



# **Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ**

**Numer 3–4/2013 (13)  
[www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)  
ISSN-1689-9601**

# **Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ**



**Numer 3–4/2013 (13)**  
**[www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)**  
**ISSN-1689-9601**

Trzynasty numer  
Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Publikacja wydawana przez  
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Gabriela Grochola  
Małgorzata Witek  
Owidiusz Mazurkiewicz  
Ariel Mucha  
Aleksandra Rychlewska

Korekta, projekt graficzny i skład  
Przygotownia Pracownia DTP i Grafiki  
[www.przygotowniadtp.pl](http://www.przygotowniadtp.pl)

Kolegium Redakcyjne  
Internetowego Przeglądu  
Prawniczego TBSP UJ  
mgr Mateusz Pacak (redaktor naczelny)  
mgr Kamil Mamak  
mgr Aleksandra Puczko  
mgr Wojciech Szkadłubowicz  
Małgorzata Chudzik

Adres redakcji  
Straszewskiego 25/9  
31-007 Kraków  
e-mail: [redakcja.ipp@tbsp.pl](mailto:redakcja.ipp@tbsp.pl)  
[www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)  
© by tbsp uj

## Spis treści

Gabriela Grochola .....	05
<i>Zorganizowana grupa przestępcza, jako grupa społeczna.</i>	
<i>Ujęcie socjologiczno-prawne</i>	
The Organised Crime Group as Social group.	
The Legal and Sociological Approach	
Małgorzata Witek, Owidiusz Mazurkiewicz .....	22
<i>Rozporządzenie (WE) Nr 805/2004 w świetle nowelizacji</i>	
<i>Kodeksu postępowania cywilnego</i>	
Council Regulation (EC) 805/2004 in the Light of Amendments	
of The Code of Civil Procedure	
Ariel Mucha .....	43
<i>Odpowiedzialność uczestników konsorcjum</i>	
The Responsibility of Parties in Consortium Agreement	
Aleksandra Rychlewska .....	58
<i>The Icelandic So-called 'Perfect Analogy'</i>	
<i>„Analogia doskonała” w prawie islandzkim</i>	

*Zorganizowana grupa przestępcza, jako grupa społeczna.  
Ujęcie socjologiczno-prawne*

**Abstract**

The article is an attempt to make a comparison or even a combination of two sciences: jurisprudence and sociology. In the article, definitions of the organized crime group, which have appeared in the sciences heretofore have been evaluated. Previous attempts at formulating a universal definition of the organized crime group had failed to reach a settlement. Thus, in order to build a correct definition I propose to invoke the science of sociology. In the further part of the article questions are pose whether an organized crime group could be called 'a social group' and whether a group on the ground of jurisprudence is explained in the same way as in the sociological one. The definition of an organized crime group presented on the ground of jurisprudence has been analysed, exposing the main characteristics features of the group in sociology. This is the first piece of work, which concentrates entirely the same conception in comparison with each other, but on the ground of different sciences.

---

<sup>1</sup> Autorka jest studentką piątego roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jest Przewodniczącą Sekcji Historii Państwa i Prawa w Towarzystwie Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ.

## I. Wstęp

Zagadnienia związane z działalnością zorganizowanych grup przestępczych od lat należą do kategorii problemów analizowanych na płaszczyźnie wielu dziedzin nauki, mają one charakter multidyscyplinarny. Ze sferą zorganizowanych grup przestępczych stykamy się m.in. na gruncie socjologii, kryminologii, kryminalistyki oraz prawa karnego (materialnego i procesowego). Jest to również temat ciągle aktualny w przekazach medialnych.

Zorganizowaną grupę przestępczą w pewnym sensie można nazwać grupą społeczną *sensu largo*. Według P. Sztompki grupa społeczna to:

Zbiór jednostek, w którym wspólnota pewnych istotnych społecznie cech wyraża się w tożsamości zbiorowej i towarzyszą temu kontakty, interakcje i stosunki społeczne w jej obrębie częstsze i bardziej intensywne niż z osobami z zewnątrz. Inaczej ujmując jest to zbiorowość ludzi, pomiędzy którymi występuje więź obiektywna, subiektywna i behawioralna<sup>2</sup>.

Do konstytutywnych elementów przypisywanych grupie społecznej zaliczamy: zbiór osób, więzi społeczne, wartości wspólne grupy i wewnętrzną organizację grupy. W tym miejscu warto zadać sobie pytanie czy zorganizowana grupa przestępcza, również może zaliczać się do grupy społecznej? Czy wykazuje wyżej wskazane cechy?

Aby jednak na to pytanie odpowiedzieć, w pierwszej części swojego artykułu chcę poruszyć kwestie samej definicji zorganizowanej grupy przestępczej na gruncie doktryny prawa, orzecznictwa czy konwencji międzynarodowych. Chcę również odwołać się, a nawet porównać definicję zorganizowanej grupy przestępczej na gruncie prawa i socjologii. W artykule zamierzam postawić tezę, iż na gruncie prawa karnego jest potrzebna definicja legalna zorganizowanej grupy przestępczej, odwołująca się do nauki socjologii. W momencie, w którym zostanie poznana całościowa definicja grupy przestępczej, będzie mogło być zbadane czy cechy konstytutywne zorganizowanej grupy przestępczej na gruncie prawa są również dostrzegane w grupie społecznej.

---

<sup>2</sup> P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002, s. 370.

## II. Definicja zorganizowanej grupy przestępczej

Samo pojęcie przestępczości zorganizowanej zostało wprowadzone po raz pierwszy do Kodeksu karnego z 1969 roku<sup>3</sup> w art. 276 d.k.k.<sup>4</sup> Aktualnie obowiązujący Kodeks karny z 1997 roku wprowadza takie same pojęcia jak wcześniejszy tj. związek i grupa przestępcza. Mimo iż od wprowadzenia do ustawy karnej tego pojęcia minęło wiele lat, ustawodawca nie sformułował legalnej definicji zorganizowanej grupy przestępczej, ani związku przestępczego. Z tego powodu bardzo często dochodzi do mylenia tych pojęć. Należy przyjąć, że „zorganizowana grupa przestępcza” oraz „związek mający na celu popełnienie przestępstw”, to pojęcia nietożsame. Ustawodawca dla oznaczenia tych samych zjawisk używa zazwyczaj tych samych terminów.

Skoro zaś ustawodawca użył określenia zorganizowana grupa, a nie związek, to wynika stąd, że zorganizowana grupa nie jest tym samym, co związek przestępczy. Jeżeli ustawodawca mówi o działaniu w zorganizowanej grupie przestępczej, a nie o działaniu w zмовie (określenie to jest najprostszym opisem współsprawstwa), to należy stąd wysnuć wniosek, iż działanie w zorganizowanej grupie przestępczej nie jest tym samym, co współsprawstwo<sup>5</sup>.

Podobnego zdania jest A. Geberle, który przyjmuje, że związek przestępczy jest grupą, ale o największym stopniu sformalizowania<sup>6</sup>, wyrażającą się w ścisłym określeniu pozycji i zadań, w hierarchicznym podporządkowaniu. Na drugim biegunie autor umieszcza współsprawstwo<sup>7</sup>, które sprowadza się do doraźnego porozumienia, co do wspólnego

<sup>3</sup> Art. 276 § 1. Kto bierze udział w związku lub w zorganizowanej grupie mających na celu przestępstwo zagrożone karą roku pozbawienia wolności lub surowszą, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. § 2. Jeżeli związek lub zorganizowana grupa ma charakter zbrojny, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8. § 3. Kto związek lub zorganizowaną grupę określone w § 1 lub 2 zakłada albo związkiem lub grupą kieruje, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 10.

<sup>4</sup> Art. 258. § 1. Kto bierze udział w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli grupa albo związek określony w § 1 ma charakter zbrojny, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 3. Kto grupę albo związek określony w § 1 lub 2 zakłada lub taką grupę albo takim związkiem kieruje, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

<sup>5</sup> L. Tyszkiewicz, *Pojęcie zorganizowanej grupy przestępczej de lege lata i de lege ferenda*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, nr 4, s. 63.

<sup>6</sup> Zasadniczymi cechami związku przestępczego są: sformalizowany sposób dopuszczania członków, struktura i rygory organizacyjne w sferze wypełniania poleceń przywódcy wraz z konsekwencjami w razie odmowy ich wykonania. – Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 sierpnia 1999 r. II AKa 125/99.

<sup>7</sup> Podobnie: „Nie każde przestępcze współdziałanie, nawet cechujące się skomplikowanym charakterem, świadczy o istnieniu zorganizowanej grupy przestępczej. Dla stwierdzenia takiego bytu

działania zmierzającego do popełnienia przestępstwa. Centralną pozycję zajmuje grupa przestępcza<sup>8</sup>, która może się zbliżać do któregoś z krańców kontinuum i upodabniać się do jednej z wyżej wskazanych form organizacji działań przestępnych. Wówczas powstają problemy z klasyfikacją występującego zjawiska. Według A. Gaberle o grupie przestępczej można mówić, gdy jest ona nastawiona na prowadzenie ciągłej działalności przestępczej, nie powstaje do dokonania tylko jednego przestępstwa. Grupy powstałe w celu jednego przestępstwa należy traktować jako szczególną formę współsprawstwa. Zaznaczyć należy, że nie jest istotna ilość popełnionych przestępstw, tylko samo nastawienie członków do dokonania wielu przestępstw<sup>9</sup>. Podzielam w pełni pogląd A. Geberle, iż o grupie przestępczej możemy mówić, gdy grupa jest nastawiona na ciągłą działalność (minimum dwa przestępstwa).

Z kolei zdaniem W. Filipkowskiego zorganizowana grupa przestępcza jest czymś więcej niż współsprawstwem. Aby powstała taka grupa potrzebna jest uprzednia konkretna umowa np. obejmująca akceptację celów, podział zadań czy sposób przekazywania poleceń; może ona dotyczyć współdziałania przy jednym<sup>10</sup> lub szeregu przestępstw. Najważniejsze jest jednak istnienie nawet w niewielkim stopniu organizacji w ramach wcześniej zawartego porozumienia<sup>11</sup>. Podobne stanowisko jak W. Filipkowski ma S. Rybczyński, który za grupę przestępczą uważa grupę mniej zorganizowaną niż związek

---

(grupy) niezbędne jest ustalenie choćby niewysokiego stopnia powiązań organizacyjno-hierarchicznych pomiędzy jej członkami, zatem stwierdzenie elementów statycznych niezależnych od elementów dynamicznych, a to powiązań umożliwiających popełnienie przestępstwa we współdziałaniu z innymi osobami. Rodzaj tych więzi może być rozmaity, lecz zawsze należy do nich istnienie wyraźnego wyodrębnionego ośrodka decyzyjnego (przywództwa) oraz w miarę stabilnego podziału zadań i funkcji wewnątrz grupy, powiązań między jej członkami". Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 października 2008 roku, II AKa 92/08, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008; <http://www.krakow.sa.gov.pl/orzecznictwo/kzs/default.aspx>, 10.11.2012.

<sup>8</sup> Podobnie: „Do bytu zorganizowanej grupy przestępczej potrzebne jest coś więcej niż samo porozumienie. Grupa przestępcza jest również czymś więcej od współsprawstwa, a stanowi zaś luźniejszą formę organizacyjną niż związek przestępczy. Grupa przestępcza składać się musi, z co najmniej trzech osób i cechować się powinna pewnym zorganizowaniem, a także powinna posiadać założony cel polegający na wielokrotnym popełnianiu przestępstw". Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6 czerwca 2012 roku, II AKa 128/12, LEX nr 1213763.

<sup>9</sup> A. Gaberle, *Przestępczość grupowa w Polsce, jako zjawisko kryminologiczne i prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1998, z. 1–2, s. 80–83.

<sup>10</sup> Podobnie uznała A. Wesołowska i M. Grzywaczewska, że grupa przestępcza może być utworzona na potrzeby dokonania tylko jednego przestępstwa. A. Wesołowska, M. Grzywaczewska, *Przeгляд definicji grupy i związku w orzecznictwie i doktrynie na tle badań akt sądowych – wybrane zagadnienia* [w:] *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, E. W. Pływaczewski (red.), Kraków 2005, s. 750.

<sup>11</sup> W. Filipkowski, *Zwalczanie przestępczości zorganizowanej w aspekcie finansowym*, Kraków 2004, s. 42.



przestępczy. W ocenie autora owego poglądu dla istnienia grupy przestępczej wystarczy minimalna jej organizacja<sup>12</sup>. Innego zdania jest P. Zakrzewski, który za najważniejszy element budujący grupę przestępczą stawia trwałość. Uczestnictwo w grupie stanowić ma dodatkowe zajęcie, które przysparza dochód. Grupa jest więc mniej trwała niż związek, dla którego członek porzuca normalny tryb życia. Grupa przestępcza może być równie dobrze rozwinięta pod względem strukturalnym, jak związek przestępczy<sup>13</sup>.

Nie zgadzam się z poglądem W. Filipkowskiego, jakoby współpraca grupy mogła odnosić się do jednego przestępstwa. W mojej ocenie takie zachowanie charakteryzuje współsprawstwo. Jednakże na aprobatę zasługuje pogląd, iż grupa przestępcza jest mniej trwała czy zorganizowana niż związek przestępczy.

Natomiast zdaniem Z. Ćwiąkalskiego:

Zorganizowana grupa przestępcza powinna składać się z co najmniej trzech osób połączonych wspólnym celem, jakim jest okazjonalne lub stałe popełnianie przestępstw. Mimo że ustawa mówi o zorganizowanej grupie, nie oznacza to wcale, by wymagała ona specjalnej wewnętrznej struktury organizacyjnej. Cel, jakim jest popełnienie przestępstwa, może mieć charakter stały lub zależny od nadarzającej się okazji. Nie jest wymagany stały skład grupy. Jej członkowie mogą popełniać przestępstwa w różnych układach personalnych. Łączyć ich musi jedynie wspólna chęć popełnienia przestępstwa, jak i gotowość do takich działań na rzecz grupy, które mogą ułatwić popełnienie przestępstwa<sup>14</sup>.

W doktrynie zauważyć można, że nie ukształtowała się jednolita definicja grupy przestępczej, mimo iż powinna znajdować się w Kodeksie karnym. Sformułowanie definicji zorganizowanej grupy przestępczej i związku przestępczego rozwiązałyby problemy takie jak: czy do związku przestępczego lub grupy przestępczej muszą należeć więcej niż 2 osoby, czy aby mówić o związku przestępczym i grupie przestępczej wystarczy nastawienie do popełnienia jednego przestępstwa. Stworzenie definicji rozwiązałyby wątpliwości jakie pojawiają się w postępowaniach sądowych.

W orzecznictwie również nie została przyjęta jedna definicja grupy przestępczej. Analizując próby definiowania grupy przestępczej przez sądy, można odnieść wrażenie, że nie jest odróżniane pojęcie grupy od związku. Sąd Apelacyjny w Poznaniu przyjął, że:

<sup>12</sup> S. Rybczyński, *Odpowiedzi prawne*, „Palestra” 1958, z. 12, s. 96.

<sup>13</sup> P. Zakrzewski, *Z problematyki grupy przestępczej i przestępstwa grupowego*, „Nowe Prawo” 1956, nr 5, s. 26.

<sup>14</sup> Z. Ćwiąkalski, *Kodeks karny – część szczególna. Komentarz*, t. 2, *Komentarz do art. 258 Kodeksu karnego*, Kraków 2006, s. 1401.

Zorganizowaną grupę przestępczą tworzą, co najmniej trzy osoby, których celem jest popełnienie określonych przestępstw lub też generalnie popełnianie przestępstw o luźnym związku, między innymi bez stałych ról, w każdym bądź razie o większym określeniu ról niż przy współsprawstwie<sup>15</sup>.

Definicja bardzo zbliżona do definicji A. Gamberle, która sytuuje grupę przestępczą pomiędzy związkiem przestępczym a współsprawstwem. Inną definicję przedstawił Sąd Apelacyjny w Katowicach:

Zorganizowana grupa, mająca na celu dokonywanie przestępstw, tym różni się od innej grupy (szajki) przestępców, że jest zorganizowana, a więc posiada trwałą strukturę, czy to pionową – z przywódcą kierującym działalnością, czy poziomą – z reguły ze stałym gronem uczestników koordynujących działalność według ustalonych reguł i tym, że jej grono nie nawiązuje kontaktu dla dokonania pojedynczych przestępstw, lecz z góry zakłada systematyczne popełnienie możliwie wielu przestępstw<sup>16</sup>.

Sąd Apelacyjny w Katowicach inaczej niż Sąd Apelacyjny w Poznaniu przyjął trwałość organizacji i zorganizowanie za czynniki determinujące istnienie grupy przestępczej. W mojej ocenie na aprobatę zasługuje pogląd Sądu Apelacyjnego Katowicach, podzielałam zdanie, iż aby mówić o zorganizowanej grupie przestępczej konieczne jest wystąpienie cechy zorganizowania, a więc struktura musi być w jakiś sposób trwała. W grupie przestępczej każda osoba powinna znać swoją rolę, niekoniecznie znając się nawzajem.

Próby definiowania przestępczości zorganizowanej i określić z nią związanych można znaleźć również w aktach prawa międzynarodowego. Dotyczy to m.in. Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 2000 roku<sup>17</sup>. Podczas prac nad konwencją próbowano opracować jedną uniwersalną definicję przestępczości zorganizowanej. Rzeczpospolita Polska złożyła na forum ONZ projekt niniejszej konwencji, w którym art. 1 przewidywał taką oto definicję:

Dla celów niniejszej Konwencji pojęcie przestępczości zorganizowanej oznacza grupowe działanie trzech lub więcej osób, o hierarchicznych powiązaniach lub pozostających w stosunkach osobistych, które pozwalają ich przywódcom na osiąganie zysków lub kontrolę nad terytoriami lub rynkami krajowymi lub zorganizowanymi, przy użyciu przemocy, gróźb lub przekupstw zarówno w celu rozwoju działalności przestępczej, jak i infiltracji legalnej działalności gospodarczej.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 25 marca 1999 roku, II AKa 45/99, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2000, nr 2, s. 15.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 grudnia 2010 roku, II AKa 181/10, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011; <http://www.krakow.sa.gov.pl/orzecznictwo/kzs/default.aspx>, 10 listopada 2012 r.

<sup>17</sup> Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej (Dz.U. z dnia 31 stycznia 2005 r. Ratyfikowana w Rzeczpospolitej 19 lipca 2001 r.

Po czym zostało wyszczególnione 9 typów przestępstw, które wskazywały na to, że mamy do czynienia z przestępczością zorganizowaną. Niestety Polska propozycja nie została wprowadzona do Konwencji<sup>18</sup>. Obecny art. 1 odnosi się do promowania współpracy, aby skutecznie zwalczać przestępczość zorganizowaną. Dopiero art. 2 lit. a tej konwencji określa lakonicznie zorganizowaną grupę przestępczą, jako:

grupę posiadającą strukturę składającą się z trzech lub więcej osób, która istnieje przez pewien czas oraz działa w porozumieniu w celu popełnienia jednego lub więcej poważnych przestępstw określonych na podstawie konwencji, dla uzyskania, w sposób bezpośredni lub pośredni, korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej.

W definicji tej zwraca uwagę to, że grupa przestępcza może powstać (inaczej niż wskazuje większość doktryny) w celu dokonania tylko jednego przestępstwa. Jak już wyżej wspomniałam, w mojej ocenie można o zorganizowanej grupie przestępczej mówić dopiero, gdy jest tworzona na potrzeby wielu przestępstw (minimum dwóch).

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 2000 roku została w kolejnych latach uzupełniona o protokoły: o handlu ludźmi, przeciw przemytowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną oraz protokół przeciwko nielegalnej produkcji i nielegalnemu handlowi bronią palną, jej częściami i komponentami oraz amunicją. Protokół dotyczący handlu ludźmi, który wszedł w życie 25 grudnia 2003 roku, zakłada zapobieganie i zwalczanie handlu ludźmi, m.in. kobietami i dziećmi, którego dopuszczają się międzynarodowe, zorganizowane grupy przestępcze. Określa także, w jaki sposób zapewnić ochronę i pomoc ofiarom wyzysku. Każde państwo, które podpisało protokół jest zobowiązane do podjęcia niezbędnych środków, które zapewnią, że handel ludźmi, a także współudział w takim czynie, będzie podlegał sankcjom karnym<sup>19</sup>. Kolejny protokół do Konwencji Narodów Zjednoczonych, tym razem przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, ma na celu zapobieganie przemytowi migrantów, zwalczanie go i wspieranie współpracy między państwami w tej dziedzinie.

Państwa sygnatariusze muszą nadać charakter przestępstwa karnego przedstawionym poniżej czynom, jeśli są one popełniane w celu uzyskania korzyści finansowych lub materialnych: przemyt migrantów, tj. nielegalne wprowadzanie osoby na terytorium danego państwa, którego nie

---

<sup>18</sup> M. Płachta, W. Zalewski, *Kontrowersje wokół pojęcia przestępczości zorganizowanej na gruncie Konwencji ONZ z 2000 r.*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 5, s. 5–6.

<sup>19</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/fight\\_against\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings/l33700\\_pl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/l33700_pl.htm) [dostęp:6.07.2013].

jest ani rezydentem, ani obywatelem, produkcja fałszywych dokumentów podróży lub dokumentów tożsamości, korzystanie z dokumentów tożsamości przez osobę inną niż ich właściciel, nabywanie i dostarczanie fałszywych dokumentów, pozwolenie na przebywanie w państwie osoby, która nie spełnia niezbędnych warunków legalnego pobytu<sup>20</sup>.

Protokół stosuje się do zapobiegania takim przestępstwom, prowadzenia dochodzeń w ich sprawie i ich ścigania, jeżeli mają charakter międzynarodowy i jeżeli są w nie zaangażowane zorganizowane grupy przestępcze. Celem wyżej wymienionego aktu prawnego jest ponadto ochrona praw ofiar tych przestępstw. Ostatni protokół stanowi protokół przeciwko nielegalnej produkcji i nielegalnemu handlowi bronią palną, jej częściami i komponentami oraz amunicją. Organizacje przestępcze na całym świecie czerpią z handlu bronią zyski wynoszące około 180 mln euro rocznie<sup>21</sup>. Dlatego celem protokołu ONZ o handlu bronią jest zacieśnienie współpracy w zakresie przeciwdziałania nielegalnej produkcji i sprzedaży broni strzeleckiej, takiej jak broń ręczna i pistolety. Treść protokołu określa m.in.:

prowadzenie szczegółowej dokumentacji dotyczącej przywozu, wywozu i tranzytu broni palnej, przyjęcia międzynarodowego systemu znakowania broni palnej w czasie jej produkcji oraz za każdym razem, gdy broń jest importowana, ustanowienia zharmonizowanego systemu wydawania zezwoleń regulującego przywóz, wywóz, tranzyt i powrotny wywóz broni palnej, zapobiegania kradzieży, utracie lub przekierowaniu broni palnej poprzez wzmocnienie kontroli wywozu, punktów wywozu i kontroli granicznych, wymiany informacji dotyczących zatwierdzonych producentów, sprzedawców, importerów i eksporterów, szlaków używanych przez nielegalnych handlarzy oraz najlepszych praktyk w zakresie zwalczania nielegalnego handlu bronią w celu zwiększenia zdolności prewencyjnych poszczególnych państw oraz możliwości wykrywania nielegalnego handlu bronią i prowadzenia dochodzeń w tej sprawie<sup>22</sup>.

Ze względu na to, że w naukach prawnych nie została stworzona jedna ujednolicona definicja, która *expressis verbis* określałaby przestępczość zorganizowaną, jak i samą zorganizowaną grupę przestępczą, uzasadnione wydaje się odwołanie do socjologii, na gruncie której próbuje się stworzyć definicję tych pojęć.

