



lipiec–sierpień

7–8/2021

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





lipiec–sierpień

7–8/2021

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXVI nr 764–765



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelna:
Ewa Stawicka

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:
Grzegorz Grątkowski
Anna Setkowicz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

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

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Na okładce:

Aleja Żeglarsstwa Polskiego jest umiejscowiona na południowym falochronie basenu żeglarskiego im. Mariusza Zaruskiego w Gdyni, tuż obok mariny. Zawiadują nią wspólnie: Polski Związek Żeglarski, Pomorski Związek Żeglarski, Miasto Gdynia i Urząd Morski w Gdyni. Na pionowej ścianie każdego roku mocowana jest jedna, dwie bądź trzy tablice upamiętniające słynnych polskich, nieżyjących już żeglarzy. Decyzje o tym podejmuje kapituła. Odsłonięcia kolejnych tablic są często organizacyjnie połączone z czerwcowymi obchodami Dni Morza. Pierwszą tablicę ufundowano w roku 2012. W 2021 r. można ich już naliczyć ponad dwadzieścia. Jedną z najnowszych upamiętnia kapitana jachtowej żeglugi wielkiej Andrzeja Rościszewskiego – zarazem wybitnego adwokata, działacza samorządu adwokackiego, legendarnego dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, znanego także ze swej działalności państwowotwórczej po 1989 r. Odsłonięcie epitafium odbyło się przy udziale władz związków żeglarskich, przedstawicieli miasta Gdyni, rodziny i przyjaciół zmarłego mecenasa Andrzeja Rościszewskiego oraz reprezentacji adwokatury polskiej. W pobliżu znajduje się tablica ku czci kapitana Henryka Fronczaka zwanego – od konspiracyjnego wojennego pseudonimu – „Wujem”, który w połowie XX w. wprowadzał młodego Andrzeja Rościszewskiego w żeglarskie arkana.



Foto na okładce: archiwum „Palestry”; portal Żeglarski.info
Przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Adres Redakcji:
00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35
e-mail: redakcja@palestra.pl
Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 9,5. Nakład: 6400 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Ewa Stawicka

„Ile masz na kompasie?” 7

Artykuły

Jerzy Skorupka

Sposób ukształtowania procedury karnej jako element oceny
bezstronności obiektywnej (zewnątrznej) sądu 8

Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Adriana Szymborska-Rymer

Wydłużenie terminu do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym
w sprawach szczególnie zawitych i skomplikowanych a zmiany
w obszarze sporządzania uzasadnień wyroków sądów karnych –
propozycje *de lege ferenda* 21

Agnieszka Pilch

Przedmiot ochrony wykroczenia z art. 128 Kodeksu wykroczeń 39

Monika Strus-Wołos

Dlaczego szczepienia przeciwko COVID-19 w ramach Narodowego
Programu Szczepień nie są eksperymentem medycznym 62

Tadeusz Felski

Podmiotowe prawo do spadku 73

Marek Kułak

Sądowe wartościowanie majątku w postępowaniu dotyczącym
ustalania nierównych udziałów w majątku wspólnym
– uwagi na tle wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego 83

Tomasz A. Zienowicz

Problematyka związana z brakiem definicji legalnej pojęcia „swap”
w polskim systemie prawa – uwagi *de lege ferenda* 102

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antonii Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa
(kwiecień–czerwiec 2021 r.) 114

Mateusz Dąbroś, Witold Kurowski

redakcja naukowa Jerzy Pisuliński

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych 125

Jan Chmielewski

Naczelny Sąd Administracyjny – przegląd orzecznictwa
(styczeń–czerwiec 2021 r.) 144

Katarzyna Jakubczak-Fopke

Zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem a zabójstwo z motywacji
zasługującej na szczególne potępienie – przegląd orzecznictwa 158

Głosy

Grzegorz Gorczyński

Wzruszalny charakter domniemania wiarygodności wpisu
w księdze wieczystej – także w odniesieniu do wpisów o charakterze
konstytutywnym, w tym wpisów hipotek – glosa do wyroku
Sądu Najwyższego z 10.09.2020 r. (I CSK 680/18) 175

Ewa Weinart

Porozumienia antykonkurencyjne dotyczące opłat interchange
– glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 *Gazdasági Versenyhivatal przeciwko
Budapest Bank Nyrt. i in.* 190

Mikołaj Grzesik

Odpowiedzialność z artykułu 65 Kodeksu wykroczeń
a prawidłowość czynności legitymowania – uwagi na tle orzeczenia
Sądu Najwyższego USA w sprawie *Hiibel przeciwko Sixth District Court
of Nevada* 200

Forum adwokackie

Małgorzata Kożuch

Działanie według etyki 220

Agata Koschel-Sturzebecher

Stosunek pracy a wykonywanie zawodu adwokata 226

Patrycja Brózek

Czy adwokaci powinni się reklamować? 238

Pytania i odpowiedzi prawne

Lukasz Błaszczak

Czy zmiana przepisu art. 328 § 3 Kodeksu postępowania cywilnego dotycząca obowiązku wskazania we wniosku o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem, czy uzasadnienie ma dotyczyć całości wyroku, czy jego części, zrodziła konieczność bezpośredniego doręczenia tego wniosku między zawodowymi pełnomocnikami na zasadzie art. 132 § 1 k.p.c.? 253

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

Jurysta, kapłan sprawiedliwości 262

Karty historii

Ewa Fabian

Nullum crimen sine lege w prawie autorskim – pokutne w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1926–1939 264

Recenzje

Stanisław Zagórski

Recenzja książki Aleksandra Dolińskiego *Austryackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*, Lwów 1908–Warszawa 2021 284

Table of contents 286



Od Redakcji

Ewa Stawicka

„ILE MASZ NA KOMPASIE?”

Kapitan Andrzej Rościszewski (1930–2019) wraz z załogą jachtu „Śmiały” odebrał w 1971 r. pierwszą w historii nagrodę Srebrnego Sekstantu w konkursie Rejs Roku – za wyczyn opłynięcia Islandii nową trasą. Pięćdziesiąt lat później, 26.06.2021 r., w gdyńskiej alei Żeglarstwa Polskiego odsłonięto tablicę honorującą jego pamięć.

Był nie tylko znakomitym żeglarzem o wielu spektakularnych dokonaniach na morzach i oceanach, nauczycielem młodych żeglarskich narybków, inicjatorem dorocznych konferencji poświęconych bezpieczeństwu na morzu. Drugim jego żywiołem była adwokatura. Zawód adwokata, w izbie warszawskiej, wykonywał nieprzerwanie przez sześćdziesiąt lat – na wodzie zaś, jak sam obliczył, spędził łącznie lat sześć.

Jako prawnik wyróżniał się gruntowną wiedzą i nieszablonowym myśleniem – choć przecież tak studia, jak i aplikację ukończył właściwie jako samouk. Pochodzenie z rodziny ziemiańskiej powodowało bowiem liczne polityczne szkany i nieomal uniemożliwiło zdobycie wykształcenia.

Pozostał odważny i zawsze niezależny. W 1989 r. wybrano go dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie i był to oczywisty przejaw zmian.

Był aktywny na niwie publicznej; między innymi w latach 1992–1994 był koordynatorem Społecznej Komisji Konstytucyjnej, która przygotowała obywatelski projekt ustawy zasadniczej. Był również członkiem Trybunału Stanu. Położył też olbrzymie zasługi na rzecz Kościoła katolickiego, za które Ojciec Święty Benedykt XVI uhonorował go Orderem św. Sylwestra.

Dosłownie do ostatnich lat życia pozostał zawodowo czynny; kształcił także, jako wykładowca, kolejne roczniki aplikantów adwokackich.

Każdy, kto miał okazję kiedykolwiek należeć do jego załogi, zapamiętał Kapitana opartego o klapę zejściówki jachtu, z lornetką w zasięgu ręki. I spokojne pytanie kierowane do sternika: *Ile masz na kompasie?*

Ewa Stawicka

redaktor naczelna miesięcznika „Palestra”.

A

Artykuły

Jerzy Skorupka

SPOSÓB UKSZTAŁTOWANIA PROCEDURY KARNEJ JAKO ELEMENT OCENY BEZSTRONNOŚCI OBIEKTYWNEJ (ZEWNĘTRZNEJ) SĄDU

W artykule zakwestionowano ustawowe uregulowanie posiedzenia w sprawie odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, które ma rozpoznać sędzia podległy prezesowi występującemu w tej sprawie w charakterze strony.

Wyrażono pogląd, że wymienione uregulowanie nie sprzyja zachowaniu bezstronności sądu w aspekcie subiektywnym i obiektywnym. Omawiane uregulowanie nie stwarza niezbędnego zaufania, które sąd musi budzić w społeczeństwie, a przez to nie spełnia wymogu sprawiedliwości proceduralnej, gdyż nie zapewnia bezstronnego, a tym samym sprawiedliwego rozpoznania sprawy i rozstrzygnięcia o jej przedmiocie.

Wprowadzona ustawą z 19.07.2019 r.¹ zmiana przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie budzi wątpliwość w kwestii zapewnienia bezstronnego rozpoznania sprawy i rozstrzygnięcia o przedmiocie tego postępowania. W dodanych przepisach art. 553a § 2a Kodeksu postępowania karnego² i art. 554 § 2b pkt 1 i 2 k.p.k. postanowiono, że stroną postępowania jest m.in.

¹ Ustawa z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1694).

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

Skarb Państwa, który jest reprezentowany przez prezesa sądu, w którym wydano ostateczne orzeczenie kończące postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności karnej, stosowania środka zapobiegawczego, środka zabezpieczającego lub zatrzymania, albo prezes sądu pierwszej instancji, w którym wydano zmienione orzeczenie – jeżeli orzeczeniem, o którym mowa wcześniej, zmieniono orzeczenie sądu pierwszej instancji i zastosowano środek, w związku z którym nie przysługuje odszkodowanie w myśl przepisów rozdziału 58.

Rozważyć zatem należy, czy wymienione uregulowanie zapewnia zachowanie wymogów bezstronnego rozpoznania sprawy, a tym samym wymogów sprawiedliwości proceduralnej. Wymaga to choćby skrótowego odniesienia się do pojęcia bezstronności sądu, a zwłaszcza do tzw. bezstronności obiektywnej (zewnętrznej), której poświęcone zostaną zasadnicze uwagi.

Monopol sądów w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości wymaga stworzenia gwarancji spełniania tej funkcji. Określenie w art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³ zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości, a w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP powszechnego prawa do rozpoznania sprawy przez sąd, nie przesądza jeszcze, że prawo to będzie przestrzegane, a przez to wymiar sprawiedliwości będzie realizowany prawidłowo. Potrzebne są bowiem odpowiednie środki prawne, które zapewnią korzystanie z tego prawa i realizację prawidłowego wymiaru sprawiedliwości oraz będą chronić jednostkę przed ograniczeniem tego prawa⁴.

Obowiązkiem państwa jest zatem stworzenie ustrojowych, organizacyjnych i proceduralnych warunków sprawowania przez sądy wymiaru sprawiedliwości. Owe warunki mają gwarantować sądom wymierzanie sprawiedliwości. Państwo powinno zatem zapewnić właściwy ustrój oraz organizację sądownictwa, aby sądy mogły spełniać funkcję wymiaru sprawiedliwości. Oprócz tego niezbędne jest zapewnienie proceduralnych warunków wymierzania sprawiedliwości, w tym wewnętrznej i zewnętrznej kontroli sposobu rozpatrzenia sprawy, aby wymiar sprawiedliwości był sprawowany przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

Sąd bezstronny jest gwarantem prawidłowego wymiaru sprawiedliwości. Wiąże się to z bezstronnością sędziego, przejawiającą się na zewnątrz jego urzędu, tzw. bezstronnością zewnętrzną. O ile bowiem w konkretnej sprawie sędzia musi mieć poczucie swej bezstronności oraz musi zapewniać (gwarantować), że nie powstaną jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, o tyle z punktu widzenia tworzenia obrazu wymiaru sprawiedliwości istotniejszy jest wzgląd na zewnętrzne gwarancje bezstronności. Obrazowo można powiedzieć, że dla wymiaru sprawiedliwości równie ważne jak czynienie sprawiedliwości jest to, aby widać było, że dzieje się sprawiedliwość⁵. Postawa

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja RP.

⁴ Por. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 479.

⁵ Zob. wyrok ETPCz z 1.10.1982 r. w sprawie 8692/79 *Piersack przeciwko Belgii*, LEX nr 80829; wy-

bezzstronnego sędziego musi się zatem uzewnętrzniać w taki sposób, by kształtowała obraz bezzstronnego sądu w świadomości społecznej. Jedynie sądy złożone z bezzstronnych sędziów, których postępowanie także na zewnątrz ich urzędu służy obrazowi bezzstronnego wymiaru sprawiedliwości, stwarzają w odbiorze społecznym gwarancję sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy.

Dla zapewnienia obrazu bezzstronnego wymiaru sprawiedliwości znaczenie ma sposób ukształtowania procedury karnej, który powinien eliminować rozwiązania niesprzyjające bezzstronności. Kwestia bezzstronności sądu nie powinna być bowiem postrzegana jedynie przez pryzmat zasady procesowej określonej w art. 4 k.p.k. Zapewnienie bezzstronności orzekania przez sąd jest obowiązkiem państwa oraz stanowi publiczne prawo podmiotowe wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁶, art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁷, art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁸. Prawo to stanowi komponent szerszego w swoim zakresie prawa do sądu i prawa do sprawiedliwej procedury karnej oraz rzetelnego postępowania organów procesowych.

Prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy zawiera nie tylko uprawnienie do żądania od sądu, aby rozpoznał sprawę sprawiedliwie, zgodnie z regułami i zasadami procesowym, ale także uprawnienie do żądania od państwa skonstruowania procedury karnej zawierającej określone reguły, zasady i uprawnienia procesowe stron, aby procedura karna była sprawiedliwa. Ukształtowanie zewnętrznego obrazu wymiaru sprawiedliwości, tworzącego w społeczeństwie przekonanie, że sąd jest bezzstronny, leży wszak w interesie publicznym. Prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy należy więc rozpatrywać w kontekście normatywnym dotyczącym właściwego ukształtowania przepisów prawa karnego procesowego oraz w aspekcie prakseologicznym dotyczącym stosowania prawa karnego procesowego w toku konkretnego postępowania karnego.

Prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy wymaga zatem odpowiedniego ukształtowania prawa karnego procesowego, gdyż „sprawiedliwa procedura” jest czynnikiem decydującym o tym, czy sprawa zostanie sprawiedliwie rozpoznana. Dla takiego ukształtowania prawa karnego procesowego kwestią podstawową jest bezzstronność organów procesowych i funkcjonariuszy tych organów rozpoznających daną sprawę oraz kontradiktoryjne prowadzenie sporu, według zasady równości broni. Wynika stąd powinność uregulowa-

rok ETPCz z 26.10.1984 r. w sprawie 9186/80 *De Cubber przeciwko Belgii*, LEX nr 80956; wyrok ETPCz z 22.06.1989 r. w sprawie 11179/84 *Langborger przeciwko Szwecji*, LEX nr 81083; wyrok ETPCz z 25.02.1997 r. w sprawie 22170/93 *Findlay przeciwko Wielkiej Brytanii*, LEX nr 79803; wyrok ETPCz z 10.10.2000 r. w sprawie 42095/98 *Daktaras przeciwko Litwie*, LEX nr 76722; wyrok ETPCz z 7.11.2000 r. w sprawie 35605/97 *Kinsley przeciwko Wielkiej Brytanii*, LEX nr 76707.

⁶ Zob. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC.

⁷ Zob. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 38 poz. 167), dalej MPPOiP.

⁸ Zob. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1), dalej KPP.

nia procedury karnej w sposób wyrażający nakaz bezstronnego rozpoznania sprawy, co może nastąpić za pomocą ogólnej normy nakazującej bezstronne rozpoznanie sprawy i norm zwykłych oraz instytucji procesowych sprzyjających bezstronnemu rozpoznaniu sprawy (sposób pozytywny), oraz/albo przez podanie okoliczności wskazujących na stronniczość sędziego, powodujących konieczność jego wyłączenia od rozpoznania sprawy (sposób negatywny).

Zdecydowanie kwestię znaczenia bezstronności ujmuje Trybunał Konstytucyjny, przyjmując, że „bezstronność sędziego jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej, a zarazem przymiotem, z utratą którego sędzia traci kwalifikacje do spełniania swoich funkcji”⁹. Tym samym stanowi jeden z filarów gwarantujących prawidłowy wymiar sprawiedliwości. To z kolei sprawia, że należy wspierać i chronić bezstronność sędziowską za pomocą reglamentacji ustawowej. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy, „przepisy dotyczące wyłączenia sędziego wprowadzone są w interesie pełnego i bezwzględnego zaufania społeczeństwa do sądów i ich orzeczeń, opartego na przekonaniu o bezstronności sędziego”¹⁰. Trybunał Konstytucyjny uznaje bezstronność także za wymóg „tożsamości konstytucyjnej sądu”¹¹.

*

W literaturze z zakresu prawa karnego procesowego wskazuje się najczęściej, że bezstronność oznacza brak stronniczości, uprzedzeń i osobistego nastawienia¹². Uznaje się również, że warunkiem bezstronności jest minimalizacja oddziaływania czynników irracjonalnych, takich jak uprzedzenie, niechęć, sympatia, gniew, przygnębienie, radość czy smutek¹³ oraz dystansowanie się od własnych upodobań i prywatnych preferencji¹⁴. W ogólnej nauce o prawie wyrażany jest zaś pogląd, że bezstronność oznacza „niekierowanie się określonymi względami przy ocenie jakiegoś innego podmiotu, dezaprobowanymi z punktu widzenia rodzaju oceny, jaka ma zostać dokonana, bądź też decyzji jaka ma być podjęta”¹⁵. Przyjmuje się również, że podmiot rozstrzygający konflikt, spór, czy choćby rozbieżne interesy lub dążenia co najmniej dwóch stron, powinien zachować neutralność. Polega to na świadomym powstrzymywaniu się od uczestnictwa w sporze na rzecz którejkolwiek z jego stron, na niepodjęciu działań mających przynieść korzyść jednemu z uczestników konfliktu¹⁶.

⁹ Zob. wyrok TK z 27.01.1999 r. (K 1/98), OTK 1999/1, poz. 3; por. też wyrok TK z 24.06.1998 r. (K 3/98), OTK 1998/4, poz. 52.

¹⁰ Zob. uchwała SN z 14.06.1974 r. (III CZP 32/74), OSNC 1975/2, poz. 21.

¹¹ Zob. wyrok TK z 16.01.2006 r. (SK 30/05), OTK-A 2006/1, poz. 2.

¹² Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 319.

¹³ Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 232.

¹⁴ Zob. A. Peyrefitte, *Wymiar sprawiedliwości. Między ideałem a rzeczywistością*, Warszawa 1987, s. 157.

¹⁵ Zob. Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne* (w:) I. Bogucka, Z. Tobor, *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 273.

¹⁶ Zob. T. Pietrzykowski, Z. Tobor, *Postulat neutralności w porządku prawnym* (w:) *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 177.

Europejski Trybunał Praw Człowieka definiuje bezstronność jako brak uprzedzenia oraz uprzedniego nastawienia¹⁷, Trybunał Konstytucyjny wskazuje zaś, że stronnictwo wiąże się z uprzedzeniami, resentymentami oraz kierowaniem się wyłącznie zideologizowanym systemem wartości¹⁸.

W piśmiennictwie zauważa się, że z punktu widzenia społecznej roli sędziego i nacisku na sprawiedliwość wydawanych rozstrzygnięć szczególnie ważne jest rozumienie bezstronności jako oczekiwania każdej jednostki na indywidualne traktowanie przez organy procesowe. Chodzi więc nie tylko o okazanie jednostkom należnego im szacunku (*adequate consideration*) wynikającego z przyrodzonej godności człowieka, ale także równe traktowanie stron konfliktu¹⁹, a tym samym zapewnienie proceduralnej równości stron w możliwości przekonania sędziego do swoich racji, co ma szczególne znaczenie w postępowaniu odszkodowawczym, które powinno być prowadzone w sposób kontradiktoryjny, ze względu na cywilny charakter tego postępowania, pomimo uregulowania go w przepisach prawa publicznego. Za bezstronną uznaje się wszak wyłącznie taką decyzję procesową, która w odniesieniu do danej kwestii i określonych osób (fizycznych i prawnych) nie różnicuje rozstrzygnięcia w zależności od tego, czy dana osoba skorzysta na niej, czy straci²⁰. „Bezstronność pełni więc istotną rolę jako pojęcie legitymizujące decyzje stosowania prawa”²¹.

Z pola widzenia nie można tracić, że nie może być sędzią bezstronnym sędzia zawisły, a więc taki, który podlega lub podlegać może naciskom innych osób, organizacji lub władz, z tej racji, że mają one w stosunku do niego prawną lub prawno-ekonomiczną przewagę, polegającą na skutecznym wywieraniu tego nacisku²². Samo przewidywanie przez sędziego możliwości wywierania takiego nacisku może już powodować powstanie zagrożenia jego bezstronności wewnętrznej. W tym wypadku obowiązek bezstronności idzie więc dalej niż zakres ochrony wynikający z reguły niezawisłości sędziowskiej. O ile bowiem reguła niezawisłości odnosi się zasadniczo do oddziaływania podmiotów zewnętrznych na sferę orzekania sędziowskiego, o tyle obowiązek bezstronności

¹⁷ Por. m.in. wyrok ETPC z 1.10.1982 r. w sprawie 8692/79 *Piersack przeciwko Belgii*, § 30.

¹⁸ Zob. wyrok TK z 27.01.1999 r. (K 1/98), OTK 1999/1, poz. 3.

¹⁹ Zob. Z. Łyda, *Bezstronność arbitra a zakaz „zainteresowania w sprawie”*, „Państwo i Prawo” 1996/2, s. 49.

²⁰ Zob. W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 120–121.

²¹ W. Jasiński, *Bezstronność...*, s. 122.

²² W piśmiennictwie podaje się, że subiektywna stronnictwo sędziego jest zawsze zaprzeczeniem prawidłowego wymiaru sprawiedliwości. Szczególnie dramatycznego wymiaru nabiera, jeżeli w państwach autorytarnych znajduje odniesienie do procesów politycznych, gdy sędzia staje się wykonawcą politycznej woli państwa w eliminowaniu tych, którzy się owej woli próbują przeciwstawiać. Prowadzi to do pojawienia się zjawiska „sędziego dyspozycyjnego”, a to wyklucza możliwość wymierzania sprawiedliwości – zob. P. Hofmański, *Prawo do sądu w sprawach karnych* (w:) *Podstawowe prawa jednostki i sądowa ich ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 206.

obliguje sędziego do przeciwstawiania się również ocenom płynącym z jego doświadczenia, stereotypów i uprzedzeń²³.

Zakaz stronnictwa dotyczy sądu w rozumieniu składu orzekającego (sędziów i ławników) oraz upoważnionego do wykonania określonych czynności sędziego (np. w ramach pomocy prawnej), a także innych organów sądowych dokonujących czynności procesowych (prezes sądu, przewodniczący wydziału, inny upoważniony sędzia oraz referendarz sądowy). Należy dodać, że w odniesieniu do prezesa sądu ETPCz wyraźnie podkreśla, że także jego zachowanie w toku postępowania powinno podlegać ocenie z perspektywy prawa do bezstronnego sądu²⁴.

Nakaz bezstronnego zachowania się sądu znajduje zastosowanie we wszystkich stadiach postępowania, tj. w postępowaniu przygotowawczym (gdy sąd przeprowadza czynności na tym etapie), głównym i odwoławczym. Wymieniony nakaz obejmuje nie tylko stadia (etapy) postępowania karnego, lecz także wszelkie rodzaje i odmiany gatunkowe postępowania karnego, czyli postępowanie zwyczajne, postępowania szczególne, dodatkowe i następne. Znajduje zastosowanie także w postępowaniach incydentalnych, postępowaniu kasacyjnym, wznowieniowym i wykonawczym. Wymóg bezstronności dotyczy zatem rozstrzygnięć procesowych dotyczących głównego przedmiotu procesu, jak i kwestii o charakterze dodatkowym lub incydentalnym. Wymóg zachowania bezstronności nie dotyczy wyłącznie momentu wydawania orzeczenia, ale odnosi się do całości prowadzonego w danej sprawie postępowania.

Zakaz uprzedzeń i uprzedniego nastawienia odnosi się do stron i samej sprawy²⁵. Choć art. 4 k.p.k. kieruje wymieniony w nim obowiązek do oskarżonego, to nie budzi sporu, że organy procesowe powinny traktować bezstronnie także pozostałe strony procesu karnego. Nie mogą również kierować się uprzedzeniami w stosunku do innych uczestników postępowania (szczególnie *quasi*-stron, świadków, biegłych), gdyż pośrednio rzutuje to na stosunek do stron i kwestii rozstrzyganych w postępowaniu.

²³ Zob. M. Rogalski, *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000, s. 110–111; zob. też W. Jasiński, *Bezstronność...*, s. 122. Sprzeniewierzenie się przez sędziego regule niezawisłości oznacza tylko taki brak bezstronności, który wynika z uzależnienia treści podejmowanej przez sędziego decyzji od wpływu podmiotu zewnętrznego. O zachowaniu naruszającym regułę niezawisłości można mówić dopiero w związku z wykonywaniem zawodu sędziego, a więc wykonywaniem funkcji orzeczniczych. Nie chodzi więc o jakikolwiek wpływ na decyzje sędziego, ale o podejmowanie decyzji orzeczniczych zgodnie z sugestią podmiotu zewnętrznego – zob. orzeczenie TK z 9.11.1993 r. (K. 11/93), OTK 1993/2, poz. 37.

²⁴ Por. m.in. wyrok ETPCz z 26.07.2007 r. w sprawie 29294/02 *Hirschhorn przeciwko Rumunii*, § 64–84; wyrok ETPCz z 9.11.2006 r. w sprawie 33949/02 *Belukha przeciwko Ukrainie*, § 47–55; wyrok ETPCz z 10.10.2000 r. w sprawie 42095/98 *Daktaras przeciwko Litwie*, § 30–38; wyrok ETPCz z 16.09.1999 r. w sprawie 29569/95 *Buscemi przeciwko Włochom*, § 68–69.

²⁵ Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 227–228 oraz wyrok SN z 18.03.2009 r. (IV KK 380/08), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009/6, poz. 32; postanowienie SN z 8.04.2003 r. (V KK 229/02), R-OSNKW 2003, poz. 743; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 19.06.2008 r. (II AKA 91/08), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008/12, poz. 42.

*

Kluczowa dla wymiaru sprawiedliwości rola sądu powoduje, że kierowany do niego wymóg bezstronności rozumiany jest w szczególności sposób. Nakaz braku uprzedzeń oraz uprzedniego nastawienia do stron i sprawy stanowi jedynie jeden aspekt wymogu bezstronności, określane jako aspekt subiektywny. Bezstronność w tym wymiarze jest jednak trudna do zweryfikowania, a tym samym do zaakceptowania bądź zanegowania. Okolicznością wskazującą na ewentualną stronnicość może być jednak zachowanie sędziego, które nie zawsze musi świadczyć o rzeczywistym braku bezstronności. Aby więc nie dopuścić do sytuacji, w której kwestia bezstronności umknie kontroli uczestników procesu, jej subiektywny aspekt wymaga uzupełnienia o możliwy do weryfikacji komponent. Jest nim aspekt obiektywny wymagający, aby sędzia swoim zachowaniem nie powodował sytuacji, które mogłyby rodzić uzasadnione wątpliwości odnośnie do jego bezstronności. Sędzia powinien więc unikać wszystkiego, co mogłoby jego bezstronność stawiać pod znakiem zapytania. Znaczenie ma zatem nie tylko to, że sędzia ma orzekać bezstronnie, lecz także to, aby było widać, że tak czyni. Ten element wskazuje zaś na konieczność zachowania bezstronności w wymiarze zewnętrznym. Na wymóg bezstronności sądu składają się zatem dwa aspekty: subiektywny i obiektywny. Pierwszy jest nakazem rzeczywistej bezstronności sędziego, drugi – wymogiem zapewnienia gwarancji postrzegania sędziego jako bezstronnego przez inne osoby, tj. strony i uczestników postępowania oraz społeczeństwo. Aspekt obiektywny bezstronności sędziego podlega ocenie przez podmiot zewnętrzny w stosunku do sędziego, np. przez strony postępowania oraz publiczność znajdującą się na sali rozpraw czy szerzej, przez społeczeństwo poznające przebieg postępowania w inny sposób.

W tożsamy sposób bezstronność jest definiowana w orzecznictwie ETPCz, w którym wskazuje się, że stanowi ona zazwyczaj brak uprzedniego nastawienia lub uprzedzeń. Jej zapewnienie musi być jednak oceniane w dwojaki sposób. Pierwszy aspekt, nazwany subiektywnym, polega na ocenie osobistego przekonania sędziego w danej sprawie i ustaleniu, czy nie jest on w jakikolwiek sposób uprzednio nastawiony do badanej sprawy lub w jakimkolwiek sensie do niej uprzedzony. Kryterium subiektywne odnosi się do oceny osobistych poglądów lub interesów sędziego w danej sprawie²⁶. W wypadku oceny bezstronności subiektywnej przyjmuje się domniemanie jej istnienia, które obowiązuje do momentu przedstawienia przez osobę ją kwestionującą dowodu przeciwnego. Drugi aspekt, określane mianem obiektywnego, polega na ustaleniu, czy w danej sprawie można wykluczyć jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości odnośnie do bezstronności składu orzekającego²⁷. Kryterium obiektywne odnosi się do ustalenia, czy – niezależnie od sytuacji osobistej któregośkolwiek z członków zespołu orzekającego – występują realne fakty, które mogą wzbudzić wątpliwość

²⁶ Zob. wyrok ETPCz z 27.01.2004 r. w sprawie 73797/01 *Kyprianou przeciwko Cyprowi*, § 118.

²⁷ Zob. wyrok ETPCz z 1.10.1982 r. w sprawie 8692/79 *Piersack przeciwko Belgii*, § 30.

co do jego bezstronności. Test bezstronności obiektywnej dotyczy głównie powiązań hierarchicznych (albo innych) pomiędzy sędzią i pozostałymi uczestnikami postępowania. W każdej sprawie wymagana jest więc ocena, czy ich rodzaj i stopień wskazywał na brak bezstronności sądu²⁸. Trybunał zwraca uwagę, że obiektywnie widziana niezawisłość i bezstronność sędziowska wymaga od nich, „aby byli wolni od niewłaściwych wpływów nie tylko spoza sądu, ale również z jego wnętrza. Niedopuszczalne jest więc, aby inni sędziowie albo osoby pełniące w sądzie funkcje administracyjne, np. prezes, wydawali sędziom polecenia bądź w inny sposób wpływali na nich przy rozpoznawaniu spraw. W tym wymiarze pewne znaczenie przypisać należy nawet pozorom, wrażeniu”²⁹. Decydującą okolicznością jest zaś to, czy w danej sprawie występuje uzasadniony powód do ustalenia, że sądowi brakuje bezstronności³⁰. Ten aspekt ma kluczowe znaczenie dla oceny bezstronności sądu.

Według ETPCz zagadnienie bezstronności obiektywnej sądu w sprawach karnych powinno być oceniane z punktu widzenia stron procesu przy zastrzeżeniu, że perspektywa ta nie może być uznana za rozstrzygającą. Decydująca jest bowiem ocena obiektywnego uzasadnienia kierowanych pod adresem bezstronności sędziego zarzutów³¹. Wynika to ze ścisłego związku pomiędzy nim a budowaniem i utrzymywaniem zaufania demokratycznego społeczeństwa do sądów³². Z tej perspektywy nawet zewnętrzne pozory stronniczości mogą mieć istotne znaczenie³³, ponieważ oceny bezstronności muszą przyjmować za punkt wyjścia, że w państwie prawa działalność sądów musi być prowadzona w sposób promujący utrzymanie zaufania opinii publicznej.

Przeprowadzając test bezstronności sądu za pomocą kryterium obiektywnego, ocenia się zatem pozory sądenia, wrażenia z rozpoznawania sprawy, a także zaufanie, które sąd musi budzić w społeczeństwie, a zwłaszcza w oskarżonym. W podejściu obiektywnym stanowisko strony procesu, która zarzuca brak bezstronności, jest ważne, ale nie rozstrzygające. Istotne jest to, czy wątpliwości co do bezstronności są obiektywnie uzasadnione³⁴.

Dla rozważań prowadzonych w tytułowej kwestii istotne znaczenie ma po-

²⁸ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 15.10.2009 r. w sprawie 17056/06 *Micallef przeciwko Malcie*, § 97.

²⁹ Zob. wyrok ETPCz z 9.12.2013 r. w sprawie 23465/03 *Agrokomplex przeciwko Ukrainie*, § 137; zob. też M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 537.

³⁰ Zob. wyrok ETPCz z 27.01.2004 r. w sprawie 73797/01 *Kyprianou przeciwko Cyprowi*, § 118; wyrok ETPCz z 24.05.1989 r. w sprawie 10486/83 *Hauschildt przeciwko Danii*, § 48 oraz wyrok ETPCz z 6.06.2000 r. w sprawie 34130/96 *Morel przeciwko Francji*, § 42; a także wyrok ETPCz z 20.12.2005 r. w sprawie 30865/96 *Jasiński przeciwko Polsce*, § 53.

³¹ Zob. m.in. wyrok ETPCz z 24.05.1989 r. w sprawie 10486/83 *Hauschildt przeciwko Danii*, § 48.

³² Zob. wyrok ETPCz z 1.10.1982 r. w sprawie 8692/79 *Piersack przeciwko Belgii*, § 30.

³³ Zob. wyrok ETPCz z 26.10.1984 r. w sprawie 9186/80 *De Cubber przeciwko Belgii*, § 26.

³⁴ Zob. wyrok ETPCz z 24.05.1989 r. w sprawie 10486/83 *Hauschildt przeciwko Danii*, § 48–49; wyrok ETPCz z 26.02.1993 r. w sprawie 13396/87 *Padovani przeciwko Włochom*, § 27 oraz wyrok ETPCz z 22.04.1994 r. w sprawie 15651/89 *Saraiva de Carvalho przeciwko Portugalii*.

gład ETPCz wyrażony w sprawie *Kyprianou przeciwko Cyprowi*. ETPCz wyróżnił tutaj także pojęcie stronnictwa w znaczeniu funkcjonalnym i personalnym³⁵. W pierwszym wypadku chodzi o to, czy więzi hierarchiczne albo inne z uczestnikami postępowania budzą uzasadnione wątpliwości co do obiektywnej bezstronności sądu. Pomimo że w kolejnych orzeczeniach ETPCz dominuje stosowanie kryterium subiektywnego i obiektywnego dla ustalenia bezstronności sądu, rozróżnienia przyjęte w wyroku w sprawie *Kyprianou* wskazują na dwie różne perspektywy oceny bezstronności sądu. Zagadnienia związane z bezstronnością obiektywną mogą bowiem budzić wątpliwość w dwóch sytuacjach. Pierwsza o charakterze funkcjonalnym dotyczy tych wypadków, gdy wątpliwości odnośnie do bezstronności związane są z zaangażowaniem sędziego w sprawę lub jego związkami (zawodowymi lub innymi) z uczestnikami postępowania. Druga grupa okoliczności, które mogą negatywnie rzutować na bezstronność sądu, wiąże się z zachowaniem sędziego w danej sprawie.

Utrwalony w orzecznictwie strasburskim wysoki standard oceny bezstronności sądu akceptowany jest także w orzecznictwie polskich sądów. Sąd Najwyższy akcentuje, że prawidłowość wymiaru sprawiedliwości zakłada „wylimowanie, «choćby w odbiorze społecznym» wszelkich sugestii mogących wywołać wątpliwości co do obiektywizmu sądu”³⁶. W innym orzeczeniu wskazuje się, że zarzut istnienia uzasadnionego podejrzenia stronnictwa niekoniecznie musi pochodzić od strony postępowania. Wystarczające jest jedynie uzasadnione podejrzenie, które mogłoby powstać w odbiorze społecznym³⁷.

Pojęcie uzasadnionych wątpliwości odnośnie do bezstronności sądu ma charakter ocenny. Nie budzi jednak sporu, że wątpliwości odnośnie do bezstronności sądu muszą być poważne, istniejące obiektywnie i poddające się zewnętrznej ocenie i weryfikacji³⁸. Nie mogą to być zatem okoliczności urojone przez stronę postępowania³⁹.

W orzecznictwie sądowym definiuje się kryterium, według którego powinno się oceniać zasadność zarzutów stawianych bezstronności sędziego w taki sposób, że Sąd Najwyższy odwołuje się do „przeciętnego, rozsądnie rozumującego obserwatora procesu”, dodając, że „nie będzie to rzecz jasna ocena strony czy uczestnika postępowania, ale ocena hipotetycznego, przeciętnie wykształconego, poprawnie logicznie myślącego członka społeczeństwa, który nie jest osobiście zainteresowany wynikiem procesu”⁴⁰. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu

³⁵ Zob. wyrok ETPCz z 27.01.2004 r. w sprawie 73797/01 *Kyprianou przeciwko Cyprowi*, § 122.

³⁶ Zob. postanowienie SN z 10.6.1998 r. (IV KO 41/98), LEX nr 784890.

³⁷ Por. postanowienie SN z 14.12.2004 r. (II KO 66/04), R-OSNKW 2004, poz. 2334.

³⁸ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 1.08.2001 r. (II AKo 312/01), OSA 2001/12, poz. 91; por. też postanowienie SN z 21.10.2008 r. (III KO 77/08), OSNKW 2008/1, poz. 2050; postanowienie SN z 26.01.2005 r. (III KO 48/04), OSNKW 2005/2, poz. 23.

³⁹ Tak m.in. J. Bratoszewski (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, t. 1, s. 398; E. Skrętowicz, *Iudex suspectus w polskim procesie karnym*, „Annales UMCS Sectio G” 1966/13, s. 120.

⁴⁰ Zob. wyrok SN z 8.01.2009 r. (III KK 257/08), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009/5, poz. 19;

odwołuje się natomiast do „każdego rozsądnie myślącego”⁴¹. W literaturze przyjmuje się, że bezstronność powinna być oceniana z perspektywy „przeciętnego rozsądnego człowieka, kształtującego w normalnych warunkach opinię społeczną”⁴².

*

Przedstawione uwagi dotyczące bezstronności sądu, zwłaszcza w jej aspekcie obiektywnym (zewnętrznym), uzasadniają podanie w wątpliwość nowego uregulowania postępowania odszkodowawczego z Rozdziału 58 Kodeksu postępowania karnego. Obecnie może wystąpić sytuacja, że prezes sądu będzie stroną w sprawie, która będzie rozpoznawana przez sędziego zatrudnionego w tym sądzie. Innymi słowy, sprawę o odszkodowanie lub zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie będzie rozpoznawał sędzia podległy prezesowi sądu występującemu w tej sprawie w charakterze strony. Z perspektywy wnioskodawcy, a także zewnętrznego obserwatora procesu, taka sytuacja może budzić uzasadnioną wątpliwość co do bezstronnego rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania. Zostało wcześniej powiedziane, że pojęcie bezstronności oznacza zakaz uprzedniego nastawienia do sprawy i stron oraz nakaz równego traktowania stron sporu. W konkretnej sprawie sędzia może być niezawisły i subiektywnie bezstronny. Te okoliczności nie mają jednak znaczenia dla oceny bezstronności obiektywnej, w której bierze się pod uwagę i ocenia zupełnie inne okoliczności, niezależne od tych, które mają znaczenie dla oceny bezstronności subiektywnej.

Dla oceny bezstronności obiektywnej w znaczeniu funkcjonalnym istotne jest wszak to, „czy więzi hierarchiczne (...) z uczestnikami postępowania będą uzasadniały wątpliwość co do obiektywnej bezstronności sądu”. Zważyć zatem należy, że prezes sądu, jako *statio fisci* Skarbu Państwa, jest stroną materialnoprawnego stosunku rodzącego odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub tymczasowe aresztowanie. Osoba żądająca odszkodowania prowadzi spór z prezesem sądu, a spór ten jest rozstrzygany przez sędziego będącego podwładnym prezesa sądu. Z punktu widzenia przeciętnego, rozsądnie rozumującego człowieka taka sytuacja budzi uzasadnioną wątpliwość co do tego, czy sprawa zostanie bezstronnie rozpoznana.

Omawiane uregulowanie postępowania odszkodowawczego nie spełnia zatem wymogu sprawiedliwości proceduralnej, gdyż nie zapewnia bezstronnego, a tym samym sprawiedliwego rozpoznania sprawy i rozstrzygnięcia o jej przedmiocie. Realizacja sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu

por. też postanowienie SN z 24.09.2008 r. (III KK 73/08), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009/3, poz. 19.

⁴¹ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 1.08.2001 r. (II AKO 312/01), OSA 2001/12, poz. 91.

⁴² Zob. R. Łyczewek, *Glosa do uchwały* SN z 8.05.1969 r. (VI KZP 39/68), OSPiKA 1970/10, poz. 204.

karnym polega jednak na takim ukształtowaniu przepisów postępowania, aby w sposób najskuteczniejszy zapewniała możliwość osiągnięcia sprawiedliwego rozstrzygnięcia⁴³. Omawiane uregulowanie nie sprzyja zachowaniu przez sąd bezstronności, a przeciwnie – sprzyja zachowaniu stronniczości w obu aspektach. Zagrożenie dla bezstronności wewnętrznej (subiektywnej) stanowi jednak przewidywanie przez sędziego możliwości wywierania na niego nacisku, co z zewnętrznej perspektywy jest wysoce prawdopodobne, ze względu na udział w rozprawie w charakterze strony prezesa sądu. Tym samym uregulowanie zawarte w art. 554 § 2b pkt 1 i 2 k.p.k. nie stwarza niezbędnego zaufania, które sąd musi budzić w społeczeństwie. Nie powinno zaś budzić wątpliwości, że znaczenie bezstronności dla współczesnych społeczeństw demokratycznych jest fundamentalne, gdyż buduje zaufanie społeczeństwa oraz oskarżonego do wymiaru sprawiedliwości.

WNIOSKI

Na koniec należy stwierdzić, że w postępowaniu odszkodowawczym z Rozdziału 58 Kodeksu postępowania karnego powinien występować Skarb Państwa w charakterze strony. Skarb Państwa jest stroną materialnoprawnego stosunku, z którego wynika żądanie zasądzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia⁴⁴. Wszak to państwo w ramach przysługującego mu *imperium* (władzy) ścigało osobę, która została następnie niesłusznie skazana, tymczasowo aresztowana lub zatrzymana. Zasądzone na rzecz takiej osoby odszkodowanie lub zadośćuczynienie wypłacane jest też z majątku Skarbu Państwa. Z tych względów Skarb Państwa, jako osoba prawna, powinien brać udział w postępowaniu odszkodowawczym w charakterze strony. Powinien być jednak reprezentowany nie przez prezesa sądu, jak określono w art. 554 § 2b pkt 1 i 2 k.p.k., ale przez radcę Prokuratury Generalnej RP, gdyż ten podmiot stoi na straży praw i interesów Skarbu Państwa, a do jego zadań należy m.in. zastępstwo Skarbu Państwa przed sądami powszechnymi⁴⁵, tym bardziej że radca Prokuratury Generalnej może być pełnomocnikiem w postępowaniu karnym (art. 88 k.p.k.), a nie widać przeszkód do tego, aby reprezentując Skarb Państwa w postępowaniu odszkodowawczym, mógł ustanowić pełnomocnika.

⁴³ Zob. P. Wiliński, *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny* (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 81. Por. też P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, Warszawa 2011, s. 99.

⁴⁴ Szerzej o pojęciu strony w znaczeniu procesowym i w znaczeniu prawa materialnego zob. J. Skorupka, *Strona w ujęciu materialnym i formalnym* (w:) *System prawa karnego procesowego*, t. 4, *Dopuszczalność procesu*, red. P. Hofmański, Warszawa 2015, s. 232–233.

