyrektora Departamentu Nadzoru Prokuratorskiego Ministerstwa Sprawiedliwości stwierdzono, że to „Przedwojenny ONR-owiec”, o poglądach antyradzieckich, „Zdecydowany choć maskujący się wróg”. Jego wystąpienia publiczne cechuje „ultralewicowość”, co jednak świadczy o jego „przebiegłości”. Zarzucono mu także, że przejawiał działalność „antyjednolitofrontową” – czyli że był przeciwny połączeniu PPS z PPR. Na koniec autor projektu „Charakterystyki” postulował, że Jerzy Nowakowski „winien być niezwłocznie usunięty z organów Wymiaru Sprawiedliwości jako zdecydowany wróg obecnego ustroju”¹¹. Jednak Dyrektor Departamentu Nadzoru Prokuratorskiego

¹⁰ AIAW, akta JN, pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 31 marca 1949 r., k. 6.

¹¹ Akta partyjne Jerzego Nowakowskiego, kopia w zbiorach autora (dalej: akta partyjne), projekt opinii o Jerzym Nowakowskim. Zarzuty, sformułowane w tym projekcie wobec Jerzego Nowakowskiego, nie mogą być jednak uznane za miarodajne, albowiem są ogólnikowe i nie znajdują pokrycia w żadnym materiale źródłowym. Co bardziej istotne – zarzutów tych nie podzielił nawet Henryk Podlaski, czyli osoba osobiście odpowiedzialna za tzw. stalinizację wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Jedynym elementem życiorysu Jerzego Nowakowskiego do 1939 r., który mógłby

– osławiony „stalinowiec” Henryk Podlaski, w osobiście sporządzonej „Charakterystyce” z 16 grudnia 1949 r. ostatecznie ocenił Jerzego Nowakowskiego całkowicie odmiennie. Stwierdził, że „Za okres jego pobytu w Warszawie nie wysuwa się przeciwko niemu żadnych zastrzeżeń”. Dodał, że pewne kontrowersje sam zainteresowany już wyjaśnił na zebraniu Koła PPS przy Ministerstwie Sprawiedliwości, w listopadzie 1949 r. „Prokurator Nowakowski – oceniał Henryk Podlaski – jest członkiem PZPR” i „jako członek Partii jest aktywny na terenie TPPR”, a nadto bierze udział „w szkoleniu ideologicznym jako prelegent na terenie dzielnicy jak i Związku Zawodowego”. Podkreślił także Henryk Podlaski, że analiza pracy prokuratora Jerzego Nowakowskiego „wskazuje na niewątpliwy postęp w kształtowaniu się jego poglądów co do zadań wymiaru sprawiedliwości”¹².

Mimo przychylnych opinii przełożonego, postanowieniem z 8 lutego 1950 r., Minister Sprawiedliwości przeniósł prokuratora Jerzego Nowakowskiego w stan spoczynku ze skutkiem na dzień 3 marca 1950 r., jednak bez wskazywania na jakikolwiek motyw polityczny¹³. Następnie pismem z 13 lutego 1950 r. tenże minister oświadczył, że nie ma zastrzeżeń co do wpisania byłego prokuratora na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie i wyznaczenia mu siedziby w Warszawie¹⁴.

Podaniem z 14 lutego 1950 r. Jerzy Nowakowski wystąpił o wpis na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie i wyznaczenie mu siedziby w Warszawie. Rekomendacji na piśmie udzielili mu Arnold Gubiński – Naczelnik Wydziału w Ministerstwie Sprawiedliwości (wykładowca a potem profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego), Stanisław Pławski, Wiceprokurator Sądu Okręgowego delegowany do Ministerstwa Sprawiedliwości, podwładny Jerzego Nowakowskiego z okresu pracy w tym ministerstwie (wkrótce profesor w Łodzi) oraz adw. Stanisław Janusz Janczewski (nie należy mylić go ze słynnym adw. Stanisławem Janczewskim)¹⁵.

Uchwałą ORA w Warszawie z 2 marca 1950 r. wpisano Jerzego Nowakowskiego na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie i tamże wyznaczono mu siedzibę¹⁶. Ślubowanie adwokackie złożył 6 marca 1950 r. przed dziekanem ORA w Warszawie, adw. Władysławem Januszem Tomorowiczem¹⁷. Uzyskał także wpis na listę obroń-

powodować negatywną ocenę władz, była jego przynależność do korporacji „Conradia”

¹² Akta partyjne, „Charakterystyka ob. Jerzego Nowakowskiego p.o. Wiceprokuratora SA, delegowanego do Ministerstwa Sprawiedliwości” z 16 grudnia 1949 r., sporządzona przez Dyrektora Departamentu Nadzoru Prokuratorskiego Ministerstwa Sprawiedliwości Henryka Podlaskiego.

¹³ AIAW, akta JN, pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 14 lutego 1950 r., k. 5.

¹⁴ AIAW, akta JN, pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 13 lutego 1950 r., k. 4.

¹⁵ AIAW, akta JN, pismo Arnolda Gubińskiego do ORA w Warszawie z 14 lutego 1950 r., k. 1; pismo Stanisława Pławskiego do ORA w Warszawie z 14 lutego 1950 r., k. 2; pismo adw. Stanisława Janusza Janczewskiego do ORA w Warszawie z 14 lutego 1950 r., k. 3.

¹⁶ AIAW, protokół nr 8 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 2 marca 1950 r., § 19.

¹⁷ AIAW, akta JN, „Protokół ślubowania”, k. 14.

ców wojskowych, co umożliwiło mu występowanie w charakterze obrońcy wojskowego przed sądami wojskowymi.

Należy odnotować, że orzeczeniem Wojewódzkiej Komisji Weryfikacyjnej dla Izby Adwokackiej w Warszawie z 18 grudnia 1951 r., działającej na podstawie przepisów ustawy o ustroju adwokatury z 27 czerwca 1950 r., jego wpis na listę adwokatów został utrzymany w mocy¹⁸. Komisja ta wnikliwie zbadała życiorys weryfikowanego pod kątem zgodności z „zadaniami adwokatury w Polsce Ludowej” i nie zgłosiła wobec niego żadnych zastrzeżeń. Nie odbył natomiast Jerzy Nowakowski weryfikacji w myśl przepisów dekretu z 24 maja 1945 r. o tymczasowych przepisach uzupełniających prawo o ustroju adwokatury, w trakcie której badano zachowanie adwokatów i aplikantów adwokackich podczas okupacji niemieckiej – choć podlegał jej obligatoryjnie. Przyczyną nieprzeprowadzenia wobec Jerzego Nowakowskiego tej weryfikacji było zatajenie przez niego, przy ubieganiu się o wpis na listę adwokatów, że w trakcie okupacji niemieckiej był aplikantem adwokackim.

Bezpośrednio po wpisie na listę adwokatów został radcą prawnym w Centralnym Zarządzie Przemysłu Fermentacyjnego. Jednocześnie rozpoczął pracę w kancelarii adwokackiej „ReMLau”, należącej podówczas do adw. Mieczysława Maślanki i adw. Edwarda Rettingera, którzy zajmowali się niemal wyłącznie obronami przed sądami wojskowymi oraz obronami w sprawach politycznych¹⁹.

Po zorganizowaniu pierwszych zespołów adwokackich w Warszawie, został członkiem Zespołu Adwokackiego nr 1 (ul. Poznańska 3) – od 1 września 1952 r., a następnie, od 28 maja 1954 r., członkiem Zespołu Adwokackiego nr 25 (Plac Zbawiciela 2). Przez cały 1977 r. był kierownikiem tego Zespołu. Z rejestru Zespołu Adwokackiego nr 25 został skreślony z dniem 28 lutego 1979 r., na własny wniosek i zaprzestał wykonywania zawodu adwokata, kontynuując jednak pracę w samorządzie adwokackim²⁰.

¹⁸ AIAW, akta JN, orzeczenie Wojewódzkiej Komisji Weryfikacyjnej Izby Adwokackiej w Warszawie z 18 grudnia 1951 r., nr 596, k. 15.

¹⁹ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 91. Adwokat Jan Olszewski wspominał następująco: „Wśród moich patronów znajdował się Jerzy Nowakowski, postać szczególna... W latach 40. (...) funkcjonowała w Warszawie kancelaria określana potocznie „ReMLau”. To pochodziło od nazwisk trzech ludzi (...): Edwarda Rettingera, Mieczysława Maślanki i Antoniego Landaua. Specjalizowali się w obronach przed sądami wojskowymi, gdzie toczyły się procesy polityczne. (...) Krótko mówiąc, w powszechnym mniemaniu kancelaria miała powiązania ze stosownymi organami. Ze względu na charakter miejsca także aplikanci i współpracownicy z tamtego okresu uchodzili za połączonych w jakiś sposób z bezpieczeństwem – m.in. Nowakowski (...) Po ustanowieniu zespołów adwokackich trafił do zespołu nr 25, gdzie ja aplikowałem. (...) Wokół Nowakowskiego wciąż krążyła – i w zespole, i w środowisku – aura człowieka mającego różne szczególne związki (...) Adwokat Nowakowski oczywiście był partyjny. Niezależnie od tego był człowiekiem (...) o którym z uwagi na przeszłość powszechnie krążyła pogłoska, że utrzymuje kontakty z bezpieką” (J. Błażejewska, *Ta historia wciąż trwa. Wspomnienia Jana Olszewskiego*, Warszawa 2019, s. 319-321).

²⁰ AIAW, akta JN, wyciąg z protokołu posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 28 sierpnia 1952 r., k. 18; wyciąg z protokołu posiedzenia nr 11 Rady Adwokackiej w Warszawie z 27 maja 1954 r., k. 30; zarządzenie dziekana ORA w Warszawie z 20 lutego 1970 r., k. 93.

W swojej praktyce zawodowej zajmował się Jerzy Nowakowski sprawami karnymi, w tym politycznymi, odbywającymi się przed sądami wojskowymi oraz przed Sekcją Tajną, funkcjonującą w latach 1950-1955 w ramach IV Wydziału Karnego Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy w Warszawie (w 1949 r. w ramach Sądu Apelacyjnego w Warszawie i w Ministerstwie Sprawiedliwości) oraz w Sądzie Najwyższym.

Bronił m.in. ks. Jana Danilewicza, który był jednym z oskarżonych w nagłośnionym i sfiogowanym procesie ks. bp. Czesława Kaczmarka, toczącym się przed Wojskowym Sądem Rejonowym w Warszawie od 14 do 19 września 1953 r. W sprawie tej popierał w istocie jawnie absurdalne zarzuty, ujęte w kuriozalnym akcie oskarżenia i szkłował swojego klienta²¹. Przypomnieć trzeba w tym miejscu, że główny oskarżony miał jesienią 1956 r. powiedzieć, że w tym procesie „oskarżeni bali się bardziej swoich obrońców aniżeli prokuratora i że obrońcy współdziałali z organami B[ezpieczeństwa] P[ublicznego]”²².

Należy odnotować, że nazwisko Jerzego Nowakowskiego widniało na tzw. tajnej liście adwokatów, którą prowadził Prezes Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy – Ilia Rubinow. Owa „lista” obejmowała nazwiska 21 najbardziej zaufanych adwokatów władzy komunistycznej, wyłącznie uprawnionych do występowania w charakterze obrońcy z urzędu oraz „zalecanych” jako obrońcy z wyboru w procesach toczących się przed Sekcją Tajną, funkcjonującą w tymże sądzie²³.

W procesach przed Sekcją Tajną bronił Jerzy Nowakowski co najmniej w 5 przypadkach jako obrońca z urzędu i w 17 przypadkach jako obrońca z wyboru²⁴. Występował m.in. w sprawach fałszywie oskarżonych żołnierzy Armii Krajowej i funkcjonariuszy Delegatury Rządu na Kraj: Bronisława Chajęckiego (wspólnie z adw. Henrykiem Nowogródzkim; orzeczono karę śmierci, która została wykonana)²⁵,

²¹ *Proces księdza biskupa Kaczmarka i innych członków ośrodka antypaństwowego i antyludowego. Stenogram procesu odbytego przed Wojskowym Sądem Rejonowym w Warszawie w dniach 14.IX – 21.IX.1953 r.*, red. J. Siemianowski, Warszawa 1953, s. 317-319.

²² *Protokół narady partyjnej aktywu partyjnego Najwyższego Sądu Wojskowego i Zarządu Sądownictwa Wojskowego, przeprowadzonej z udziałem szefa Głównego Zarządu Politycznego gen. bryg. (Janusza) Zarzyckiego i zastępcy szefa GZP WP płk. (Bronisława) Bednacza w dniach 20 i 21 listopada 1956 r.*, [w:] J. Poksiński, „*My, sędziowie nie od Boga...*”. Z dziejów Sądownictwa Wojskowego PRL 1944-1956. *Materiały i dokumenty*, Warszawa 1996, s. 203.

²³ Na „tajnej liście adwokatów” prowadzonej przez Prezesa Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy Ilię Rubinowa, figurowali następujący adwokaci: Marian Bartoń, Mieczysław Buczkowski, Marcin Dancyg, Władysław Domino, Jan Kant, Jerzy Majzels, Mieczysław Maślanko, Jerzy Mering, Jerzy Nowakowski, Henryk Nowogródzki, Stanisław Pstrokoński, Marian Rozenblit, Franciszek Sadowski, Aniela Steinsbergowa, Witold Stelzer, Julian Sznapić, Marian Wagner, Jakub Wilf, Władysław Winawer, Stefan Wurzel i Jan Załęski (AIAW, Protokół nr 14 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 27 i 29 czerwca 1957 r., § 20).

²⁴ AIAW, Protokół nr 23 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 14 listopada 1957 r., § 9.

²⁵ M. Wawrzyński, *Bronisław Chajęcki – nieznanый bohater Warszawy i Pruszkowa*, Pruszków 2009, s. 235 i 238; Archiwum Akt Nowych (dalej: AAN), Prokuratura Generalna, 950, *Sprawozdanie Komisji dla zbadania działalności tzw. sekcji tajnej Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy*, k. 45.

Zbigniewa Ejme (wspólnie z adw. Henrykiem Nowogródzkim; orzeczono karę śmierci, która została wykonana), adw. Stanisława Koziółkiewicza, Ryszarda Waltera oraz Jana Izzydora Zborowskiego²⁶.

W pokazowym procesie kierownictwa Ekspozytury Urzędu Śledczego „Start”, jednostki wchodzącej w skład struktur Państwowego Korpusu Bezpieczeństwa, podporządkowanego konspiracyjnej Delegaturze Rządu na Kraj, bronił Andrzeja Czystowskiego (grudzień 1951 r., skazany na 15 lat więzienia; pozostali oskarżeni: adw. Witold Pajor, prokurator Zygmunt Ojrzyński i Stanisław Nienałtowski). Podczas obrończego przemówienia końcowego w tym całkowicie sfingowanym procesie, Jerzy Nowakowski stwierdził, że jego klient był świadomy, iż „Start” zajmuje się likwidowaniem działaczy lewicowych i że „dokonuje tych mordów wspólnie z Gestapo”²⁷.

W Sekcji Tajnej bronił Jerzy Nowakowski także Bolesława Winnika – członka protestanckiej Rady Zjednoczenia Kościołów Chrystusowych oraz osławionego Ludwika Kalksteina (agenta niemieckiego z okresu II wojny światowej, a potem agenta Urzędu Bezpieczeństwa – odpowiedzialnego za zadenuncjowanie gen. Stefana Roweckiego „Grota”, komendanta Głównego Armii Krajowej), którego proces był parodią wymiaru sprawiedliwości z innego względu – jego celem, zakładanym przez władzę komunistyczną, było uchronienie, skądinąd zasłużonego dla tejże władzy oskarżonego, przed karą śmierci²⁸.

Jerzy Nowakowski bronił także w procesach niemieckich zbrodniarzy wojennych. Był obrońcą z urzędu kata getta warszawskiego Jürgena Stroopa, w jego procesie toczącym się od 18 do 23 lipca 1951 r. przed Sądem Wojewódzkim dla m.st. Warszawy²⁹. Na początku tego procesu nie złożył wniosku o zwolnienie go z obowiązku obrony z urzędu, jak dotychczas czynili adwokaci wyznaczeni do obrony z urzędu w sprawach ważnych zbrodniarzy niemieckich, toczących się przed Najwyższym Trybunałem Narodowym, przed Specjalnymi Sądami Karnymi i przed sądami powszechnymi³⁰. Naruszył w ten sposób dobrą tradycję adwokatury, której istotą nie było dążenie do pozbawienia oskarżonych obrony, ale wyraźne odcięcie się od czy-

²⁶ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 92. Por. A. K. Kunert, *Koziółkiewicz Stanisław*, [w:] idem, *Słownik biograficzny konspiracji warszawskiej 1939-1944*, tom 1, Warszawa 1987, s. 101-102; A. K. Kunert, *Zborowski Jan Izydor*, [w:] idem, *Słownik biograficzny konspiracji warszawskiej 1939-1944*, tom 2, Warszawa 1987, s. 189-190; AAN, Prokuratura Generalna, 950, *Sprawozdanie Komisji...*, k. 45.

²⁷ J. Wróbel, M. Stojewski, *Zbrodnie sądowe z oskarżenia o kolaborację z nazistami. Procesy kierownictwa PKB, „Startu” i Okręgowego KWP przed Sądem Wojewódzkim w Warszawie*, [w:] *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944-1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, wyd. II uzupełnione, Warszawa 2001, s. 103.

²⁸ AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 92; AAN, Prokuratura Generalna, 950, *Sprawozdanie Komisji...*, k. 47.

²⁹ Por. K. Moczarski, *Rozmowy z katem*, oprac. A. K. Kunert, wyd. 17, Warszawa 2009, s. 386.

³⁰ W tej kwestii por. M. Zaborski, *Czy bronić 'zdrajców narodu', 'zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich' i 'volksdeutschów'? Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 25 maja 1946 r. w sprawie udziału adwokatów w procesach o zdradę narodu lub o rehabilitację wyłączonych ze społeczeństwa*, „Palestra” 2013, nr 1-2, s. 237-239.

nów będących przedmiotem rozpoznania i wysłanie komunikatu do społeczeństwa, że „Adwokat jest powołany do obrony prawa i słuszności” – jak stanowił art. 67 ust. 1 obowiązującego ówczesnie Prawa o ustroju adwokatury z 4 maja 1938 r. Żaden adwokat, składający wcześniej wniosek o zwolnienie go z obowiązku wykonywania obrony zbrodniarza niemieckiego nie liczył na to, że takie zwolnienie uzyska. Złożenie takiego wniosku stało się jednak niemalże wymogiem formalnym, poprzedzającym przystąpienie do rzetelnego wykonywania obowiązków obrończych. Jerzy Nowakowski nie tylko takiego wniosku nie złożył, ale nawet demonstracyjnie podkreślił, że tego nie zrobi. Zasugerował przy tym, że odcina się od tradycji adwokatury niepodległej RP oraz że jego poprzednicy, składający takie wnioski, nie byli świadomi, że obrona jest koniecznym składnikiem procesu karnego³¹.