Rozwiązaniem umożliwiającym stworzenie definicji jest odejście od typowej definicji na rzecz definicji fenomenologicznej. Z tego punktu widzenia analiza przestępczości

<sup>20</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/l33271\\_pl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33271_pl.htm) [dostęp: 6.07.2013].

<sup>21</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-268\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-268_pl.htm) [dostęp: 6.07.2013].

<sup>22</sup> *Ibidem*.

zorganizowanej na płaszczyźnie socjologicznej koncentruje się na wskazaniu rodzajów niebezpieczeństw związanych z tego rodzaju przestępczością. W szczególności dotyczy to wywołania tzw. efektów w przestępczości zorganizowanej. Wśród nich należy wskazać efekt<sup>23</sup>:

1. organizacyjny – pozwala on osiągnąć dużo lepszy sukces przy tym samym nakładzie środków lub osiągnąć cele, które są nieosiągalne dla niezorganizowanej;
2. demoralizacji – składa się na ten efekt siła, z jaką organizacja przestępcza wpływa na członków grupy;
3. ochronny – polega na zabezpieczaniu członków grupy przed ich ujawnieniem;
4. korupcji – większa możliwość korumpowania osób w instytucjach publicznych i osób na wysokich stanowiskach.

Socjologiczna definicja przestępczości zorganizowanej nie oddaje jej sensu w całości, dlatego należy ją uzupełnić o definicję fenomenologiczną tj. wskazującą cechy charakterystyczne. Dotyczy to w szczególności takich cech jak<sup>24</sup>:

1. współdziałanie co najmniej dwóch osób;
2. zorganizowanie;
3. hierarchiczna struktura wewnętrzną;
4. planowość i podział zadań;
5. trwałość działania;
6. nastawienie na popełnianie przestępstw;
7. popełnianie przestępstw;
8. stosowanie przemocy;
9. dążenie do zdobycia władzy lub osiągnięcia zysków;
10. liczne strefy wpływów;
11. wymiar międzynarodowy;

<sup>23</sup> A. Gaberle, *Patologia Społeczna*, Warszawa 1993, s. 249–250.

<sup>24</sup> H. Abadinsky za najważniejsze cechy przestępczości zorganizowanej uznaje: 1. nieideologiczność; 2. hierarchiczność; 3. ograniczone lub ekskluzywne członkostwo; 4. długotrwałość; 5. używanie nie-dozwolonej przemocy; 6. występowanie podziału prac; 7. występowanie tendencji monopolistycznych; 8. podleganie wyraźnym regułom.

J. A. Iniciardi wskazuje natomiast: 1. hierarchiczną strukturę obejmującą system wyraźnie zdefiniowanych związków między jednostkami z dwustronnymi zobowiązaniami i przywilejami, 2. monopolistyczną kontrolę lub ustanowienie sfer wpływu między różnymi organizacjami i nad rejonami geograficznymi, 3. poleganie na potencjalnym używaniu przemocy i gwałtu w celu utrzymania wewnętrznej dyscypliny i ograniczenia konkurencji, 4. utrzymanie stałej nietykalności od ingerencji rządowych agencji wymiaru sprawiedliwości i innych, 5. duże zyski finansowe zapewniane przez specjalizację w jednym lub większej liczbie kombinacji przedsięwziętych. Zob. A. Michalska-Warias, *op.cit.*, s. 34–36.

12. hermetyczność zewnętrzna i wewnętrzna;
13. monopolizacja rynku;
14. legalizowanie nielegalnych zysków<sup>25</sup>.

Zorganizowaną grupą przestępczą z punktu widzenia socjologii można nazwać grupę, która realizuje wyżej wymienione cele. W wypadku, gdy nie zostaną zrealizowane wszystkie wyżej wskazane punkty dopuszczalne jest definiowanie jej jako inna organizacja przestępcza np. szajka. Jednakże nie sposób określać jej mianem zorganizowanej grupy przestępczej.

Z prawnego punktu widzenia, definicja socjologiczna odbiega od tej przyjętej w doktrynie czy orzecznictwie. Po pierwsze, aby można było powiedzieć o zorganizowanej grupie przestępczej musi dojść do porozumienia minimum trzech osób. W przypadku dwóch osób możemy mówić o zwykłym współsprawstwie. Kolejnym punktem, w którym możliwe jest odchodzenie od definicji prawnej jest hierarchiczna struktura wewnętrzna. W praktyce obserwuje się również występowanie zorganizowanych grup przestępczych ze strukturą płaską. Dla istnienia zorganizowanej grupy przestępczej nie jest potrzebny wymiar międzynarodowy. Pozostałe cechy w mojej ocenie są nieodzownymi elementami każdej zorganizowanej grupy przestępczej.

### III. Charakterystyka zorganizowanej grupy społecznej

Czy zorganizowaną grupę przestępczą można w ogóle nazwać grupą społeczną? W mojej ocenie jak najbardziej zorganizowaną grupę przestępczą można nazwać grupą społeczną, co zamierzam wykazać w dalszej części artykułu. Osoby przynależące do grup przestępczych bardzo często są postrzegane, jako odrębna klasa społeczna, tworząca swego rodzaju grupę społeczną<sup>26</sup>. Przydatna do ich analizy może być socjologiczna teoria organizacji, która w swych założeniach zakłada, iż zorganizowane grupy przestępcze zachowują pewne cechy grup społecznych, natomiast ich działalność jest umiejscowiona w pewnym środowisku. W Polsce w 2012 r. wg raportu CBS objęto zainteresowaniem 7495 osób w 772 grupach przestępczych, w tym 708 grupach polskich, 54 w grupach międzynarodowych, 6 w grupach rosyjskojęzycznych i 4 w grupie cudzoziemców. Z raportu w 2012 r. wynika również, że odnotowano duży wzrost zorganizowanych grup

<sup>25</sup> A. Miczkowska, *Problematyka przestępczości zorganizowanej*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, M. Sadowski (red.), nr 1, s. 115.

<sup>26</sup> K. Laskowska, *Teoretyczne i praktyczne podstawy odpowiedzialności z art. 258 k.k.*, <http://www.sprp.org.pl/bi...4/Laskowska.pdf> [dostęp: 11.01.2012].

przestępczych w porównaniu do 2011 r., kiedy to grup polskich było tylko 551<sup>27</sup>. Jak zostało wcześniej wspomniane, cechą konstytutywną grupy społecznej jest zbiór osób. Grupa składa się z minimum 3 osób<sup>28</sup>, ponieważ tylko przy takiej ilości członków może istnieć struktura społeczna, oraz realne jest tworzenie niektórych stosunków społecznych np. koalicji, opozycji czy mediacji. Sąd Najwyższy w swych wytycznych<sup>29</sup> również przyjął trzy osoby, jako minimum, dla zorganizowanej grupy przestępczej. W praktyce liczba członków w zorganizowanych grupach przestępczych jest bardzo zróżnicowana, statystycznie waha się między 4 a 50 osobami<sup>30</sup>. Największy odsetek stanowią grupy o liczbie członków nieprzekraczającej 10 osób<sup>31</sup>. Ze względu na liczebność członków w grupach przestępczych możemy dokonać klasyfikacji na grupy małe, średnie i duże. Do małych zaliczamy grupy do 9 członków, w średnich liczba ta dochodzi do 19 osób, powyżej tej liczby mówimy o grupach dużych<sup>32</sup>.

Realizacja wspólnego celu, do którego dochodzi się poprzez trwałe, częste interakcje to kolejna cecha charakteryzująca grupę społeczną. Za główny cel działalności zorganizowanej można uznać dążenie do osiągnięcia zysku. Może być on osiągany np. poprzez próby wprowadzenia monopolu w konkretnych sferach biznesu dla uzyskania jak największych zysków przy zastosowaniu urozmaiconych, bardzo często wyszukanych i wyrafinowanych metod i środków m.in. takich jak oszustwa kredytowe, umyślne bankructwa, manipulacje finansowe czy korumpowanie aparatu władzy itp. Warunek ten spełnia również dostarczanie nielegalnych dóbr i usług. Jednym słowem najważniejszym celem działania zorganizowanej grupy przestępczej jest uzyskanie korzyści majątkowych. Wszelkie przestępstwa popełniane przez członków zorganizowanej grupy przestępczej (przestępstwa uboczne) są przestępstwami służącymi głównemu celowi. Należy również wspomnieć, że celem większości zorganizowanych grup przestępczych nie jest wywarcie wpływu na władze lokalne lub centralne, ani zapewnienie członkom bezpieczeństwa przez stosowanie przemocy. Taki cel jest charakterystyczny dla grup o charakterze mafijnym.

<sup>27</sup> [http://cbs.policja.pl/porta/cbs/380/9890/Raporty\\_z\\_dzialalnosci.html](http://cbs.policja.pl/porta/cbs/380/9890/Raporty_z_dzialalnosci.html) [dostęp: 10.06.2013].

<sup>28</sup> Można się również spotkać z definicją grupy, która musi posiadać minimum 2 osoby, taką definicję podaje R. E. Hartley [w:] J. J. Wiatr., *Spółczesność – wstęp do socjologii systematycznej*, Warszawa 1975, s. 95.

<sup>29</sup> Obwieszczenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1962 r. <http://dokumenty.rcl.gov.pl/M1962054026101.pdf> [dostęp: 26.02.2012].

<sup>30</sup> A. Geberle, *Przestępczość grupowa w Polsce jako zjawisko kryminologiczne i prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1998, nr 1–2, s. 75.

<sup>31</sup> O. Krajniak, *Zorganizowane grupy przestępcze studium kryminalistyczne*, Warszawa 2011, s. 125.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 126.

Grupę społeczną charakteryzuje względnie stała struktura społeczna. Każdy z członków danej grupy zajmuje określoną pozycję i między nim, a innymi osobami należącymi do grupy występują więzi społeczne. Miejsce w strukturze jest powiązane z akceptowaniem i przestrzeganiem przez jednostkę przyjętych w grupie norm społecznych<sup>33</sup>. Z innego punktu widzenia grupą społeczną jest grupa, w której system statusów społecznych, a także jej strukturę, można ujmować jako powiązane ze sobą role społeczne, wynikające z pozycji społecznych odgrywających je członków. Wszystkie te elementy odnajdziemy w zorganizowanej grupie przestępczej. Wyróżnia się dwa rodzaje struktur zorganizowanych grup przestępczych<sup>34</sup>:

1. struktura płaska, w której skład i budowa grupy jest uzależniona od ról i zadań, jakie wykonują członkowie grupy;
2. struktura hierarchiczna, która kształtem przypomina piramidę, w takiej grupie role członków zmieniają się rzadko, a zadania zlecane są według określonych kryteriów.

Z kolei Europol wskazuje, że większość zorganizowanych grup przestępczych charakteryzuje się strukturą komórkową, które to komórki są powiązane luźnymi więzami między sobą<sup>35</sup>.

Jako stopień zorganizowania grup przestępczych będziemy rozumieć stopień (szczebel) w hierarchii<sup>36</sup>. Hierarchia jest zaś pojmowana jako „ustopniowany układ określonych elementów na zasadzie podporządkowania i wzajemnej zależności niższych stanowisk i funkcji od wyższych”<sup>37</sup>. Najczęściej wyróżniamy jedno-, dwu- i trzystopniowo zorganizowane grupy przestępcze. Z jednostopniowym zorganizowaniem mamy do czynienia, kiedy najniższy szczebel składa się z osób, które są w takim samym względem siebie położeniu i nie występuje podporządkowanie jednych drugim. Natomiast w zorganizowanych grupach przestępczych o strukturze dwustopniowej na wyższym szczeblu znajdują się członkowie odpowiadający za wydawanie poleceń członkom znajdującym się na niższym poziomie w hierarchii. Osoby podporządkowane, znajdujące się na szczeblu niższym, stanowią szczebel podstawowy. Ich zadaniem jest wykonywanie poleceń wydawanych przez osoby ze szczebla wyższego. Ostatni, najczęściej występujący typ struktury to model składający się z trzech stopni. Najniżej w hierarchii są członkowie, którzy mają za zadanie wykonywać polecenia, zlecane przez członków zorganizowanej grupy przestęp-

<sup>33</sup> Względnie trwałe, przyjęte w danej grupie społecznej sposoby zachowania jednostki społecznej.

<sup>34</sup> O. Krajniak, *op.cit.*, s. 133, 137.

<sup>35</sup> L. Paoli, C. Fijnaut, *Comparative Synthesis of Part II* [w:] C. Fijnaut, L. Paoli (red.), *Organized Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht 2005, s. 608–609.

<sup>36</sup> Nie stopień intensywności występowania danej cechy.

<sup>37</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1989, s. 740.



czej, którzy znajdują się na wyższych stopniach. Drugi poziom to przede wszystkim osoby, które są łącznikami (pośrednikami) między najniższym i najwyższym szczeblem. Osoby tutaj się znajdujące, często pełnią funkcje kierownicze względem członków najniższego szczebla na wyznaczonych terytoriach wpływów. Na najwyższym stopniu są członkowie wydający polecenia, mający największe wpływy w grupie.

Od poziomu zorganizowania trzeba odróżnić kierunek zorganizowania grupy przestępczej. Wyróżnić można kierunek horyzontalny (poziomy) i wertykalny (pionowy)<sup>38</sup>. W kierunku poziomym członkowie grupy nie są w stosunku do siebie podporządkowani, pozostają w identycznych wzajemnych zależnościach, ich poziom organizacyjny jest taki sam. Inaczej jest w kierunku pionowym, gdzie więzi zależności osób przynależących do grupy przestępczej mają charakter podporządkowania. Z podanego podziału można łatwo wywnioskować, iż grupy przestępcze, mające minimum strukturę dwustopniową są zorganizowane w sposób wertykalny. *A contrario* grupy jednostopniowe muszą mieć zawsze kierunek zorganizowania horyzontalny. Decyzje w takich grupach zazwyczaj są podejmowane poprzez wspólne ustalenia członków.

Ze stopniem i kierunkiem zorganizowania grupy przestępczej ściśle związany jest podział funkcji i ról, jakie pełnią poszczególni członkowie. Jednym z najważniejszych kryteriów wyodrębnienia funkcji elementów organizacyjnej grupy przestępczej jest zakres, w jakim członek grupy może podejmować decyzje samodzielnie, jak również, jaki rodzaj zadań jest przez niego realizowany<sup>39</sup>. W większości zorganizowanych grup przestępczych, wyróżnić można trzy rodzaje funkcji, jakie są pełnione przez jej członków<sup>40</sup>:

1. kierownicze – główne zadanie to organizowanie działalności przestępczej grupy, osoby pełniące takie funkcje zazwyczaj nie uczestniczą w popełnianiu przestępstw, stronią od kontaktu z wykonawcami;
2. pośrednie – zajmowanie się bezpośrednio działalnością przestępczą;
3. wykonawcze – wykonawcy poleceń.

---

<sup>38</sup> Wyróżnić można jeszcze inne schematy struktury organizacyjnej (mniej typowe). Są to: struktura gwiazdista – w której występuje centrum dyspozycyjne, z którym są związane inne osoby; struktura siatkowa – nie istnieje jedno centrum dyspozycyjne, ale kilka osób lub zespołów na zasadzie równorzędności jest ze sobą powiązanych; liniowa – w tej strukturze występuje ciąg osób, a między pierwszą i ostatnią osobą nie ma kontaktu bezpośredniego, natomiast jest jeden lub kilku pośredników.

<sup>39</sup> Należy w tym miejscu odróżnić funkcję, jaką członek pełni w zorganizowanej grupie przestępczej od roli, jaką odgrywa on w popełnionych przestępstwach. Role, jakie są wykonywane przez osoby należące do zorganizowanej grupy przestępczej podczas popełniania poszczególnych przestępstw mogą być różne przy każdej okazji, co nie jest jednoznaczne i nie przesądza o rodzaju funkcji, jaką osoba pełni w grupie.

<sup>40</sup> O. Krajniak, *op.cit.*, s. 137.

Funkcje, jakie są pełnione w grupie nie zawsze przekładają się na pełnione role w poszczególnych przestępczych działaniach grupy. Osoba piastująca funkcję kierowniczą w zorganizowanej grupie przestępczej kieruje działaniami przestępczymi. Dzieje się tak z reguły w zorganizowanych grupach przestępczych, które liczebnie można uznać za małe. W zorganizowanych grupach przestępczych, które są większe, niemal nie zdarza się, aby osoba pełniąca funkcję kierowniczą brała udział na etapie wykonawczym. Osoby te uczestniczą tylko w planowaniu i przygotowaniu działań przestępczych. Natomiast do kierowania wykonaniem czynu przestępczego zostają wyznaczone osoby z niższego, a nawet najniższego szczebla. W takich przypadkach funkcja kierownicza całej zorganizowanej grupy przestępczej nie przekłada się na rolę kierującego popełnieniem czynu zabronionego.

Na płaszczyźnie socjologicznej, zorganizowane grupy przestępcze można charakteryzować również pod względem ich przynależności do kategorii grup formalnych lub nieformalnych.

W literaturze reprezentowane są dwojakiemu rodzaju poglądy: zaliczające zorganizowaną grupę przestępczą do grup formalnych, tj. takich, w których członków łączy więzi sformalizowane, a rozkład pozycji i ról jest niezależny od ich obsadzania przez konkretną osobę, a więc względnie trwałe, albo uznające zorganizowane grupy przestępcze za grupy nieformalne, czyli zespół osób pozostających ze sobą w bezpośredniej interakcji, mających wspólny cel, normy i strukturę, nieregulowane formalnymi przepisami i nieskodyfikowane. Prezentowany jest także pogląd, że zorganizowane grupy przestępcze są organizacjami formalnymi, natomiast niezorganizowane – nieformalnymi<sup>41</sup>.

W orzecznictwie dominuje pogląd, że grupa przestępcza jest grupą o charakterze sformalizowanym, ale nie wszyscy członkowie muszą być ze sobą w bezpośrednim kontakcie. Dla przyjęcia, że dany podmiot działa w zorganizowanej grupie przestępczej nie jest konieczna jej wiedza o szczegółach organizacji grupy, znajomość wszystkich osób ją tworzących czy mechanizmów funkcjonowania. Wystarczy gotowość sprawcy do spełnienia zadań służących grupie, której świadomość istnienia ma sprawca<sup>42</sup>.

Aby konkretnej osobie można było przypisać czyn z art. 258 k.k.<sup>43</sup>, muszą zostać zrealizowane wszystkie znamiona czynu. Po pierwsze osoba<sup>44</sup> musi „brać udział” w zorga-

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 80.

<sup>42</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2009 roku, WA 9/09; Rocznik Orzecznictwa Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych 2009/1/752.

<sup>43</sup> Artykuł 258 składa się z typu zasadniczego (§ 1) oraz trzech typów kwalifikowanych (§ 2, 3 i 4).

<sup>44</sup> Przestępstwo ma charakter powszechny. Ustawa nie wymaga od sprawcy żadnych bliżej charakteryzujących go cech.

nizowanej grupie przestępczej lub związku przestępczym. O „braniu udziału” można mówić, iż następuje w sposób bierny (wystarczy udowodnienie, że sprawca wyraża zgodę na wzięcie udziału w grupie, bez jakiegokolwiek dalszej aktywności) lub czynny (popelnienie przynajmniej jednego przestępstwa w ramach przynależności do zorganizowanej grupy przestępczej, aktywność w postaci pomocnictwa, wykonywanie innych czynności niż pomocnictwo)<sup>45</sup>. Aby zniemię to było zrealizowane wystarczy tylko akceptacja zasad panujących w grupie lub związku przestępczym. Ponadto osoba ta musi brać udział w grupie lub związku<sup>46</sup>. W § 3 czynność sprawcza polega na „zakładaniu” albo „kierowaniu” grupą lub związkiem mającym na celu popelnianie przestępstw.

Zakładanie to tyle, co organizowanie, a więc wyszukiwanie kandydatów, składanie propozycji uczestnictwa, obmyślanie struktury i sposobu działania, ustalenie siedziby, uzgodnienie sposobu komunikowania się, wyłonienie przywódców, gromadzenie narzędzi, wprowadzenie systemu zabezpieczeń. Zakładać grupę lub związek przestępczy może jedna osoba, zaś pozostałe już tylko do niego następnie przystępują, bądź też założycielami może być wiele osób, przy czym każda z nich odpowiada za inny element organizacji, względnie też wykonują całość zadań wspólnie<sup>47</sup>.

#### Natomiast kierowanie<sup>48</sup>:

polegać będzie na faktycznym sprawowaniu kontroli nad działalnością związku lub grupy, możliwości wydawania poleceń i podejmowania zasadniczych decyzji. Kierowanie może mieć charakter stały lub przejściowy, kolektywny lub jednoosobowy. Jeżeli struktura grupy lub związku jest bardziej złożona, odpowiedzialność za „kierowanie” powstaje już wtedy, gdy kierujący odpowiada za prawidłowe funkcjonowanie nawet tylko samodzielnego fragmentu tej struktury, który zdolny jest jednak do odrębnego funkcjonowania. Dla odpowiedzialności nie jest konieczne kierowanie całym związkiem lub grupą przestępczą. O ile „zakładanie” jest czynnością rozciągniętą w czasie, mającą jednak, co do zasady swój początek i koniec, którym jest „założenie” grupy lub związku przestępczego, o tyle „kierowanie” jest czynnością o charakterze względnie trwałym, co nie znaczy, iż kierujący nie może zostać zastąpiony w dowolnym momencie przez kogoś innego<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> B. Gadecki, *Branie udziału w zorganizowanej grupie przestępczej*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 68.

<sup>46</sup> Definicje grupy i związku zostały wyjaśnione we wcześniejszym rozdziale.

<sup>47</sup> Z. Cwiakalski, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006.

<sup>48</sup> Kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą polega na wydawaniu poleceń innym członkom grupy, których wykonanie wynika bądź z dobrowolnego podporządkowania się autorytetowi kierującego, ale także jest poparte sankcjami ustalonymi czy to wyraźnie, czy w sposób dorozumiany w ramach zasad działania grupy. Funkcję kierowniczą sprawuje nie tylko kierujący grupą jednoosobowo, ale i osoby kierujące doniosłymi odcinkami działalności grupy choćby krótkotrwale, a nawet jednorazowo przy realizacji zadania (tak SA w Krakowie w wyroku z 2 listopada 2004 r., II AKA 119/04, KZS 2005, z. 3, poz. 24).

<sup>49</sup> *Ibidem*.

Sprawca odpowiada karnie już wtedy, kiedy uczestniczy w „zakładaniu”, a nie dopiero wtedy, gdy grupę lub związek „założy”. Wszystkie przestępstwa mają charakter formalny (bezsuktkowy). Dla ich popełnienia wystarczająca jest sama czynność sprawcy. Nie jest skutkiem przestępstwa z art. 258, lecz samodzielnym przestępstwem popełnienie przez grupę lub związek jakiegoś przestępstwa, dla którego popełnienia zostały powołane. Wszystkie przestępstwa mogą być popełnione wyłącznie umyślnie. W przypadku przestępstwa z § 3 i 4 w rachubę może wchodzić wyłącznie zamiar bezpośredni.