⁴⁵ Zob. art. 1 ust. 1 oraz art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z 15.12.2016 r. o Prokuraturze Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 762).

ABSTRACT

prof. dr hab. Jerzy Skorupka

The author is a professor at the Chair of Criminal Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław.

**Method of forming a criminal procedure as an element
of the assessment of objective (external) impartiality of the court**

The paper disputes statutory settlement of the meeting on compensation for unjust conviction, detention on remand or detention which is to be identified by a judge subordinated to the president of the court where the latter is acting as a party in this case.

The view expressed is that the abovementioned legislation does not favour the impartiality of the court with regard to the subjective and objective aspect. The legislation fails to create the necessary trust which the court must have in the public and as such it meets not the requirement of procedural fairness, since it does not ensure an unbiased and thus fair hearing of the matter and the decision on it.

Keywords: *criminal proceedings, impartiality of the court, compensation for unjust conviction, detention on remand or detention*

prof. dr hab. Jerzy Skorupka

ORCID: 0000-0002-6123-5538; e-mail: jerzyskorupka@cyberia.pl

Autor jest profesorem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa, Administracji Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Banaszak Bogusław, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008

Bratoszewski Jan (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2003, t. 1

Cieślak Marian, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984

Hofmański Piotr, *Prawo do sądu w sprawach karnych* (w:) *Podstawowe prawa jednostki i sądowa ich ochrona*, red L. Wiśniewski, Warszawa 1997

Jasiński Wojciech, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009

Leczywek Roman, *Glosa do uchwały SN z 8.05.1969 r. (VI KZP 39/68)*, OSPiKA 1970/10, poz. 204

- Łyda Zygmunt**, *Bezstronność arbitra a zakaz „zainteresowania w sprawie”*, „Państwo i Prawo” 1996/2
- Nowicki Marek A.**, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017
- Peyrefitte Allan**, *Wymiar sprawiedliwości. Między ideałem a rzeczywistością*, Warszawa 1987
- Pietrzykowski Tomasz, Tobor Zygmunt**, *Postulat neutralności w porządku prawnym (w:) System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008
- Rogalski Maciej**, *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000
- Skorupka Jerzy**, *Strona w ujęciu materialnym i formalnym (w:) System prawa karnego procesowego, t. 4, Dopuszczalność procesu*, red. P. Hofmański, Warszawa 2015
- Skrętowicz Edward**, *Iudex suspectus w polskim procesie karnym*, „Annales UMCS Sectio G” 1966/13
- Tobor Zygmunt, Pietrzykowski Tomasz**, *Bezstronność jako pojęcie prawne (w:) Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków 2003
- Waltoś Stanisław**, *Proces karny. Zarys wykładu*, Warszawa 2008
- Wiliński Paweł**, *Proces karny w świetle konstytucji*, Warszawa 2011
- Wiliński Paweł**, *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdły*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009

Pojęcia kluczowe:

postępowanie karne, apelacja, termin do wniesienia apelacji, wydłużenie terminu do wniesienia apelacji, prawo do obrony, sprawy zawiłe i skomplikowane, rzetelność procesu, propozycje legislacyjne, opinie prawne

Artykuły

Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Adriana Szymborska-Rymer

WYDŁUŻENIE TERMINU DO WNIESIENIA APELACJI W POSTĘPOWANIU KARNYM W SPRAWACH SZCZEGÓLNIE ZAWIŁYCH I SKOMPLIKOWANYCH A ZMIANY W OBSZARZE SPORZĄDZANIA UZASADNIENÍ WYROKÓW SĄDÓW KARNYCH – PROPOZYCJE *DE LEGE FERENDA*

Postulaty praktyków i potrzeba zapewnienia gwarancji rzetelnego procesu przemawiają za zasadnością wydłużenia terminu do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym. Konieczność zmian przepisów w tym zakresie, choć sygnalizowana, nie znalazła odzwierciedlenia w nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z lipca 2019 r. i pomimo wprowadzenia nowych rozwiązań – jak sporządzanie uzasadnień rozstrzygnięć sądu pierwszej i drugiej instancji na formularzach – nadal pozostaje aktualna.

Celem artykułu jest omówienie problematyki terminu do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym w sprawach szczególnie zawiłych i skomplikowanych oraz przedstawienie propozycji zmian legislacyjnych w tym zakresie, uwzględniających postulaty praktyków i potrzebę zapewnienia gwarancji rzetelnego procesu. Jego podstawę stanowi opinia sporządzona na zlecenie Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej 28.02.2019 r. dotycząca terminów do wniesienia apelacji w sprawach szczególnie zawiłych i skomplikowanych w procesie karnym i cywilnym.

Problematyka wydłużenia terminów do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym w sprawach szczególnie zawiłych i skomplikowanych podejmowana

jest od lat przez różne instytucje dostrzegające potrzebę zmiany w tym zakresie. W grudniu 2015 r. Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się w tej sprawie do Ministra Sprawiedliwości, wskazując pojawiający się w praktyce problem niedostatecznie długiego czasu przysługującego stronie na sporządzenie apelacji w sprawach karnych – szczególnie skomplikowanych i charakteryzujących się obszernością uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji¹. W odpowiedzi Minister Sprawiedliwości przyznał, że w pojedynczych przypadkach może zaistnieć problem z obowiązkiem dochowania przez strony ustawowego terminu zawitego do wniesienia apelacji, jednak wskazał, że obecnie nie planuje się zmian legislacyjnych w analizowanej kwestii². W tym czasie w ramach działalności ówczesnej Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej sporządzona została opinia prawna dotycząca potrzeby modyfikacji terminu do wniesienia apelacji w sprawach karnych autorstwa prof. dr. hab. Piotra Kardasa oraz prof. dr. hab. Jacka Giezka, która przedstawiona została Rzecznikowi Praw Obywatelskich³. Opinia ta zawiera kompleksową i pogłębioną analizę przedmiotowego zagadnienia, wraz z propozycjami *de lege ferenda*.

Pomimo prób przekonania do wprowadzenia zmian ustawodawca do dziś nie podjął inicjatywy w tym zakresie, a problematyka terminu do wniesienia apelacji, pomimo innych, nowych rozwiązań w obszarze kontroli instancyjnej rozstrzygnięć sądów, nadal pozostaje aktualna. Celem niniejszej publikacji jest zatem powrót do wskazanego zagadnienia, omówienie terminu do wniesienia apelacji obowiązującego w aktualnym stanie prawnym, wstępna ocena wpływu na omawiane zagadnienie konstrukcji uzasadnień na formularzach oraz przedstawienie propozycji zmian w przepisach ustawy⁴.

STANDARD KONSTITUCYJNY I MIĘDZYNARODOWY

Gwarantowana Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej⁵ zasada dwuinstancyjności postępowania realizowana jest poprzez możliwość wniesienia środka odwoławczego od wyroku sądu pierwszej instancji, skontrolowania i meryto-

¹ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich dr. Adama Bodnara do Ministra Sprawiedliwości Zbigniewa Ziobry z 1.12.2015 r., znak: II.5150.7.2015.MK.

² Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich dr. Adama Bodnara do Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej Adwokata Andrzeja Zwary z 29.07.2016 r.

³ Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej dotycząca modyfikacji terminu do wniesienia apelacji w sprawach karnych (propozycje *de lege ferenda*) autorstwa prof. dr. hab. Piotra Kardasa i prof. dr. hab. Jacka Giezka z 7.09.2016 r.

⁴ Niniejszy artykuł stanowi prezentację najważniejszych argumentów odnoszących się do postępowania karnego, zawartych w sporządzonej na zlecenie Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej 28.02.2019 r. opinii zawierającej propozycje *de lege ferenda* w sprawie terminów apelacji w sprawach szczególnie zawiłych i skomplikowanych, zarówno w procesie karnym, jak i cywilnym, autorstwa K. Gajowniczek-Pruszyńskiej, M. Górskiego, A. Szymborskiej-Rymer, A. Górskiego.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

rycznego rozstrzygnięcia przez sąd wyższej instancji. Konstytucyjna zasada zaskarżalności determinuje istnienie systemu kontroli rozstrzygnięć, a ponadto umożliwia stronom postępowania zinternalizowanie niekorzystnych dla nich orzeczeń, pogłębia zaufanie do państwa oraz wpływa prewencyjnie i stymulująco na rozstrzygnięcia innych organów⁶. Trybunał Konstytucyjny przesądził, że ustawodawca powinien uregulować postępowanie przed sądem drugiej instancji w taki sposób, aby odpowiadało ono konstytucyjnym wymogom sprawiedliwości proceduralnej. Reguła ta wyznaczana jest, poza wymogami niezależności, bezstronności i niezawisłości sędziowskiej, także poprzez odrzucenie dowolności i arbitralności, zapewnienie udziału zainteresowanych podmiotów w postępowaniu, traktowanie jawności jako zasady oraz poprzez wydawanie rozstrzygnięć zawierających rzetelne, weryfikowalne uzasadnienia⁷.

Trzeba także wskazać, że ustawa zasadnicza dopuszcza swoiste ograniczenia, chociażby poprzez obowiązywanie zasady dewolutywności albo suspensywności, jak również poprzez wprowadzanie określonych terminów procesowych, formularzy bądź ewentualnych opłat. Możliwość wprowadzenia ograniczeń wynika z proceduralnej natury prawa do zaskarżenia oraz pośrednio z art. 78 zdanie drugie *in fine* Konstytucji RP, który upoważnia ustawodawcę do określenia trybu zaskarżania⁸.

W systemie prawa międzynarodowego standard rzetelnego procesu wyznacza art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁹. Jego odpowiednikiem w systemie europejskim jest zaś art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁰. Pomimo że w treściach obu przepisów występują różnice, w istocie można mówić o jednym standardzie *fair trial* w międzynarodowej ochronie praw człowieka. Prawo do rzetelnego procesu obejmuje w tym sensie prawo dostępu do sądu, prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, prawo do rzetelnego i publicznego rozpatrzenia sprawy na rozprawie, a także prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie. Uszczegółowienie tych wymogów należy do

⁶ Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el.; M. Zubik, *Konstytucja III RP w teczach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2011, komentarz do art. 45 i 78; K. Marszał, *Instancyjność postępowania sądowego w świetle artykułu 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej (w:) Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci prof. Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 704; P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 154–166; P. Wiliński, *Dwuinstancyjność postępowania karnego w świetle Konstytucji (w:) Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011.

⁷ Wyrok TK z 31.03.2005 r. (SK 26/02), OTK-A 2005/3, poz. 29; wyrok TK z 13.07.2009 r. (SK 46/08); P. Wiliński, *O koncepcji rzetelnego procesu karnego (w:) Rzetelny proces karny. Materiały Konferencji naukowej Trzebiezowice 17–19.09.2009 r.*, red. J. Skorupka, W. Jasiński, Warszawa 2010.

⁸ Wyrok TK z 14.05.2013 r. (P 27/12), Legalis nr 666909.

⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167), dalej MPPOiP.

¹⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC.

prawodawstw wewnętrznych¹¹. A zatem pojęcie rzetelnego procesu jest współcześnie sposobem określania wymogów, jakie spełniać powinno postępowanie karne. Determinuje ono kierunek zmian normatywnych i sposoby interpretacji przepisów obowiązujących. Międzynarodowymi standardami rzetelności postępowania kieruje się w swym orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz), wydając rozstrzygnięcia w przedmiocie konkretnych rozwiązań procesowych, przyjmowanych w poszczególnych systemach prawnych¹².

Za jeden z elementów prawa do rzetelnego procesu Trybunał uznaje także prawo do zapoznania się z uzasadnieniem danego rozstrzygnięcia. Przyjmuje się, że jeżeli państwo-strona EKPC przewidziało możliwość wniesienia apelacji od wyroku, to jest również zobowiązane do zapewnienia skutecznego do niej dostępu¹³. Trybunał przesądził w szczególności, że sądy krajowe powinny z odpowiednią precyzją wskazywać podstawy swoich rozstrzygnięć, gdyż umożliwia to realne skorzystanie z prawa do zaskarżenia orzeczenia¹⁴.

W orzecznictwie ETPCz dominuje pogląd, że wprowadzenie terminów do wnoszenia środków odwoławczych nie stanowi ograniczenia dostępu do sądu, o którym mowa w art. 6 EKPC – pod warunkiem, że ukształtowano je w ustawodawstwie krajowym w sposób umożliwiający korzystanie z tych środków¹⁵. Nie ulega zatem wątpliwości, że samo wprowadzenie ograniczenia w czasie dla stron konstruujących środki odwoławcze nie godzi w rzetelność procesu. Jednocześnie jednak rozważenia wymaga, czy i w jakich warunkach na gruncie polskiej ustawy karnoprosesowej uprawnienie do wniesienia środka zaskarżenia jest uprawnieniem o charakterze realnym. W szczególności czy w sprawach, w których występuje wiele podmiotów, złożony stan faktyczny, skomplikowane zagadnienia prawne, prowadzone jest długotrwałe postępowanie, skutkujące zgromadzeniem materiału dowodowego obejmującego wiele tomów akt – wymóg sporządzenia apelacji w ustawowo wskazanym czternastodniowym terminie gwarancję tę realizuje? Wnioski wynikające z opinii autorstwa P. Kardasa oraz J. Giezka, z którymi należy się zgodzić, zawierają odpowiedź przeczącą i nie pozostawiają wątpliwości co do potrzeby zmiany przepisów.

Przechodząc na grunt ustawy karnoprosesowej, wskazać należy, że uzasadnienie wyroku, sporządzane w oparciu o przepisy art. 424 Kodeksu postępowania karnego¹⁶, powinno przede wszystkim opisywać logiczny proces, który

¹¹ M. Balcerzak, *Podstawy międzynarodowej ochrony praw człowieka. Zarys wykładu z materiałami źródłowymi*, Toruń 2017, s. 167–168.

¹² *Rzetelny proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 28.

¹³ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, t. 1, LEX/el.

¹⁴ Wyrok ETPCz z 16.12.1992 r. *Hadjianastassiou przeciwko Grecji*, 12945/87, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001294587.

¹⁵ Wyrok ETPCz z 28.10.1998 r. *Pérez de Rada Cavanilles przeciwko Hiszpanii*, 28090/95, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002809095.

¹⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

doprowadził sąd do przekonania o określonym rozstrzygnięciu. Wypowiedzi doktryny, zakres tez orzeczeń sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego wypracowały dotychczas kryteria poprawności pisemnego uzasadnienia. Z tej perspektywy nie budzi nadal najmniejszych wątpliwości, że sąd powinien wykazać w uzasadnieniu, jakie fakty uznaje za udowodnione, na czym opiera poszczególne ustalenia i dlaczego nie uznaje dowodów przeciwnych, a następnie jakie wnioski wyprowadza z dokonanych ustaleń. Uzasadnienie musi oddawać proces myślowy, który przebiegał w czasie narady poprzedzającej wydanie wyroku, powinno być sporządzone zgodnie z dotychczas niekwestionowaną konstrukcją wewnętrzną jego struktury¹⁷. Uzasadnienie pełni zatem funkcję wyjaśniająco-interpretacyjną.

Jednocześnie równorzędne znaczenie ma funkcja kontrolna uzasadnienia, sprowadzająca się do umożliwienia sądowi wyższego rzędu dokonania oceny prawidłowości kwestionowanego wyroku. Uzasadnienie jest zatem podstawowym środkiem kontroli prawidłowości wyroku, umożliwiającym instancji odwoławczej m.in. zweryfikowanie, czy sąd pierwszej instancji oparł ustalenia faktyczne na całokształcie okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, zgodnie z obowiązującymi przepisami¹⁸. Uzasadnianie wyroków służy także zapewnieniu jednolitości, przewidywalności i pewności orzekania oraz ma podstawowe znaczenie dla urzeczywistnienia standardu oczekiwanej ochrony prawnej – co pozostaje istotne dla stron postępowania i sędziów – poszukujących punktów odniesienia dla wypracowywania własnych decyzji¹⁹.

Możliwość sporządzenia środka odwoławczego w postaci określonych zażądań i wniosków w apelacji przez strony procesu, w tym profesjonalnych pełnomocników, powinna opierać się na analizie akt sprawy oraz uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji. Strona ma prawo zapoznania się z całością treści uzasadnienia, nie zaś tylko z wątkami jej dotyczącymi. Sporządzenie apelacji poprzedzone jest analizą pisemnej argumentacji sądu pierwszej instancji, która zwłaszcza w sprawach wielowątkowych, wielopodmiotowych lub skomplikowanych pod względem prawnym wymaga czasu. W sprawach karnych na przestrzeni ostatnich lat pojawiały się uzasadnienia, których objętość znacznie przekraczała sto stron, a w skrajnych przypadkach stanowiła ich wielokrotność²⁰.

¹⁷ Wyrok SN z 6.10.2009 r. (WA 31/09), R-OSNKW 2009, poz. 1936; wyrok TK z 13.07.2009 r. (SK 46/08), OTK-A 2009/7, poz. 109; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.01.2006 r. (II AKA 448/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/7–8, poz. 35; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 265–268.

¹⁸ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, Legalis/el.; D. Świecki, *Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 41.

¹⁹ E. Łętowska, A. Paprocka, I. Rzucidło-Grochowska, *Podstawy uzasadniania w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym* (w:) *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski, Warszawa 2015, s. 17–18.

²⁰ Sprawa karna przed Sądem Okręgowym w Warszawie (XVIII K 178/09), wyrok z 22.12.2016 r. – uzasadnienie zawiera 1213 stron; sprawa karna przed Sądem Okręgowym w Warszawie (XVIII K 170/15), wyrok z 15.12.2017 r. – uzasadnienie zawiera 949 stron.

W tych okolicznościach nie było możliwości zapoznania się, nawet pobieżnego, przez stronę z treścią tak obszernego dokumentu w ustawowo przewidywanym terminie czternastu dni. Tymczasem ocena całości uzasadnienia wyroku służyć powinna rozważeniu decyzji także co do ewentualnego braku podstaw do kwestionowania na drodze apelacji rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji. Omawianej problematyki nie zmieniło wprowadzenie do ustawy obligatoryjnego konstruowania uzasadnień na formularzach, którego celem było przyspieszenie toczącego się postępowania, nie zaś umożliwienie realizacji podstawowej gwarancji procesowej przysługującej stronom procesu karnego.

UZASADNIENIE NA FORMULARZU

Mocą ustawy z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²¹ do Kodeksu postępowania karnego dodano art. 99a, stanowiący w § 1, że uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji, w tym wyroku nakazowego i wyroku łącznego oraz wyroku sądu odwoławczego i wyroku wydanego w postępowaniu o wznowienie postępowania, sporządza się na formularzu według ustalonego wzoru. Wzór formularza, zgodnie z dyspozycją art. 99a § 2 k.p.k., został określony rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości²². Jednocześnie, wobec braku modyfikacji art. 424 k.p.k., nadal występuje konieczność spełnienia wymogów wynikających z treści tego przepisu.

Artykuł 99a k.p.k. wszedł w życie 5.12.2019 r., wobec czego w praktyce aktualnie uzasadnienia sporządzone są na formularzach. Dotychczasowe doświadczenia wskazują jednak, że wprowadzenie formularzy nie wpływa na czas sporządzania uzasadnień. Podstawowe wątpliwości, jakie budzi ta nowa forma konstruowania uzasadnienia, odnoszą się do jej znacznej skrótowości (w tym braku opisu ustalonego przez sąd stanu faktycznego), a ponadto – skrajnego braku czytelności. Ma to znaczenie z punktu widzenia konieczności odtworzenia sędziowskiego toku rozumowania na etapie formułowania zarzutów apelacyjnych²³.

Jednocześnie wprowadzenie reguły sporządzania uzasadnień wyroków na formularzach nie eliminuje problemu zbyt krótkiego terminu do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym – pomimo faktu, że formularz wymusza większą zwięzłość uzasadnienia. Nadal jednak sama jego objętość nie wpływa przecież w żaden sposób na złożoność danej sprawy. Otrzymując tabelarycz-

²¹ Ustawa z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1694).

²² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 28.11.2019 r. w sprawie wzorów formularzy uzasadnień wyroków oraz sposobu ich wypełniania (Dz.U. poz. 2349).

²³ K. Gajowniczek-Pruszyńska, *Uzasadnienie wyroku sądu karnego odzwierciedleniem sędziowskiego przekonania? – uwagi krytyczne na tle Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2019 r., w sprawie wzorów formularzy uzasadnień wyroków oraz sposobu ich wypełniania*, „Palestra Świętokrzyska” 2019/49–50, s. 51–58.

ne uzasadnienie na formularzu, zawierające jedynie skrótowe odniesienia do materiału dowodowego sprawy, strona postępowania zapoznać się z nim musi w zestawieniu z całością akt. Na marginesie wspomnieć warto, że także czynność zapoznawania się z nimi wielokrotnie powoduje trudności, które uwiarygodniły się i nasiliły zwłaszcza po wprowadzeniu w marcu 2020 r. stanu epidemii na terenie całego kraju. Na czas jego trwania znacznie ograniczono działalność sądów, w tym obsługę interesantów, co wywołuje wiele problemów praktycznych.

Czternastodniowy termin do wniesienia apelacji musi natomiast wystarczyć stronom nie tylko na lekturę uzasadnienia, sformułowanie apelacji, ale także sięgnięcie – być może kilkukrotne – do znajdujących się w sądzie akt sprawy. W sytuacji, gdy akta nadal nie są digitalizowane, a dostęp do nich można uzyskać jedynie w czytelnich (po uprzednim zapisaniu się z co najmniej jednodzielnym wyprzedzeniem i o ile sędzia referent bądź inny uczestnik postępowania nie zarezerwował wcześniej możliwości korzystania z nich) – strona może bezskutecznie próbować uzyskać dostęp do akt przez wiele dni.

W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że określony w Kodeksie postępowania karnego czternastodniowy termin na sporządzenie apelacji we wszystkich sprawach stanowi błąd pierwotny, który nadal nie został przez ustawodawcę dostrzeżony. Już dziś można stwierdzić, że sporządzanie uzasadnień na formularzach to rozwiązanie, które będzie w przyszłości modyfikowane – praktyka ujawnia liczne wątpliwości z nim związane²⁴. Na pewno nie stanowi ono remedium na obszerność, zawilość i skomplikowanie niektórych spraw. Oprócz tego nieczytelność i konieczność dodatkowego porównania uzasadnienia sporządzonego na formularzu z materiałem dowodowym znajdującym się w aktach utrzymuje dotychczasową argumentację o potrzebie wydłużenia czasu do sporządzenia apelacji.

Z tych powodów uzasadnione pozostaje twierdzenie, że aktualnie obowiązujące przepisy dotyczące terminu do wniesienia apelacji w polskim procesie karnym, przewidując na tę czynność jedynie czternaście dni we wszystkich rodzajach spraw i niezależnie od obszerności oraz formuły konstruowania uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji, a także ostatecznego czasu przezna-

²⁴ Z doniesień prasowych wynika, że krytyczne uwagi dotyczące formularzy kierowane są także ze strony środowiska sędziowskiego. Mają one stanowić podstawę przygotowywanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości zmian wzorów formularzy. Jednak w ocenie SSO Barbary Piwnik w czasach, kiedy publicznie mówi się, że orzeczenia sądów są niezrozumiałe dla obywateli, tłumaczenie im wyroków za pomocą rubryczek może tylko ten stan nierozumienia pogłębić. SSO Piotr Gąciarek wskazuje z kolei, że uzasadnienia na formularzach mogą okazać się dużo bardziej groźne dla stron postępowania niż samych sędziów, dostrzegając jednocześnie zalety formularzy uzasadnień, ale jedynie w drobnych, prostych sprawach karnych o nieskomplikowanym stanie faktycznym, natomiast w procesie np. poszlakowym nie wyobraża sobie dobrego uzasadnienia w postaci tabelki – A. Łukasiewicz, *Człowiek musi wiedzieć, dlaczego sąd go ukarał*, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1423339-Czlowiek-musi-wiedziec-dlaczego-sad-go-ukaral.html> (dostęp: 11.07.2021 r.).

czonego na jego sporządzanie przez sąd orzekający, nie odpowiadają regułom rzetelnego procesu karnego.

PROPOZYCJE ZMIAN LEGISLACYJNYCH

Zacząć należy od przywołania trafnego spostrzeżenia P. Kardasa i J. Giezka, że przewidziany w przepisach Kodeksu postępowania karnego dwutygodniowy termin do złożenia apelacji jest terminem, którego dochowanie w pewnych układach procesowych trudno pogodzić ze standardami rzetelnego procesu karnego. Jak wskazano, dotyczy to w szczególności przypadków, gdy przedmiotem zaskarżenia jest wyrok o złożonej strukturze, zawierający szereg rozstrzygnięć obejmujących wielość rozpoznawanych przez sąd pierwszej instancji zarzutów, a przy tym obszernie uzasadniony. A zatem w takich sprawach kluczowe znaczenie ma stworzenie prawnych rozwiązań gwarantujących odpowiednią perspektywę czasową, umożliwiającą przeprowadzenie rzetelnej analizy orzeczenia sądu pierwszej instancji oraz jego uzasadnienia, a następnie sporządzenie środka zaskarżenia. Do tej utrwalonej argumentacji dołączyć należy obawy odnoszące się do efektów obowiązujących przepisów art. 99a § 1 k.p.k. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, narzucających obowiązek konstruowania uzasadnienia na druku formularza. W szczególności negatywne oceny koncentrują się na niezgodności wymogów z art. 424 k.p.k. i niesprostaniu minimalnym standardom ujętym w tym przepisie, a nadto wyeliminowaniu fakultatywności stosowania tej formy sporządzania uzasadnienia w przypadku, w którym sąd widzi konieczność zastosowania funkcji wyjaśniająco-interpretacyjnej²⁵. Uznając zatem, że przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja uzasadnienia na formularzu może być nie do pogodzenia z zagwarantowaniem prawa do obrony, postuluje się uchylenie obowiązujących w tym zakresie przepisów, względnie przyjęcie tego rozwiązania dla spraw zakończonych rozstrzygnięciem o charakterze konsensualnym (art. 335 k.p.k., art. 387 k.p.k.) lub np. uzasadnień wyroku łącznego²⁶.

Powracając do głównego zagadnienia, poddać należy analizie zaproponowane cztery koncepcje możliwych zmian aktualnie obowiązujących przepisów ustawy karnoprosesowej, mających na celu wydłużenie terminu do wniesienia apelacji.

Pierwsza z nich wskazuje na możliwość zastąpienia obowiązującego obecnie,

²⁵ J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 1202–1206; K. Zgryzek, *Zwięzłe uzasadnienie – czy to jeszcze uzasadnienie (w:) Fiat iustitiae paret mundus. Księga jubileuszowa poświęcona sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, Warszawa 2014, s. 672.

²⁶ K. Gajowniczek-Pruszyńska, P. Karlik, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do ustawy z 19.07.2019 r.*, Warszawa 2020, s. 43–46; K. Gajowniczek-Pruszyńska, *Uzasadnienie...*, s. 51–58; K. Gajowniczek-Pruszyńska, A. Szyborska-Rymer, *Praktyczny wymiar obowiązywania przepisów o sporządzaniu uzasadnienia wyroku sądu karnego na formularzu*, „Palestra Świętokrzyska” 2020/51–52, s. 58–66.

czternastodniowego terminu do wniesienia apelacji terminem dłuższym, na przykład trzydziestodniowym we wszystkich sprawach.

Druga możliwość zakłada wprowadzenie regulacji szczególnej, przewidującej następujące z mocy prawa przedłużenie terminu do wniesienia apelacji w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w ustawie.

Trzecia koncepcja polegać miałaby na wprowadzeniu do Kodeksu postępowania karnego przepisu, na podstawie którego, przy spełnieniu ustawowo określonych przesłanek, możliwe byłoby obligatoryjne lub fakultatywne przedłużenie czternastodniowego terminu do wniesienia apelacji – na podstawie decyzji sądu z urzędu lub na wniosek jednej ze stron.

Czwarty wariant związany jest z możliwością wprowadzenia regulacji, które przy braku modyfikacji dotychczas obowiązującego, czternastodniowego terminu pozwalałyby na uzupełnienie apelacji w terminie określonym ustawowo lub wskazanym przez sąd na wniosek strony lub z urzędu.

Pierwsza z zaproponowanych koncepcji, czyli rozwiązanie polegające na wydłużeniu terminu do wniesienia apelacji we wszystkich rodzajach spraw poprzez zastąpienie obowiązującego obecnie, czternastodniowego terminu do wniesienia apelacji terminem dłuższym, powinna zostać gruntownie rozważona przez ustawodawcę. Rozwiązanie takie mogłoby zostać wprowadzone do Kodeksu postępowania karnego w prosty sposób – poprzez modyfikację art. 445 § 1 k.p.k. oraz zastąpienie wskazanego w nim terminu czternastu dni terminem dłuższym, przykładowo trzydziestodniowym. Łatwość wprowadzenia zmiany stanowi niewątpliwie zaletę tej koncepcji. Nowa treść przepisu nie powodowałaby również żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Wadą takiego rozwiązania byłoby natomiast automatyczne wydłużenie okresu oczekiwania na uprawomocnienie się wyroku, czyli przedłużenie postępowania karnego jako takiego – co w obecnej sytuacji, kiedy procesowi karnemu zarzuca się przede wszystkim nadmierną przewlekłość, może budzić wątpliwości. Rozwiązania tego nie należy jednak wykluczać, albowiem dyrektywa szybkości postępowania nie może przeważać nad rzetelnością procesu karnego²⁷.

Rozważenia wymaga koncepcja oparta na wprowadzeniu szczególnej regulacji, która w przypadku wystąpienia ustawowo określonych przesłanek przewidywałaby następujące z mocy prawa przedłużenie czternastodniowego terminu do wniesienia apelacji, na przykład do trzydziestu dni. Podobna w swej istocie pozostaje także koncepcja obligatoryjnego lub fakultatywnego przedłużenia terminu do wniesienia apelacji, przykładowo do trzydziestu dni, na podstawie decyzji sądu podejmowanej z urzędu lub na wniosek jednej ze stron. Obie koncepcje wymagają doprecyzowania – w szczególności poprzez wskazanie, czy przedłużenie terminu do wniesienia apelacji miałoby następować z mocy ustawy, czy też na podstawie decyzji sądu na wniosek stron, określenie kryteriów fakultatywnego bądź obligatoryjnego wydłużenia terminu oraz sądu, do

²⁷ Ze względu na przesunięcie w czasie momentu uprawomocnienia się zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia wariant ten w ocenie P. Kardasa i J. Giezka należałoby odrzucić.

którego strony miałyby składać stosowny wniosek, ewentualnej zaskarżalności decyzji w tym przedmiocie, a także sprecyzowania, na jak długo przedłużyć można termin do wniesienia apelacji oraz czy wydłużenie go dla jednej ze stron postępowania oznacza automatyczne przedłużenie także dla pozostałych jego uczestników. Powyższe zagadnienia zostały szczegółowo omówione w opracowaniu P. Kardasa oraz J. Giezka, którzy opowiedzieli się za tym, aby wniosek o wydłużenie terminu do wniesienia apelacji kierować do sądu odwoławczego właściwego do jej rozpoznania²⁸. Proponuje się tam także wprowadzenie obligatoryjnego trybu uwzględnienia wniosku w ściśle określonych przypadkach, przy czym przesłankę mógłby w tym przypadku stanowić czas sporządzania uzasadnienia przez sąd pierwszej instancji.

Podzielając powyższe wnioski, stwierdzić należy, że niewątpliwie rozwiązanie oparte na obligatoryjnym lub fakultatywnym przedłużaniu terminu do wniesienia apelacji jawi się jako skomplikowany legislacyjnie zabieg wobec pierwszego omawianego rozwiązania, polegającego na wprowadzeniu przedłużenia terminu we wszystkich rodzajach spraw.

Poza wyżej zaproponowanym rozwiązaniem należy zatem również rozważyć możliwość przedłużenia terminu do wniesienia apelacji z mocy prawa w przypadku spełnienia przesłanki obiektywnej, jaką jest czas sporządzania uzasadnienia przez sąd pierwszej instancji. Dodatkowo uzasadnione wydaje się także wprowadzenie możliwości fakultatywnego przedłużenia terminu na wniosek w sprawach zawiłych. Kodeks postępowania karnego zna pojęcie „sprawy zawiłej” oraz „wagi sprawy”. Posługuje się nimi w szczególności w Dziale II. Rozdziale 1, zatytułowanym „Właściwość i skład sądu”, jak również w art. 98 k.p.k. (przewidującym możliwość odroczenia sporządzenia uzasadnienia postanowienia na czas do 7 dni) oraz w art. 411 k.p.k. (przewidującym możliwość odroczenia wydania wyroku na czas nieprzekraczający czternastu dni w sprawach zawiłych). Wreszcie w kluczowym z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania przepisie art. 423 k.p.k. ustawodawca dopuszcza przedłużenie terminu na sporządzenie uzasadnienia wyroku przez prezesa sądu w sprawie zawiłej lub z innej ważnej przyczyny w razie niemożności sporządzenia tegoż uzasadnienia w terminie. Na gruncie art. 423 k.p.k. „sprawa zawiła” definiowana jest jako sprawa złożona pod względem faktycznym lub prawnym, w tym wielotomowa²⁹. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, z rozpatrywaniem spraw wielotomowych, o szczególnej kumulacji podmiotowej (działanie w zorganizowanej grupie przestępczej) i przedmiotowej (wielość przestępstw) łączy się konieczność indywidualnego określania terminu, w jakim powinno być sporządzone uzasadnienie, na co pozwala przepis art. 423 § 1 k.p.k., oraz

²⁸ Jeżeli miałby on być kierowany do sądu pierwszej instancji, należałoby w ocenie Auterek rozważyć potrzebę wprowadzenia postępowania zażaleniowego, wskazać podmioty uprawnione do wniesienia tego środka zaskarżenia oraz określić terminy, w jakich miałyby następować czynności tego postępowania odwoławczego.

²⁹ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, Legalis/el.

stworzenie warunków umożliwiających jego dochowanie³⁰. Wydaje się zatem, że nie ma przeszkód, aby interpretację tę odnosić także do terminu na wniesienie apelacji.

Zmiana w art. 423 § 1 k.p.k., polegająca na umożliwieniu prezesowi sądu przedłużenia terminu na sporządzenie uzasadnienia na czas oznaczony – nie tylko w sprawie zawilej, ale także „z innej ważnej przyczyny” – wprowadzona została mocą wspomnianej wyżej ustawy z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Przedmiotową nowelizacją dokonano w ustawie karnoprocesowej wielu doniosłych zmian, których zasadniczym celem – jak wynika z treści uzasadnienia projektu ustawy – było „usprawnienie postępowania karnego, wyeliminowanie dostrzeżonych usterek i błędów legislacyjnych, które występują w ustawie procesowej, oraz dostosowanie regulacji procesowych do wyzwań wynikających z rozwoju technologicznego. W szczególności chodzi o rezygnację ze zbędnego formalizmu procesowego, wprowadzenie ułatwień dla uczestników postępowania związanych z udziałem w nim, zapobieżenie obstrukcji procesowej stron i szersze zabezpieczenie interesu społecznego w postępowaniu” (zob. s. 1. uzasadnienia³¹)³².

Powyższe prowadzi jednak do wniosku, że ustawodawca cel nadrzędny powyższej nowelizacji, jakim pozostaje przyspieszenie postępowania karnego, osiągnąć chce przede wszystkim, stawiając dodatkowe wymogi stronom. Umożliwiając wydłużanie terminów do sporządzania uzasadnień wyroków na podstawie nowej, nieostrej przesłanki „innej ważnej przyczyny”, po raz kolejny przy okazji zmian w ustawie karnoprocesowej nie podjęto bowiem żadnych działań w kierunku wydłużenia terminów do wniesienia apelacji.

Tymczasem praktyka wskazuje, że przedłużanie terminów do sporządzenia uzasadnienia jest regułą, a sporządzenie uzasadnienia, nawet w sprawach nieskomplikowanych, a także na formularzu trwać może wiele miesięcy. Strony postępowania nie są przy tym informowane, z jakich przyczyn termin ten został przedłużony, co może mieć przecież miejsce kilkukrotnie. Skoro zatem ustawodawca dostrzega okoliczności, które wskazują na konieczność przedłużania terminów dla sędziów, a możliwość ta wykorzystywana jest wielokrotnie, we wszystkich rodzajach spraw, to należy uznać za zasadne domaganie się stworzenia w tym zakresie adekwatnego zabezpieczenia podstawowych upraw-

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego Izba Karna z 20.11.2015 r. (SNO 72/15), Legalis nr 1361499.

³¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – wykaz prac legislacyjnych Rady Ministrów, nr z wykazu: UD465 z 4.12.2018 r., dokument370940.pdf (rcl.gov.pl) (dostęp: 11.07.2021 r.).

³² Powyższe założenie ustawodawcy, który za pierwszoplanowy cel przyjął przyspieszenie postępowania, znalazło odzwierciedlenie m.in. w treści art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. (przewidującego prekluzję dowodową), art. 315a k.p.k. (umożliwiającego odstąpienie od przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka), art. 350a k.p.k. (umożliwiającego zaniechanie wezwania świadków na rozprawę) oraz art. 378a k.p.k. (przewidującego prowadzenie czynności dowodowych pod nieobecność oskarżonego lub jego obrońcy).

nień stron. Nie ma przeszkód, aby w przypadku nieprzedłużenia terminu na wniosek strona podniosła w tym zakresie zarzut apelacyjny, choć niewątpliwie dyskusyjna byłaby wówczas możliwość wykazania naruszenia procedury jako mającej wpływ na treść orzeczenia. Nie ulega natomiast wątpliwości, że przedłużenie terminu dla jednej ze stron postępowania, na jej wniosek, powinno wywoływać skutki także wobec drugiej strony – zgodnie z zasadą równości broni, a także z założeniem, że „zawilość sprawy”, jakkolwiek będąca pojęciem wymagającym oceny sądu, pozostaje jednak kryterium uniwersalnym w danym postępowaniu.

Podsumowując powyższe rozważania, zaproponować można nadanie przepisom art. 445 k.p.k. następującego brzmienia:

„§ 1. Termin do wniesienia apelacji wynosi 14 dni i biegnie dla każdego uprawnionego od daty doręczenia mu wyroku z uzasadnieniem.

§ 2. W sprawie, w której czas sporządzania uzasadnienia wyroku był dłuższy niż sześć miesięcy, termin, o którym mowa w § 1, podlega przedłużeniu i wynosi 30 dni.

§ 3. W sprawie zawilej, na wniosek strony złożony wraz z wnioskiem, o którym mowa w art. 422, sąd, który wydał zaskarżone orzeczenie, może zamiast terminu, o którym mowa w § 1, wyznaczyć do wniesienia apelacji termin 30 dni od dnia doręczenia wyroku wraz z uzasadnieniem.

§ 4. W przedmiocie wniosku, o którym mowa w § 3, sąd orzeka postanowieniem, na które nie przysługuje zażalenie.

§ 5. Przedłużenie terminu do wniesienia apelacji na podstawie § 2 i § 3 wywołuje skutki wobec wszystkich uczestników postępowania, o czym należy ich pouczyć, doręczając uzasadnienie wyroku.

§ 6. Apelacja wniesiona przed upływem terminu złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia wywołuje skutki określone w art. 422 i podlega rozpoznaniu; apelację taką można uzupełnić w terminie określonym w § 1–3”.

Ostatnią z rozważanych koncepcji przedłużenia terminu do wniesienia apelacji w sprawach karnych jest wprowadzenie możliwości uzupełnienia apelacji. Miałoby ono polegać na umieszczeniu w ustawie regulacji, która bez modyfikacji obowiązującego obecnie czternastodniowego terminu pozwalałaby na uzupełnienie apelacji w terminie określonym ustawowo lub wskazanym przez sąd, na wniosek strony lub z urzędu. W obecnym stanie prawnym, co sygnalizowano powyżej, Kodeks postępowania karnego co do zasady nie przewiduje możliwości uzupełnienia apelacji. Jak wynika z orzecznictwa, strona postępowania może, już po wniesieniu apelacji (a także po upływie terminu do wniesienia tego środka), przedstawiać na piśmie albo ustnie do protokołu poszerzoną argumentację w odniesieniu do zarzutów i uzasadnienia środka odwoławczego³³. Uzupełnienie apelacji po terminie możliwe jest tylko w zakresie, w jakim

³³ Postanowienie SN z 3.01.2019 r. (III KK 208/18), Legalis nr 1860347.

dotyczy zarzutów podnoszonych już w środku odwoławczym. Ewentualne uzupełnienie apelacji o nowe zarzuty po upływie terminu określonego w § 1 art. 445 k.p.k. nie wywołuje żadnych skutków prawnych z uwagi na zawity charakter terminu, o jakim mowa w tym przepisie. Strona nie może zatem rozszerzyć zakresu zaskarżenia lub podnieść nowych zarzutów po przekroczeniu czternastodniowego terminu. Zarzuty podniesione następnie, po wniesieniu środka odwoławczego, powinny być rozpoznane przez sąd, ale wyłącznie w zakresie, w jakim ustawa nakazuje orzekanie poza ich granicami, a więc na gruncie art. 439 k.p.k., art. 440 k.p.k. i art. 445 k.p.k.³⁴

Powyższe zastrzeżenie, że ustawa karnoprocesowa nie przewiduje możliwości uzupełnienia apelacji „co do zasady”, konieczne jest w związku ze zmianą wprowadzoną nowelizacją z lipca 2019 r. Otóż art. 449a k.p.k. w brzmieniu nadanym przedmiotową ustawą przewiduje w § 3 możliwość uzupełnienia apelacji przez stronę w terminie 14 dni – ale jedynie w sytuacji, gdy sąd odwoławczy przed wydaniem orzeczenia zwrócił akta sprawy sądowi pierwszej instancji w celu uzupełnienia uzasadnienia zaskarżonego wyroku (art. 449a § 1 k.p.k.).

W myśl powyższego przepisu strona, która wniosła apelację, może ją zatem uzupełnić w terminie 14 dni od daty doręczenia jej uzupełnionego uzasadnienia. Stwierdzić należy, że przedmiotowe rozwiązanie sprzyjać będzie usprawnieniu postępowania, jest też spójne z pozostałymi zmianami³⁵. Odminną, a jednocześnie przekraczającą ramy niniejszego opracowania, kwestią jest natomiast sam nowy tryb zaskarżania uzasadnień³⁶.

Wspomnieć w tym miejscu warto również, że propozycja modyfikacji przepisów dotyczących terminu do wniesienia apelacji przedstawiana była już na etapie prac legislacyjnych w latach 2009–2013, nie została jednak uwzględniona³⁷. Opowiedziano się wówczas za koncepcją uzupełnienia apelacji, proponując dodanie do projektowanego art. 427 k.p.k. przepisu § 5 w brzmieniu:

„Środek odwoławczy można uzupełnić o dalsze zarzuty i wnioski oraz ich uzasadnienie, nie później jednak niż na siedem dni przed pierwszym wyznaczonym terminem jego rozpoznania przez sąd odwoławczy”.

Odnotować należy także, że jak pokazuje praktyka, postępowanie międzyinstancyjne w sprawach karnych trwa od kilku do kilkunastu miesięcy. W tym

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu II Wydział Karny z 27.03.2014 r. (II AKa 10/14), Legalis nr 895216.

³⁵ K. Gajowniczek-Pruszyńska, P. Karlik, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 269–271.

³⁶ Nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z lipca 2019 r. zmieniono także zasady kwestionowania uzasadnienia wyroku, w szczególności poprzez dodanie do ustawy przepisu art. 443a k.p.k., przewidującego w § 4, że po rozpoznaniu środka odwoławczego od uzasadnienia wyroku sąd ma możliwość orzeczenia jedynie o utrzymaniu w mocy lub zmianie zaskarżonego uzasadnienia w całości lub w części.