Istotnym elementem obrony Jürgena Stroopa, wykonywanej przez Jerzego Nowakowskiego, było obarczenie zbrodniami niemieckimi z okresu II wojny światowej rządów Stanów Zjednoczonych oraz innych demokratycznych państw kapitalistycznych. Jürgen Stroop był – według Jerzego Nowakowskiego – tylko „wykonawcą kapitalistycznych mocodawców”, „ślepy narzędnikiem kapitalistycznych potęg”, tudzież „nędznym pachołkiem ciemnych kapitalistycznych potęg”³². W swoim przemówieniu obrończym w sprawie Jürgena Stroopa pochwalił Jerzy Nowakowski nadto „ludowego ustawodawcę”, że dekret z 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego zerwał z „przestarzałą” zasadą *lex retro non agit*³³. Zauważyć trzeba, że uwaga ta była kompromitująca nie tylko dla prawnika-teoretyka prawa (a do takiej roli Jerzy Nowakowski aspirował, zważywszy na jego epizod pracy na uniwersytecie w Toruniu), ale – w jeszcze większym stopniu – dla prawnika wykonującego obronę w procesie karnym (teza ta prowadziła bowiem do anihilacji najważniejszego prawno-materialnego argumentu obrony w tej sprawie).

³¹ Archiwum IPN, akta sprawy Jürgena Stroopa, sygn. SWW-874 A, t. II, „Mowa obrońcy oskarżonego Jürgena Stroopa adwokata Jerzego Nowakowskiego”, k. 346-347. W podsumowaniu swojego stanowiska obrońca ten stwierdził następująco: „Wysoki Sądzie! Dobiegam końca w mojej obronie. Moi znakomici poprzednicy – adwokaci, którzy byli obrońcami w analogicznych procesach, zarówno przed rozprawami zgłaszali, jak i po ich rozpoczęciu ponawiali wnioski, w których prosili Trybunały o uwolnienie ich z tego nad wyraz trudnego do spełnienia obowiązku. Nie poszedłem ich śladem. Nie postąpiłem tak nie tylko dlatego, że ustawa przewiduje konieczny udział obrońcy w tych sprawach, ale przede wszystkim z tego powodu, że dzisiaj rozumiemy wszyscy dokładnie, iż obrona jest nieodzownym współczynnikiem wymiaru sprawiedliwości, że uszechstronne i staranne przedstawienie Sądowi tych danych, które przemawiają za oskarżonym – ułatwia wydanie sprawiedliwego wyroku, czyni zadość spokojowi sędziowskiego sumienia”.

³² Ibidem, k. 329, 336 i 347.

³³ Ibidem, k. 337.

W związku z udziałem w procesach przed Sekcją Tajną był Jerzy Nowakowski przesłuchiwany w 1957 r. przez Komisję dla zbadania działalności tzw. sekcji tajnej Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy. Z treści tych zeznań wynika, że adw. Jerzy Nowakowski był świadomy, iż wobec osób sądzonych przed Sekcją Tajną stosowany był w wielkich rozmiarach przymus psychiczny i fizyczny, w tym najbardziej perfidne tortury³⁴. Jerzy Nowakowski zeznał przed tą komisją m.in., że Prezes Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy Ilia Rubinow „maltretował osoby zgłaszające się do niego w tych sprawach, gdyż ogłosiwszy, że przyjmuje raz w tygodniu wyjeżdżał z Sądu na miasto i w ogóle nie załatwiał w tym dniu petentów (...) Pod drzwiami Rubinowa był – jak powszechnie mówiono – «korytarz płaczu»”³⁵. Zeznał nadto Jerzy Nowakowski, że „W sprawie Jana Grzybowskiego i Skorupskiego (IV K 419/52) na dwa dni przed rozprawą (...) Rubinow (...) oznajmił” mu, „że Ministerstwo Sprawiedliwości nie godzi się na jego obronę”³⁶.

Przed komisją prezentował Jerzy Nowakowski – wspólnie z adw. Mieczysławem Maślanką – szokującą tezę, że „prowadzenie rozpraw przy drzwiach zamkniętych samo przez się nie było szkodliwe dla obrony, gdyż obrońca przy pustej sali mógł łatwiej operować pewnymi argumentami, powoływać się na pewne fakty z innych spraw, czego nie mógłby czynić przy jawności rozprawy”³⁷. Poza tym przestrzegał Jerzy Nowakowski komisję przed pochopnymi rehabilitacjami, albowiem – jego zdaniem – „Nie jest nawet wyłączone, iż korzystając ze zmiany klimatu w Prokuraturze i w Sądzie w sprawach tych ujdą odpowiedzialności osoby zasługujące na potępienie”³⁸. Podkreślić w tym miejscu należy, że taka uwaga osoby znającej realia działania Sekcji Tajnej była kompromitująca w stopniu najwyższym.

Był Jerzy Nowakowski jednym z 5 adwokatów z „tajnej listy adwokatów”, którzy złożyli odwołania od uchwały Rady Adwokackiej w Warszawie z 27-29 czerwca 1957 r., na mocy której owa „tajna lista” miała być ujawniona społeczności adwokackiej. W odwołaniach tych użyto niedopuszczalnych i obraźliwych sformułowań pod adresem Rady Adwokackiej w Warszawie³⁹.

W związku ze zmianami politycznymi wywołanymi tzw. odwilżą 1956 r., przeciwko Jerzemu Nowakowskiemu wszczynane były postępowania dyscyplinarne, dotyczące jego udziału w procesach politycznych, m.in. o sygn. RD 116/56 i RD 124/57. W toku tych postępowań ponownie kierował do Rady Adwokackiej obraźliwe pisma,

³⁴ AAN, Prokuratura Generalna, 950, *Sprawozdanie Komisji...*, k. 47.

³⁵ Ibidem, k. 24.

³⁶ Ibidem, k. 63.

³⁷ Ibidem, k. 25.

³⁸ Ibidem, k. 38.

³⁹ Protokół plenarnego posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej z 5 października 1957 r., „Palestra” 1957, nr 4, s. 90-92.

w związku z czym w 1959 r. było prowadzone przeciwko niemu odrębne postępowanie dyscyplinarne⁴⁰.

Na skutek działań Komisji do badania działalności obrończej adwokatów w tzw. procesach tajnych pod kierownictwem adw. Roberta Prusińskiego, 13 czerwca 1957 r. zostało wszczęte przeciwko Jerzemu Nowakowskiemu postępowanie dyscyplinarne dotyczące sprawowania przez niego obrony ks. Jana Danilewicza w procesie ks. bp. Czesława Kaczmarka. W tej sprawie, 24 kwietnia 1954 r., został przeciwko niemu wniesiony akt oskarżenia. Zarzucono mu, że „w przemówieniu obrończym użył zwrotów niewłaściwych w stosunku do swego klienta (...) i tym naruszył obowiązki zawodowe adwokata”. Następnie Wojewódzka Komisja Dyscyplinarna zwróciła akta sprawy Rzecznikowi Dyscyplinarnemu w celu zapoznania się z oryginalnymi aktami sprawy procesu ks. bp. Czesława Kaczmarka i innych. Postępowanie przygotowawcze przedłużyło się aż do stycznia 1965 r., a następnie WRA w Warszawie, uchwałą z 21 stycznia 1965 r., nakazała Rzecznikowi Dyscyplinarnemu Rady umorzyć sprawę Jerzego Nowakowskiego⁴¹. Taką decyzję Rady wymusił ówczesny jej dziekan – adw. Zygmunt Skoczek, w latach 1944-1950 sędzia Najwyższego Sądu Wojskowego, osobiście uwikłany w zbrodnie sądowe okresu komunizmu, potem wieloletni członek tzw. egzekutywy Podstawowej Organizacji Partyjnej PZPR przy Radzie Adwokackiej w Warszawie. Członkiem tej samej egzekutywy był Jerzy Nowakowski.

Po 1956 r. bronił Jerzy Nowakowski w kilku głośnych procesach karnych-gospodarczych: Stefanii Husiatyńskiej w 1958 r. (o nielegalne sprowadzanie nylonu do PRL), Władysława Dziadonia (rzemieślnika, prywatnego producenta butów z Krakowa, oskarżonego o naruszanie zasad „rynku socjalistycznego”), a także w procesie Zygmunta Garbackiego w 1972 r. (o zabójstwo Jana Gerharda)⁴². Miał opinię skutecznego adwokata i bardzo dobrego mówcy sądowego. W zwykłych, niepolitycznych sprawach karnych bronił zapewne z pasją, albowiem w 1963 r. Minister Sprawiedliwości zawiesił go w czynnościach adwokackich na okres 3 miesięcy, prawdopodobnie za nadużycie wolności słowa podczas rozprawy sądowej⁴³. Za „naruszenie wolności słowa”⁴⁴ podczas rozprawy sądowej został nadto „ukarany partyjnie” uchwałą Warszawskiej Komisji Kontroli Partyjnej PZPR

⁴⁰ AIAW, protokół nr 5 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 19 lutego 1959 r., § 14 oraz załącznik do ww. protokołu. Z wnioskiem o pociągnięcie Jerzego Nowakowskiego do odpowiedzialności dyscyplinarnej za obrazę organów Rady Adwokackiej w Warszawie oraz za obrazę samorządu adwokackiego wystąpił członek Rady – adw. Tadeusz de Virion. Poparł go w szczególności adw. Karol Pędowski oraz adw. Dżdzisław Węgliński.

⁴¹ AIAW, protokół nr 2 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 21 stycznia 1965 r., § 21 oraz załącznik do ww. protokołu.

⁴² AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r., k. 92.

⁴³ Ibidem, k. 58-59.

⁴⁴ Tak w oryginale.

z 3 listopada 1964 r., która orzekła wobec niego karę „nagany partyjnej”⁴⁵.

Poza działalnością czysto zawodową, prowadził Jerzy Nowakowski obszerną działalność w strukturach adwokatury, jako przedstawiciel tzw. czynnika partyjnego. W dwóch kadencjach (1973-1976 oraz 1976-1979) był wybierany przez Zgromadzenie Delegatów Izby Adwokackiej w Warszawie zastępcą członka WRA w Warszawie. Wobec ustąpienia ze składu rady przez wicedziekana – adw. Ryszarda Marka, uchwałą WRA z 5 grudnia 1974 r. Jerzy Nowakowski wszedł do składu rady „jako pierwszy wg liczby głosów uzyskanych na Zgromadzeniu Delegatów” w kadencji 1973-1976⁴⁶.

Jako członek rady, w trakcie jej posiedzenia 3 kwietnia 1975 r., złożył Jerzy Nowakowski do protokołu oficjalny i obszerny donos na adw. Władysława Siła-Nowickiego, że ten, „w toku przemówienia w dniu 3.IV. br. na pogrzebie adw. Antoniny Grabowskiej (...) użył zwrotów i określeń – w obecności członków samorządu, sędziów i osób postronnych – wysoce obraźliwych i niedopuszczalnych tak w stosunku do wymiaru sprawiedliwości jak i adwokatury. Stwierdzenia te miały charakter ogólny i jak można było zrozumieć dotyczyły okresu bieżącego, a nie przeszłości. (...) adw. Siła-Nowicki wykorzystywał uroczystość pogrzebową do uprawiania publicznie niewybrednej demagogiki – co winno spotkać się z odpowiednią reakcją ze strony Rady – a konkretnie skierowaniem sprawy do rzecznika dyscyplinarnego”⁴⁷. Dla adw. Władysława Siła-Nowickiego, wcześniej więźnia politycznego skazanego na karę śmierci, taki donos oznaczał kolejne poważne kłopoty z wykonywaniem zawodu adwokata⁴⁸.

W czerwcu 1979 r. Kolegium Dziekanów Rad Adwokackich działając na podstawie art. 54 pkt 2 ustawy z 19 grudnia 1963 r. o ustroju adwokatury wybrało Jerzego Nowakowskiego na członka NRA w kadencji 1979-1982. Następnie, w wyniku wyborów dokonanych wewnątrz nowo utworzonej NRA powołano go na stanowisko Rzecznika Dyscyplinarnego NRA – tym samym wszedł w skład Prezydium NRA. Ze składu NRA ustąpił przed upływem kadencji, w czerwcu 1981 r., w proteście przeciwko nieobiektywnej – jego zdaniem – kry-

⁴⁵ Akta partyjne, uchwała nr 926/64/767 Warszawskiej Komisji Kontroli Partyjnej PZPR z 3 listopada 1964 r.

⁴⁶ AIAW, protokół nr 18 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 5 grudnia 1974 r., § 25.

⁴⁷ AIAW, protokół nr 6 posiedzenia Rady Adwokackiej w Warszawie z 3 kwietnia 1975 r., wolne wnioski.

⁴⁸ W liście do siostry z 17 kwietnia 1975 r. adw. Władysław Siła-Nowicki napisał tak: „Moje przemówienie na pogrzebie p. Tosi Grabowskiej (...) wywołało burzę w szklance wody (brudnej). Rozmaici osobnicy poczuli się dotknięci – ba! – znieważeni. Rada debatowała bite dwie godziny czy zrobić mi dyscyplinarkę. Jeden łajdak szczególnie się popisywał” (W. Siła-Nowicki, *Wspomnienia i dokumenty*, do druku przygotowała M. Nowicka-Maruszyk, Wrocław 2002, t. II, s. 91).

tyce NRA, podejmowanej przez środowiska opozycyjne wobec rządów PRL, związane głównie z ruchem „Solidarności”⁴⁹.

Silne były jego związki z OBA. W latach 1973-1976 pełnił funkcję członka Rady Programowej OBA. Powołano go także na stanowisko Zastępcy Kierownika OBA. W 1977 r. został wyróżniony przez OBA za twórcze osiągnięcia. W latach 1973-1976 kierował dodatkowo Sekcją Ogólnych Prac Badawczych OBA. W ramach prac tej sekcji sporządził opracowanie pt. *Formy postępu technicznego w pracy adwokatów*. Poza tym był Jerzy Nowakowski aktywny w ramach Zespołu ds. Wymowy Sądowej OBA jako członek w latach 1977-1983. Wygłaszał wykłady dla studentów w ramach Studium Wymowy Sądowej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w latach 1976, 1978 i 1980. Nadto kierował seminariami dla adwokatów – lektorów wymowy sądowej z całej Polski w 1979 i 1980 r.⁵⁰

W latach 1973-1976 przewodniczył Jerzy Nowakowski Komisji ds. Etyki i Godności Zawodu przy WRA w Warszawie. W latach 1970-1981 wchodził w skład Komitetu Redakcyjnego miesięcznika „Palestra”. W tymże periodyku sporadycznie publikowano jego teksty. 19 lipca 1979 r. powołano go na stanowisko Przewodniczącego Komisji Doskonalenia Zawodowego i Szkolenia Aplikantów przy NRA⁵¹.

Brak miarodajnych danych na temat tego, czy do wybuchu II wojny światowej należał do jakichś organizacji politycznych i czy prowadził działalność polityczną. Sam Jerzy Nowakowski w licznych ankietach i kwestionariuszach osobowych twierdził, że żadnej działalności politycznej nie prowadził.

Po wojnie, 15 listopada 1945 r., wstąpił do PPS w Toruniu. W latach 1946-1947 był członkiem Komitetu Miejskiego PPS w Toruniu oraz Przewodniczącym Wojewódzkiego Sądu Partyjnego przy Wojewódzkim Komitecie PPS w Bydgoszczy. W tym okresie, podczas kampanii referendalnej 1946 r. oraz sfałszowanych wyborów 1947 r., brał czynny udział jako prelegent wiecowy. Od 15 października 1945 r. do 1 września 1947 r. pełnił funkcję członka Miejskiej Rady Narodowej w Toruniu z ramienia PPS, przy czym od 20 czerwca 1946 r. przewodniczył Komisji Finansowo-Budżetowej tejże Rady. Nadto, w okresie od 22 października 1945 r. do 1 września 1947 r. wchodził w skład Rady Szpitalnej Publicznego Szpitala Miejskiego w Toruniu⁵².

Po tzw. zjednoczeniu PPS z PPR został 16 grudnia 1948 r. członkiem PZPR, jego jednostką macierzystą był Komitet Dzielnicowy

⁴⁹ AIAW, akta JN, pismo Jerzego Nowakowskiego do Rady Adwokackiej w Warszawie z 25 września 1979 r., k. 102; pismo Jerzego Nowakowskiego do Przewodniczącego Kolegium Dziekanów z 3 czerwca 1981 r., k. 103. Zob. też: *Skład osobowy naczelnych i wojewódzkich władz adwokatury w kadencji 1979-1982*, „Palestra” 1979, nr 8-9, s. 135.

⁵⁰ *Ośrodek Badawczy Adwokatury. X-lecie działalności*, praca zbiorowa, Warszawa 1985, s. 7, 27, 28, 44, 47, 48, 55, 62, 69, 104, 112-114, 119-120.

⁵¹ AIAW, akta JN, passim; „Palestra”, roczniki 1970-1981.

⁵² Akta partyjne, kwestionariusz personalny z 1947 r.; AIAW, akta JN, „Życiorys” z 1979 r.

PZPR „Stare Miasto” w Warszawie. Po wstąpieniu do adwokatury został Jerzy Nowakowski członkiem Podstawowej Organizacji Partyjnej przy Radzie Adwokackiej w Warszawie (potem: przy Izbie Adwokackiej w Warszawie). W latach 50. XX w. był członkiem Egzekutywy (czyli organu wykonawczego) tej organizacji⁵³. Organizował i prowadził szkolenia partyjne. Z PZPR wystąpił 12 grudnia 1985 r. ze względu na „podeszły wiek, stan zdrowia i pobudki osobiste”. Nadto od 1945 r. działał w Towarzystwie Przyjaźni Polsko-Radzieckiej (w Toruniu jako Przewodniczący Koła, zaś w Warszawie jako członek Zarządu Koła) oraz w Zrzeszeniu Prawników Demokratów (później Zrzeszeniu Prawników Polskich)⁵⁴.

Od listopada 1982 r. podjął pracę jako doradca Komisji Odpowiedzialności Konstytucyjnej Sejmu PRL (był nim do 1984 r.)⁵⁵. Podczas obrad Okrągłego Stołu w 1989 r. był osobistym doradcą Ministra Spraw Wewnętrznych rządu PRL gen. Czesława Kiszczaka⁵⁶.

Władze Polski Ludowej wielokrotnie odznaczały go. Przyznało mu „Złoty Krzyż Zasługi” (1946), „Medal X-lecia Polski Ludowej” (1954), „Krzyż Kawalerski Orderu Odrodzenia Polski (1979)” i Złotą Odznakę „Adwokatura PRL” (1974)⁵⁷.

Jerzy Nowakowski do końca życia nie był w stanie rozliczyć się ze swoją przeszłością. W złożonym do akt personalnych, przed odejściem na emeryturę, życiorysie z lutego 1979 r., omawiając swoją „pracę polityczną” opisał, stosunkowo szczegółowo, tylko 4-letnią działalność w koncesjonowanej PPS. Cynicznie pomiął natomiast 35-letnią, aktywną działalność w PZPR. Nadto kiedy w latach 1989-1990 w „Palestrze” ukazały się trzy sprawozdania z otwartych spotkań odbytych w siedzibie Rady Adwokackiej w Warszawie w dniach 24 lutego 1989 r., 31 marca 1989 r. oraz 10 maja 1989 r., których tematem były procesy polityczne w Polsce od 1944 r.⁵⁸ – Jerzy Nowakowski wystąpił do redakcji „Palestry” z żądaniem „sprostowania” informacji tam zawartych, z powołaniem się na przepisy Prawa prasowego⁵⁹. Być może dotknęła go uwaga dotycząca adwokatów broniących w procesie ks. bp. Czesława Kaczmarka, sformułowana podczas drugiego spotkania przez adw. Halinę Piekarską: „zostały przemilczane nazwiska adwokatów, według mnie – zhańbione. Osobiście uważam,

⁵³ W ankietach partyjnych podawał różne okresy swojej przynależności do tzw. egzekutywy Podstawowej Organizacji Partyjnej przy Radzie Adwokackiej w Warszawie: lata 1956-1958 (ankieta z 1959 r.), lata 1952-1957 (ankieta z 1967 r.), lata 1952-1956 (ankieta z 1975 r.).