#### IV. Zakończenie

Na gruncie socjologii występuje kontrowersja, czy zorganizowana grupa przestępcza jest grupą społeczną. Przypomnieć należy, że zorganizowana grupa przestępcza tak jak grupa społeczna składa się z minimum 3 osób. Jest to również grupa, która tak jak każda grupa społeczna posiada wspólne wartości i jest oddzielona od innych zbiorowości wyraźną zasadą odrębności. Cechą charakterystyczną takiej zorganizowanej grupy przestępczej jest: istnienie członków, którzy określają cele grupy i identyfikują się z jej zbiorowym priorytetem oraz określone są zadania członków grupy, ich funkcje jak i role, jakie pełnią. Takie same cechy konstytuują grupę społeczną. Dlatego można *explicite* powiedzieć, że zorganizowana grupa przestępcza jest swego rodzaju grupą społeczną (grupa społeczna *sensu largo*). Z punktu widzenia socjologii każda grupa posiada określoną strukturę (makrostrukturę i mikrostrukturę), która jest definiowana przez J. Szczepańskiego jako ułożenie jednostek, ich ról i stosunków w funkcjonalną całość, czyli taką, w której zasady wzajemnego podporządkowania nie utrudniają funkcjonowania grupy<sup>50</sup>. Pomimo niewątpliwych zalet, jakie przyniosłaby ze sobą definicja wypracowana przez judykaturę, Sąd Najwyższy dotychczas nie zdefiniował pojęcia „przestępczości zorganizowanej”, ale w kwestii zorganizowanych grup przestępczych wielokrotnie zabierał głos m.in. w wytycznych z 19 stycznia 1962 r.<sup>51</sup>, gdzie można przeczytać, że zorganizowaną grupą przestępczą mamy do czynienia wówczas, kiedy dojdzie do porozumienia, co najmniej trzech sprawców, gdzie istnieje element organizacji, polegającej na przydzieleniu określonych ról i koordynacji działania uczestników przy popełnieniu przestępstwa.

<sup>50</sup> J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970, s. 90.

<sup>51</sup> Obwieszczenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1962 r. <http://dokumenty.rcl.gov.pl/M1962054026101.pdf> [dostęp: 26.02.2012].

Już z samego faktu, iż w orzecznictwie pojawiają się rozbieżności czy zorganizowana grupa przestępcza musi być założona do popełnienia jednego czy wielu przestępstw, powinna dać do myślenia ustawodawcy, że legalna definicja zorganizowanej grupy przestępczej jest potrzebna w prawie. Przykładem jest Wyrok Sądu Najwyższego Izby Karnej z dnia 16 stycznia 2008 r.<sup>52</sup>, w którym to sędziowie uznali, że:

Ustawodawca nie określił minimalnego czasu wymaganego do wypełnienia znamienia „udziału w zorganizowanej grupie”. Grupa taka może powstać dla popełnienia już tylko jednego przestępstwa<sup>53</sup>.

Inna definicja pojawiła się w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 grudnia 2010 r.

Zorganizowana grupa, (...) posiada trwałą strukturę, czy to pionową – (...), czy poziomą – z reguły ze stałym gronem uczestników koordynujących działalność według ustalonych reguł i tym, że jej grono nie nawiązuje kontaktu dla dokonania pojedynczych przestępstw, lecz z góry zakłada systematyczne popełnienie możliwie wielu przestępstw<sup>54</sup>.

Niewątpliwie definicja legalna zorganizowanej grupy przestępczej powinna zaistnieć w polskim ustawodawstwie na gruncie Kodeksu karnego w art. 115, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości i ułatwić pracę praktyków prawa. Wśród teoretyków prawa, jak i w orzecznictwie sądowym, brak jednej poprawnej definicji zorganizowanej grupy przestępczej. Na koniec chciałabym zaproponować swoją definicję zorganizowanej grupy przestępczej, która będzie zawierać elementy prawa karnego, jak i socjologii. W mojej ocenie zorganizowana grupa przestępcza jest to grupa składająca się z minimum trzech osób, założona do dokonania wielu przestępstw (minimum dwóch), charakteryzująca się zorganizowaniem, a więc posiadająca trwałą strukturę pionową lub poziomą, w swoim postępowaniu charakteryzująca się dążeniem do zdobycia władzy lub osiągnięcia zysków metodami odwołującymi się do przemocy i gwałtu.

---

<sup>52</sup> Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karne z dnia 16 stycznia 2008 r. IV KK 389/2007.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 grudnia 2010 r. II AKa 181/2010.

## *Rozporządzenie (WE) Nr 805/2004 w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*

### Abstract

The purpose of this article is to present problems connected with the introduction of the European Enforcement Order to The European Union Member States. The article presents the changes, which are necessary to adjust the Polish law to the requirements of the EEO. This exhaustive study presents problems of the regulation of the procedure for the issue of the EEO – certificate in Poland. In addition it will be discussed the ordinary and extraordinary appeals and the problem of overruling of an EEO – certificate.

### I. Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie instytucji europejskiego tytułu egzekucyjnego wprowadzonej rozporządzeniem (WE) Nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych<sup>3</sup> (dalej: rozporządzenie ETE). Przedmiotem analizy

---

<sup>1</sup> Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Ustrojowego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz adwokatem w Izbie Adwokackiej w Krakowie.

<sup>2</sup> Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Ustrojowego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz adwokatem w Izbie Adwokackiej w Krakowie.

<sup>3</sup> Dz.U. UE z 2004 L 143/15.

będą kwestie związane ze sposobem rozumienia istoty ETE, zakresem przedmiotowym tego pojęcia i miejscem ETE w systemie prawnym polskiego postępowania cywilnego. Zasadniczo zostaną omówione przepisy normujące wydanie zaświadczenia ETE w Polsce oraz przepisy ustawy z dnia 17 lutego 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego wprowadzające zmiany do polskiego postępowania cywilnego związane z dostosowaniem prawa polskiego do rozporządzenia ETE<sup>4</sup>. Należy zaznaczyć, iż artykuł przedstawia poruszaną problematykę jedynie w zarysie i koncentruje się w głównej mierze na zmianach wprowadzonych do polskiej procedury cywilnej.

Na samym początku wskazać należy, iż rozporządzenie ETE nie wprowadza nowego jednolitego europejskiego tytułu egzekucyjnego, lecz reguluje uzyskiwanie przez krajowe tytuły egzekucyjne zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego pozwalające na ich bezpośrednie wykonywanie w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Nie oznacza to jednak, że wprowadzenie ETE nie miało większego znaczenia. Wręcz odwrotnie, doprowadziło do zacieśnienia współpracy między państwami członkowskimi Unii Europejskiej (za wyjątkiem Danii) oraz swobodnego przepływu orzeczeń<sup>5</sup>. Co więcej wejście w życie w dniu 21 stycznia 2005 r. rozporządzenia ETE doprowadziło do całkowitego zniesienia procedury *exequatur* (art. 5 rozporządzenia ETE). Oznacza to, że orzeczenie któremu nadano zaświadczenie ETE w państwie wydania ma podlegać uznaniu i wykonaniu w każdym państwie członkowskim bez konieczności stwierdzenia jego wykonalności w tym państwie i bez możliwości sprzeciwienia się jego uznaniu (za wyjątkiem ugód sądowych i dokumentów urzędowych). Cała procedura nadania orzeczeniu stwierdzającemu roszczenie bezsporne zostaje zatem przeniesiona do sądu państwa pochodzenia orzeczenia, po zbadaniu przez ten sąd przesłanek wydania zaświadczenia. Jeżeli zatem zostaną spełnione przesłanki nadania zaświadczenia ETE, wierzyciel będzie miał wybór, czy skorzystać z uproszczonej procedury na podstawie rozporządzenia ETE, czy też wykorzystać dotychczasową drogę zmierzającą do wykonania orzeczenia przez zastosowanie rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 66, poz. 466.

<sup>5</sup> Zob. K. Weitz, *Europejski tytuł egzekucyjny dla roszczeń bezspornych*, Warszawa 2009, s. 36.

<sup>6</sup> Dz.U. UE z 2001 L 12, s. 1 ze zm.

## II. Pojęcie europejskiego tytułu egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych

Rozporządzenie ETE nie zawiera definicji europejskiego tytułu egzekucyjnego, niemniej jednak należałoby przyjąć, iż jest to zaświadczenie towarzyszące tytułowi egzekucyjnemu w postaci orzeczenia sądu, ugody zawartej przed sądem lub zatwierdzonej przez sąd<sup>7</sup> oraz innemu tytułowi egzekucyjnemu (przez który rozumie się dokument urzędowy zdefiniowany w art. 4 ust. 3 rozporządzenia ETE)<sup>8</sup>, zapewniające swobodny przepływ takiego orzeczenia, ugody lub dokumentu w całej Unii Europejskiej. Tytuł egzekucyjny musi dotyczyć roszczeń bezspornych w sprawie cywilnej lub handlowej. Przez „roszczenie” należy rozumieć roszczenie o zapłatę konkretnej kwoty pieniężnej, która stała się wymagalna lub dla której termin wymagalności został określony w orzeczeniu, ugodzie sądowej lub dokumencie urzędowym (art. 4 ust. 2 rozporządzenia ETE). Natomiast za „roszczenie bezsporne” rozporządzenie ETE w art. 3 ust. 1 uznaje sytuacje, w których:

- a. dłużnik wyraźnie zgodził się co do niego poprzez uznanie lub w drodze ugody zatwierdzonej przez sąd lub zawartej przed sądem w toku postępowania;
- b. dłużnik nigdy nie wniósł przeciwko niemu sprzeciwu, zgodnie ze stosownymi wymogami proceduralnymi wynikającymi z prawa państwa wydania, w toku postępowania sądowego;
- c. dłużnik nie stawiał się ani nie był reprezentowany na rozprawie sądowej dotyczącej tego roszczenia, po początkowym zakwestionowaniu roszczenia w toku postępowania sądowego pod warunkiem, że takie zachowanie traktuje się jako milczące uznanie roszczenia lub uznanie faktów przedstawianych przez wierzyciela na mocy prawa państwa wydania;
- d. dłużnik wyraźnie zgodził się co do niego w dokumencie urzędowym.

Roszczenie musi zatem mieć charakter pieniężny aby mogło być uznane za bezsporne i spełniać jeden z warunków przedstawionych powyżej. Takimi roszczeniami będą roszczenia o zapłatę konkretnej kwoty wyrażonej w pieniądzu, a także roszczenia płatne

<sup>7</sup> Rozporządzenia ETE nie stosuje się do: ugód zawartych w toku postępowania arbitrażowego (przed sądem polubownym), ugód zawartych przed organem administracji, układu zawartego w toku postępowania upadłościowego i naprawczego.

<sup>8</sup> W polskim porządku prawnym dokumentem urzędowym, któremu można nadać zaświadczenie ETE będzie akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej na zasadzie art. 777 § 1. pkt 4–6 k.p.c. Nie jest natomiast dokumentem urzędowym w rozumieniu rozporządzenia o ETE decyzja administracyjna poprzez brak podpisu dłużnika na dokumencie. Nie można również uznać za dokument urzędowy bankowego tytułu egzekucyjnego, zaopatrzonego później w klauzulę wykonalności.



w ratach o ustalonej w orzeczeniu wysokości np.: roszczenia alimentacyjne albo dożywotnia renta. Nie rozciąga się ono natomiast, na sprawy skarbowe, celne lub administracyjne, ani dotyczące odpowiedzialności państwa za działania i zaniechania w wykonywaniu władzy publicznej. Jak wynika z art. 2 ust. 2 rozporządzenia ETE nie ma ono również zastosowania do stanu cywilnego lub zdolności prawnej osób fizycznych, praw majątkowych wynikających ze stosunków małżeńskich, testamentów i dziedziczenia, upadłości, postępowania związanego z likwidacją niewypłacalnych spółek lub innych osób prawnych, porozumień sądowych, układów, a także innych analogicznych postępowań, ubezpieczeń społecznych oraz arbitrażu.

### III. Zmiany w procedurze cywilnej

Podkreślić należy, iż zmiany wprowadzone przez ustawodawcę polskiego do Kodeksu postępowania cywilnego<sup>9</sup> dotyczące europejskiego tytułu egzekucyjnego miały na celu dostosowanie polskich przepisów do rozporządzenia ETE<sup>10</sup>. Ustawodawca polski odpowiednie regulacje wprowadził w części pierwszej (art. 206 k.p.c.), w części trzeciej dodano Dział IIa Zaświadczenie europejskiego tytułu egzekucyjnego (art. 795<sup>1</sup>–795<sup>5</sup> k.p.c.), a także art. (820<sup>1</sup>–820<sup>2</sup> k.p.c., art. 825 pkt 5 k.p.c., art. 840<sup>3</sup> k.p.c.), w księdze czwartej części trzeciej dodano Tytuł III – Wykonalność orzeczeń sądów państw członkowskich Unii Europejskiej, ugód zawartych przed takimi sądami lub zatwierdzonych przez takie sądy oraz dokumentów urzędowych sporządzonych w tych państwach, opatrzonych zaświadczeniem europejskiego tytułu egzekucyjnego (1153<sup>1</sup>–1153<sup>2</sup> k.p.c.). Wprowadzone zmiany miały zatem na celu m.in. spełnienie wymagań proceduralnych określonych w rozporządzeniu ETE, takich jak określenie sposobu i treści właściwych pouczeń, a także zmiany dotyczące sposobu wydawania zaświadczeń ETE, np.: wskazujące właściwy sąd i jego skład. Wprowadzono również procedury umożliwiające uchylenie postanowienia o wydaniu zaświadczenia ETE, na skutek jego bezzasadności oraz przepisy określające wykonalność orzeczeń, ugód sądowych i dokumentów urzędowych opatrzonych w państwie pochodzenia w zaświadczenie ETE<sup>11</sup>. W tym miejscu należy wskazać,

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

<sup>10</sup> Nastąpiło to poprzez uchwalenie ustawy nowelizującej Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 lutego 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego. Nowelizacja ta weszła w życie w dniu 6 maja 2006 r. wprowadzając do procedury cywilnej przepisy, które stosowane są w uzupełnieniu regulacji rozporządzenia ETE.

<sup>11</sup> J. Gołaczyński, *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 92.

iż w związku z nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r<sup>12</sup>. został dodany art. 1153<sup>3</sup> k.p.c. wprowadzający wyłączenie stosowania przepisów art. 1150–1152 k.p.c. w zakresie dotyczącym wykonalności orzeczeń, ugód oraz dokumentów urzędowych zaopatrzonych w zaświadczenie europejskiego tytułu egzekucyjnego, z uwagi na wprowadzone zmiany Tytułu II części czwartej (Wykonalność orzeczeń sądów państw obcych lub rozstrzygnięć innych organów państw obcych oraz ugód zawartych przed takimi sądami i organami lub przez nie zatwierdzonych).

#### IV. Regulacje prawne dotyczące pouczeń

W celu zapewnienia, gwarantujących ochronę praw dłużnika, minimalnych standardów procedury, nadano nowe brzmienie art. 206 k.p.c. Wynika z niego obowiązek pouczeń strony pozwanej przez sąd o wszystkich aspektach postępowania. Polskie przepisy proceduralne przed nowelizacją (tj. art. 131 i n. k.p.c.) wypełniały standardy dotyczące jedynie doręczenia pozwanemu dokumentu wszczynającego postępowanie. Wśród tych regulacji brak było przepisu, który nakładałby na sąd obowiązek pouczenia pozwanego o niezbędnych czynnościach procesowych, które może on podjąć w celu obrony swych praw. Obecnie w świetle art. 206 § 2 k.p.c. sąd ma obowiązek równocześnie z doręczeniem pozwu i wezwaniem na pierwszą rozprawę pouczyć pozwanego o:

1. czynnościach procesowych, które może lub powinien podjąć, jeśli nie uznaje żądania pozwu w całości lub w części, w szczególności o możliwości lub obowiązku wniesienia odpowiedzi na pozew, w tym o obowiązujących w tym zakresie wymaganiach, co do terminu i formy lub o możliwości przedstawienia swoich wniosków, twierdzeń i dowodów na rozprawie;
2. skutkach niepodjęcia takich czynności, w szczególności o możliwości wydania przez sąd wyr. zaocznego i warunkach jego wykonalności oraz obciążenia pozwanego kosztami postępowania;
3. możliwości ustanowienia przez pozwanego pełnomocnika procesowego i braku obowiązkowego zastępstwa przez adwokata lub radcę prawnego.

Powyższe pouczenia stosuje się odpowiednio, na podstawie art. 13 § 2 k.p.c., do wszystkich spraw cywilnych, bez względu na ich przedmiot oraz tryb, w którym są one rozpoznawane. Brak powyższego pouczenia może skutkować nawet nieważnością postępowania na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c., ze względu na brak zagwarantowania stronie prawa

---

<sup>12</sup> Dz.U. Nr 234, poz. 1571. Ustawa weszła w życie 1 lipca 2009 r.

do obrony<sup>13</sup>. Aby więc wydane w Polsce orzeczenia, o których mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia ETE, mogły w przyszłości być zaopatrywane w zaświadczenie ETE i w ten sposób łatwiej stać się wykonalne w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, niezbędne było wprowadzenie do polskiej procedury cywilnej w zakresie udzielanych pouczeń standardu zgodnego z przepisami rozporządzenia ETE.

Jeżeli chodzi o prawidłowość implementacji rozporządzenia ETE do prawa polskiego, to na gruncie art. 206 k.p.c. pojawiają się pewne wątpliwości. Artykuł 206 § 2 pkt 1 k.p.c. uwzględnia specyficzne wymogi dotyczące pouczenia o wniesieniu odpowiedzi na pozew w stosunku do niektórych rodzajów postępowań odrębnych. W postępowaniu nakazowym będzie to obowiązek pozwanego do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty w terminie dwutygodniowym od otrzymania pozwu na podstawie art. 491 § 1 k.p.c.<sup>14</sup> Podobnie będzie przy nakazie zapłaty w postępowaniu upominawczym – poprzez złożenie sprzeciwu na podstawie art. 502 k.p.c. Natomiast w postępowaniu uproszczonym będzie to obowiązek pouczenia pozwanego o powinności sporządzenia odpowiedzi na pozew na urzędowym formularzu na podstawie art. 505<sup>2</sup> k.p.c.

Nadto zwrócić należy uwagę, iż art. 206 k.p.c. wyłącza stosowanie art. 5 k.p.c., zgodnie z którym: „W razie uzasadnionej potrzeby sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych”.

Wynika to z faktu, iż art. 206 k.p.c. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 5 k.p.c. i w związku z tym od obowiązku pouczenia, co do czynności procesowych nie wyłącza nawet fakt reprezentowania stron przez adwokata lub radcę prawnego. Pozwala to na wyprowadzenie wniosku, iż przesłanie tylko samej treści art. 206 k.p.c. nie pozwala na uznanie, że pozwany otrzymał odpowiednie pouczenie. Tym samym wyłącza możliwość wydania zaświadczenia ETE bez dokonania odpowiednich pouczeń proceduralnych w stosunku do dłużnika, ze względu na niespełnienie minimalnych standardów proceduralnych wymaganych przez rozporządzenie ETE<sup>15</sup>.

W praktyce pojawiała się również inna wątpliwość związana z pouczeniem pozwanego zgodnie z art. 206 k.p.c. Miała ona miejsce, gdy pozwany mieszkał w innym państwie członkowskim. W takim przypadku zgodnie z art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. należało pouczyć pozwanego o możliwości ustanowienia pełnomocnika procesowego, a w razie jego nieustano-

<sup>13</sup> Tak też: M. Arciszewski, *Europejski Tytuł Egzekucyjny w teorii i praktyce*, Warszawa 2007, s. 92–93.

<sup>14</sup> Por. J. Gołaczyński, *op.cit.*, s. 93.

<sup>15</sup> Zob. T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2012, s. 986–987; K. Weitz, *op.cit.*, s. 221–228.

wienia o konieczności wskazania pełnomocnika do doręczeń, pod rygorem pozostawienia pism przeznaczonych dla pozwanego w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia. W takiej sytuacji należało pouczyć stronę zarówno o treści, jak i konsekwencjach wynikających z art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. oraz art. 206 k.p.c. Jednakże w związku z wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-325/11 *Krystyna Alder i Ewal Adler vs. Sabuna Orłowska i Czesław Orłowski* obowiązek wyznaczenia pełnomocnika do doręczeń pod rygorem pozostawienia pism w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia przez stronę zamieszkałą lub mającą miejsce pobytu poza terytorium Rzeczypospolitej ale w innym państwie członkowskim, określony w art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. został uznany za sprzeczny z rozporządzeniem nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2001 r. dotyczącym doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczanie dokumentów”) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000<sup>16</sup>. Bezpośrednią konsekwencją komentowanego wyroku stanowi stwierdzenie niezgodności art. 1135<sup>5</sup> k.p.c. z prawem unijnym. Z tego względu zachodzi pilna potrzeba wprowadzenia zmian w przepisach dotyczących stron mających miejsce zamieszkania, zwykłego pobytu lub siedzibę w państwie członkowskim UE innym niż Polska<sup>17</sup>.

## V. Procedura wydania zaświadczenia ETE

### 1. Przebieg postępowania

Postępowanie o wydanie zaświadczenia ETE wszczynane jest na wniosek wierzyciela. Ze względu na brak szczególnych unormowań w tym zakresie zarówno w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, jak i rozporządzeniu ETE, należy przyjąć, że wniosek powinien, odpowiadać wymogom przewidzianym dla każdego pisma procesowego wskazanym w art. 126 k.p.c. Jeżeli dotyczy on tytułu innego niż orzeczenie sądu bądź zawartej przed nim lub zatwierdzonej ugody, to do wniosku powinien być załączony także tytuł egzekucyjny. Sąd dokonując wstępnej analizy wniosku o nadanie zaświadczenia ETE musi najpierw ustalić, czy będzie mieć zastosowanie rozporządzenie ETE, a dokładniej, czy mieści się w jego zakresie zastosowania. Będzie to zależało od oceny zakresu przedmiotowego, podmiotowego, terytorialnego i czasowego rozporządzenia ETE, a także czy orzeczenie, ugoda sądowa lub dokument urzędowy, którego dotyczy,

<sup>16</sup> Dz.U. UE z 2007 L 324, s. 79.

<sup>17</sup> Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Sejm RP VII kadencji Nr druku: 1272).

będzie spełniało kryterium roszczenia bezspornego. Jeżeli orzeczenie, ugoda sądowa lub dokument urzędowy odpowiada wymaganiom rozporządzenia ETE tylko w niektórych swych częściach, wtedy zaświadczenie ETE wystawiane jest tylko dla tych części orzeczenia, tzw. częściowy Europejski Tytuł Egzekucyjny zgodnie z dyspozycją art. 8 rozporządzenia ETE. Do wydania częściowego zaświadczenia ETE nie jest potrzebny osobny wniosek strony, ponieważ sąd bada z urzędu przesłanki wydania ETE oceniając: czy zostały one spełnione co do całości roszczenia, czy tylko co do jego określonej części. Rozporządzenie o ETE przewiduje również możliwość wydania zaświadczenia ETE odnośnie tej części orzeczenia, która dotyczy kosztów związanych z postępowaniem sądowym. Zgodnie z art. 7 rozporządzenia ETE, jeżeli orzeczenie zawiera wykonalną decyzję w sprawie kwoty kosztów związanych z postępowaniem sądowym, w tym odsetek, należy nadać mu zaświadczenie ETE chyba, że dłużnik wyraźnie sprzeciwił się obowiązkowi poniesienia tych kosztów w toku postępowania sądowego, zgodnie z przepisami prawa państwa wydania.