³⁷ Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej dotycząca modyfikacji terminu do wniesienia apelacji w sprawach karnych (propozycje *de lege ferenda*) autorstwa prof. dr. hab. Piotra Kardasa i prof. dr. hab. Jacka Giezka z 7.09.2016 r.

czasie dokonywanych jest wiele czynności związanych w szczególności z przekazywaniem akt, obsługą korespondencji, w tym doręczaniem odpisów apelacji, wyznaczeniem składów orzekających, ostatecznie terminów rozpraw. Brak jest zatem powodów, które miałyby wykluczać możliwość uzupełnienia apelacji podczas ich wykonywania. W pełni zasadne jest oczywiście ograniczenie tego uprawnienia stron w czasie, tak aby zapewnić wszystkim uczestnikom postępowania, a przede wszystkim składowi orzekającemu, możliwość analizy zarzutów apelacji. Uzupełnienie apelacji mogłoby być możliwe, jak zaproponowano powyżej, do siódmego dnia przed rozprawą apelacyjną. Można także wyobrazić sobie sytuację, w której po wpłynięciu sprawy do sądu odwoławczego przewodniczący wyznacza skarżącemu termin do złożenia uzupełnienia apelacji, przykładowo nie krótszy niż czternaście dni. Rozważyć należy również, czy uzupełnienie apelacji miałoby być możliwe we wszystkich rodzajach spraw, czy tylko w sprawach, w których spełnione jest przykładowo kryterium zawilości bądź wielopodmiotowości. Opowiadając się za pierwszym ze wskazanych rozwiązań, baczycy należy oczywiście, aby nie wprowadzać do ustawy karnoprocesowej sformułowań nieostrych, stwarzających wątpliwości interpretacyjne. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka często zwraca się uwagę na okresy bezczynności w postępowaniach międzyinstancyjnych, np. nadmiernie długie oczekiwanie na rozpoznanie sprawy po wniesieniu aktu oskarżenia, względnie zwlekanie z rozpoznaniem odwołania od wyroku wydanego przez sąd pierwszej instancji³⁸. Także z tych powodów umożliwienie stronom wykorzystania tego czasu na dalszą analizę sprawy nie stoi wbrew zasadom procesu karnego, w tym zasadzie szybkości, a nade wszystko zasadzie prawdy.

Zauważyć należy także, odnosząc się raz jeszcze do ostatniej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, że niemalże równolegle ze zmianami w postępowaniu karnym ustawodawca wprowadził istotne zmiany w procedurze cywilnej. Ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw³⁹ do art. 369 k.p.c. dodano § 1¹, stanowiący, że w przypadku przedłużenia terminu do sporządzenia pisemnego uzasadnienia wyroku termin, o którym mowa w § 1 (dwutygodniowy termin na wniesienie apelacji), wynosi trzy tygodnie. O terminie tym sąd zawiadamia stronę, doręczając jej wyrok z uzasadnieniem. W zasadzie zatem w postępowaniu cywilnym zastosowano jeden z mechanizmów proponowanych powyżej, mianowicie uzależniono długość terminu do wniesienia apelacji od czasu sporządzania pisemnego uzasadnienia wyroku przez sąd. Potrzeby wprowadzenia analogicznej zmiany w postępowaniu karnym nie dostrzeżono.

³⁸ Wyrok ETPCz z 26.05.1993 r. *Bunkate przeciwko Niderlandom*, 13645/88, ECLI:CE:ECHR:1993:0526JUD001364588.

³⁹ Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469).

PRAWO DO OBRONY

Nie sposób pominąć w kontekście omawianego zagadnienia także problematyki prawa do obrony, mającego swe źródło w Konstytucji RP i uznawanego w prawie międzynarodowym za element minimalnego standardu rzetelnego procesu. To właśnie oskarżony jest tą stroną procesu, której przyznano szczególne gwarancje we wszystkich jego stadiach – co ma zresztą kluczowe znaczenie nie tylko dla konkretnych spraw, ale wymiaru sprawiedliwości i demokratycznego państwa prawnego w ogóle. Gwarancje te niezbędne są oskarżonemu dlatego, że występuje on zazwyczaj jako jednostka w kontrze do zinstytucjonalizowanych organów ścigania i skomplikowanego dla niego w swej strukturze i zasadach działania sądownictwa. Z tych względów skuteczne wywiedzenie środka zaskarżenia ma szczególne znaczenie dla oskarżonego, jako gwarancja zapewnienia mu prawa do obrony, to wobec niego stosowana ma być bowiem represja karna – przy czym celem postępowania karnego pozostaje przecież to, aby do odpowiedzialności karnej pociągnięty został wyłącznie sprawca przestępstwa, osoba niewinna zaś odpowiedzialności tej nie poniosła. W tym miejscu po raz kolejny postawić należy pytanie o realność uprawnień oskarżonego w zakresie kontroli instancyjnej i skuteczność prowadzonej przez niego obrony, w sytuacji gdy nawet uczestnicząc w procesie wieloosobowym i wielowątkowym, ma on możliwość wniesienia apelacji wyłącznie w terminie czternastu dni od doręczenia mu uzasadnienia wyroku.

WNIOSKI

Zaproponowana powyżej konkretna zmiana w zakresie przepisów regulujących termin do wniesienia środka odwoławczego od wyroku sądu pierwszej instancji, z uwagi na postulaty praktyków i potrzebę zapewnienia gwarancji rzetelnego procesu, do tej pory pomijana przy okazji kolejnych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, powinna być przez ustawodawcę rozważona. Wnioski i postulaty formułowane w opiniach Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, przywoływane i rozwijane w niniejszym artykule, nie tracą przy tym na znaczeniu także po zmianie sposobu sporządzania uzasadnień wyroków w sprawach karnych. Wprowadzenie formularzy wymusza bowiem ich skrótowość, nie eliminuje jednak problemu zbyt krótkiego terminu do wniesienia apelacji. Przygotowanie środka zaskarżenia w sposób prawidłowy nie ogranicza się jedynie do analizy uzasadnienia (niezależnie od jego formy), ale wymaga odniesienia do całego materiału dowodowego sprawy. Z tego względu w sprawach wielowątkowych, wieloosobowych bądź z innych przyczyn skomplikowanych sporządzenie rzetelnej apelacji w ustawowym terminie czternastu dni wielokrotnie jest znacznie utrudnione albo też – wręcz niemożliwe.

ABSTRACT

dr Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw), an expert in criminal cases, performing a function of Vice Dean of the District Bar Council in Warsaw.

Adriana Szyborska-Rymer

The author is an advocate trainee (District Bar Association in Warsaw).

Extension of the time limits for submitting an appeal in the criminal procedure in particularly complex and abstruse cases and changes in the field of substantiating judgments – de lege ferenda proposals

The purpose of the article is to present the problem of a short time limit for submitting an appeal in complex and abstruse cases in the criminal procedure and to propose appropriate legislative changes, taking into account demands of the practising lawyers and the rule of a fair trial. It is based on the legal opinion prepared at the request of The Polish Bar Council concerning time limits for submitting an appeal in particularly complex and abstruse cases in the criminal procedure and the civil procedure of 28 February, 2019.

Keywords: *criminal procedure, appeal, time limit for submitting an appeal, extension of the time limit for submitting an appeal, right of defence, complex and abstruse cases, fair trial, legislative proposals, legal opinions*

dr Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska

ORCID: 0000-0003-1438-9785; e-mail: katarzyna.gajowniczek@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie), specjalizującym się w prawie karnym, wicedziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie.

Adriana Szyborska-Rymer

ORCID: 0000-0001-9388-9301; e-mail: adriana.szyborska@dgwlegal.com

Autorka jest aplikantką adwokacką (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Balcerzak Michał, *Podstawy międzynarodowej ochrony praw człowieka. Zarys wykładu z materiałami źródłowymi*, Toruń 2017

Gajowniczek-Pruszyńska Katarzyna, *Uzasadnienie wyroku sądu karne-*

go odzwierciedleniem sędziowskiego przekonania? – uwagi krytyczne na tle rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2019 r., w sprawie wzorów formularzy uzasadnień wyroków oraz sposobu ich wypełniania, „Palestra Świętokrzyska” 2019/49–50

Gajowniczek-Pruszyńska Katarzyna, Karlik Piotr, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do ustawy z 19.07.2019 r.*, Warszawa 2020

Gajowniczek-Pruszyńska Katarzyna, Szymborska-Rymer Adriana, *Praktyczny wymiar obowiązywania przepisów o sporządzaniu uzasadnienia wyroku sądu karnego na formularzu*, „Palestra Świętokrzyska” 2020/51–52, s. 58–66 **Hofmański Piotr**, *Horyzontalna prawomocność części wyroku w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1998/4

Hofmański Piotr, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, t. 2

Hofmański Piotr, Zabłocki Stanisław, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006

Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, Legalis/el.

Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. J. Skorupka, Warszawa 2018

Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany, red. D. Świecki, Warszawa 2021, t. 1, LEX/el.

Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1

Łętowska Ewa, Paprocka Ada, Rzucidło-Grochowska Iwona, *Podstawy uzasadniania w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym (w:) Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski, Warszawa 2015

Łukaszewicz Agata, *Człowiek musi wiedzieć, dlaczego sąd go ukarał*, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1423339-Czlowiek-musi-wiedziec-dlaczego-sad-go-ukaral.html> (dostęp: 11.07.2021 r.)

Marszał Kazimierz, *Instancyjność postępowania sądowego w świetle artykułu 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej (w:) Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci prof. Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000

Rzetelny proces karny, red. P. Wiliński, Warszawa 2009

Świecki Dariusz, *Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006

Świecki Dariusz, *Zaskarżalność uzasadnienia orzeczenia karnego*, „Przegląd Sądowy” 2009/4

Wiliński Paweł, *Dwuinstancyjność postępowania karnego w świetle Konstytucji*

tucji (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011

Zabłocki Stanisław, *O niektórych zmianach wprowadzonych przez nowy kodeks postępowania karnego w zakresie postępowania odwoławczego*, „Przegląd Sądowy” 1997/11–12

Zgryzek Kazimierz, *Zwięzłe uzasadnienie – czy to jeszcze uzasadnienie* (w:) *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, Warszawa 2014

Zubik Marek, *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2011

Artykuły

Agnieszka Pilch

PRZEDMIOT OCHRONY WYKROCZENIA Z ART. 128 KODEKSU WYKROCZEŃ

Polski ustawodawca przewiduje ponoszenie odpowiedzialności za urządzenie gier hazardowych w oparciu o przepisy zawarte w trzech ustawach: ustawie o grach hazardowych z 19.11.2009 r.¹ (art. 89), ustawie – Kodeks karny skarbowy² (art. 107) oraz ustawie – Kodeks wykroczeń³ (art. 128). Jako uzasadnienie dla każdej z tych regulacji wskazywany jest zamiar ustawodawcy, aby zapobiec potencjalnemu niebezpieczeństwu związanemu z uczestnictwem w grze hazardowej. W artykule podjęto próbę wskazania, co stanowi przedmiot ochrony tego typu czynu zabronionego i czy ochrona tego dobra prawnego uzasadnia funkcjonowanie art. 128 k.w. w porządku prawnym.

Wykroczenie opisane w art. 128 Kodeksu wykroczeń ma charakter formalny i należy do typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Może być ono popełnione wyłącznie przez działanie, a penalizacji podlega samo zachowanie sprawcy polegające na urządzeniu gry hazardowej bądź użyczeniu do niej środków lub pomieszczeń w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁴. W dok-

¹ Ustawa o grach hazardowych z 19.11.2009 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2094), dalej u.g.h.

² Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2021 r. poz. 408).

³ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 281).

⁴ W doktrynie wyrażono stanowisko, że w części odnoszącej się do użyczenia środków lub pomieszczenia wykroczenie to uznać należy za dokonane z chwilą, gdy doszło do użyczenia bez względu na to, czy następnie doszło do urządzenia gry hazardowej. Natomiast w części odnoszącej się do urządzenia gry hazardowej należałoby uznać je za dokonane z chwilą rozpoczęcia urządzenia gry hazardowej – P. Gensikowski (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk,

trynie pojawiły się postulaty przekwalifikowania tego czynu z wykroczenia na przestępstwo i przeniesienia do ustawy o grach hazardowych⁵. Analiza treści art. 128 k.w. skłania jednak w pierwszej kolejności do postawienia pytania, dlaczego kryminalizacja takiego zachowania sprawcy w ogóle wydaje się zasadna i ochronie jakiego dobra prawnego ma ona służyć⁶. Z uwagi na obszerność tej problematyki niniejsze opracowanie ograniczy się jedynie do próby określenia, co stanowi przedmiot ochrony tego typu czynu zabronionego i czy ochrona tego dobra prawnego uzasadnia funkcjonowanie art. 128 k.w. w porządku prawnym.

Grą hazardową, zgodnie ze słownikiem języka polskiego, jest „gra, w której o wygranej decyduje głównie przypadek, najczęściej gra o pieniądze; hazard”. Natomiast pod pojęciem hazardu rozumie się „ryzykowne przedsięwzięcie, którego wynik zależy wyłącznie od przypadku”⁷. W sukurs wykładni językowej idzie interpretacja dominująca w orzecznictwie i doktrynie. Wskazuje się tam, że grą hazardową jest gra, w przypadku której wygrana jest uzależniona od wypadku losowego, który jest niezależny od uczestników gry oraz posiadanych przez nich umiejętności⁸. Nadto w grze hazardowej musi istnieć równość szans zarówno na wygraną, jak i na przegraną⁹. Jeżeli gra zależy wyłącznie od umiejętności uczestników, to jest ona pozbawiona statusu gry hazardowej, np. szachy¹⁰.

Pojęcie gry hazardowej nie zostało zdefiniowane w Kodeksie wykroczeń. Definiuje je ustawa o grach hazardowych z 19.11.2009 r.¹¹ Jednocześnie nie zabrania ona wyraźnie urządzania gier hazardowych innych niż te, które wymienia w zamkniętym katalogu¹².

W myśl art. 1 ust. 2 u.g.h. grami hazardowymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty, gry na automatach. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 5a grami w karty są gry black jack, poker i baccarat, jeżeli są rozgrywane o nagrody pieniężne lub rzeczowe. W myśl art. 2 ust. 2 zakładami wzajemnymi są zakłady o wygrane pieniężne lub rzeczowe, polegające na odgadywaniu wyników sportowego

Warszawa 2019, s. 851. Można się spotkać również ze stanowiskiem, w myśl którego wykroczenie to ma charakter skutkowy w zakresie obejmującym urządzenie gry hazardowej. Skutkiem wówczas jest odbycie gry hazardowej, a podjęcie się wyłącznie czynności organizatorskich nie będzie stanowiło wykroczenia – M. Kulik (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 454.

⁵ L. Wilk, *W sprawie zakazu hazardu nieregulowanego*, „Państwo i Prawo” 2013/4, s. 69.

⁶ W literaturze niemieckiej pisze się w tym kontekście o kryminalizacji na przedpolu naruszenia dobra prawnego – zob. G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, „Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft” (ZStW) 1985/4.

⁷ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1979, t. 1, s. 729.

⁸ M. Szwarczyk (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 503.

⁹ W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 664.

¹⁰ P. Gensikowski (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 837.

¹¹ Ustawa o grach hazardowych z 19.11.2009 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2094), dalej u.g.h.

¹² L. Wilk, *O zakazach w sferze hazardu* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, t. 2, s. 1360.

współzawodnictwa ludzi lub zwierząt, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranej zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek – totalizatory, bądź zaistnienia różnych zdarzeń, w tym zdarzeń wirtualnych, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranych zależy od umówionego, między przyjmującym zakład a wpłacającym stawkę, stosunku wpłaty do wygranej – bukmacherstwo. Natomiast grami losowymi są gry, w tym urządzone przez sieć Internet, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku.

Do gier hazardowych niepodlegających reglamentacji ustawowej zalicza się w szczególności wideoloterie¹³ oraz grę w „trzy karty”¹⁴.

Uczestnictwo w grach hazardowych od stuleci cieszy się popularnością wśród różnych grup społecznych, stanowiąc jedną z form spędzania wolnego czasu. Coraz częściej zwraca się jednak uwagę, że uczestnictwo w grach hazardowych może wywoływać nie tylko szkody finansowe, ale również psychologiczne i społeczne¹⁵. Badania przeprowadzone przez Centrum Badania Opinii Społecznej wskazują, że hazard traktowany jest jako nowa forma patologii społecznej, usytuowana relatywnie bliżej nałogów zagrażających życiu niż niegroźnych przyzwyczajęń¹⁶. Podaje się, że według społecznej hierarchii uzależnień, która opiera się na stopniu ich szkodliwości, hazard mieści się zaraz za uzależnieniami o charakterze chemicznym¹⁷. Chociaż oferowanie i organizowanie oraz uczestniczenie w grach hazardowych chronione jest przepisami traktatowymi z zakresu swobody przepływu zarówno przedsiębiorczości, jak i usług¹⁸, coraz częściej podkreśla się, że „swobody te mogą zostać ograniczone lub wyłączone, z jednej strony, ze względu na potrzeby ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, (...) a z drugiej strony, ze względu na potrzebę ochrony nadrzędnych interesów ogólnych, ustalonych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”¹⁹. Co ważne, opiniując zasadność wprowadzania zmian do ustawy o grach hazardowych,

¹³ Zob. L. Wilk, *Hazard. Studium kryminologiczne i prawne*, Warszawa 2012, s. 241; K. Frąckowiak, *Nielegalny e-hazard. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2018, s. 206.

¹⁴ Uchwała SN z 16.02.1994 r. (I KZP 39/93), OSNKW 1994/3–4, poz. 15; por. M. Zbrojewska (w:) *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, s. 593–594; M. Szwarczyk (w:) *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 504.

¹⁵ A. Chodorowska, *Urządzanie gry hazardowej niepodlegającej reglamentacji przez państwo – aspekty społeczne i prawne*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2020/50, s. 41–46.

¹⁶ E. M. Guzik-Makaruk, E. Jurgielewicz-Delegacz, *Nielegalne urządzenie i prowadzenie gier losowych, gier na automacie lub zakładów wzajemnych – wybrane aspekty prawne i kryminologiczne*, „*Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje*” 2017/26, s. 134, cyt. za Komunikat z badań CBOS nr 76/2015, *Pracoholicy, siecioholicy, hazardziści... uzależnienia od zachowań*, Warszawa 2015, s. 12, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2015/K_076_15.PDF (dostęp: 2.06.2021 r.).

¹⁷ E. M. Guzik-Makaruk, E. Jurgielewicz-Delegacz, *Nielegalne...*, s. 134.

¹⁸ Zob. S. Biernat, *Działalność gospodarcza poddana reglamentacji w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (na przykładzie prowadzenia gier hazardowych)*, „*Przegląd Prawa i Administracji*” 2018/114, s. 413–429.

¹⁹ Opinia prawna dotycząca zgodności rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazard-

wprost stwierdzono, że „ograniczenie występowania zjawiska «szarej strefy» w środowisku gier hazardowych, zapewnienie jak najwyższego poziomu ochrony graczy przed negatywnymi skutkami hazardu, podniesienie poziomu społecznej świadomości co do zagrożeń wynikających z korzystania z usług nielegalnych operatorów hazardowych, a także zmniejszenie występowania szkodliwych społecznych i ekonomicznie skutków hazardu stanowi wymóg interesu ogólnego, który może usprawiedliwiać ograniczenie określonej w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług”²⁰.

ROZWÓJ USTAWODAWSTWA HAZARDOWEGO NA ZIEMIACH POLSKICH OD 1920 R. DO CZASÓW WSPÓŁCZESNYCH

Zważywszy na różnorodność aktów prawnych regulujących problematykę gier hazardowych i ich stosunkowo dużą zmienność w czasie, determinowaną jego upływem i zmieniającym się kontekstem społecznym, do określenia, jakie dobro prawne stanowi przedmiot ochrony art. 128 k.w., niebagatelne znaczenie ma przedstawienie kontekstu prawnego, w jakim wykroczenie dotyczące urządzania gier hazardowych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej funkcjonuje od czasu dwudziestolecia międzywojennego.

Ostateczny kształt został nadany temu wykroczeniu rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11.07.1932 r. – Prawo o wykroczeniach²¹. W myśl art. 61 ust. 1 odpowiedzialności podlegać miał ten, „kto w celu zysku urządza grę hazardową albo użycza do niej środków lub pomieszczenia”. Przepis ten znalazł się w rozdziale VI „Wykroczenia przeciwko mieniu” i w praktycznie niezmienionej postaci został przeniesiony do Kodeksu wykroczeń z 1971 r.²² W Kodeksie wykroczeń z 1971 r. dokonano jedynie zmiany polegającej na zastąpieniu pojęcia „zysk” sformułowaniem „osiągnięcie korzyści majątkowej”. W takim też kształcie przepis art. 128 k.w. obowiązuje obecnie.

Z perspektywy prowadzonej w niniejszym opracowaniu analizy konieczne jest zwrócenie uwagi na równoległe funkcjonowanie w systemie prawnym, już od okresu międzywojennego, regulacji dotyczących reglamentacji przez państwo prowadzenia gier o charakterze losowym i powiązanych z nimi bezpośrednio (kompatybilnych) przepisów karnoskarbowych. Co znamienne, już w usta-

dowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z prawem Unii Europejskiej, z 28.10.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 4.

²⁰ Opinia prawna dotycząca zgodności rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z prawem Unii Europejskiej, z 28.10.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 16.

²¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. nr 60 poz. 572).

²² Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 281); zob. M. Łysko, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016.

wie karnej skarbowej z 1926 r.²³ przewidziano ponoszenie odpowiedzialności przez tych, którzy są „winni spowodowania ubytku dochodu, jaki czerpie Skarb Państwa z wykonywania państwowej wyłączności loterii” (art. 112 w rozdziale „Kary za naruszenie przepisów o państwowej wyłączności loterii”).

Praktycznie natychmiast po zjednoczeniu ziem polskich, ustawą z 26.03.1920 r. w przedmiocie urządzania loterii i założenia Polskiej Państwowej Loterii Klasowej²⁴, zastrzeżono, że „organizowanie i prowadzenie wszelkiego rodzaju loterii na obszarze Rzeczypospolitej jest monopolem państwa” (art. 1), zabraniając pod groźbą kary „sprzedaży i nabywania losów loterii obcokrajowych lub krajowych niedozwolonych oraz wszelkiego udziału w grze, reklamowania handlu takimi losami w prasie, zarówno jak ogłoszenia planów i wyników ciągnięć tych loterii” (art. 11).

Następnie ustawą z 9.07.1936 r. o monopolu loteryjnym zdecydowano, że prowadzenie „wszelkiego rodzaju loteryj stanowi wyłączny przywilej (monopol) Państwa” (art. 1 ust. 1), a ochrona ustanowionego przepisami art. 1 przywileju (monopolu) Państwa należy do władz skarbowych (art. 22 ust. 1)²⁵. Jednocześnie za pośrednictwem ustawy karnej skarbowej z 18.03.1932 r. w rozdziale zatytułowanym „Kary za naruszenie przepisów o państwowej wyłączności loterii” wprowadzono odpowiedzialność karnoskarbową osób „winnych urzędzenia i prowadzenia jakichkolwiek loteryj bez zezwolenia właściwej władzy” (art. 114 § 1)²⁶. Dekretem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 3.11.1936 r.²⁷ wprowadzono regulację w rozdziale „Naruszenie przepisów o monopolu loteryjnym”, w myśl której ten, kto „urządza lub prowadzi loterię bez zezwolenia (...)” podlega karze aresztu i grzywny²⁸.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w okresie powojennym, kiedy to w dekreście z 11.04.1947 r. – Prawo karne skarbowe²⁸, w rozdziale „Naruszenie przepisów o monopolu loteryjnym”, przewidziano ponoszenie odpowiedzialności karnej skarbowej przez tego, kto w szczególności „urządza lub prowadzi loterię bez zezwolenia” (art. 107 § 1). W dalszej kolejności, w ustawie karnej skarbowej z 13.04.1960 r.²⁹, umieszczono rozdział „Przestępstwa w zakresie loterii”, a pierwszy z przepisów znajdujący się w nim określał odpowiedzialność karnoskarbową tego, kto „urządza lub prowadzi loterie nie będąc do tego uprawniony albo niezgodnie z warunkami gry zatwierdzonymi przez właściwe organy” (art. 108). Również w ustawie karnej skarbowej z 1971 r. zamieszczono rozdział „Przestępstwa i wykroczenia w zakresie loterii”, w którym między innymi przewidziano odpowiedzialność karnoskarbową podmiotu, który „urządza lub pro-

²³ Ustawa karna skarbową z 2.08.1926 r. (Dz.U. nr 105 poz. 609).

²⁴ Ustawa z 26.03.1920 r. w przedmiocie urządzania loterii i założenia Polskiej Państwowej Loterii Klasowej (Dz.U. nr 31 poz. 180).

²⁵ Ustawa z 9.07.1936 r. o monopolu loteryjnym (Dz.U. nr 55 poz. 398).

²⁶ Ustawa karna skarbową z 18.03.1932 r. (Dz.U. nr 34 poz. 355).

²⁷ Dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z 3.11.1936 r. (Dz.U. nr 84 poz. 581).

²⁸ Dekret z 11.04.1947 r. – Prawo karne skarbowe (Dz.U. nr 32 poz. 140).

²⁹ Ustawa karna skarbową z 13.04.1960 r. (Dz.U. nr 21 poz. 123).

wadzi loterię nie będąc do tego uprawniony” (art. 117), „urządza lub prowadzi bez wymaganego zezwolenia loterię fantową przeznaczoną na cel społeczny” (art. 118)³⁰.

Zmiana regulacji dotyczących gier o charakterze hazardowym nastąpiła ustawą o grach losowych i totalizatorach z 20.05.1976 r.³¹ W zakresie sankcji związanych z nieprzestrzeganiem zawartych w niej przepisów zawierała ona odniesienie do ustawy karnej skarbowej z 26.10.1971 r., modyfikując tytuł rozdziału („Przestępstwa i wykroczenia w zakresie gier losowych i totalizatorów”) oraz treść zawartych w nim przepisów. W szczególności zmianie uległ art. 117, w myśl którego odpowiedzialności podlegać miał ten, „kto prowadzi bez wymaganego zezwolenia grę losową lub totalizator albo w prowadzeniu takim uczestniczy”. W podobnym kierunku zmianie uległ art. 118.

Kolejne znaczące zmiany w ustawodawstwie hazardowym nastąpiły w 1992 r., kiedy to weszła w życie ustawa o grach losowych i zakładach wzajemnych³². Ustawą tą wprowadzono zmianę w ustawie karnej skarbowej z 26.10.1971 r. poprzez dostosowanie tytułu rozdziału penalizującego zachowanie wykraczające przeciwko jej regulacjom („Przestępstwa w zakresie gier losowych i zakładów wzajemnych”) oraz nadając nową treść wszystkim przepisom w nim zawartym. I tak za realizację znamion art. 117 miał odpowiadać ten, „kto prowadzi działalność w zakresie gier losowych lub zakładów wzajemnych bez zezwolenia lub w takiej działalności pośredniczy”, z art. 118 zaś odpowiedzialność ponieść miał każdy, „kto urządza bez wymaganego zezwolenia loterię fantową lub grę bingo fantowe”.

W 1999 r. przepisy karnoskarbowe odnoszące się do penalizacji zachowań związanych z naruszaniem regulacji zawartych w ustawie o grach losowych i zakładach wzajemnych zostały zmodyfikowane wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego skarbowego³³. W rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych” niejako w miejsce art. 117 ustawy karnej skarbowej pojawił się art. 107, stosownie do którego sankcji karnej miał podlegać ten, „kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny” (§ 1). Jednocześnie ustawodawca przewidział ponoszenie surowszej sankcji karnej w sytuacji, gdy sprawca dopuszcza się tego czynu zabronionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z organizowania zbiorowego uczestnictwa w grze losowej, grze na automacie lub zakładzie wzajemnym (§ 3). Przepis ten podlegał wielokrotnym nowelizacjom postępującym za zmianami treści przepisów odnoszących się do organizowania gier hazardo-

³⁰ Ustawa karna skarbową z 26.10.1971 r. (Dz.U. nr 28 poz. 260).

³¹ Ustawa z 20.05.1976 r. o grach losowych i totalizatorach (Dz.U. nr 19 poz. 122, Dz.U. z 1982 r. nr 7 poz. 54).

³² Ustawa z 29.07.1992 r. o grach losowych i zakładach wzajemnych (Dz.U. nr 68 poz. 341).

³³ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. nr 83 poz. 930).

wych, w szczególności wyeliminowano z jego zakresu regulaminy³⁴, a wprowadzono koncesje³⁵. Nadto do treści art. 107 § 1 k.k.s. wprowadzono zmiany polegające na modyfikacji zakresu działalności hazardowej, do której miała się odnosić ta regulacja. I tak, najpierw wprowadzono do treści art. 107 k.k.s. pojęcie „gry na automacie”³⁶, a następnie „gry na automacie o niskich wygranych”³⁷, po czym wraz z wejściem w życie ustawy z 19.11.2009 r. o grach hazardowych³⁸ „gry na automatach o niskich wygranych” zostały wykreślone z tego przepisu. W końcu wraz ze zmianą treści art. 1 ustawy o grach hazardowych pojęcie „gra losowa lub zagraniczny zakład wzajemny” zostało zastąpione pojęciem „gra hazardowa”³⁹. Jednocześnie ze zmianami treści art. 107 § 1 k.k.s. modyfikacjom ulegała treść art. 107 § 3 k.k.s.

Jak wskazuje powyższa analiza, zmiany, jakim podlegały regulacje karnoskarbowe odnoszące się do urządzania gier o charakterze hazardowym, były ściśle zsynchronizowane z modyfikacjami wprowadzanymi do ustaw regulujących monopol państwa w zakresie gier hazardowych, co wydaje się wskazywać na zamierzoną przez ustawodawcę kompatybilność tych dwóch aktów prawnych. Zależność ta jest szczególnie widoczna w ciągu ostatnich trzech dziesięcioleci, kiedy to zmiany wprowadzane do treści art. 107 k.k.s. stanowiły bezpośrednią konsekwencję najpierw nowelizacji ustawy z 29.07.1992 r. o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach, a następnie nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Doniosłe, z perspektywy przedmiotu niniejszego opracowania, zmiany w zakresie reglamentacji gier hazardowych nastąpiły wraz z wejściem w życie ustawy o grach hazardowych z 2009 r.⁴⁰ Ustawa ta nie tylko w sposób znaczący zmieniła treść dotychczasowych regulacji dotyczących urządzania gier, ale co istotne, w ostatnim rozdziale merytorycznym zamieszczono rozdział 10 zatytułowany „Kary pieniężne”, w którym reguluje się przesłanki, tryb i wysokości wymierzania tych kar. Odtąd, zgodnie z art. 89 u.g.h., karze pieniężnej podlegać miało w szczególności urządzanie gry hazardowej bez koncesji lub zezwolenia, urządzanie gry na automatach poza kasynem gry oraz uczestniczenie w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia.

Kwestię odrębną, przekraczającą ramy niniejszego opracowania, stanowi ocena charakteru kar pieniężnych, o których mowa w art. 89 u.g.h. Przychylając się jednak do stanowiska, że kary pieniężne z ustawy o grach hazardowych

³⁴ Ustawa z 15.12.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2001 r. nr 11 poz. 82).

³⁵ Ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r. nr 201 poz. 1540).

³⁶ Ustawa z 15.12.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2001 r. nr 11 poz. 82).

³⁷ Ustawa z 10.04.2003 r. o zmianie ustawy o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 84 poz. 774).

³⁸ Ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201 poz. 1540).

³⁹ Ustawa z 15.12.2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 88), dalej u.g.h.

⁴⁰ Ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201 poz. 1540).

odpowiadają pojęciu sankcji karnej⁴¹, uznać należy, że tym samym istnieje praktyczna możliwość dwukrotnego ukarania tej samej osoby fizycznej za ten sam czyn – raz na podstawie Kodeksu karnego skarbowego i drugi raz karą pieniężną z art. 89 u.g.h.⁴² Kwestią otwartą pozostaje, czy funkcjonowanie w porządku prawnym jednocześnie obu tych regulacji nie stanowi naruszenia zasady proporcjonalności.

Jednocześnie, co istotne, przez okres dziesięcioleci w żadnym stopniu modyfikacji nie ulegała treść art. 128 k.w. Przez cały ten czas ustawodawca, określając przedmiot czynności wykonawczej, posługiwał się pojęciem „gra hazardowa”. Czyżby to był wynik „zaniedbania” ustawodawcy, czy raczej efekt zamierzonego, związany z odmiennym przedmiotem ochrony tego przepisu, a co za tym idzie niezależną od „ustawodawstwa hazardowego” interpretacją pojęcia „gra hazardowa”, wyłączającą z zakresu jego desygnatów te gry hazardowe, które zostały objęte reglamentacją.

Przedstawione powyżej rozważania uprawniają do postawienia tezy o zamierzonej przez ustawodawcę przedmiotowej odrębności regulacji zawartej w Kodeksie wykroczeń od regulacji zawartej w Kodeksie karnym skarbowym (bezpośrednio powiązanym z ustawą o grach hazardowych) wynikającej z odmienności przedmiotów ochrony każdego z tych przepisów. W dalszej części opracowania teza ta zostanie poddana weryfikacji.

CELE „REGULACJI HAZARDOWYCH” A PRZEDMIOT OCHRONY WYKROCZENIA Z ART. 128 K.W.

W pierwszej kolejności warto w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że zarówno art. 128 k.w., jak i art. 89 u.g.h. i art. 107 § 1 k.k.s. w swej treści zawierają tożsame określenie czynności wykonawczej, jakim jest „urządzanie gry hazardowej”.

Określenie celu, jakiemu każda z tych ustaw służy, stanowi niezbędny krok na drodze do ustalenia, co stanowi dobro prawne chronione za pośrednictwem art. 128 k.w., a co za tym idzie pozwoli na wyodrębnienie zachowań, których realizacja będzie uzasadniała ponoszenie odpowiedzialności na podstawie tego przepisu od zachowań z tej perspektywy irrelewantnych, a stanowiących naruszenie regulacji zwartych w Kodeksie karnym skarbowym (art. 107 § 1 k.k.s.) bądź w ustawie o grach hazardowych.

Regulację w całości poświęconą określeniu warunków urządzania gier hazardowych i zasad prowadzenia działalności w tym zakresie stanowi ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu tej ustawy, opracowanie jej miało na celu wzmocnienie kontroli państwowej nad rynkiem gier i zakładów wzajemnych⁴³. W ocenie legislatora „uzasadniony

⁴¹ L. Wilk, *Kary pieniężne w ustawie o grach hazardowych*, „Prokuratura i Prawo” 2011/1, s. 154.

⁴² L. Wilk, *Kary...*, s. 156.

⁴³ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

interes Państwa w monitorowaniu i regulowaniu rynku gier hazardowych wynika również z zagrożenia uzależnieniem od hazardu. (...) Wydatki polskiego społeczeństwa na gry hazardowe stale rosną. (...) Patologiczny hazard został podniesiony do rangi osobnego zaburzenia psychicznego zdefiniowanego jako «zaburzenie polegające na często powtarzającym się uprawianiu hazardu, który przeważa w życiu człowieka ze szkodą dla wartości i zobowiązań społecznych, zawodowych, materialnych i rodzinnych»⁴⁴. Wskazując, że „koszty społeczne i ekonomiczne tego uzależnienia ponoszą nie tylko rodziny hazardzystów czy ich pracodawcy, ale całe społeczeństwo”⁴⁵, podkreślano, że „wszystkie wprowadzone zakazy również realizują cele prospołeczne – ochrony przed uzależnieniami, ochrony nieletnich, walki z szarą strefą”⁴⁶. W rezultacie do systemowych zmian zaproponowanych w tym projekcie zaliczały się w pierwszej kolejności zwiększenie ochrony społeczeństwa i praworządności przed negatywnymi skutkami hazardu oraz zwiększenie konkurencyjności podmiotów legalnie prowadzących działalność. W dalszej perspektywie miała ona za zadanie uporządkowanie systemu podatkowego w zakresie podatku od gier⁴⁷. Do opisanych wyżej celów odnosił się ustawodawca również w trakcie prac nad nowelizacją ustawy prowadzonych w 2016 r. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wskazywano, że „nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego, mogącymi uzasadniać wprowadzenie w prawie krajowym ograniczeń w sferze gier hazardowych są: ochrona konsumentów, przeciwdziałanie przestępstwom związanym z grami hazardowymi, ograniczanie ludzkiej namiętności do gry, mające eliminować negatywne skutki, jakie jej prowadzenie wywołuje w sferze osobistej i społecznej, ogólne względy zapobiegania zakłóceniom porządku publicznego oraz niedopuszczanie, by tego rodzaju gry stały się źródłem indywidualnych zysków”⁴⁸. Jednocześnie podkreślano, że „zmiany proponowane w odniesieniu do urządzania gier hazardowych za pośrednictwem sieci Internet uzasadnione są względami nadrzędnego interesu publicznego, tj. walki z szarą strefą”⁴⁹.

Analiza powyższych dokumentów prowadzi do wniosku, że cele, które ma realizować reglamentacja urządzania gier hazardowych opisanych w ustawie, mają w głównej mierze charakter uniwersalny, tj. walkę z szarą strefą, przeciwdziałanie przestępstwom związanym z grami hazardowymi, uporządkowanie systemu podatkowego w zakresie podatku od gier. Niezależnie od tego

⁴⁴ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

⁴⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

⁴⁶ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

⁴⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

⁴⁸ Opinia prawna dotycząca zgodności rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z prawem Unii Europejskiej, z 28.10.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 10–11.

⁴⁹ Opinia prawna dotycząca zgodności rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z prawem Unii Europejskiej, z 28.10.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 17–18.

reglamentacja ta ma służyć ochronie obywateli, w tym osób małoletnich, przed szkodliwymi skutkami hazardu, przez stworzenie środowiska prawnego, które, umożliwiając obywatelom uczestniczenie w grach hazardowych, jednocześnie zawierać będzie elementy wpływające na ich ochronę przed uzależnieniem i zapewniające prawidłowy przebieg gier⁵⁰. Czy jednak realizacja każdego tych celów za pośrednictwem środków wskazanych w ustawie (u.g.h.) jest obiektywnie możliwa, czy raczej wskazanie ich w uzasadnieniu projektu ustawy ma wyłącznie sygnalizować potencjalne i realne szkodliwe następstwa wynikające z uczestnictwa w grach hazardowych? Zagadnieniem wykraczającym poza zakres niniejszego opracowania jest rozważenie, czy reglamentacja urządzania gier hazardowych jest adekwatnym narzędziem do walki z przestępczością zorganizowaną, praniem brudnych pieniędzy, legalizacją środków pochodzących z przestępstwa. Wydaje się jednak nie budzić wątpliwości, że urządzanie gier hazardowych zgodnie z wymogami, o których mowa w ustawie (u.g.h.), pozwolić może na zapewnienie prawidłowego przebiegu gry, a w dalszej kolejności zabezpieczenie uczestników gry przed nieuczciwym jej prowadzeniem. Zapewnieniu uczciwości i legalności urządzania gier hazardowych reglamentowanych przez państwo mają służyć przede wszystkim regulacje, o których mowa w rozdziale 2 u.g.h. W rozdziale tym ustawodawca wskazuje warunki, jakie musi spełnić podmiot prowadzący działalność w zakresie urządzania gier objętych monopolem państwowym. Należą do nich w szczególności: konieczność zatwierdzenia regulaminu przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych (art. 9 u.g.h.), nienaganna opinia i niekaralność za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe w szczególności osób fizycznych będących współnikami (akcjonariuszami) spółki prowadzącej działalność w tym zakresie oraz osób zarządzających podmiotem urządzającym loterie fantowe lub grę bingo fantowe (art. 12 u.g.h.), rejestracja gości (art. 15a u.g.h.), obowiązek instalacji audiowizyjnego systemu kontroli gier służącego kontroli przebiegu i prowadzenia gier (art. 15b u.g.h.), obowiązek prowadzenia systemu teleinformatycznego rejestrującego i archiwizującego (art. 15ba u.g.h.), obowiązek zabezpieczenia losów lub innych dowodów udziału w takiej grze przed sfalszowaniem oraz obowiązek nabywania kartonów używanych do gry od przedsiębiorcy upoważnionego przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych (art. 17 ust. 1 i ust. 4 u.g.h.), obowiązek utrzymania automatów oraz urządzeń do gier i zakładów wzajemnych w stanie gwarantującym grę zgodną z regulaminem, a uczestnikom gry bezpieczne z nich korzystanie (art. 22 ust. 3 u.g.h.), obowiązek poddawania automatu lub urządzenia badaniu sprawdzającemu w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że rejestrowany automat lub urządzenie do gier nie spełnia warunków określonych w ustawie (art. 23b u.g.h.). Celowi temu mają służyć również przepisy nakładające obowiązek odbywania szkoleń przez

⁵⁰ Opinia prawna dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z 11.11.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 3.

osoby pełniące funkcję lub zajmujące stanowisko, z którym wiąże się obowiązek nadzorowania gier hazardowych bądź bezpośredniego prowadzenia gry hazardowej (art. 24 i n. u.g.h.). Podobną funkcję pełnią przepisy regulujące zasady wydawania koncesji, zezwoleń i zgłoszeń (Rozdział 5, „Koncesje, zezwolenia i zgłoszenia”).

Wątpliwości budzi natomiast realizacja za pośrednictwem tej ustawy (u.g.h.) celu, jakim była w zamierzeniu projektodawcy ochrona obywateli przez stworzenie w ustawie o grach hazardowych „środowiska prawnego”, które umożliwiając obywatelom uczestniczenie w grach hazardowych, jednocześnie zawierać będzie elementy wpływające na ich ochronę przed uzależnieniem⁵¹. W rzeczywistości bowiem rolę środków zapobiegających uzależnieniu od hazardu mają realizować między innymi regulacje nakazujące podmiotowi wykonującemu monopol państwa w zakresie gier na automatach wdrożenie regulaminu odpowiedzialnej gry (ust. 15 ust. 1d u.g.h.) – obejmującego w szczególności umieszczenie w widoczny sposób informacji o ryzyku związanym z hazardem, nazw instytucji świadczących pomoc osobom z problemami hazardowymi, procedurę weryfikacji ukończenia 18. roku życia przez uczestników gry – jak również przepisy umieszczone w Rozdziale 4 wskazujące na ograniczenia w urządzaniu gier hazardowych, tj. m.in. zakaz wstępu do ośrodków gier oraz do punktów przyjmowania zakładów wzajemnych osób, które nie ukończyły 18 lat (art. 27 u.g.h.), zakaz reklamy i promocji gier oraz informowania o sponsorowaniu (art. 29 u.g.h.), zakaz oferowania i reklamowania kredytów, pożyczek i innych czynności bankowych w salonie gier na automatach oraz na stronie, na której urządzane są gry hazardowe (art. 29c u.g.h.). W kontekście tych przepisów pojawia się pytanie, na ile sama reglamentacja urządzania gier hazardowych stanowi skuteczny sposób walki z uzależnieniem od hazardu jako problemem społecznym. Kwestią dyskusyjną jest również to, czy opisane wyżej „narzędzia” stanowić mogą skuteczny środek zapobiegający bądź ograniczający ryzyko uzależnienia od hazardu uczestniczących w nim osób.

Przedstawione powyżej cele są deklarowane przez ustawodawcę jako główne cele uzasadniające wprowadzenie reglamentacji urządzania gier hazardowych. Na trzecim miejscu wśród systemowych zmian zaproponowanych w projekcie ustawy o grach hazardowych wskazuje się na uporządkowanie systemu podatkowego w zakresie podatku od gier⁵².