⁵⁴ AIAW, akta JN, passim; akta partyjne, wyciąg z protokołu zebrania POP PZPR przy Izbie Adwokackiej w Warszawie z dnia 12 grudnia 1985 r.

⁵⁵ AIAW, akta JN, pismo Jerzego Nowakowskiego do Rady Adwokackiej w Warszawie z 3 lutego 1982 r.

⁵⁶ Informacja od adw. Grzegorza Zuchowicza z Warszawy.

⁵⁷ AIAW, akta JN, passim.

⁵⁸ Zob. *Dyskutujemy o procesach politycznych*, część I, „Palestra” 1989, nr 5-7, s. 1-16; część II, „Palestra” 1989, nr 8-10, s. 1-19; część III, „Palestra” 1990, nr 8-9, s. 27-33.

⁵⁹ J. Nowakowski, list do redaktora naczelnego „Palestry”, „Palestra” 1991, nr 1-2, s. 109-110.

że owi adwokaci nie byli godni znajdować się na liście adwokatów po swoich wystąpieniach⁶⁰.

Adwokat Jerzy Nowakowski zmarł 3 stycznia 1996 r. Pochowano go na Cmentarzu Powązkowskim w Warszawie. Był 2-krotnie żonaty. Od 1939 z Wiesławą z domu Ziółkowską, urzędniczką Ministerstwa Sprawiedliwości, która zmarła w 1953 r. Drugą żoną była Barbara. Dzieci nie miał.

Bibliografia

- AAN, Prokuratura Generalna, 950, *Sprawozdanie Komisji dla zbadania działalności tzw. sekcji tajnej Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy*.
- AIPN, akta sprawy Jurgena Stroopa, sygn. SWW- 874 A, t. II.
- AIA w Warszawie, akta osobowe Jerzego Nowakowskiego.
- AIA w Warszawie, protokoły posiedzeń Rady Adwokackiej w Warszawie 1950, 1956-1965 i 1974-1975.
- Błażejowska J., *Ta historia wciąż trwa. Wspomnienia Jana Olszewskiego*, Warszawa 2019.
- Dubois M., Komar M., *Adwokat. Rozmowa o życiu w ciekawych czasach*, Warszawa 2012.
- Dyskutujemy o procesach politycznych, część I*, „Palestra” 1989, nr 5-7, s. 1-16.
- Dyskutujemy o procesach politycznych, część II*, „Palestra” 1989, nr 8-10, s. 1-19.
- Dyskutujemy o procesach politycznych, część III*, „Palestra” 1990, nr 8-9, s. 27-33.
- Kunert A. K., *Koziółkiewicz Stanisław*, [w:] idem, *Słownik biograficzny konspiracji warszawskiej 1939-1944*, tom 1, Warszawa 1987, s. 101-102.
- Kunert A. K., *Zborowski Jan Izidor*, [w:] idem, *Słownik biograficzny konspiracji warszawskiej 1939-1944*, tom 2, Warszawa 1987, s. 189-190.
- Nowakowski J., list do redaktora naczelnego „Palestry”, „Palestra” 1991, nr 1-2, s. 109-110.
- Moczarski K., *Rozmowy z katem*, oprac. A. K. Kunert, wyd. 17, Warszawa 2009.
- Ośrodek Badawczy Adwokatury. X-lecie działalności*, praca zbiorowa, Warszawa 1985.
- Proces księdza biskupa Kaczmarka i innych członków ośrodka antypaństwowego i antyludowego. Stenogram procesu odbytego przed Wojskowym Sądem Rejonowym w Warszawie w dniach 14.IX – 21.IX.1953 r.*, red. J. Siemianowski, Warszawa 1953.
- Protokół narady partyjnej aktywu partyjnego Najwyższego Sądu Wojskowego i Zarządu Sądownictwa Wojskowego, przeprowadzonej z udziałem szefa Głównego Zarządu Politycznego gen. bryg. (Janusza) Zarzyckiego i zastępcy szefa GZP WP płk. (Bronisława) Bednarza w dniach 20 i 21 listopada 1956 r.*, [w:] J. Poksiński, „*My, sędziowie nie od Boga...*”. *Z dziejów Sądownictwa Wojskowego PRL 1944-1956. Materiały i dokumenty*, Warszawa 1996.
- Protokół plenarnego posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej z 5 października 1957 r., „Palestra” 1957, nr 4, s. 90-92.
- Siła-Nowicki W., *Wspomnienia i dokumenty*, do druku przygotowała M. Nowicka-Maruszyk, t. II, Wrocław 2002.

⁶⁰ *Dyskutujemy o procesach politycznych, część II*, s. 10-11 (głos adw. Haliny Piekarskiej).

Wawrzyński M., *Bronisław Chajęcki – nieznanego bohatera Warszawy i Pruszkowa*, Pruszków 2009.

Wróbel J., Słojewski M., *Zbrodnie sądowe z oskarżenia o kolaborację z nazistami. Procesy kierownictwa PKB, „Startu” i Okręgowego KWP przed Sądem Wojewódzkim w Warszawie*, [w:] *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944-1956*, red. W. Kulesza, A. Rzepliński, wyd. II uzupełnione, Warszawa 2001, s. 85-108.

Zaborski M., *Czy bronić ‘zdrajców narodu’, ‘zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich’ i ‘volksdeutschów’? Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 25 maja 1946 r. w sprawie udziału adwokatów w procesach o zdradę narodu lub o rehabilitację wyłączonych ze społeczeństwa*, „Palestra” 2013, nr 1-2, s. 234-247.

Zbiory własne autora, akta partyjne Jerzego Nowakowskiego z PPS i PZPR (kopia w zbiorach autora).



Adam Redzik

POCZET JURYSTÓW I EKONOMISTÓW (2)

RAFAŁ LEMKIN (1900-1959)
– PATRON „GŁOSU PRAWA” 2019

W drugim zeszycie w ramach „Pocztu Jurystów i Ekonomistów” prezentujemy Rafała Lemkina, polskiego prawnika, którego dziś zna cały świat jako twórcę koncepcji „zbrodni ludobójstwa” a potem głównego autora Konwencji ONZ z 9 grudnia 1948 r. w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa. Stale wiedza o polskim okresie życia Lemkina jest w literaturze światowej nieznaczna. Dlatego też w 2017 r. opublikowaliśmy krótką biografię, akcentując przede wszystkim okres polski życia twórcy pojęcia „ludobójstwo” (A. Redzik, *Rafał Lemkin (1900-1959) – co-creator of international criminal law. Short biography*, Warsaw 2017, ss. 70; ISBN 978-83-931111-3-8). Zbliżające się 60-lecie śmierci Rafała Lemkina jest dobrą okazją, aby to on stał się patronem drugiego roku wydawniczego „Głosu Prawa”. Postanowiliśmy też o przedrukowaniu mało znanego artykułu Lemkina na temat władzy sędziego karnego, gdyż twórczość jego z okresu sprzed 1933 r., szczególnie z obszaru kryminologii oraz prawa karnego nie jest dziś znana. 60 rocznica śmierci stanowi dodatkowy pretekst do przywołania sylwetki Rafała Lemkina.

Pojęcia kluczowe: Rafał Lemkin, prawnicy polscy XX w., ludobójstwo/genocyd, Juliusz Makarewicz, Uniwersytet Lwowski, Komisja Kodyfikacyjna RP, Emil Stanisław Rappaport

Literatura światowa na temat Rafała Lemkina jest bardzo obszer-
na i stale przyrasta. Dotyczy ona jednak głównie zaangażowania
Lemkina w powstanie terminu „genocyd” oraz działalności w okre-

się powojennym. Wiedza na temat życia Lemkina w Polsce do 1939 r. nie jest duża, a czołowe biografie zawierają liczne pominięcia i błędy. Podejmowane przez polskich autorów próby sprostowania ich są ważne, gdyż nie ma dziś bardziej znanego na świecie polskiego prawnika od Rafała Lemkina. Ową pośmiertną popularność Lemkin zawdzięcza nie rozprawom naukowym i pozycji w świecie nauki, ale odważnemu i konsekwentnemu domaganiu się ochrony praw człowieka narażonego na nienawiść i najcięższe zbrodnie z powodu tego, że należy do określonej zbiorowości narodowej, etnicznej, religijnej czy polityczno-społecznej.

Rafał Lemkin urodził się 24 czerwca 1900 r. w rodzinie rolników żydowskich Józefa i Belli z domu Pomeranc, w folwarku Bezwodna/Bezwodne, na południe od Wołkowyska, w gminie Międzyrzecz (obecnie białoruskie *Безводне*). Miał dwóch braci: Samuela (zm. ok. 1917) oraz Eliasza (zm. 1983). Jak sam wspominał, ojciec prowadził dzierżawione gospodarstwo rolne, zaś matka wychowywała dzieci, dużo czytała, interesowała się wieloma rzeczami. W domu rodzinnym posługiwano się trzema językami: jidysz, rosyjskim i polskim. We wczesnym dzieciństwie rodzina przeniósła się do folwarku Ozierrzysko (obecnie białoruskie *Озеруцко*) w gminie Izabelin (około 20 kilometrów w linii prostej na zachód od Bezwodnej). Tam Lemkin spędził świadome dzieciństwo, które wspominał w autobiografii. Pierwszą edukację Rafał pobierał w domu. Jako dziecko czytywał autorów rosyjskich, ale też polskich, w tym Sienkiewicza.

Około 1913 r. Lemkinowie osiedlili się w miasteczku Wołkowysk, gdzie synowie kontynuowali naukę. Rafał wkrótce wyjechał w celu edukacyjnym do Wilna i tam uczył się w gimnazjum. W czasie zawieruchy wojennej (1915-1919) być może podejmował różne aktywności i uzupełniał wykształcenie. Maturę zdał w 1919 r. – podawał, że było to 30 czerwca w Białymstoku. Dokumentów nie odnaleziono.

W 1919 r. Rafał Lemkin wyjechał do Krakowa i zapisał się na Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wyслуchał w pełni dwóch semestrów roku akademickiego 1919/1920, m.in. wykładów profesorów Stanisława Wróblewskiego, Stanisława Estreichera, Stanisława Kutrzeby, Rafała Taubenschlaga, Michała Rostworowskiego oraz karnisty i filozofa prawa – Edmunda Krzyskuskiego. W 1920 r. wszczęto przeciwko Lemkinowi postępowanie dyscyplinarne, gdyż w zaświadczeniu dołączonym do karty wpisu podał nieprawdziwą informację, że pracował w sądzie polowym II Armii Polskiej, podczas gdy w rzeczywistości służył w czasie wojny polsko-bolszewickiej w oddziałach sanitarnych tej armii. Po przeprowadzeniu postępowania dyscyplinarnego, 15 lipca 1920 r., Senat Akademicki Uniwersytetu Jagiellońskiego postanowił o wydaleniu Lemkina z uniwersytetu. Ze świadectwem odejścia z 3 sierpnia 1921 r. (bez informacji o relegowaniu) Rafał Lemkin pojechał do

Lwowa i tam zapisał się na Wydział Prawa i Umiejętności Politycznych Uniwersytetu Jana Kazimierza.

We Lwowie immatrykulowany został 12 października 1921 r. Zaliczono mu przedmioty wysłuchane w Krakowie na pierwszym roku. Drugi rok powtarzał we Lwowie. Wysłuchał wykładów Oswalda Balzera z historii prawa, Leona Pinińskiego i Marcellego Chlamtacza z prawa rzymskiego, Władysława Abrahama z prawa kościelnego, Mściśława Wartenberga z filozofii, Ernesta Tilla i Romana Longchamps de Brier z prawa cywilnego, Aleksandra Dolińskiego z prawa handlowego, Kamila Stefki i Maurycego Allerhanda z procedury cywilnej, Stanisława Starzyńskiego z prawa konstytucyjnego, Zbigniewa Pazdry z prawa administracyjnego, Ignacego Weinfeldta z prawa finansowego, Jana Piekalkiewicza ze statystyki, Leopolda Caro z ekonomii, Juliusza Makarewicza z polityki karnej, Juliana Nowotnego z prawa karnego, Piotra Stebelskiego z procedury karnej oraz Ludwika Ehrlicha z prawa międzynarodowego. Spośród oferowanych seminariów wybrał prowadzone przez prof. Juliusza Makarewicza, zwolennika szkoły socjologicznej w prawie karnym i głównego autora Kodeksu karnego z 1932 r. Uczestniczył w tym seminarium przez kilka lat i przygotował na nim pierwsze prace naukowe. O związku Lemkina ze swoim seminarium pisał sam Makarewicz w słowie wstępnym do przetłumaczonego przez Lemkina i Tadeusza Kochanowicza sowieckiego kodeksu karnego z 1922 r. (Kodeks Karny Republik Sowieckich, 1926). Najprawdopodobniej we Lwowie poznał też Lemkin docenta, sędziego Sądu Najwyższego, Emila Stanisława Rappaporta, wkrótce swojego mentora w Warszawie.

W tym czasie Rafał Lemkin interesował się prawem karnym sowieckim i prawem faszystowskim, a także zagadnieniami międzynarodowego prawa karnego. W swojej autobiografii wspominał, że obserwował proces Saghomona Tehliriana, który 15 marca 1921 r. w Berlinie zastrzelił byłego ministra spraw wewnętrznych Turcji Talaata Paszę, odpowiedzialnego za ludobójstwo Ormian w latach 1915-1918. Po głośnym w całej Europie procesie, Tehlirian został uniewinniony przez ławę przysięgłych. Lemkin pisze, że rozmawiał ze swoimi profesorami na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie o tym, dlaczego społeczność międzynarodowa nie reagowała, gdy w Turcji mordowano setki tysięcy Ormian. Profesorowie odpowiedzieli, że to suwerenna władza państwa nad swoimi obywatelami, czyli w myśl panującej wówczas pozytywistycznej koncepcji suwerenności państwowej. Rozmówcami Lemkina mogli być wszyscy, ale bardziej prawdopodobne wydaje się, że jednym z nich był Juliusz Makarewicz. Inni to być może profesorowie specjalizujący się w prawie międzynarodowym i konstytucyjnym, czyli Stanisław Starzyński, Ludwik Ehrlich, ale może też każdy inny, w tym cieszący się powszechnym szacunkiem studentów – Oswald Balzer (prof. Balzer w 1926 r. zgłoszony został przez Wydział Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie jako kandydat do pokojowej nagrody Nobla).



Rafał Lemkin, ok. 1934 r., jedyna znana fotografia Lemkina z okresu II Rzeczypospolitej

9 lipca 1926 r. – na postawie trzech zdanych egzaminów ścisłych, tzw. rygorozów: sądowego, politycznego i historyczno-prawnego – został promowany na doktora praw. Promotorem, czyli profesorem odbierającym akt ślubowania doktorskiego podczas uroczystej promocji doktorskiej, był prof. Oswald Balzer, i to on został wpisany na dyplomie doktorskim Lemkina jako promotor.

Warto dodać, że Lemkin w tym czasie deklarował się jednoznacznie jako Polak wyznania mojżeszowego (judaizmu) i tak pozostało. Potwierdza to też fakt, że we Lwowie Lemkin opublikował przetłumaczone przez siebie dzieło wybitnego żydowskiego pisarza, Chaima Nachmana Bialika, pt. Noach i Marynka. Opatrzył je patetycznym wstępem i porównaniami do Mickiewicza.

Do pytań stawianych profesorom w czasie studiów prawniczych we Lwowie – w związku z tragedią Ormian – Lemkin powracał stale, ale tymczasem rozwijała się jego kariera w polskim wymiarze sprawiedliwości.

Odbył aplikację prokuratorską. W tym okresie wiele czasu spędzał w Warszawie, współpracując z wykładającym na Wolnej Wszechnicy Polskiej Emilem Stanisławem Rappaportem, który był też Sekretarzem Generalnym Komisji Kodyfikacyjnej RP i sędzią Sądu Najwyższego. Poznał też Wacława Makowskiego, profesora prawa karnego na Uniwersytecie Warszawskim a jednocześnie koreferenta projektu kodeksu karnego w Komisji Kodyfikacyjnej RP. Lemkin uczęszczał na jego seminarium z prawa karnego. Zaczął pracować w Komisji Kodyfikacyjnej RP na stanowisku administracyjnym protokolanta i pomocnika sekretarza. Prof. Makowski był ważną osobistością w strukturze władzy sanacyjnej (m.in. był ministrem, a potem wicemarszałkiem Senatu i wreszcie marszałkiem Sejmu). Jemu, jak i Rappaportowi, Lemkin zawdzięczał, że stanowiska podprokuratora w Sądzie Okręgowym w Brzeżanach, na które został powołany nie zagrzał. Bardzo szybko uzyskał delegację do Warszawy, gdzie pracował jako prokurator przy Sądzie Okręgowym.

Już w 1927 r. Lemkin wydał tłumaczenie nowego kodeksu karnego Rosji Sowieckiej z przedmową prof. Makowskiego (*Kodeks karny Rosji sowieckiej*, 1927), a w 1929 r. opracowanie kodeksu karnego faszystowskiego – także z przedmową Makowskiego (*Kodeks karny faszystowski*). W tym samym roku wchodził w skład komitetu redakcyjnego wydawanego w Warszawie po francusku „Revue Polonaise de Législation Civile et Criminelle. Législation Criminelle”. W tomie 3/4 za lata 1931-1932 zamieścił artykuł *Les principes essentiels du Code Pénal Polonais de 1932*. W tym czasie wydał też, opracowany wspólnie z Rappaportem oraz Januszem Jamonttem, krótki komentarz do Kodeksu karnego (*Kodeks karny r. 1932: z dostosowaniami do kodeksu teżami z orzeczeń Sądu Najwyższego, odpowiedniami ustępami uzasadnienia projektu Komisji Kodyfikacyjnej oraz ze skorowidzem/*

oprac. i objaśnieniami opatrzyli J. Jamontt i E. St. Rappaport; przy udziale R. Lemkina, ss. XXXVII+450).

Na początku lat 30. Rafał Lemkin, zapewne dzięki Rappaportowi, zaczął wykładać na Wolnej Wszechnicy Polskiej. Związał się z tworzonym tam przez Adama Ettingera Instytutem Kryminologicznym. Efektem współpracy Lemkina z Wolną Wszechnicą Polską było przygotowanie metodą prawnoporównawczą rozprawy pt. *Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii* („Biblioteka Prawnicza”, ss. 142). Prawdopodobnie w zamyśle Lemkina miała być to rozprawa habilitacyjna, jednak prawdopodobnie nie wszczęła przewodu (fragment książki przedrukujemy na s. XX).