Kwestią budzącą pewne wątpliwości zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie okazała się problematyka dotycząca zakresu czasowego stosowania rozporządzenia ETE. Rozporządzenie ETE ma zastosowanie tylko do orzeczeń wydanych po dniu 21 stycznia 2005 r., zgodnie z art. 26 rozporządzenia ETE. Natomiast z wnioskiem o wydanie zaświadczenia ETE można zwracać się do sądu dopiero od dnia 21 października 2005 r. zgodnie z art. 33 rozporządzenia ETE<sup>18</sup>. Właśnie te przepisy wzbudziły najwięcej wątpliwości. Z jednej strony pojawił się pogląd, że rozporządzenie ETE może znaleźć wyłącznie zastosowanie w sprawach, w których pozew został wniesiony do sądu po 21 stycznia 2005 r., a orzeczenie zostało wydane po 21 października 2005 r. Z drugiej strony powstały wątpliwości, czy rozporządzenie ETE ma zastosowanie wyłącznie do orzeczeń, ugód sądowych oraz dokumentów urzędowych wydanych po wejściu w życie rozporządzenia ETE, czy od dnia jego stosowania. Powyższe wątpliwości absolutnie nie powinny się pojawiać, ponieważ zgodnie z art. 26 w zw. z art. 33 rozporządzenia ETE właściwe jest tu przyjęcie, że datą graniczną jest 21 stycznia 2005 r.<sup>19</sup>. Zatem wydaje się, iż jedynym wymogiem, który ma znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy rozporządzenie ETE może być w określonym wypadku zastosowane, jest wydanie orzeczenia, ugody sądowej albo dokumentu urzędowego po dniu 21 stycznia 2005 r. Natomiast inne wymogi, takie jak: data wniesienia pozwu, wniosku lub innego dokumentu wszczynającego postępowanie, czy też data zawarcia ugody zatwierdzonej przez sąd po 21 stycznia 2005 r. – pozostają bez wpływu

---

<sup>18</sup> J. Gołaczyński, *op.cit.*, s. 239.

<sup>19</sup> Tak też: M. Arciszewski, *op.cit.*, s. 45.

na możliwość zastosowania rozporządzenia ETE. Takie też stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie I BP 23/08, który stwierdził, że:

Jest niesporne, że nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym został wydany przez Sąd pierwszej instancji dnia 16 marca 2005 r., a zatem po dniu wejścia w życie rozporządzenia. W konsekwencji należy stwierdzić, że rozporządzenie to ma zastosowanie do „orzeczenia wydanego” w dniu 16 marca 2005 r. Wykładni tej nie sprzeciwia się art. 33 akapit drugi rozporządzenia, zgodnie z którym „niniejsze rozporządzenie stosuje się od dnia 21 października 2005 r., z wyłączeniem art. 30, 31 i 32, które stosuje się od dnia 21 stycznia 2005 r.”. Ten ostatni przepis należy bowiem rozumieć w ten sposób, że wierzyciele od dnia 21 października 2005 r. mogą żądać wydania zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego dla stwierdzających ich roszczenia orzeczeń sądowych, między innymi takich jak w niniejszej sprawie, wydanych po dniu 21 stycznia 2005 r.

Przemawia za takim stanowiskiem także postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku w sprawie I ACz 92/09:

Nie może być wydane zaświadczenie europejskiego tytułu egzekucyjnego na podstawie rozporządzenia (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europy i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych (Dz. Urz. UE. L.2004 nr 143, str. 15) w odniesieniu do nakazu zapłaty, który w części bezspornej uprawomocnił się przed jego wejściem w życie.

Odnosząc się natomiast do właściwości sądu w zakresie wydania zaświadczenia ETE, należy odwołać się do przepisu art. 795<sup>1</sup> k.p.c., zgodnie z którym właściwość ta uzależniona jest od rodzaju tytułu egzekucyjnego, a w szczególności od tego czy jest to tytuł egzekucyjny w postaci orzeczenia sądu, ugody zawartej przed sądem lub zatwierdzonej przez sąd czy też inny tytuł egzekucyjny. Do pierwszej grupy tytułów egzekucyjnych należą: orzeczenia sądowe tj. wyroki, postanowienia (w tym również postanowienia o ustaleniu kosztów procesu, które może wydawać zarówno sąd jak i referendarz sądowy), nakazy zapłaty. Zatem podsumowując ten wątek, będą to wszelkiego rodzaju orzeczenia sądów powszechnych zapadłe w postępowaniu cywilnym lub karnym, prawomocne lub natychmiast wykonalne, w tym orzeczenia wydane przez referendarza sądowego, ugody sądowe zawarte w postępowaniu karnym i cywilnym oraz ugody pozasądowe zatwierdzone przez sąd powszechny. To ostatnie sformułowanie odnosi się do ugód zawartych przed komisjami pojednawczymi w zakładzie pracy oraz do ugód zawartych przed mediatorem<sup>20</sup>. Zgodnie z art. 795<sup>1</sup> § 1 k.p.c. dla wymienionej

---

<sup>20</sup> A. Marciniak, *Zaświadczenie europejskiego tytułu egzekucyjnego* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz do artykułów 506–1088*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2006, s. 687.

powyżej grupy tytułów egzekucyjnych wydanie zaświadczenia ETE jest możliwe, jeżeli spełniają one warunki określone w „przepisach odrębnych”, tj. przepisach rozporządzenia ETE. Do drugiej grupy, czyli do innych tytułów egzekucyjnych należą tytuły egzekucyjne sporządzone w formie dokumentów urzędowych. Definicja dokumentu urzędowego określona została w art. 4 ust. 3 rozporządzenia ETE. Takimi tytułami są akty notarialne wymienione w art. 777 § 1. pkt 4–6 i § 2 k.p.c. Natomiast nie są nimi bankowe tytuły egzekucyjne<sup>21</sup> oraz decyzje administracyjne. Wydanie dla tej grupy tytułów egzekucyjnych zaświadczenia ETE możliwe jest wówczas, gdy tytuły te spełniają warunki określone w rozporządzeniu ETE. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że wydanie zaświadczenia ETE jest niedopuszczalne, w szczególności co do tytułów egzekucyjnych w postaci wyroków i ugód pochodzących od sądu polubownego (zgodnie z treścią art. 2 ust. 2 pkt b i d rozporządzenia ETE). Dla pierwszej grupy tytułów egzekucyjnych właściwy jest sąd, który wydał orzeczenie albo przed którym została zawarta ugoda lub który zatwierdził ugodę na podstawie art. 795<sup>1</sup> § 1 k.p.c. W związku z tym, właściwy funkcjonalnie może być zarówno sąd rejonowy jak i sąd okręgowy rozpoznający sprawę w pierwszej instancji<sup>22</sup>. Dla drugiej grupy, tj. innych tytułów egzekucyjnych właściwy jest na podstawie art. 795<sup>1</sup> § 2 k.p.c. sąd rejonowy, w którego okręgu tytuł egzekucyjny został sporządzony. Sąd, który wydał zaświadczenie ETE jest również właściwy do rozstrzygnięcia o uchyleniu lub sprostowaniu tego zaświadczenia (art. 795<sup>4</sup> § 1 k.p.c. i art. 10 ust. 1–3 rozporządzenia ETE). Przy czym zgodnie z dyspozycją art. 795<sup>2</sup> k.p.c., w przedmiocie wydania zaświadczenia ETE sąd orzeka w składzie jednego sędziego, niezależnie od tego, w jakim składzie rozpoznał sprawę. Wydanie zaświadczenia ETE następuje w drodze postanowienia. Do postanowień w przedmiocie wydania zaświadczenia ETE należą zarówno postanowienia o wydaniu zaświadczenia, o odmowie jego wydania, jak i postanowienia o uchyleniu zaświadczenia. Ustawodawca nie rozstrzygnął, czy wydanie postanowienia w przedmiocie wydania zaświadczenia ETE powinno nastąpić na posiedzeniu jawnym, czy dopuszczalne jest wydanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, wobec braku wyraźnej regulacji w tym zakresie należy odwołać się do przepisów postępowania egzekucyjnego, a dokładnie do art. 766 k.p.c. zgodnie, z którym:

<sup>21</sup> Inaczej: M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz do artykułów 506–1217*, Warszawa 2007, s. 487 oraz A. Marciniak, *op.cit.*, s. 687.

<sup>22</sup> Zob. M. Radwan, *Praktyczne problemy postępowania o wydanie zaświadczenia o Europejskim Tytule Egzekucyjnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 11, s. 17.

Sąd rozpoznaje sprawy egzekucyjne na posiedzeniu niejawnym, chyba że zachodzi potrzeba wyznaczenia rozprawy albo wysłuchania na posiedzeniu stron lub innych osób. W sprawach tych sąd wydaje orzeczenia w formie postanowień.

Skomentować trzeba jeszcze kwestię przesłanek, których spełnienie wymagane jest do wydania zaświadczenia ETE bądź stanowiące podstawę do odmowy jego wydania. Ich analiza prowadzi do wniosku, że w postępowaniu o wydanie zaświadczenia ETE sąd dokonuje ich oceny na podstawie akt postępowania. Jeżeli tytuł egzekucyjny spełnia tylko częściowo wymagania rozporządzenia ETE, wydaje się częściowy ETE na podstawie art. 8 w zw. z art. 24 ust. 3 i art. 25 ust. 3 rozporządzenia ETE. Jeżeli roszczenie pieniężne nie jest bezsporne lub zachodzą inne okoliczności uniemożliwiające wydanie zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego, sąd na podstawie art. 795<sup>3</sup> § 1 k.p.c. wydaje postanowienie o odmowie wydania zaświadczenia ETE, które doręcza się wyłącznie wierzycielowi. Przyjęte rozwiązanie należy ocenić jako właściwe, skoro z postanowienia o odmowie wydania zaświadczenia ETE nie wynikają dla dłużnika żadne negatywne konsekwencje. Natomiast ze względu na brak wyraźnego uregulowania dotyczącego postanowienia uwzględniającego wniosek o wydanie zaświadczenia ETE, doręcza się je z urzędu obu stronom (tj. wierzycielowi i dłużnikowi) na zasadach ogólnych, wynikających z art. 357 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Z kolei przepis art. 795<sup>4</sup> § 2 k.p.c. stanowi, że dłużnik może zgłosić wniosek o uchylenie zaświadczenia ETE w terminie miesięcznym od dnia doręczenia mu postanowienia o wydaniu zaświadczenia ETE. Stanowisko to nie zasługuje na aprobatę, ponieważ umożliwia ono dłużnikowi przygotowanie się do egzekucji i podjęcie działań mających na celu uszczuplenie lub całkowite wyzbycie się posiadanego majątku. Zatem przy wydawaniu zaświadczenia ETE ustawodawca odszedł od rozwiązania zastosowanego przy nadawaniu klauzuli wykonalności, gdzie termin do wniesienia zażalenia biegnie dla dłużnika od daty doręczenia mu zawiadomienia o wszczęciu egzekucji (art. 795 § 2 k.p.c.). Jest to związane z faktem, iż postanowienia o nadaniu klauzuli wykonalności nie doręcza się dłużnikowi. Postanowienie takie doręcza się dłużnikowi dopiero wraz z zawiadomieniem o wszczęciu egzekucji, ze względu na fakt, iż dłużnik nie jest uczestnikiem postępowania o nadanie klauzuli wykonalności. Tak więc jedynie ustanowienie przez dłużnika pełnomocnika procesowego, będzie powodować, że wystarczające będzie doręczenie postanowienia o wydaniu zaświadczenia ETE do jego rąk (art. 91 pkt 2 k.p.c.). Przy czym sąd doręczając odpis postanowienia dłużnikowi będzie musiał stosować procedurę dotyczącą doręczeń wskazaną w rozporządzeniu Nr 1393/2007. Stąd też wydając postanowienie o wydaniu wykonalnemu orzeczeniu, ugodzie sądowej lub dokumentowi urzędowemu zaświadczenia ETE, sąd powinien do niego załączyć wypełniony w języku polskim formularz zaświadczenia ETE, stanowiący załącznik numer I, II lub III do rozporządzenia ETE, w zależności od tego, w jaki rodzaj



tytułu egzekucyjnego zaopatrywane jest zaświadczenie ETE. Zgodnie, z art. 9 ust. 2 rozporządzenia ETE zaświadczenie sporządza się w takim języku, w jakim sporządzone zostało orzeczenie, ugoda sądowa lub dokument urzędowy, a odpis postanowienia sąd doręcza wierzycielowi wraz z zaświadczeniem ETE<sup>23</sup>.

## 2. Zażalenie

Kolejną kwestią uregulowaną w art. 795<sup>3</sup> k.p.c. jest problematyka dotycząca zażalenia. Z artykułu 795<sup>3</sup> § 2 k.p.c. wynika, że na postanowienia o odmowie wydania zaświadczenia ETE przysługuje zażalenie tylko i wyłącznie wierzycielowi w terminie 7 dni od dnia doręczenia postanowienia. Takie rozwiązanie wydaje się właściwe, ze względu na brak interesu dłużnika w skarżeniu takiego postanowienia. Uwzględniając, że wniosek podlega opłacie sądowej w wysokości stałej, wynoszącej 50 zł (art. 71 pkt 8 u.k.s.c.), należy przyjąć, że zażalenie na postanowienie o odmowie wydania zaświadczenia ETE będzie podlegało opłacie w kwocie 30 zł na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 u.k.s.c. w zw. z art. 20 ust. 1 u.k.s.c. W przypadku uwzględnienia zażalenia sąd wyda zaświadczenie ETE na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. Na postanowienie o wydaniu zaświadczenia ETE nie przysługuje zażalenie, ani inny środek zaskarżenia. W tym zakresie znajduje zastosowanie art. 10 ust. 4 rozporządzenia ETE, który stanowi, że od wydania zaświadczenia ETE nie przysługuje żadne odwołanie. Nie oznacza to jednak, że dłużnik nie dysponuje żadnymi środkami ochrony prawnej, ponieważ może on wystąpić z żądaniem sprostowania lub uchylenia zaświadczenia ETE.

## 3. Środki zaskarżenia nadzwyczajne

Punktem wyjścia do rozważań nad możliwością wniesienia środka zaskarżenia nadzwyczajnego jest odpowiedź na pytanie, czy w ogóle dopuszczalne jest złożenie przez wierzyciela skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu drugiej instancji odmawiającego wydania zaświadczenia ETE? Odpowiadając na to pytanie stwierdzić należy, iż nie jest dopuszczalne złożenie skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu drugiej instancji odmawiającego wydania zaświadczenia ETE wobec faktu, iż przepisy dotyczące wydania zaświadczenia ETE uregulowane zostały w części poświęconej procedurze egzekucyjnej, są więc postanowieniami z zakresu postępowania egzekucyjnego i dotyczą tego postępowania. Do zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego będzie więc mieć zastosowanie

---

<sup>23</sup> Z. Miczek, *Europejski Tytuł Egzekucyjny – postępowanie sądowe*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2006, nr 9, s. 50.

art. 767<sup>4</sup> § 2 k.p.c., zgodnie z którym: „na postanowienie Sądu drugiej instancji wydane po rozpoznaniu zażalenia, skarga kasacyjna nie przysługuje” (tak też: Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie IV CZ 113/09<sup>24</sup>).

Nie jest również możliwe złożenie skargi o niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia wobec brzmienia art. 767<sup>4</sup> § 3 k.p.c. W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie II CNP 76/10:

1. Uzyskanie prejudykatu stwierdzającego, że prawomocne orzeczenie, które wyrządziło szkodę jest niezgodne z prawem, jest warunkiem dochodzenia odszkodowania od Skarbu Państwa tylko w przypadku tych orzeczeń sądowych, co do których można wnieść skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, tj. wyroków, postanowień w postępowaniu nieprocesowym orzekających co do istoty sprawy kończących postępowanie w sprawie oraz innych orzeczeń w stosunku do których przepisy szczególne przewidują możliwość wniesienia takiej skargi, np. w art. 1148<sup>1</sup> § 3 k.p.c., czy art. 1151<sup>1</sup> § 3 k.p.c. W przypadku pozostałych prawomocnych orzeczeń – co do których nie jest dopuszczalna skarga o stwierdzenie ich niezgodności z prawem – nie jest konieczne uzyskanie takiego prejudykatu jako warunku dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej od Skarbu Państwa. 2. Wprawdzie postępowanie klauzulowe jest postępowaniem specyficznym w tym sensie, że stanowi swego rodzaju pomost pomiędzy postępowaniem rozpoznawczym i egzekucyjnym, to jednak przyjąć należy, że jest objęte normą zawartą w art. 767<sup>4</sup> § 3 k.p.c.

Należy jedynie nadmienić, iż przed zmianą Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 22 lipca 2010 r., która weszła w życie z dniem 25 września 2010 r.<sup>25</sup> (zmiany objęły m.in. przepisy dotyczące skargi o niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia, uregulowane w postępowaniu rozpoznawczym k.p.c., oraz zmiany § 3 art. 767<sup>4</sup> k.p.c.) istniała możliwość złożenia skargi o niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia w celu uzyskania prejudykatu warunkującego dochodzenie odszkodowania od Skarbu Państwa. Obecnie nie ma już takiej potrzeby i w przypadku poniesienia szkody na skutek nie wydania zaświadczenia ETE można dochodzić swych praw od Skarbu Państwa bezpośrednio w powództwie o odszkodowanie.

<sup>24</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie IV CZ 113/09: „Przepis art. 767<sup>4</sup> § 2 k.p.c. rozstrzyga o tym kiedy skarga kasacyjna jest dopuszczalna zarówno we właściwym postępowaniu egzekucyjnym, jak i w postępowaniu w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności. Podobne stanowisko należy przyjąć także wówczas, gdy skarga kasacyjna została wniesiona na postanowienie Sądu drugiej instancji, podjęte po rozpoznaniu zażalenia na postanowienie odmawiające wydanie zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego (art. 7951–7955 k.p.c.) Przepisy te są postanowieniami z zakresu postępowania egzekucyjnego, ulokowanymi w części trzeciej k.p.c. i dotyczącej tego postępowania. Do zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego ma zastosowanie także art. 767<sup>4</sup> § 2 k.p.c., który stanowi, iż na postanowienie Sądu drugiej instancji wydane po rozpoznaniu zażalenia, skarga kasacyjna nie przysługuje”.

<sup>25</sup> Dz.U. Nr 155, poz. 1037.

Nadto, rozważenia wymaga kwestia dopuszczalności skargi o wznowienie postępowania. Zgodnie z art. 399 k.p.c.:

§ 1. W wypadkach przewidzianych w dziale niniejszym można żądać wznowienia postępowania, które zostało zakończone prawomocnym wyrokiem. § 2. Na podstawie określonej w art. 401<sup>1</sup> postępowanie może być wznowione również w razie zakończenia go postanowieniem.

Regulację z art. 399 § 1 k.p.c. należy rozumieć w ten sposób, że wznowienie postępowania służy w stosunku do prawomocnych orzeczeń rozstrzygających sprawę co do istoty (merytorycznych), a więc w stosunku do wyroków, nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym i upominawczym oraz postanowień co do istoty sprawy w trybie nieprocesowym. Można również żądać wznowienia postępowania zakończonego postanowieniem w przedmiocie uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia sądu zagranicznego<sup>26</sup>. Wobec powyższego należy przyjąć, że chociaż postanowienie sądu drugiej instancji oddalające wniosek wierzyciela o wydanie zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego jest postanowieniem merytorycznym (musi spełniać określone warunki przewidziane w przepisach rozporządzenia ETE – art. 795<sup>1</sup> § 1 k.p.c.) i prawomocnym, to jednak nie wydaje się możliwe wznowienie postępowania na jego podstawie wobec dyspozycji art. 399 § 1 k.p.c. Kolejną kwestią, nad którą należy się zastanowić, jest możliwość wznowienia postępowania na podstawie art. 399 § 2 k.p.c. i tym samym oparcie skargi na ustawowej podstawie wznowienia wynikającej z art. 401<sup>1</sup> k.p.c.

Można żądać wznowienia postępowania również w wypadku, gdy Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego zostało wydane orzeczenie.

Możliwe jest bowiem przyjęcie, że regulacja zawarta w art. 399 § 2 k.p.c. odnosi się właśnie do postępowań zakończonych wydaniem postanowień kończących postępowanie w sprawach egzekucyjnych, takich jak postępowanie w sprawie wydania zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego, chociażby ze względu na brzmienie art. 13 § 2 k.p.c., który odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów o procesie (którego dotyczy wprost art. 399 § 2 k.p.c.). Dlatego też nie można wykluczyć dopuszczalności wznowienia postępowania zakończonego oddaleniem przez sąd drugiej instancji wniosku

<sup>26</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1973 r. w sprawie I CZ 152/72, M. P. Wójcik, *Komentarz do art. 399 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Jakubecki (red.), J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, Warszawa 2008.

o wydanie zaświadczenia ETE<sup>27</sup>. Nasuwa się więc pytanie, czy możliwe jest wniesienie skargi o wznowienie w sytuacji gdy podstawą wydania orzeczenia był akt wspólnotowy prawa pochodnego?<sup>28</sup> Ponieważ kwestia badania przez Trybunał Konstytucyjny aktów wspólnotowego prawa pochodnego pozostawała do tej pory nierozstrzygnięta, zatem nie było możliwe na tej podstawie żądać wznowienia postępowania. Jednakże w świetle przełomowego wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie SK 45/09, w którym:

Trybunał Konstytucyjny stwierdza zatem, że rozporządzenie unijne wykazuje cechy aktu normatywnego w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. (...) rozporządzenia unijne, jako akty normatywne, mogą być poddane kontroli ich zgodności z Konstytucją w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną<sup>29</sup>,

stało się możliwe na podstawie art. 399 § 2 k.p.c. w zw. z art. 401<sup>1</sup> k.p.c. wznowienie postępowania w przypadku niezgodności rozporządzenia unijnego z Konstytucją. Zatem

<sup>27</sup> Zob. D. Zawistowski, *Komentarz do art. 399 k.p.c.* [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), J. Iwułski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Artykuły 367–505(37)*, Warszawa 2010.

<sup>28</sup> Przepisy stanowiące przez organizację międzynarodową ukonstytuowaną na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Prawo pochodne Unii Europejskiej (wtórne) znajduje unormowanie w art. 288 Traktatu z Lizbony. Prawo wtórne jest tworzone przez instytucje Unii Europejskiej na podstawie prawa pierwotnego. Wyróżnia się pięć kategorii aktów prawnych tj.: rozporządzenia bezpośrednio stosowane, mają charakter wiążący, adresatami mogą być zarówno państwa, jak i jednostki (zasięg ogólny) oraz dotyczą nieokreślonej liczby przypadków/sytuacji (charakter abstrakcyjny), dyrektywy, decyzje, zalecenia, opinie.

<sup>29</sup> Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie SK 45/09: „W postępowaniach przed sądami krajowymi, jednostki (osoby fizyczne i prawne) mogą powoływać się na normy rozporządzeń unijnych i wywodzić z nich swoje prawa (...). Mając na uwadze powyższe, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że rozporządzenia unijne mogą zawierać normy, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej orzeka ostatecznie o wolnościach lub prawach albo o obowiązkach jednostek, określonych w Konstytucji (...). W konkluzji należy stwierdzić, że rozporządzenia unijne, jako akty normatywne, mogą być poddane kontroli ich zgodności z Konstytucją w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną. Okoliczność, że są to akty prawa unijnego, jakkolwiek stanowiące również część polskiego porządku prawnego, wpływa na specyfikę tej kontroli sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny. (...) Wobec wskazanej pozycji Konstytucji jako najwyższego prawa Rzeczypospolitej, dopuszczalne jest badanie zgodności z nią norm rozporządzeń unijnych. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę na konieczność rozróżnienia, z jednej strony, badania zgodności aktów unijnego prawa pochodnego z traktatami, czyli prawem pierwotnym Unii, a z drugiej strony, badania ich zgodności z Konstytucją. Organem, który decyduje ostatecznie o zgodności rozporządzeń unijnych z traktatami jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a o zgodności z Konstytucją – Trybunał Konstytucyjny”.

należy stwierdzić, iż przełomowość przywołanego orzeczenia wynika z faktu, iż jest to pierwsze orzeczenie polskiego Trybunału Konstytucyjnego, w którym ten uznał się kompetentnym do badania konstytucyjności aktów prawa instytucji Unii Europejskiej, które mają charakter generalny i abstrakcyjny. Takim właśnie aktami są rozporządzenia unijne, ponieważ adresatami norm rozporządzeń są nie tylko państwa członkowskie i ich organy, lecz także jednostki (podmioty prawa). W świetle powyższego stwierdzić należy, że skarga o wznowienie oparta na ustawowej podstawie wznowienia z art. 401<sup>1</sup> k.p.c. byłaby dopuszczalna w sytuacji, gdyby podstawę orzeczenia stanowiło rozporządzenie ETE (przepis prawa na podstawie którego wydane zostało orzeczenie), następnie uznany przez TK za niezgodny z Konstytucją. Taka sytuacja stwarzałaby zatem możliwość ponownego rozpatrzenia sprawy przez sąd i możliwość uchylecia lub zmiany niekorzystnego orzeczenia. Oczywiście warunkiem możliwości rozpatrywania skargi o wznowienie postępowania będzie spełnienie obu wymagań określonych w art. 410 § 1 k.p.c., czyli zachowania terminu do jej wniesienia oraz oparcia skargi na ustawowej podstawie wznowienia. Stwierdzenie braku chociażby jednej z tych przesłanek prowadzi do odrzucenia skargi.