Jak zatem wyjaśnić współistnienie, współzależność regulacji karnoskarbowej z regulacjami kreującymi monopol Skarbu Państwa w zakresie urządzania gier hazardowych, skoro, jak by mogło wynikać z treści uzasadnienia do projektu ustawy, głównym celem, jaki przyświecał ustawodawcy tworzącemu regulacje dotyczące gier hazardowych, była ochrona społeczeństwa przed skutkami hazardu oraz walka z szarą strefą, jako mającą sprzyjać zachowaniom przestępczym. Co zatem stanowi przedmiot ochrony przestępstwa opisanego

⁵¹ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

⁵² Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

w art. 107 k.k.s., penalizującego „urządzanie gry hazardowej wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia”?

Przepisy Kodeksu karnego skarbowego mają na celu zapewnienie ochrony mienia Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej⁵³. W wielu przypadkach jednak chronią dwa dobra prawne: interesy podatkowe Skarbu Państwa oraz innych uprawnionych podmiotów oraz skorelowane z nimi obowiązki podatkowe, a także mienie Skarbu Państwa lub mienie innych uprawnionych podmiotów⁵⁴. Funkcja ta determinuje kierunek interpretacji typów czynów zabronionych opisanych w części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego.

Poddając analizie regulację z art. 107 k.k.s., część przedstawicieli doktryny podnosi, że przedmiotem ochrony w pierwszej kolejności jest mienie Skarbu Państwa, z tego względu, że państwo, sprawując kontrolę nad hazardem, jednocześnie uzyskuje wpływy budżetowe z tego tytułu. Doprecyzowując przedmiot ochrony przestępstwa z art. 107 k.k.s., zwraca się uwagę na prawidłowy przebieg nadzoru i kontroli nad hazardem, mający wpływ na interes finansowy państwa⁵⁵. Można spotkać się również ze stanowiskiem, że za pośrednictwem tego przepisu wprowadza się ochronę „szeroko pojętego porządku publicznego”, ogranicza się zagrożenie wynikające z utraty płynności finansowej przez obywateli, jak również chroni się mienie klientów podmiotów wykonujących działalność hazardową⁵⁶.

Jednocześnie jednak odnosząc się do przedmiotu ochrony przestępstw z Rozdziału 9 k.k.s. („Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych”), w literaturze kwestionuje się stawianie na pierwszym miejscu interesu finansowego państwa, jako przedmiotu ochrony⁵⁷. Odwołując się do celu, jakiemu ma służyć reglamentacja prawna hazardu, tj. ograniczeniu tego zjawiska oraz zapewnieniu ścisłego nad nimi nadzoru i kontroli ze względu na konieczność przeciwdziałania jego społecznie negatywnym skutkom, podnosi się, że „przedmiotem ochrony subsydiarnych wobec tej reglamentacji przepisów karnych jest prawidłowość nadzoru i kontroli nad zjawiskiem hazardu oraz te dobra, które doznają niebezpieczeństwa uszczerbku z powodu negatywnych skutków towarzyszących hazardowi”⁵⁸. W konsekwencji tego twierdzi się, że zgromadzone w tym rozdziale typy czynów zabronionych mają charakter w większej mierze kryminalny czy karnogospodarczy⁵⁹.

W tym miejscu należy postawić pytanie, czy znajduje uzasadnienie wyciąganie wniosków odnośnie do przedmiotu ochrony art. 107 k.k.s. przez bezpośred-

⁵³ G. Łabuda (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 22.

⁵⁴ P. Kardas (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, s. 167.

⁵⁵ E.M. Guzik-Makaruk, E. Jurgielewicz-Delegacz, *Nielegalne...*, s. 124.

⁵⁶ G. Łabuda (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, s. 1003.

⁵⁷ L. Wilk (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 521.

⁵⁸ L. Wilk (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 521.

⁵⁹ L. Wilk (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 521.

nie odniesienie się do celu, jakiemu ma służyć reglamentacja urządzania gier hazardowych, przedstawiana przez legislatora jako główny cel ustawy o grach hazardowych. Wydaje się wątpliwe transformowanie wszystkich celów, do których realizacji została stworzona reglamentacja gier hazardowych, na regulację, która znajduje się w kodyfikacji karnoskarbowej, z istoty swej przewidującej ponoszenie odpowiedzialności przez podmioty naruszające bądź narażające na niebezpieczeństwo interes fiskalny państwa.

Prezentowana powyżej szczegółowo *sui generis* zależność treści przepisów karnoskarbowych od zmieniającej się treści przepisów regulujących monopol państwa w zakresie urządzania gier o charakterze hazardowym uprawnia do postawienia tezy o ich subsydiarnym charakterze wyłącznie w zakresie, w jakim odnosi się do ochrony mienia i interesów podatkowych Skarbu Państwa oraz skorelowanych z nimi obowiązków podatkowych. W konsekwencji należy przyjąć, że każda z tych ustaw realizuje dla niej specyficzne cele, a przedmiotem ochrony art. 107 § 1 k.k.s. w pierwszej kolejności jest mienie Skarbu Państwa, z tego względu, że państwo, sprawując kontrolę nad hazardem, jednocześnie uzyskuje wpływy budżetowe z tego tytułu.

Przy próbie ustalenia znaczenia i celu egzystencji w porządku prawnym art. 128 k.w. konieczne jest odwołanie się do materiałów historycznych zawierających informacje o genezie tej regulacji oraz o dyskusjach towarzyszących jej powstaniu. Pozwalają one określić wolę oraz intencje historycznego prawodawcy. Aczkolwiek co do zasady wykładnia historyczna pełni funkcję uzupełniającą w procesie interpretacji tekstu, niemniej jednak, jeśli spojrzeć z perspektywy przedmiotu niniejszego opracowania, nabiera ona znaczenia priorytetowego⁶⁰.

Początek prac nad treścią regulacji odnoszącej się do urządzania gier hazardowych sięga okresu prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, która została utworzona po zjednoczeniu ziem polskich i której zadaniem w szczególności było uporządkowanie ustawodawstwa dotyczącego wykroczeń⁶¹. W ocenie J. Makarewicza (członka tej komisji) wykroczenia należało wyłączyć z obszaru prawa karnego, a prawo wykroczeń potraktować jako dział prawa administracyjnego⁶². Stanowisko opozycyjne zajmował E.S. Rappaport, który postulował objęcie wykroczeń „większej wagi” w jednolitą kodyfikację i poddanie ich jurysdykcji sądowej⁶³. W konsekwencji przedstawił on w latach 1928 i 1929–1930 dwa projekty ustawy o wykroczeniach, które obejmowały swoim zakresem najpoważniejsze wykroczenia. Propozycje te spotkały się z dezaprobatą J. Makarewicza, którego zdaniem „wszystkie stany faktyczne wymienione w projekcie

⁶⁰ A. Gerloch, *Funkcje oraz metodologia wykładni prawa*, „Forum Prawnicze” 2014/6, s. 14.

⁶¹ Zob. J. Jakubowska-Hara, K. Łucarz (w:) *Reforma prawa wykroczeń*, red. P. Daniluk, Warszawa 2020, t. 2, s. 5–17.

⁶² J. Makarewicz, *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924, s. 7–9.

⁶³ E.S. Rappaport, *Uprawnienia karne władz administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1921/2, s. 261 i n.

były w istocie wykroczeniami «policyjnymi» i pod względem charakteru nie odbiegały od setek innych tego typu czynów przekazanych władzom administracyjnym⁶⁴. Wśród tych przepisów między innymi znajdowała się regulacja odnosząca się do gier hazardowych⁶⁵. Efektem tych sporów było ogłoszenie w 1931 r. kolejnego projektu wstępnego „ustawy o wykroczeniach administracyjnych”, który był samodzielnym aktem prawnym, przekazany do orzecznictwa karno-administracyjnego⁶⁶. Ostatecznie, aktem prawnym z 1932 r., połączona została część ogólna Prawa o wykroczeniach z Kodeksem karnym z 1932 r.⁶⁷

Przedstawione powyżej spory wokół statusu, jaki powinno się nadać wykroczeniom opisanym w projektach, nasuwają na myśl pytanie, czy przyjęty kompromis polegający na objęciu regulacją wykroczeniową stanów faktycznych odnoszących się do hazardu był słuszny, czy raczej należało, jak przekonywał J. Makarewicz, pozostawić tę regulację poza Kodeksem wykroczeń.

W tle opisanych powyżej dysput dotyczących charakteru wykroczeń i wiążącej się z nim odpowiedzialności sprawcy ewolucji ulegała treść regulacji dotyczącej hazardu.

W przedstawionym przez Rappaporta projekcie ustawy o wykroczeniach 1929–1930 r., w rozdziale zatytułowanym „Wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu”, pojawiły się dwa przepisy odnoszące się do gier hazardowych. Zgodnie z treścią art. 30 odpowiedzialności miał podlegać ten, „kto urządza grę lub bierze w niej udział, jeżeli przytem gracze są narażeni na niebezpieczeństwo dotkliwej przegranej”, stosownie zaś do art. 31 odpowiedzialność ponosić miał każdy, „kto w miejscu publicznym lub zawodowo urządza grę hazardową, używa dla niej pomieszczenia lub środków, albo bierze w niej udział”. Jako uzasadnienie dla tej regulacji wskazano, że „gra, stanowiąca w zasadzie nieszkodliwą rozrywkę, musi ulec ograniczeniu, jeżeli bądź naraża graczy na niebezpieczeństwo dotkliwej przegranej, bądź w ogóle przybiera charakter publicznego hazardu ze wszystkimi jego ogólnie znanymi ujemnymi skutkami”⁶⁸. Uzasadniając ponoszenie odpowiedzialności za zachowania opisane w art. 30, jednocześnie w projekcie zaznaczono, że „Sąd może uniewinnić oskarżonych wtedy tylko, jeżeli uzna, że wszyscy grający byli tak zamożni, że ewentualna przegrana nie mogła żadnemu z nich robić dotkliwej krzywdy”⁶⁹. Odnosząc się do penalizacji

⁶⁴ J. Makarewicz, *Powrotna fala (Projekt ustawy o wykroczeniach)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930/4, s. 477–501.

⁶⁵ J. Makarewicz, *Powrotna...*, s. 484.

⁶⁶ Projekt wstępny ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z sumarycznym uzasadnieniem, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa 1931, t. 5, zeszyt 7.

⁶⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. nr 60 poz. 572).

⁶⁸ Projekt przygotowawczy ustawy o wykroczeniach, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa listopad–grudzień 1929, luty 1930, t. 5, zeszyt 1, s. 54.

⁶⁹ Projekt przygotowawczy ustawy o wykroczeniach, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa listopad–grudzień 1929, luty 1930, t. 5, zeszyt 1, s. 55.

zachowania opisanego w art. 31, wskazano jedynie, że „publiczna lub zawodowa gra hazardowa jest zawsze zabroniona, bez względu na wysokość stawek, gdyż nawet niskie pozornie stawki nie odbierają grze cech hazardu. Odebrałoby grze charakter hazardu tylko granie bez żadnych stawek – darmo, ale się chyba nigdy nie zdarza”⁷⁰. W uzasadnieniu projektodawca wskazał jednocześnie na treść obowiązujących regulacji kodeksów karnych niemieckiego, austriackiego, francuskiego, rosyjskiego, czeskiego i szwajcarskiego.

W kontekście opisanych projektów regulacji rodzi się pytanie, co faktycznie, tj. ochronę jakiego dobra prawnego projektodawca miał na uwadze, formułując te przepisy. W uzasadnieniu projektu nie sposób doszukać się jakichkolwiek skonkretyzowanych przyczyn poza stwierdzeniem „publiczny hazard ze wszystkimi jego ogólnie znanymi ujemnymi skutkami”. Z uwagi na propozycję umieszczenia tych przepisów w rozdziale dotyczącym wykroczeń przeciwko porządkowi publicznemu (między innymi obok wykroczenia zakazującego żebractwa) wydaje się, że eliminacja publicznego organizowania gier hazardowych miała służyć właśnie zapewnieniu tego porządku. Dla oceny proponowanych regulacji niebagatelne znaczenie ma także fakt, że w istocie stały się one niejako następcami prawnymi regulacji tworzonych jeszcze w XIX w. i odpowiadających ówczesnym potrzebom. Co znamienne, treść opisanych powyżej przepisów uległa znaczącej zmianie na dalszym etapie prac legislacyjnych. A mianowicie projekt wstępny ustawy o wykroczeniach przewidywał już wyłącznie ponoszenie odpowiedzialności przez tego, „kto urządza grę hazardową, użycza dla niej pomieszczenia lub środków albo bierze w niej udział”⁷¹. Jako uzasadnienie dla takiej treści przepisu i penalizacji tego rodzaju zachowania wskazano jednak jedynie, że należy karać wszelką grę hazardową bez względu na to, czy odbywa się ona publicznie, czy nie, gdyż „normalny i najbardziej rozpowszechniony sposób dokonania tego przestępstwa polega na grze tajnej (...). Gra hazardowa kwitnie więc przeważnie w lokalach zamkniętych, wyrządzając duże szkody”⁷². Jednak ostateczny kształt został nadany temu wykroczeniu rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11.07.1932 r. – Prawo o wykroczeniach. Przepis ten znalazł się w rozdziale VI „Wykroczenia przeciwko mieniu” i w praktycznie niezmienionej postaci został przeniesiony do Kodeksu wykroczeń z 1971 r.⁷³ W myśl art. 61 ust. 1 tego rozporządzenia odpowiedzialności za wykroczenie podlegać miał ten, „kto w celu zysku urządza grę hazardową albo użycza do niej środków lub pomieszczenia”.

⁷⁰ Projekt przygotowawczy ustawy o wykroczeniach, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa listopad–grudzień 1929, luty 1930, t. 5, zeszyt 1, s. 55.

⁷¹ Projekt wstępny ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z sumarycznym uzasadnieniem, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa 1931, t. 5, zeszyt 7, Warszawa 1931.

⁷² Projekt wstępny ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z sumarycznym uzasadnieniem, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa 1931, t. 5, zeszyt 7, s. 27–28.

⁷³ Zob. M. Łysko, *Prace...*

Niestety, z uwagi na fakt, że prace Komisji Kodyfikacyjnej zakończyły się na pierwszym odczytaniu projektu, a dalsze prace toczyły się w Ministerstwie Sprawiedliwości, nie sposób ustalić, jakie przyczyny spowodowały odstąpienie od opisanych wyżej założeń i przyjęcie ich zmodyfikowanej wersji⁷⁴. W Kodeksie wykroczeń z 1971 r. dokonano jedynie zmiany polegającej na zastąpieniu pojęcia „zysk”, sformułowaniem „osiągnięcie korzyści majątkowej”. W takim też kształcie przepis ten obowiązuje obecnie.

Analiza procesu tworzenia art. 128 k.w. (uprzednio art. 61 ust.1 Prawa o wykroczeniach), a w szczególności enigmatyczne wskazanie celu, w jakim miał on zostać wprowadzony do porządku prawnego, prowadzić może do konkluzji, że jedyną przyczyną, dla której przepis ten znalazł się w ustawie – Prawo o wykroczeniach, był fakt, że tego rodzaju regulacje znajdowały się w ustawach obowiązujących uprzednio na ziemiach polskich oraz w innych państwach europejskich. Spory wokół charakteru tego zachowania, jakie miały miejsce na etapie prac Komisji Kodyfikacyjnej, podają z kolei w wątpliwość umieszczenie tego przepisu w Kodeksie wykroczeń.

Przedstawiony powyżej przebieg prac legislacyjnych nasuwa pytanie, czy faktycznym celem istnienia tego przepisu nie jest właśnie ochrona porządku publicznego, jak by mogły na to wskazywać wstępne prace nad jego treścią. Dość ogólnie zakreślone przez ówczesnych kodyfikatorów uzasadnienie przyczyn, dla których przepis ten powinien zostać objęty regulacją wykroczeniową (prace kodyfikacyjne w latach 1929–1930), pozwala na przypuszczenie, że dobro, którego ochronę miał na uwadze ustawodawca, kryminalizując to zachowanie, w pierwszej kolejności stanowiło zabezpieczenie porządku publicznego w związku z emocjami, jakie budzi uczestnictwo w grach hazardowych, w szczególności w sytuacji, gdy wiąże się z dużymi stratami finansowymi przegrywającego. Jednakże modyfikacja tego przepisu poprzez dodanie do jego treści celu, w jakim sprawca działa („w celu zysku”), w kontekście jednoczesnego przesunięcia go do rozdziału zawierającego wykroczenia przeciwko mieniu, mogłaby wskazywać na zamiar ustawodawcy, aby za pośrednictwem tego typu czynu zabronionego poddać ochronie interesy finansowe i mienie uczestników gry hazardowej. Formułując te tezy, trzeba bowiem jednocześnie pamiętać o obowiązkiwaniu w tym samym czasie równoległych regulacji odnoszących się do hazardu reglamentowanego przez państwo (loterii), których przestrzeganie zabezpieczały przepisy karnoskarbowe, a do których treści na żadnym etapie prac legislacyjnych nie odnosił się ówczesny ustawodawca, mimo że nic nie stało temu na przeszkodzie.

Z uwagi na to, że przepis kryminalizujący urządzenie gier hazardowych praktycznie w niezmienionej treści obowiązuje do dziś, przedstawione powyżej konstatacje nie tracą na aktualności. Posłużą one także za punkt odniesienia do analizy podjętej w dalszej części opracowania.

⁷⁴ J. Jakubowska-Hara, K. Łuczcz (w:) *Reforma...*, red. P. Daniluk, s. 14.

Wobec przedstawionego powyżej procesu kształtowania się i ewolucji treści przepisu art. 128 k.w., w kontekście działań legislacyjnych odnoszących się do reglamentacji urządzania gier hazardowych i skorelowanych z nimi przepisów karnoskarbowych, wydaje się nie ulegać wątpliwości, że analizowany przepis Kodeksu wykroczeń stanowi regulację niezależną, oderwaną od ustawodawstwa hazardowego i przepisów karnoskarbowych, a odnoszącą się wyłącznie do urządzania „gier hazardowych”, które nie są objęte zakresem pojęcia „gra hazardowa” zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 u.g.h.

Dodatkowy argument wspierający tezę o niezależności regulacji z art. 128 k.w. w stosunku do regulacji ustawy o grach hazardowych i przepisów karnoskarbowych stanowi odrębność desygnatów pojęcia „gra hazardowa” w rozumieniu art. 128 k.w. od znaczenia nadanego temu pojęciu w ustawie o grach hazardowych, a w konsekwencji tego znamieniu z art. 107 § 1 k.k.s. Zwrócić należy uwagę, że samo pojęcie hazardu i gry hazardowej weszło do ustawodawstwa hazardowego, a za jego pośrednictwem do Kodeksu karnego i Kodeksu karnego skarbowego, wraz z wejściem w życie ustawy o grach hazardowych z 2009 r.⁷⁵ Wcześniej funkcjonowało ono wyłącznie w art. 128 k.w. (odpowiednio w art. 61.ust.1 Prawa o wykroczeniach). O ile zakresem reglamentacji ustawodawca w miarę upływu lat obejmował coraz to nowe rodzaje gier o charakterze hazardowym i wraz z tym zmieniał zakres odpowiedzialności karnoskarbowej za ich urządzanie wbrew przepisom ustawy, o tyle od momentu wprowadzenia do Kodeksu wykroczeń (pierwotnie Prawa o wykroczeniach) wykroczenia powszechnego odnoszącego się do urządzania gier hazardowych, niezmiennie zakazem tym objęte były „gry hazardowe”. Co więcej, gdy ustawodawca chciał, żeby pojęcia definiowane i stosowane na gruncie ustawy o grach hazardowych miały tożsame znaczenie w Kodeksie karnym skarbowym, znowelizował tę ustawę i w art. 53 § 35 k.k.s. stwierdził „użyte w rozdziale określenia, a w szczególności (...) mają znaczenie nadane im w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych”. Powyższe pozwala zatem przyjąć, że gdyby intencją ustawodawcy było objęcie pojęciem gry hazardowej w rozumieniu Kodeksu wykroczeń również tych gier, o których mowa w ustawie o grach hazardowych (tj. wymienionych w art. 1 ust. 2 u.g.h.), to prawdopodobnie posłużyłby się takim samym narzędziem i doszłoby do nowelizacji Kodeksu wykroczeń w tym w zakresie.

MIENIE UCZESTNIKA GRY HAZARDOWEJ JAKO PRZEDMIOT OCHRONY ART. 128 K.W.

Opisany powyżej zakres regulacji dotyczących urządzania gier hazardowych prowadzi do postawienia pytania, jakie racje przemawiają za funkcjonowaniem art. 128 k.w. w porządku prawnym i co legitymizuje ustawodawcę do kreowania

⁷⁵ Zob. L. Wilk (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 528.

tego typu czynu zabronionego, czyli pytania, ochronie jakiego dobra prawnego służyć ma kryminalizacja zachowań opisanych w art. 128 k.w.

Przeprowadzone rozważania wskazują, że celem analizowanych regulacji (zawartych w u.g.h. i w k.w.) jest zapewnienie ochrony jednostki przed negatywnymi skutkami brania udziału w grach hazardowych. Tak szeroki zakres ingerencji państwa uzasadniany jest tym, by niezależnie od tego, w jakiego rodzaju grze hazardowej dany podmiot bierze udział, jego interes został zabezpieczony, z uwagi na zagrożenia wiążące się z samym uczestnictwem w tej grze. Charakter, istota „gry hazardowej” *sensu largo* stanowi asumpt do „wszechstronnego” zabezpieczenia przez państwo interesów osób w niej uczestniczących. Wieloaspektowa polityka ochronna państwa tym samym znajduje wyraz w sankcjonowaniu czynności polegającej na urządzaniu gry hazardowej w rozumieniu ustawy o grach hazardowych bądź w sposób opisany w Kodeksie wykroczeń.

Okoliczności towarzyszące wprowadzeniu art. 128 k.w. do porządku prawnego i niezmiennie jego obowiązywanie w rozdziale dotyczącym wykroczeń przeciwko mieniu przekonują o tym, że celem, dla którego ten przepis powstał, była wyłącznie ochrona mienia osób uczestniczących w grze hazardowej, której urządzanie w celu korzyści majątkowej w ocenie ustawodawcy generowało wysokie prawdopodobieństwo naruszenia interesów finansowych (majątku) osoby w niej uczestniczącej. Mimo upływu czasu cel ten nie zdezaktualizował się. W kontekście prac legislacyjnych nad kształtem wykroczenia związanego z urządzaniem gry hazardowej prowadzonych w dwudziestoleciu międzywojennym, jako dobro prawne chronione za pośrednictwem tego przepisu, pod rozważę wziąć by również należało ochronę porządku publicznego, która stanowiła asumpt do rozważań czynionych na pierwszym etapie tych prac. Niemniej jednak mając na uwadze przyczyny, dla których w ocenie ówczesnego projektodawcy przepis ten należałoby umieścić w rozdziale opisującym zachowania skierowane przeciwko porządkowi publicznemu, ten kierunek interpretacji należałoby odrzucić.

Co znamienne, jeśli spojrzeć z perspektywy ochrony dobra prawnego, jakim jest mienie uczestników gry hazardowej, i jednocześnie zamiaru zagwarantowania przez ustawodawcę takiego przebiegu gry hazardowej, żeby ograniczyć stosowanie oszukańczych praktyk w trakcie jej urządzania (na co obecnie wskazuje treść przepisów zawartych w ustawie o grach hazardowych, a dotyczących zasad i warunków urządzania gier hazardowych wskazanych w tej ustawie), nasuwa się konstatacja, że brak reglamentacji i urządzanie gry hazardowej w celu korzyści majątkowej prowadzi do zwiększenia prawdopodobieństwa podejmowania zachowań przestępczych z nim związanych. Natomiast reglamentacja urządzania gier hazardowych może ograniczać bądź eliminować prawdopodobieństwo popełniania tej kategorii czynów zabronionych na szkodę uczestników gry. Zważywszy, że fakt możliwości utraty mienia przez uczestnika gry hazardowej stanowi istotę uczestnictwa w niej, niezależnie od tego, czy jest ona

organizowana w ramach działalności reglamentowanej przez państwo, czy nie, w rezultacie sama reglamentacja ma niejako zabezpieczać „legalny” przebieg tej utraty, czyli zabezpieczać przed utratą mienia za pośrednictwem działań o charakterze przestępczym. W zakresie niereglamentowanym sposobem zabezpieczenia mienia jest sam zakaz urządzania gier hazardowych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Podobnie jak w przypadku urządzania gier hazardowych reglamentowanych przez państwo, kwestią dyskusyjną jest, czy penalizacja urządzania gier hazardowych niereglamentowanych, o ile są one urządzone w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, stanowić może jakikolwiek środek zapobiegający bądź ograniczający ryzyko uzależnienia od hazardu uczestniczących w nich osób. Na marginesie prowadzonych rozważań zwrócić należy uwagę, że formułując w ten sposób art. 128 k.w., ustawodawca poza zakres penalizacji wyciągnął urządzanie wszelkiego rodzaju gier hazardowych, niereglamentowanych przez państwo, jeśli tylko nie następuje ono w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, co mogłoby stanowić dodatkowy argument, że tym samym uznał, że wyłącznym powodem kryminalizacji jest potencjalna utrata mienia przez uczestnika gry hazardowej, nie zaś możliwość samego uzależnienia się od hazardu.

WNIOSKI

Przeprowadzone analizy prowadzą do wniosku, że główny przedmiot ochrony z art. 128 k.w. stanowią prawa majątkowe uczestnika gry⁷⁶. Natomiast szczególnym przedmiotem ochrony tego przepisu jest własność rzeczy ruchomych utraconych w wyniku uczestniczenia w grze hazardowej⁷⁷. Patrząc z perspektywy dobra chronionego i abstrakcyjnego charakteru tego typu czynu zabronionego, uznać należy, że jego celem jest eliminowanie na przedpolu zagrożeń płynących z urządzania gier hazardowych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Do jakich konsekwencji prowadzi wyciągnięcie ze zbioru desygnatów pojęcia „gry hazardowej” z art. 128 k.w. gier reglamentowanych przez państwo i jednocześnie przyjęcie, że dobro, którego ochronie miała służyć ta regulacja, stanowi wyłącznie ochrona mienia uczestników gry przed oszukańczymi praktykami osób urządzających je w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Podejmując się próby odpowiedzi na to pytanie, nie należy tracić z pola widzenia, że mające podlegać ochronie mienie stanowi dobro prawne, którym jednostka może swobodnie dysponować⁷⁸. To zaś prowadzi do wniosku, że ustawodaw-

⁷⁶ Zob. M. Kulik (w:) *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, s. 448; zob. M. Szwarczyk (w:) *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 501.

⁷⁷ Zob. P. Gensikowski (w:) *Kodeks...*, red. P. Daniluk, s. 849; inaczej M. Zbrojewska (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, s. 588.

⁷⁸ Jednostka może dysponować tzw. indywidualnymi dobrami prawnymi, czyli dobrami, które ustawodawca chroni w interesie tej jednostki, uznając je za konstytutywne dla jej egzystencji i realizacji w społeczeństwie (np. ciało, cześć, własność, majątek). A. Pilch, *Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, rozprawa doktorska, Kraków 2006, s. 264.

ca, chcąc w ten sposób ochronić dobra majątkowe uczestnika gry hazardowej przed bezprawnymi zachowaniami ze strony urządzającego grę lub osób w niej uczestniczących, jednocześnie pozbawia go możliwości dysponowania swoim majątkiem w sposób zgodny z jego wolą, a co za tym idzie, narażania się na jego utratę.

Rodzi się pytanie, czy taka ingerencja w przynależne jednostce prawo do dysponowania swoim mieniem jest uzasadniona, jeśli spojrzeć z perspektywy zasad demokratycznego państwa prawnego, mającego gwarantować każdemu człowiekowi prawo do korzystania w odpowiednim zakresie z przysługującej mu wolności. Jeśli przyjmiemy, że dobro prawne, którego ochronie ma służyć zagrożenie sankcją karną, nie może być rozumiane w oderwaniu od nosiciela tego dobra, lecz decydująca jest wola i prawo dysponowania przypisane każdej jednostce⁷⁹, to w konsekwencji musimy uznać, że w sytuacji, gdy dobro prawne służy wolnemu rozwojowi jednostki, nie może dojść do jego naruszenia czy też narażenia na niebezpieczeństwo dopóty, dopóki zachowanie takie stanowi wyraz dysponowania nim (dobrem prawnym)⁸⁰. Tym samym zachowania nosiciela dobra prawnego skierowane przeciwko temu dobru muszą pozostać prawnokarnie irrelewantne⁸¹.

Wobec powyższego przyjęcie tezy, że podstawy zakazu urządzania gier hazardowych w celu korzyści majątkowej nie stanowi samo urządzanie gier hazardowych, ale przypuszczenie czy podejrzenie innego zakazanego sposobu zachowania się, tj. narażenia uczestnika gry na utratę majątku przy wykorzystaniu oszukańczych zabiegów, może budzić kontrowersje zarówno z punktu widzenia uprawnienia jednostki do dysponowania swoim majątkiem, jak i sprzeczności z zasadą *in dubio pro reo*.

Nie kwestionując występowania szkodliwych społecznie i ekonomicznie skutków hazardu oraz konieczności zapewnienia jak najwyższego poziomu ochrony graczy przed negatywnymi skutkami hazardu, jednocześnie można zadać pytanie o zasadność wyboru regulacji prawnokarnej jako narzędzia mającego zabezpieczać przed ponoszeniem jego skutków i mogącego eliminować te zagrożenia. Czy kryminalizacja zachowania, o którym mowa w art. 128 k.w., jest konieczna dla adekwatnej ochrony dobra, które stanowiło przyczynę dla powstania tego typu?⁸²

⁷⁹ A. Pilch, *Przestępstwa...*, s. 266.

⁸⁰ Ch. Woitkewitsch, *Strafrechtliche Schutz des Täters vor sich selbst*, Hamburg 2002, s. 115.

⁸¹ A. Pilch, *Przestępstwa...*, s. 266.

⁸² Zob. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2, s. 33; K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego (uwagi na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)* (w:) *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 301–302; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności (w:) Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. A. Preisner, Warszawa 2002, s. 671.

ABSTRACT

dr Agnieszka Pilch

The author is a doctor of law, assistant professor at the Department of Criminal Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, as well as a judge of the district court; combines research and teaching activities with the practical exercise of the profession of judge. Her research interests focus on the constitutional foundations of criminal law, crimes of an abstract exposure to danger, punishment from a material and procedural perspective, execution of punishment and alternative dispute resolution methods in criminal proceedings.

The subject of protection for article 128 of the Code of Petty Offences

The Polish legislator provides for liability for arranging gambling games based on the provisions of three acts: the Gambling Act of November 19, 2009 (Article 89), the Fiscal Penal Code (Article 107) and the Code of Petty Offences (Article 128). The intention of the legislator to prevent potential dangers related to participation in gambling is indicated as the justification for each of these regulations. The article attempts to indicate what is the subject of protection for this type of prohibited act and whether the protection of this legal interest justifies the functioning of Article 128 of the Code of Petty Offences in the legal order.

Keywords: *gambling games, gambling, unrestricted gambling, prohibition, legal interest, petty offence*

dr Agnieszka Pilch

ORCID: 0000-0002-0586-2449; e-mail: agnieszka.pilch@uj.edu.pl

Autorka jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, sędzią sądu rejonowego; łączy działalność naukowo-dydaktyczną z praktycznym wykonywaniem zawodu sędziego. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się wokół konstytucyjnych podstaw prawa karnego, przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, wymiaru kary z perspektywy materialnoprawnej i procesowej, wykonywania kary oraz alternatywnych metod rozwiązywania sporów w procesie karnym.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Biernat Stanisław, *Działalność gospodarcza poddana reglamentacji w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (na przykładzie prowadzenia gier hazardowych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018/114

Chodorowska Anna, *Urządzanie gry hazardowej niepodlegającej reglamentacji przez państwo – aspekty społeczne i prawne*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2020/50

Frąckowiak Kamil, *Nielegalny e-hazard. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2018

Gerloch Aleš, *Funkcje oraz metodologia wykładni prawa*, „*Forum Prawnicze*” 2014/6

Guzik-Makaruk Ewa M., Jurgielewicz-Delegacz Emilia, *Nielegalne urządzanie i prowadzenie gier losowych, gier na automacie lub zakładów wzajemnych – wybrane aspekty prawne i kryminologiczne*, „*Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje*” 2017/26

Jakobs Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, „*Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*” (ZStW)1985/4

Kardas Piotr, Łabuda Grzegorz, Razowski Tomasz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. T. Bojarski, Warszawa 2015

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. P. Daniluk, Warszawa 2016

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. P. Daniluk, Warszawa 2019

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009

Komunikat z badań CBOS nr 76/2015, *Pracoholicy, siecioholicy, hazardziści... uzależnienia od zachowań*, Warszawa 2015, s. 12, raport dostępny pod adresem http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2015/K_076_15.PDF (dostęp: 18.03.2021 r.)

Kotowski Wojciech, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009

Łysko Marcin, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016

Makarewicz Juliusz, *Powrotna fala (Projekt ustawy o wykroczeniach)*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 1930/4

Makarewicz Juliusz, *Prawo karne*, Lwów–Warszawa 1924

Opinia prawna dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z 11.10.2016 r., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu

Opinia prawna dotycząca zgodności rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 795) z prawem Unii Europejskiej, z 28.10.2016, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu

Projekt przygotowawczy ustawy o wykroczeniach, Komisja Kodyfika-

cyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa listopad–grudzień 1929, luty 1930, t. 5, zeszyt 1.

Projekt wstępny ustawy o wykroczeniach administracyjnych wraz z summarycznym uzasadnieniem, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Warszawa 1931, t. 5, zeszyt 7

Pilch Agnieszka, *Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, rozprawa doktorska, Kraków 2006

Rappaport Emil Stanisław, *Uprawnienia karne władz administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1921/2

Reforma prawa wykroczeń, red. P. Daniluk, Warszawa 2020, t. 2

Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, Warszawa 1979, t. 1

Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 2481 z 12.11.2009 r.

Wilk Leszek, *Hazard. Studium kryminologiczne i prawne*, Warszawa 2012

Wilk Leszek, *Kary pieniężne w ustawie o grach hazardowych*, „Prokuratura i Prawo” 2011/1

Wilk Leszek, *O zakazach w sferze hazardu (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, t. 2

Wilk Leszek, *W sprawie zakazu hazardu nieregulowanego*, „Państwo i Prawo” 2013/4

Wilk Leszek, Zagrodnik Jarosław, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018

Woitkewitsch Christopher, *Strafrechtliche Schutz des Täters vor sich selbst*, Hamburg 2002

Wojtyczek Krzysztof, *Zasada proporcjonalności (w:) Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. A. Preisner, Warszawa 2002

Wojtyczek Krzysztof, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2

Wojtyczek Krzysztof, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego (uwagi na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej) (w:) Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001

Pojęcia kluczowe: *eksperyment medyczny, szczepienia, Narodowy Program Szczepień, COVID-19, prawo medyczne*

A

Artykuły

Monika Strus-Wołos

DLACZEGO SZCZEPIENIA PRZECIWKO COVID-19 W RAMACH NARODOWEGO PROGRAMU SZCZEPIEŃ NIE SĄ EKSPERYMENTEM MEDYCZNYM

Autorka wykazuje w artykule, że szczepienia przeciwko COVID-19 finansowane przez rząd w ramach Narodowego Programu Szczepień nie są eksperymentem medycznym. Wyjaśnia, co oznacza warunkowe dopuszczenie do obrotu, jakie skutki prawne ma stosowanie szczepionek zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego i dlaczego faza czwarta badań klinicznych nie stanowi eksperymentu medycznego. Ponadto wskazuje brak związku między wprowadzeniem przepisów o obowiązkowym ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotu prowadzącego eksperyment medyczny a Narodowym Programem Szczepień.

W Polsce i na świecie z roku na rok zyskują na popularności tzw. ruchy antyszczepionkowe. Paradoksalnie, skuteczność szczepionek i wyeliminowanie dzięki nim wielu groźnych chorób spowodowały bowiem, że młode i średnie pokolenie nie pamięta już strasznych skutków, jakie powodowały niektóre patogeny.

Po wprowadzeniu obowiązkowych szczepień spadek zachorowań na choroby takie jak błonica, świnka, odra, krztusiec, postać porażenna poliomyelitis (choroba Heinego-Medina), różyczka, w tym zespół różyczki wrodzonej, ospa czy tężec, spadł o wartości między 100% a 92,20%¹. Warto przy tej okazji przy-

¹ J. Granowska, *Kontrowersje wokół szczepień obowiązkowych*, Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji Kancelarii Senatu, OT-660, 2018, s. 3.

pomnieć postać niezwyklego naukowca, prof. Hilarego Koprowskiego, którego zasługi dla Polski są nieocenione, choć niestety zapomniane. Profesor Koprowski jako pierwszy na świecie opracował szczepionkę przeciwko polio (doustną), a dzięki swojej pozycji w USA wystarał się o 9 milionów dawek dla Polski, gdzie pod koniec lat 50. XX wieku szalała epidemia tej choroby. Po kilkumiesięcznej akcji szczepień epidemię zahamowano praktycznie całkowicie².

Prawdopodobnie aktywność ruchów antyszczepionkowych w mediach społecznościowych spowodowała, że do Polski wróciło w dużej skali wiele groźnych chorób, takich jak na przykład gruźlica³, a według danych Państwowego Zakładu Higieny wyszczepialność przeciwko odrze⁴ spadła poniżej 95%, czyli poniżej progu uznawanego przez ekspertów za dolną granicę gwarantującą odporność zbiorową⁵.

Szczególnie silnie podkreślane jest przez te środowiska prawo do wolnego wyboru, z powoływaniem się na Konstytucję RP⁶. Szczegółowa analiza tej kwestii wykracza poza temat artykułu, należy jednak przypomnieć, że wolność człowieka nigdy nie jest nieograniczona. W dużym uproszczeniu można wskazać, że choć zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP wolność człowieka podlega ochronie prawnej, to już w ust. 2 Konstytucja RP nakłada obowiązek szanowania wolności i praw innych, w tym prawa do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1) na przykład osób, które z przyczyn zdrowotnych nie mogą być zaszczepione. Oznacza to obowiązek poddawania się szczepieniom obowiązkowym w celu budowania odporności populacyjnej.

Z tego względu zarówno Konstytucja RP w art. 31 ust. 3, jak i Konwencja rzymska o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁷, np. w art. 8 ust. 2 i art. 9 ust. 2, dopuszczają ustawowe ograniczenie praw i wolności ze względu między innymi na ochronę zdrowia. Dotyczy to także poddania się szczepieniom obowiązkowym, co potwierdził niedawnym wyrokiem z 8.04.2021 r.

² M. Bilek, *Historia odkryć szczepionek i rozwoju szczepień na świecie*, s. 9, <http://www.wsse.krakow.pl> (dostęp: 10.07.2021 r.).

³ *Gruźlica i choroby układu oddechowego w Polsce w 2019 r.*, red. M. Korzeniewska-Kosela, Warszawa 2020, s. 3.

⁴ Ruchy antyszczepionkowe szczególnie aktywnie walczą z obowiązkiem szczepień przeciwko odrze, przedstawiając tę chorobę jako niegroźną w wieku dziecięcym. Tymczasem odra może powodować groźne powikłania, zarówno bezpośrednio po zachorowaniu (odrowe zapalenie mózgu, amnezja immunologiczna), jak i skutki bardzo odległe czasowo (podostre stwardniające zapalenie mózgu SSPE – choroba nieuleczalna, prowadząca do śmierci). Por. np.: <https://vaccination-info.eu/pl/informacje-o-chorobach/odra>; <https://vaxopedia.org/.../when-was-the-last-measles.../>; <https://www.newscientist.com/.../dn27481-measles.../amp/> (dostęp: 10.07.2021 r.).

⁵ M. Solecka, *Polska poniżej bezpiecznego poziomu wyszczepialności*, <https://www.mp.pl/szczepienia> (dostęp: 10.07.2021 r.).

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w składzie Wielkiej Izby⁸. Trybunał orzekł, że prawny obowiązek szczepień oraz odmowa przyjęcia nie-szczepionego dziecka do przedszkola lub żłobka (z wyjątkiem istnienia przeciwwskazań medycznych do zaszczepienia) nie naruszają art. 8 EKPC, gwarantującego prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Ponadto ETPCz stwierdził, że naruszenie wolności przekonań w ogóle nie ma tu zastosowania. Orzeczenie to jest istotne, gdyż ETPCz po raz pierwszy rozważał tę kwestię, a obowiązek szczepień ochronnych w Czechach (skąd pochodzili skarżący) jest ukształtowany bardzo podobnie do polskiego – za niewykonanie obowiązku grozi grzywna.

Pomimo że szczepienia przeciwko COVID-19 nie są obowiązkowe, także przeciwko nim na różnych forach internetowych pojawiły się wpisy rozpowszechniające nieprawdziwe informacje medyczne i prawne. Wśród tych ostatnich najczęściej powtarza się argument, jakoby były to eksperymenty medyczne. Szkodliwe artykuły pojawiają się niestety nawet w prasie, i to mającej dział prawny⁹.

Ten *fake news* ma swoje konsekwencje praktyczne nie tylko w wymiarze niedostatecznego poziomu wyszczepialności w Polsce przeciwko COVID-19, ale stał się on również podstawą prób zastraszania rzekomą odpowiedzialnością karną¹⁰ lekarzy i pielęgniarek pracujących przy Narodowym Programie Szczepień.

Co więcej, pojawiają się informacje, że w procesach o wypłatę odszkodowań z tytułu ubezpieczeń na życie i zdrowie coraz częściej ubezpieczyciele podnoszą argument w razie jakiegokolwiek związku rozstroju zdrowia ze szczepieniami (nie tylko przeciwko COVID-19), że szczepienia, będące eksperymentem, są wyłączone z zakresu odpowiedzialności towarzystwa ubezpieczeniowego. Dlatego część poniższych argumentów ma zastosowanie także do innych szczepionek.

EKSPERYMENT MEDYCZNY W ŚWIELE PRZEPISÓW PRAWA MEDYCZNEGO

Należy krótko przypomnieć podstawę prawną eksperymentu. Definicja legalna pojęcia eksperymentu medycznego przeprowadzanego na ludziach znajduje się w art. 21 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty¹¹, przy czym przepis dzieli eksperymenty medyczne na eksperymenty lecznicze i eksperymenty badawcze.

Eksperymentem leczniczym jest wprowadzenie nowych albo tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych

⁸ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 8.04.2021 r. *Vavricka i inni przeciwko Republice Czeskiej*, skarga nr 47621/13.

⁹ K. Kowalska, *Szczepienia na COVID-19 nieobjęte ubezpieczeniami. Są traktowane jako eksperyment medyczny*, „Rzeczpospolita” z 12.05.2021 r. Wbrew sugestii wynikającej z tytułu artykułu opisuje odosobniony wypadek, gdy anonimowa agentka ubezpieczeniowa miała rzekomo zasugerować kierownikowi przychodni, aby pacjenci podpisywali zgodę na poddanie się eksperymentowi wraz ze zrzeczeniem się roszczeń.

¹⁰ Celowo nie podaję linku do wystąpienia pewnej radczyni prawnej, umieszczonego w serwisie YT.

¹¹ Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (Dz.U. z 2021 r. poz. 790), dalej u.z.l.

w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby chorej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody nie są skuteczne albo jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca.

Natomiast eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej. Może być on przeprowadzany zarówno na osobie chorej, jak i zdrowej. Przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest minimalne i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu. Jak zresztą trafnie podnosi się w doktrynie, wyznaczenie granic tego wewnętrznego podziału obu typów eksperymentu nie jest proste, gdyż pojęcia te są obciążone elementem subiektywnym¹².

Artykuł 22 u.z.l. wprowadza dodatkowe warunki dopuszczalności przeprowadzenia eksperymentu medycznego, mówiąc o korzyściach leczniczych lub badawczych. Potrzebna jest także specjalnie skonstruowana zgoda pacjenta, zgoda Komisji Bioetycznej oraz od 1.01.2021 r. ubezpieczenie OC podmiotów przeprowadzających taki eksperyment.