Już w 1927 r. Rafał Lemkin zetknął się – oczywiście za sprawą współpracy z Rappaportem – z międzynarodową współpracą intelektualną w zakresie unifikowania prawa karnego. W tym roku w Warszawie odbyła się organizowana pod auspicjami Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawa Karnego (AIDP – *Association Internationale de Droit Pénal*) pierwsza Konferencja Unifikacji Prawa Karnego. Z polskiej strony organizatorem przedsięwzięcia był właśnie Emil Stanisław Rappaport. Być może to on skierował wychowanka lwowskiej szkoły karnistycznej do zainteresowania się problematyką międzynarodowego prawa karnego w praktyce i uczynił go członkiem delegacji polskich na kolejne kongresy i konferencje międzynarodowe. Już w 1931 r. Lemkin był sekretarzem-członkiem Polskiego Towarzystwa Ustawodawstwa Kryminalnego, będącego grupą polską AIDP, a w ostatnich przedwojennych latach Lemkin był już sekretarzem generalnym Towarzystwa.

Od 1927 r. międzynarodowe konferencje unifikacji prawa karnego organizowane były cyklicznie. Uczestniczyli w nich przedstawiciele krajowych komisji kodyfikacyjnych oraz przedstawiciele nauki prawa. Były dużym wydarzeniem. Lemkin, od trzeciej Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego, która odbyła się w Brukseli (25-27 czerwca 1930 r.), uczestniczył w nich już czynnie. Na czwartej konferencji, która odbyła się w dniach 27-30 grudnia 1931 r. w Paryżu, wygłosił swój pierwszy referat o świadomym użyciu środków mogących wywołać powszechne niebezpieczeństwo.

Na kolejnej (piątej) konferencji, zaplanowanej do Madrytu Lemkin miał być – podobnie jak dotychczas – delegatem Polski. Na konferencję przygotował referat, w którym postulował uregulowanie przez społeczność międzynarodową pięciu zbrodni „w obliczu prawa narodów”: barbarzyństwa [„Kto z nienawiści do zbiorowości rasowej, wyznaniowej lub społecznej, albo też w celu wyniszczenia (eksterminacji) tejsze przedsięwzięcie czyn karalny przeciwko życiu, nietykalności cielesnej, wolności, godności lub podstawom bytu gospodarczego człowieka, należącego do takiej zbiorowości, za to przestępstwo barbarzyństwa ulegnie karze...”, o ile czyn jego nie jest

zagrożony surowszą karą w odnośnej ustawie karnej. Sprawca podlega tej samej karze, jeśli jego czyn skierowany został przeciwko osobie, która oświadczyła swoją solidarność lub ujęła się za jedną z wyżej wymienionych zbiorowości”], wandalizmu (art. 2 – gdy sprawca z tych samych pobudek co w art. 1 „niszczy dzieła kultury lub sztuki, będące wytworem jej ducha”), spowodowania katastrofy morskiej, lądowej, powietrznej (art. 3), przerwy w łączności telekomunikacyjnej (art. 4) i świadomego szerzenia zarazy ludzkiej (art. 5).

Przed konferencją referat opublikował po francusku (*Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens. Rapport spécial présenté à la V-me Conférence pour l'Unification du Droit Pénal à Madrid 14-20 X 1933*) w dwóch wersjach – w Paryżu i Madrycie. Prawdopodobnie rozesłał go do planowanych uczestników odpowiedniej Komisji Konferencji. W tym samym czasie tekst raportu ukazał się we Lwowie w „Głosie Prawa” (*Przestępstwa polegające na wywołaniu niebezpieczeństwa międzynarodowego jako delicta iuris gentium*) – przedrukowaliśmy go w pierwszym zeszycie „Głosu Prawa” 2018, nr 1-2. Główne tezy referatu (o zbrodniach barbarzyństwa i wandalizmu) Lemkin przedstawił też po niemiecku w czasopiśmie wiedeńskim (*Akte der Barbarei und des Vandalismus als delicta iuris gentium*, „Internationales Anwaltsblatt” 1933, nr 11).

W ostatniej chwili skład polskiej delegacji do Madrytu uległ zmianie. Lemkin nie pojechał. Dlaczego? Prawdopodobnie powodem była treść referatu oraz czas – kiedy to w styczniu 1933 r. w Niemczech Hitler doszedł do władzy, Polska podjęła próbę rozmów z Francją, a gdy ta odmówiła, postanowiono doprowadzić do zawarcia porozumienia z Niemcami w sprawie niestosowania przemocy.

Rafał Lemkin nie zmniejszył aktywności na międzynarodowych kongresach. Oprócz konferencji Biura Unifikacji Prawa Karnego brał udział w wielu innych wydarzeniach. Na przykład w sierpniu 1932 r. uczestniczył jako delegat Polski w I Międzynarodowym Kongresie Prawa Porównawczego zorganizowanym przez Międzynarodową Akademię Prawa Karnego w Hadze. Był też delegatem na X Międzynarodowy Kongres Karny i Penitencjarny, który odbył się w Pradze czeskiej w dniach 25-30 września 1930 r. W kwietniu 1933 r. przedstawił referat o sędzim karnym w świetle współczesnego prawa i kryminologii na III Międzynarodowym Kongresie Prawa Karnego w Palermo.

Na początku 1934 r. Lemkin wystąpił ze służby w prokuraturze i wniósł podanie o wpis na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie. Wpisany został prawdopodobnie wczesną wiosną. Kancelarię uruchomił w Al. Jerozolimskich 23, później jednak zmienił adres na Kredytową 6, gdzie też mieszkał. Tam wykonywał zawód

do września 1939 r. Dziś na budynku znajduje się tablica poświęcona Lemkinowi.

Od początku lat 30. Lemkin wiele publikował na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej”, „Głosu Prawa”, „Głosu Sądownictwa” i „Palestry”. Pisał też w „Głosie Prawników Śląskich” (1937, z. 2), a także w wydawanej od 1932 do 1939 r. pod redakcją Waclawa Makowskiego „Encyklopedii Podręcznej Prawa Karnego”, gdzie zamieścił m.in. opracowania o prawie karnym Chile, USA oraz ZSRS.

Na konferencje i kongresy po 1934 r. wyjeżdżał już jako adwokat i działacz wspomnianych organizacji, a szczególnie Polskiego Towarzystwa Ustawodawstwa Kryminalnego (polskiej grupy AIDP). Brał udział w międzynarodowym kongresie *International Law Association* (ILA), który odbył się w Budapeszcie w dniach 6-10 września 1934 r. W następnym roku uczestniczył w VI Konferencji Międzynarodowego Biura do spraw Unifikacji Prawa Karnego, która odbyła się w Kopenhadze. Przedstawił na niej referat o terroryzmie wraz z projektem regulacji (opublikowany on został na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej”). W 1936 r. Lemkin wziął udział w Trzecim Zjeździe Prawników Polskich w Katowicach, który obradował od 5 do 8 listopada 1936 r. Wygłosił na nim referat, w którym poruszał zagadnienie stosunku ustawowego wymiaru kary do sędziowskiego wymiaru kary. W następnym roku, w dniach 26-31 lipca 1937 r. uczestniczył (m.in. z prof. Rappaportem, prof. Stefanem Glaserem i adw. Heleną Wiewiórską) w IV Międzynarodowym Kongresie Prawa Karnego, zorganizowanym przez AIDP, na którym wygłosił referat pt. *Ochrona pokoju przez prawo karne wewnętrzne* – nawiązując do nowatorskich polskich rozwiązań z Kodeksu karnego. Niedługo potem, bo w sierpniu (4-11 sierpnia 1937 r.) Lemkin uczestniczył w przygotowanym z dużym rozmachem II Międzynarodowym Kongresie Prawa Porównawczego w Hadze, wraz z liczną grupą polskich uczonych, a przede wszystkim z udziałem wybitnych jurystów z całego świata.

W styczniu 1938 r. Lemkin uczestniczył w obradującej w Kairze VII Międzynarodowej Konferencji Biura Unifikacji Prawa Karnego. Przedstawił wówczas referat o fałszowaniu paszportów. Z kolei w sierpniu (3-8 sierpnia 1938 r.), na I Kongresie Kryminologicznym w Rzymie, mówił o roli sędziego w zwalczaniu przestępczości. Uczestniczył też w 40. Konferencji ILA w Amsterdamie (29 sierpnia-2 września 1938 r.), a w grudniu 1938 r. brał udział, wspólnie z Rappaportem, w nieformalnym spotkaniu Biura ds. Unifikacji Prawa Karnego.

Niewątpliwie dzięki aktywności na forum międzynarodowym Rafał Lemkin nawiązał liczne znajomości. Stały się one bardzo ważne po wybuchu wojny. Ponoć aspirował też do dziewięcioosobowego Komitetu Prawa Karnego w ILA, ale bezskutecznie, choć do gremium tego wybrano Polaka – Lucjana Bekermana (1886-1940).

W ostatnich latach przed II wojną światową Rafał Lemkin wyspecjalizował się w zagadnieniach z zakresu prawa karnego skarbowego. Trzykrotnie wydał znakomity komentarz do Kodeksu karnego skarbowego (ostatnie wydanie z 1938 r.). Publikował też m.in. komentarze do regulacji o amnestii. W 1939 r., z poznanym w Polsce w 1935 r. prof. Malcolmem McDermottem, opublikował w USA przekład angielski polskiego Kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach (*Polish Penal Code on 1932 and Law of Minor Offences*, 1939). W tym czasie opracował i skierował do druku w Paryżu książkę o płatnościach międzynarodowych. Ukazała się ona w przeddzień wojny, z przedmową Marcela Van Zeelanda, dyrektora Banku Rozrachunków Międzynarodowych, jako *La régulation des paiements internationaux. Traité de droit comparé sur les devises, les clearing et les accords de paiements, Les conflicts de lois* (Paris 1939). Znajomość tych zagadnień wkrótce okazała się bardzo użyteczna.

W czasie wybuchu II wojny światowej Lemkin przebywał w Warszawie. Kolejne dni września opisał w autobiografii. 7 września 1939 r., odpowiadając na wezwanie dowództwa Wojska Polskiego, wyjechał pociągiem w kierunku wschodnim. Pociąg został zbombardowany. Dalszą drogę przebywał pieszo i wozami wiejskimi. Dotarł do Kowla. Został zatrzymany przez Sowieców, ale nie rozpoznano go. Po wypuszczeniu dotarł do rodzinnego Wołkowyska, do rodziców. Wkrótce opuścił dom i ruszył do Wilna. Tam odwiedził wybitnego kryminologa, profesora Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, Bronisława Wróblewskiego, któremu obiecał, że podejmie jeszcze raz próbę podniesienia do rangi zbrodni międzynarodowych „barbarzyństwa” i „wandalizmu”. Z Wilna wysłał telegramy do poznanych na kongresach: Karola Schlytera, byłego ministra sprawiedliwości Szwecji, prezesa AIDP Cartona de Wiarta i wspomnianego prof. McDermotta. Szybko uzyskał wizę do Szwecji, którą wbito do paszportu w placówce w Kownie. Wkrótce, jeszcze w październiku, wyjechał do Rygi, a stamtąd poleciał do Sztokholmu.

W Szwecji pozostał ponad rok. Po 5 miesiącach pobytu podjął wykłady z zakresu płatności międzynarodowych na Uniwersytecie w Sztokholmie, które prowadził po szwedzku (zostały one wydane w 1941 r.). Należy podkreślić, że Lemkin miał wyjątkowy dar językowy – znał jidysz, rosyjski, polski, francuski, niemiecki, angielski oraz szwedzki.

Na początku 1941 r. Lemkin uzyskał promesę wizy do USA i obietnicę pracy w Duke University w Durham w Karolinie Północnej. Ze szwedzką wizą „bezpieczeństwa” (Sowieci nie uznawali rządu polskiego) wyruszył do Moskwy. Po kilku dniach pobytu, koleją transsyberyjską pojechał do Władywostoku. Następnie dotarł do Japonii. Stamtąd do Seattle, a potem do Chicago i wreszcie około kwietnia 1941 r. dotarł do Durham, gdzie w Duke University objął wykłady prawa porównawczego i prawa rzymskiego.

W połowie 1942 r. Lemkin wyjechał do Waszyngtonu, gdzie objął stanowisko głównego doradcy w *Board of Economic Warfare*. Pracował na tym stanowisku ponad 2 lata. W tym czasie studiował zaocznie amerykańskie prawo oraz dokończył pisanie książki, w której przedstawił swoją koncepcję genocydu, czyli *Axis Rule in Occupied Europe*. Wydana została ona w Nowym Jorku w listopadzie 1944 r. W przedmowie napisano, że Lemkin to znany polski uczony i adwokat.

Dzieło Lemkina nie zostało przyjęte w literaturze bezkrytycznie. Uważano je za zestawienie informacji o hitlerowskim prawie, ale przedstawiona w książce koncepcja genocydu bywała pomijana (np. przez Herscha Lauterpachta). Po polsku dzieło Lemkina jako *Rządy państw Osi w okupowanej Europie* opublikowane zostało, i to tylko w części, dopiero w 2013 r.

Po wygaśnięciu kontraktu w Lemkin został bezrobotnym. Gdy dowiedział się, że 2 maja 1945 r. prezydent USA powołał sędziego Sądu Najwyższego USA Roberta Houghwouta Jacksona na reprezentanta USA do przygotowań i oskarżenia przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze, Lemkin wysłał mu niezwłocznie list z miesięcznikiem, w którym znajdował się jego artykuł pt. *Genocide – a Modern Crime*. Jackson zaprosił Lemkina do współpracy w Biurze Zbrodni Wojennych w Departamencie Wojny, jako doradcę Jacksona. Latem 1945 r. Lemkin wyleciał do Londynu. W akcie oskarżenia głównych przywódców II Rzeszy z 6 października 1945 r. za sprawą Lemkina znalazł się *passus* o tym, że oskarżeni „popelnili świadome i systematyczne ludobójstwo, czyli eksterminację z powodów rasowych i narodowych grup cywilnej ludności na okupowanych terenach” i dalej wymienieni zostali w szczególności Żydzi, Polacy, Cyganie. Oskarżeni odpowiadali jednak za zbrodnie zdefiniowane w art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Londyn, 8 sierpnia 1945 r.), czyli za zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Dlatego w wyrokach Trybunału Norymberskiego nie pojawił się genocyd.

20 maja 1946 r. Lemkin skierował pismo do sekretarza generalnego ONZ, w którym zarysował wizję regulacji międzynarodowej dotyczącej genocydu. W tym czasie był bardzo aktywny w Europie. Podczas pierwszej po wojnie konferencji ILA, która odbyła się w Cambridge, Lemkin mówił o ludobójstwie, ale temat nie wzbudził zainteresowania, także delegacji polskich prawników. Wrócił do Paryża. Potem drogą morską udał się ponownie do USA. Wkrótce jednak wrócił i na licznych spotkaniach formalnych i nieformalnych zabiegał o poparcie dla rezolucji dotyczącej ludobójstwa. Został też konsultantem Komitetu Prawnego ONZ. Udało się. 11 grudnia 1946 r. jednogłośnie przyjęto rezolucję (G.A. 96) o genocydzie. Otworzyło

to drogę do konwencji, której projekt wkrótce opracował i skonsultował z Henrim Donnendieu de Vabresem. Lobbował za nią przez 2 lata – „nieoficjalnie” i oficjalnie. Pozyskiwał przywódców państw i wpływowych prawników oraz urzędników związanych z ONZ. Musiał iść na pewne ustępstwa w kwestii samej definicji i zakresu regulacji. Zasadniczy trzon projektu pozostał jednak niezmienny. Po debacie plenarnej nad projektem, 9 grudnia 1948 r. Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa została jednogłośnie przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ.

W późnych godzinach wieczornych 9 grudnia, łkając, wyznał, że konwencja to epitafium na grobie matki, która została zamordowana przez Niemców w Polsce, i dowód na to, że wiele milionów ludzi nie zginęło daremnie. Według jednego z przekazów nazajutrz, gdy włoski dziennikarz zapytał go, kiedy po raz pierwszy pomyślał o genocydzie, ten odpowiedział: „gdy byłem dzieckiem i czytałem *Quo vadis*, mojego rodaka Henryka Sienkiewicza”.

Słusznie podnosi sir Zafrullah Khan, a za nim m.in. Ryszard Szawłowski, że konwencję o ludobójstwie winno się określać „konwencją Lemkina”. Tak się powoli staje. W następnych latach konwencję ratyfikowało niemal 150 państw. Weszła ona w życie 12 stycznia 1951 r. (90 dni po ratyfikowaniu przez pierwsze 20 państw) – dzień ten Lemkin uznał za triumf dla ludzkości i jeden z najpiękniejszych dni w życiu. Polska ratyfikowała konwencję na podstawie ustawy z 18 lipca 1950 r. o przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do konwencji z dnia 9 grudnia 1948 r. o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Dz.U. 1950, Nr 36, poz. 325), z zastrzeżeniem nieprzyjęcia postanowień z art. IX i XII konwencji.

W następnych latach Rafał Lemkin czynił starania, aby konwencja o ludobójstwie mogła być stosowana; aby powstał sąd, przed którym prowadzone byłyby procesy karne wobec oskarżonych o ludobójstwo. Bezskutecznie. Po tym, jak stracił zatrudnienie w Yale University (pracował tam do 1951 r.), nie miał stałego zajęcia. Początkowo wygłaszał liczne odczyty, ale z czasem były one coraz rzadsze. W związku z tym, że nie posiadał oszczędności i stałego dochodu, popadał w nędzę, okazjonalnie dotowany przez fundacje, organizacje diaspory wschodnioeuropejskiej, w tym polskiej oraz osoby prywatne. Stale jednak zabiegał o nagłaśnianie wszelkich przykładów ludobójstwa na świecie i zabiegał o ratyfikację konwencji o ludobójstwie przez USA. W latach 50. głośno mówił o ludobójstwie dokonanym przez Sowieców na podbitych narodach Europy Wschodniej i Środkowej. Współpracował z Kongresem Polonii Amerykańskiej, Kongresem Ukraińców w Ameryce, a w ostatnich latach życia ze Zgromadzeniem Zniewolonych Narodów Europejskich (utworzonym we wrześniu 1954 r.). Na pierwszym kongresie Zgromadzenia w 1954 r. wystąpił obok Polaków Zygmunta Nagór-

skiego i Marka Korowicza, a mówił m.in. o przykładach sowieckiego ludobójstwa, w tym o ludobójstwie dokonanym przez Stalina na Ukrainie w 1933 r. (*holodomor*).

W 1955 r. został profesorem prawa na Rutgers University, ale po roku kontraktu mu nie przedłużono. Do Komitetu Noblowskiego w Oslo, począwszy od 1950 r. do 1959 r. wpłynęło 10 nominacji do pokojowej nagrody Nobla. Nagrody nie otrzymał. W ostatnim czasie przygotowywał własną autobiografię, w której opisywał swoją życiową misję – doprowadzenie do kryminalizacji i penalizacji ludobójstwa na forum międzynarodowym.

Zmarł nagle, „nieoficjalnie” – po tym jak zasnął na przystanku autobusowym przy nowojorskiej Czterdziestej Drugiej Ulicy... Było to 28 czerwca 1959 r. Przyjmuje się, że wracał z wydawnictwa, z którym finalizował rozmowy nad wydaniem autobiografii (lub szedł do tego wydawnictwa)... Wspomniana autobiografia ukazała się po ponad 50 latach od śmierci, w 2013 r., a w języku polskim – w 2018 r.

Pogrzeb był skromny. Uczestniczyło w nim kilka najbliższych osób. Spoczął na Mount Hebron Cemetery w dzielnicy Queens w Nowym Jorku. Na nagrobku znajduje się napis: „Dr Raphael Lemkin (1900-1959). Father of genocide Convention”.