#### 4. Uchylenie wydanego zaświadczenia ETE

Następnym zagadnieniem unormowanym przez k.p.c. jest problematyka uchylecia już wydanego zaświadczenia ETE wynikająca z art. 795<sup>4</sup>k.p.c. Podstawy uchylecia zaświadczenia ETE określają przepisy rozporządzenia ETE. Zgodnie z jego art. 10 ust. 1 lit. b uchylecie może nastąpić, gdy zaświadczenie ETE zostało nadane oczywiście bezzasadnie, biorąc pod uwagę wymogi ustanowione rozporządzeniem ETE. Do uchylecia zaświadczenia ETE, zgodnie z art. 10 ust. 2 rozporządzenia, stosuje się prawo państwa członkowskiego, w którym zaświadczenie zostało wydane. Sądem właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie uchylecia zaświadczenia jest sąd, który je wydał (art. 795<sup>4</sup> § 1 k.p.c.). Uchylecie zaświadczenia ETE następuje na wniosek dłużnika złożony na formularzu stanowiącym załącznik VI do rozporządzenia ETE w terminie miesiąca od doręczenia dłużnikowi postanowienia o wydaniu zaświadczenia ETE (art. 795<sup>4</sup> § 2 k.p.c.). Jeżeli nie jest sporządzony na takim formularzu, to powinien on spełniać wymogi przewidziane dla pisma procesowego wynikające z przepisów postępowania cywilnego (art. 795<sup>4</sup> § 3 k.p.c.) oraz wskazywać okoliczności uzasadniające wniosek. Spóźniony wniosek sąd powinien odrzucić. Przed rozstrzygnięciem o uchyleciu zaświadczenia ETE sąd ma obowiązek wysłuchać wierzyciela zgodnie z art. 795<sup>4</sup> § 4 k.p.c. Obowiązek wysłuchania odnosi się zatem wyłącznie do wierzyciela, a nie do dłużnika i ciąży na sądzie rozstrzygającym jedynie w przypadku, gdy na podstawie wniosku dłużnika o uchylecie zaświadczenia ETE sąd znajduje przesłanki dla uwzględnienia wniosku.

Natomiast nie jest konieczne wysłuchanie wierzyciela w sytuacji, gdy następuje oddalenie bądź odrzucenie wniosku o uchylenie zaświadczenia ETE, w związku z brakiem zagrożenia jego interesów<sup>30</sup>. Nieusprawiedliwione niestawiennictwo prawidłowo wezwanego wierzyciela nie jest też przeszkodą do wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zaświadczenia ETE<sup>31</sup>. Na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie zaświadczenia ETE, a zatem zarówno na postanowienie o uchyleniu zaświadczenia ETE, jak i na postanowienie o oddaleniu wniosku o uchylenie zaświadczenia ETE przysługuje zażalenie. Wskazuje na to treść art. 795<sup>4</sup> § 5 k.p.c., w którym znalazło się sformułowanie „w przedmiocie wniosku”, co przesądza o tym, że odmiennie niż w sytuacji wydania zaświadczenia ETE lub odmowy wydania zaświadczenia ETE zażalenie przysługuje na zasadach ogólnych<sup>32</sup>.

## 5. Pozostałe uregulowania

Nowelizacja nie wprowadziła natomiast do Kodeksu postępowania cywilnego odrębnych regulacji w zakresie sprostowania zaświadczenia ETE. W związku z tym, będą tu miały odpowiednie zastosowanie ogólne regulacje dotyczące sprostowania orzeczeń na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. w zw. art. 350. k.p.c. Sprostowanie będzie jednak możliwe na wyłączny wniosek złożony przez dłużnika lub wierzyciela do sądu, który wydał zaświadczenie ETE (art. 10 ust. 1 lit. a rozporządzenia ETE)<sup>33</sup>. Oznacza to, że sąd z urzędu nie będzie dokonywał sprostowania zaświadczenia ETE. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 10 ust. 1 pkt a rozporządzenia ETE przesłankami sprostowania będą jedynie rozbieżności istniejące pomiędzy orzeczeniem, a wydanym zaświadczeniem ETE.

Ustawodawca w art. 795<sup>5</sup> k.p.c. odnosi się również do niektórych kwestii proceduralnych związanych z wydaniem zaświadczeń o utracie lub ograniczeniu wykonalności tytułu egzekucyjnego opatrzonego zaświadczeniem ETE, które są przewidziane i regulowane przez art. 6 ust. 2 rozporządzenia ETE. Z przepisu tego wynika, że wydanie takiego zaświadczenia może mieć miejsce w razie pozbawienia, zawieszenia lub ograniczenia wykonalności tytułu egzekucyjnego, któremu nadano zaświadczenie ETE. Wydanie zaświadczenia o utracie lub ograniczeniu wykonalności tytułu egzekucyjnego opatrzonego zaświadczeniem ETE może nastąpić zarówno na wniosek wierzyciela jak i dłużnika.

<sup>30</sup> M. Arciszewski, *op.cit.*, s. 101–102.

<sup>31</sup> Tak: M. Uliasz, *op.cit.*, s. 490.

<sup>32</sup> Z. Miczek, *op.cit.*, s. 53.

<sup>33</sup> Zob. K. Weitz, *op.cit.*, s. 310.

Artykuł 795<sup>5</sup> § 1 k.p.c. odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów art. 795<sup>1</sup> k.p.c. i art. 795<sup>2</sup> k.p.c. Zasady dotyczące właściwości sądu oraz jego składu są więc, identyczne jak w przypadku wniosku o wydanie zaświadczenia ETE. Odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 795<sup>1</sup> k.p.c. oznacza, że właściwym do wydania zaświadczenia o utracie lub ograniczeniu wykonalności tytułu egzekucyjnego opatrzonego zaświadczeniem ETE jest sąd, który wydał orzeczenie albo przed którym została zawarta lub zatwierdzona przez sąd ugoda, a w przypadku dokumentu urzędowego sądem właściwym jest sąd rejonowy, w którego okręgu tytuł egzekucyjny został sporządzony. Natomiast odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 795<sup>2</sup> k.p.c. oznacza, że o wydaniu zaświadczenia o utracie lub ograniczeniu wykonalności tytułu egzekucyjnego opatrzonego zaświadczeniem ETE sąd rozstrzyga postanowieniem w składzie jednego sędziego<sup>34</sup>. Artykuł 795<sup>5</sup> § 2 k.p.c. stanowi, że na postanowienie w przedmiocie wydania zaświadczenia o utracie lub ograniczeniu wykonalności tytułu egzekucyjnego opatrzonego zaświadczeniem ETE przysługuje zażalenie wierzycielowi i dłużnikowi.

Jak zostało wspomniane powyżej ustawa nowelizująca wprowadziła także zmiany w części trzeciej i czwartej Kodeksu postępowania cywilnego, a mianowicie weszły w życie:

1. art. 820<sup>1</sup> k.p.c., art. 820<sup>2</sup> k.p.c. i art. 825 pkt 5 k.p.c., które normują zawieszenie i umorzenia postępowania egzekucyjnego. W świetle regulacji art. 820<sup>1</sup> k.p.c., jeżeli w toku egzekucji prowadzonej na podstawie tytułu wykonawczego zaopatrzonego w zaświadczenie ETE, któremu nadano klauzulę wykonalności na podstawie art. 1153<sup>1</sup> k.p.c. zachodzą przesłanki zawieszenia postępowania, sąd na wniosek dłużnika złożony w dowolnym czasie zawiesza postępowanie. Warunkiem obligatoryjnego zawieszenia postępowania egzekucyjnego jest przedstawienie przewidzianego w art. 6 ust. 2 rozporządzenia ETE zaświadczenia o utracie lub ograniczeniu wykonalności. Z zaświadczenia musi wynikać, że wykonanie tytułu zostało tymczasowo zawieszono lub uzależnione od złożenia przez wierzyciela zabezpieczenia, które nie zostało wpłacone. Nadto, sąd może również zawiesić postępowanie z innych przyczyn, jeżeli zostały one przewidziane w rozporządzeniu ETE (art. 820<sup>2</sup> k.p.c.)<sup>35</sup>. Jeżeli natomiast z zaświadczenia, o którym mowa w art. 6 ust. 2 rozporządzenia ETE wynika, że tytuł wykonawczy zaopatrzonego w zaświadczenie ETE, któremu nadano klauzulę wykonalności na podstawie art. 1153<sup>1</sup> k.p.c. nie jest już wykonalny w państwie pochodzenia zastosowanie będzie miał art. 825 pkt 5 k.p.c., czego skutkiem będzie umorzenie postępowania w całości lub w części.

<sup>34</sup> Tak A. Marciniak, *op.cit.*, s. 690.

<sup>35</sup> Zob. A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1328–1330.

2. art. 840<sup>3</sup> k.p.c.<sup>36</sup> regulujący odmowę wykonania orzeczenia, któremu nadano zaświadczenie ETE (dotyczy wyłącznie orzeczeń). Ponieważ rozporządzenie ETE wskazuje w art. 21 jedynie podstawy odmowy wykonania orzeczenia zaopatrzonego w zaświadczenie ETE oraz wskazuje iż następuje ono na wniosek złożony w dowolnym czasie, a nie z urzędu badanie tej podstawy przekazane zostało regulacjom państwa wykonania. W Polsce instytucja wniosku o odmowie wykonania została uregulowana jako rodzaj powództwa, które jest możliwe dopiero po nadaniu klauzuli wykonalności. Dłużnik może żądać odmowy wykonania takiego tytułu w całości lub w części. W razie ustalenia przesłanek odmowy wykonania orzeczenia, określonych w Art. 21 rozporządzenia ETE sąd wydaje rozstrzygnięcie w formie wyr. odmawiającego wykonania orzeczenia zaopatrzonego w zaświadczenie ETE. Wyrok taki ma skutki pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności, który podlega zaskarżeniu na zasadach ogólnych.
3. art. 1153<sup>1</sup> k.p.c. i art. 1153<sup>2</sup> k.p.c. oraz ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. art. 1153<sup>3</sup> k.p.c., które związane są z wykonalnością tytułów egzekucyjnych i nadaniem klauzuli wykonalności. Ustawodawca polski przyjął rozwiązanie, że orzeczenie, ugoda zawarta przed sądem lub zatwierdzona przez sąd oraz dokument urzędowy opatrzone zaświadczeniem ETE w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej stanowi w naszym kraju tytuł egzekucyjny i podlega wykonaniu dopiero po nadaniu klauzuli wykonalności. Z tą też chwilą następuje przekształcenie europejskiego tytułu egzekucyjnego w tytuł wykonawczy. Wyłączenie stosowania art. 1150–1152 k.p.c. o których mowa w art. 1153<sup>1</sup> k.p.c. wynika stąd, że w odniesieniu do orzeczeń, ugód i dokumentów, zaopatrzonych w zaświadczenie ETE nie jest wymagane uprzednie stwierdzenie ich wykonalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tzw. *exequatur*). Te tytuły egzekucyjne są zrównane z polskimi tytułami egzekucyjnymi i dlatego wystarczające jest nadanie im klauzuli wykonalności zgodnie z przepisami obowiązującymi dla krajowych tytułów egzekucyjnych<sup>37</sup>. Klauzulę wykonalności nadaje sąd rejonowy właściwości ogólnej

<sup>36</sup> Zmieniony ustawą z dnia 28 kwietnia 2011 r., która weszła w życie 18 czerwca 2011 r. w zakresie dotyczącym wykonalności europejskich nakazów zapłaty oraz orzeczeń w sprawie drobnych roszczeń wydanych przez sądy państw członkowskich Unii Europejskiej.

<sup>37</sup> Tak A. Jakubecki (red.), J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M. P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, *Komentarz do art. 11533 k.p.c.*, LEX 131367; H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), A. Hrycaj, A. Jakubecki, P. Rylski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, *Artykuły 1096–1217*, Warszawa 2012, *Komentarz do art. 11533 k.p.c.*, LEX 114788; Zob. K. Weitz, *op.cit.*, s. 355–336.



dłużnika, a jeżeli tej właściwości nie można ustalić – sąd rejonowy, w którego okręgu ma być prowadzona egzekucja.

## VI. Uwagi końcowe

W świetle poczynionych ustaleń stwierdzić należy, że wprowadzenie europejskiego tytułu egzekucyjnego w państwach członkowskich Unii Europejskiej spowodowało duże uproszczenie prowadzenia postępowania egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych. Wzmocniło także współpracę państw członkowskich niejako wymuszając na nich wzajemne i bezwarunkowe zaufanie do systemów prawnych innych państw, w szczególności w zakresie gwarancji procesowych oraz prawa do obrony dłużnika. Wprowadzenie instytucji europejskiego tytułu egzekucyjnego ma wiele istotnych zalet w porównaniu ze stosowanymi wcześniej rozwiązaniami w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych. Zniesienie w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi zatwierdzenia zaświadczenia ETE przez organ sądowy w drugim państwie członkowskim, spowodowało swobodny przepływ orzeczeń, ugód sądowych i dokumentów urzędowych między tymi państwami. Doprowadziło to, do ograniczenia opóźnień związanych z ich wykonaniem w innym państwie członkowskim oraz ponoszenia kosztów przez wierzycieli egzekwujących. Najważniejszą jednak zaletą wprowadzenia ETE jest nie tylko przyspieszenie i ułatwienie wykonania orzeczenia, ale przede wszystkim wyeliminowanie jakiegokolwiek zaangażowania systemu sądowego państwa członkowskiego, w którym orzeczenie ma zostać wykonane. Problem mogą stanowić natomiast różnice uregulowań proceduralnych europejskiego tytułu egzekucyjnego w poszczególnych państwach członkowskich, które mogą być na tyle istotne, że uniemożliwią funkcjonowanie tej instytucji w stosunkach prawnych pomiędzy nimi. Stosowanie rozporządzenia ETE z pewnością przyniesie także inne problemy praktyczne i związane z tym pytania, na które dopiero orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości<sup>38</sup> będzie mogło udzielić odpowiedzi. Należy jednak pamiętać o tym, że aby zapewnić skuteczne i jednolite stosowanie prawa wspólnotowego, a także uniknąć jakichkolwiek rozbieżności w jego wykładni, sądy krajowe mogą, a w niektórych przypadkach są zobowiązane zwrócić się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o dokonanie

---

<sup>38</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (potocznie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości) – instytucja sądownicza Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, z siedzibą w Luksemburgu. Składa się z trzech organów sądowniczych: Trybunału Sprawiedliwości, Sądu i Sądu do spraw Służby Publicznej.

wykładni danego zagadnienia prawa wspólnotowego, aby w ten sposób umożliwić na przykład zweryfikowanie zgodności ich ustawodawstwa krajowego z prawem wspólnotowym. Taka sytuacja będzie mieć miejsce w przypadku wystąpienia problemów związanych z wykładnią przepisów rozporządzenia ETE. W tym zakresie sąd krajowy może zwracać się o dokonanie wykładni przepisów jedynie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Natomiast w razie pojawienia się innych problemów praktycznych, sądy krajowe poszczególnych państw członkowskich będą zmuszone podejmować samodzielne decyzje.

## *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*

### Abstract

The occurrence of consortium agreements in business transactions is a manifestation of freedom of contract and has not been widely considered in the decisions of the court and legal doctrine in Poland. The growing interest in the consortium institution also increases the importance of the issue of members' liability to third parties for obligation resulting from consortium running. Therefore, it is needed to answer the question whether, in relation to the consortium agreement, it is possible to apply, by analogy, article 864 of the Civil Code, forming joint and several liability for the obligations of the private company. It seems that such option is allowed only to the consortium known as external and centralized, which in its legal structure is the most similar to the model of the civil law partnership. This solution does not unduly restrict individuals freedom and on the other hand – takes into account the contractors' interests, concluding contracts with the participants of the consortium.

### I. Wprowadzenie

Problematyka instytucji konsorcjum, choć nie jest powszechnie dyskutowana na gruncie doktryny prawniczej w Polsce, stanowi warty uwagi przedmiot analizy. Pewne

---

<sup>1</sup> Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

ożywienie w zakresie wykorzystywania omawianej formy współpracy podmiotów gospodarczych spowodowało zmiany w ramach prawa zamówień publicznych<sup>2</sup>. W praktyce jednak zdecydowanie częściej wybierane są instytucje posiadające szczegółowe uregulowania ustawowe. Według stanu na dzień 31 grudnia 2012 r., wśród 3 975 334 podmiotów gospodarki narodowej wpisanych do rejestru REGON w Polsce<sup>3</sup>, najczęściej spotykanymi formami prawnymi funkcjonowania przedsiębiorców są: spółka z o.o. (290 291) oraz spółka cywilna (279 732). Ponadto, 2 917 272 podmiotów stanowiły osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą bez szczególnej formy prawnej. Duże rozproszenie mniejszych jednostek gospodarczych utrudnia im pełne uczestnictwo w realizacji działań na większą skalę, wymagających określonego poziomu zaangażowania majątkowego i personalnego<sup>4</sup>. Oznaczać to może ostatecznie wzrost popytu jednostek na instytucje prawne umożliwiające im sprawną kooperację. Tego rodzaju działanie sił popytu i podaży w odniesieniu do instytucji prawnych można zauważyć na tle Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup> (dalej jako: p.z.p.), wskazującej na możliwość wspólnego ubiegania się o udzielanie zamówienia przez wykonawców (art. 23 p.z.p.). Mimo, że ustawodawca nie określa dokładnie, jaki rodzaj kooperacji między podmiotami powinien wystąpić, to w praktyce najczęstszą formą działań gospodarczych w tym zakresie okazało się konsorcjum. Doprowadziło to wręcz do utożsamiania ustawowego określenia wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne z instytucją konsorcjum<sup>6</sup>.

Z uwagi na brak reżimu prawnego wprost odnoszącego się do umowy konsorcjalnej (umowa nienazwana w ramach polskiego systemu prawa prywatnego<sup>7</sup>) istnieją wątpliwości, w jakim stopniu strony mogą swobodnie określić jej treść. W szczególności

<sup>2</sup> Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007, Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) ustawodawca przyznał możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców; w tym przypadku celem utworzenia konsorcjum jest złożenie oferty w ramach przetargu dotyczącego realizacji zamówień publicznych.

<sup>3</sup> Źródło: Główny Urząd Statystyczny, szczegóły w dokumencie: *Podmioty gospodarki narodowej według sekcji i działów polskiej klasyfikacji działalności (pkd)*, [http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/pgwf\\_zmiany\\_strukturalne\\_grup\\_podmiotow\\_2012.pdf](http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/pgwf_zmiany_strukturalne_grup_podmiotow_2012.pdf) [dostęp: 30.03.2013].

<sup>4</sup> Zob. dokument zawierający badanie polskiego sektora budowlanego w pierwszej połowie 2011 r., przygotowany przez CEEC Research we współpracy z firmą doradczą KPMG oraz agencją badawczą Norstat, *Budownictwo w Polsce: pierwsza połowa 2011 roku*; <http://www.kpmg.com/PL/pl/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Raport-KPMG-Budownictwo-w-Polsce-2011PL-online.pdf> [dostęp: 30.03.2013].

<sup>5</sup> Tekst jednolity: Dz.U. z 2007, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

<sup>6</sup> Zob. M. Stachowiak, *Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX 2012.

<sup>7</sup> Por. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 27.9.2007 r., V Ga 88/07, niepubl.

dotyczy to odpowiedzialności za podejmowane zobowiązania w obszarze wspólnego przedsięwzięcia<sup>8</sup>.

Celem niniejszego opracowania jest przeanalizowanie dotychczasowych poglądów na temat odpowiedzialności cywilnej członków konsorcjum wobec osób trzecich za zobowiązania związane z działalnością konsorcjum, a przede wszystkim odniesienie się do kwestii możliwości stosowania w tym zakresie art. 864 k.c., stanowiącego o tym, że za zobowiązania spółki wspólnicy odpowiedzialni są solidarnie. Ponadto, ze względu na objętość niniejszej pracy, rozważania zostały ograniczone wyłącznie do zobowiązań wynikłych z czynności prawnych.

## II. Pojęcie konsorcjum

Analizę należy rozpocząć od wyjaśnienia pojęcia konsorcjum, dokonując rozróżnienia między jego ekonomicznym i prawnym znaczeniem. Z tym pierwszym będziemy mieć do czynienia w sytuacji koncentracji czynników produkcji przez podmioty dotychczas prowadzące swoją działalność odrębnie w celu promocji lub realizacji określonego zadania gospodarczego<sup>9</sup>. Idea kooperacji, będąca niejako uniwersalnym elementem funkcjonowania każdego rozwiniętego systemu gospodarczego pozwala stwierdzić, że do tworzenia konsorcjum może dochodzić w ramach grupy dowolnych przedsiębiorstw, właściwie bez żadnych ograniczeń podmiotowych. Z założenia współpraca ta ma charakter tymczasowy i kończy się wraz z wykonaniem danego projektu. Niemniej nazwa konsorcjum używana jest również przez podmioty prowadzące swoją działalność w sposób ciągły i trwały. Z tego punktu widzenia istotne jest wyłącznie połączenie wspólnych sił ekonomicznych. Zatem w znaczeniu ekonomicznym, najistotniejszy element stanowi koncentracja zasobów, a sama forma prawna będzie miała charakter drugorzędny. Dlatego też w praktyce spotkać możemy chociażby używanie nazwy konsorcjum w ramach firmy spółek prawa handlowego<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest art. 141 p.z.p., który stanowi o ponoszeniu solidarnej odpowiedzialności przez członków konsorcjum za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

<sup>9</sup> Zob. L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 22.

<sup>10</sup> Przykładem może być występujące na rynku turystycznym Konsorcjum Polskich Biur Podróży – Trade&Travel Company sp. z o.o., a ponadto Konsorcjum Autostrada Śląsk S.A.

Z prawnego punktu widzenia znaczenie pojęcia konsorcjum w sposób trafny ujął L. Stecki stwierdzając, że:

Przez umowę konsorcjalną należy rozumieć umowę pomiędzy przedsiębiorcami, w której zobowiązują się oni do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego, na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka<sup>11</sup>.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w sensie jurydycznym w zasadzie nie powinniśmy mówić o konsorcjum, lecz o umowie konsorcjalnej. Wynika to z faktu braku nadania podmiotowości prawnej tej jednostce organizacyjnej w polskim prawie. Stąd ewentualne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zawarli umowę konsorcjalną, tworząc określone struktury, organy<sup>12</sup>, będą miały głównie walor organizacyjny, gdyż w sensie prawnym nie dojdzie do powstania odrębnego podmiotu, ale do utrzymania przez współników niezależności prawnej. Istotny na omawianej płaszczyźnie jest także cel, dla którego konsorcjum zostało ustanowione, a dokładnie jego jednostkowy charakter<sup>13</sup>. Co do zasady przedsiębiorcy zrealizują oznaczone przedsięwzięcie, dzieląc je w umowie na konkretne zadania, wykonywane przez poszczególnych konsorcjantów.