Ponadto ustawa – Prawo farmaceutyczne¹³ w art. 37a ust. 2 wymienia jeszcze jako podtyp eksperymentu medycznego badania kliniczne. Zgodnie z art. 2 pkt 2 Prawa farmaceutycznego badaniem klinicznym jest każde badanie prowadzone z udziałem ludzi w celu odkrycia lub potwierdzenia klinicznych, farmakologicznych, w tym farmakodynamicznych skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych, lub w celu zidentyfikowania działań niepożądanych jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, lub śledzenia wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, mając na względzie ich bezpieczeństwo i skuteczność¹⁴.

CZWARTA FAZA BADAŃ KLINICZNYCH DLA SZCZEPIONEK PRZECIWKO COVID-19

Każdy produkt leczniczy podlega badaniom klinicznym w czterech fazach. Nie ma definicji ustawowej każdej z faz badań. Podział ten stosuje się jednak powszechnie w praktyce. Odwołuje się do niego zarówno polskie, jak i światowe piśmiennictwo.

¹² M. Boratyńska, P. Konieczniak (w.): *System prawa medycznego*, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, red. M. Boratyńska, Warszawa 2019, LEX/el., rozdz. IX, pkt 2.4.

¹³ Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 981).

¹⁴ W skład tzw. prawa miękkiego, stanowiącego pośrednie źródło prawa medycznego, wchodzi także Deklaracja Helsińska Światowego Stowarzyszenia Lekarzy (WMA) Etyczne zasady prowadzenia badań medycznych z udziałem ludzi, dostępna wraz z polskim tłumaczeniem na stronie Naczelnej Izby Lekarskiej, <https://nil.org.pl>, jednak nie jest ona przydatna dla dalszej analizy. Poza zakresem niniejszego artykułu pozostaje również omówienie kontrowersji związanych ze stosowaniem przepisów o eksperymentach do szczególnych produktów leczniczych uregulowanych w Prawie atomowym radiofarmaceutyki.

Przyjmuje się zatem następujący podział na poszczególne fazy badań klinicznych.

Pierwsza faza to wstępna ocena bezpieczeństwa badanej substancji, w tym wchłaniania, metabolizmu, wydalania, toksyczności oraz podstawowych interakcji. Jest przeprowadzana na grupie kilkudziesięciu zdrowych ochotników.

Druga faza ma na celu stwierdzenie, czy produkt działa w określonej grupie i czy jest bezpieczny. Jeśli jest to lek, testuje się go już także na chorych cierpiących na daną chorobę. Grupa biorąca udział w tym badaniu jest dobrana losowo i obejmuje kilkuset ochotników. Stosowana jest randomizacja i podawanie placebo. Porównuje się działanie nowego produktu leczniczego z innymi podobnymi produktami oraz z placebo.

Trzecia faza ma na celu ostateczne potwierdzenie skuteczności badanej substancji oraz jej skutków ubocznych i interakcji na grupie do kilku tysięcy chorych. Stosowane są zasady z drugiej fazy (podwójnie ślepe próby, placebo).

Czwarta faza dotyczy leków i produktów leczniczych już zarejestrowanych i dopuszczonych do sprzedaży. Jest to przedłużone badanie kliniczne badające dokładniej bezpieczeństwo stosowania produktu leczniczego po dopuszczeniu go do obrotu. Obserwuje się wtedy rzadkie działania niepożądane lub rzadkie interakcje, objawy przedawkowania, interakcje nowego leku z innymi, specyfikę działania u poszczególnych grup pacjentów, na przykład u dzieci, osób starszych, kobiet w ciąży, chorych na określone choroby. W ramach czwartej fazy badane są również nowe wskazania dla zarejestrowanego już leku – ale wyniki uzyskuje się wyłącznie, podając produkt zgodnie z Charakterystyką Leczniczą Produktu – oraz weryfikowane są wyniki z fazy trzeciej na dużych liczbach.

Faza trzecia kończy się dopuszczeniem produktu leczniczego do obrotu (sprzedaży i stosowania). Wniosek o dopuszczenie do obrotu musi – wśród licznych wymogów – wskazywać Charakterystykę Produktu Leczniczego (art. 10 ust. 2 pkt 11 Prawa farmaceutycznego). Zgodnie z art. 11 Prawa farmaceutycznego Charakterystyka Produktu Leczniczego musi zawierać między innymi dane kliniczne, obejmujące wskazania do stosowania, dawkowanie i sposób podawania dorosłym oraz dzieciom, w przypadku stosowania produktu leczniczego u dzieci, przeciwwskazania, specjalne ostrzeżenia i środki ostrożności przy stosowaniu, a w przypadku immunologicznych produktów leczniczych – specjalne środki ostrożności podejmowane przez osoby mające styczność z takimi produktami oraz specjalne środki ostrożności przy podawaniu pacjentom, wraz ze środkami ostrożności, które powinny być podjęte przez pacjenta, interakcje z innymi produktami leczniczymi lub inne formy interakcji, stosowanie w czasie ciąży lub karmienia piersią, wpływ na zdolność prowadzenia pojazdów i obsługiwanie urządzeń mechanicznych, działania niepożądane, a także przedawkowanie, w tym jego objawy, sposób postępowania przy udzielaniu natychmiastowej pomocy oraz antidota. Mówiąc najprościej – Charakterystykę Produktu Leczniczego znajdziemy w każdej ulotce leku czy innego produktu leczniczego.

Problematyka podawania leku poza Charakterystyką Produktu Leczniczego (*off-label*) doczekała się licznych opracowań na całym świecie¹⁵. Na potrzeby tego artykułu istotne jest jednak zgodne stanowisko nauki i judykatury, że podanie leku *on-label*, to jest zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego, uwalnia lekarza od odpowiedzialności za produkt leczniczy¹⁶.

Zazwyczaj trzecia faza trwa od roku do kilku lat. Ktoś może więc mieć wątpliwość, czy wobec tego faza trzecia w odniesieniu do szczepionek przeciwko COVID-19 nie zakończyła się zbyt szybko. Klucz do odpowiedzi tkwi w liczbie przebadanych osób. Ze względu na liczbę odpowiednich ochotników przykładowo Pfizer testował swój produkt na grupie aż 43.448 osób¹⁷.

W zasadzie każda z czterech faz musi być zakończona pozytywnie, aby można było rozpocząć następny etap, tu jednak Komisja Europejska, ze względu na trwającą pandemię, pozwoliła na odstępstwo od tej reguły. W każdej fazie najwięcej czasu zajmuje zbadanie przez odpowiednie komisje EMA dokumentacji liczącej nawet kilkanaście tysięcy stron i wydanie opinii będących podstawą ostatecznej rekomendacji dla Komisji Europejskiej. Odnośnie do szczepionek przeciwko COVID-19 zezwolono więc na tzw. rolowanie faz I–III, to jest rozpoczynanie kolejnej fazy przed formalnym ukończeniem poprzedniej, jeżeli wstępne wyniki były pozytywne.

Dopuszczenie leku czy szczepionki do obrotu oznacza, że wysoce wyspecjalizowane organy państwowe lub unijne (tu: Europejska Agencja Leków, a następnie Komisja Europejska) oficjalnie uznały ten produkt za bezpieczny i dostatecznie przebadany.

Aby dokonać prawidłowej oceny, czy podawanie szczepionki zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego jest eksperymentem medycznym w trakcie trwania czwartej fazy badań, należy sięgnąć do rozdziału 2a Prawa farmaceutycznego – „Badania kliniczne produktów leczniczych”.

Otwiera go przepis art. 37a, który rzeczywiście stanowi (ust. 2), że badanie kliniczne produktu leczniczego jest eksperymentem medycznym z użyciem produktu leczniczego przeprowadzanym na ludziach w rozumieniu przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Jednak na końcu rozdziału znajdziemy przepis art. 37al, który brzmi:

¹⁵ Por. np. R. Dresser, J. Frader, *Off-Label Prescribing: A Call for Heightened Professional and Government Oversight*, „The Journal of Law, Medicine & Ethics” 2009/3, s. 476–396, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2836889/> (dostęp: 13.07.2021 r.); S.K. Gupta, R.P. Nayak, *Off-label use of medicine: Perspective of physicians, patients, pharmaceutical companies and regulatory authorities*, „Journal of Pharmacology & Pharmacotherapeutics” 2014/2, s. 88–92, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4008928/> (dostęp: 13.07.2021 r.).

¹⁶ Dobrą ilustracją tej kwestii jest historia procesów wytaczanych na całym świecie przez pacjentów, którzy doznali szkody wskutek zażywania popularnego niegdyś leku przeciwbólowego Vioxx. Wszędzie zasądzano odszkodowania od producenta (koncernu Merck Sharp & Dohme), a nie od lekarzy przepisujących ten lek zgodnie ze wskazaniami w ulotce.

¹⁷ Zob. <https://www.pfizer.com.pl/o-firmie/press-room/pfizer-i-biontech-oglaszaja-publikacje-wynikow-przelomowego-badania-fazy-III> (dostęp: 10.07.2021 r.).

„1. Przepisów niniejszego rozdziału nie stosuje się do nieinterwencyjnych badań, w których:

1) produkty lecznicze są stosowane w sposób określony w pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu;

2) przydzielenie chorego do grupy, w której stosowana jest określona metoda leczenia, nie następuje na podstawie protokołu badania, ale zależy od aktualnej praktyki, a decyzja o podaniu leku jest jednoznacznie oddzielona od decyzji o włączeniu pacjenta do badania;

3) u pacjentów nie wykonuje się żadnych dodatkowych procedur diagnostycznych ani monitorowania, a do analizy zebranych danych stosuje się metody epidemiologiczne.

2. Przepisów niniejszego rozdziału nie stosuje się do badań, o których mowa w art. 36u”.

Ten wspomniany przepis art. 36u Prawa farmaceutycznego mówi zaś o badaniach bezpieczeństwa przeprowadzanych po wydaniu pozwolenia na dopuszczenie do obrotu.

Zwrot „nie stosuje się” dotyczy całego rozdziału 2a, a więc i przepisu, który mówi, że badanie kliniczne jest eksperymentem. Nie są zatem eksperymentem badania wymienione w art. 37a1 i 36u Prawa farmaceutycznego.

W literaturze wyrażono trafny pogląd, że choć pod względem metodologicznym badanie nieinterwencyjne spełnia definicję badania klinicznego, to należy uznać, że ustawodawca postrzega je jako odmienny rodzaj badań¹⁸.

Podsumowując – jeżeli producent chce sprawdzić możliwość rozszerzenia zastosowania leku, badając go przez podawanie wykraczające poza Charakterystykę Produktu Leczniczego, to badania w tym zakresie na określonej grupie są badaniami trzeciej (lub nawet drugiej) fazy i muszą być prowadzone w warunkach eksperymentu medycznego. Ten sam produkt może więc jednocześnie znajdować się w trzeciej i czwartej fazie badań klinicznych. Tak samo eksperymentem będą badania prowadzone metodami innymi niż tylko epidemiologiczne, nawet jeżeli szczepienia wykonano *on-label*. Producent może bowiem chcieć sprawdzić na wybranej grupie pacjentów wpływ szczepienia na organy wewnętrzne albo na rozwój jakiegoś nowotworu (konieczne wówczas będzie zastosowanie metod diagnostycznych na przykład badaniem TK czy PET). Jednak trzeba podkreślić, że pacjenci do szczepienia w ramach Narodowego Programu Szczepień muszą być kwalifikowani zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego i jeżeli nie wyrażą odrębnej zgody na dodatkowe badania o charakterze eksperymentalnym, nie są poddawani eksperymentowi.

¹⁸ M. Kondrat, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX/el., komentarz do art. 36u. Podobnie nie zaliczają badań IV fazy do eksperymentu W. Masełbas i P. Iwanowski (w:) *Chaos w przepisach dotyczących badań klinicznych*, 2010, <http://www.gcpl.org.pl/index.php/opracowania> (dostęp: 10.07.2021 r.).

DOPUSZCZENIE WARUNKOWE SZCZEPIONEK PRZECIWKO COVID-19 DO OBROTU NA OBSZARZE UNII EUROPEJSKIEJ

Szczepionki przeciwko COVID-19 zostały dopuszczone przez Komisję Europejską po otrzymaniu rekomendacji Europejskiej Agencji Leków (EMA). Jak powszechnie wiadomo, dopuszczenie to jest warunkowe i właśnie ten element był podstawą fałszywej tezy o prowadzeniu eksperymentu.

Warunkowość dotyczy jednak tylko dodatkowych obowiązków raportowania. Natomiast przed wydaniem pozwolenia przez Komisję Europejską odbyły się wszystkie trzy fazy badań klinicznych, po czym nastąpiła ocena przez EMA, dokładnie tak samo, jak dzieje się to w wypadku nieprzyspieszonego zatwierdzania szczepionek czy leków.

Dopuszczenie przez Komisję Europejską jest unijne, co oznacza, że nie trzeba już powtarzać całej procedury zatwierdzającej badania faz I–III i Charakterystyki Produktu Leczniczego w poszczególnych państwach członkowskich.

W niektórych wypowiedziach w mediach społecznościowych błędnie utożsamiano powyższe warunkowe pozwolenie Komisji Europejskiej na dopuszczenie do obrotu (ważne przez rok, odnawialne) z nadzwyczajnym pozwoleniem na stosowanie w celu tymczasowego zezwolenia na dystrybucję produktu leczniczego nieobjętego pozwoleniem (nieautoryzowanego). Podstawą do wydania nadzwyczajnego pozwolenia jest art. 5 ust. 2 i 3 dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.11.2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi¹⁹. Instrument ten stosowany jest w sytuacjach nadzwyczajnych i dotyczy produktów niedopuszczonych do obrotu. Takie rozwiązanie może być stosowane jedynie przez poszczególne państwa członkowskie w określonych sytuacjach nadzwyczajnych w celu tymczasowego zezwolenia na dystrybucję nieobjętego pozwoleniem produktu leczniczego. Rozporządzenie nakłada wówczas na te państwa obowiązek uwolnienia producenta od odpowiedzialności cywilnej i administracyjnej. I właśnie ten obowiązek był przez niektórych uważany za dowód, jakoby szczepionki przeciwko COVID-19 były eksperymentem. Jak jednak wyżej wskazałam, szczepionki mają przecież dopuszczenie do obrotu, nie mają więc zastosowania przepisy dyrektywy 2001/83 PE i Rady.

WPROWADZENIE OBOWIĄZKU UBEZPIECZENIA OC DLA PODMIOTÓW PROWADZĄCYCH EKSPERYMENTY MEDYCZNE

W przedostatnim dniu 2020 r. opublikowano rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z 23.12.2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego

¹⁹ Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.11.2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. L 311, s. 67).

eksperyment medyczny²⁰. Zbiegło się to z ogłoszeniem Narodowego Programu Szczepień. Z tego powodu na różnych forach pojawiła się nieprawdziwa narracja, że rząd tym rozporządzeniem przyznał, że Narodowy Program Szczepień to eksperyment medyczny.

Wyżej wskazywałam, że Prawo farmaceutyczne wyróżnia badania kliniczne jako podtyp eksperymentu medycznego. Dotychczas właśnie tylko badania kliniczne na podstawie tej ustawy były uwarunkowane obowiązkiem posiadania ubezpieczenia OC przez badacza i sponsora.

Tymczasem 16.07.2020 r. znowelizowano ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentystry²¹, z datą wejścia zmian w życie od 1.01.2021 r. Główne zmiany dotyczyły uproszczonego zezwolenia na pracę dla lekarzy spoza Unii Europejskiej, jednak zmieniono także przepisy o eksperymencie. W tym zakresie *ratio legis*, wskazanym także w uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentystry, było zwiększenie standardu ochrony praw pacjentów poddanych eksperymentom, szczególnie kobiet ciężarnych, zakazu przeprowadzania ich na dziecku poczętym, osobie ubezwłasnowolnionej, żołnierzu i innej osobie pozostającej w zależności hierarchicznej ograniczającej swobodę dobrowolnego wyrażania zgody, osobie pozbawionej wolności albo poddanej detencji albo osobie posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych, lecz niebędącej w stanie z rozeznanie i dobrowolnie wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie. Nowe przepisy wprowadziły też zakaz stosowania zachęt i gratyfikacji finansowych. Jedną ze zmian, które wprowadzono, jest obowiązek ubezpieczenia OC podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny na rzecz uczestnika eksperymentu, z wyjątkiem sytuacji nagłych (art. 23c u.z.l.). Jest to *novum*, rozszerzające ochronę pacjentów poddających się eksperymentom innym niż badania kliniczne.

Przepis zawiera delegację dla ministra finansów do wydania rozporządzenia wykonawczego, którego pojawienie się wywołało falę nieprawdziwych opinii.

WNIOSKI

Od chwili dopuszczenia szczepionki do obrotu, choćby warunkowego, jej stosowanie w żadnym wypadku nie może być uważane za eksperyment medyczny w rozumieniu art. 21 u.z.l. Jeżeli lekarz kwalifikuje pacjenta do szczepienia zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego, stanowi to normalną procedurę z użyciem zarejestrowanego wyrobu medycznego. Nie jest wtedy potrzebna ani szczególna zgoda pacjenta na eksperyment wymagana przepisa-

²⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z 23.12.2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny (Dz.U. z 2020 r. poz. 2412).

²¹ Ustawa z 16.07.2020 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 514).

mi ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, ani zgoda Komisji Bioetycznej czy ubezpieczenie OC.

Nie są także eksperymentem dalsze prowadzone przez producenta badania bezpieczeństwa z art. 36u Prawa farmaceutycznego, to jest badania kliniczne czwartej fazy.

Natomiast mogą być prowadzone badania grup znajdujących się poza Charakterystyką Produktu Leczniczego, w celu ewentualnego rozszerzenia stosowania szczepionki na przykład na dzieci. Pierwotnie bowiem szczepionki dopuszczone były od 16. albo 18. roku życia, w zależności od producenta, obecnie wiek jest obniżany. Mogą być także prowadzone dodatkowe badania, inne niż epidemiologiczne, osób zaszczepionych *on-label*. Te osoby będą poddane eksperymentowi, po spełnieniu dodatkowych warunków – zgodnie z prawem danego kraju.

Powyższe uwagi stosuje się *mutatis mutandis* także do szczepionek innych niż przeciwko COVID-19, co może być adwokatom przydatne w praktyce sądowej wobec pojawiającej się w procesach argumentacji ze strony towarzystw ubezpieczeniowych odmawiających wypłaty z umów ubezpieczenia na zdrowie i życie.

ABSTRACT

dr Monika Strus-Wołos

The author is a doctor of law, an advocate (District Bar Association in Radom), an assistant professor in UTH Radom.

Why the COVID-19 vaccination under the National Immunization Program is not a medical experiment

The author shows that vaccination against COVID -19 financed by the government under the National Immunization Program is not a medical experiment. The article explains what Conditional Marketing Administration means, what are the legal consequences of using vaccines in accordance with the Summary of Product Characteristics and why Phase IV clinical trials are not a medical experiment. Moreover, it is pointed out that there is no connection between the introduction of the provisions on compulsory third party liability insurance for the entity conducting the medical experiment and the National Vaccination Programme.

Keywords: *medical experiment, vaccinations, National Vaccination Programme, COVID-19, medical law*

dr Monika Strus-Wołos

ORCID: 0000-0002-9175-7839; e-mail: monika.strus-wolos@adwokatura.pl

Autorka jest doktorem prawa, adwokatem (ORA w Radomiu), adiunktem na Uniwersytecie Technologiczno-Humanistycznym w Radomiu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bilek Maciej, *Historia odkryć szczepionek i rozwoju szczepień na świecie*, s. 9, <http://www.wsse.krakow.pl> (dostęp: 10.07.2021 r.)

Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław (w:) *System prawa medycznego*, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, red. M. Boratyńska, Warszawa 2019, LEX/el., rozdz. IX, pkt 2.4.

Dresser Rebecca, Frader Joel, *Off-Label Prescribing: A Call for Heightened Professional and Government Oversight*, „The Journal of Law, Medicine & Ethics” 2009/3, s. 476–396 (dostęp: 13.07.2021 r.)

Granowska Joanna, *Kontrowersje wokół szczepień obowiązkowych*, Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji Kancelarii Senatu, OT-660, 2018

Gruźlica i choroby układu oddechowego w Polsce w 2019 r., red. M. Korzeniewska-Kosela, Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc, Warszawa 2020

Gupta Sandeep K., Nayak Roopa P., *Off-label use of medicine: Perspective of physicians, patients, pharmaceutical companies and regulatory authorities*, „Journal of Pharmacology & Pharmacotherapeutics” 2014/2, s. 88–92, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4008928/> (dostęp: 13.07.2021 r.)

Kondrat Mariusz, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, WK 2016, wyd. 2 el., komentarz do art. 36u

Kowalska Karolina, *Szczepienia na COVID-19 nieobjęte ubezpieczeniami. Są traktowane jako eksperyment medyczny*, „Rzeczpospolita” z 12.05.2021 r.

Maselbas Wojciech, Iwanowski Piotr (w:) *Chaos w przepisach dotyczących badań klinicznych*, 2010, <http://www.gcppl.org.pl/index.php/opracowania> (dostęp: 10.07.2021 r.)

Solecka Małgorzata, *Polska poniżej bezpiecznego poziomu wyszczepialności*, <https://www.mp.pl/szczepienia> (dostęp: 10.07.2021 r.)

Pojęcia kluczowe: *spadek, spadkobierca, prawo podmiotowe, stwierdzenie nabycia spadku*

Artykuły

Tadeusz Felski

PODMIOTOWE PRAWO DO SPADKU

Artykuł jest głosem w dyskusji – zapoczątkowanej już w 1959 r. przez prof. Jana Gwiazdomorskiego – i trwającej do dziś w doktrynie prawa cywilnego, a dotyczącej istnienia i treści podmiotowego prawa spadkobiercy do spadku (prawa dziedziczenia). Podejmuje polemikę z tezami J. Gwiazdomorskiego negującymi istnienie takiego prawa i przedstawia argumenty przemawiające za przyjęciem, także w obecnym stanie prawnym, konstrukcji podmiotowego prawa do spadku.

Występujące od dawna w prawoznawstwie pojęcie prawa podmiotowego nie jest kategorią rozumianą bynajmniej w sposób jednolity i bezsporny¹. Teoretyczne trudności związane z wyodrębnieniem tej kategorii oraz różnorakie znaczenia, jakie nadawano terminowi „prawo podmiotowe” w języku prawnym i prawniczym, doprowadziły nawet do skrajnych postulatów rezygnacji z używania tej nazwy². Jednak wielu teoretyków prawa nadal uznaje kategorię prawa podmiotowego za wysoce pożyteczny instrument analizy zjawisk prawnych³. Pojęcie to znajduje szczególne oparcie na gruncie prawa cywilnego, gdzie zachodzi potrze-

¹ Por. K. Opalek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957, s. 15; S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 47; S. Wronkowska, *O definiowaniu praw podmiotowych*, „Państwo i Prawo” 1971/1, s. 70–72; B. Bielawska, *Duguistowska „negacja” prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki humanistyczno-społeczne” 1963/28, s. I.

² Tak K. Opalek, *Prawo...*, s. 407.

³ Por. W. Lang (w:) *Teoria państwa i prawa*, red. J. Wróblewski, Warszawa 1979, s. 343–344; Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1978, s. 154–160; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 115–116.

ba opisu i analizy m.in. całych kompleksów uprawnień należących do tego samego podmiotu i stanowiących jedną funkcjonalną. Również na użytek naszych rozważań przyjmiemy, pomijając spory teoretycznoprawne, pojęcie prawa podmiotowego jako kategorii zbiorczej, nadrzędnej w stosunku do składających się na to prawo poszczególnych uprawnień. Prawo podmiotowe nie stanowi jednak prostej sumy uprawnień, gdyż uprawnienia te połączone są szczególną więzią funkcjonalną tak, że każde z nich jest zarazem przejawem całości. Przez prawo podmiotowe będziemy zatem rozumieć kompleks uprawnień powiązanych ze sobą funkcjonalnie, należących do tego samego podmiotu i tworzących sferę jego możliwości postępowania w ramach danego stosunku prawnego⁴.

NEGACJA ISTNIENIA PODMIOTOWEGO PRAWA DO SPADKU

Powstaje pytanie, czy tak rozumiana kategoria prawa podmiotowego może być przydatna przy wyjaśnianiu pozycji prawnej spadkobiercy. Odpowiedź pozytywna wydaje się *prima facie* niewątpliwa. Jednakże koncepcja prawa podmiotowego do spadku została w nauce polskiej zakwestionowana przez wybitnego znawcę prawa spadkowego J. Gwiazdomorskiego⁵. Jego zdaniem do wyjaśnienia pozycji prawnej spadkobiercy wystarcza posługiwanie się pojęciem sukcesji uniwersalnej, gdyż poszczególne uprawnienia spadkobiercy są wynikiem dziedziczenia. Warto bliżej przytoczyć argumentację J. Gwiazdomorskiego, gdyż wydaje się, że jego przede wszystkim stanowisko – jako członka Komisji Kodyfikacyjnej – zaważyło w obecnym stanie prawnym na zmianie nazwy interesującej nas instytucji. O ile bowiem w prawie i postępowaniu spadkowym z 1946 r.⁶ posługiwano się nazwą „stwierdzenie praw do spadku”, o tyle w Kodeksie cywilnym⁷ i Kodeksie postępowania cywilnego z 1964 r.⁸ przyjęto nazwę „stwierdzenie nabycia spadku”. Jest to tym bardziej godne uwagi, że wprowadzone do prawa i postępowania spadkowego zmiany konstrukcyjne nie uzasadniały takiej zmiany terminologii. Chodzi więc przede wszystkim o teoretyczne ujęcie instytucji stwierdzenia nabycia spadku. Warto w związku z tym przypomnieć, że J. Gwiazdomorski już na gruncie prawa i postępowania spadkowego z 1946 r., wychodząc właśnie z przesłanek teoretycznych, krytykował nazwę „stwierdzenie praw do spadku” jako błąd terminologiczny ustawodawcy⁹.

⁴ Por. zwłaszcza F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, Kraków 1948, t. 1, s. 76 i 77; W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 53; S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 96–99; A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1982, s. 116; Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 72.

⁵ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 166–176.

⁶ Dekret z 8.10.1946 r. – Prawo spadkowe (Dz.U. R.P. nr 60 poz. 328) oraz dekret z 8.11.1946 r. o postępowaniu spadkowym (Dz.U. R.P. nr 63 poz. 346).

⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c.

⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

⁹ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe...*, s. 176.

Jan Gwiazdomorski był nie tylko przeciwnikiem konstruowania podmiotowego prawa do dziedziczenia jako prawa do stania się spadkobiercą w przyszłości, ale negował także istnienie prawa podmiotowego rozumianego jako prawna moc spadkobiercy nad już otwartym spadkiem. Nie podzielałam poglądu – pisał – „jakoby przy sukcesji uniwersalnej nabywca, oprócz praw i obowiązków do danej masy majątkowej należących, nabywał jeszcze jakieś odrębne prawo podmiotowe na masie majątkowej jako całości (...) Wątpliwości wzrastają, jeśli się zapyta, dlaczego to właśnie spadkobiercy służyć ma jakieś prawo do spadku jako na całości, skoro przecież każdy człowiek ma własny majątek, składający się z praw i obowiązków, a nikomu nie przychodzi na myśl konstruowanie jakiegoś prawa podmiotowego na własnym majątku. Do tego dołącza się jeszcze trudność odnalezienia jakiegoś celu praktycznego, któremu prawo do dziedziczenia w postaci prawa podmiotowego na nabytym majątku miałoby służyć”.

Zajmując takie stanowisko, J. Gwiazdomorski szczegółowo ustosunkował się do tych obowiązujących wówczas przepisów prawa i postępowania spadkowego, których brzmienie mogło wskazywać na istnienie podmiotowego prawa do spadku. Chodziło w szczególności o przepisy normujące nabycie spadku jako całości, stwierdzenie praw do spadku, zbycie spadku, transmisję, powództwo o ochronę dziedziczenia, przyjęcie lub odrzucenie spadku. Próbuąc odeprzeć nasuwające się wątpliwości, J. Gwiazdomorski argumentował np., że nabycie spadku jako całości nie jest nabyciem jakiegoś prawa podmiotowego, ale tylko nabyciem wszystkich należących do spadku praw i obowiązków spadkodawcy. To nabycie dokonuje się na podstawie jednego i tego samego stanu faktycznego (wspólnego dla wszystkich praw i obowiązków) dlatego tylko, że we wszystkich przypadkach sukcesji uniwersalnej ustawa musi określić, jak wygląda ten wspólny stan faktyczny, pociągający za sobą wstąpienie następcy we wszystkie prawa i obowiązki poprzednika. Zdaniem J. Gwiazdomorskiego w zasadzie wszystkie wymienione przepisy można wyjaśnić za pomocą sukcesji uniwersalnej lub innych konstrukcji prawnych, a w niektórych przypadkach ustawodawca, operując terminem „prawo” w znaczeniu podmiotowym, popełnił błąd.

KRYTYKA KONCEPCJI J. GWIAZDOMORSKIEGO

Z poglądami J. Gwiazdomorskiego podjął polemikę A. Ohanowicz¹⁰. Zwrócił on uwagę na fakt, że oprócz przepisów o zrzeczeniu się prawa dziedziczenia i stwierdzeniu praw do spadku są jeszcze inne przepisy, których treść niedwuznacznie wskazuje na istnienie odrębnego prawa spadkowego i których nie można uznać za pomyłkę lub przeoczenie. Ohanowicz wskazał tu przede wszystkim cały rozdział o ochronie dziedziczenia, pisząc, że jeśli przyjąć za Gwiazdomorskim, że

¹⁰ A. Ohanowicz, *Recenzja książki J. Gwiazdomorskiego (Prawo spadkowe, Warszawa 1959)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959/4, s. 191. Koncepcję podmiotowego prawa do spadku przyjmowali też w ówczesnym stanie prawnym m.in. W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia...*, s. 57; S. Szer, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1955, s. 18 i 22.

chodzi tu o ochronę praw nabytych przez spadkobiercę, to przepis art. 69 Prawa spadkowego (obecnie art. 1029 k.c.) byłby w ogóle zbędny, ponieważ poszczególne prawa doznają i tak ochrony na podstawie norm do nich się odnoszących. W konkluzji A. Ohanowicz dochodzi do wniosku, że nie powinno się identyfikować prawa podmiotowego, z którego wynikają roszczenia z art. 69 Prawa spadkowego, z poszczególnymi prawami wchodzącymi w skład spadku, zwłaszcza ze względu na istotne różnice co do zakresu i treści tych uprawnień.

Z kolei J.S. Piąkowski na gruncie obecnie obowiązującego prawa zauważa¹¹, że konstrukcja roszczenia o ochronę dziedziczenia (art. 1029 k.c.) jest głównym argumentem na rzecz tezy, że z chwilą otwarcia spadku na spadkobiercę nie tylko przechodzą prawa majątkowe wchodzące w skład spadku, ale ponadto po stronie spadkobiercy powstaje prawo podmiotowe szczególnego typu – prawo do dziedziczenia. Roszczenie o ochronę dziedziczenia – jak stwierdza ten autor – nie stanowi sumy roszczeń o ochronę praw majątkowych, jakie przysługiwały spadkodawcy, lecz obejmuje pewne uprawnienia, których nie miał spadkodawca i które powstały dopiero w osobie spadkobiercy.

Do tego trafnego spostrzeżenia można by tylko dodać, że poza roszczeniem o ochronę dziedziczenia (art. 1029 k.c.) istnieją również inne uprawnienia, których podmiotem nie był uprzednio spadkodawca, ale nabywa je spadkobierca i odnoszą się one do spadku jako pewnej całości. Można wśród nich wymienić uprawnienie do odrzucenia spadku (art. 1012 k.c.), zbycia spadku (art. 1051 k.c.), żądanie stwierdzenia nabycia spadku (art. 1025 § 1 k.c.), żądanie działu spadku (art. 1037 § 1 k.c.), żądanie zabezpieczenia spadku (art. 635 § 2 k.p.c.). Wymienione uprawnienia mają różnorodny charakter, ale łączy je więź funkcjonalna, odnoszą się one do tego samego przedmiotu i tworzą sferę możliwości postępowania spadkobiercy wobec spadku. Wydaje się zatem, że ustawodawca traktuje spadek jako pewną wyodrębnioną masę majątkową, mogącą jako całość stanowić przedmiot uprawnień. Wyjaśnienie stosunku spadkobiercy do tej masy majątkowej tylko w kategoriach sukcesji uniwersalnej nie jest możliwe. Nie chodzi tu bowiem tylko o wstąpienie spadkobiercy w prawa i obowiązki majątkowe, należące przedtem do spadkodawcy, ale o nabycie nowych uprawnień. Sytuacja prawna spadkobiercy nie jest więc wynikiem kumulacji odziedziczonych tylko praw i obowiązków, lecz stanowi nową jakość. Wymienione nowe, nieistniejące przedtem uprawnienia składają się na zbiorcze pojęcie podmiotowego prawa do spadku. Nie wchodzą natomiast w zakres tego pojęcia poszczególne odziedziczone prawa i obowiązki majątkowe, należące poprzednio do spadko-

¹¹ J.S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1982, s. 208. Por. też J.S. Piąkowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 5–11. Prawo do spadku wymieniają wśród praw podmiotowych również S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, s. 107; A. Wolter, *Prawo cywilne...*, s. 128. Konstrukcję prawa do dziedziczenia w znaczeniu podmiotowym przyjmuje M. Niedośpiał, *Prawo dziedziczenia. Zagadnienia konstrukcyjne*, „Palestra” 1986/12, s. 15; A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu prawa dziedziczenia*, „Rejent” 2002/5, s. 13. Podobnie na gruncie prawa niemieckiego np. H. Holzbauer, *Familien- und Erbrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Frankfurt nad Menem 1984, s. 185.

dawcy. Z chwilą bowiem śmierci spadkodawcy jego rozproszone dotychczas i niepowiązane ze sobą przedmiotowo uprawnienia i obowiązki stają się pewną całością prawną (*universitas iuris*), zwaną spadkiem. W stosunku do tej właśnie całości spadkobierca nabywa określone nowe uprawnienia, będące elementem podmiotowego prawa do spadku.

Przedmiotem podmiotowego prawa do spadku jest spadek w rozumieniu przepisu art. 922 k.c. Jest to pewna masa majątkowa, dla której określenia miarodajna jest chwila otwarcia spadku. Oczywiście majątek spadkowy, wraz z upływem czasu od śmierci spadkodawcy, ulega zmianom, a nawet może przestać istnieć. Nie oznacza to jednak, że możemy mówić, że to spadek przestał istnieć lub zmienił się jego stan. W praktyce powstało zagadnienie, według jakiej chwili należy oceniać „stan spadku” przy obliczaniu substratu zachowku. W stanie faktycznym będącym podstawą wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 27.04.2007 r.¹² od chwili otwarcia spadku do chwili orzekania przez sąd pierwszej instancji o zachowku upłynęło ponad 6 lat. W tym czasie w sposób istotny, na skutek przeprowadzonych w kamienicy kapitałnych remontów, zmienił się stan należącej do spadku zabudowanej nieruchomości, położonej w centrum dużego miasta. Działająca na zlecenie sądu biegła nie oceniała jednak stanu nieruchomości na dzień otwarcia spadku, ale na dzień sporządzania opinii. Sąd Apelacyjny uznał, że kwestia, czy stan spadku dla celów obliczenia zachowku należy ustalać według chwili otwarcia spadku, stosując tym samym rozwiązania dotyczące działu spadku, czy też według daty orzekania o zachowku, nie jest rozstrzygnięta w przepisach prawa spadkowego. Sąd zaproponował własne rozwiązanie tego problemu, przyjmując, że w sprawie o zachówek należy brać pod uwagę „stan spadku” w chwili orzekania. W skardze kasacyjnej podniesiono, że w świetle przepisów art. 922 § 1, art. 924 i art. 925 k.c. ustawodawca, mówiąc o spadku lub udziale w spadku, ma na myśli jego „stan” z chwili otwarcia, a więc nabycia spadku przez spadkobierców. Trudno w ogóle mówić o innym „stanie spadku”, gdyż chwilą miarodajną dla oceny składu i stanu tej masy majątkowej jest wyłącznie chwila otwarcia spadku, a nie jakakolwiek chwila późniejsza, np. moment orzekania w sprawie o zachówek. Sąd Najwyższy w pełni podzielił ten pogląd¹³.

NAZWA I CHARAKTER PODMIOTOWEGO PRAWA DO SPADKU

Przyjmujemy tutaj nazwę „podmiotowe prawo do spadku”¹⁴, gdyż wydaje się, że odpowiada ona najbardziej istocie stosunku spadkobiercy do spadku. Natomiast inne używane niekiedy dla oznaczenia tego prawa podmiotowego nazwy, np. prawo dziedziczenia, prawo spadkowe, są wieloznaczne i mogą rodzić nieporozumienia. Nazwy te kojarzą się raczej z prawem rozumianym

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 27.04.2007 r. (I ACa 1606/06), niepubl.

¹³ Wyrok SN z 14.03.2008 r. (IV CSK 509/07), LEX nr 445279.

¹⁴ Podobnie S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, s. 107; A. Wolter, *Prawo cywilne...*, s. 128. Odmienne M. Niedośpiał, *Prawo dziedziczenia...*, s. 18 i 23.

przedmiotowo, a ponadto nie uwypatniają różnicy pomiędzy interesującym nas prawem podmiotowym a prawem dziedziczenia w ujęciu konstytucyjnym.

Podmiotowe prawo do spadku jest związane z konstytucyjnym pojęciem prawa dziedziczenia, choć nie jest z nim tożsame. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹⁵ gwarantuje obywatelom prawo dziedziczenia własności i innych praw majątkowych (art. 64, art. 21 Konstytucji), przy czym prawo to zalicza się do podstawowych praw obywatelskich. Konstytucyjne prawo dziedziczenia ma, jak się wydaje, treść szerszą od podmiotowego prawa do spadku¹⁶. Obok bowiem możliwości wykonywania wielu uprawnień w stosunku do już nabytego spadku (prawo zaktualizowane) obejmuje ono abstrakcyjną możliwość bycia spadkobiercą kogokolwiek (prawo potencjalne)¹⁷, a także – po stronie przysługującego spadkodawcy – możliwość przekazania swego majątku wybranym następcom prawnym. Z tego więc punktu widzenia podmiotowe prawo do spadku jest zaktualizowaną w stosunku do spadkobiercy postacią prawa do dziedziczenia, a zarazem stanowi konsekwencję prawa spadkodawcy do przekazania swego majątku następcom prawnym.

Podmiotowe prawo do spadku ma, podobnie jak prawo własności, charakter bezwzględny: jest skuteczne wobec nieograniczonej liczby uczestników obrotu prawnego¹⁸. Prawu temu odpowiada więc powszechny obowiązek nieprzeszkadzania w korzystaniu ze spadku wyłącznie przez osoby nieuprawnione.

POWSTANIE PODMIOTOWEGO PRAWA DO SPADKU

Skoro przedmiotem omawianego prawa jest spadek jako pewna całość prawna, to prawo to powstaje z chwilą nabycia spadku przez spadkobiercę. Sam jednak moment nabycia spadku może być określony w poszczególnych systemach prawnych w sposób odmienny. Historycznie ukształtowały się i przetrwały do czasów współczesnych zasadniczo cztery różne sposoby prawnej regulacji nabycia spadku.

Według jednego z nich nabycie spadku przez spadkobierców następuje z mocy samego prawa już w chwili śmierci spadkodawcy. Konsekwencją takiego uregulowania jest to, że ewentualne wydane później orzeczenia kompetentnych organów w kwestii spadkobrania mają charakter deklaracyjny, potwierdzający zaistniały już wcześniej stan prawny. Przedstawione rozwiązanie jest często stosowane we współczesnych systemach prawnych. Przykładowo, w prawie niemieckim spadek przechodzi na spadkobierców z chwilą śmierci spadkodawcy (§ 1922 BGB¹⁹). Sądy wydają jedynie zaświadczenia potwierdzające nabycie

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

¹⁶ Podobnie A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu...*, s. 20.

¹⁷ W kwestii postaci potencjalnej i zaktualizowanej praw podmiotowych por. W. Lang (w:) *Teoria...*, s. 344.

¹⁸ Por. A. Wolter, *Prawo cywilne...*, s. 125, S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, s. 167, A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu...*, s. 21.

¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) z 18.08.1896 r., Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, <https://www.gesetze.de/bgb/BJNR001950896.html> (dostęp: 7.06.2021 r.).

spadku, które dokonało się już wcześniej *ex lege* (*Erbschein*). Z kolei art. 560 szwajcarskiego Kodeksu cywilnego²⁰ stanowi, że spadkobiercy nabywają spadek jako całość, z mocy samego prawa, w chwili śmierci spadkodawcy, art. 559 tego kodeksu przewiduje zaś wydanie urzędowego zaświadczenia potwierdzającego nabycie spadku na rzecz spadkobierców testamentowych.

Inne z rozwiązań przyjmuje, że nabycie spadku następuje dopiero z chwilą wydania odpowiedniego orzeczenia przez sąd. Orzeczenie o nabyciu spadku ma wówczas znaczenie konstytutywne, a postępowanie spadkowe jest w zasadzie obligatoryjne i wszczynane z urzędu. Rozwiązanie to jest charakterystyczne przede wszystkim dla austriackiego prawa spadkowego, w którym spadkobiercy nabywają spadek dopiero z chwilą wydania przez sąd tzw. dekretu dziedzictwa (*Einantwortungsverordnung*)²¹.

Trzeci sposób uznaje za decydującą o nabyciu spadku chwilę złożenia przez dziedzica oświadczenia o przyjęciu spadku, choć na ogół oświadczenie to działa z mocą wsteczną aż do chwili otwarcia spadku. Unormowanie to wywodzi się z prawa rzymskiego, według którego złożenie takiego oświadczenia było warunkiem nabycia spadku przez *extranei heredes*²². Współcześnie rozwiązanie to przejęło prawo włoskie, w myśl którego spadek nabywa się wraz z jego przyjęciem, jednakże skutek przyjęcia sięga aż do momentu otwarcia spadku (art. 459 włoskiego k.c.)²³.

Zupełnie oryginalne, niezależne od przedstawionych, jest rozwiązanie omawianej kwestii w prawie angielskim. Z chwilą śmierci spadkodawcy spadek nie przechodzi na spadkobierców, ale na specjalnego zarządcę (*personal representative*), który jest jakby kontynuatorem osoby zmarłego. Zarządca ten może być wyznaczony przez testatora (*executor* – wykonawca testamentu) albo przez sąd (administrator). Spadkobiercy natomiast mogą jedynie żądać od owego zarządcy wydania należnej im części spadku²⁴. Prawo angielskie nie zna instytucji stwierdzenia nabycia spadku w takim znaczeniu, jak to wynika z prawa polskiego, przewidującego rozstrzygnięcie w tym względzie w formie postanowienia wskazującego osoby i udziały spadkobierców. Natomiast przy dziedziczeniu testamentowym sądy angielskie dokonują zatwierdzenia i rejestracji testamentu i ten właśnie akt może być traktowany jako odpowiednik funkcjonalny polskiego orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku²⁵.

Ustawodawca polski przyjął pierwsze z omawianych rozwiązań. Zgodnie bowiem z art. 922 § 1 i art. 925 k.c. nabycie spadku przez spadkobiercę następuje

²⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch z 10.12.1907 r., www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de (dostęp: 7.06.2021 r.).

²¹ Por. F. Gschnitzer, *Erbrecht*, Wiedeń 1964, s. 3 i 58.

²² Por. W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne – zarys wykładu*, Warszawa 1981, s. 466.

²³ Por. A. Jannusi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Mediolan 1977, s. 545.

²⁴ Zob. *Internationales Erbrecht, Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrecht der wichtigen Staaten*, Monachium, wyd. ciągłe, Band II – Grossbritannien, s. 35.