Rodzice Rafała Lemkina zostali zamordowani w KL Treblinka. Holokaust przeżył brat Elias z żoną Leą Lisą oraz synem Saulem, którzy w 1941 r. wyjechali z Wołkowyska do Rosji. Po wojnie Rafał Lemkin pomagał im opuścić Europę. Mieszkali oni w Montrealu.

Przez wiele lat po śmierci Lemkin był zapomniany. Odkryty został na nowo na przełomie lat 80. i 90. XX w. W lutym 1991 r. w Yale University odbyło się pierwsze *Raphael Lemkin Symposium on Genocide*. W październiku 2000 r. w Londynie miała miejsce *The Raphael Lemkin Centenary Conference*. W następnych latach na wielu uniwersytetach powstały instytuty lub katedry dedykowane ludobójstwu. Lemkinowi poświęcono sztuki teatralne, bardzo liczne publikacje. Od 2000 r. *Institute for the Study of Genocide* w Nowym Jorku co dwa lata przyznaje nagrodę im. Lemkina (*Lemkin Award*). Z kolei od 2013 r. Międzynarodową Nagrodę im. Rafała Lemkina przyznaje też polskie Ministerstwo Spraw Zagranicznych. W 2018 r. Instytut Pileckiego w Warszawie rozpoczął realizację dużego projektu, który polega m.in. na badaniach nad spuścizną Lemkina. W ramach projektu organizowane są corocznie międzynarodowe konferencje. Ogromnie powiększyła się też literatura dotycząca Lemkina, ale ciągle nie ma jego pełnej biografii intelektualnej, którą zapowiedział już przed wielu laty prof. Ryszard Szawłowski.

Bibliografia (wybrana)

- Lemkin R., *Totally Unofficial. The Autobiography of Raphaël Lemkin*, ed. D.-L. Frieze, New Haven & London 2013.
- Lemkin R., *Rządy państw Osi w okupowanej Europie*, tłum. A. Bieńczyk-Missala, P. Gizebyk, B. Lackoroński, M. Madej, Warszawa 2013.
- Lemkin R., *Nieoficjalny. Autobiografia Rafała Lemkina*, red. D.-L. Frieze, tłum. H. Jankowska, Warszawa 2018.
- Civilians in contemporary armed conflicts: Rafał Lemkin's heritage*, red. nauk. A. Bieńczyk-Missala, Warszawa 2017.
- Cooper J. F., *Raphaël Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, Ho, undmills, Basingstokes, New York 2008.
- Irvin-Erickson D., *Raphaël Lemkin and the Concept of Genocide*, Philadelphia 2017.
- Korey W., *An Epitaph for Raphaël Lemkin*, New York 2001.
- Kornat M., *Rafał Lemkin (1900–1959). Studium biograficzne*, „Zeszyty Historyczne” 2004, z. 147, s. 107-157.
- Maza H., *Raphaël Lemkin et la Convention contre Génocide*, [in:] H. Maza, *Neuf Meneurs Internationaux de l'initiative individuelle dans l'institution des organisations internationales pendant le XIXe et XXe siècle*, Paris 1965, s. 343-357.
- Power S., *“A Problem from Hell”. America and the Age of Genocide*, New York 2002.
- Rafał Lemkin: A Hero of Humankind*, ed. A. Bieńczyk-Missala, S. Dębski, Warsaw 2010 (autorzy: A. D. Rotfeld, R. Szaulowski, M. Kornat, W. Korey, J.-L. Panné, S. Courtois, S. L. Jacobs, C. Kraft, A. Weiss-Wendt, R. Serbyn, W. A. Schabas, D. Shraga, Z. Kędzia, B. Misztal).
- Redzik A., *Rafał Lemkin (1900-1959) co-creator of international criminal law. Short biography*, Warsaw 2017.
- Redzik A., *Raphaël Lemkin (1900–1959): Father of the Genocide Convention*, [in:] *The Faces of Human Rights*, ed. K. McCall-Smith, J. Wouters, F. Gómez Isa, London 2019, s. 82-93.
- Sands Ph., *Ku pamięci sprawiedliwości: nieoczekiwane miejsce Lwowa w prawie międzynarodowym*, „Palestra” 2012, nr 11-12, s. 11-27.
- Sands Ph., *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, New York 2016.
- Sands Ph., *Powrót do Lwowa. O genezie „ludobójstwa” i „zbrodni przeciwko ludzkości”*, tłum. J. Soszyński, Warszawa 2018.
- Szaulowski R., *Rafał Lemkin – twórca pojęcia „ludobójstwo” i główny architekt Konwencji z 9.XII.1948 (w czterdziestolecie śmierci)*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 10, s. 74-86.
- Szaulowski R., *Rafał Lemkin, warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt konwencji z 9 grudnia 1948 r. („Konwencji Lemkina”). W 55-lecie śmierci*, Warszawa 2015 (tamże także A. Redzik, *Od redakcji*, s. III-IV).
- Troebst S., *Lemkin and Lauterpacht in Lemberg and Later: Pre- and Post-Holocaust Careers of Two East European International Lawyers* [2013], <http://www.iwm.at/transit/transit-online/lemkin-and-lauterpacht-in-lemborg-and-later-pre-and-post-holocaust-careers-of-two-east-european-international-lawyers/>
- Weiss-Wendt A., *Zakładnik polityki. Rafał Lemkin o „sowieckim ludobójstwie”*, tłum. J. Dołęga, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2008, nr 3 (43).
- Żukowski P. M., *Krakowskie czasy studiów Rafała Lemkina*, „Dzieje Najnowsze” 2011, z. 1, s. 139-158.
- Земан І., *Наука міжнародного права у Львівському університеті: монографія*, Львів: ЛНУ імені Івана Франка 2015.



Michał Porowski*

RECENZJA

**Paweł Kobes, *Funkcje kurateli w polityce kryminalnej*,
Difin, Warszawa 2019, ss. 378**

Przedmiotem badań zaprezentowanych w książce jest rola kurateli sądowej w polityce kryminalnej i postępowaniu z nieletnimi oraz wynikające stąd zadania sprawujących ją kuratorów, a także związane z tą działalnością zagadnienia ustroju kuratorskiej służby sądowej, organizacji pracy, statusu formalnoprawnego kuratorów i zapewnienia im bezpiecznych warunków wykonywania ustawowych obowiązków. Aczkolwiek literatura na temat kurateli i kuratorów jest dość bogata, co Autor skrupulatnie dokumentuje już we wstępie, to jednak problematyka ta jest wciąż otwartym polem badawczym zarówno jeśli chodzi o refleksję teoretyczną, jak i empiryczne rozpoznanie efektywności tej strategii przeciwdziałania przestępczości. Niesłabnące zainteresowanie pedagogiczną i politycznoprawną stroną zagadnienia wynika stąd, że kuratela ciągle zmienia swój kształt prawny, treść wchodzących w jej zakres zadań i rangę w polityce kryminalnej. Podejmowane ciągle na nowo badania nie tylko więc aktualizują zastany zasób wiedzy, ale przede wszystkim służą jej twórczej aplikacji do zmieniających się rozwią-

* Michał Porowski, emerytowany profesor Uniwersytetu Warszawskiego, znawca problematyki prawa karnego wykonawczego i polityki penitencjarnej.

zań prawnych i aksjologicznej nadbudowy polityki kryminalnej, również przecież zostającej we władaniu czasu kulturowego. W tym kontekście należy przeto oceniać celowość podjętych przez Autora badań, nowość wyników oraz ich praktyczną użyteczność.

Książka jest z tego punktu widzenia niewątpliwie cennym i nowym podejściem do wielu całkiem zasadniczych kwestii, które odślaniają wiązane obecnie z instytucją kurateli oczekiwania i jej uprawomocnienia. Autor formułuje je na podstawie wnikliwej analizy procesu jej ewolucji, przeprowadzonej za pośrednictwem trafnie dobranych determinant zmiany: resocjalizacyjnej racjonalizacji kary wpisującej się stopniowo w założenia programowe polityki penitencjarnej, wprowadzania do polityki karnej – m.in. pod wpływem tej orientacji – instytucji i środków represji wykonywanych w naturalnym środowisku społecznym, a obecnie przeciwdziałania przeludnieniu zakładów karnych i coraz mocniej dającego o sobie znać ruchu na rzecz abolicji więzień. W konsekwencji wzrasta ranga kurateli w polityce kryminalnej, czego efektem finalnym może być wprowadzenie do katalogu środków karnych nadzoru kuratora jako środka samoistnego. Jest to niespotykana dotąd w literaturze konstatacja i choć może budzić różne kontrowersje, to jest jednak wyprowadzona na podstawie dogłębnego wglądu w proces ewolucji kurateli, zwłaszcza rozpatrywanej z perspektywy dążenia do rozbudowy środków probacyjnych i alternatywnych. Tendencja ta znajduje także odzwierciedlenie w zmianie pozycji kuratora w strukturze organów wymiaru sprawiedliwości. Zyskał on bowiem nie tylko status organu postępowania wykonawczego, ale, na co wskazuje badanie organizacyjnych aspektów kuratorskiej służby sądowej, kuratorom jako wyspecjalizowanej grupie zawodowej przyznano pełną autonomię wewnętrzną. W postulatach zaś tego środowiska mocno zarysowuje się dążenie do uniezależnienia się od sądu, a nawet przyznania im uprawnień władczych.

Za takim kierunkiem rozwoju kurateli przemawia także zmiana treści sprawowanych nadzorów i dozorów. Forma mnoga oddaje sens następnego wniosku Autora, który jak dotąd w opracowaniach teoretycznych nie znalazł tak dobitnego wyrazu. Rozważania na temat techniki pracy kuratora są z reguły prowadzone w kontekście strategii i procedur wychowania resocjalizującego, traktowanego jako całościowy proces przebiegający zawsze zgodnie z pedagogicznymi wymaganiami tej metody. W tym opracowaniu zostało przyjęte zupełnie inne, bliższe prawu podejście. Autor, co warto podkreślić, odróżnia kuratelę jako pewien, pedagogicznie zabarwiony typ przeciwdziałania przestępstwu i demoralizacji od konkretnych, wynikających z dyspozycji ustawowych zadań kuratora, które występują w różnej konfiguracji w zależności od rodzaju zastosowanego środka. Przedstawia je na podstawie szczegółowych analiz dogmatycz-

nych, komentując ich znaczenie prawne i profilaktyczne z punktu widzenia celu i treści wykonywanego środka.

Nie traci jednak z pola widzenia pierwotnych racji przeszczerpienia na grunt polityki kryminalnej korekcyjno-opiekuńczych koncepcji postępowania ze skazanymi i nieletnimi, wobec których zastosowano środki wychowawcze lub poprawcze. O ile w odniesieniu do dorosłych przestępców dozór kuratorski może przybierać uproszczone formy oddziaływań, które przy określonych rodzajach reakcji karnej mogą sprowadzać się tylko do czynności kontrolnych albo diagnostycznych, o tyle nadzór nad nieletnimi i dozór nad młodocianymi zawsze powinien być podporządkowany dyrektywie resocjalizacji prowadzonej w rygorach pedagogiki. Z tak solidnych podstaw, które zakotwiczone są pospołu w analizach dogmatycznych i rekomendacjach pedagogicznych, Autor wyprowadza pojęcie modalności funkcji kurateli. Polega ona na ich wytypowaniu i odniesieniu do zadań realizowanych w ramach poszczególnych środków prawnych, w których występują w różnym natężeniu i układzie. To z kolei pozwala na opracowanie różnych modeli kurateli, dla których podstawą jest nie tylko, jak się powszechnie sądzi, lepsza lub gorsza praktyka, lecz celowe ukierunkowanie. Wśród tych funkcji, co warto podkreślić, Autor wyróżnia niedostrzeganą dotąd funkcję edukacyjną, która nawiązuje do teorii konstruktywizmu pedagogicznego i obejmuje swoim zasięgiem osoby spoza bezpośredniej interakcji kurator – podopieczny, zwłaszcza wówczas, gdy kurator wprowadza do swego warsztatu pedagogicznego współpracę z osobami i instytucjami albo zobowiązanymi do współdziałania, albo też wspierającymi wysiłki kuratora.

Do nowych treści, którymi recenzowana książka wzbogaca wiedzę na temat funkcjonowania kuratorskiej służby sądowej, należy również część traktująca o zagrożeniu bezpieczeństwa kuratora podczas wykonywania zadań służbowych. W dotychczasowych publikacjach sprawa ta jest ledwie sygnalizowana i to raczej w postaci utyskiwań na uciążliwe warunki pracy niż sproblematyzowanej refleksji prawniczej. Autor natomiast rozpatruje tę kwestię w rozwiniętym ujęciu teoretycznym odnosząc sytuację kuratorów do ochrony prawnej należnej funkcjonariuszom publicznym i proponuje konkretne rozwiązania, które mogą spowodować obniżenie ryzyka zagrożeń i zapobiegać im przez konsekwentne stosowanie prawa. Kwestia ta jest powiązana z rozważaniami prowadzącymi do określenia formalnoprawnego statusu kuratorów i prestiżu zawodu.

Wskazane tu przykładowo oryginalne, autorskie koncepcje i rekomendacje praktyczne nie wyczerpują intelektualnego bogactwa rozważań zawartych w książce. Ma ona charakter monografii, która jako taka obejmuje zasięgiem przedmiotowym instytucję kurateli *in capite et in membris*. Treść, która odnosi się zarówno do kurateli

sprawowanej nad nieletnimi jak i dorosłymi przestępcami, została podzielona na pięć rozdziałów. Pierwszy poświęcony jest genezie oraz procesowi rozwojowemu kurateli od jej początków i inspiracji aksjologiczno-kulturowych aż po dzień dzisiejszy. Nie jest to jednak ujęcie sprawozdawcze, z czym zwykle mamy do czynienia w podobnych opracowaniach, ale ogląd nastawiony na wytypowanie czynników dynamizujących ten proces i wywierających istotny wpływ na regulacje prawne, komentowane następnie z punktu widzenia poglądów na cele kary oraz zmieniające się w czasie racjonalizacje karania. Rozdział drugi zawiera drobiazgową analizę przepisów regulujących obecnie urząd kuratorskiej służby sądowej. Przeważają w niej, co oczywiste, opisowe wątki odtwórcze, które uzupełnia poszukiwanie racji przyjętych rozwiązań i ich ocena przeprowadzona w kontekście aspiracji środowiska kuratorów do pełnej autonomii wewnętrznej i organizacyjnej niezależności od władzy sądowej. W rozdziale trzecim została przeprowadzona kategoryzacja funkcji kurateli, trafna i dobrze udokumentowana literaturą pedagogiczną. Są one wszak w gruncie rzeczy zoperacjonalizowanym ujęciem wychowania resocjalizacyjnego osób niedostosowanych społecznie. W tym kontekście Autor opisuje rolę i zadania kuratora wynikające z treści i celu wykonywanego środka, a przez odniesienie tych czynności do którejś z funkcji stara się wydobyć ich sens i zestroić z przewodnią ideą kurateli, która ulokowana jest w podporządkowaniu wszelkich działań dobru powierzonego jego pieczy podsądnego. Te szczegółowe analizy, pozornie obciążające pracę wątkami relacyjnymi, są uzasadnione zamierzeniami Autora zapisanymi w postaci hipotez i konkluzjami, które na tej podstawie formułuje. Sprawdzają się one do tezy, że już w świetle dyspozycji ustawowych, przynajmniej w odniesieniu do dorosłych przestępców, kuratela zbliża się w stronę modelu kontrolno-represyjnego z widocznym przesuwaniem jej funkcji kreatywnych na drugi plan. Zmienia się zatem jej pierwotna racjonalizacja, co jest początkiem procesu opisanego we wstępnej części recenzji, a który Autor przedstawia w rozdziale piątym. W rozdziale go poprzedzającym rozpatruje zagadnienia związane z bezpieczeństwem pracy kuratora, o czym była już mowa. Książkę kończy bibliografia i zestawienie wykorzystanych w pracy źródeł normatywnych.

Podsumowując: w moim przekonaniu zaprezentowane w tej książce badania spełniają merytoryczne i metodologiczne wymagania, które decydują o ich naukowym charakterze. Jest monograficznym opracowaniem instytucji kurateli, które łączy wiedzę prawniczą i pedagogiczną, konfrontuje rozważania teoretyczne z praktyką przez odwoływanie się do dostępnych statystyk, opinii środowiska kuratorskiego i własnych doświadczeń zdobytych w czasie pełnienia funkcji społecznego kuratora dla nieletnich. Dokumentacja wykla-

danych w pracy zagadnień oraz uzasadnianie własnych tez świadczy o doskonałej znajomości przedmiotu i erudycji Autora, czego dowodzi cytowana i twórczo wykorzystana literatura z różnych dziedzin prawa, pedagogiki, kryminologii i polityki kryminalnej. Toteż nie mam żadnych wątpliwości, że książka stanie się zajmującą lekturą dla badaczy tej problematyki, praktyków oraz studentów kierunków prawniczych i pedagogicznych.

Na marginesie meritum chciałbym podzielić się z Autorem kilkoma nasuwającymi się uwagami. Po pierwsze wydaje mi się, że mogłaby zostać pogłębiona ocena organizacyjnych aspektów służby kuratorskiej, która przypomina wręcz piramidalny układ władzy i stanowisk nastawionych na obsługę wewnątrz systemowych interesów, potrzeb i awansów w niczym nie przyczyniających się do podniesienia efektywności i jakości zadań podstawowych. Po drugie sądzę, że referując koncepcję kurateli penitencjarnej, warto wyraźniej zaakcentować problem nakładających się na siebie zadań urzędującego na terenie zakładu karnego kuratora i wychowawcy, a także sposobu spożytkowania gromadzonych przezeń materiałów głównie przecież diagnostycznych. I po trzecie wreszcie, można chyba bez szkody dla merytorycznej wartości pracy zrezygnować z przypisów do tych informacji, które są powszechnie znane.

Gratuluje Autorowi udanego dzieła.



SAMORZĄD ADWOKACKI W WARSZAWIE I LUBLINIE MA 100 LAT

P przed 100 laty, 29 marca 1919 r., urzeczywistniły się postanowienia dekretu Naczelnika Państwa z 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego, wprowadzającego zorganizowany samorząd adwokacki na ziemiach byłego Królestwa Kongresowego. Tego dnia w sali posiedzeń Sądu Nawyższego, która mieściła się w Pałacu Krasińskich, wtedy nazywanym Pałacem Rzeczypospolitej, odbyło się pierwsze zgromadzenie organizacyjne adwokatury warszawskiej.

Oto relacja z tego wydarzenia opublikowana w „Gazecie Sądowej Warszawskiej” z 1919 r.:

Ogólne zebranie adwokatury okręgu sądu apelacyjnego w Warszawie

W d. 29 marca r. b. odbyło się w pałacu Rzeczypospolitej w sali posiedzeń Sądu Najwyższego pierwsze zgromadzenie organizacyjne adwokatury okręgu sądu apelacyjnego w Warszawie. Przybyło na nie 292 adwokatów. Miejsca honorowe na wzniesieniu zajęli przedstawiciele dawnej palestry polskiej z przed reformy z r. 1876, a mianowicie: b. obrońca przy senacie pan Aleks. Kraushar, b. adwokat przy sądzie apelacyjnym p. Ludwik Marczewski oraz patronowie przy trybunale cywilnym pp. Kirsztrot Jakób, Kozanecki Bronisław, Poznański Maksymilian, Rytel Władysław i Skurzyński Jan. Zebranie zagał prezydujący komisji organizacyjnej p. Wincenty Biskupski, który w dłuższym przemówieniu skreślił historię palestry polskiej od ostatniego rozbioru i oświetlił ją na tle dziejów ogólnonarodowych. — W końcu pan B. wezwał obecnych do wyboru przewodniczącego, na którego przez aklamację powołano p. Henryka Konica, a na jego zastępcę p. Jana Hebdzińskiego.