Ponadto konsorcjum nie podlega obowiązkowi rejestrowemu, a aktem je konstytuującym jest umowa podpisana przez uczestników konsorcjum. Wypada w tym miejscu zaznaczyć, że wciąż zdarza się łączyć skutki prawne umowy konsorcjalnej z porozumieniem zawartym przez członków konsorcjum z osobami trzecimi. Wskazane porozumienia cechuje odrębność, a ich względny charakter powodować będzie ograniczoną możliwość wpływania na sytuację prawną osób, które nie brały udziału w zawarciu określonej umowy. Zatem trzeba odróżnić umowę o wykonanie zadania powierzonego konsorcjum od samej umowy konsorcjalnej.

Dalsze precyzowanie pojęcia konsorcjum zdaje się być niemożliwe ze względu na różnorodne wykorzystanie tej instytucji w praktyce gospodarczej. Tak szerokie pojmowanie omawianej instytucji będzie rodziło dwojaki rodzaj problemy. Po pierwsze trudności wywoła rozróżnienie umowy konsorcjum spośród innych, podobnych form prawnych, np. spółki cywilnej lub cichej. Po drugie kłopotliwe stanie się jednorodne traktowanie umowy konsorcjalnej oraz skutków prawnych związanych z tego rodzaju porozumieniem.

<sup>11</sup> L. Stecki, *op.cit.*, s. 138, za: T. Niepytalski, *Konsorcjum Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011, s. 19.

<sup>12</sup> Na możliwość tworzenia organów w ramach konstrukcji konsorcjum wskazał L. Stecki, *op.cit.*, s. 32.

<sup>13</sup> Por. A. Opalski [w:] W. J. Katner (red.), *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2010, s. 883.

Kluczowe zatem jest przedstawienie niektórych klasyfikacji konsorcjum, które pozwolą na dalszą analizę problemu odpowiedzialności jego członków<sup>14</sup>. Podstawowe znaczenie będzie miał podział na konsorcja zewnętrzne (jawne) i wewnętrzne (ukryte, ciche)<sup>15</sup>. Z tymi pierwszymi spotkamy się, gdy ich uczestnicy w sposób w pełni jawny występują w obrocie gospodarczym, utożsamiając się z innymi członkami konsorcjum. Nie jest konieczne, aby podejmowali oni zobowiązania we wspólnym imieniu. Szczególną rolę w tym przypadku może pełnić powołany przez konsorcjantów przedstawiciel zwany liderem, posiadający odpowiednie umocowania do działania w imieniu lub na rachunek wszystkich uczestników. Z kolei w przypadku konsorcjum wewnętrznego, niektórzy jego członkowie pozostawac będą w ukryciu wobec osób postronnych.

W niektórych sytuacjach transparentność funkcjonowania konsorcjum będzie stanowić warunek konieczny możliwości realizacji przedsięwzięcia przez jego uczestników. Sytuacja taka ma miejsce chociażby we wspomnianym już przypadku prawa zamówień publicznych w związku z art. 23 p.z.p.

Istotne jest również rozróżnienie konsorcjów scentralizowanych i zdecentralizowanych, wyróżnionych z punktu widzenia struktury organizacyjnej. W konsorcjach scentralizowanych kluczową rolę odgrywa lider, który najczęściej jest inicjatorem utworzenia konsorcjum, a następnie zajmuje się bieżącym zarządzaniem jego działalnością. Przede wszystkim jednak posiada on umocowanie do występowania w imieniu pozostałych konsorcjantów na zewnątrz, czyli zawierania we wspólnym imieniu stosowanych porozumień. W konsorcjum zdecentralizowanym w zasadzie każdy z uczestników w stosunkach zewnętrznych występuje samodzielnie, we własnym imieniu, a jedynie na rachunek konsorcjum<sup>16</sup>.

Powyższe klasyfikacje oczywiście mają charakter uproszczony i nie wykluczają występowania w praktyce form pośrednich konsorcjum.

### III. Umowa konsorcjalna

Zawieranie w obrocie gospodarczym umów konsorcjalnych jest przejawem zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Do pojęcia konsorcjum ustawodawca nawiązał jedynie

<sup>14</sup> Na obszerne opracowanie kryteriów klasyfikacji konsorcjum zwrócił uwagę A. Opalski [w:] W. J. Kater (red.), *op.cit.*, s. 917 i przywołana tam literatura.

<sup>15</sup> Zob. L. Stecki, *op.cit.*, s. 60–64.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 64–65.

w art 73 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe<sup>17</sup>, który odnosi się do modelu konsorcjum kredytowego<sup>18</sup>. Ustawa ta nie zawiera jednak regulacji, które przesądzałyby o charakterze prawnym tej instytucji. Ze względu na brak nadania przez polskiego ustawodawcę nazwy przedmiotowej umowie i określenia jej elementów istotnych (*essentialia negotii*) w akcie powszechnie obowiązującego prawa, stanowi ona umowę nienazwaną<sup>19</sup>.

W konsekwencji powstaje problem dotyczący niemal każdej umowy nienazwanej, czyli ewentualnego stosowania w odniesieniu do niej przepisów właściwych dla umów nazwanych. Dominujący w tym zakresie jest pogląd aprobujący taką możliwość, z zastrzeżeniem zachowania przy tego rodzaju czynnościach odpowiedniego poziomu ostrożności. Ocena prawna umowy nienazwanej poprzez odwołanie się do regulacji umów nazwanych odbywa się w drodze zastosowania wnioskowania *per analogiam*. Jest to implikacja założenia o istnieniu niezamierzonej przez racjonalnego ustawodawcę luki prawnej w odniesieniu do stosunku obligacyjnego ustanowionego przez jednostki<sup>20</sup>. Trafnie zauważa się przy tym, że metoda ta w istocie ogranicza autonomię woli podmiotów, co powinno mieć miejsce jedynie wyjątkowo, np. w przypadku naruszenia bądź próby obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa<sup>21</sup>.

W odniesieniu do umowy konsorcjum za najbardziej zbliżoną konstrukcją prawną uznaje się umowę spółki cywilnej<sup>22</sup>. L. Stecki kwalifikuje konsorcjum za *sui generis* spółkę prawa cywilnego i w konsekwencji proponuje stosowanie w sposób odpowiedni przepisów Kodeksu cywilnego (art. 860–875)<sup>23</sup>. Podobnie jak wspólnicy spółki cywilnej zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony<sup>24</sup> (art. 860 § 1 k.c.), tak konsorcjanci wzajemnie zobowiązują się do wspólnej realizacji określonego przedsięwzięcia. W podobnym tonie wypowiada się na ten temat

<sup>17</sup> Dz.U. z 2002, Nr 72, poz. 665, z późn. zm.

<sup>18</sup> Por. A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), *System prawa prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, Warszawa 2008, s. 606 i n.

<sup>19</sup> Przedstawione kryteria umowy nazwanej wskazane zostały [w:] M. Romanowski, *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, „Studia Prawa Prywatnego” 2009, nr 2, s. 121 i przywołana tam literatura.

<sup>20</sup> Nie wydaje się jednak za zasadne w takiej sytuacji ograniczenie się do ustalenia podobieństwa pomiędzy umową nazwaną i badaną umową nienazwaną; na takie błędne podejście wskazuje M. Romanowski, *op.cit.*, s. 124.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 123 i n. i przywołana tam literatura.

<sup>22</sup> Por. A. Opalski [w:] W. J. Katner (red.), *op.cit.*, s. 883; wskazując jednocześnie, że w praktyce często pojawiają się trudności z oznaczeniem wspólności celu w ramach konsorcjów, co ma przesądzać o braku możliwości uznania umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej w rozumieniu kodeksu cywilnego.

<sup>23</sup> L. Stecki, *op.cit.*, s. 140.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 141



S. Włodyka, uznając umowę konsorcjalną za „wzbogaconą” umowę spółki prawa cywilnego (ewentualnie – spółkę jawną)<sup>25</sup>. Nie sposób jednak pominąć, że zwłaszcza pierwszy z powołanych autorów zwraca uwagę na głębokie różnice zachodzące pomiędzy spółką prawa cywilnego i konsorcjum. W głównej mierze dotyczyć to będzie ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania oraz uregulowania uczestnictwa w zyskach i stratach w ramach konsorcjum<sup>26</sup>.

#### IV. Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum

Przedstawione powyżej uwagi pozwalają na rozważenie sytuacji, w której jednostki poprzez dokonanie czynności prawnych „na zewnątrz”, ale w zakresie funkcjonującego konsorcjum, doprowadzają do powstania stosunków zobowiązaniowych z osobami trzecimi. Wielopodmiotowy i efemeryczny charakter konsorcjum oraz względność stosunków obligacyjnych komplikować będą klarowny opis wiązki uprawnień i obowiązków istniejących na całej płaszczyźnie zewnętrznej przedmiotowej instytucji.

Podobne problemy istnieją na gruncie spółki cywilnej, pomimo regulacji kwestii odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki w art. 864 k.c.<sup>27</sup> Przepis ten stanowi, że „za zobowiązania spółki współnicy odpowiedzialni są solidarnie”. Trafnie wskazuje się w doktrynie, iż w żadnym wypadku powołanego artykułu nie można uznać za podstawę do nadania spółce podmiotowości prawnej<sup>28</sup>. W istocie przez zobowiązania spółki rozumieć należy stosunek prawny kreujący zobowiązanie współników, czyli grupy podmiotów działających w ramach struktur organizacyjnych spółki cywilnej, który ponadto pozostaje w związku z jej działalnością<sup>29</sup>. Nieistotne jest przy tym źródło powstania tych zobowiązań. Zatem dla ukształtowania się tak rozumianego zobowiązania spółki, stanowiącego pewien skrót myślowy, konieczne będzie: istnienie określonego związku pomiędzy tym zobowiązaniem a działalnością spółki (element przedmiotowy) oraz istnienie jednostek posiadających status współników, na rzecz i w imieniu których podjęta została czynność prawna (element podmiotowy).

W ramach struktury zobowiązania wyróżnić możemy pojęcie długu, które oznacza obowiązek spełnienia ustalonego świadczenia. W przypadku naruszenia tej powinności,

<sup>25</sup> Por. S. Włodyka, M. Spyra [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011, s. 618.

<sup>26</sup> Por. J. Hilla, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 36.

<sup>27</sup> Por. A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), *op.cit.*, s. 684 i n.

<sup>28</sup> Por. J. Jezioro [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1362.

<sup>29</sup> Por. wyrok SN z dnia 5 czerwca 1997 r., I CKN 70/97, OSN 1997, Nr 11 poz. 179.

dłużnik poniesie negatywne konsekwencje prawne, określone zbiorczo mianem odpowiedzialności *sensu largo*<sup>30</sup>. Nie czyniąc dalszych wyjaśnień, wystarczy stwierdzić, że na płaszczyźnie spółki cywilnej ustawodawca postanowił nadać odpowiedzialności wspólników charakter solidarny. Zatem wierzyciele spółki pozostawać będą w sytuacji określonej w art. 366 k.c., posiadając uprawnienie do żądania całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Stan ten trwa aż do pełnego zaspokojenia wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników. Ponadto podzielić należy pogląd, zgodnie z którym istnieje możliwość wyłączenia odpowiedzialności solidarnej wspólników w drodze porozumienia z osobą trzecią<sup>31</sup>.

W tym miejscu należy się zastanowić, czy art. 864 k.c. rzeczywiście może mieć analogiczne zastosowanie do zobowiązań powstałych w związku z funkcjonowaniem konsorcjum i mających charakter zewnętrzny wobec samej umowy konsorcjalnej<sup>32</sup>. Dotychczasowe stanowisko doktryny prawniczej i orzecznictwa wydaje się w tym zakresie jednolite i oparte przeciwko uznaniu, iż odpowiedzialność konsorcjantów ma charakter solidarny na podstawie art. 864 k.c.<sup>33</sup> Stanowczo i obszernie w tym kierunku wypowiedział się L. Stecki, uznając, że: „(...) pochopty transfer zasady inkorporowanej w tym przepisie na grunt konsorcjum nie byłby zabiegiem usprawiedliwionym”<sup>34</sup>. W ramach uzasadnienia tego poglądu wskazał na bardziej luźne więzi, istniejące pomiędzy konsorcjantami, aniżeli ma to miejsce w przypadku spółki cywilnej. Dodatkowo w konsorcjum nie tworzy się odrębnego majątku wspólnego, co stanowić ma negatywną przesłankę ponoszenia przez jego uczestników odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania. Ostatecznie autor ten uznaje, że przyjęcie odpowiedzialności solidarnej byłoby zaprzeczeniem jurydycznej istoty konsorcjum.

Trudno w pełni zgodzić się z takim stanowiskiem. Punktem odniesienia dla określenia charakteru prawnego odpowiedzialności konsorcjantów nie powinna być wyłącznie

<sup>30</sup> Por. E. Łętowska [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 19–20.

<sup>31</sup> Por. J. Jezioro [w:] E. Gniewek (red.), *op.cit.*, s. 1362.

<sup>32</sup> Poszukiwanie w tym właśnie przepisie ewentualnej solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów wynika z istnienia na gruncie prawa polskiego formalnego źródła solidarności (z ustawy lub na podstawie porozumienia stron – art. 369 k.c.); o istocie solidarności w prawie polskim zob. E. Łętowska, *op.cit.*, s. 317 i n.

<sup>33</sup> Por. L. Stecki, *op.cit.*, s. 350–353; podobnie w tym zakresie: A. Opalski [w:] W. J. Katner (red.), *op.cit.*, s. 881, który stwierdza, iż uznanie solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum byłoby sprzeczne z gospodarczą funkcją umowy konsorcjalnej; w orzecznictwie: wyrok SN z 15.01.2011 r., I CSK 197/09, niepubl.; odmienne stanowisko w tej kwestii, lecz bez szerszego uzasadnienia wyraził: S. Włodyka, M. Spyra [w:] S. Włodyka (red.), *op.cit.*, s. 623 stwierdzając, że w stosunkach zewnętrznych obowiązuje art. 864 k.c., czyli każdy z konsorcjantów odpowiada bezpośrednio i solidarnie z innymi.

<sup>34</sup> L. Stecki, *op.cit.*, s. 350.

natura relacji między podmiotami, a w szczególności stwierdzenie, że więź ta jest mniej ścisła niż w przypadku spółki cywilnej. L. Stecki dużą wagę przywiązuje do samej konstrukcji konsorcjum. Takie podejście wydaje się nie do końca trafne. Stosowanie do umów nienazwanych przepisów obowiązujących na gruncie ustawowym jest dopuszczalne w zasadzie wówczas, gdy uznamy, że porozumienie stron w tym zakresie jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi normami prawa lub strony w ogóle nie uwzględniły pewnych kwestii w ramach zawartego porozumienia. Dopiero wtedy istnieje możliwość poszukiwania instytucji prawnych, które w swojej konstrukcji są analogiczne do rozwiązań przyjętych przez strony w konkretnym przypadku. Zatem dla rozważań dotyczących solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, kluczowe będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy funkcjonowanie konsorcjum może nieść ze sobą określone zagrożenia dla osób wchodzących z jego uczestnikami w interakcje i czy będą one na tyle istotne, iż konieczne stanie się ograniczenie swobody jednostek w tym zakresie i rozszerzenie odpowiedzialności uczestników konsorcjum poprzez nadanie jej charakteru solidarnego. Stwierdzić bowiem trzeba, że ewentualna funkcja solidarności konsorcjantów byłaby związana z ochroną osoby wierzyciela<sup>35</sup>, który uzyskiwałby wobec dłużnika dodatkowe prawo zabezpieczające jego wierzytelność (tzw. solidarność gwarancyjna). W następnej kolejności dopiero konieczne stanie się rozważenie, czy konstrukcja konsorcjum pozwala na uznanie, iż sytuację jej uczestników można określić jako wspólną lub jednakową. Ten drugi warunek odnosi się do głównego motywu wprowadzenia na gruncie spółki cywilnej solidarnej odpowiedzialności współników za jej zobowiązania<sup>36</sup>.

Podstawową wadę dotychczas przeprowadzonych analiz odpowiedzialności za zobowiązania konsorcjum stanowi przyjmowanie w tym zakresie jednolitego charakteru tej instytucji<sup>37</sup>. Jak już to zostało na wstępie zaznaczone, nie można mówić o pewnym wzorcu konsorcjum, a jedynie o typach konstrukcji prawnych, które będą bazowały na idei kooperacji w zakresie wspólnego przedsięwzięcia. W ślad za tym powinno się indywidualnie podchodzić do każdego z typów konsorcjum i odrębnie ustalać charakter prawny i zakres odpowiedzialności jego uczestników za zobowiązania związane z funkcjonowaniem konsorcjum wobec osób trzecich.

<sup>35</sup> Por. teza wyroku SA w Katowicach z 28 lutego 1992 r., I ACr 42/92, OSA 1993, Nr 4, poz. 23: „istotą każdej solidarności, a solidarności biernej w szczególności, jest umocnienie pozycji wierzyciela”.

<sup>36</sup> Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Konstrukcja solidarności biernej w kodeksie cywilnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1974, t. XII, s. 66–67.

<sup>37</sup> Co prawda L. Stecki rozróżnia na tej płaszczyźnie różne formy konsorcjów, lecz nie uznaje, iż ma to ostatecznie wpływ na wniosek o dopuszczalności zastosowania solidarnej odpowiedzialności wobec konsorcjantów; por. L. Stecki, *op.cit.*, s. 353.

## 1. Konsorcjum wewnętrzne

Zasadniczo przy uznaniu solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na podstawie analogicznego zastosowania art. 864 k.c., wykluczyć należy sytuacje, w których mamy do czynienia z konsorcjum cichym. Z jego istoty wynika bowiem, że w stosunkach wewnętrznych występuje wyłącznie podmiot ujawniony, a pozostali uczestnicy pozostają bierni poza konsorcjum. Z uwagi na brak zarówno stosunku obligacyjnego pomiędzy uczestnikami cichymi a osobami trzecimi, jak i podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia zaufania tych ostatnich, odpowiedzialność w takim przypadku istnieje jedynie w relacji osoba trzecia a przedstawiciel (lider) konsorcjum. Natomiast pozostali uczestnicy konsorcjum odpowiadają do wysokości majątku, jaki zobowiązali się wnieść w celu realizacji danego przedsięwzięcia<sup>38</sup>. Wynika to ze stosunku wewnętrznego, a więc pozostaje poza zakresem zainteresowań niniejszego opracowania. W charakterze uzupełnienia można wskazać jedynie, że ewentualne obciążenie uczestnika cichego przez osoby trzecie pojawi się w przypadku zaistnienia czynności fraudacyjnych z jego strony<sup>39</sup>.

## 2. Konsorcjum zewnętrzne i zdecentralizowane

W dalszej kolejności zwrócić należy uwagę na sytuacje związane z funkcjonowaniem konsorcjum zewnętrznego. Z jednej strony konsorcjanci mogą działać w nim w oparciu o zasadę decentralizacji, zgodnie z którą w konsorcjum nie występuje osoba posiadająca ogólne umocowania do działania w imieniu pozostałych członków, ale każdy z nich działa indywidualnie w ramach zasobów utworzonych na podstawie umowy konsorcjalnej. Istota stosunków obligacyjnych implikuje, że uczestnicy konsorcjum zawierają odrębne od siebie umowy, a zatem świadczenie każdego z nich wynika z różnych podstaw, choć mogą one faktycznie składać się z tych samych obowiązków-świadczeń. Sytuacja ta zdaje się zasadniczo nie różnić od sytuacji, w której poszczególne podmioty, przy braku funkcjonowania w otoczeniu konsorcjalnym, wchodzą w relacje obligacyjne z osobą trzecią. Niemniej, w przeciwieństwie do konsorcjum cichego, z jakichś powodów mogą oni ujawniać wzajemne powiązania wynikające z umowy konsorcjum, zwłaszcza ze względu na chęć wzbudzenia większego zaufania u osoby trzeciej. Uczestnicy mogą być zainteresowani ujawnieniem łączącej ich więzi konsorcjalnej, ponieważ renoma jego

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Jednym z takich działań jest drenaż majątku lidera, powodujący jego niewypłacalność; uzasadniać to może odpowiedzialność uczestnika cichego konsorcjum m.in. na podstawie art. 527 i n. (skarga pauliańska), 59 k.c. (*actio in rei*); ponadto odpowiedzialność może wynikać m.in. z deliktu (art. 415 i n. w zw. z 441 § 1 k.c.) lub bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 w zw. z 407 k.c.).

członków rozstrzyga o wiarygodności samego konsorcjum. Stwarza to niejako gwarancję prawidłowego wykonania zobowiązania przez uczestników konsorcjum w oczach ich wspólnego kontrahenta. To jednak on bierze na siebie ryzyko powodzenia wspólnego przedsięwzięcia konsorcjantów, czyniąc to poprzez zawarcie odrębnych umów z każdym z nich. Można stwierdzić, że poprzez taką konstrukcję więzi obligacyjnych wyłączona zostaje ich solidarna odpowiedzialność kontraktowa.

Natomiast jeżeli szkoda po stronie wierzyciela powstanie na skutek niewłaściwego wykonania umów przez podmioty wchodzące w skład konsorcjum, co najwyżej będzie można mówić o odpowiedzialności *in solidum*<sup>40</sup>. Precyzując, szkoda ta wyniknie z kilku przyczyn, z których każda wpłynie istotnie na jej powstanie. Przykładem tego może być niewłaściwe wykończenie budowli przez dwóch przedsiębiorców, co kumulatywnie (niepodzielność przyczyny) doprowadziło do całkowitej utraty wartości użytkowej tego obiektu<sup>41</sup>.

### 3. Konsorcjum zewnętrzne i zcentralizowane

W końcu należy skupić się na odpowiedzialności za zobowiązania konsorcjum zewnętrznego i zcentralizowanego. Jak już zaznaczono, w tym przypadku konsorcjanci występują wobec osoby trzeciej wspólnie bądź przez wyznaczonego przedstawiciela (lidera). Zdarza się często, iż w umowie z osobą trzecią, jako strona oznaczone jest konsorcjum, w imieniu którego działa lider. Z prawnego punktu widzenia jest on przedstawicielem pozostałych uczestników konsorcjum, gdyż nie posiada ono w chwili obecnej odrębnej podmiotowości prawnej. Przedmiotowe umocowanie może wynikać zarówno z wyraźnego pisemnego oświadczenia konsorcjantów, jak i z okoliczności danej sprawy<sup>42</sup>. Zatem stronami umowy zawartej przez lidera są z jednej strony uczestnicy konsorcjum jako dłużnicy, a z drugiej osoba trzecia. W konsekwencji można przyjąć, że po stronie biernej występuje wielość podmiotów. Z uwagi na powyższe rozważyć trzeba, jak może kształtować się w takich warunkach ich odpowiedzialność.

<sup>40</sup> Odpowiedzialność *in solidum* (solidarność nieprawidłowa) definiuje się jako sytuację, w której przy braku przepisu stanowiącego o odpowiedzialności solidarnej kilku osób, są one zobowiązane na podstawie odrębnych stosunków prawnych do spełnienia w całości tego samego świadczenia wobec jednego podmiotu; por. W. Dubis [w:] E. Gniewek (red.), *op.cit.*, s. 592.

<sup>41</sup> W odniesieniu do umowy o roboty budowlane; por. J. Strzępka [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 549 i n.