²⁵ Tak postanowienie SN z 25.11.1977 r. (I CR 9/77), OSNCP 1978/9, poz. 162.

już w chwili śmierci spadkodawcy. Spadkobierca nie musi więc w celu nabycia spadku dokonywać żadnych formalnych czynności. W tym kontekście sens instytucji przyjęcia spadku (wprost) sprowadza się w obecnym stanie prawnym do zadeklarowania nieograniczonej odpowiedzialności za długi spadkowe i definitywnej rezygnacji z możliwości odrzucenia spadku lub ograniczenia odpowiedzialności za te długi. Natomiast złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku umożliwia zniweczenie już istniejącego, powstałego *ex lege*, podmiotowego prawa do spadku. Z kolei przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza (które może być zresztą dokonane obecnie w sposób milczący, na skutek upływu czasu – art. 1015 § 2 k.c.) oznacza skorzystanie z możliwości ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe do wartości stanu czynnego spadku.

W tej sytuacji samo sądowe stwierdzenie nabycia spadku lub notarialne poświadczenie dziedziczenia jest aktem deklaratywnym, niemającym wpływu na powstanie i treść podmiotowego prawa do spadku²⁶. Stwierdzenie nabycia spadku lub notarialne poświadczenie dziedziczenia oznacza nie tylko oficjalne potwierdzenie nabycia przez spadkobiercę poszczególnych praw i obowiązków należących do spadku, ale też potwierdzenie nabycia nowych uprawnień – dotyczących spadku jako całości, a więc potwierdzenie nabycia podmiotowego prawa do spadku.

WNIOSKI

W rezultacie poczynionych wyżej uwag można sformułować tezę, że zmiana w języku prawnym nazwy „stwierdzenie praw do spadku” na termin „stwierdzenie nabycia spadku” nie była wynikiem zmian materialnoprawnego charakteru tej instytucji, lecz następstwem kontrowersji w jej teoretycznym ujęciu, przy czym kontrowersja ta wystąpiła już pod rządami prawa i postępowania spadkowego z 1946 r. Nie podzielamy tutaj zastrzeżeń J. Gwiazdomorskiego wobec nazwy „stwierdzenie praw do spadku”. Powtórzmy, że wyjaśnienie stosunku spadkobiercy do tej masy majątkowej tylko w kategoriach sukcesji uniwersalnej nie jest możliwe. Nie chodzi tu bowiem tylko o wstąpienie spadkobiercy w prawa i obowiązki majątkowe, należące przedtem do spadkodawcy, ale o nabycie nowych uprawnień, składających się na zbiorcze pojęcie podmiotowego prawa do spadku (np. uprawnień z art. 1029, 1012, 1051, 1025 § 1, art. 1037 § 1 k.c., art. 635 § 2 k.p.c.). Spadkobierca może zatem ze swego prawa korzystać i nim rozporządzać (objęcie spadku, zbycie całości lub części spadku). Może też z niego zrezygnować (odrzucenie spadku). Może swoje prawo chronić i umacniać (roszczenie o wydanie spadku, żądanie stwierdzenia nabycia spadku, wnioski o zabezpieczenie spadku). Może wreszcie swoje prawo przekształcić (dział spadku). Wymienione uprawnienia mają różnorodny charakter, ale są powiązane ze sobą przedmiotowo i funkcjonalnie. Tworzą one sferę praw-

²⁶ Bliżej zob. T. Felski, *Charakter i skutki prawne orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku*, „Nowe Prawo” 1984/7–8, s. 41.

nych możliwości postępowania spadkobiercy wobec spadku, a więc jego prawo podmiotowe. Zauważmy ponadto, że także *de lege lata* ustawodawca posługuje się *expressis verbis* terminem „prawo do spadku” w znaczeniu podmiotowym, a mianowicie w art. 1027 k.c.

Nazwa „stwierdzenie praw do spadku” byłaby więc adekwatna również w obowiązującym obecnie stanie prawnym. Podstawowym bowiem zadaniem sądu w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku jest ustalenie istnienia i zakresu podmiotowego prawa spadkobiercy (spadkobierców) do spadku.

ABSTRACT

dr Tadeusz Felski

The author is an advocate (District Bar Association in Torun), doctor of law, lecturer in civil procedure for advocate trainees and the president of the Disciplinary Court of the Torun Bar Association.

Subjective right of inheritance

The author joins the discussion that was started in 1959 by professor Jan Gwiazdomorski and continues to this day in the doctrine of civil law, on the existence and content of the subjective right of inheritor to inheritance (the right of inheritance). He engages in a polemic with J. Gwiazdomorski's theses that deny the existence of such a law and presents arguments for accepting, also in the current legal status, the existence of the subjective right of inheritance.

Keywords: *inheritance, inheritor, subjective right, confirmation of inheritance acquisition*

dr Tadeusz Felski

ORCID: 0000-0002-9742-2239; e-mail: tadeusz.felski@adwokat.torun.pl

Autor jest adwokatem, doktorem nauk prawnych, wykładowcą postępowania cywilnego w ramach szkolenia aplikantów adwokackich, prezesem Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Toruniu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bielawska Barbara, *Duguistowska „negacja” prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki humanistyczno-społeczne” 1963/28, s. I

Felski Tadeusz, *Charakter i skutki prawne orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku*, „Nowe Prawo” 1984/7–8

- Grzybowski Stanisław**, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974
- Gschnitzer Franz**, *Erbrecht*, Wiedeń 1964
- Gwiazdomorski Jan**, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959
- Holzbauer Heinz**, *Familien- und Erbrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Frankfurt nad Menem 1984
- Jannusi Angelo**, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Mediolan 1977
- Lang Wiesław** (w:) *Teoria państwa i prawa*, red. J. Wróblewski, Warszawa 1979
- Niedośpiał Michał**, *Prawo dziedziczenia. Zagadnienia konstrukcyjne*, „Palestra” 1986/12
- Ohanowicz Aleksander**, *Recenzja książki J. Gwiazdomorskiego (Prawo spadkowe, Warszawa 1959)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959/4
- Opalek Kazimierz**, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957
- Osuchowski Wacław**, *Rzymskie prawo prywatne – zarys wykładu*, Warszawa 1981
- Piątowski Józef S.**, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1982
- Piątowski Józef S.** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009
- Radwański Zbigniew**, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979
- Siedlecki Władysław**, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948
- Stelmachowski Andrzej**, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984
- Szer Stanisław**, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1955
- Szpunar Adam**, *Uwagi o pojęciu prawa dziedziczenia*, „Rejent” 2002/5
- Wolter Aleksander**, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1982
- Wronkowska Sławomira**, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973
- Wronkowska Sławomira**, *O definiowaniu praw podmiotowych*, „Państwo i Prawo” 1971/1
- Ziemiński Zygmunt**, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1978
- Zoll Fryderyk**, *Prawo cywilne w zarysie*, Kraków 1948

Pojęcia kluczowe:

majątek wspólny współmałżonków, nierówne udziały w majątku wspólnym, podział majątku, postępowanie dowodowe w postępowaniu działowym, hipoteka, cena rynkowa

Artykuły

Marek Kułak

SĄDOWE WARTOŚCIOWANIE MAJĄTKU W POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCYM USTALANIA NIERÓWNYCH UDZIAŁÓW W MAJĄTKU WSPÓLNYM – UWAGI NA TLE WYBRANEGO ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Artykuł poddaje pod analizę zagadnienie sądowego ustalania składu i wartości majątku wspólnego, który podlega podziałowi niezależnie od trybu postępowania na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego. Zostały wyjaśnione problemy dotyczące postępowania dowodowego i ciężaru dowodu dla tej kategorii spraw, wartościowania nieruchomości z obciążającą ją hipoteką, terminu właściwego dla określenia wartości, jak również problematyka rozliczania wzajemnych nakładów na majątek wspólny. W artykule zostały wykorzystane najnowsze orzeczenia Sądu Najwyższego obejmujące poruszaną problematykę i zaprezentowane stanowiska przedstawicieli doktryny. Artykuł w swojej materii porusza praktyczne zalety wynikające z orzeczeń Sądu Najwyższego, przez co uwaga skupiona została w głównej mierze na pozytywnych aspektach przywoływanych orzeczeń.

Do postępowania cywilnego, w którym sąd dokonuje podziału majątku, dochodzi wtedy, gdy strony nie mogą dojść do porozumienia w przedmiocie podziału umownego bądź istnieją przeszkody natury faktycznej dotyczące zawarcia umowy o podział majątku. Jak już zauważył autor w innych swoich publikacjach obejmujących poruszaną problematykę, podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej regulują stosowne przepisy prawa

rodzinno¹, tj. art. 43–46 k.r.o. Jednak z mocy przepisu art. 46 k.r.o. dla podziału majątku wspólnego znajdują zastosowanie odpowiednio przepisy o dziale spadku umieszczone w Kodeksie cywilnym², a to art. 1035–1046 k.c., art. 1070 k.c. i art. 1079 k.c. oraz przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych, w szczególności art. 210–221 k.c.³

Natomiast regulacje procesowe dotyczące podziału majątku znajdują się w Kodeksie postępowania cywilnego⁴, tj. art. 566, 567 k.p.c. oraz znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 680–689 k.p.c. i art. 617–625 k.p.c. Wadą jest, że ustawodawca nie uregulował problematyki podziału w sposób wyczerpujący i kompleksowy w przepisach prawa materialnego lub prawa procesowego. Liczne odesłania z jednej strony pozwalają w sposób wyczerpujący na rozpatrzenie przez sąd wszelkich kwestii związanych z majątkiem wspólnym w jednym postępowaniu, z drugiej strony powodują trudności w znalezieniu właściwych przepisów oraz sposobie ich odpowiedniego zastosowania. Podział majątku wspólnego może być dokonany w postępowaniu procesowym (np. w postępowaniu rozwodowym) lub postępowaniu nieprocesowym, w następstwie ustania małżeńskiej wspólności majątkowej⁵. Niezależnie od trybu postępowania sąd powinien dokonać podziału majątku, zajmując się kwestiami ubocznymi, tj. przynależnością składników majątku, żądaniem ustalenia nierównych udziałów w majątku wspólnym, rozstrzygając o zasadności, wysokości i zwrocie poniesionych nakładów i wydatków z majątku wspólnego małżonków na wydatki osobiste oraz z majątków osobistych małżonków na majątek wspólny, a także rozstrzygając o innych roszczeniach związanych z posiadaniem składników majątkowych, pobranych pożytkach, jak również spleconych i niespleconych długach.

Ustanie ustroju wspólności z mocy ustawy skutkuje przekształceniem wspólności łącznej we współwłasność w częściach ułamkowych i powoduje możliwość dokonania podziału majątku wspólnego. Oznacza to, że małżonkowie mogą wyjść ze wspólności poprzez fizyczny podział składników majątku wspólnego, przyznanie całego majątku jednemu z nich ze splatą na rzecz drugiego lub też poprzez sprzedaż majątku i podział uzyskanych w ten sposób pieniędzy. Jeżeli strony złożą wniosek o zgodny podział majątku, to sąd powinien ten wniosek uwzględnić. Przy braku zgodnego wniosku sąd dokonuje podziału, uwzględniając propozycje stron. Orzeczenia wydawane w sprawach o podział masy majątkowej muszą odnosić się do całości przedmiotu działu i rozstrzygać o wszystkich zgłoszonych wzajemnych roszczeniach współwłaścicieli, w tym

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.), dalej k.r.o.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

³ M. Kułak, *O prawie do dywidendy po dacie skutecznego zbycia udziałów spółki, wbrew woli współmałżonka – glosa do postanowienia SN z 12.01.2018 r. (II CSK 220/17)*, „Palestra” 2019/4, s. 98–104.

⁴ Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360).

⁵ E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2010, s. 240.

o spłacie wartości udziału na rzecz osoby, której rzeczy nie przyznano, o nakładach z majątku osobistego na majątek wspólny i odwrotnie oraz o dopłatach wyrównujących udział, gdyż wszystkie te rozstrzygnięcia są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie uwarunkowane, stanowią integralną całość i są wzajemnie zależne. Jednocześnie strony, formułując wniosek o podział majątku, mogą żądać ustalenia nierównych udziałów w majątku wspólnym. Taki wniosek obwarowany jest wymogiem wykazania istnienia ważnych powodów dla ustalenia nierównych udziałów. Same w sobie ważne powody dla nierównych udziałów dotyczą oceny, kwalifikacji zachowania drugiego małżonka oraz spowodowanych przez niego takich stanów rzeczy, które stanowią przyczynę niższej wartości majątku wspólnego niż ta, która wystąpiłaby, gdyby postępował właściwie. Słusznie w orzeczeniach i poglądach przedstawicieli doktryny jest wyrażone stanowisko, że istotne przy tym jest nieprawidłowe, rażące lub uporczywe nieprzyczynianie się do zwiększania majątku wspólnego pomimo posiadanych możliwości zdrowotnych i zarobkowych⁶. Z drugiej jednak strony nieprawidłowe postępowanie polegać może na rażącym i odbiegającym od obiektywnych wzorców braku dbałości o zachowanie istniejącej już substancji majątku wspólnego⁷. Nie stanowią jednak ważnych powodów okoliczności niezależne od małżonka i przez niego niezawinione, w szczególności związane z nauką, chorobą, bezrobociem, czy nawet rażący i odbiegający od obiektywnych wzorców brak staranności o zachowanie istniejącej już substancji majątku wspólnego⁸. Kolejnym ważnym powodem, na który niewielu przedstawicieli doktryny zwraca uwagę, jest naruszenie zasad współżycia społecznego poprzez długotrwałą separację małżonków, a co za tym idzie – samodzielne gospodarowanie i dorabianie się na własny rachunek z pominięciem drugiego małżonka⁹.

W toku postępowania o podział majątku wspólnego sąd rozlicza całość stosunków majątkowych między małżonkami według stanu na dzień ustania wspólności majątkowej¹⁰. Nie uwzględnia się przy tym przedmiotów – co prawda – należących do majątku wspólnego, lecz zbytych w ramach normalnej gospodarki¹¹, podobnie rzecz się ma do przedmiotów wyzbytych z pokrzywdzeniem małżonka, gdy składnikiem majątku jest dywidenda w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością¹². Mimo to wyzbycie się składnika majątku z pokrzywdzeniem drugiego małżonka należy traktować z pewnym ograniczeniem tylko do specyficznej sytuacji, jaką jest dywidenda. Przez to w pełni aktualny

⁶ M. Sychowicz (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 232.

⁷ J. Słyk (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, t. 5, s. 478–479.

⁸ Postanowienie SN z 30.11.1972 r. (III CRN 235/72), OSNCP 1973/10, poz. 174; postanowienie SN z 26.11.1973 r. (III CRN 227/73), OSNCP 1974/11, poz. 189; L. Stecki, *Ustanie ustawowej wspólności małżeńskiej majątkowej*, Warszawa 1968, s. 111.

⁹ L. Stecki, *Ustanie ustawowej wspólności małżeńskiej majątkowej*, Poznań 1968, s. 111.

¹⁰ E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 192.

¹¹ L. Stecki, *Glosa do orzeczenia SN z 2.03.1972 r. (III CZP 100/71)*, OSPiKA 1973/9, poz. 150.

¹² M. Kułak, *O prawie do dywidendy po dacie skutecznego zbycia udziałów spółki...*, s. 94–108.

jest pogląd przedstawicieli doktryny o zaliczaniu wartości przedmiotów, które nie weszły do wspólności z winy jednego z małżonków, są one uwzględniane przy dokonywaniu podziału w ten sposób, że ich wartość zaliczona zostaje na poczet udziału tego z małżonków, którego zawinione zachowanie spowodowało uszczuplenie majątku wspólnego¹³. Jednakże zadając sobie pytanie, jaki stan przedmiotów wchodzących w skład majątku wspólnego powinien być brany pod uwagę przy ustalaniu składu i wartości majątku wspólnego przy jego podziale, nietrudno *prima facie* nie zauważyć, że żaden z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego czy Kodeksu postępowania cywilnego nie rozstrzyga tej kwestii wprost. W zakresie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w przedmiocie podziału majątku wspólnego ustawodawca wskazał jedynie, jaki sąd będzie właściwy do rozstrzygania sporów w tym przedmiocie. Przepis art. 566 k.p.c. stanowi, o których dodatkowo roszczeniach sąd orzeka w tego typu postępowaniu, o czym sąd – zgodnie z brzmieniem art. 567 § 2 k.p.c. – może orzec postanowieniem wstępnym. Nadto w art. 567 § 3 k.p.c. przewidziano ogólnie, że do postępowania o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami, a zwłaszcza do odrębnego postępowania w sprawach wymienionych w paragrafie pierwszym, stosuje się odpowiednio przepisy o dziale spadku. Znamienne jest, że przepisy dotyczące działy spadku tej kwestii również nie rozstrzygają, gdyż na kanwie art. 684 k.p.c. przewidziane zostało jedynie, że skład i wartość spadku ulegającego podziałowi ustala sąd. W takim przypadku zniesienie współwłasności może nastąpić na drodze postępowania przed sądem, wówczas sąd powinien dążyć do tego, by wszyscy współwłaściciele uzgodnili sposób podziału i przedstawili możliwie zgodny wniosek tak, aby wydane postanowienie odpowiadało w jak największym zakresie ich woli¹⁴.

POSTĘPOWANIE DOWODOWE W WYKAZANIU WARTOŚCI MAJĄTKU DLA POSTĘPOWANIA, W KTÓRYM USTALA SIĘ NIERÓWNE UDZIAŁY W MAJĄTKU WSPÓLNYM

Z uwagi na brzmienie treści przepisów art. 684 k.p.c. w zw. z art. 567 § 3 k.p.c. i art. 688 k.p.c. skład i wartość majątku wspólnego podlegającego podziałowi ustala sąd. Przepisy te należy zatem rozumieć jako wskazówkę dla sądu, który powinien wziąć pod uwagę przy orzekaniu cały majątek. Inaczej ma się sprawa aktywności sądu przy ustalaniu składu i wartości majątku podlegającego podziałowi. Różnice są widoczne w trybie postępowania – inna jest aktywność sądu w postępowaniu rozwodowym, w którym strona wysunęła żądanie ustalenia nierównych udziałów, a inaczej kształtuje się aktywność w postępowaniu nieprocesowym. W przypadku drugiego trybu postępowania z praktyki można

¹³ J.S. Piąkowski (w:) *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piąkowski, Wrocław 1985, s. 489–490.

¹⁴ Uchwała SN z 23.07.1982 r. (III CRN 161/82), LEX nr 142603.

zaobserwować, że sąd z uwagi na treść przepisów postępowania nieprocesowego bardziej jest aktywny w celu ustalenia składników majątku. Nie oznacza to, że sąd działa *ex officio* w ustaleniu składu i wartości majątku wspólnego. Sąd Najwyższy w wyroku stwierdził, że działania sądu *ex officio* nie mogą prowadzić do naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron¹⁵. To na stronach spoczywa powinność wskazania całego majątku podlegającego podziałowi. Zgodnie z treścią przepisu art. 684 k.p.c. ustawodawca nie stworzył dla sądu uprawnień do prowadzenia z urzędu dochodzeń mających na celu ustalenie, czy i jakie składniki majątku należą jeszcze do majątku wspólnego¹⁶. Ciężar gromadzenia materiału procesowego spoczywa na stronach. Jego istota sprowadza się do ryzyka poniesienia przez stronę ujemnych konsekwencji braku wywiązania się z powinności przedstawienia dowodów. Skutkiem braku wykazania przez stronę prawdziwości twierdzeń o faktach istotnych dla sprawy jest tylko to, że twierdzenia takie zasadniczo nie będą mogły leżeć u podstaw sądowego rozstrzygnięcia. Strona, która nie udowodni przytoczonych twierdzeń, utraci korzyści, jakie uzyskałaby aktywnym działaniem¹⁷. Sąd niezależnie od trybu postępowania, w którym rozpatruje się wniosek o ustalenie istnienia nierównych udziałów, nie ma obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy oraz nie jest zobowiązany do zarządzenia dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Nie ma też obowiązku przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mimo powyższego sąd, ustalając skład i wartości majątku wspólnego, powinien podjąć stosowne postępowanie dowodowe w przedmiocie ustalenia, czy istnieje dany składnik majątku wspólnego, jeżeli z oświadczeń stron wynika, że istnieje inny majątek wspólny wymagający podziału¹⁸. Nie zwalnia to strony postępowania od wykazywania majątku nadającego się do podziału. Wbrew pozorom to na stronie spoczywa – w dalszym ciągu – powinność zgłoszenia rzeczy istniejących do podziału. Z kolei dla drugiej strony – zgodnie z zasadami logiki – istnieje uprawnienie do kwestionowania ich istnienia, ich wartości lub wykazania wchodzenia składników majątku do majątku osobistego. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich postanowień stwierdził, że zgodnie z art. 46 k.r.o. oraz art. 567 § 3 k.p.c. w sprawie o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności ustawowej stosuje się przepisy o dziale spadku, w tym także art. 684 k.p.c., zgodnie z którym sąd z urzędu i samodzielnie ustala skład oraz wartość majątku wspólnego ule-

¹⁵ Wyrok SN z 12.12.2000 r. (V CKN 175/00), OSP 2001/7–8, poz. 116.

¹⁶ S. Madaj, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1978, s. 122.

¹⁷ S. Dalka, *Ciężar dowodu w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1998, s. 51, 83, 118–119.

¹⁸ Postanowienie SN z 11.03.2010 r. (IV CSK 429/09), LEX nr 678022.

gającego podziałowi, niezależnie od stanowiska uczestników postępowania w tym przedmiocie¹⁹.

Pamiętać należy, że w postępowaniu nieprocesowym zasada kontradyktoryjności ulega pewnej modyfikacji i doznaje pewnych ograniczeń. Oceniając sztywne reguły *onus probandi*, w postępowaniu nieprocesowym przy orzekaniu należy brać pod uwagę specyfikę poszczególnych rodzajów spraw, które wymagają aktywniejszej postawy sądu, niż ma to miejsce w procesie²⁰. Postępowanie dowodowe powinno skupiać się także na dokładnym ustaleniu nakładów poczynionych z majątku wspólnego na majątek osobisty. Sąd powinien w tym przedmiocie ocenić stanowiska zainteresowanych i je przeanalizować, uwzględniając przy tym sytuację osobistą, zdrowotną, materialną i zawodową strony postępowania. Dopuszczyć dowód z przesłuchania zainteresowanych oraz przeanalizować dowody zgłoszone w toku postępowania. Dopiero zupełne postępowanie dowodowe pozwoli na racjonalne wyjście ze współwłasności, uwzględniające w miarę możliwości interesy obojga byłych małżonków²¹. Przeprowadzenie w sposób wyczerpujący postępowania dowodowego w celu właściwego ustalenia składników majątku wspólnego i ich wartości jest warunkiem koniecznym do ustalenia wartości nakładów poczynionych przez stronę postępowania z majątku osobistego na majątek wspólny stron postępowania, a także oceny, czy ziściły się przesłanki uzasadniające ustalenie nierównych udziałów w majątku wspólnym stron. Dopiero po wyczerpującym postępowaniu dowodowym, na podstawie stosownych ustaleń, sąd powinien dokonać odpowiednich rozliczeń pomiędzy uczestnikami postępowania²².

USTALANIE WARTOŚCI NIERUCHOMOŚCI WRAZ Z CIĄŻĄCĄ NA NIEJ HIPOTEKĄ

Zagadnienie ustalania wartości składnika majątkowego małżonków, jakim jest nieruchomość, jest dosyć skomplikowane. Dodatkową trudnością, z jaką musi się zmierzyć sąd orzekający w postępowaniu, jest sytuacja, w której dochodzi do ustalenia udziałów z majątku stanowiącego nieruchomość obciążoną wierzytelnością, której spłata po ustaniu małżeństwa małżonków doprowadziła do wzbogacenia jednego z małżonków kosztem drugiego. Na tym tle dochodziło do wielu rozbieżności. Różnice istniały w zapatrywaniach przedstawicieli doktryny i stanowiskach judykatury²³. A problem wartościowania składnika ob-

¹⁹ Postanowienie SN z 30.01.2009 r. (II CSK 450/08), LEX nr 599753.

²⁰ A. Jakubecki, *Kontradyktoryjność a poznanie prawdy w procesie cywilnym w świetle zmian kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 1998/10, poz. 63.

²¹ M. Kułak, *Specyfika postępowania dowodowego w sprawach o rozwód ze szczególnym uwzględnieniem problematyki ciężaru dowodu (w:) Rodzina i prawo*, red. D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Widel-Domaradzka, Bydgoszcz 2017, s. 118–126.

²² Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z 5.12.2017 r. (II Ca 719/17), www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 2.06.2021 r.).

²³ A. Grajewski, *Podział majątku wspólnego a zwolnienie byłego małżonka z długu*, „Palestra” 2016/11,

ciążonego hipoteką jest dosyć istotny z punktu widzenia praktyki. Wielokrotnie sądy powszechne rozpoznają wnioski dotyczące ustalenia wartości składnika majątku wspólnego, jakim jest nieruchomość, przy uwzględnieniu obciążającej ją hipoteki. Problem nabiera znaczenia, gdy istnieje kilka obciążeń hipotecznych na jednej nieruchomości. Dodatkowym skomplikowaniem, nieobcym praktyce, może być obciążenie hipoteczne wyrażone w walucie obcej. Liczne obciążenia hipoteczne mogą powodować, że w dniu orzekania i ustalania wartości nieruchomości nieruchomość wraz z obciążeniami może być warta „zero”, jednak z uwagi na czynniki gospodarcze i kursy walut wartość obciążeń w przyszłości będzie przewyższała wartość nieruchomości. W konsekwencji taki składnik majątku będzie przedstawiał wartość ujemną. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Szczecinie taki składnik majątku nie może mieć wartości ujemnej²⁴.

Nie ulega wątpliwości, że obciążenie hipoteczne zmienia atrakcyjność nieruchomości, przez to nieruchomość jest trudniejsza w zbyciu, w konsekwencji taka nieruchomość ma mniejszą wartość²⁵.

Sąd, dokonując podziału majątku wspólnego w przypadku nieruchomości obciążonej hipoteką, rozstrzyga z wykorzystaniem art. 618 § 3 w zw. z art. 688 i 567 § 3 k.p.c. o długach związanych z majątkiem wspólnym, zaciągniętych w trakcie trwania wspólności, spłaconych po jej ustaniu, lecz przed podziałem majątku²⁶. Dług spłacony między ustaniem wspólności majątkowej a podziałem majątku wspólnego przestaje być długiem i przekształca się w roszczenie o zwrot nakładów na rzecz małżonka, który dokonał spłaty. Roszczenie takie podlega rozliczeniu na podstawie art. 45 k.r.o.²⁷ Do takich długów ma zastosowanie art. 618 § 3 k.p.c. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do dokonanej przez jednego z małżonków po podziale majątku wspólnego spłaty długu ciążącego nadal na obojgu małżonkach jako dłużnikach solidarnych. Małżonkowie nadal bowiem pozostają wobec wierzyciela dłużnikami osobistymi, a ich sytuację regulują przepisy o zobowiązaniach solidarnych²⁸.

Podkreślić trzeba, że według art. 370 k.c., jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, to są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej co do jego spłaty. W orzecnictwie wskazuje się, że do małżonków, którzy zaciągnęli wspólnie zobowiązanie dotyczące ich majątku wspólnego, ma zastosowanie przepis art. 370 k.c. przewidujący odpowiedzialność solidarną każdej z osób, a więc i każdego z małżonków²⁹. Artykuł 30 § 1 k.r.o. statuuje zaś, że oboje małżonkowie są odpowiedzialni solidarnie za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich w sprawach wynikających z za-

s. 14.

²⁴ Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z 22.08.2013 r. (II Ca 79/13), www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 2.07.2021 r.).

²⁵ A. Grajewski, *Podział majątku wspólnego...*, s. 14.

²⁶ Postanowienie SN z 9.09.1976 r. (III CRN 83/76), LEX nr 5036.

²⁷ Postanowienie SN z 5.12.1978 r. (III CRN 194/78), LEX nr 2380.

²⁸ Postanowienie SN z 26.01.2017 r. (I CSK 54/16), LEX nr 2261747.

²⁹ Wyrok SN z 27.12.1979 r. (I CR 408/79), OSN 1980/6, poz. 9.

spokajania zwykłych potrzeb rodziny. Solidarna odpowiedzialność małżonków za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich w celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny istnieje niezależnie od ustroju majątkowego, w jakim małżonkowie pozostają, i jest uzależniona od przesłanek określonych w art. 30 § 1 k.r.o. Ustawa nie uzależnia istnienia odpowiedzialności od pozostawania małżonków we wspólności majątkowej i pozostawanie małżonków w ustroju rozdzielności majątkowej nie wyłącza ich solidarnej odpowiedzialności. Przy obowiązywaniu rozdzielności majątkowej różnica polega jedynie na tym, że wierzyciel może domagać się zaspokojenia swojego roszczenia jedynie z majątków osobistych małżonków, gdyż majątek wspólny nie występuje w ogóle. Powstanie solidarnej odpowiedzialności małżonków uzależnione jest od spełnienia warunku, że zobowiązanie zostało zaciągnięte w celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny. Do zobowiązań zaciągniętych w sprawach zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny należą te, które są związane z prowadzeniem wspólnego gospodarstwa domowego oraz z wychowaniem i kształceniem dzieci³⁰. Małżonek, który zaprzestaje spłacania kredytu, naraża się więc na roszczenie regresowe określone w art. 376 k.c., które zgodnie z treścią art. 618 § 3 k.p.c. nie wygasa pomimo dokonania podziału majątku wspólnego. Roszczenie regresowe oparte na art. 376 k.c. dłużnik solidarny może zgłosić wobec współdłużnika solidarnego w każdym czasie, także poza postępowaniem o dział spadku³¹. Zatem dłużnik solidarny, który spełni świadczenie, może żądać zwrotu wynagrodzenia w częściach równych od pozostałych współdłużników, o ile z treści danego stosunku nie wynika nic innego.

Do czasu najnowszego orzeczenia Sądu Najwyższego z 26.01.2017 r. w doktrynie funkcjonowały przeciwstawne dwa poglądy w ustalaniu wartości majątku wspólnego, w którym jeden ze składników obciążony może być wierzytelnością zabezpieczoną hipoteką. Pierwszy opierał się na tym, że sąd, dokonując podziału majątku w wyniku ustania wspólności majątkowej, brał pod uwagę aktywa i pasywa majątku³². W konsekwencji sędziowie przy obliczaniu wartości ulegającego podziałowi majątku uwzględniali obciążenia wszystkich praw rzeczowych ograniczonych³³. Oznaczało to, że dług zaciągnięty przez jednego z małżonków podlegał rozliczeniu w postępowaniu, którego przedmiotem był podział majątku wspólnego. W takiej sytuacji sąd rozstrzygał charakter korzyści majątkowej. Powodowało to traktowanie korzyści majątkowej jako nakładu z majątku tego z małżonków, który zaciągnął osobiste zobowiązanie, co powinno być rozliczone między małżonkami³⁴. Podstawą do rozliczenia długów

³⁰ Wyrok SN z 22.09.1996 r. (I CR 544/66), LEX nr 2286.

³¹ P. Harosz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019, s. 882.

³² J. Gudowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2016, t. 5, art. 567.

³³ J. Gudowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*

³⁴ Postanowienie SN z 11.03.2010 r. (IV CSK 429/09), LEX nr 678022; wyrok SN z 16.01.2014 r. (IV CSK 103/13), LEX nr 1436007.

splaconych przez jednego małżonka po ustaniu wspólności majątkowej, a przed dokonaniem podziału majątku wspólnego, stanowiły przepisy art. 207 k.c. w zw. z art. 618 § 3 k.p.c. w zw. z art. 688 i art. 567 § 3 k.p.c. Mimo że był to osobny spór, który jedynie z mocy art. 618 § 3 k.p.c. rozstrzygano w sprawie o podział majątku wspólnego. Jednakże w tym zakresie sąd był związany zgłoszonym żądaniem i mógł orzekać jedynie, gdy takie żądanie zostało zgłoszone. Zgodnie z dyspozycją art. 193 § 2¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 383 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w przypadku, gdy strona postępowania chciała rozszerzyć żądanie dotyczące rozliczenia spłaty długu, powinna to uczynić w piśmie procesowym, a nie ustnie na rozprawie.

Drugi pogląd (aktualny) opiera się na założeniu, że przy sądowym ustalaniu wartości majątku powinna być zawsze uwzględniona cena, jaką za nieruchomości można otrzymać w obrocie gospodarczym, bez uwzględniania obciążenia w postaci hipoteki³⁵. Zgodnie z art. 151 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami z 21.08.1997 r.³⁶ stanowiącym, że wartość rynkową nieruchomości stanowi najbardziej prawdopodobna jej cena, możliwa do uzyskania na rynku, określona z uwzględnieniem cen transakcyjnych przy przyjęciu, że strony umowy były od siebie niezależne, nie działały w sytuacji przymusowej, miały stanowczy zamiar zawarcia umowy oraz że upłynął czas niezbędny do wyeksponowania nieruchomości na rynku i do wynegocjowania warunków umowy. Powoduje to, że sąd, orzekając, nie bierze pod uwagę pasywów i obciążeń prawnorzeczowych przy określeniu wartości podlegającego podziałowi majątku, stwierdzając fakt braku wpływu obciążenia hipotecznego na obniżenie wartości rynkowej sprzedawanej nieruchomości. Co więcej, Sąd Najwyższy w najnowszym orzeczeniu argumentuje swoje stanowisko okolicznością sprzedaży nieruchomości w postępowaniu egzekucyjnym, w chwili sprzedaży nieruchomości na rzecz nowego nabywcy wygasa prawo do nieruchomości sprzedającego, a uprawniony wierzyciel może żądać zaspokojenia z sumy uzyskanej w egzekucji. Oznacza to, że przy szacowaniu wartości składników majątku nie ma tak istotnego znaczenia obciążenie zmieniające wartość rzeczywiście tych składników majątkowych³⁷. Przez co nie uwzględnia się prawa rzeczowego ograniczającego możliwość rozporządzenia rzeczą³⁸. To powoduje, że podziałowi podlegają tylko aktywa, a zatem ingerencja sądu w obciążenia majątkowe powinna być ograniczona do minimum i odbywać się w zakresie, w jakim jest nieunikniona. Taka sytuacja nie ma zaś miejsca w przypadku zobowiązań małżonków o charakterze solidarnym, z uwagi na to, że istnieją normy prawne regulujące to zagadnienie.

W sprawie o podział majątku wspólnego sąd dokonuje podziału składników majątkowych – aktywów, natomiast nie rozstrzyga o zaciągniętych przez oboje małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej i niesplaconych jeszcze

³⁵ Postanowienie SN z 26.01.2017 r. (I CSK 54/16), LEX nr 2261747.

³⁶ Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 1997 r. nr 115 poz. 741).

³⁷ Postanowienie SN z 21.01.2010 r. (I CSK 205/09), LEX nr 560500.

³⁸ Postanowienie SN z 20.04.2011 r. (I CSK 661/10), OSNCZD 2012/2, poz. 31.

długach oraz nie dokonuje „podziału” zobowiązań byłych małżonków, w tym także przez potrącenie przyszłych zobowiązań. Jeżeli oboje małżonkowie są stroną umowy kredytowej, oznacza to, że ich zobowiązanie ma charakter solidarny, a podział majątku nie wpływa na obowiązek dłużników osobistych spłaty tego kredytu zgodnie z umową³⁹. W sprawie o podział majątku wspólnego małżonków, obejmującego nieruchomości obciążoną hipoteką zabezpieczającą udzielony małżonkom kredyt bankowy, sąd – przydzielając tę nieruchomość na własność jednemu z małżonków – ustala jej wartość, jeżeli nie przemawiają przeciwko temu ważne względy, z pominięciem wartości obciążenia hipotecznego⁴⁰. Oznacza to, że problematyka niespłaconych długów obciążających majątek wspólny, których nie rozlicza się w podziale majątku, jest kwestią odrębną od kwestii wartości przedmiotów wchodzących w skład majątku.

TERMIN WŁAŚCIWY DO USTALENIA WARTOŚCI MAJĄTKU, JAK I POSZCZEGÓLNYCH SKŁADNIKÓW MAJĄTKOWYCH

Problematyka ustalania wartości majątku, poszczególnych przedmiotów majątkowych wchodzących w skład majątku wspólnego, wiąże się z terminem, dla którego dokonuje się prawidłowej oceny ogólnej wartości majątku, jak i poszczególnych przedmiotów. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu dotyczącym ustalenia składu majątku wspólnego podlegającego podziałowi, istotna jest chwila ustania wspólności majątkowej między małżonkami lub otwarcia spadku (powstania współwłasności)⁴¹, natomiast wartość majątku według stanu i cen w chwili dokonywania podziału⁴². Jest to logiczne, ponieważ stosownie do dyspozycji przepisów właściwych dla spadku – spadek stosownie do dyspozycji z art. 922 § 1 k.c. stanowi ogół majątkowych praw i obowiązków zmarłego. Spadek otwiera się z chwilą śmierci spadkodawcy. A data otwarcia spadku stanowi wyznacznik dla określenia stanu spadku. Oznacza to, że taki stan spadku stanowi przedmiot działu, a zmiany w nim podlegają w chwili dokonywania podziału stosownemu uwzględnieniu i ewentualnie rozliczeniu.

Wychodząc z powyższego założenia i przyjmując, że przepisy dotyczące działu spadku znajdują odpowiednie zastosowanie w postępowaniu o podział majątku wspólnego, można stwierdzić, że aktualny jest pogląd sprowadzający się do ustalania składu majątku wspólnego według stanu istniejącego w dacie ustania wspólności⁴³. Tożsame stanowisko zajął Sąd Najwyższy w jednym z nowszych postanowień, wskazując, że stosownie do art. 684 k.p.c. w zw. z art. 567

³⁹ Odmienne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Szczecinie (II Ca 79/13), który zauważył, że na podstawie art. 1034 § 1–2 k.p.c. w zw. z art. 45 k.o. od chwili podziału majątku byli małżonkowie odpowiadają przy spłacie rat kredytu w stosunku do wielkości swych udziałów (*pro rata parte*).

⁴⁰ Postanowienie z 28.03.2019 r. (III CZP 21/18), LEX nr 2637570.

⁴¹ Postanowienie z 20.10.1989 r. (III CRN 327/89), LEX nr 79956.

⁴² Uchwała z 27.09.1974 r. (III CZP 58/74), OSNC 1975/6, poz. 90.

⁴³ Postanowienie SN z 20.01.1974 r. (III CRN 384/73), LEX nr 7386.

§ 3 k.p.c. skład i wartość majątku podlegającego podziałowi ustala sąd⁴⁴. Wartość tych składników ustala się według stanu na dzień ustania wspólności majątkowej i według cen obowiązujących w chwili zamknięcia rozprawy. Jednocześnie bierze się pod uwagę stan rzeczy – kondycję, stan zużycia, stan prawny, cechy itp.⁴⁵ Nie są wyłączone z wartościowania przedmioty nabyte w wyniku surogacji⁴⁶. W takim przypadku podziałowi podlegają składniki nabyte w zamian za przedmioty objęte wcześniej wspólnością małżeńską⁴⁷. A wszelkie zmiany majątkowe, do których doszło w czasie między ustaniem wspólności a chwilą działu, podlegają rozliczeniu, a następnie wyrównaniu w postaci spłat lub dopłat. Podobnie kształtuje się sytuacja przy ustalaniu wartości majątku w przypadku podpisania przez małżonków umowy o częściowym podziale majątku wspólnego, zawartej przed ustanowieniem przez sąd rozdzielności majątkowej z dniem poprzedzającym zawarcie tej umowy. W takim przypadku sąd, orzekając o rozdzielności majątkowej ze skutkiem wstecznym – uwzględniającym umowę małżonków pomimo nieobowiązkiwania jej w czasie wcześniejszym ze względu na regulacje ustawowe – ustala wartość według stanu tego majątku oraz cen w chwili zawarcia umowy o częściowym podziale majątku⁴⁸. Podkreślono, że wszelkie zmiany majątkowe, które miały miejsce w związku z ustaniem wspólności, z chwilą działu podlegają rozliczeniu i następnie wyrównaniu w postaci spłat lub dopłat, a uwzględnienie chwili podziału majątku jest istotne również dlatego, że stan dzielonych przedmiotów zastany w chwili ustania wspólności różniłby się od stanu w momencie podziału.

ROZLICZANIE NAKŁADÓW I WYDATKÓW, KTÓRE MAŁŻONEK POCZYNIŁ ZE SWOJEGO MAJĄTKU OSOBISTEGO NA MAJĄTEK WSPÓLNY

Podstawę procesową dokonania takich rozliczeń stanowią art. 567 § 1 k.p.c. w zw. z art. 686 k.p.c. Materialnoprawnej podstawy orzeczenia w tym zakresie nie stanowi już jednak art. 45 § 1 k.r.o., który nie dotyczy przesunięć majątkowych dokonanych po ustaniu wspólności, lecz od tej chwili rozliczenia z tytułu wydatków i nakładów regulują stosowane odpowiednio przepisy dotyczące współwłasności, a konkretnie art. 207 k.c., który obciąża współwłaścicieli obowiązkiem ponoszenia wydatków i ciężarów związanych z rzeczą wspólną w stosunku do wielkości ich udziałów w rzeczy wspólnej⁴⁹.

⁴⁴ Postanowienie SN z 11.03.2010 r. (IV CSK 429/09), LEX nr 678022.

⁴⁵ Postanowienie SN z 28.01.2015 r. (II CSK 322/14), LEX nr 1665584.

⁴⁶ Surogacja polega na tym, że jeśli wymieniasz jeden przedmiot majątkowy wchodzący do twojego majątku osobistego na inny, to ten nowy przedmiot również wchodzi do twojego majątku osobistego.

⁴⁷ Postanowienie SN z 26.10.2017 r. (II CSK 883/16), LEX nr 2390705.

⁴⁸ Uchwała SN z 23.02.2018 r. (III CZP 103/17), LEX nr 2445100; J. Biernat, *Rodzinne prawo, umowa o podział majątku wspólnego małżonków, rozdzielność majątkowa, nieważność czynności prawnej – glosa do uchwały SN z 23.02.2018 r. (III CZP 103/17)*, LEX nr 346984.

⁴⁹ Postanowienie SN z 2.07.2009 r. (V CSK 481/08), LEX nr 627260.

Zgodnie z dyspozycją treści art. 45 § 1 zdanie 2 k.r.o. każdy z małżonków może żądać zwrotu wydatków i nakładów, które poczynił ze swojego majątku osobistego na majątek wspólny. Jednakże problemu w tym zakresie dostarcza Kodeks rodzinny i opiekuńczy, który posługując się w art. 45 k.r.o. pojęciami „nakłady” i „wydatki”, nie określa ich desygnatów. W piśmiennictwie przyjmuje się, że chodzi o wszystkie przysporzenia na rzecz jednej masy majątkowej, dokonane z uszczerbkiem dla drugiej masy majątkowej⁵⁰. Podstawą przysporzenia może być czynność faktyczna, jak i jakiekolwiek inne zdarzenie⁵¹. Małżonek ma prawo żądać zwrotu wydatków i nakładów, które poczynił ze swojego majątku osobistego na majątek wspólny. Natomiast ograniczeniem jest niedopuszczalność żądania zwrotu wydatków i nakładów, które zostały zużyte w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba że zwiększyły wartość majątku w chwili ustania wspólności. Zwrotu dokonuje się przy podziale majątku wspólnego, jednakże sąd może nakazać wcześniejszy zwrot, jeżeli wymaga tego dobro rodziny⁵². Nakłady poczynione z majątku wspólnego na majątek odrębny jednego z małżonków nie są składnikiem tego majątku, ale elementem zewnętrznym w stosunku do tego majątku, a ich zwrotu dokonuje się przy podziale majątku, a nie w jego ramach. Pomijając literalne brzmienie przepisu art. 45 § 1 k.r.o., należy stwierdzić, że do takich samych wniosków prowadzą same założenia postępowania o podział majątku wspólnego i charakter nakładów, jako dobrowolnego użycia własnych dóbr majątkowych na rzecz innej osoby bez względu na jej wolę, a więc wszelkich inwestycji utrzymujących rzecz w należytych stanie lub ulepszających ją.