Pan Konic, podziękowawszy za wybór, wspomniał o zadaniach adwokatury oraz o obowiązkach członków władz obrończych, których palestra ma wybrać. Następnie przewodniczący zaprosił na asesorów pp. Likierta Nikodema, Fedorowicza Olecha, Chżanowskiego Aleksego z Siedlec, Tykocinera Zygmunta, Karola Wyganowskiego z Kalisza, Stefana Balińskiego z Płocka, a na sekretarzy pp. Teodora Bojanowicza i Wacława Pęskiego.

Z kolei p. Bogucki sekretarz komisji organizacyjnej złożył sprawozdanie z jej czynności, po czym imieniem teże uczyniono wniosek o ustanowienie rocznej składki dla każdego z członków adwokatury w ilości 150 marek. Po krótkiej dyskusji ogólne zebranie propozycję tę przyjęło.

Wreszcie przystąpiono do głównego zadania, a mianowicie do wyborów. Składanie głosów odbyło się z listy. Złożono naprzód kartki na 10 członków rady naczelnej oraz 3 zastępców. Obliczanie głosów przez zaproszonych skrutatorów trwało do godz. 5-tej po południu. Większością głosów wybrano na członków pp. Konica Henryka (gł. 259), Poznańskiego Maksymiliana (gł. 258), Szczepańskiego Stanisława (gł. 250), Biskupskiego Wincentego (gł. 247), Kurmana Mariana (gł. 241), Ponikowskiego Cezarego (gł. 235), Fedorowicza Olecha (gł. 220), Strachowicza Aleksandra (gł. 213), Kirszrota Jakóba (gł. 186) i Mejro Czesława (gł. 176) a na zastępców: pp. Chżanowskiego Aleksego (gł. 133), Ettingera Henryka (gł. 118) i Czajkowskiego Edwarda (gł. 111).

Po ogłoszeniu pierwszych tych wyborów rozpoczęło się składanie głosów na członków rady adwokackiej. Wybrani zostali na członków pp. Chżanowski Władysław (gł. 185), Ręczlowski Ludwik (gł. 181), Domański Ludwik (gł. 181), Bogucki Antoni (gł. 181), Nowodworski Jan (gł. 169), Eberhardt Herman (gł. 169), Tykociner Zygmunt (gł. 165), Jurkowski Antoni, (gł. 100), Tomaszewski Tadeusz (gł. 134), Popowski Stanisław (gł. 144), Hebdzyński Jan (gł. 134), Sokołowski Zygmunt (gł. 134), Szumański Wacław (gł. 114) i Rodkiewicz Stanisław (gł. 108). Na zastępców zaś pp. Paschalski Franciszek (gł. 105), Rembertowicz Wacław (gł. 102) i Tallen-Wilczewski Leonard (gł. 87) i Stefan Maltz, który otrzymał głosów 121.

W głosowaniu tym brało udział 254 adwokatów, a obliczanie odbyło się naza-jutrz t. j. 30 marca

W następnych wydaniach „Gazety Sądowej Warszawskiej” można było przeczytać, że organy samorządu ukonstytuowały się i podjęły działalność:

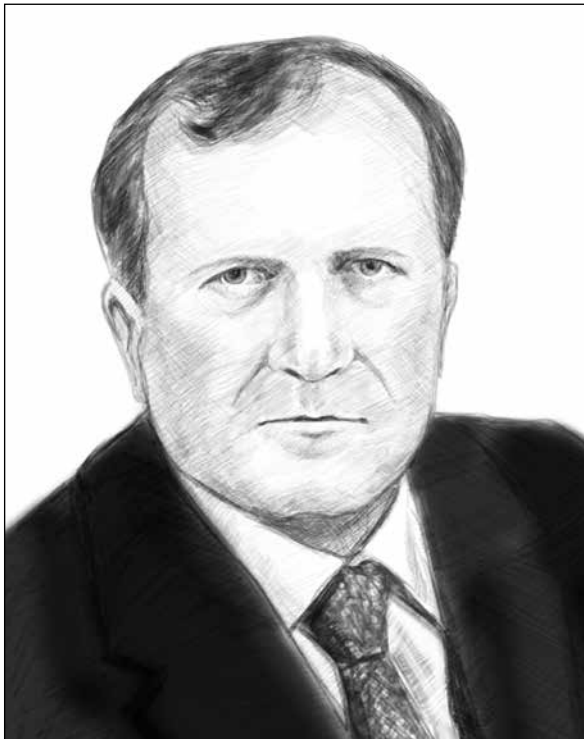
„Naczelna Rada Adwokacka oraz Rady Miejskowe warszawska i lubelska już się ukonstytuowały: Na prezesa Rady Naczelnej wybrano p. Cezarego Ponikowskiego, na wice-prezesa p. Henryka Konica, na sekretarza p. Mariana Kurmana oraz na skarbnika p. Stanisława Szczepańskiego. Na dziekana rady warszawskiej powołano p. Jana Hebdzyńskiego, na jego zastępcę p. Antoniego Jurkowskiego, na sekretarza p. Antoniego Boguckiego, na skarbnika p. Hermana Eberhardta, a na bibliotekarza p. Stefana Maltza”.

„Prezydium Rady Naczelnej Adwokackiej w osobach p. Cezarego Ponikowskiego prezesa, Henryka Konica wice-prezesa, Mariana Kurmana sekretarza i Stanisława Szczepańskiego skarbnika, udało się w dniu 8 kwietnia do Naczelnika Państwa, celem urzędowego oznajmienia o ukonstytuowaniu się władz samorządowych adwokackich.

Tegoż dnia prezydium złożyło wizytę urzędową marszałkowi Sejmu. Wreszcie w dniu 10 kwietnia prezydium Rady Naczelnej oraz Rady Adwokackiej Warszawskiej odwiedziły ministra sprawiedliwości”.



MYCHAJŁO PETRIW (1965-2019)



Z początkiem ostatniego majowego tygodnia 2019 r. dotarła do nas bardzo smutna informacja o śmierci cenionego ukraińskiego adwokata i mecenasa sztuki Mychajły Petriwa, który angażował się też od lat we współpracę ukraińsko-polską w zakresie wspólnej historii kultury, nauki, prawa, a nade wszystko adwokatury. Rodzinne miasto, Kołomyja, zawdzięcza Mu wiele inicjatyw, w tym wyremontowanie i upamiętnienie przeszłości miasta. Polacy pamiętają liczne przedsięwzięcia, w tym odnowienie tablicy ks. Piotra Skargi na froncie kościoła rzymsko-katolickiego w Kołomyi.

Wielką miłością śp. Mychajły Petriwa była adwokatura. Chyba nikt na Ukrainie nie poświęcił badaniom dziejów adwokatury ukraińskiej w Galicji i w II Rzeczypospolitej tyle serca. Zamiłowanie Mychajły Petriwa do historii adwokatury i czasopiśmiennictwa prawniczego doprowadziło do tego, że nasze drogi się skrzyżowały. Współpracowaliśmy przy badaniach nad historią ukraińskich adwokatów przed 1939 r. Zauważyliśmy m.in. – ku naszemu zaskoczeniu – że wykonywanie profesji było niejednokrotnie ponadnarodowe – nie ograniczało się do tego, że adwokat-Ukraińiec był obrońcą/pełnomocnikiem tylko Ukraińca, a adwokat-Polak tylko Polaka. Choć adwokaci-Ukraińcy byli – obok księży greckokatolickich¹ – najważniejszą grupą inteligencji ukraińskiej w czasie, gdy na przełomie XIX i XX w. kształtował się nowoczesny naród ukraiński, nie oznaczało to, że byli adwokatami tylko dla Ukraińców. Na sali sądowej niejednokrotnie bywało, że aktywny także społeczno-politycznie ukraiński adwokat bronił interesów Polaka w sporze z Ukraińcem, którego z kolei reprezentował adwokat-Polak, lub adwokat-Żyd. Tak było wielokrotnie w sporach cywilnych. W procesach politycznych adwokaci-Ukraińcy odgrywali jednak rolę obrońców działaczy narodowych, choć i tu zdarzało się, że bronili ich adwokaci-Polacy.

Adwokat Mychajło Petriw, jako praktyk, specjalizował się przede wszystkim w prawie cywilnym, prawie gospodarczym i prawie międzynarodowym, ale także w ukraińskim prawie inwestycyjnym, podatkowym, energetycznym oraz w procedurze arbitrażowej. Od 1996 r. był członkiem *International Bar Association* (IBA).

Mychajło Petriw urodził się w 1965 r. w Kołomyi, jako syn Josypa, którego wspominał w jednym z ostatnich wpisów w Internecie. Szkołę średnią ukończył w Turce – niewielkim miasteczku w Karpatach, w którym zachował się kościół rzymskokatolicki (naprzeciwko szkoły, do której uczęszczał Mychajło) i synagoga. W czasach szkolnych Mychajły w kościele była sala gimnastyczna, zaś w synagodze

¹ Dodajmy, że adwokaci często byli synami księży i na odwrót – księża synami adwokatów.

– zakład meblarski. O ile kościół dziś jest wyremontowany i stanowi ośrodek kultury polskiej w Turcji, to w synagodze – coraz bardziej zniszczonej – nadal funkcjonuje zakład stolarski.

W 1986 r. Mychajło Petriw rozpoczął studia prawnicze na Lwowskim Państwowym Uniwersytecie im. Iwana Franki (wtedy Orderu Lenina). Spośród swoich profesorów niezwykle serdecznie wspominał profesora wykładającego historię prawa – Wołodymyra Kulczyckiego, który rozpoczynał studia na Uniwersytecie Lwowskim w 1939 r. i był jeszcze uczniem polskiego uczonego prof. Przemysława Dąbkowskiego.

Podczas studiów Mychajło angażował się w studenckie kółka zainteresowań. Spośród jego kolegów niektórzy zostali potem profesorami. On – po ukończeniu w 1991 r. studiów – wybrał praktykę prawniczą. Stale odczuwał jednak potrzebę uzupełniania wiedzy, doskonalenia się. W kolejnych latach odbył studia dodatkowe w Centrum Studiów Prawniczych przy Narodowym Uniwersytecie im. Tarasa Szewczenki w Kijowie (1995-1996), gdzie uzyskał specjalizację w dziedzinie prawa międzynarodowego (magisterium). Adwokatem został, po krótkiej praktyce przygotowawczej, w marcu 1995 r., kiedy to zdał egzamin przed Iwano-Frankiwską komisją kwalifikacyjno-dyscyplinarną adwokatury. W lipcu 1998 r. uzyskał też uprawnienia notariusza (licencja Ministerstwa Sprawiedliwości Ukrainy).

Od lat 90. XX w. współpracował z wieloma instytucjami kulturalnymi i naukowymi (w tym z Narodową Asocjacją Adwokatów Ukrainy). Za poniesione zasługi został członkiem Towarzystwa Naukowego im. Szewczenki. Coraz więcej publikował. Był autorem publikacji naukowych i praktycznych z zakresu ukraińskiego prawa sądowego i prawa międzynarodowego. Był też ekspertem w zakresie inwestycji zagranicznych na Ukrainie.

Adwokat Mychajło Petriw opublikował kilka książek i wiele artykułów z zakresu historii ukraińskiej adwokatury – pisał m.in. o adwokatach ukraińskich wykonujących zawód w Polsce w okresie II Rzeczypospolitej. Pozostał w pamięci jako filantrop, działacz społeczny w rodzinnej Kołomyi, pasjonat historii. Zakładał projekt kulturologiczny „Kołomyja – moje miasto” („Коломия наше місто”) oraz współtworzył serię krajoznawczą „Kołomyjska Biblioteka” („Коломийська бібліотека”).

Badaliśmy dzieje adwokatury polskiej i ukraińskiej w okresie Galicji i II Rzeczypospolitej, co zaowocowało później kilkoma publikacjami w Polsce (w „Palestrze”) i na Ukrainie (m.in. wydaniem obszernego zbioru zawierającego życiorysy wybitnych ukraińskich adwokatów sprzed 1939 r., oraz reprintu cennego opracowania na temat adwokatury ukraińskiej w Galicji). W ostatnim roku konsultował wstęp do wydanego z Jego inicjatywy, i na Jego koszt, tłumaczenia książki Wołodymyra Starosolskiego o zasadzie większości...

W 2013 r. wspólnie ze śp. adw. Czesławem Jaworskim zaprosiliśmy Mychajłę Petriwa do Kolegium „Palestry”. Został nim oficjalnie na mocy uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej od września 2014 r. Był z tego powodu bardzo szczęśliwy, co potwierdził jeszcze kilka miesięcy przed śmiercią, w czasie naszego ostatniego spotkania. Żywo interesował się „Palestrą” oraz życiem adwokatury polskiej. Do 2017 r. brał udział w posiedzeniach Kolegium „Palestry”.

Pozostanie w pamięci jako ten, który odważnie działał na rzecz rozwoju Kołomyi i adwokatury ukraińskiej, jako aktywny uczestnik współpracy polsko-ukraińskiej, jako dobry człowiek, który profesję adwokacką łączył ze społecznikostwem. W czasie ostatniego naszego spotkania, gratulując Mu powiedziałem, że jest jedynym znanym mi ukraińskim adwokatem, który – nawiązując do języka polskiego – jest mecenasem w dwojakim znaczeniu tego słowa. Rzucił wówczas: wiesz przecież, że kiedyś takich adwokatów/mecenasów było wielu... Kiedyś może tak, odpowiedziałem, ale dzisiaj na Ukrainie jesteś chyba wyjątkiem. W Polsce jest zresztą podobnie.

Adam Redzik

Mychajło Petriw jakim go znałem...

Zanim poznałem osobiście Mychajłę Petriwa długi czas korespondowałem z nim e-mailowo. Nasze zetknięcie zawdzięczam docentowi Uniwersytetu Lwowskiego dr. Olegowi Pawłyszynowi. Obaj Panowie znali się od dawna. Poznali się na jakiejś konferencji historycznej, być może poświęconej dziejom Kołomyi. Michajło Petriw bowiem, prócz zawodu prawniczego, miał dwie wielkie pasje historyczne: dzieje adwokatury w Galicji i Polsce międzywojennej oraz dzieje ukochanego miasta Kołomyi. To trochę korespondowało z zakresem zainteresowań dr. Pawłyszyna², który niemal od początku istnienia naszego Instytutu był jego stałym współpracownikiem.

Tak się złożyło, że w 2001 r. pracowałem nad biogramem wybitnego ukraińskiego adwokata i działacza politycznego, pochodzącego z polsko-ukraińskiej rodziny, ale świadomego ukraińskiego patrioty, Włodzimierza Starosolskiego. Był to biogram do druku w „Polskim Słowniku Biograficznym”. Ponieważ zebrałem dość dużo materiału, w tym także z Centralnego Państwowego Archiwum Historycznego we Lwowie, biogram wyszedł obszerniejszy niż to przewidywała Redakcja słownika (opublikowany został w t. XLII, 2003-2004). Informację o biogramie dr Pawłyszyn przekazał Petriwowi wraz z moim

² Południowo-Wschodni Instytut Naukowy w Przemyślu.

adresem e-mailowym. Ten zaś napisał do mnie, a ja wysłałem mu skan biogramu z informacją, że pierwotnie tekst był dłuższy. Napisałem mu także, że mam w planie opracowanie dużego artykułu biograficznego Włodzimierza Starosolskiego. Ze względu na nawal różnych obowiązków pisałem go jednak dość wolno. Ukazał się dopiero w 2012 r. na łamach wydawanego przez Południowo-Wschodni Instytut Naukowy w Przemyślu „Biuletynu Ukrainoznawczego” (nr 15). Gdy tylko Petriw dowiedział się od Pawłyszyna, że artykuł ukazał się, poprosił, aby mu wysłać „Biuletyn” (zrobiłem to przez Pawłyszyna). Od tego czasu nasze kontakty stały się jeszcze częste. Pisaliśmy do siebie. On zapraszał do Kołomyi, a ja do Przemyśla.

Petriwowi zależało bardzo, aby sylwetkę Starosolskiego spopularyzować w społeczeństwie ukraińskim, a zwłaszcza wydać drukiem jego pracę, napisaną pod kierunkiem Georga Jellinka w Heidelbergu, pt. *Das Majoritätsprinzip* (wyd. Wien-Leipzig 1916). Po ukraińsku nigdy się nie ukazała. Praca ta, a także Starosolski był ważny dla Petriwa – także dlatego, że swą działalnością polityczną łączył on Galicję Wschodnią z Ukrainą Naddnieprzańską. Jako polityk był bowiem przeciwny galicyjskiemu separatyzmowi dyktatora Zachodnioukraińskiej Republiki Ludowej (ZURL) Jewhena Petruszewicza, a zwłaszcza jego późniejszej orientacji na Rosję Sowiecką. Po klęsce ZURL w połowie 1919 r. Starosolski wyjechał więc na Ukrainę Naddnieprzańską, gdzie wkrótce został profesorem prawa państwowego na nowo utworzonym w Kamieńcu Podolskim ukraińskim uniwersytecie, a następnie objął tekę wiceministra spraw zagranicznych w powołanym przez Symona Petlurę rządzie URL pod kierownictwem Isaaka Mazepy. Petriw był przekonany, że tacy mężowie stanu jak Starosolski są dziś Ukrainie szczególnie potrzebni. Nie żałował więc własnych pieniędzy doprowadzając do przekładu z języka niemieckiego na ukraiński wspomnianej pracy Starosolskiego. Przekładu podjął się Konstantyn Poliszczuk. Petriw zaproponował mi napisanie artykułu wstępnego. Trochę to trwało, ale w końcu wywiązałem się z powierzonego zdania. Książka wyszła drukiem we Lwowie w 2018 r., pt. *Володимир Старосольський, Принцип більшості* [Wołodymyr Starosolskyj, *Pryncyp biliszosti*, czyli po polsku - *Zasada większości*]. Petriw napisał do niej przedmowę, a także zestawiał bibliografię wszystkich publikacji Starosolskiego. Ja w swym artykule wstępnym skupiłem się na przedstawieniu życia osobistego Starosolskiego, jego działalności politycznej, kariery zawodowej oraz pracy naukowej. Książka spotkała się z dobrym przyjęciem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Lwowskiego, ale jej właściwa promocja miała miejsce w stowarzyszeniu ukraińskich prawników w Kijowie. Pokazanie Starosolskiego w środowisku kijowskim było od samego początku niemal misją Petriwa. Zdaje mi się, że kijowska promocja miała miejsce w grudniu 2018 r. i nie

pamiętam z jakich przyczyn, ale nie mogłem wziąć w tym udziału, czego niezmiernie żałuję.