<sup>42</sup> Nawiązać w tym miejscu należy do obowiązującej na gruncie Kodeksu cywilnego zasady dowolności formy oświadczenia woli (art. 60 k.c.) oraz jego interpretacji zgodnie z zasadą zaufania uczestników obrotu (art. 65 § 1 k.c.).

Sprawa wydaje się oczywista, gdy strony same zamieszczą w umowie postanowienie o odpowiedzialności solidarnej biernej (art. 369 k.c.) lub ich świadczenie będzie miało charakter niepodzielny (380 § 1 k.c.). Bardziej interesująca i skomplikowana jest jednak sytuacja, w której strony nie regulują wskazanych kwestii w umowie albo czynią to odmiennie niż stanowi ustawa. Dopuszczalność analogicznego stosowania art. 864 k.c. zależy w drugim z wymienionych przypadków od charakteru normy prawnej wynikającej z tego przepisu. Jeżeli przyjmiemy, że ma on charakter dyspozytywny<sup>43</sup>, to przy wyraźnym wyłączeniu solidarności, odpowiedzialność uczestników konsorcjum nie będzie kształtowała się w oparciu o tę zasadę. Ewentualnie tego rodzaju wyłączenie może być następnie rozpatrywane z perspektywy naruszenia określonych zasad prawa cywilnego, takich jak: zgodność z zasadą autonomii woli, zasadami współżycia społecznego albo stosowania tzw. klauzul abuzywnych (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.). W szczególności należy wymagać, aby konsorcjanci w fazie przedkontraktowej poinformowali kontrahenta o wyłączeniu solidarności biernej w stosunkach „na zewnątrz” konsorcjum, np. w razie zamieszczenia stosownego postanowienia w ramach wykorzystywanego przez nich wzorca umownego. W takiej sytuacji nie będzie można postawić im zarzutu nielojalnego zachowania się wobec drugiej strony umowy poprzez chęć zatajenia okoliczności, której strona ta nie spodziewała się ze względu na wspólne prowadzenie działalności gospodarczej przez konsorcjantów zarówno w stosunkach wewnętrznych jak i zewnętrznych.

Brak porozumienia stron co do kwestii odpowiedzialności solidarnej uczestników konsorcjów zewnętrznego i zcentralizowanego oraz założenie, iż instytucja ta najbardziej zbliżona jest do spółki cywilnej<sup>44</sup>, prowadzi do ostatecznego rozważenia możliwości analogicznego zastosowania art. 864 k.c.

Pomocne w tym zakresie może okazać się odwołanie do art. 23 i 141 p.z.p. Celem pierwszego z przepisów jest umożliwienie wielu podmiotom składania ofert i uzyskiwania zamówień w trybie przetargu publicznego w sytuacji, gdy razem posiadają one zasoby ludzkie, odpowiednie uprawnienia, technologie i doświadczenie, pozwalające

<sup>43</sup> Tak K. Zawada [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz*, Warszawa 2005, s. 942, który wylicza art. 864 k.c. wśród norm względnie obowiązujących; w tym kierunku także K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*, Warszawa 2005, s. 742, formułując tezę o semiimperatywnym charakterze art. 864 k.c. oraz J. Jezioro [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1362; za dopuszczalnością zwolnienia z długu, zarówno ze skutkiem generalnym (wobec spółki), jak też indywidualnym (wobec konkretnego wspólnika) opowiedział się SA w Katowicach w wyroku z 22.11.1994 r., I ACr 676/94, PG 1995, Nr 9, poz. 22; odmiennie m.in. M. Pyziak-Szafnicka [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 288 oraz przywołana tam literatura.

<sup>44</sup> Na gruncie niniejszego opracowania konsorcjum i spółka cywilna traktowane są jako dwie odrębne instytucje prawne.

łącznie na prawidłowe zrealizowanie zadania. Wspólne działanie istotnie wpływa na ich szanse uzyskania określonego zamówienia bądź nawet stanowi przesłankę konieczną ubiegania się o to, gdy żaden z tych podmiotów indywidualnie nie spełniałby stawianych przez zamawiającego warunków. Z kolei zgodnie z art. 141 p.z.p. wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy zawartej w wyniku zamówienia publicznego i za wniesienie zabezpieczenia jej należytego wykonania.

Ustawodawca polski uznał wobec tego, że ustanowienie art. 141 p.z.p., wprowadzającego bezwzględnie obowiązującą odpowiedzialność solidarną po stronie wykonawców<sup>45</sup>, jest instrumentem potrzebnym i lepszym (zgodnie z zasadą proporcjonalności) niż swobodne porozumienie zamawiającego i wykonawców w tym zakresie.

Powyższe zdaje się być analogiczne do pozostającej poza trybem zamówień publicznych sytuacji, w której uczestnicy konsorcjum zewnętrznego i scentralizowanego wspólnie zobowiązują się do wykonania określonego świadczenia wobec osoby trzeciej. Zatem brak regulacji tej kwestii przez ustawodawcę w sposób tożsamy do regulacji prawa zamówień publicznych można określić jako lukę prawną, której wypełnienie analogicznym zastosowaniem art. 864 k.c. pozwoli na przyjęcie solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum. Z tą jednak różnicą, iż zachowany zostanie dyspozytywny charakter przepisu, co w konsekwencji nie wyłączy całkowicie swobody decyzji jednostek w zakresie treści zawieranych umów. Jak to bowiem trafnie ujął Andrzej S. Nartowski: „Sztuka legislacji polega na tym, by prawo zręcznie ujęło ten żywioł [tj. rynek] w ramy, lecz nie w karby”<sup>46</sup>.

Tego rodzaju rozwiązanie można uznać za optymalne. Skoro grupa podmiotów wzbudza u osoby trzeciej przekonanie o wykonaniu określonego zadania i celem tego jest uzyskanie korzyści z realizacji przedsięwzięcia, to równoważyć je powinna ich solidarna odpowiedzialność za ewentualne niepowodzenie. Można taki stan opisać przy pomocy potocznego określenia: jeden za wszystkich, wszyscy za jednego<sup>47</sup>. Zakładając bowiem, iż konsorcja co do zasady tworzone są w celu wykonania zadań, które swoim rozmiarem przewyższają możliwości pojedynczych członków tej instytucji, to ewentualne naprawienie szkód spowodowanych działaniem jednego z podmiotów mogłoby stać się niemożliwe

<sup>45</sup> Por. J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 141, teza 1.*, LEX 2012; wyrok KIO z 8 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 357/10.

<sup>46</sup> A.S. Nartowski, *Perspektywa samoregulacji polskiego rynku. Umowa społeczna czy interwencja państwa?* [w:] D. Dobija, I. Kołodkiewicz (red.), *Ład korporacyjny*, Warszawa 2011, s. 330.

<sup>47</sup> Takim sformulowaniem posłużył się ustawodawca austriacki – § 891 ABGB w ramach regulacji odpowiedzialności solidarnej: „(...) *Einer für Alle, und Alle für Einen ausdrücklich verbinden*”.

ze względu na stosunkowo niewielkie zasoby, przez niego posiadane. W tym obszarze można upatrywać zagrożenia dla obrotu gospodarczego, które zdaje się uzasadniać ograniczenie swobodnej decyzji stron co do treści zawieranej przez nie umowy.

Kolejnym argumentem przemawiającym za nałożeniem solidarnej odpowiedzialności członków za działania konsorcjum jest fakt, iż najlepszą wiedzę o możliwościach i aktualnej kondycji jej uczestników posiadają oni sami. To zatem na nich powinien spoczywać obowiązek przekonania potencjalnego partnera do zawarcia umowy z konsorcjum, w której znajdzie się postanowienie wyłączające zastosowanie odpowiedzialności solidarnej. Jednakże do tego momentu optować należy za odmiennym rozwiązaniem. Wprowadzenie „domniemania” odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów dodatkowo ułatwi rozpatrywanie spraw, w których została ona wyłączona w wyniku narzucenia tego rozwiązania drugiej stronie umowy (np. w ramach stosowanego wzorca umownego). Konieczne wtedy stanie się zbadanie, czy istniały do tego odpowiednie podstawy, którym nie przeczą okoliczności wskazujące na chęć nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności przez konsorcjantów.

Przedstawione rozwiązanie sprzyjać będzie ujawnianiu informacji o swojej sytuacji przez podmioty wchodzące w skład konsorcjum. Ponadto odpowiedzialność pozostałych konsorcjantów za działanie jednego z nich wpłynie motywująco na wzajemną, wewnętrzną kontrolę w ramach konsorcjum. Stwierdzić należy w końcu, że uznanie w zakresie działania konsorcjum zewnętrznego i scentralizowanego odpowiedzialności solidarnej jego uczestników, nie tylko poprawia sytuację wierzycieli, ale również konsorcjów, które w oczach rynku będą postrzegane jako instytucje godne zaufania. Dzięki temu ich szanse na pozyskanie potencjalnych kontrahentów wzrosną.

## V. Podsumowanie

Istotą fenomenu ekonomicznego konsorcjum jest zachowanie samodzielności podmiotów przy jednoczesnej kumulacji doświadczenia, kapitału, potencjału ludzkiego oraz technicznego, przesądzającej o możliwości uczestniczenia tego podmiotu w szeregu przedsięwzięć gospodarczych, o czym może świadczyć jej szerokie wykorzystanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Złożoność i wielość rozwiązań, jakie pojawiają się w praktyce funkcjonowania instytucji konsorcjum powodują, iż ta z pozoru prosta konstrukcja może wywołać wiele wątpliwości na gruncie prawnym. Należy jednocześnie pamiętać, że konsorcjum jest instytucją służącą realizacji słuszych interesów gospodarczych. Niemniej w pewnych sytuacjach działania członków konsorcjum mogą odbiegać od standardów lojalności kontraktowej i dobrych obyczajów. Stąd zasadny jest postulat wprowadzenia, w stosunkowo wąskim zakresie, odpowiedzialności



solidarnej uczestników konsorcjum za zobowiązania podjęte w związku z funkcjonowaniem tej instytucji. W takiej sytuacji do niewątpliwych mankamentów i ryzyka związanego z działalnością w ramach konsorcjum należy zagrożenie przejęcia na siebie odpowiedzialności za zachowanie współkonsorcjantów. Tak określone ryzyko powinno jednak co do zasady spoczywać na członkach konsorcjum, którzy posiadają najlepszą wiedzę o nich samych i w ich najlepszym interesie jest dbanie o wiarygodność całego konsorcjum, jak i jego pojedynczych uczestników. Ponadto podmioty budujące zaufanie wobec osób trzecich na podstawie istniejącej między nimi relacji konsorcjum, powinny nie tylko czerpać z tego określone korzyści, ale również ponosić odpowiedzialność.

W związku z całością powyższych rozważań, najbardziej prawidłowe okazuje się zastosowanie art. 864 k.c. *per analogiam*, w przypadku orzekania o solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjów zewnętrznych i zcentralizowanych. Rozwiązanie to zdaje się poprawne z punktu widzenia zarówno konstrukcji solidarności biernej w prawie polskim (art. 864 k.c. stanowi formalne źródło solidarności zgodnie z art. 369 k.c.) jak i opinii doktryny prawniczej na temat możliwości stosowania norm prawnych właściwych dla umów nazwanych wobec umów nienazwanych (w niniejszym przypadku umowy spółki cywilnej do umowy konsorcjalnej). Przede wszystkim jednak takie rozwiązanie nie ogranicza nadmiernie autonomii woli jednostek, pozwalając im w sposób najbardziej dla nich dogodny i efektywny uregulować wzajemne relacje. Wynika to m.in. z istotnego zawężenia kategorii konsorcjów, w których w ogóle będziemy mogli mówić o solidarnej odpowiedzialności jego uczestników. Pewną wadą tego rozwiązania jest brak możliwości jednoznacznego stwierdzenia w każdym przypadku, iż mamy do czynienia z konsorcjum zewnętrznym i scentralizowanym. Jednakże wątpliwościom zapobiec mogą sami uczestnicy obrotu poprzez uregulowanie w umowie kwestii solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum, gdyż zezwala im na to dyspozytywny charakter art. 864 k.c.

## *The Icelandic So-called 'Perfect Analogy'*

### Abstract

Article 1 of the Penal Code of Iceland states that 'a person shall not be subjected to penalties unless found guilty of behaviour deemed punishable by Law, or totally analogous to such conduct'. The solution – *analogia legis* within the criminal law, in the light of nowadays European regulations should be called an exceptional one. Nevertheless, its *ratio legis* aims at the enhancement of the principle of citizens' equality under the law.

There are two main principles of the Icelandic legal system – separation of the power and – as stressed – non-discrimination of citizens. The form of the principle of legality derives from a conflict between both of them. Therefore, the analogy – strictly 'perfect analogy', as that term should be used within the criminal law – applies to those situations where due to the principle of equality (and of coherence of the system), conducts of two persons, almost indistinguishable, should be adjudicated identically, even though the legislator has not decided so. Undoubtedly, court's action will violate the monopoly on lawmaking, however this practice is socially approved. Notwithstanding, due to the construction of Article 7 of the European Convention on Human Rights (praising the principle of legality) and to the criterion of predictability of law (raised by the Court in Strasbourg), Icelandic solution is not so obvious in breach of the European system.

---

<sup>1</sup> 5th year-student of Jagiellonian University in Cracow.

## I. Introduction

The paper is to provide a brief overview of the specific Icelandic regulation that allows to use analogy to adjudicate on one's criminal responsibility. The expression *specificity* of the issue is a good one as – when comparing systems of penal law existing among European countries – the so-called *analogia legis* can be seen as a much obsolete.

At the outset it should be noted that all legislation of Iceland is, basically, a reproduction of the Danish or Norwegian law<sup>2</sup> (although enriched by indigenous legal culture), and also in the case of criminal law the first Icelandic Penal Code of 1869 – introducing the controversial definition of an offense – was *de facto* translation into Icelandic of Danish criminal act of 1866<sup>3</sup>.

At the beginning of the paper the *ratio legis* of such a regulation (in this very form) of the *nullum crimen sine lege* rule will be discussed. Subsequently, it will be explained what it really means to convict someone by analogy in Icelandic legal system and how it works in practice. Last but not least – as a summary of the presented considerations – Icelandic 'perfect analogy' is going to be compared with European principles of criminal law, including those promoted by the European Court of Human Rights.

## II. The *nullum crimen sine lege* rule

Article 1 of the Penal Code of Iceland states that 'a person shall not be subjected to penalties unless found guilty of behaviour deemed punishable by Law, or totally analogous to such conduct'<sup>4</sup>. This rule is also written in the Constitution of Iceland of 1944 whose article 69 (1 part) confirms that 'no one may be subjected to punishment unless found guilty of conduct that constituted a criminal offence according to the law at the time when it was committed, or is totally analogous to such conduct'<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> H. Einarsson, *Old ways and new needs in criminal legislation* [in:] *On criminal law and criminal procedure in Iceland from the beginning of the 19th century*, Reykjavik 1989, p. 61.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 62. It should be noted that Icelandic legal system had been connected with the Danish one since IX/X century (see: E. Pálsson, *Pythagoras and early Icelandic law: a lecture given at the sixteenth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 'Law justice and the state'*, Reykjavík 1993, p. 7).

<sup>4</sup> Act no 19/1940 of 12 February 1940. Official translation at: <http://eng.innanrikisraduneyti.is/legislation/> [access hereinafter: 10.06.2013].

<sup>5</sup> Constitution of Iceland of 17 June 1944. Official translation at <http://www.government.is/constitution/>.

With a reference to the above-mentioned, article 1 § 1 of the Criminal Code of Denmark states similarly that 'only acts punishable under a statute or entirely comparable acts shall be punished'<sup>6</sup>. A. Wąsek, when discussing the system of Danish criminal law<sup>7</sup>, emphasizes that the *nullum crimen sine lege* rule is without constitutional status there and the form which has been given to it by the Danish legislator (as shown) leaves much to be desired. *Analogia legis* against the offender is basically accepted among contemporary Danish dogmatists of law (unlike foreign ones). It is due to the fact that – as a basis for a conviction – analogy is not misused, and if so – according to the Scandinavian literature – the result is similar to the one of usage of a broad interpretation of criminal law<sup>8</sup>. In passing it can be noted that such an argument should be considered striking as – according to the European doctrine of criminal law – not only *analogia legis* against the perpetrator is prohibited, but broad interpretation either.

It can be argued therefore that the above-mentioned regulations – both Icelandic and Danish – seem to be a gap in contemporary European system of criminal law, for which reason – opposite to the common law system – the written law and its literal interpretation is of great importance. The rule that a criminal (indictable) offence should be properly defined by law, *stricte* by statute (as *nullum crimen sine lege* states<sup>9</sup>) is supposed to be a fundamental one not only for the criminal law, but for the universal human rights law as well<sup>10</sup>.

According to the Icelandic literature, article 1 of the Penal Code is the one that introduces the rule of *nullum crimen sine lege* into the Icelandic law<sup>11</sup>. It can be claimed in the subject that, as such a rule does not state the ban on analogy and refers literally to the potential outcomes of its usage, it is a circumvention of the law (statute).

To continue, the principle of legality and the *nullum crimen sine lege* rule especially are recognized in the Icelandic legal system and prescribed as those of fundamental value just

---

<sup>6</sup> Criminal Code of Denmark of 1930 r. (consolidated on 6 September 1986). Official translation: G. Høyer, M. Spencer & V. Greve, *The Danish criminal code: English version*, København 1999.

<sup>7</sup> A. Wąsek, 'Duńskie prawo karne', *Przegląd Prawa Karnego* 1992/6, p. 70–90.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 71–72. As L. Gardocki also claimed the analogy in Danish criminal law not being misused is not contrary to the rule of lawfulness. See: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, p. 17.

<sup>9</sup> It is worth to note that as far as the rule of *nullum crimen sine lege* pertain to *lex*, therefore – statute, it is said that the guarantee function of criminal law is fulfilled unless the conviction of individual's act was not predictable by law (*i.e.* latin *ius*). See: S. Pomorski, *Amerykańskie common law a zasada nullum crimen sine lege: studium krytyczne prawotwórstwa sądowego w amerykańskim prawie karnym*, Warszawa 1969, p. 17.

<sup>10</sup> See: K. S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009, chapter 7. Also: F. F. Ívarsson, *Um lögjöfnun*, Reykjavík 2012, p. 65 (own translation).

<sup>11</sup> H. Einarsson, *op.cit.*, p. 65.

as emphasized above<sup>12</sup>. At the same time, however, the character of the rule is not seen as an absolute one since some exceptions from it are allowed. They can be based either on 'the common law' and practical considerations and on the law itself as well. So is in the case of article 1 *in fine* of the Penal Code of Iceland, which by opening up the definition of the offense to cases not provided for in the law but 'totally analogous', introduces an exception to the rule of *nullum crimen sine lege* for the analogy, *stricte* a perfect analogy, that is distinguished from the concept of the so-called free analogy (see below). Other deviations from the rule – based on 'the common law' – are jurisprudence (judicial practice) and doctrine (literature) concerning the interpretation of the criminal law. In passing it must be added that, as the Icelandic legal system belongs to the civil law system where the written law<sup>13</sup> dominates, even though the cited article 1 of the Penal Code states that an offense is to be determined by the law (contrary to the Danish regulation where the term 'statute' is used), it does not mean the other exceptions are also rooted in this article. Although there is no legal definition of law (especially in the Constitution of Iceland), it still relates to legislation made by legislative power<sup>14</sup>.

### III. *Ratio legis*

The form of the *nullum crimen sine lege* rule in the Icelandic legal system derives from the current conflict between two overarching principles rooted in it, *i.e.* the tripartite division of powers and assignment of the legislative power exclusively to the parliament and the President on the one hand and equality and consistency of the legal system on the other hand<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 65 (own translation). When discussing the Feuerbach's theory, the author claims that some of its basis proved to be resilient and now the *nullum crimen sine lege* rule is a fundamental one in most countries. He emphasized the rule is also of human right range and, as such, is protected by European Convention on Human Rights of 1950 (article 7 therein) and other human rights instruments as well (*e.g.* International Covenant on Civil and Political Rights of 1966).

<sup>13</sup> See: F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 7. The author says that Icelandic legal system is based essentially on statutory law (civil law legal system characterized by written law).

<sup>14</sup> According to article 2 of the Icelandic Constitution the legislative power is jointly exercise only by Althingi [*i.e.* Icelandic parliament] and the President of Iceland (it states: *Althingi and the President of Iceland jointly exercise legislative power. The President and other governmental authorities referred to in this Constitution and elsewhere in the law exercise executive power. Judges exercise judicial power.*)

<sup>15</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 10 (own translation): *There are two principles that are rooted in the Icelandic legal system and the Icelandic Constitution. On the one hand, as states 2nd Article of the Constitution, the tripartite division of powers and assignment of the legislative one to the Parliament [and the President], and on the other hand, [equality. The problem is] when the legislator does not seem to cover specific cases that, from the*

According to R. R. Spanó, Icelandic dogmatic of the criminal law, the interpretation of the law should be carried out so that the results can meet the requirements of predictability, equality and rationality<sup>16</sup>. Thus, a conviction on the basis of the court's assessment of the case *ad casum*, although not fulfilling an offense laid down by law but similar to such, deserving to be punished, constitutes nothing else than court's law-making activity, violating the principle of the division of powers. Nevertheless, the conviction in the previously-mentioned situation is, in the same time, a symptom of the protective function of the state as it provides equality between citizens before the law and the sense of justice as well. The idea behind the regulation is that individuals should be treated equally – both convicted or acquitted – if their conducts are almost identical, so that the principle of equality and consistency of the legal system could be respected. What might be doubtful, however, is the value of predictability of law. How can one talk about it when the legal consequences of a given behaviour is deemed to be punishable not on the basis of universally binding law, available for anyone interested, but in accordance with 'the whim' of the court? The Icelandic doctrine claimed that this predictability should be understood as an opportunity for self-reconstruction (or reconstruction with the assistance of the counsel) of the legal norm applicable in the case *ad casum* with the use of the commonly accepted legal methods. Thus, in Icelandic system analogy, as one of such methods, cannot be used freely by the courts either, but should be foreseeable for citizens (which the issue will be carried on in the later part of the paper).

Further argument *in favorem* 'perfect analogy' can be that relating to legislative practice, *i.e.* that it is impossible to regulate each case of everyday life in the legal text. Therefore, in order to find a good solution for reality judge must look beyond the boundaries of legislative and, for example, make a use of the rules of the law, or help himself by an analogy<sup>17</sup>. It can be claimed that refraining from the strict adherence to the text of legal acts can give possibility to react on criminal behaviours in a more proper way.

---

*perspective of equality, could be perceived as ones that should be regulated as well. The question is if the law should apply strictly and remain unchanged unless legislator amends it, or is it permitted to apply the method as analogy to achieve equality and consistency in the legal system? See also: Article 2 of the Constitution of Iceland cited above and article 65 as follows: Everyone shall be equal before the law and enjoy human rights irrespective of sex, religion, opinion, national origin, race, colour, property, birth or other status.*

<sup>16</sup> R. R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða*, Reykjavík 2006, bls. 45 (own translation): *Methods of law construction should therefore satisfy minimum predictability, transparency and consistency, so that those who are 'legal targets' (or their legal advisers) could understand and assess whether arguments for the conclusion are coherent with the recognized methods of law interpretation within the Icelandic legal system.*

<sup>17</sup> F. F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 7 (own translation): *Law may not cover all possible issues. It must seek inspiration in other legal sources or methods to answer any question that cannot be answered otherwise. To do it, one should, for example, look for items such as the principles and laws of nature (...).*

From the criminological point of view, the Icelandic doctrine agrees that the threat of punishment which the perpetrator is aware of may contribute to reduction of such law-violating conducts. However, since the effect is difficult to estimate, in practice the value of universal respect for the legitimate interests of citizens assessed *in concreto* is given a priority<sup>18</sup>. Another Icelandic dogmatic of criminal law – J. Þórmundsson – emphasizes in this context that although the Feuerbach's concept of mental compulsion cannot be regarded worthless, it is not free from criticism. It should be, of course, required that the legislator indicates precisely what kind of behaviour is going to be punished and, indirectly, what kind of behaviours are prohibited, notwithstanding the very assumption that the awareness of penalty will act as a deterrent against committing crimes is unrealistic just because of the fact that the fiction of legal awareness too often occurs to be nothing more than just a fiction, and, apart from the above-mentioned, most crimes are committed unintentionally anyway<sup>19</sup>.