Roszczenie o zwrot nakładów jest roszczeniem o charakterze obligacyjnym⁵³. Jako roszczenie obligacyjne może być kierowane tylko przeciwko właścicielowi, który nabył rzecz z nakładami. Rozpoznanie roszczeń z tytułu nakładów następuje na wniosek uczestnika postępowania, który powinien odpowiadać wymogom zawartym w art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., a do rozpatrzenia tego żądania mają zastosowanie przepisy procesowe⁵⁴. W zależności od zakresu żądania sąd powinien zbadać w ramach sprawy o podział majątku m.in. kwoty spłaconych długów przez jednego z małżonków z jego własnych środków już po ustaniu wspólności majątkowej, a przed dokonaniem podziału majątku wspólnego, które powstały w trakcie trwania wspólności ustawowej i były długiem wspólnym małżonków albo jednego z nich, ale w związku z majątkiem wspólnym⁵⁵. Zgłoszenie rozliczeń z tego tytułu powinno zawierać precyzyjne oznaczenie wysokości żądanej z tego tytułu kwoty, a braki w tym zakresie podlegają usunięciu w trybie art. 130 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.,

⁵⁰ M. Walasik, *Rozstrzyganie o wydatkach lub nakładach na majątek osobisty małżonka w sprawie o podział majątku wspólnego*, „Polski Proces Cywilny” 2011/2, s. 129–135; G. Jędrejek, *Ustalenie wartości nakładów z majątku wspólnego na majątek osobisty małżonka*, „Monitor Prawniczy” 2013/4, s. 175.

⁵¹ Postanowienie SN z 2.10.2008 r. (II CSK 203/08), LEX nr 548801.

⁵² Wyrok SN z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), LEX nr 57210.

⁵³ Wyrok SN z 7.03.1997 r. (II CKN 57/96), OSNC 1997/6–7, poz. 92.

⁵⁴ Postanowienie SN z 23.06.2016 r. (V CNP 72/15), LEX nr 2109491.

⁵⁵ Postanowienie SN z 7.01.2009 r. (II CSK 390/08), LEX nr 490512.

niezależnie od tego, czy strona działa osobiście, czy jest reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika⁵⁶. Nakładami są wydatki, których celem jest utrzymanie rzeczy w stanie zdatnym do normalnego korzystania, zgodnie z przeznaczeniem. Mieszczą się tu wydatki na remonty i konserwację rzeczy, dokonanie zasiewów, utrzymanie inwentarza, podatki oraz inne świadczenia publiczne, a także ubezpieczenia rzeczy⁵⁷.

Zakres postępowania dowodowego wynika z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Na sądzie spoczywa powinność ustalenia źródeł finansowania składnika majątkowego. Z racji skomplikowania roszczeń z tego tytułu ustalenie wartości tych nakładów niewątpliwie może wymagać posiadania przez sąd wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c., zatem konieczne może być dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, w której ustali wartość nakładów poczynionych na sporny składnik majątku. Weryfikacja źródeł finansowania składnika majątkowego powinna sprowadzać się do wnikliwego ustalenia wysokości nakładów poczynionych z majątku wspólnego i z majątku osobistego stron postępowania. Warto zauważyć, że przy precyzowaniu źródeł finansowania i poczynionych nakładów na składnik majątkowy nie ma jednej właściwej metody, która ma w każdym wypadku zastosowanie. Jednakże stosując odpowiednią wykładnię przepisu art. 45 k.r.o., judykatura ukształtowała linię orzeczniczą dla sytuacji, w której małżonkowie w czasie trwania wspólności ustawowej razem zbudowali dom (składnik majątku) na gruncie wchodzącym w skład majątku odrębnego jednego z nich – wartość nakładów określa się wtedy w ten sposób, że najpierw ustala się ułamkowy udział nakładów małżonków w wartości domu według cen rynkowych z czasu jego budowy, a następnie oblicza się ten sam ułamkowy udział w wartości domu według cen rynkowych w chwili podziału majątku wspólnego⁵⁸. Stosownie zaś do innej uchwały wydanej przez Sąd Najwyższy przy rozliczaniu w postępowaniu działowym poczynionych nakładów z majątku odrębnego na majątek wspólny należy ustalić stosunek ułamkowy tych nakładów do wartości rynkowej nabytego lokalu z chwili jego nabycia, a następnie odnieść do wartości z daty podziału⁵⁹. Natomiast w jeszcze innej uchwale Sąd Najwyższy, ustalając wartość nakładu z majątku odrębnego jednego z małżonków na ich majątek wspólny, polegającego na wpłacie dokonanej przez tego małżonka na wkład mieszkaniowy związany ze spółdzielczym prawem do lokalu, stwierdził, że odpowiada w chwili podziału tego majątku takiej części wartości spółdzielczego prawa do lokalu, jaką część stanowiła ta wpłata w stosunku do całego wkładu mieszkaniowego wpłaconego przez małżonków, od którego zgromadzenia uzależniony był przydział mieszkania⁶⁰. W orzecnic-

⁵⁶ Postanowienie SN z 19.07.2012 r. (II CSK 660/11), LEX nr 1228437.

⁵⁷ Wyrok SN z 22.03.2006 r. (III CSK 3/06), LEX nr 196597.

⁵⁸ Uchwała SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80), OSNCP 1981/11, poz. 206.

⁵⁹ Uchwała z 12.04.1989 r. (III CZP 31/89), LEX nr 146220; postanowienie SN z 2.10.2008 r. (II CSK 203/08), LEX nr 548801.

⁶⁰ Uchwała z 5.10.1990 r. (III CZP 55/90), OSNC 1991/4, poz. 48.

twie wskazuje się, że jeśli małżonek po ustaniu wspólności majątkowej dokona zakupu jakiegoś przedmiotu majątkowego za pieniądze stanowiące majątek wspólny, to drugiemu małżonkowi przysługuje w ramach podziału majątku wspólnego roszczenie o zasądzenie kwoty odpowiadającej przysługującemu mu udziałowi. W takim przypadku nie działa natomiast zasada surogacji⁶¹.

Sąd, wydając orzeczenie, określa sposób spłat lub dopłat między małżonkami. W tym samym orzeczeniu sąd powinien oznaczyć termin i sposób ich uiszczenia, wysokość i termin uiszczenia odsetek, a w razie potrzeby także sposób ich zabezpieczenia. Wynika to z treści przepisów art. 212 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 1035 k.c. i art. 46 k.r.o. oraz art. 45 § 1 zd. 2 k.r.o. Stosując art. 212 § 3 k.c., sąd powinien uwzględnić składniki majątkowe, które są przedmiotem postępowania działowego, a ponadto kompleksowo stan majątkowy uczestników postępowania działowego, w szczególności czy inne, nieobjęte postępowaniem składniki majątku współwłaściciela zobowiązanego do spłat mogą mieć znaczenie dla możliwości i terminu wywiązania się przez niego z obowiązku spłat, w tym poprzez ewentualną możliwość zaciągnięcia odpowiedniego kredytu. Decydując o terminie spłaty, z uwagi na wysokość dochodów uzyskiwanych przez stronę, sąd powinien mieć na uwadze ich częstotliwość i możliwość ewentualnej jednorazowej spłaty. Zatem sąd, ustalając określony termin, powinien znaleźć złoty środek między możliwościami zarobkowymi jednego z małżonków a interesem drugiego z małżonków. Nadmierne rozciąganie w czasie obowiązku uiszczenia spłaty na jego rzecz prowadziło do pokrzywdzenia strony.

WNIOSKI

Postępowanie dotyczące podziału majątku wspólnego następuje w konsekwencji braku możliwości dojścia do porozumienia stron postępowania w przedmiocie podziału umownego bądź gdy istnieją przeszkody natury faktycznej dotyczące umowy o podział majątku. Problematyka dotycząca podziału nie jest uregulowana w sposób jednolity i kompleksowy w jednym akcie prawnym. Przez to pojawiać się mogą trudności w znalezieniu właściwych przepisów oraz w sposobie ich zastosowania. W toku postępowania o podział majątku wspólnego sąd rozlicza całość stosunków majątkowych między małżonkami według stanu na dzień ustania wspólności majątkowej. Nie uwzględnia się przy tym tych przedmiotów należących do majątku wspólnego, które zostały zbyte w ramach normalnej gospodarki.

Podziału majątku sąd może dokonać w toku postępowania procesowego, np. rozwodowego, albo w oddzielnym postępowaniu nieprocesowym o podział majątku wspólnego. Celem takiego postępowania jest kompleksowe rozstrzygnięcie kwestii spornych dotyczących majątku wspólnego. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 684 k.p.c. sąd ma obowiązek dokładnego zbadania, co wchodzi

⁶¹ Postanowienie SN z 27.04.2017 r. (IV CSK 346/16), LEX nr 2312226.

w skład majątku wspólnego i jaka jest wartość jego poszczególnych składników, a także majątku w całości. Przeprowadzenie w sposób wyczerpujący postępowania dowodowego w celu właściwego ustalenia składników majątku wspólnego i ich wartości jest warunkiem koniecznym do ustalenia wartości nakładów poczynionych przez stronę postępowania z majątku osobistego na majątek wspólny stron, a także oceny, czy ziściły się przesłanki uzasadniające ustalenie nierównych udziałów w majątku wspólnym stron. Dopiero po dokonaniu wyczerpującego postępowania dowodowego, na podstawie stosownych ustaleń, sąd powinien dokonać odpowiednich rozliczeń pomiędzy uczestnikami postępowania. Nie oznacza to, że sąd działa *ex officio* w ustaleniu składu i wartości majątku wspólnego. To na stronach spoczywa powinność wskazania całego majątku podlegającego podziałowi. Zgodnie z treścią przepisu art. 684 k.p.c. ustawodawca nie stworzył dla sądu uprawnień do prowadzenia z urzędu dochodzeń mających na celu ustalenie, czy i jakie składniki majątku należą jeszcze do majątku wspólnego. Ciężar gromadzenia materiału procesowego spoczywa na stronach. Ryzyko sprowadza się do poniesienia przez stronę ujemnych konsekwencji braku wywiązania się z powinności przedstawienia dowodów. Skutkiem braku wykazania przez stronę prawdziwości twierdzeń o faktach istotnych dla sprawy jest tylko to, że twierdzenia takie zasadniczo nie będą mogły leżeć u podstaw sądowego rozstrzygnięcia. Strona, która nie udowodni przytoczonych twierdzeń, utraci korzyści, jakie uzyskałaby aktywnym działaniem.

Podziałowi podlegają tylko te składniki majątku, które wchodziły do niego w momencie ustania wspólności, a jego wartość ustala się według stanu tego majątku oraz cen dokonywania podziału. Jeśli w skład majątku wchodzi nieruchomości, sąd ustala także jej przynależność do majątku wspólnego lub osobistego małżonków. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego ustalenie to powinno zostać dokonane w oparciu o ceny rynkowe, jak również nie powinno uwzględniać obciążeń ustanowionych na majątku (np. hipoteka na nieruchomości), pomimo realnego zmniejszania wartości majątku. Powoduje to, że podział majątku nie wpływa na odpowiedzialność w stosunku do wierzyciela. Jednocześnie rodzi to odpowiedzialność na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach solidarnych. Dzięki temu sąd nie musi rozstrzygać w kwestii spłaty przyszłych zobowiązań wynikających z hipoteki. Dodatkowo zostają zabezpieczone interesy obojga małżonków i jest zmniejszona ingerencja sądu w stosunek powstały między stronami a wierzycielem.

Z uwagi na liczne niewiadome i nasuwające się problemy wynikające z obciążenia hipotecznego najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego idzie w kierunku, aby sąd dokonywał jedynie podziału istniejących w dacie podziału aktywów i decydował o rozliczeniu tych wspólnych długów byłych małżonków, które zostały spłacone przez każdego z nich w okresie między ustaniem wspólności ustawowej a podziałem majątku wspólnego. Umożliwia to zabezpieczenie w sposób porównywalny interesów obojga małżonków. Zmniejsza ingerencję w stosunki powstałe między małżonkami a wierzycielem. Daje mał-

żonkom możliwość większej aktywności, aby we własnym zakresie zbyli nieruchomości, wycenili sami wartość majątku, pod warunkiem że ich propozycja będzie zgodna z cenami rynkowymi, a także nie będzie sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz nie będzie naruszać rażąco interesu jednego z byłych małżonków. Umożliwia aktywność stron w kierunku renegocjowania warunków umowy i odpowiedzialności stron. Dopiero gdy inne sposoby zniesienia współwłasności okażą się niewystarczające, najwłaściwszym sposobem będzie zniesienie współwłasności poprzez sprzedaż nieruchomości. W takiej sytuacji sąd powinien z urzędu wezwać wierzyciela hipotecznego do udziału w sprawie (art. 510 § 2 k.p.c.). W zależności od stanowiska banku sąd może przyznać nieruchomość jednemu z dotychczasowych współwłaścicieli, jeżeli bank zgodzi się na zmianę umowy kredytowej i zwolnienie z długu drugiego małżonka, lub – w razie braku takiej zgody – dokonać sprzedaży licytacyjnej nieruchomości. Pamiętać należy, że podział majątku wspólnego nie prowadzi do zwolnienia się od odpowiedzialności osobistej wobec wierzyciela. W dalszym ciągu małżonkowie pomimo zakończonego postępowania odpowiadają solidarnie za zobowiązania i po ich stronie spoczywa powinność spłaty długu u wierzyciela.

Skład majątku wspólnego ustala się według chwili ustania wspólności majątkowej, a jego wartość według stanu tego majątku oraz cen rynkowych bez obciążeń w chwili dokonania podziału. Z najnowszych orzeczenia Sądu Najwyższego wynika kilka istotnych przesłanek. Pierwszą z nich jest dopuszczalność zawarcia umowy o częściowym podziale majątku wspólnego przed wydaniem wyroku ustalającego rozdzielną majątkową, drugą – ważność tej umowy uzależniona od konwalidacji przez wyrok sądu obejmujący datę wsteczną poprzedzającą dokonanie umownego podziału, trzecią – że stan majątku wspólnego należy rozumieć jako przynależność określonych rzeczy i praw do tego majątku, a nie ich właściwość. Kolejną przesłanką będzie dobrowolność w zawarciu przez obie strony takiej umowy i późniejsze jej egzekwowanie przez strony oraz wskazówka dla sądu rozpoznającego sprawę z zakresu podziału majątku, który powinien zbadać, czy strony już w trakcie istnienia wspólności nie zawarły umowy dotyczącej podziału majątku wspólnego. Zatem w takim przypadku sąd powinien z urzędu wypytać strony, czy taka umowa istnieje i kiedy została zawarta. Sąd Najwyższy w uchwale z 23.02.2018 r., konwalidując tego typu umowę, akcentował zmianę zapatrywania na dotychczasowe brzmienie art. 35 k.r.o. i zalegalizowanie czynności prawnej zakazanej lub niemożliwej w czasie, w którym ona istnieje, oraz nadanie skuteczności, wskazując jednocześnie przy tym na charakter działania wyroku wstecz, zwiększył ochronę małżonków przed odpowiedzialnością za długi i zobowiązania jednego z małżonków.

Zgodnie z dyspozycją treści art. 45 § 1 zdanie 2 k.r.o. każdy z małżonków może żądać zwrotu wydatków i nakładów, które poczynił ze swojego majątku osobistego na majątek wspólny. Uprawnienie takie nie znajduje zastosowania

w przypadku wydatków i nakładów, które zostały zużyte w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba że zwiększyły wartość majątku w chwili ustania wspólności. W takiej sytuacji zwrotu dokonuje się przy podziale majątku wspólnego, jednakże sąd może nakazać wcześniejszy zwrot, jeżeli wymaga tego dobro rodziny. Roszczenie o zwrot nakładów jest roszczeniem o charakterze obligacyjnym. Przez to może być kierowane tylko przeciwko właścicielowi, który nabył rzecz z nakładami. Zgłoszenie rozliczeń z tego tytułu powinno zawierać precyzyjne oznaczenie wysokości żądanej kwoty.

Konkludując, należy stwierdzić, że najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego daje nowe spojrzenie na problematykę podziału majątku. Wiele można zarzucić nowym koncepcjom, jednakże w tekście poczynione były starania, aby pokazać zalety kierunku, w jakim zmierza orzecznictwo i praktyczne wykorzystanie wskazanych orzeczeń. Problem jest dosyć istotny dla praktyki, ponieważ w dalszym ciągu nie ma jednej właściwej reguły, a tym bardziej jednej regulacji obejmującej kompleksowo zagadnienie podziału majątku. Uznać to należy za bolączkę, z jaką powinny mierzyć się w dalszym ciągu sądy powszechne i przedstawiciele doktryny.

ABSTRACT

Marek Kułak

The author is an advocate trainee (District Bar Association in Krakow), a doctoral student at the Jagiellonian University in Krakow.

Court valuation of property in the procedure for determination of unequal shares in the common property – remarks regarding selected rulings of the Supreme Court

The article analyses the issue of court determination of the composition and value of common property which is subject to division, regardless of the procedure in the light of the current case law of the Supreme Court. Issues related to the evidentiary proceedings and the burden of proof for this category of cases, valuation of the real estate with the mortgage encumbered by it, time limits to determine the value, as well as the problem of settling mutual outlays on joint property were clarified. The article takes into account the most recent rulings of the Supreme Court covering the issues discussed and presents positions of representatives of the doctrine. The article deals with practical advantages resulting from the Supreme Court rulings, which mainly focused on positive aspects of the judgments referred to.

Keywords: joint property of spouses, unequal shares in joint property, division of property, evidence proceedings in divisional proceedings, mortgage, market price

Marek Kułak

ORCID 0000-0002-7129-8794, e-mail: marek.kulak@doctoral.uj.edu.pl

Autor jest aplikantem adwokackim (ORA w Krakowie), doktorantem na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Biernat Jakub, *Rodzinne prawo, umowa o podział majątku wspólnego małżonków, rozdzielnosc majątkowa, nieważność czynności prawnej – glosa do uchwały SN z 23.02.2018 r. (III CZP 103/17)*, LEX nr 346984

Dalka Sławomir, *Podstawy postępowania cywilnego*, Gdańsk 1989

Dalka Sławomir, *Sądowe postępowanie cywilne*, Gdańsk 1984

Grajewski Artur, *Podział majątku wspólnego a zwolnienie byłego małżonka z długu*, „Palestra” 2016/11

Gudowski Jacek (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2016, t. 4

Harosz Piotr (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019

Jakubecki Andrzej, *Kontradiktoryjność a poznanie prawdy w procesie cywilnym w świetle zmian kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 1998/10, poz. 63

Jędrejek Grzegorz, *Ustalenie wartości nakładów z majątku wspólnego na majątek osobisty małżonka*, „Monitor Prawniczy” 2013, s. 175

Kułak Marek, *O prawie do dywidendy po dacie skutecznego zbycia udziałów spółki, wbrew woli współmałżonka – glosa do postanowienia SN z 12.01.2018 r. (II CSK 220/17)*, „Palestra” 2019, s. 98

Kułak Marek, *Specyfika postępowania dowodowego w sprawach o rozwód ze szczególnym uwzględnieniem problematyki ciężaru dowodu* (w:) *Rodzina i prawo*, red. D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Widel-Domaradzka, Bydgoszcz 2017

Madaj Stanisław, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1978

Osajda Konrad, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2017, t. 5

Piątowski Józef S., *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985

Skowrońska-Bocian Elżbieta, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2002

Stecki Leopold, *Glosa do orzeczenia SN z 2.03.1972 r. (III CZP 100/71)*,
OSPika 1973/9, poz. 150

Stecki Leopold, *Ustanie ustawowej wspólności małżeńskiej majątkowej*,
Warszawa 1968

Sychowicz Marek (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. K. Piasecki,
Warszawa 2006

Walasik Marcin, *Rozstrzyganie o wydatkach lub nakładach na majątek osobisty małżonka w sprawie o podział majątku wspólnego*, „Polski Proces Cywilny” 2011, s. 129

A Artykuły

Tomasz A. Zienowicz

PROBLEMATYKA ZWIĄZANA Z BRAKIEM DEFINICJI LEGALNEJ POJĘCIA „SWAP” W POLSKIM SYSTEMIE PRAWA – UWAGI *DE LEGE FERENDA*

Istotą artykułu jest próba przedstawienia definicji pojęcia swapu. Przyczyną przedmiotowych rozważań jest fakt polegający na tym, że w polskim porządku prawnym nie ma legalnej definicji swapu. Problematyka związana ze źródłami prawa posługującymi się badanym pojęciem oraz literatura przedmiotu wskazanego w artykule pozwalają na zebranie i uporządkowanie cech noszących znamiona konstytutywnych i pozwalających na próbę budowy definicji pojęcia „swap”.

Pojęcie „swap” pojawia się w prawodawstwie unijnym, szeroko regulowane jest w prawie amerykańskim, jak też poszczególnych systemach prawnych krajów rozwiniętych pod względem obrotu instrumentami finansowymi. Na gruncie prawa polskiego – jak się wydaje – podstawowym aktem prawnym podejmującym przedmiotową problematykę jest ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹. Pojęcie to występuje obecnie trzynastą razy we wskazanej ustawie, jednak ani ona, ani inny polski akt prawny nie definiują – co do zasady – pojęcia „swap”. W poszukiwaniu zdefiniowanego pojęcia odpowiadającego wymaganiom logiki klasycznej w zakresie budowania definicji warto zaznajomić się z wiodącymi – najszerzej ujmującymi owo pojęcie – opracowaniami doktryny prawnej, w szczególności literatury przedmiotu oraz orzecznictwa. Wskazać tu jednakowoż należy, że w sytuacji gdy ustawodawca

¹ Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2021 r. poz. 328).

nie zdecydował się na budowę definicji, owe poszukiwania nie mogą dotyczyć definicji legalnej.

W obrocie bankowym umowy swap występują bardzo często. Zarówno po stronie banków, jak i ich klientów wolumen i skala zastosowania tego typu umów wymaga regulacji wzmacniających bezpieczeństwo tego obrotu i dotyczących kwestii potencjalnych sporów związanych z praktycznym wykonywaniem tych umów. Istotą artykułu jest próba przedstawienia propozycji legalnej definicji swapu za pomocą metodologii normatywnej połączonej z metodologią rozwiązywania zagadnień dotyczących problematyki *de lege ferenda* w zakresie legalnej definicji pojęcia „swap”. Orzecznictwo wydane wokół problematyki pojęcia „swap” oraz wskazana w artykule literatura przedmiotu pozwalają na zgromadzenie i uporządkowanie cech noszących znamiona konstytutywnych pojęcia „swap”, co pozwala na zakwalifikowanie przedmiotowych rozważań jako artykułu koncepcyjnego. Wprowadzenie definicji legalnej umowy swap pozwoliłoby w praktyce na szersze zastosowanie tego typu umów w obrocie bankowym, co mogłoby wpłynąć na konkurencyjność i bezpieczeństwo usług w obszarze obrotu instrumentami finansowymi.

Problematyka dotycząca swapów pojawia się też często w orzecznictwie. Występuje ona w szczególności w zakresie kwestii podatkowych. Jedna z wiodących tez orzeczenia głosi, że wynagrodzeniem z tytułu operacji na swapach walutowo-procentowych jest kwota dodatniego wyniku zrealizowanego w danym okresie rozliczeniowym. Orzecznictwo wskazuje, że skoro podstawą opodatkowania jest całość świadczenia, to nie może być uznany za to świadczenie przedmiot poszczególnych usług. Świadczeniem na rzecz banku nie jest wartość środków podlegających wymianie w ramach transakcji swapu walutowego albo walutowo-procentowego. To, co stanowi rzeczywiste, realne, nowe świadczenie banku, to zysk i marża, jaką bank odnosi. Dlatego podstawą opodatkowania powinien być ten ekwiwalent, czyli wynagrodzenie za obracanie pieniędzem w różnej formie. Aby wyliczyć podstawę opodatkowania, można zsumować kwotę dodatnich przepływów finansowych osiągniętą w danym okresie rozliczeniowym – miesięcznym – na określonych rodzajach instrumentów pochodnych i pomniejszyć ją o sumę ujemnych przepływów finansowych osiągniętych w tym samym okresie na tym samym rodzaju instrumentów finansowych². Niewątpliwie jest, że przytoczony fragment orzeczenia dotyczy swapów walutowo-procentowych, które, co do zasady, są kwotą dodatniego wyniku zrealizowanego w danym okresie rozliczeniowym. Wskazać także wypada, że tzw. pozycja FX Swap składa się z dwóch integralnie powiązanych ze sobą operacji wymiany. Pierwsza z nich to wymiana walut (sprzedaż/kupno waluty X za walutę Y) w wyznaczonym dniu i po określonym kursie (FX Spot lub FX Forward). Druga transakcja to zwrotna operacja wymiany tych samych walut w przyszłości po kursie walutowym uzgodnionym na moment zawarcia pierwszej operacji (FX

² Wyrok WSA w Warszawie z 11.08.2011 r. (III SA/Wa 3307/10), LEX nr 1096098.

Forward). Transakcje FX Swap są z zasady rzeczywiste³, ale bank dopuszcza także użycie tego instrumentu do rozliczenia różnicowego⁴.

SWAP W LITERATURZE PRZEDMIOTU – ZAGADNIENIA OGÓLNE

Literatura przedmiotu wskazuje, że na rynkach finansowych stosuje się kilka typów umów o kredytowy instrument pochodny, np. swap na zaprzestanie obsługi długów (ang. *credit default swap* – CDS)⁵, swap na zwrot całkowity (ang. *total return swap*)⁶, transakcja zmiany marż kredytowych (ang. *credit-spread swap*). Umowy te na gruncie prawa cywilnego należy zakwalifikować do kategorii umów nienazwanych. Na gruncie ustawy – Prawo bankowe również nie podjęto próby definicji tego rodzaju umów, może ze względu na ich liczbę oraz niejednorodność. Podkreślona została tylko ich najistotniejsza cecha, czyli przeniesienie całości bądź części ryzyka związanego z wierzytelnościami banku. Ze względu na istotę swap to banki są przede wszystkim zainteresowane skutecznym obniżaniem ryzyka. Poszukiwanie jednak odpowiedniego kontrahenta jest przedsięwzięciem trudnym, ponieważ kontrakty swap nie są standaryzowane, a parametry transakcji są zazwyczaj negocjowane⁷. Generalnie wskazać należy, że w obrocie bankowym umowy nienazwane o kredytowy instrument pochodny typu *credit default swap*, *total return swap*, *credit-spread swap* są najpopularniejszą formą swapów. Wśród nich największą częstotliwością zastosowania na otwartym rynku charakteryzują się umowy *credit default swap* (CDS)⁸. Umowa

³ Jest to co do zasady kontrakt realny, tj. podlegający rozliczeniu, a mianowicie waluta będąca przedmiotem wymiany jest dostarczana, natomiast kontrakt tzw. bez dostawy polega li tylko na rozliczeniu różnicy kursowej, o ile ona faktycznie występuje.

⁴ Wyrok NSA z 21.05.2014 r. (I FSK 904/13), CBOSA.

⁵ Decyzja Urzędu Nadzoru EFTA Nr 394/11/COL z 14.12.2011 r., zmieniająca po raz osiemdziesiąty trzeci zasady proceduralne i merytoryczne w dziedzinie pomocy państwa poprzez dodanie nowego rozdziału dotyczącego stosowania od 1.01.2012 r. reguł pomocy państwa w odniesieniu do środków wsparcia na rzecz banków w kontekście kryzysu finansowego; wyrok WSA w Warszawie z 18.01.2013 r. (III SA/Wa 1564/12), CBOSA.

⁶ Według nieobowiązującego już rozporządzenia Ministra Finansów z 18.11.2009 r. w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania całkowitego wymogu kapitałowego, w tym wymogów kapitałowych, dla domów maklerskich oraz określenia maksymalnej wysokości kredytów, pożyczek i wyemitowanych dłużnych papierów wartościowych w stosunku do kapitałów jest to transakcja zamiany przychodu całkowitego, która generuje: pozycję długą z tytułu ryzyka ogólnego stóp procentowych dla zobowiązania referencyjnego, pozycję krótką z tytułu ryzyka ogólnego stóp procentowych dla obligacji rządowej, zapadającej w najbliższym terminie przeliczowania stopy procentowej, której przypisuje się wagę ryzyka równą 0% w rachunku wymogu kapitałowego z tytułu ryzyka kredytowego na podstawie metody standardowej, pozycję długą z tytułu ryzyka szczególnego cen instrumentów dłużnych dla zobowiązania referencyjnego.

⁷ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz do art. 92d prawo bankowe*, Warszawa 2013, LEX/el. Autor w cytowanym fragmencie odnosi się – co istotne – do problematyki sekurytyzacji syntetycznej.

⁸ Według nieobowiązującego już rozporządzenia Ministra Finansów z 18.11.2009 r. w sprawie

CDS jest umową nienazwaną, dwustronną, przy czym dłużnik (dłużnicy) z tytułu wierzytelności zabezpieczanych tą umową nie jest jej stroną. Stronami tej umowy są bank, który kupuje zabezpieczenie, i podmiot, który udziela ochrony kredytowej. Podmiot ten na podstawie umowy zobowiązany jest do zapłaty bankowi, jeśli wystąpi zdarzenie kredytowe zdefiniowane w umowie, np. złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika, niewywiązanie się przez dłużnika z zapłaty kilku kolejnych rat kredytu. CDS jest instrumentem pochodnym i stosuje się go jako technikę ograniczania ryzyka kredytowego⁹. Zabezpieczeniem mogą być prawa z instrumentów finansowych zapisanych na rachunku papierów wartościowych lub na innym rachunku w rozumieniu przepisów ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹⁰. W rozumieniu przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi kategoria instrumentów finansowych jest szersza niż kategoria papierów wartościowych¹¹. Na poparcie tej tezy wskazać można, że ustawodawca zdecydował się wprowadzić ongiś nową postać sekurytyzacji bankowej. I tak w art. 92d Prawa bankowego wprowadza się model tzw. sekurytyzacji syntetycznej. W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe ze stycznia 2007 r. wyjaśniono, że partnerem banku (inicjatora sekurytyzacji) może być w zasadzie każdy podmiot¹². Zawiera on z bankiem „umowę o kredytowy instrument pochodny lub inną umowę, na

zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania całkowitego wymogu kapitałowego, w tym wymogów kapitałowych, dla domów maklerskich oraz określenia maksymalnej wysokości kredytów, pożyczek i wyemitowanych dłużnych papierów wartościowych w stosunku do kapitałów jest to transakcja zamiany ryzyka kredytowego, która generuje syntetyczną pozycję długą z tytułu ryzyka szczególnego cen instrumentów dłużnych dla zobowiązania podmiotu referencyjnego, chyba że instrument pochodny posiada ocenę wiarygodności kredytowej nadaną przez ECAI oraz spełnia warunki dotyczące pozycji dłużnych o obniżonym ryzyku, o których mowa w § 28 załącznika nr 3 do tego rozporządzenia, w którym to przypadku generowana jest długa pozycja z tytułu ryzyka szczególnego cen instrumentów dłużnych dla tego instrumentu pochodnego.

⁹ A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz do art. 92d prawa bankowego*, Warszawa 2013. Tu podobnie rozważania dotyczą sekurytyzacji syntetycznej.

¹⁰ Pojęcie instrumentów finansowych określone jest w art. 2 ust. 1 tej ustawy i obejmuje papiery wartościowe oraz niebędące papierami wartościowymi: tytuły uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania, instrumenty rynku pieniężnego, finansowe kontrakty terminowe oraz inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie, umowy forward dotyczące stóp procentowych, swapy akcyjne, swapy na stopy procentowe, swapy walutowe, opcje kupna lub sprzedaży instrumentów finansowych, opcje na stopy procentowe, opcje walutowe, opcje na takie opcje oraz inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie, prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od wartości oznaczonych co do gatunku rzeczy, określonych rodzajów energii, mierników i limitów wielkości produkcji lub emisji zanieczyszczeń (pochodne instrumenty towarowe), inne instrumenty, jeżeli zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym na terytorium państwa członkowskiego lub są przedmiotem ubiegania się o takie dopuszczenie.

¹¹ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, cz. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, cz. 2, *Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, Warszawa 2009, komentarz do art. 752¹.

¹² Ustawa z 7.12.2006 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2006 r. nr 245 poz. 1775).

podstawie której następuje przeniesienie całości lub części ryzyka związanego z wierzytelnościami tego banku”. Chodzi tu o umowy inne niż wymienione w art. 92a Prawa bankowego (umowy nienazwane), a mianowicie niektóre postacie swap, transakcje zmiany marż kredytowych. Różnorodność „umów o kredytowy instrument pochodny” pociągnęła za sobą rezygnację ustawodawcy z próby ustawowego ich określenia, wyeksponowano jedynie ich cechę w postaci przeniesienia całości lub części ryzyka związanego z wierzytelnością bankową¹³. Uzasadnienie do tych projektów ustaw milczy na temat problematyki definicji regulowanych tam pojęć. Posiłkując się literaturą przedmiotu, wskazać wypada, że do instrumentów pochodnych zalicza się w szczególności transakcje terminowe, takie jak kontrakty *forward* lub *futures*, opcje oraz kontrakty swap. W świetle definicji zawartych w nieobowiązującym już rozporządzeniu Ministra Finansów z 12.12.2001 r. kontrakt *forward* oznacza umowę nakładającą na jedną stronę obowiązek dostarczenia, a na drugą – odbioru aktywów o określonej ilości, w określonym terminie w przyszłości i po określonej cenie ustalonej w momencie zawierania kontraktu¹⁴. Kontrakt *futures* to umowa o określonej, standardowej charakterystyce, będąca przedmiotem publicznego obrotu, nakładająca na jedną stronę obowiązek dostarczenia, a na drugą – odbioru aktywów o określonej ilości, w określonym terminie w przyszłości i po określonej cenie, ustalonej w momencie zawierania kontraktu. Opcja to kontrakt, w wyniku którego jednostka nabywa prawo kupna – opcja kupna (*call*) lub sprzedaży – opcja sprzedaży (*put*) aktywów podstawowych po określonej z góry cenie i w określonym czasie. Natomiast kontrakt swap to umowa zamiany przyszłych płatności na warunkach z góry określonych przez strony¹⁵. Spośród dostępnych na rynku finansowym instrumentów pochodnych największy spór wzbudziły transakcje typu swap. Swap to umowa pomiędzy dwiema stronami, które zobowiązują się do dokonania przyszłych płatności według ściśle określonych zasad. Płatności te związane są z instrumentami dłużnymi lub walutami obcymi. Z tego względu dzielimy swapy na: procentowe (IRS – *interest rate swap* oraz CIRS – *currency interest rate swap*) oraz walutowe¹⁶.

Według innego ujęcia swap to umowa regulująca okresową wymianę zobowiązań lub wymianę strumieni płatności między stronami według wcześniej określonych zasad. W umowie strony ustalają takie elementy, jak: waluta lub waluty płatności, termin zapadalności, cena transakcji, moment rozpoczęcia czy też częstotliwość płatności. Podkreśla się także brak fizycznej dostawy w wykonaniu rozliczenia kontraktu. Jako trzy podstawowe rodzaje kontraktów swap,

¹³ *Prawo bankowe. Komentarz do art. 92(d)*, red. E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2007.

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Finansów z 12.12.2001 r. w sprawie szczegółowych zasad uznawania, metod wyceny, zakresu ujawniania i sposobu prezentacji instrumentów finansowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 277).

¹⁵ C. Kosikowski, *Finanse publiczne. Komentarz do art. 141 ustawy o finansach publicznych*, Warszawa 2008.

¹⁶ *Dyrektywa VAT. Polska perspektywa. Komentarz*, red. R. Namysłowski, D. Pokrop, Warszawa 2012; por. wyrok WSA w Warszawie z 26.02.2015 r. (III SA/Wa 1217/14), CBOSA.

determinujące sposób naliczania płatności, wskazuje się swapy odsetkowe (każda z płatności obliczana jest według innej stopy procentowej), swapy walutowe (każda z płatności obliczana jest z zastosowaniem przeliczenia według kursu wskazanej waluty) oraz swapy towarowe (wartość płatności determinuje wartość określonego towaru; jedna ze stron zobowiązuje się zapłacić cenę stałą, druga – cenę zmienną). Według definicji prawnobilansowej swap to umowa zamiany przyszłych płatności na warunkach z góry określonych przez strony¹⁷. Jeżeli zawarto umowę swapu walutowego rozliczanego w sposób rzeczywisty, stanowi ona umowę nienazwaną, dwustronnie zobowiązującą, konsensualną, odpłatną, wzajemną, przysparzającą i kauzalną (*causa obligandi vel acquirendi*). Nie można jej uznać za umowę sprzedaży ani zamiany, ponieważ obejmuje ona wyłącznie świadczenia pieniężne (w różnych walutach). Nie jest to umowa losowa. W przypadku gdy omawianą umowę – w dacie końcowej – rozlicza się w sposób nierzeczywisty, umowa ta ma charakter nienazwany, konsensualny, dwustronnie zobowiązujący (z tym że w dacie końcowej zobligowana do spełnienia świadczenia jest tylko jedna strona), przysparzający, kauzalny, a także – w zakresie świadczeń spełnianych w dacie początkowej – odpłatny i wzajemny. Można ją zakwalifikować jako umowę losową stanowiącą szczególny rodzaj zakładu w rozumieniu art. 413 Kodeksu cywilnego¹⁸, ponieważ finalne świadczenie zależy od trafności przewidywań stron co do kształtowania się kursu walutowego (zdarzenia niepewnego) w końcowej dacie rozliczenia¹⁹.

Rekapitułując dotychczasowe rozważania judykatury i doktryny, wskazać należy, że w większości wypadków umowa swap ma charakter rzeczywisty, jest umową nienazwaną, dwustronnie zobowiązującą, konsensualną, odpłatną, wzajemną, przysparzającą i kauzalną (*causa obligandi vel acquirendi*), rozlicza się ją jednak w sposób nierzeczywisty, tj. bez dostawy, to znaczy bez fizycznego wydania przedmiotu umowy – istotą rozliczenia bez dostawy jest dokonanie czynności przeciwnej w skutkach do czynności pierwotnej w celu obliczenia różnicy do rozliczenia. Tu dokonując porównania wcześniej zaprezentowanej definicji, należy zwrócić uwagę, że co do zasady, umowa typu swap ma charakter nierzeczywisty (nierealny, bez wydania), zatem nie sposób się zgodzić z przyjętym w definicji rodzajem wskazującym na rzeczywisty charakter tej umowy. Umowy typu swap nie można uznać za umowę sprzedaży ani zamiany, ponieważ obejmuje ona wyłącznie świadczenia pieniężne. Umowa ta reguluje okresową wymianę zobowiązań lub wymianę strumieni płatności między stronami według wcześniej określonych zasad. W umowie strony ustalają takie elementy jak: waluta lub waluty płatności, termin zapadalności, cena transakcji, moment rozpoczęcia czy też częstotliwość płatności. Podkreśla się także brak fizycznej dostawy w wykonaniu rozliczenia kontraktu, stąd jej nierzeczywisty

¹⁷ J. Sekita, *Opodatkowanie dochodów osób fizycznych z inwestowania i lokacji majątku*, Warszawa 2011, komentarz do rozdziału 13.

¹⁸ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), dalej k.c.

¹⁹ T. Czech, *Kwalifikacja prawna umowy opcji walutowej*, Warszawa 2014, teza 4.

charakter. Tu wskazać należy, że trudno byłoby się zgodzić również z tym, że jest to umowa zamiany przyszłych płatności na warunkach z góry określonych przez strony. Jak wskazano wyżej, nie można uznać tej umowy za umowę zamiany ani sprzedaży. Ta kwestia wymaga rozstrzygnięcia na obecnym etapie. Otóż przez umowę zamiany rozumiemy to, że każda ze stron zobowiązuje się przenieść na drugą stronę własność rzeczy w zamian za zobowiązanie się do przeniesienia własności innej rzeczy (art. 603 k.c.). Niewątpliwie pieniądze są rzeczami, wprawdzie *sui generis*, ale są²⁰. Umowa zamiany zobowiązuje do przeniesienia własności rzeczy, umowa typu swap, skoro jest umową dwustronnie zobowiązującą, także spełnia ten warunek. Jednakże umowa zamiany jest umową, w której świadczenia stron są identyczne²¹. Umowa swap nie musi spełniać tego warunku. Więcej – przy skrajnie niekorzystnym scenariuszu rynkowym dla jednej ze stron kontraktu umowa ta może być świadczeniem niewspółmiernym do świadczenia wzajemnego. Na tym zasadza się istota redukcji ryzyka kursowego czy innego przez podmioty stosujące tego typu umowy. Swap to bowiem umowa pomiędzy dwiema stronami, które zobowiązują się do dokonania przyszłych płatności według ściśle określonych zasad. Płatności te związane są z instrumentami dłużnymi lub walutami obcymi. Z tego względu dzielimy swapy na: procentowe (IRS – *interest rate swap* oraz CIRS – *currency interest rate swap*) oraz walutowe, jak też swap na zaprzestanie obsługi długów (ang. *credit default swap* – CDS), swap na zwrot całkowity (ang. *total return swap*), transakcja zmiany marż kredytowych (ang. *credit-spread swap*) oraz walutowo-procentowy, który, co do zasady, jest kwotą dodatniego wyniku zrealizowanego w danym okresie rozliczeniowym. Całkowicie nie można się zgodzić z przyjęciem, że umowa typu swap mogłaby być umową losową. Nie można bowiem mylić przewidywań opartych na wiedzy ekonomicznej z grą w rozumieniu art. 413 k.c. Wskazany przepis co do zasady, jak i sama ustawa (k.c.) nie definiują gry, tylko wskazują, że kto spełnia świadczenie z gry lub zakładu, nie może żądać zwrotu, chyba że gra lub zakład były zakazane albo nierzetelne. Roszczeń z gry lub zakładu można dochodzić tylko wtedy, gdy gra lub zakład były prowadzone na podstawie zezwolenia właściwego organu państwowego. Natomiast w zakresie problematyki dotyczącej pojęcia gier wskazać należy, że grami losowymi są gry, w tym urządzone przez sieć Internet, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku²². Nie można także twierdzić, że umowa typu swap jest oparta na przypadku. Jest ona obarczona ryzykiem i jako taka zawiera w sobie element niepewności, ale nie jest to przypadek, który powinien być wyraźnie tu odróżniony od ryzyka towarzyszącego każdej umowie cywilnoprawnej i szerzej – ludzkiemu działaniu.

Nadal jednak pomimo pewnych różnic w rodzaju czy też różnicy gatunkowej

²⁰ Wyrok SN z 4.12.1998 r. (III CKN 49/98), niepubl.

²¹ R. Trzaskowski, C. Żuławska (w:) T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, P. Drapała, J. Gudowski, T. Wiśniewski, *Komentarz do ustawy kodeks cywilny*, Warszawa 2018, komentarz do art. 603 k.c.

²² Art. 2 ust. 1 ustawy z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 165).

nie nasuwa się, poprzez analizę na temat przedmiotowej umowy, taki zestaw cech, które mogłyby się składać na rodzaj omawianej umowy, który prowadziłby do powstania definicji umowy swap. W budowie definicji pojęcia „swap” pomóc może najpopularniejszy podręcznik ekonomiczny dotyczący instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi²³, a mianowicie podręcznik *Kontrakty terminowe i opcje* Johna Hulla. Autor ten podaje, że swap to umowa zawierana między dwiema spółkami polegająca na wymianie przyszłych płatności według wcześniej określonych zasad²⁴. Prócz tego, że definicja ta ma charakter ekonomiczny, nieuwzględniający w żadnej mierze nomenklatury i siatki pojęć uregulowanych w prawie, należy rozstrzygnąć i wyjaśnić kilka zasadniczych kwestii związanych z tak zaprezentowanym rozwiązaniem problemu zdefiniowania pojęcia „swap”.