Mychajło Petriw, jak już wspomniałem, był wielkim patriotą swej małej ojczyzny, czyli Kołomyi i regionu. Nie szczędził pieniędzy na dokumentowanie zabytków, a to czy były one ukraińskie, polskie czy żydowskie, nie miało dla niego znaczenia. To była przecież rzeczywistość ukochanego miasta. Cieszył się więc zarówno odnowieniem tablicy pamiątkowej Iwana Franki na budynku Domu Ludowego, jak i ks. Piotra Skargi na fasadzie tamtejszego kościoła rzymskokatolickiego. Własnym sumptem wydawał wiele pocztówek z widokami kołomyjskich zabytków: z fotografii, grafik i obrazów malarzy kołomyjskich. Dostawałem każdą z nich i to w kilku egzemplarzach, abym mógł je przesłać znajomym w Polsce.

Po raz ostatni spotkaliśmy się w Przemyślu, jakiś miesiąc przed Jego śmiercią. Był jak zwykle pogodny, uśmiechnięty, zastanawialiśmy się co wydamy następane. Może dziennik Włodzimierza Starosolskiego..., znajdujący się w rękopisie w lwowskim archiwum?

Po pewnym czasie, któregoś dnia pod koniec maja tego roku, dostałem e-mailem od dr. Pawłyszyna informację: Mychajło Petriw nie żyje! Nie mogłem uwierzyć. Przecież niedawno się widzieliśmy. Przed oczyma wciąż miałem jego sylwetkę. Nie wierzę w to, aby człowiek tak pełen życia nagle popełnił samobójstwo. Przecież miał tyle planów...

Stanisław Stępień

Był to poniedziałek 27 maja 2019 r., gdy media na Ukrainie obiegrała owa straszna informacja o śmierci adwokata Mychajły Petriwa i Jego Żony Olgi, wykładowczyni psychologii na Uniwersytecie Przykarpaczkim.

Jak pisali do nas koledzy, jeszcze kilka dni wcześniej snuł kolejne plany. Umawiał się na spotkania. Trudno uwierzyć w to, co podała policja, przyjmując, że Mychajło Petriw popełnił samobójstwo, wcześniej strzelając do Żony i podpalając dom. W taką wersję tragicznej śmierci nie wierzą współpracownicy, przyjaciele, ani Rodzina. Miał dla kogo żyć. Bardzo cieszył się z tego, że został dziadkiem, miał Wnuka, który po nim otrzymał imię. Córka Anna także nie wierzy w przyjętą przez policję wersję wydarzeń. Uważa, że jest ona niemożliwa. Także Narodowa Asocjacja Adwokatów Ukrainy zwróciła się do ministerstwa o objęcie śledztwa szczególną kontrolą.

Requiescat in Pace.



Ewa Stawicka

KSIEŻYC I INNE BAJKI

Szczegółowo nazwane, a nawet ujęte w tabelki, są różnice między baśnią a bajką. Poprzestańmy na ogólnym przypomnieniu, że tradycyjnie definiowana bajka ma zwięźle przedstawiać rzeczywiste prawa rządzące życiem, natomiast baśń – idealizować, fantazjować i „nieść pogodę”. No i istnieje nadto legenda – opowieść osnuta wokół osób i zdarzeń autentycznych lub przynajmniej za autentyczne uważanych; ta może zbliżać się do baśni albo do bajki.

Podanie o mistrzu Twardowskim jest mieszaniną cech obu gatunków, z przewagą elementów jednego albo drugiego. Stopień owej przewagi zawsze zależał od pędu wyobraźni autora danej wersji. Najmocniej rozhuśtał imaginację wieszcz Adam Mickiewicz, który odwrócił kierunek mitu nakazując by to diabeł, nie zaś czarnoksiężnik, salwował się ucieczką mając w perspektywie – jako cenę za duszę kontrahenta – rok pożycia z jego połowicą.

Powiadają, że Jan Twardowski był autentycznym dworzaninem Zygmunta Augusta, utalentowanym alchemikiem który przy użyciu magicznego zwierciadła zdołał na chwilę przyzwać przed królewskie oblicze ducha zmarłej Barbary Radziwiłłówny. Lustro takie – polerowany prostokąt z metalu, z charakterystycznym spękaniem – jest przechowywane w zakrystii parafialnego kościoła w Węgrowie. Nadbudowana nad tą opowieścią kolejna legenda ukazuje idącego w 1812 r. na Moskwę Napoleona, który – posłyszawszy o znajdującym się niedaleko od trasy przemarszu eksponacie – każe go sobie zademonstrować; lustro ukazuje mu nieodległą klęskę, na co Wódz reaguje wściekłym weń uderzeniem – i stąd właśnie pęknięcie zwierciadła.

Większość zapisanych historii o mistrzu Twardowskim kończy się jego pomyślnym lądowaniem na srebrzystym satelicie, gdzie ani czartowska moc, ani siła ziemskiego przyciągania dostępu nie mają. A przy tym wszystkim objawia się faustowski motyw dążności ku rozpoznaniu sensu istnienia, za które Ziemianie gotowi nawet i duszę oddać na wieki we władanie Złego. Ale nie jest to równie przejrzyste jak w niemieckim pierwowzorze. Polacy pogłębili jądro opowieści, bo przecież nasz czarnoksiężnik wcale nie traktował serio podjętego zobowiązania, zamierzał natomiast przechytrzyć czarta używając użyczonej przezeń nadprzyrodzonej mocy do czynów altruistycznych: uzdrawiania ludzi i zwierząt. Do pacjentów swoich podróżował diabelskim, to znaczy kogucim, transportem.

Dosyć rzadko wystawia się dzisiaj balet Ludomira Różyckiego; szkoda, bo ta udana adaptacja stanowi jeden z najbardziej uroczych sposobów zilustrowania muzyką baśni, i to z pointą godną najdosłowniejszych bajek: cyrograf opiewający na oddanie biesowi duszy w Rzymie staje się bezużyteczny, ponieważ Twardowski w krytycznym momencie nuci nabożną pieśń.

Spod pióra Józefa Ignacego Kraszewskiego wyszło dzieło zatytułowane: *Mistrz Twardowski: Powieść z podań gminnych*. Jak przystało na luminarza literatury, autor podszedł do zadania z pełną powagą, przedstawiając prawną stronę potyczek krakowskiego alchemika z czartem – wszak własną krwią podpisany cyrograf należałoby uznać za pisemnie złożone oświadczenie woli, stanowiące element umowy. Mamy w powieści szczegółowe sprawozdanie z przebiegu negocjacji. Twórca dodatkowo zagmatwał jeszcze rzecz od strony faktycznej oraz prawnej, czyniąc przedmiotem diabelskiego paktu duszę nowo narodzonego syna Twardowskiego, którą okultysta, jako żywo, skutecznie zadysponować nie mógł.

Aż po wiek XIX, wszyscy którzy twórczo wykorzystywali legendę o mistrzu Twardowskim koncentrowali się na najcenniejszym z możliwych przedmiocie umowy, czyli duszy. Ucieczka przed wykonaniem umowy na Księżyc okazywała się rozwiązaniem ratunkowym: nieśmiertelną psyche udawało się spryciarzowi ocalić za cenę oddalenia się na zawsze od Ziemi.

XX i XXI stulecie przekreśliły radykalnie tamtą perspektywę. Oto nasz satelita i w ślad za nim kolejne planety oraz inne kosmiczne obiekty, jeden po drugim stają się materialnie namacalne, dostępne dla ludzkiej stopy, a przez to – handlowo atrakcyjniejsze aniżeli wieczysta kondycja ludzkiej istoty. Właśnie kończy się rok, w którym położono akcent na 50. rocznicę pierwszego lądowania człowieka na Srebrnym Globie. Z wypowiedzi astronautów (od 1969 r. pojawiali się na Księżycu w sumie sześciokrotnie) można wnosić, że doznanie transcendencji było u nich dominujące. Ale to nie wysłannicy naszej

planety zainspirowali jednostki, które eksplorację kosmosu postanowiły przekształcić w biznes.

Dennis M. Hope był bez grosza przy duszy, do czego zresztą przyczynił się jego rozwód z żoną (mickiewiczowsko: żoneczką), gdy w 1980 r. wpadł na pomysł zawłaszczania i następnie sprzedaży ciał niebieskich. Ów obywatel Stanów Zjednoczonych Ameryki utrzymuje się od paru dziesięcioleci wyłącznie z handlu działkami położonymi na Księżycu, Marsie, Merkurym, Wenus. Koncept był prosty: wykorzystać niedopowiedzenie w brzmieniu Traktatu o przestrzeni kosmicznej z 1967 r. Dokładniej – jest to układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, podpisany 27 stycznia 1967 r. przez przedstawicieli rządów Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Związku Radzieckiego w stolicach tych trzech państw, a ratyfikowany łącznie przez 108 państw. Zgodnie z wymogami jakie stawia Karta Narodów Zjednoczonych, Układ został zarejestrowany przez Sekretariat ONZ 30 listopada 1967 r. Na mocy Traktatu kraje będące jego sygnatariuszami zobowiązały się – między innymi – nie umieszczać broni nuklearnej bądź innej broni masowego rażenia na orbicie okołoziemskiej, na Księżycu ani gdziekolwiek indziej w przestrzeni kosmicznej. Księżyc i inne ciała niebieskie mogą być wykorzystywane wyłącznie do celów pokojowych i wzbronione jest eksperymentowanie z jakąkolwiek bronią, przeprowadzanie manewrów wojskowych, stawianie instalacji o charakterze militarnym lub fortyfikacji. Sformułowano zasadę niezawłaszczalności kosmosu przez jakikolwiek naród oraz ukuto zasadę, że eksploracja i wykorzystanie przestrzeni kosmicznej powinny służyć dobru wszystkich państw.

Traktat z 1967 r. nie określił dokładnej granicy między przestrzenią powietrzną a kosmiczną (zwyczajowo lokuje się ją na około 100 metrach nad ziemią, tam gdzie świeci zorza – jest to tak zwana linia Kármána). Co istotniejsze – nie wprowadził zakazu aropriacji obiektów położonych we wszechświecie przez podmioty inne aniżeli narody bądź państwa. Przedsiębiorczy Amerykanin sporządził wobec tego pismo skierowane do ONZ, w którym zawarł oświadczenie, iż jako osoba fizyczna, dokonuje oto zawłaszczenia ziemskiego satelity i planet Układu Słonecznego, jak również informację, że zamierza podzielić owe ciała niebieskie na działki i sprzedawać je jako właściciel. Zaznaczył również, że wzywa ONZ do przedstawienia prawnych obiekcji jeżeli Organizacja miałaby takowe. Podobno nie otrzymał żadnej odpowiedzi, co uznał za milczącą akceptację.

Od tamtego momentu imię pan Hope zhandlował ogromne połacie pozaziemskich gruntów. Nabywcy pochodzą łącznie ze 193 krajów. Jako dowód własności otrzymują pisemne certyfikaty. Interes wygląda na rozwojowy. Chyba nie warto się silić na zestawie-

nie przyczyn, dla których ludzie decydują się płacić za te dziwaczne dokumenty. Handel prowadzony jest przez wyspecjalizowane firmy o dobrze brzmiących nazwach, jak na przykład *Moon Estates*.

Międzynarodowe porozumienia, którymi usiłowano regulować stan prawnej neutralności kosmosu, datują swój początek na czas powojennego wyścigu zbrojeń pomiędzy Związkiem Sowieckim a Stanami Zjednoczonymi Ameryki. Wytężona w połowie XX w., gorączkowa dążność obu mocarstw do osiągnięcia niekwestionowanej przewagi militarnej, doznawała w kosmosie dobrowolnych ograniczeń. Nie można wykluczyć, że u ich źródła leżał jakiś element solidarnej pokory wobec Nieznanego, świadomości że nie należy kusić sił, które mogą się wymknąć całej ludzkości spod kontroli.

Początek obecnego stulecia cechuje coraz wyraźniejsze chwieianie się dwubiegunowego układu sił, który ukształtował się w wyniku II wojny światowej. Owoce tego stanu rzeczy są wielorakie. Między innymi, następuje erozja ustalonych przed ponad półwieczem reguł eksploracji kosmosu. Teraz nie tylko pojedynczy obywatel o optymistycznie brzmiącym nazwisku zawłaszcza dla siebie fragmenty wszechświata. W oparciu o praktycznie ten sam argument, którym posłużył się Mr Hope, w 2015 r. przyjęto w Stanach Zjednoczonych ustawę zezwalającą na wydobywanie kosmicznych surowców. Europa nie pozostała w tyle: w 2017 r. Wielkie Księstwo Luksemburga wzbogaciło system swych regulacji wewnętrznych o ustawę traktującą o eksploracji i wykorzystaniu zasobów kosmicznych. Organizacja Narodów Zjednoczonych, jak wynika z oficjalnych przekazów, dotychczas nie wypracowała spójnego stanowiska w tej kwestii i nie zamierza też aktualizować Układu z 1967 r. Nawet jeżeli wierzyć, że w istocie idzie tylko o biznesowe promowanie narodowych myśli technicznych w oparciu o substancje które zdobyć można odrywając się od macierzystej planety, to i tak promieniowanie bijące od tego rodzaju idei zdaje się skupiać w pękniętym lustrze Twardowskiego.

Wygląda to wszystko bynajmniej nie na baśń, ale na ponurawą bajkę. A gdzie jej morał? W jego poszukiwaniu trzeba będzie uważnie wsłuchiwać się w pianie czarnego kura.

SPRAWIEDLIWOŚĆ WEDŁUG RAFAELA

Wizja *Sprawiedliwości* przedstawiona na 4. stronie okładki znajduje się w północnym skrzydle Pałacu Watykańskiego – w Sali Konstantyna. Przez długi czas uważano, że wykonał ją Giulio Romano (ok. 1499-1546) według projektów Rafaela. W ostatnich latach oczyszczono freski, usunięto pozostałości po renowacjach wykonywanych w poprzednich wiekach i odkryto, że autorem dwóch postaci, w tym *Iustitii*, był Rafael, co okazało się sensacją, gdyż są to najpóźniejsze dzieła artysty. Rafael był twórcą ogromnej części fresków w prywatnych apartamentach w Pałacu Watykańskim. Do ich malowania zaprosił go papież Juliusz II w 1508 r. W kolejnych latach artysta upiększył trzy sale, nazywane obecnie „Stanzami Rafaela” (*Stanza dell’Incendio di Borgo, Stanza della Segnatura, Stanza di Eliodoro*), w których znajdują się m.in. słynne freski: *Szkoła Ateńska, Dysputa o Najświętszym Sakramencie, Parnas* oraz *Cnoty kardynałne i teologalne*. Zaczął też ozdabiać czwartą, największą salę, przeznaczoną na oficjalne przyjęcia (*Stanza di Constantino*). W pochodzącym z 1550 r. dziele pt. *Żywoty najstawniejszych malarzy, rzeźbiarzy i architektów* Giorgio Vasari napisał, że Rafael rozpoczął prace nad dwiema postaciami w eksperymentalnej technice olejnej. Wkrótce potem, w wieku zaledwie 37 lat zmarł. Najnowsze badania potwierdzają zapis z epoki.

Postać kobiety symbolizującej *Sprawiedliwość (Iustitia)* umieszczona została po lewej stronie wyobrażenia świętego papieża Urbana I, patrona winnic i urodzaju. Po prawej stronie znajduje się kobieta z dziećmi symbolizująca *Miłość (Charitas)*. Wizja *Sprawiedliwości* wydaje się zaskakująca – kobieta patrzy na trzymaną w prawej ręce wagę, a lewą dłonią obejmuje szyję strusia. Symbolika wagi nie wymaga wyjaśnienia, ale wyobrażenie strusia nie jest zazwyczaj spotykane w wyobrażeniach *Sprawiedliwości*. Najczęściej *Iustitia* (niezależnie czy z przepaską na oczach, czy nie) w prawej dłoni trzyma miecz, a w lewej wagę. Struś może mieć różną symbolikę. Być może jest dodatkowym symbolem *sprawiedliwości* zaczerpniętym z mitologii egipskiej. W 1517 r., czyli niedługo przed powstaniem dzieła Rafaela, ukazała się po raz pierwszy po łacinie *Hieroglyphica* greckiego mędrca Horapolla, objaśniająca egipskie hieroglify. Dzieło to zostało odnalezione w 1419 r. i wkrótce stało się popularne wśród humanistów. Wynikało z niego m.in., że Egipcjanie pisząc o *sprawiedliwości* rysowali strusie pióro. Bogini praw porządku, harmonii i *sprawiedliwości* – *Maat* – na głowie miała umieszczone strusie pióro. Dlaczego? Być może dlatego, że struś, w przeciwieństwie do innych ptaków, ma ze wszystkich stron równe upierzenie. W Egipcie „iść drogą *Maat*” oznaczało poszukiwanie mądrości i *sprawiedliwości*. Z drugiej strony wskazuje się też na inną cechę strusia, która mogła być znana Rafaelowi – żołądek, który długo trawi, co można odczytać jako postulat wobec sędziów, aby sprawy rozważali z wielką cierpliwością i ostrożnością.

AJR

WYKAZ SKRÓTÓW

ZASTOSOWANYCH W SPOSÓB JEDNOLITY W „GŁOSIE PRAWA”
(INNE SKRÓTY WPROWADZAJĄ AUTORZY, WYRAŹNIE WSKAZUJĄC JE
PODCZAS PIERWSZEGO UŻYCIA)

a d w.	– adwokat	OBA	– Ośrodek Badawczy Adwokatury im. adw. Witolda Bayera przy Naczelnej Radzie Adwokackiej
AIA	– Archiwum Izby Adwokackiej	OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
ang.	– angielski	ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
art.	– artykuł	oprac.	– opracowanie/opracowań/opracowań
AUJ	– Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego	ORA	– Okręgowa Rada Adwokacka
cz.	– część	pkt	– punkt
ds.	– do sprawy	por.	– porównaj
Dz.U.	– „Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”	poz.	– pozycja
Dz.Urz.UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej	PRL	– Polska Rzeczpospolita Ludowa
i in.	– i inni/i inne	przyp.	– przypis
i n.	– i następnym/i następnym	pt.	– pod tytułem
IA	– Instytut Allerhanda/Izba Adwokacka (w zależności od kontekstu)	PZPR	– Polska Zjednoczona Partia Robotnicza
IPN	– Instytut Pamięci Narodowej	r.pr.	– radca prawny
k.	– karta	red.	– redakcja
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny	RP	– Rzeczpospolita Polska
k.h.	– rozporządzenie Prezydenta RP z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy	sygn.	– sygnatura
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny	t.	– tom
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych	tj.	– to jest
lit.	– litera	tłum.	– tłumaczenie
m.in.	– między innymi	TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
M.P.	– Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”	UE	– Unia Europejska
m.st.	– miasto stołeczne	ukr.	– ukraiński, po ukraińsku
MTK	– Międzynarodowy Trybunał Karny	ust.	– ustęp
MTW	– Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze	Vol.	– tom
Nb/nb.	– numer boczny	WIA	– Wojewódzka Izba Adwokacka
niem.	– niemiecki	WRA	– Wojewódzka Rada Adwokacka
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli	w zw.	– w związku
NRA	– Naczelna Rada Adwokacka	w.w.	– wyżej wymieniony; wyżej wskazany
np.	– na przykład	wyd.	– wydanie/wydawnictwo
nr	– numer	z.	– zeszyt
		zd.	– zdanie
		ze zm.	– ze zmianami
		zob.	– zobacz
		ZSR	– Związek Socjalistycznych Republik Sowieckich/Radzieckich

INFOMACJA DLA AUTORÓW

„Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda” – “The Voice of Law. Allerhand Law Review”, to czasopismo o profilu prawniczym, nie stroniące jednak od zagadnień z zakresu nauk humanistycznych i społecznych, a w szczególności ekonomii, socjologii i historii.