#### IV. The legal method

The answer to the question what is the analogy in the Icelandic legal system, particularly in the criminal law, as well as what is the base for it and its position among other legal methods, is not – despite its momentous function – simpler than elsewhere<sup>20</sup>. Widely understood, it is said to be a special method that allows to use the content of the statutory rule in the case not covered by law. This makes it possible to subsume the facts under the scope of the statutory provision, which in the ordinary interpretation of the law would not have occurred<sup>21</sup>. As aforementioned – the reason behind such an action is to ensure

---

<sup>18</sup> As stated in Explanatory Statement to the Penal Code of Iceland of 1940 [cited in:] H. Einarsson, *op.cit.*, p. 64: *The common ethical view that the legitimate interests of others are to be respected is much more conducive to prevent violation of law than any punishment. However, the knowledge of penal sanctions brought by a certain act also contributes to this end, although this effect is impossible to weigh or measure. A penal stipulation will also often strengthen the view that the punishable act is also a moral wrong (...)*

<sup>19</sup> J. Þórmundsson, *Afbrot og refsíðabyrgð I*, Reykjavík 1994, bls. 151–152 (own translation): *Some assumptions about teaching Feuerbach were unrealistic, especially the knowledge of the law and the effectiveness of legislative (...). Most crimes are committed without deliberation, usually involuntarily, (...), done in fervent agitation or for other transient imbalanced motives, like fear, jealousy or anger.*

<sup>20</sup> F. E. Ívarsson, *op.cit.*, p. 4 (own translation). The author notes that the very term 'analogy' had often caused both law students and lawyers puzzled, since analogy can be an extremely 'challenging task' (*i.e.* something that must be dealt carefully with).

<sup>21</sup> *Ibidem*. As the author mentions (briefly): the analogy is an authorization to apply the substance of the statutory rule outside of its scope of application, which cannot take place in the case of law interpretation.

the principle of equality of citizens under the law. Thus, if two situations are similar to each other, but only one of them is recognized by law according to the requirements of legal system, to the principle of non-discrimination and equality, as well as to the consistency of the system, such cases should be evaluated in the same way. In other words, with that legally unregulated situation should be associated legal consequences assigned to the statutory one. The analogy is, therefore, a kind of an instrument eliminating the inequality of legislation.

It follows that in the Icelandic system the understanding of analogy as a legal method does not differ substantially from what is assumed in most European countries<sup>22</sup>. The difference is, however, in its application and admission to, after all, fill in the legal gaps within the criminal law. It seems, therefore, that the Icelandic system of criminal law is not an exhaustive one<sup>23</sup>, and among the methods of legal interpretation there is no assumption of rational legislator, at least not in the sense which is given in Poland. While the Polish criminal court in a situation as described above would have to judge that behaviour – being irrelevant from the legal point of view – cannot be considered punishable (as this very branch of the law is thought by the rational legislator to be comprehensive and without legal gaps), Icelandic court is not able to do the same. A judge cannot rely on the given text of law, but he must refer to the legislator's intentions, and assess what should be given therein. In other words, it must be examined whether it is rational – due to some values rooted in the legal system – to penalize the case *ad casum*, and otherwise – whether there would be a breach of the constitutional principle of equality.

Within the Icelandic legal system can be distinguished two sources of criminality (not to be confused with the sources of law) – the law and the analogy (like has been said before – a 'perfect' one). However, it is emphasized that the analogy is not a source of law, nor the method of its application<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> See: F. F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 16–17 (own translation). The author notes that, notwithstanding, within the Danish legal system and the Norwegian one as well the analogy is seen as a method of legal interpretation (*interpretatio extensiva*). Just as by The European Court of Human Rights.

<sup>23</sup> See: K. Radzikowski, 'Analogia w prawie podatkowym', *Przegląd Podatkowy* 2007/4, p. 19.

<sup>24</sup> R. R. Spanó, *op.cit.*, bls. 308–309: *Analogy, however, is an independent action based on the authorization, that has been considered to exist in certain cases, to apply the substantive rule which is behind the provision, to circumstances that does not fall within its scope after its interpretation.(...) Analogy is a form of the power to creation, that the courts have the authority to do, as appropriate, when specific conditions are met.(...) When all is said and done, the decision of the Court to apply the analogy is in fact based on the constitutional right of the courts to create a rule in some specific situations.* Different view, today perceived as an archaic one, is presented, e.g., by J. Þórmundssona, *op.cit.*, bls. 195, where the author claims that analogy is an independent source of law.



The clue to determine what the analogy is in the Icelandic legal system, lies in a discretion granted to a judge whose aim is to realize the principle of equality of the legal system. It is believed that the use of analogy is within the competence of the courts attributed by the Constitution. When court is to decide whether given conduct – although not of a criminal features according to the legislature, but of such a nature in accordance with other reasons that prejudice the penalty – should be criminalised, it realises the general power to dispense the justice (even though it constitutes law-making activity)<sup>25</sup>. This practice, established by the society, meets the general acceptance just because of the underlying purpose of such a solution. What needs to be emphasized, the courts are not entitled to set some new standards of conduct, but only to extend the scope of application of the existing legislation<sup>26</sup>. If one would like to refer this to the Polish system of criminal law, the courts would be entitled to establish a new rule that expresses the type of criminal offense for the case *ad casum*. Nevertheless, the rule must be based on the existing one that is lying behind the provision<sup>27</sup>.

Just because of the link between the new rule and the existing law it is said that the analogy cannot be seen as a separate source of law – by itself it may not constitute the basis for legislation. On the other hand, while using analogy there is no application of the existing provisions, therefore, it also cannot be called the method of legal interpretation. What is more, among the conditions allowing to use the analogy in particular circumstances, there is one that must be a legal loophole<sup>28</sup>. Thus, the relationship between the two methods (legal interpretation and analogy) is such that until the court decides the matter by means of legal interpretation, even extensive one, it will not be entitled to use the analogy<sup>29</sup>. It should be noted that *argumentum a maiori ad minus*, the extensive interpretation of criminal provisions – usually prohibited – also will be allowed in the Icelandic law.

---

<sup>25</sup> Ó. Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, Reykjavík 1978, bls. 388 (own translation): *There is no definition of the term 'jurisdiction' in the Constitution, however it is assumed that its meaning is determined and known. (...) According to the traditional sense it binds a judicial authority to determine the specific rights and to provide for what is right and legal in a particular case. See also: F. F. Ívarsson, op.cit., p. 13: Therefore, it can be considered that analogy, (...) is part of the judiciary power in the meaning of the 2nd Article of the Constitution and the courts applying the analogy are basically using their power to extend the essence of the legislative to cover particular case [as they are not excused from giving a judgment even though no rules of law apply].*

<sup>26</sup> *Ibidem*. As cited above.

<sup>27</sup> With reference to so-called 'norma sankcjonowana' (as the rule behind the provision) and 'norma sankcjonująca' (rule explicitly given in the provision), which the terms are hard to translate. See: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, vol. I, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, p. 147–148.

<sup>28</sup> What be discussed subsequently.

<sup>29</sup> F. F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 28. The author claims that: *before deciding to apply the analogy the judge must conclude that it is not possible to incorporate case ad casum under legal provision even with the use of the extensive interpretation.*

## V. Conditions of analogy

Analogy in criminal law – 'analogy, which allows for penalty – is called within the Icelandic legal system a 'perfect analogy'<sup>30</sup>. Therefore, it is said there are two concepts: the so-called free analogy, and the perfect analogy<sup>31</sup>. It is important that there is no material difference between both, and in each case the same conditions must be met for applying one of the methods. Notwithstanding, the Icelandic scholars indicate that à propos conditions for perfect analogy the criterion of similarity has to go further<sup>32</sup>. While the 'free analogy' requires that the case *ad casum* and the statutory one would be comparable, the 'perfect analogy' needs the two cases to be completely similar. Thus, it is the degree of similarity that indicates the boundary (but rather blurred) between the concepts.

Article 1 of the Criminal Code of Iceland establishing an exception to the *nullum crimen sine lege* rule as the so-called perfect analogy, implicitly set to the conditions of its application. It hardly needs emphasizing that the use of analogy by courts is a subject to restrictions and, basically, it is not arbitrary at all<sup>33</sup>.

Icelandic doctrine distinguishes three positive conditions for considering that the court is entitled to make a decision based on the analogy, and the same amount of negative conditions preventing the analogy from being used. The first group includes *primo* requirement that the case *ad casum* cannot be covered by existing law, *secundo* the two cases – on the one hand that under consideration by a court and on the other hand the one described in the legal act – should be of the same kind and of the appropriate degree of similarity, and *tertio* rule created by analogy must be coherent with the general objectives and

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 83. The author says: *The Icelandic law, as previously mentioned, has considered only the 'perfect analogy' to be a basis for penalty.*

<sup>31</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 86: *There remains then only one condition of analogy, the case must be of the same such nature or type. (...) Similarity may be lower or can mean almost identity. According to the scholars, somewhere on the scale lays the boundary between free and 'perfect analogy'. Nevertheless, it may be extremely difficult to draw the line so handsomely. (...) There is no substantial difference between the terms [free and 'perfect analogy'], but the only difference is when applying the criteria – in both case the same. (...) As one would says that the applicability of the 'perfect analogy' (allowing for penalty) is only possible in cases when each condition for analogy is met, it is no longer two different concepts, but merely different requirements for the same concept.*

<sup>32</sup> *Ibidem*. As cited above.

<sup>33</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 14: *Analogy is far from being apply by courts freely. The principle of the Icelandic Constitution is that the legislator puts the right rules and the courts have only limited authority to create such legislation (or extend them as in the case of analogy) and only under certain circumstances. This means obviously that analogy is an exceptional authorization. (...) Refers to the first condition, as discussed further, that no other legal rules may apply to the scenario under consideration to allow to cover it by analogy, this must be considered in each case. Courts must evaluate all situations coherent and exclude other possibilities before they are going to use analogy. Therefore, it should be used with caution.*

principles of the Icelandic legal system<sup>34</sup>. The ban on the use of analogy (negative conditions) has application where *primo* the legal text deals with the exceptional rules, *secundo* norms are of a special nature, *tertio* the regulations relates only to the cases listed exhaustively therein<sup>35</sup>. Firstly, the positive condition of analogy will be presented.

Discussing the application of the rules of law in a particular case, also when considering the use of analogy, first what needs to be established, is the legal loophole within the regulation, that means – the case *ad casum* cannot be governed by any applicable law. It is said, that in order to verify this requirement, the scope of application of the provision in question (a probable basis for analogy) must be precisely studied and different meanings of a given expressions should be analysed. If, in spite of applying the method of law's interpretation, including the extensive one, it is not possible to settle the matter, then the analogy would be admissible. What is important, one should examine not only the provision that is going to serve as a basis for *analogia legis*, but also other potentially applicable law<sup>36</sup>. Nevertheless, an interesting idea was put forward in the context of the 'old' regulations, that is to say – it cannot be ruled out that such an obsolete provision prevents the use of analogy by court if the results achieved in this way would be more appropriate to nowadays circumstances<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 37–38. Most of Icelandic researchers suggest that conditions of analogy can be divided roughly into two categories. The first category includes the so-called positive conditions. Is it a major part and one may distinguish three main criteria. They are, firstly, that the case cannot to be covered by the existing law. That must be examined by taking into account the various meanings of words. Second criterion is the requirement that the case under consideration and the case that is provided for by legal provision are comparable. It is said that the condition is met when nature of both cases or their sex are such. Thirdly, it is also required that a rule invented by analogy has fallen broadly into the Icelandic legal system. This means that it should be logical that the rule is found by analogy and not any by any other source of law.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 55. All of these cases involve the provisions considered to be in some extent unique and they are not subject to public interpretation. Thus, it is considered that the provision includes special rules, cannot be extended by analogy. Is it justified by the general rule that such provisions should be construed narrowly. (...) It is also believed that there should not be interpretation *extensiva* of provisions involving exhaustive list of cases that should fall within the scope thereof. Is it justified as by enumeration the cases in a comprehensive manner, legislator has ruled that the provision should not apply to other cases.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 38–39. (...) one of the conditions for the use of analogy is that no other legal rules cover the case under consideration. It is not enough to establish that the given incident falls outside the statutory provisions that is consider to be basis for analogy. It needs to be verify whether other provisions could potentially cover the incident. One shall also analyze whether the case is not regulated in a special way.

<sup>37</sup> Á. Snævarr, *Almenn lögfræði*, Reykjavík 2003, bls. 542. If as an obstacle for the analogy stays an old provision, the judge may considered to apply the analogy when such a rule is seen as more efficient than the old one. Therefore, the analogy should not be prohibited, despite the fact some rules that cover the incident exist (own translation).

Moreover, the common law or ethical principles cannot be a barrier against analogy because they do not possess binding force<sup>38</sup>.

The next criterion of analogy to be briefly analysed is the similarity of the two cases. The analogy applies only to circumstances which nature is comparable to that regulated by law. Therefore, the question is how to understand the expression of 'totally analogous', stated in the Article 1 of the Penal Code of Iceland. What should be analysed is whether the two cases must constitute similar behaviour, that means – at first glance such incidents are analogous. Or maybe it must be a violation of the same rule which stays behind the legal provision that determines the similarity, or – perhaps – both.

If the Polish criminal law was the subject to discuss, the legal provision (so-called 'norma sankcjonująca') would describe the forms of punishable breaches of the substance rule laying behind it (so-called 'norma sankcjonująca')<sup>39</sup>. Second-mentioned rule is to protect the legal asset of which the violation is constituting the untold mark of criminal act penalized by each provision that needs to be established as well. Bearing this in mind, the similarity of the two behaviours might take place when the one *ad casum* does not violate the protected legal asset (i.e. it is not in breach with the rule behind the analysed legal provision), but it filled all the other marks of the criminal act stated by law like the intention or causative act. On the other hand, one may speak of similarity in situation where a breach of a rule has been sanctioned in a different way than had been described by the legislator. It should be stressed that types of criminal acts punishable due to the effect arisen of them are excluded from the analysis. In those cases one should establish the identity rather than similarity of the two incidents, as it is not the way of behaviour that is punishable, but the result occurred. Therefore, the analogy in this context would be considered – for example – when the perpetrator – acting negligently – fulfilled the statutory intentional type of criminal act, or when he breaches the legal asset, regardless of the way of behaviour that was criminalised.

It seems, the Icelandic doctrine understands the similarity as a strict requirement for the internal similarity of the two acts, which means that between two cases must be a resemblance of a material character. In passing, comparing this – again – to the Polish theory of criminal law, one might call such similarity the same culpability of an act in its substance sense<sup>40</sup>. Notwithstanding, the facts of the case – the given behaviour as it physically presents itself – are, of course, subjects to analysis, as this is – that kind of similarity – the factor

---

<sup>38</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 42. *Finally, it is also appropriate to note that the requirement is met even though there is a substance rule, but it is for some reasons not considered to bind. This is evident in the case of ethics rules (...) [or] customary law.*

<sup>39</sup> See: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, p. 147–148.

<sup>40</sup> See: E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.

that makes a judge associate the case under consideration with that statutory stated. What will determines the decision (to cover the case *ad casum* by the legal provision by analogy) is, after all, the principle underlying the given provision. Thus, the law should be interpreted in both ways – objectively (just the meanings of words) and subjectively (meanings of words wanted by the legislator). According to the Icelandic literature, the judge must look at the case from the perspective of the legislator and then decide whether to extend the scope of the provision<sup>41</sup>. A significant argument – for or against the judgment of conviction on the basis of analogy – is that, whether there would be a violation of the constitutional principle of equality before the law, if it is considered that the cases are not substantially similar<sup>42</sup>.

The third condition of the analogy is not easy to grasp, and among the Icelandic dogmatists there is no common ground as to how it should be understood<sup>43</sup>. As stated above, the new rule – created by analogy – must be in compliance with the general principles of the Icelandic legal system. Additionally, the analogy should be considered acceptable if a rule created by its use is going to be a brilliant and useful one, also with a social dimension<sup>44</sup>.

Nevertheless, the existence of the presented positive conditions for analogy, is not enough, because the lack of negative ones need also to be established. Therefore, one cannot apply the analogy in order to expand the scope of the provision that is of an exceptional nature (as in expression *exceptiones non sunt extendae* states). The same will also apply to the special provisions, it is – *lex specialis*. Subsequently, analogy is generally excluded in cases where a legal provision is intended to apply only to the situation exhaustively enumerated therein. It is emphasized that in such cases the will of the legislator is clear – he does not want other circumstances to be covered by provisions of which the scopes of application were narrowed by himself<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> F.F. Ívarsson, *op.cit.*, p. 47. It is said that the courts must assess both – legal provision and their context. Thus, the courts must carefully examine the views and the arguments that lie behind the regulation and assess whether it is appropriate to let the case under consideration cover by this provision by analogy. One may say that courts need 'to put themselves in the shoes of the legislator' and ask whether he would allow to cover such circumstance by the given provision if he has been asked for opinion.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 49, referring to B. Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 582–590: There is an interesting view that may be a good clue when dealing with the question of whether the cases are substantially similar, namely – whether it would be considered to deal with a violation of the equality rule stated in the Constitution if to assess that cases are not so.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 50. The author says that the third condition of analogy has always been considered much less clear than the two previous.

<sup>44</sup> Á. Snævarr, *op.cit.*, bls. 546. The author defines the condition in question so that a new rule obtained by analogy must be useful or neatly.

<sup>45</sup> R. R. Spanó, *op.cit.*, bls. 321 (about *lex specialis*): When the legislator has determined that a particular case will be handled in a special way, (...), must be concluded that of such provision analogy will not be permitted, the conscious action of the legislator precludes that.

## VI. The practice

How does the perfect analogy work in practice? A striking example is the judgment of the Icelandic Supreme Court of 1965, Hrd. 1965, bls. 394, by which five employees of Útvegsbanki Íslands were sentenced under a provision prohibiting employees of state institutions, including the state's banks, to organize and participate in strikes. According to the law on the civil servants of 1915 (No. 33/1915), the prohibition was referred to employees of the bank – Landsbanki Íslands. However, it was the only state bank that time. Therefore, the question to answer was whether the provision stating such prohibition should be extended by analogy to the case *ad casum*.

The court of the first instance gave a negative answer to this question. Even though the positive conditions of analogy were met, especially the one of substance similarity between the two cases, as the same reason laid under the ban on strike of employees of Útvegsbanki Íslands as of Landsbanki Íslands, that is – prohibition of braking the work of state institutions, the court has assumed that the legislature by mentioning only a name of one of them had given the exhaustive list of cases to which the provision should apply. In other words – the negative criterion of analogy has been found. However, the Supreme Court held, subsequently, that due to the equal status of employees of both banks, and general ban on strike by civil servants, Article 1 of the Icelandic Penal Code would apply<sup>46</sup>. It was emphasized that act including the prohibition was stated in 1915, when there was no other bank than Landsbanki Íslands.

The use of analogy in this case was, therefore, a good example of the aforementioned repeal of an outdated regulation due to various social motives, or – more precisely – the revision of such regulation. It is worth to note that there was no doubt that conviction of the employees of Útvegsbanki Íslands will restore the principle of equality before the law and the coherence of the legal system. It seems, however, that in the view of the argument of the negative condition of analogy, its application in the case was not really predictable for citizens who, guided by the widely accepted legal methods, would assess the situation just as the court of the first instance had done.

---

<sup>46</sup> The judgment of the Supreme Court of Iceland, Hrd. 1965, bls. 394. See: F. F. Ivarsson, *op.cit.*, p. 86-87.

## VII. Is there a breakthrough in the European legal system?

Considering the above-mentioned, does the Icelandic concept of the so-called perfect analogy breach the *nullum crimen sine lege* rule, widely promoted in the European legal system? After all, it is said that the prohibition of analogy, as well as extensive interpretation with the detriment of the accused, fall inside the rule. In comparison – Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>47</sup> is interpreted as prohibiting retroactive application of criminal law, and – *sic!* – a ban on the use of analogy or extensive interpretation. It can be claimed, however, as the very declaration of the prohibition to use analogy within the criminal law does not mean *per se* the principle of legality is not going to be violated, so the Icelandic Article 1 of the Penal Code does not mean *per se* the *nullum crimen sine lege* rule is denied. The one to assess the issue is a court that is going to rule the case *ad casum* (or a court of higher instance). The criterion – developed by the European Court of Human Rights – is the clarity and predictability of the criminal law<sup>48</sup>.

Following the guidelines of the European Court of Human Rights, it is said that as long as the borders of a criminal offense –and therefore criminal and punishable behavior – are seen not so much as for the ordinary citizen, but for a person which gained a legal education (and may provide the legal advice) and a conviction on the basis of a particular provision would be predictable for him – according to the Court – there is no violation of Article 7 of the European Convention on Human Rights<sup>49</sup>. Therefore, the fact that the case *ad casum* would be judged with an use of analogy, is not essential. The emphasis is given not to the method of adjudication, but to its effect. It need to be stressed that, basically, the European Court of Human Rights does not put forward a requirement of definiteness of criminal acts by a statute. The term of 'law' is not of formal meaning, but the material one<sup>50</sup> (which the fact, undoubtedly, makes the conventional system – effective in almost all of Europe – closer to the Anglo-american common law).

The conclusion of this paper is that one cannot say *a priori* the Icelandic system violates the continental standards of criminal law. It is interesting, therefore, the direct admission

---

<sup>47</sup> No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. (...)

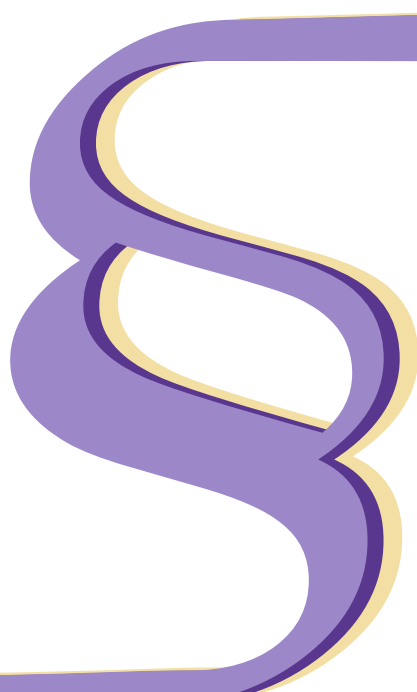
<sup>48</sup> Judgment of the European Court of Human Rights, the 25th of May 1993 (case of Kokkinakis v. Greece).

<sup>49</sup> Judgment of the European Court of Human Rights, the 15th of November 1996 (case of Cantoni v. France).

<sup>50</sup> Judgment of the European Court of Human Rights, the 6th of March 2012 (case of Huhtamäki v. Finland).

for an eventual conviction on the basis of the analogy, seems to be an exception to the rule of *nullum crimen sine lege* in the same way as an eventual indirect practice of courts do that. Therefore, it should be considered whether to talk of deviations from the general principle of legality, understood as the primacy of the statute, rather than of the evolution of the principle from the rigorous definiteness of a criminal act, to the predictability of a such?





**IPP UJ**

**Numer 3–4/2013 (13)**

**[www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)**

**ISSN-1689-9601**