Tak jak prawo nie istnieje w oderwaniu od życia, tak i „Głos Prawa” nie ogranicza się wyłącznie do dogmatyki prawa. Kieruje nami myśl wyrażona już w 1924 r. przez redaktora lwowskiego „Głosu Prawa”, aby być otwartym czasopismem „żywego prawa”, redagowanym „przy współudziale przedstawicieli nauki i praktyki”.

W czasopiśmie publikujemy artykuły, głosy, przeglądy orzecznictwa, polemiki, recenzje, teksty praktyczne oraz autorskie felietony.

Przyjmujemy artykuły o objętości do 22 stron, głosy o objętości 5-10 stron, recenzje o objętości do 6 stron (przy założeniu, że strona to 1800 znaków). Prosimy o przesyłanie materiałów drogą elektroniczną, na adres e-mail: glosprawa@gmail.com. Do podpisanego opracowania należy dołączyć dane kontaktowe (numer telefonu, adres e-mail).

Nadesłanie tekstu do redakcji wyraża zamiar opublikowania go w „Głosie Prawa” i jest tożsame ze zgodą na opracowanie redakcyjne tekstu oraz z udzieleniem licencji na opublikowanie opracowania w wersji elektronicznej w Internecie oraz w wersji papierowej (tradycyjnej). Autor przed publikacją opracowania otrzyma je do korekty autorskiej. Wydawca „Głosu Prawa” nie wymaga, aby Autor przynosił prawa autorskie, ale udzielił licencji. Każdy artykuł sygnowany jest oznaczeniami autora, zaś pozostałe informacje o autorze podawane są w przypisie, zaś ich treść ogranicza się do wskazania stopnia/tytułu naukowego, afiliacji oraz numeru ORCID. Każdy artykuł po opublikowaniu jest ogólnie dostępny w Internecie.

Prosimy, aby podali Państwo propozycję tytułu w języku angielskim oraz załączyli krótkie streszczenia (do 600 znaków) w języku polskim oraz w języku angielskim, a także pojęcia kluczowe (w językach polskim i angielskim) oraz bibliografię załącznikową (uporządkowaną alfabetycznie, z podaniem nazwiska i pełnego imienia autora oraz dokładnego opisu publikacji).

Artykuły napływające do redakcji poddawane są obustronnie anonimowym recenzjom, których wynik wpływa na decyzję o skierowaniu materiału do publikacji. O wyniku recenzji Autorzy są informowani niezwłocznie po otrzymaniu tekstu recenzji od recenzenta.

Na stronie internetowej „Głosu Prawa” (www.glosprawa.pl) znajdują się szczegółowe informacje o wymogach wobec przesyłanych opracowań, sposobie cytowania literatury, sporządzania streszczeń i bibliografii, a także o formularzu recenzji.

Opracowań niezamówionych nie zwracamy.



„The journal is published with the participation
of representatives of the science and practice
of law and economics”

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS

From Editors

Preface to the second volume by the editors of the Journal. A short description of the contents of this issue and an invitation to submit papers to “The Voice of Law” in Polish and English.

OPERA

Adam Redzik, Anzelm Lutwak (1877-1942) and his “Voice”

Article dedicated to Anzelm Lutwak (1877-1942), the founder of the “Voice of Law” (“Głos Prawa”) and the esteemed barrister from Lwów (now: Lviv). He was a typical person for the Lwów intelligentsia of that period; a representative of assimilated Jewish intelligentsia. Although he identified with the Polish character, he did not stop being a Jew as well. He held a double identity, as many similar to him, which also includes Maurycy Allerhand. At the beginning, he was associated with the Zionism movement, but with the passing of time he reoriented himself towards liberal, solidarity and socialist ideas. He possessed unique organizational and creative abilities, while his perceptive language often echoed in the fight for the independent Bar association, equal in the whole country. It was he who established the barrister’s journal “Palestra” in 1910, and in 1924 set up “The Voice of Law”, one of the more important legal magazines in the Second Republic of Poland, which he edited until the outbreak of war. The magazine’s characteristic feature was an explicit author’s rite – a mark of the founder and the editor.

Keywords: the Bar, legal journals, legal science, II Republic of Poland, Lwów (Lviv), Anzelm Lutwak

Ivanna Chaikovska, *Increase in banking regulations in the European Union and enforcement actions of banking supervision authorities in the post-crisis period*

This article addresses an issue of the increase in banking regulations in the European Union in the post-crisis period, and importance of the compliance function and enforcement actions of banking supervision authorities. The purpose of the article is to analyze links between the increase in the regulatory requirements for banks in the post-crisis period, as well as the role of the compliance function and enforcement actions of banking supervision authorities. An attempt is also made to analyze the scale of expansion of post-crisis banking regulations in the European Union. The results indicate that an increased number of post-crisis banking regulations and their level of complexity leads to the intensification of disciplinary measures by the banking supervision authorities.

Keywords: bank, crisis, financial regulations, banking law, penalties, enforcement actions

Andrzej Bryl, *Crimes against humanity in the legal thought of Hersch Lauterpacht*

Crimes against humanity is one of the four major categories of international crimes together with genocide, war crimes and the crime of aggression. Although the concept of crimes against humanity has been recognized in international law since its inclusion in the Charter of the International Military Tribunal in Nuremberg, the very idea of this crime still seems elusive. In order to properly understand its character, the analysis of its philosophical and doctrinal background will be conducted, with a special emphasis on circumstances that led to placing crimes against humanity among the charges during the Nuremberg trial. It is believed that it was Hersch Lauterpacht who contributed to this development, which may seem surprising, considering the fact that he had never taken up the issue of crimes against humanity in his research. Ethical and normative foundations of the concept can however be traced throughout his work in the field of international law.

Keywords: crimes against humanity, the Nuremberg trial, the Nuremberg Charter, the sovereignty principle, human rights

Paweł Kobes, *Diverse nature of legal custody models in dealing with minors*

Due to the complexity of tasks performed by a family probation officer in dealing with minors, there is no one, strictly defined model of legal custody. It depends not only on the tasks provided for by law, but also on the purpose of a given educational measure adopted by the probation officer to perform their tasks. Therefore, the model of legal custody in terms of individual measures depends on what kind of tasks fulfilled by the probation officer predominates.

Keywords: probation officer, minors, resocialization, custody, educational measures

SENTENTIAE

Patryk Gacka, *Review of case law of the International Criminal Court*

This is a review of cases of the International Criminal Court relating to one specific legal issue, namely an acquittal of the accused as well as previously convicted persons. To this end, two specific cases of *The Prosecutor v. Jean Pierre-Bemba* and *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* have been discussed.

Keywords: International Criminal Court, acquittals

Monika Strus-Wołos, *Review of case law of the Supreme Court of the Republic of Poland – Civil Chamber*

This review of case law of the Supreme Court consists of a few decisions selected on the basis of their practical relevance. It aims to deliver a short description of

most recent judgments, although at the beginning there is a double departure from this premise. More comprehensively than it is done usually, three, a bit older, and unanimous acts of the enlarged composition of the bench which are of great significance not only for the protection of personal rights, but also for medical law, vindication of claims for various accidents, and even the family law have been first analyzed.

Key words: Supreme Court of the Republic of Poland, civil law, case law, medical law, family law, vindication of claims for various accidents

Paweł Zdanikowski, *Suspension in the exercise of the right to participate in the general meeting of shareholders and the right to object to the adoption of resolutions without formal convening – a commentary to the Supreme Court’s decision of 23 May 2019 (II CSK 307/19)*

The subject of the article is to solve the problem: does the suspension of a shareholder of a limited liability company from participating in the general meeting of shareholders mean that the suspended shareholder may not object to holding the general meeting without a formal convocation (Art. 240 of the Code of Commercial Companies)? The author subscribes to the opinion of the Supreme Court, expressed in the judgement referred to in the title, that such a suspension causes inability to object to holding an informal assembly. According to the author, the suspension of a shareholder from exercising the right to participate in the general meeting does not invalidate the right to object to holding an informal general meeting, unless the shareholder has been expressly suspended from exercising this right.

Key words: right to participate in the general meeting of the shareholders of a limited liability company, holding a general meeting without a formal convocation, right to object to hold a meeting without a formal convening

DE LEGE EMENDANDA

Arkadiusz Radwan, *Draft legislation guidelines for the establishment of a specialized Capital Market Court in Poland*

In 2018 the Warsaw Stock Exchange commissioned the Allerhand Institute, to draw up assumptions for a legislation introducing into the Polish judicial system a separate specialized Capital Market Court competent in corporate law disputes of listed companies as well as disputes between investors and issuers of financial instruments. Moreover the jurisdiction of new court would extend to embrace judicial review of decisions issued by the Polish Financial Supervision Authority (KNF). The document was prepared by Professor Arkadiusz Radwan, in cooperation with Michał Bobrzyński (Attorney-at-Law, LL.M. Harvard), legal advisor Kamil Nowak (Attorney-at-Law) and Dr. Krzysztof Grabowski – all research associates affiliated with the Allerhand Institute. This is to present an original document submitted to the Board of the Warsaw Stock Exchange on 5 December 2018.

Key words: judicial system, judicial reform, capital market, specialized court, capital market court, private enforcement

Paweł Kuglaz, *The European law-input for optimisation of Polish insolvency law. About European Directive regarding preinsolvency procedure*

On 26 June 2019 the Directive was published in the Official Journal Directive 2019/1023 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt. The European Union Directive aims at harmonizing Member State restructuring and insolvency laws and should be adopted and published by 17 July 2021. The Directive includes provisions *ius cogens*, which Member States have to implement, and *ius dispositivum* which Member States may implement.

Several procedures included in the European Union Directive were introduced by Poland in the Insolvency Law Act which entered into force only in 2016. The most important regulations in the Directive include the preventive restructuring procedure, moratorium for enforcement actions, second chance for entrepreneurs, early warning mechanism, and the legal framework for the restructuring plan.

In July 2019 Polish parliament passed an important amendment of Insolvency Law. This amendment, which concerns consumer insolvency, partly contradicts the Directive insofar as it allows the discharge only for honest debtors.

Keywords: preventive restructuring, second chance, *ius dispositivum*, *ius cogens*, moratorium for enforcement, consumer insolvency

Paweł Janda, Karol Tatała, Paweł Kuglarz, Magdalena Pyzik-Waląg, Mateusz Kaliński, *Position of the Insolvency Department of the Allerhand Institute regarding relevant aspects of the draft bill – Insolvency Law Act and a few other Acts (print no. 3480)*

The Insolvency Department of the Allerhand Institute was involved as an expert institution in the work of the Polish Parliament relating to the amendment of insolvency law that will enter into force in March 2020. The Allerhand Institute criticized the implementation of Art. 23(1) of the Labour Code (protection of employees in case of a transfer of a company) to a pre-pack procedure. The Institute expects a strong limitation of the pre-pack after the amendment's entry into force.

Keywords: Insolvency Department of the Allerhand Institute, art. 23(1) of the Labour Code, pre-pack procedure, insolvency law

FONTES

Rafał Lemkin, *Evolution of the authority of a criminal judge. Reform of the criminal law in the context of individual's position towards the collectivity (Ewolucja władzy sędziego karnego. Reforma prawa karnego na tle stosunku jednostki do zbiorowości)*

Reprint of one of Rafał Lemkin's article from 1933 concerns an issue of the creation and evolution of the authority of a coroner and, more broadly, of a judge. This article was published by Lemkin in the monthly "Palestra". Not long after that he published a book entitled *Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii (Judge in the face of the modern criminal law and criminology)* (Institute of Criminology Press, Free University of Poland). This article is redacted with a small interference into the original text.

Keywords: Raphael Lemkin, court, judge, judiciary, evolution of the judiciary

Maurycy Allerhand, *For the good of the Polish Bar (O dobro adwokatury polskiej)*

Reprint of the lecture delivered by Professor Allerhand in the name of the Commission of Codification of the Republic of Poland, Faculty of Law of the Jan Kazimierz University in Lwów and the Bar association during the Congress of Legal Apprentices in 1929. In the article, he raised issues related to the path to the barrister's profession, education of lawyers and professional ethics. The paper was previously published in 1929 in "Młoda Palestra", a magazine of legal apprentices from the post-Austrian district.

Keywords: Bar in the II Republic of Poland, legal apprentices in the II Republic of Poland, code of ethics for barristers, legal education, Maurycy Allerhand

RES GESTAE

Joanna Kruszyńska-Kola, *On the utility of the historical-comparative method in the context of the moral assessment of prescription – inspired by Professor Maurycy Allerhand's remarks*

The paper is inspired by the article *O dobro adwokatury polskiej* written by Professor Maurycy Allerhand and published in this volume of "The Voice of Law". By applying the results of the historical-comparative study of the *ratio* (sense, justification) of prescription, the author disagrees with Professor Allerhand's opinion that it is dishonourable for an attorney to use the defence of prescription if the claim is justified. Some of Professor Allerhand's remarks on the role of legal history are also discussed.

Keywords: prescription, limitation of actions, historical-comparative method, legal history, attorney

Tomasz J. Kotliński, *Impeccable character as a ground for the official Bar registration of lawyers in Poland during the interwar period*

The article presents one of applicable requirements in the interwar period for the official registration of lawyers with the Bar, namely an impeccable character of the potential entrant. The genesis of the introduction process for the requirement, the meaning of an impeccable character as defined by the authorities of the Bar Council and case law of the Supreme Court are all raised and discussed

Keywords: the Polish Bar, lawyer's professional conduct, lawyer, history of the Bar, case law

Marcin Zaborski, *A false role model of the Polish Bar. On the Jerzy Nowakowski (1912-1996)*

This article is a first attempt of a biographical study of Jerzy Nowakowski, a well-known Warsaw-based barrister, esteemed defense attorney in criminal trials, good writer and a local council activist in the second half of the XXth century. Author uncovers many as yet unknown aspects of Barrister Nowakowski's life, especially from the Stalinist period when he worked as a prosecutor for the communist administration of justice. After moving to the Bar in 1950, he became one of the more trusted attorneys of the regime which is confirmed by his position among military defense attorneys. He defended in numerous political trials but – as it was indicated already in 1956 – many of them were a rather sympathetic form of participation in communist "judicial crimes".

Keywords: Polish Bar in XXth century, Bar Council during the Polish People's Republic, Poland in the Stalinist period, administration of justice of the Polish People's Republic, defense in political trials

Adam Redzik, *Lexicon of Polish Lawyers and Economists: Raphael Lemkin – patron of "The Voice of Law" 2019*

This section presents figures of the most distinguished Polish lawyers and economists. The aim is to provide a possibly broad depiction of their scientific, organizational, didactic and social achievements. In 2019, the patron of "The Voice of Law" is Raphael Lemkin.

Keywords: Polish lawyers, Jan Kazimierz University of Lwów (Lviv), genocide, Raphael Lemkin

MISCELLANEA

Michał Porowski, review: Paweł Kobes, *Funkcje kurateli w polityce kryminalnej*, Warszawa: Difin, 2019, ss. 378

This is a review of Paweł Kobes's book on the legal guardianship and its place in the criminal policy

Keywords: probation officer, criminal policy

100 years of the Bar in Warsaw and Lublin

Commentary to 100-year-old source texts from the press informing about the creation of Warsaw and Lublin Bar Associations on 29 March 1919, and the Supreme Bar Council

IN MEMORIAM

Mykhailo Petriv (1965-2019)

Obituary of late attorney Mykhailo Petriv, who died tragically in May 2019. He was a social activist, researcher of the history of the Ukrainian and Polish Bar, patron of the arts, and an engaged contributor to the Polish-Ukrainian cooperation. Recollections of Stanisław Stępień and Adam Redzik.

PANOPTICUM

Ewa Stawicka, Moon and other fairy tales

This is a second column of barrister (attorney) Ewa Stawicka (serie: *Panopticum*), this time dedicated to the fairy tale history of Mr. Twardowski who "escaped the devil by moving to the moon"... This fairy tale is a pretext to the examination of the topic of air space exploitation... both real, and potential sounding like a bleak tale

ABBREVIATIONS

INFORMATION FOR AUTHORS

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS

TABLE OF CONTENTS

VOX IURIS 2019, No 1 (3)

<i>From Editors</i>	6
---------------------------	---

OPERA

<i>Adam Redzik, Anzelm Lutwak (1877-1942) and his „Voice”</i>	8
<i>Ivanna Chaikowska, Increase in banking regulations in the European Union and enforcement actions of banking supervision authorities in the post-crisis period</i>	30
<i>Andrzej Bryl, Crimes against humanity in the legal thought of Hersch Lauterpacht</i>	50
<i>Paweł Kobes, Diverse nature of legal custody models in dealing with minors</i>	62

SENTENTIAE

<i>Patryk Gacka, Review of case law of the International Criminal Court</i>	73
<i>Monika Strus-Wołos, Review of case law of the Supreme Court of the Republic of Poland – Civil Chamber</i>	78
<i>Paweł Zdanikowski, Suspension as an exercise of the right to participate in the general meeting of shareholders and the right to object to the adoption of resolutions without formal convening – a commentary to the Supreme Court’s decision of 23 May 2019 (II CSK 307/19)</i>	89

DE LEGE EMENDANDA

<i>Arkadiusz Radwan, Draft legislation guidelines for the establishment of a specialized Capital Market Court in Poland</i>	95
<i>Paweł Kuglarz, The European law-imput for optimisation of Polish insolvency law. About European Directive regarding preinsolvency procedure</i>	135
<i>Paweł Janda, Karol Tatara, Paweł Kuglarz, Magdalena Pyzik-Waląg, Mateusz Kaliński, Position of the Insolvency Department of the Allerhand Institute regarding relevant aspects of the draft bill – Insolvency and Restructuring Law Act and a and a few other Acts (print no. 3480)</i>	142

FONTES

<i>Rafał Lemkin, Evolution of the authority of a criminal judge. Reform of the criminal law in the context of individual's position towards the collectivity (Ewolucja władzy sędziego karnego. Reforma prawa karnego na tle stosunku jednostki do zbiorowości)</i>	159
<i>Maurycy Allerhand, For the good of the Polish Bar (O dobro adwokatury polskiej)</i>	179

RES GESTAE

<i>Joanna Kruszyńska-Kola, On the utility of the historical-comparative method in the context of the moral assessment of prescription – inspired by Professor Maurycy Allerhand's remarks</i>	184
<i>Tomasz J. Kotliński, Impeccable character as a ground for the official Bar registration of lawyers in Poland during the interwar period</i>	192
<i>Marcin Zaborski, A false role model of the Polish Bar. On the Jerzy Nowakowski (1912-1996)</i>	201
<i>Adam Redzik, Lexicon of Polish Lawyers and Economists: Raphael Lemkin – patron of “The Voice of Law” 2019</i>	217

MISCELLANEA

<i>Review: Paweł Kobes, Funkcje kurateli w polityce kryminalnej (Michał Porowski)</i>	230
<i>100 years of the Bar in Warsaw and Lublin</i>	235

IN MEMORIAM

Mykhailo Petriv (1965-2019)..... 237

PANOPTICUM

Ewa Stawicka, Moon and other fairy tales..... 243

ABBREVIATIONS..... 248

INFORMATION FOR AUTHORS..... 249

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS 250



OFICyna ALLERHANDA

ISSN 2657-7984