ZAGADNIENIA NATURY BADAWCZEJ (PRAKTYCZNEJ) – UWAGI DE LEGE FERENDA

W pierwszej kolejności nasuwa się tu pytanie – w nawiązaniu do przedstawionej definicji – dlaczego pomiędzy spółkami? Takie ujęcie problematyki wskazywałoby na fakt, że *a contrario* inne podmioty niebędące spółkami nie mogą być stronami umowy typu swap. Już z cytowanego orzecznictwa i literatury przedmiotu wiemy, że nie sposób zgodzić się i z takim zapatrywaniem na badaną materię. Drugim zasadniczym problemem jest tu kwestia zasad, o jakich mowa we wzmiankowanej definicji. Otóż autor we wskazanym podręczniku nie podaje, o jakie zasady chodzi w owej definicji swapów, jednak niejako od razu przechodzi do omówienia poszczególnych rodzajów swapów²⁵. Takie ujęcie problemu wskazuje na fakt, że zastosowanie określonych reguł i instrumentów będących przedmiotem swapu wskazywałoby na ich agregację czynioną za pomocą najczęściej stosowanych zasad dotyczących zawierania tego typu umów. Zasady te, które można niejako ubrać w rodzaje swapów, są zasadami powtarzającymi się oraz definiowalnymi, jednakowoż oparte są na swobodzie umów, a jeśli swap jest tu rozpatrywany z punktu widzenia budowy definicji, to ogólne ujęcie w swobodę umów będzie bardziej właściwe niż enumeratywne przedstawianie rodzajów swapów. Następną kwestią jest określenie w definicji wymiany. Jak wcześniej wskazano, umowa typu swap nie jest umową zamiany (wymiany – ekon.), ale jest lub może być i najczęściej taka jest – umową nierzeczywistą, tj. bez dostawy, czyli taką, która nie prowadzi do rzeczywistego otrzymania przedmiotu umowy (wydania), a tylko do rozliczenia jej w przyszłości. Toteż patrząc na tę problematykę z tak zarysowanego punktu widzenia, wskazać należy, że swap to umowa zawarta między stronami polegająca na rozliczeniu przyszłych

²³ Konstrukcja ta pochodzi z art. 2 polskiej ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2017 r. poz. 1768).

²⁴ J. Hull, *Kontrakty terminowe i opcje*, Warszawa 1998, s. 161.

²⁵ J. Hull, *Kontrakty...*, s. 161–218.

płatności na określonym przez te strony instrumencie finansowym lub innego rodzaju świadczeniu (by nie ograniczać się tylko do instrumentu finansowego). Jednak tak przedstawionego problemu także nie sposób uznać za definicję, ale za pewne niezbędne minimum do jej budowy.

Zanim przejdziemy do propozycji budowy definicji omawianego pojęcia, należy, jak się wydaje, rozprawić się z kwestiami teoretycznymi dotyczącymi samej budowy definicji, by uzmysłwić sobie, jaką ma rolę owa definicja i jakiej budowy czy inaczej charakteru ma ona być, by spełniała postulaty definicji zupełnej i wyczerpującej, tak jak cechy nazw w logice formalnej²⁶. Wychodząc od klasycznego najdalej idącego podziału pomiędzy definicją realną, tj. taką, która w swej treści zawiera charakterystykę przedmiotu definiowanego oraz jego specyfikę, a definicją nominalną, która ze swej istoty informuje o znaczeniu danego słowa i zalicza się do wypowiedzi w języku drugiego stopnia w przeciwieństwie do tej pierwszej, wskazać tu należy, że w tym wypadku mamy do czynienia z definicją nominalną²⁷. Wydaje się, że pojęcie swapu należy zdefiniować za pomocą klasycznej definicji w myśl zasady *definitio fit per genus et differentiam specificam*²⁸. Definicja utrwalonym zdaniem nauki musi spełniać określone postulaty, prócz tego, że musi być zupełna i wyczerpująca, nadto powinna podawać własność (właściwość) określonego gatunku, nie może ona zawierać terminu definiowanego, ściśle odpowiadać gatunkowi definiowanemu, nie może być niejasna oraz powinna być tworzona za pomocą sformułowań pozytywnych, a nie negatywnych (zaprzeczeń) tam, gdzie to – rzecz jasna – możliwe²⁹.

WNIOSKI

Mając na uwadze te oraz wszelkie inne wynikające z nauki logiki praktycznej założenia, należy podjąć próbę zdefiniowania pojęcia „swap”. Zaczynając od *genus*, wskazać należy, że swap to umowa. Precyzując, można byłoby wskazać, że umowa ta ma charakter nienazwany, dwustronnie zobowiązujący, konsensualny, odpłatny, wzajemny, przysparzający i kauzalny oraz nierealny. Jednakże takie doprecyzowanie jest zadaniem doktryny, która omawia i bada poszczególne instytucje prawne, natomiast definicja nie musi zawierać takiej specyfikacji. Jednakowoż problematyka *differentiam specificam* tej definicji powinna dać odpowiedź na pytanie, jaka to umowa. Prócz zaprezentowanych wcześniej cywilnoprawnych dystynkcji mających ogólny charakter lokowania umów poprzez ich podział wedle znanych kryteriów wskazać należy na istotę specyfiki przedmiotowej umowy. Uchwycenie tej istoty da możliwość dokonania identyfikacji umowy według wcześniej wymienionych kryteriów podziału, także i w zakresie ustalenia – co oczywiste – że umowa ta jest umową nienazwaną. Otóż omawia-

²⁶ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1995, s. 27.

²⁷ Z. Ziemiński, *Logika...*, s. 44–45.

²⁸ Zasada ta głosi, że definiować należy poprzez podanie rodzaju i różnicy gatunkowej.

²⁹ W.S. Jevons, *Logika*, Warszawa 1922, s. 87–88.

na umowa jest umową wymiany zobowiązań lub wymiany płatności między stronami według wcześniej określonych zasad, na które składają się co najmniej takiej elementy jak: waluta, termin obowiązywania i cena wymiany. Ten zestaw konstytutywnych cech zebranych w możliwie minimalny zbiór stanowić ma wyróżnik od innych umów nienazwanych – w szczególności zawieranych na rynkach finansowych, a dotyczących obrotu instrumentami finansowymi w rozumieniu nomenklatury zaproponowanej przez polską ustawę regulującą przedmiotowy zakres.

Na zakończenie należy zadać pytanie, jaki jest w ogóle cel umieszczania tego typu definicji w ustawie. Tu na myśl przychodzi regulacja o obrocie instrumentami finansowymi, w której powinna znaleźć się omawiana definicja. Wskazać wypada, że w ustawie lub innym akcie normatywnym formułuje się definicję danego określenia, jeżeli: dane określenie jest wieloznaczne, dane określenie jest nieostre, a jest pożądane ograniczenie jego nieostrości, znaczenie danego określenia nie jest powszechnie zrozumiałe, ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia³⁰. W kontekście tej regulacji można stwierdzić, że właściwie spełnione są wszystkie cztery przesłanki do tego, by zdefiniować pojęcie „swap” w polskim systemie prawnym. Niewątpliwie pojęcie „swap” jest wieloznaczne. Jak wykazano w niniejszym opracowaniu, zawiera różne odmiany (rodzaje) tego pojęcia, co pociąga za sobą jego nieostrość. Jest pojęciem specjalistycznym, co wpływa na brak jego powszechnego rozumienia, oraz w dziedzinie obrotu instrumentami finansowymi jest jednym z kluczowych pojęć stosowanych do opisania przedmiotowego obrotu.

Jak wskazuje przepis, jeżeli określenie wieloznaczne występuje tylko w jednym przepisie prawnym, jego definicję formułuje się tylko w przypadku, gdy wieloznaczności nie eliminuje zamieszczenie go w odpowiednim kontekście językowym³¹, co też w przedmiotowej problematyce zachodzi. Tu wskazać należy, że ustawodawca, co do zasady, ograniczył projektowanie definicji do jednego aktu prawnego, w którym definiowanie pojęcia następuje³². Takie podejście jasno wskazuje, że polski system prawa obecnie nie stoi na stanowisku zabezpieczenia budowy jednolitej siatki pojęć dla definiowanych podmiotów, jak tylko w ramach jednego aktu prawnego, jednak i takie podejście stanowi jakąś podstawę do zachowania pewnej dyscypliny merytorycznej w zakresie legislacji dotyczącej budowy definicji legalnych dla określonych pojęć występujących w określonych aktach prawnych.

³⁰ § 146 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”.

³¹ § 146 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”.

³² § 147 i 150 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”.

ABSTRACT

dr Tomasz A. Zienowicz

The author is a doctor of law, an advocate (District Bar Association in Gdansk).

Problems related to the lack of a definition of the legal concept of "swap" in the Polish legal system – *de lege ferenda*

The article attempts to present the definition of swap. Considerations presented stem from the fact that the Polish legal system lacks this definition. The jurisprudence that applies the swap concept and the literature of the subject indicated in the article allow to gather and put in order several characteristics that can be regarded as constitutive features enabling to define the concept of swap.

Keywords: *swap, legal definition, security of stock exchange trading, an unnamed contract, contract without delivery*

dr Tomasz A. Zienowicz

ORCID: 0000-0003-1920-9608; e-mail: kancelaria@zienowicz.com

Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem (ORA w Gdańsku).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Czech Tomasz, *Kwalifikacja prawna umowy opcji walutowej*, Warszawa 2014, teza 4

Dyrektywa VAT. Polska perspektywa. Komentarz, red. R. Namysłowski, D. Pokrop, Warszawa 2012

Hull John, *Kontrakty terminowe i opcje*, Warszawa 1998

Jevons William Stanley, *Logika*, Warszawa 1922

Kawulski Arkadiusz, *Prawo bankowe. Komentarz do art. 92d prawa bankowego*, Warszawa 2013

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, cz. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, cz. 2, *Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, Warszawa 2009, komentarz do art. 752¹

Kosikowski Cezary, *Finanse publiczne. Komentarz do art. 141 ustawy o finansach publicznych*, Warszawa 2008

Ofiarski Zbigniew, *Prawo bankowe. Komentarz do art. 92d prawa bankowego*, Warszawa 2013, LEX/el.

Prawo bankowe. Komentarz do art. 92(d), red. E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2007

Sekita Jarosław, *Opodatkowanie dochodów osób fizycznych z inwestowania i lokacji majątku*, Warszawa 2011, komentarz do rozdziału 13

Trzaskowski Roman, Żuławska Czesława (w:) Bielska-Sobkowicz Teresa, Ciepla Teresa, Drapała Przemysław, Gudowski Jacek, *Komentarz do ustawy kodeks cywilny*, Warszawa 2018, komentarz do art. 603 k.c.

Wiśniewski Tadeusz (w:) Ciepla Helena, Strus-Wołos Monika, **Wiśniewski Tadeusz, Zawistowski Dariusz, Żyznowski Tadeusz**, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2018, LEX/el., komentarz do art. 603 k.c.

Ziemiński Zygmunt, *Logika praktyczna*, Warszawa 1995

Pojęcia kluczowe:

Europejski Trybunał Praw Człowieka, prawo do życia, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność myśli, sumienia i wyznania, wolność wypowiedzi, prawo do wolnych wyborów

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (KWIECIEŃ–CZERWIEC 2021 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydanych w drugim kwartale 2021 r. dotyczących prawa do życia, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolności myśli, sumienia i wyznania, wolności wypowiedzi, prawa do wolnych wyborów.

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Natychmiastowa reakcja władz na zarzuty przemocy domowej wymaga od nich autonomicznej, proaktywnej i wyczerpującej oceny istniejącego ryzyka dla ofiary z uwzględnieniem szczególnego kontekstu tego rodzaju spraw.

Wyrok Kurt v. Austria, 15.06.2021 r., Wielka Izba, skarga nr 62903/15, § 168 – dot. pozytywnych obowiązków państwa w sprawach dotyczących przemocy domowej.

Wymaganie oceny „autonomicznej” i „proaktywnej” oznacza, że władze nie mogą opierać się wyłącznie na postrzeganiu przez ofiarę istniejącego ryzyka, ale muszą dokonać własnych ustaleń. Ze względu na wyjątkową sytuację psychologiczną ofiar przemocy domowej muszą one – nie czekając na przedstawienie wszystkich szczegółów przez ofiary – same starać się uzyskać istotne informacje, w tym od innych agencji państwowych.

Wyrok Kurt v. Austria, 15.06.2021 r., Wielka Izba, skarga nr 62903/15, § 169.

Warunkiem odpowiedniej reakcji na zidentyfikowane ryzyko i zapewnienia ofiarom w sposób skoordynowany bezpieczeństwa i wsparcia jest właściwa ocena istniejącego ryzyka. Oznacza to, że organy stosowania prawa powinny dzielić się informacjami na temat tego ryzyka ze wszystkimi innymi zaangażowanymi podmiotami regularnie kontaktującymi się z osobami zagrożonymi, w tym, w przypadku dzieci, z nauczycielami, oraz koordynować z nimi wsparcie dla ofiar. Władze powinny informować ofiary o grożącym im ryzyku oraz, w razie potrzeby, wskazywać dostępne środki ochrony – prawne i operacyjne – a także środki pomocy.

Wyrok Kurt v. Austria, 15.06.2021 r., Wielka Izba, skarga nr 62903/15, § 174.

Ustalenie istnienia rzeczywistego i natychmiastowego zagrożenia życia jednej lub więcej zidentyfikowanych osób rodzi obowiązek pozytywny władz podjęcia działań operacyjnych i ochronnych. W tym kontekście należy ocenić, czy dostępne środki prawne i operacyjne dawały władzom wystarczający wybór środków odpowiednich i proporcjonalnych do stopnia ustalonego (śmiertelnego) ryzyka. W konkretnej sprawie ramy prawne muszą zapewniać odpowiednią ochronę ofiary przed przemocą ze strony osób prywatnych.

Wyrok Kurt v. Austria, 15.06.2021 r., Wielka Izba, skarga nr 62903/15, § 177, 179.

Decyzja władz o działaniach operacyjnych na poziomie ogólnym oraz indywidualnym wymaga starannego rozważenia konkurujących ze sobą praw i innych obowiązujących istotnych ograniczeń. W sprawach przemocy domowej – chociaż istnieje przemożna potrzeba ochrony prawa ofiar do życia oraz ich integralności fizycznej i psychicznej – należy zapewnić, aby policja wykonywała swoje uprawnienia do kontroli i zapobiegania przestępstwom z pełnym poszanowaniem prawa i innych gwarancji, które w sposób uprawniony ograniczają zakres jej działań, w tym zawartych w art. 5 i 8 Konwencji. Wszelkie prewencyjne działania operacyjne wymagane na podstawie art. 2 wobec domniemanego sprawcy muszą mieć na celu odpowiednią i skuteczną reakcję na istniejące z jego strony ryzyko dla życia, a z drugiej – być zgodne z innymi obowiązkami państwa na podstawie Konwencji. Ingerencja władz w życie prywatne i rodzinne domniemanego sprawcy mająca chronić życie i inne prawa ofiar przemocy domowej oraz zapobiec aktom przestępczym wymierzonym w ich życie lub zdrowie jest często nieunikniona, jednak przy ocenie proporcjonalności wymaganych środków ochronnych i prewencyjnych istotne znaczenie musi mieć zawsze natura i waga istniejącego ryzyka, czy to w kontekście art. 8 Konwencji, czy – w zależności od sytuacji – ograniczeń w sferze objętej art. 2 Protokołu nr 4, który gwarantuje wolność poruszania się. Należy pamiętać, że w przypadku środków oznaczających pozbawienie wolności art. 5 Konwencji nakłada szczególne ograniczenia. Każdy taki środek musi być zgodny z regulacjami prawa krajowego oraz spełniać specyficzne warunki wynikające z art. 5 i odnoszącego się do niego orzecznictwa.

Wyrok Kurt v. Austria, 15.06.2021 r., Wielka Izba, skarga nr 62903/15, § 182–184.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

Szczepienie dzieci jako takie – stanowiące fundamentalny aspekt współczesnej polityki zdrowia publicznego – nie rodzi wrażliwych kwestii moralnych i etycznych. Uczynienie ze szczepienia obowiązku prawnego może być jednak postrzegane jako rodzące takie kwestie. Spojrzenie na te kwestie nie może ograniczać się wyłącznie do perspektywy osób niezgadających się z obowiązkiem szczepienia, ale należy uwzględniać znaczenie solidarności społecznej. Celem tego obowiązku jest bowiem ochrona zdrowia członków społeczeństwa, zwłaszcza osób szczególnie bezbronnych w związku z niektórymi chorobami, w imieniu których od pozostałej ludności wymaga się zgody na minimalne ryzyko osobiste w formie zaszczepienia się.

Wyrok Vavříčka i inni v. Czechy, 8.04.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 47621/13 i pięć innych, § 279 – dot. wymierzenia grzywny rodzicom i odmowy przyjęcia dzieci do przedszkola z powodu odmowy spełnienia ustawowego obowiązku ich zaszczepienia.

Państwa muszą w pierwszej kolejności uwzględniać najlepsze interesy dziecka oraz dzieci jako grupy, przy wszystkich decyzjach dotyczących ich zdrowia i rozwoju. W przypadku szczepienia celem powinna być ochrona każdego dziecka przed poważnymi chorobami. W znacznej większości przypadków osiąga się ją w ten sposób, że we wczesnych latach swojego życia dzieci otrzymują pełny zestaw szczepionek. Dzieci, którym nie można ich podać, są pośrednio chronione przed chorobami zakaźnymi o tyle, o ile w społeczeństwie utrzymuje się odpowiednio wysoki poziom zaszczepienia ludności (tj. ich ochrona wynika z odporności stadnej). W razie uznania, że polityka dobrowolnych szczepień nie wystarcza do osiągnięcia i zachowania odporności stadnej, albo odporność taka nie ma znaczenia ze względu na naturę choroby (np. tężec), władze mogą wprowadzić szczepienia przymusowe, aby osiągnąć w ten sposób właściwy poziom ochrony przed poważnymi chorobami.

Wyrok Vavříčka i inni v. Czechy, 8.04.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 47621/13 i pięć innych, § 288.

Możliwość uczęszczania do przedszkola dzieci, których nie można zaszczepić przed chorobami zakaźnymi ze względów medycznych, zależy w ogromnym stopniu od stopnia zaszczepienia innych dzieci. Nie można uznać za nieproporcjonalne wymagania przez państwo od osób, dla których szczepienie stanowi niewielkie ryzyko dla zdrowia, aby dla dobra niewielkiej liczby dzieci o słabym zdrowiu, których nie można zaszczepić, zaakceptowały ten powszechnie praktykowany środek ochrony jako obowiązek prawny oraz wymóg solidarności społecznej.

Wyrok Vavříčka i inni v. Czechy, 8.04.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 47621/13 i pięć innych, § 306.

Inwigilacja, która nie jest wymierzona bezpośrednio w jednostki, może mieć w rzeczywistości bardzo szeroki zasięg, wewnątrz i na zewnątrz terytorium państwa inwigilującego. W odróżnieniu od ukierunkowanego przechwytywania połączeń głównie wykorzystywanego do śledztw karnych masowe przechwytywanie jest używane również – a być może przede wszystkim – do gromadzenia zagranicznych danych wywiadowczych oraz identyfikacji nowych zagrożeń pochodzących od znanych i nieznanymi podmiotów. W tych warunkach państwa Konwencji mają uprawnioną potrzebę zachowania tajności, co oznacza, że w sferze publicznej nie ma prawie żadnych informacji na temat działania danego systemu, a dostępne informacje mogą być formułowane w sposób ogólnikowy i znacznie różnić się zależnie od państwa.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 322 – dot. systemu inwigilacji obejmującego masowe przechwytywanie połączeń elektronicznych i dzielenie się uzyskanymi w ten sposób tajnymi danymi, w tym ze służbami państw obcych.

Możliwości technologiczne znacznie rozszerzyły liczbę połączeń przekazywanych w globalnym Internecie, ale równocześnie rozprzestrzeniły się również zagrożenia, przed jakimi stanęły państwa Konwencji i ich obywatele. Chodzi – chociaż nie wyłącznie – o globalny terroryzm, przemyt narkotyków, handel ludźmi oraz wykorzystywanie seksualne dzieci. Wiele z tych zagrożeń tworzą międzynarodowe wrogie sieci mające dostęp do coraz bardziej wyrafinowanych technologii umożliwiających tajne porozumiewanie się. Dostęp do takich technologii pozwala wrogiemu państwu albo podmiotowi niepaństwowemu zakłócić w drodze cyberataków infrastrukturę cyfrową, a nawet właściwe funkcjonowanie procesów demokratycznych. Istnieje wtedy poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa z definicji wyłącznie w przestrzeni cyfrowej. W rezultacie może być ujawnione i rozpoznane za pomocą technologii cyfrowej. Ocena zgodności z Konwencją istniejących w państwach Konwencji systemów masowego przechwytywania połączeń – bardzo wartościowej technologii identyfikacji nowych zagrożeń w przestrzeni cyfrowej – wymaga od Trybunału zbadania gwarancji chroniących przed arbitralnością i nadużyciami. W tym celu może jednak użyć jedynie ograniczonych informacji o sposobach działania tych systemów.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 323.

Masowe przechwytywanie połączeń jest procesem toczącym się etapami, w którym zakres ingerencji w prawa jednostki wynikające z art. 8 rośnie wraz z postępowaniem tego procesu. Poszczególne jego stadia można określić następująco:

- (a) przechwytywanie i początkowe zatrzymywanie połączeń i odnoszących się do nich danych komunikacyjnych;
- (b) zastosowanie konkretnych selektorów do przechwyconych połączeń i odnoszących się do nich danych komunikacyjnych;

- (c) badanie przez analityków wyselekcjonowanych połączeń i odnoszących się do nich danych komunikacyjnych; oraz
- (d) późniejsze przechowywanie materiałów i posługiwanie się „produktem finalnym”, w tym dzielenie się nim z innymi podmiotami.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 325.

Pierwszym stadium jest masowe przechwytywanie przez służby tajne połączeń elektronicznych (lub „pakietów” takich połączeń) należących do wielkiej liczby osób, z których większość nie jest w żadnym stopniu obiektem zainteresowania tych służb. Część z nich już w tym stadium może zostać odfiltrowana. W drugim – głównie zautomatyzowanym – ma miejsce badanie zatrzymanych pakietów połączeń i odnoszących się do nich danych komunikacyjnych za pomocą rozmaitego typu selektorów, w tym tzw. silnych selektorów (jak adresy e-mail) lub pytań złożonych. W tym stadium, w rezultacie użycia silnych selektorów, w sferze zainteresowania mogą pojawić się konkretne jednostki. W stadium trzecim przechwycony materiał bada po raz pierwszy analityk. W stadium czwartym – finalnym – tajne służby posługują się przechwyconym materiałem – np. w postaci tajnego raportu, przekazania tego materiału innym tajnym służbom w swoim państwie albo nawet podobnym służbom obcym. Artykuł 8 ma zastosowanie w każdym z tych stadiów. Chociaż początkowe przechwytywanie połączone z natychmiastową eliminacją części połączeń nie stanowi szczególnie znaczącej ingerencji, jej skala wzrasta wraz z postęпами opisanego procesu. Nie ma znaczenia fakt, że zebrany materiał jest zakodowany i czytelny wyłącznie przy użyciu technologii komputerowej i możliwy do interpretacji przez ograniczoną liczbę osób. Potrzeba właściwych zabezpieczeń będzie najsilniejsza w końcowej fazie tego procesu, gdy informacje odnoszące się do konkretnej osoby i treści jej połączeń są badane przez analityka.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 326–328, 330.

Jeśli państwo stosuje system masowego przechwytywania połączeń, prawo krajowe musi zawierać szczegółowe regulacje wskazujące, kiedy władze mogą po nie sięgać. W szczególności należy określić wystarczająco jasno możliwe podstawy masowego przechwytywania i jego okoliczności. Minimalne gwarancje określone przez Trybunał we wcześniejszych wyrokach dotyczących ukierunkowanego przechwytywania połączeń – a więc wymagania, aby prawo krajowe określało granice okresu przechwytywania, wymaganą procedurę badania, używania i przechowywania uzyskanych danych, wymagane środki ostrożności przy ich przekazywaniu innym podmiotom oraz okoliczności, w których przechwycone dane mogą lub muszą być wymazane lub zniszczone – są równie istotne przy masowym przechwytywaniu połączeń.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 348.

Zminimalizowanie ryzyka nadużywania uprawnienia do masowego przechwytywania połączeń wymaga, aby proces ten był obwarowany „gwarancjami od początku do końca”, co oznacza, że w każdym jego stadium na poziomie krajowym wymagana jest ocena jego konieczności i proporcjonalności. Masowe przechwytywanie połączeń musi być uzależnione od zgody niezależnego organu, poczynając od przedmiotu i zakresu tej operacji. Powinny one być przedmiotem niezależnego nadzoru i kontroli również po ich zakończeniu. Są to podstawowe zabezpieczenia wymagane od każdego zgodnego z art. 8 systemu masowego przechwytywania połączeń. Zgoda sądu, chociaż jest ważnym zabezpieczeniem przed arbitralnością, nie jest konieczna, musi ona być jednak wydawana przez organ niezależny od władzy wykonawczej. Skuteczne zabezpieczenie przed nadużyciami wymaga, aby organ ten był informowany zarówno o celu przechwytywania, jak i kanałach transmisji lub drogach połączeń mogących podlegać inwigilacji. Daje to mu możliwość oceny konieczności i proporcjonalności operacji masowego przechwytywania połączeń oraz weryfikacji, czy selekcja inwigilowanych kanałów była konieczna i proporcjonalna.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Brytania, 25.05.2021 r., Wielka Izba, skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 349–352.

Użycie selektorów – a silnych selektorów w szczególności – jest jednym z najważniejszych kroków w procesie masowego przechwytywania połączeń, w ten bowiem sposób służby tajne mogą ukierunkować się na połączenia konkretnych osób. Z uwagi na cechy systemu masowego przechwytywania, dużą liczbę zastosowanych selektorów oraz nieodłączną potrzebę elastyczności przy ich doborze, co w praktyce może wyrażać się w technicznej kombinacji liczb lub liter, w praktyce może nie być możliwe określenie w zezwoleniu wszystkich selektorów. Ze względu jednak na to, że ich wybór i treść pytań wskazują na połączenia wybrane do badania przez analityka, w zezwoleniu należy przynajmniej określić typy lub kategorie selektorów, jakie powinny zostać użyte. Ponadto wzmocnione zabezpieczenia muszą istnieć w razie zastosowania przez tajne służby silnych selektorów powiązanych z możliwymi do zidentyfikowania osobami. Użycie każdego takiego selektora wymaga uzasadnienia przez tajne służby ze względu na zasady konieczności i proporcjonalności. Uzasadnienie to musi być skrupulatnie udokumentowane i poddane uprzedniej wewnętrznej, odrębnej i obiektywnej weryfikacji jego zgodności z wymienionymi zasadami.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 353–355.

Każde stadium procesu masowego przechwytywania połączeń – w tym początkowe zezwolenie i każde jego przedłużenie, selekcja kanałów komunikacji, wybór i stosowanie selektorów oraz treści pytań, a także użycie, przechowy-

wanie, dalsze przekazywanie oraz wymazanie przechwyconego materiału – muszą być poddane kontroli przez niezależny organ. Kontrola ta powinna być wystarczająca, aby zagwarantować, że „ingerencja” pozostanie w granicach „konieczności w demokratycznym społeczeństwie”. W szczególności organ kontrolny powinien móc ocenić jej konieczność i proporcjonalność z właściwym uwzględnieniem poziomu ingerencji w prawa Konwencji osób mogących być nią dotknięte. Dla ułatwienia tej kontroli wymagane jest prowadzenie przez tajne służby w każdym stadium tego procesu szczegółowej dokumentacji. Wreszcie każda osoba, która podejrzewa, że jej połączenia były przechwytywane przez tajne służby, musi dysponować skutecznym środkiem prawnym umożliwiającym kwestionowanie legalności albo zgodności z Konwencją systemu przechwytywania jej połączeń.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 356–357.

Przy ocenie, czy system masowego przechwytywania połączeń jest zgodny z Konwencją, Trybunał musi skupić się w pierwszej kolejności na tym, czy krajowe ramy prawne zawierały wystarczające gwarancje przed nadużyciami i czy gwarancje te istniały w całym tym procesie od początku do zakończenia. Przy ocenie, czy w takich przypadkach państwo działało w granicach posiadanej swobody, Trybunał musi zbadać, czy krajowe regulacje prawne wyraźnie wskazywały:

1. podstawy dopuszczalności masowego przechwytywania połączeń;
2. okoliczności, w których jest ono możliwe;
3. wymaganą procedurę zezwoleń;
4. wymaganą procedurę selekcji, badania i używania przechwyconych materiałów;
5. środki ostrożności przy przekazywaniu ich innym podmiotom;
6. ograniczenia okresu przechwytywania, przechowywania przechwyconych materiałów i okoliczności, w których należy je wymazać i zniszczyć;
7. procedury i sposoby nadzoru przez niezależny organ przestrzegania wymienionych gwarancji w toku tego procesu i jego uprawnienia w przypadku niepodporządkowania się nim;
8. procedury niezależnej kontroli następczej poszanowania tych gwarancji oraz uprawnienia właściwego organu w przypadku niepodporządkowania się nim.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 360–361.

Niektóre państwa regularnie dzielą się materiałami ze swoimi partnerami z tajnych służb, a nawet w pewnych przypadkach pozwalają im na bezpośredni dostęp do własnych systemów. Przekazywanie przez państwo Konwencji obcym państwom lub organizacjom międzynarodowym materiałów

uzyskanych z masowego przechwytywania połączeń powinno ograniczać się do materiałów zebranych i przechowywanych zgodnie z Konwencją i być obwarowane pewnymi dodatkowymi konkretnymi gwarancjami odnoszącymi się do samego takiego przekazania. Okoliczności, w jakich może ono nastąpić, muszą być wyraźnie określone w prawie krajowym. Państwo przekazujące musi upewnić się, czy państwo otrzymujące posiada zabezpieczenia zapobiegające nadużyciom i nieproporcjonalnej ingerencji, a w szczególności dające gwarancje bezpiecznego przechowywania i ograniczenia dostępu innym podmiotów. Nie musi to oznaczać, że państwo otrzymujące musi zapewnić ochronę porównywalną do istniejącej w państwie przekazującym; nie musi też za każdym razem deklarować posiadania takich gwarancji. W razie przekazania materiału wymagającego zachowania specjalnej tajemnicy – np. poufnego materiału dziennikarskiego – gwarancje te muszą być wzmocnione. Proces przekazywania materiałów partnerom z obcych służb tajnych musi być poddany kontroli przez ciało niezależne.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 362.

Ochrona na podstawie Konwencji byłaby pozbawiona znaczenia, gdyby państwo mogło obejść swoje wynikające z niej obowiązki, występując do państw niebędących stronami Konwencji o przechwytywanie połączeń, przekazywanie treści wcześniej przechwyconych przez nie połączeń albo uzyskać je w drodze bezpośredniego dostępu do baz danych tych państw. Wniosek do innego państwa o przekazanie przechwyconych materiałów musi mieć podstawę w prawie krajowym dostępnym dla osoby zainteresowanej i przewidywalnym. Wymiana informacji musi być uregulowana w przepisach jasnych i precyzyjnych, wskazujących w wystarczający sposób, w jakich okolicznościach i pod jakimi warunkami władze mogą formułować takie wnioski do państw obcych i zapewniających skuteczne gwarancje chroniące przed korzystaniem z tych uprawnień w celu obejścia prawa krajowego lub zobowiązań traktatowych państwa.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 497.

WOLNOŚĆ MYŚLI, SUMIENIA I WYZNANIA (ART. 9)

Nie można zaakceptować poglądu, że istnienie religii wyznawanej przez większość ludności albo rzekome napięcia między stowarzyszeniem religijnym i religią wyznawaną przez większość, albo opozycja władz wobec tej religii, może stanowić obiektywne i rozsądne usprawiedliwienie odmowy uznania przez państwo stowarzyszenia religijnego.

Wyrok Ancient Baltic religious association „Romuva” v. Litwa, 8.06.2021 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 48329/19, § 145.

Państwom należy pozostawić pewną swobodę wyboru form współpracy ze wspólnotami religijnymi, a wolność wyznania nie wymaga od nich stworzenia określonych ram prawnych umożliwiających przyznanie wspólnotom religijnym specjalnego statusu oznaczającego konkretne przywileje. Państwo, które nadało taki status, musi nie tylko zachować neutralność i bezstronność, ale również zapewnić, aby grupy religijne miały rzetelną możliwość ubiegania się o taki status, a przyjęte kryteria były stosowane w sposób wolny od dyskryminacji.

Wyrok Ancient Baltic religious association „Romuva” v. Litwa, 8.06.2021 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 48329/19, § 126.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Jeśli za pomocą systemu masowego przechwytywania połączeń tajne służby mają zamiar dotrzeć do poufnych materiałów dziennikarskich, np. w drodze rozmyślnego użycia silnego (w rozumieniu: silnie naprowadzającego) automatycznego selektora danych powiązanego z dziennikarzem, albo gdy jest bardzo prawdopodobne ze względu na posłużenie się nim, że taki materiał zostanie wyselekcjonowany do badania przez analityka, ingerencję należy uznać za porównywalną z przeszukaniem domu dziennikarza albo jego miejsca pracy. Niezależnie od tego, czy zamiarem służb było rzeczywiście zidentyfikowanie źródła informacji dziennikarskiej, jest bardzo prawdopodobne, że postępowanie tego rodzaju doprowadziłoby do uzyskania znacznej liczby poufnych materiałów dziennikarskich, co mogłoby osłabić ochronę źródeł jeszcze bardziej niż nakaz ich ujawnienia. Użycie przez służby selektorów lub treści pytań, o których wiadomo, że są związane z dziennikarzem, lub takich, które doprowadziłyby z całym prawdopodobieństwem do selekcji do badania przez analityka poufnych materiałów dziennikarskich, wymaga zgody sędziego lub innego organu decyzyjnego, niezależnego i bezstronnego, uprawnionego do oceny, czy uzasadniał to przeważający interes publiczny, w szczególności czy do osiągnięcia tego celu nie mógł wystarczyć środek mniej inwazyjny.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 448 – w części dot. braku właściwej ochrony poufnych materiałów dziennikarskich przechwytywanych w systemie masowego przechwytywania połączeń elektronicznych.

Nawet przy braku zamiaru wglądu do poufnych materiałów dziennikarskich i w sytuacji, gdy użyte selektory i treści pytań nie mogły powodować wysokiego prawdopodobieństwa selekcji do badania przez analityka poufnych materiałów dziennikarskich, istnieje ryzyko ich przechwycenia, a nawet zbadania jako przypadkowego „przyłowy” operacji masowego przechwytywania połączeń. Ewentualne przechwycenie połączeń dziennikarskich byłoby w takim przypadku nieumyślne i nie dałoby się przewidzieć stopnia ingerencji w połączenia lub źródła dziennikarskie. W rezultacie w stadium wydawania zezwolenia sędzia

lub inny organ niezależny nie jest w stanie ocenić, czy uzasadniał ją przeważający interes publiczny, a zwłaszcza czy wystarczyłby środek mniej inwazyjny.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 449.

W sytuacji gdy badanie przez analityka połączeń lub danych komunikacyjnych odnoszących się do tych połączeń mogłoby doprowadzić do identyfikacji źródła, prawo krajowe musi zawierać solidne zabezpieczenia odnoszące się do przechowywania, badania, użycia, dalszego przekazywania i zniszczenia takiego poufnego materiału. Nawet jeśli przechwycone połączenie dziennikarza lub odnoszące się do niego dane komunikacyjne nie zostały wyselekcjonowane do badania przez zamierzone użycie selektora lub treści pytania ze świadomością ich powiązania z dziennikarzem, w przypadku gdy okaże się, że zawierają poufny materiał dziennikarski, ich dalsze przechowywanie i badanie przez analityka powinno wymagać zgody sądu lub innego organu, niezależnego i bezstronnego, uprawnionego do rozstrzygnięcia, czy uzasadniał je przeważający interes publiczny.

Wyrok Big Brother Watch i inni v. Wielka Izba, 25.05.2021 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15, § 450.

Jeśli działanie danej osoby w Internecie ograniczyło się do kliknięcia „polubienia” określonej treści, nie można uznać go za mające takie samo znaczenie, jak podzielenie się określoną treścią na portalach społecznościowych, z uwagi na fakt, że „polubienie” wyraża jedynie sympatię wobec opublikowanej treści, a nie aktywnie wyrażoną wolę jej rozpowszechnienia.

Wyrok Melike v. Turcja, 15.06.2021 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 35786/19, § 51 – dot. zwolnienia pracownika kontraktowego z instytucji edukacyjnej z powodu kilku „polubień” pod materiałami na Facebooku.

Media nie mają obowiązku weryfikacji swoich archiwów w sposób systematyczny i ustawiczny. Niezależnie od obowiązku poszanowania życia prywatnego przy początkowej publikacji artykułu muszą one, w przypadku jego archiwizacji, dokonać weryfikacji i znaleźć równowagę praw wchodzących w grę, wyłącznie w razie wyraźnego takiego żądania.

Wyrok Hurbain v. Belgia, 22.06.2021 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 57292/16 – dot. domagania się od wydawcy przez kierowcę – sprawcę wypadku drogowego zanonimizowania archiwalnej internetowej wersji artykułu opublikowanego przed dwudziestu laty z powołaniem się na „prawo do bycia zapomnianym” kierowcy – sprawcy wypadku drogowego.

PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW (ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)

W państwie demokratycznym musi istnieć domniemanie na rzecz włączenia wszystkich obywateli w proces wyborczy, a podstawową zasadą są wybory po-

wszechne. Artykuł 3 Protokołu nr 1 nie gwarantuje jednak osobom z niepełnosprawnością umysłową absolutnego prawa korzystania z prawa do głosowania. W przypadku takich osób możliwe są ograniczenia tego prawa, pod warunkiem że spełniają wymagania wynikające z zasad zawartych w tym przepisie.

Wyrok Caamaño Valle v. Hiszpania, 11.05.2021 r., Izba (Seksja III), skarga nr 43564/17, § 59 – dot. odebrania prawa do głosowania w wyborach osobie niepełnosprawnej umysłowo.

Bezwzględne odebranie prawa do głosowania, bez zindywidualizowanej oceny przez sąd, wyłącznie na podstawie niepełnosprawności umysłowej wymagającej częściowego ubezwłasnowolnienia, nie można uznać za uprawnioną podstawę ograniczenia prawa do głosowania.

Wyrok Caamaño Valle v. Hiszpania, 11.05.2021 r., Izba (Seksja III), skarga nr 43564/17, § 60.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, a former member of the European Commission of Human Rights in Strasbourg, former international Ombudsperson in Kosovo.

Review of the case-law of the European Court of Human Rights (April–June 2021)

The review of the case law of the European Court of Human Rights presents the most significant views expressed in judgments and decisions issued by the European Court of Human Rights between April and June 2021, concerning: right to life, right to respect for private and family life, freedom of thoughts, conscience and religion, freedom of expression, right to free elections.

Keywords: *European Court of Human Rights, right to life, right to respect for private and family life, freedom of thoughts, conscience and religion, freedom of expression, right to free elections*

Marek Antonii Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu, byłym międzynarodowym Ombudsperson (rzecznikiem praw obywatelskich) w Kosowie.

Pojęcia kluczowe:

prawo prywatne międzynarodowe, prawo właściwe dla umowy o pracę, kraj świadczenia pracy, pracownik pracujący w więcej niż jednym kraju, rozporządzenie Rzym I, dyrektywa 96/71/WE

Najnowsze orzecznictwo

*Mateusz Dąbroś, Witold Kurowski
redakcja naukowa Jerzy Pisuliński*

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

W prezentowanym przeglądzie orzecznictwa w sprawach cywilnych zamieszczono dwa komentarze do orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących: dopuszczalności zastrzegania kary umownej, prawa właściwego dla stosunku pracy. W niniejszym przeglądzie zabrakło omówienia najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego, co jest spowodowane utrzymującą się od wielu miesięcy sytuacją, że zapadające orzeczenia Sądu Najwyższego wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 8 ustawy o Sądzie Najwyższym nie są udostępniane na stronach internetowych tego sądu, a także nie są dostępne w bazach danych.

DOPUSZCZALNOŚĆ KARY UMOWNEJ ZA BRAK PŁATNOŚCI WYNAGRODZENIA PODWYKONAWCY

– KOMENTARZ DO UCHWAŁY SN Z 30.06.2020 R. (III CZP 67/19),
OSNC 2021/1, POZ. 1

Artykuł 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

Komentowane orzeczenie zapadło na kanwie pytania prawnego dotyczącego wątpliwości, czy generalna niedopuszczalność zastrzeżenia kary umownej na

wypadek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego rozciąga się także na przypadek kary umownej zastrzeganej w umowie zawieranej w trybie prawa zamówień publicznych na wypadek braku płatności przez generalnego wykonawcę wynagrodzenia swoim podwykonawcom. Sąd Najwyższy podjął uchwałę, której treść nie powinna budzić żadnych zastrzeżeń, jeśli chodzi o kwestię umów zawieranych na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych. Niedopowiedziana pozostaje jednak kwestia, czy tożsame postanowienia dopuszczalne są w umowach o generalne wykonawstwo zawieranych poza tym szczególnym reżimem prawnym.

1. STAN FAKTYCZNY

Komentowana uchwała zapadła na kanwie sporu pomiędzy inwestorem (SPZOZ w S. – szpitalem) a generalnym wykonawcą robót budowlanych (konsorcjum A sp. z o.o. w C. oraz G.K.). W umowie o generalne wykonawstwo zastrzeżono, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w razie „braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy za każdy dzień zwłoki” (§ 11 ust. 1 pkt 5 umowy). Podwykonawca robót budowlanych zażądał od spółki G.K. wchodzącej w skład konsorcjum generalnego wykonawcy zwrotu 70% „kaucji” zabezpieczającej należyte wykonanie umowy, tj. kwoty 11.629,38 zł, i wystąpił do sądu ze stosownym powództwem o zapłatę przeciwko inwestorowi. Po uzyskaniu prawomocnego wyroku sądowego zasądzającego wspomnianą kwotę solidarnie od inwestora oraz od G.K. inwestor zapłacił podwykonawcy za wykonane prace, a następnie pozwał G.K. o zapłatę kwoty 11.629,38 zł – a dodatkowo także kary umownej. Inwestor domagał się od generalnego wykonawcy zapłaty kwoty 11.629,38 zł z tytułu zwrotu wynagrodzenia zapłaconego przez szpital podwykonawcy oraz kwoty 31.283 zł z tytułu kary umownej zastrzeżonej w umowie o roboty budowlane na wypadek nieopłacenia przez pozwanych podwykonawców, przy czym spór zawisły przed Sądem Najwyższym dotyczy wyłącznie wierzytelności z tytułu kary umownej. Sąd okręgowy rozpoznający spór powziął poważne wątpliwości co do tego, czy ważne jest zastrzeżenie w umowie o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom z uwagi na to, że postanowienie umowne w przedmiocie wysokości kar umownych z tego tytułu przewidziane jest w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a tej ustawy, podczas gdy zgodnie z art. 483 § 1 k.c.² karę umowną można zastrzec jedynie jako naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego

¹ Ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej p.z.p. z 2004 r.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), dalej k.c.

zobowiązania niepieniężnego, i przedstawił to zagadnienie Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia.

2. ROZSTRZYGNIECIE SN

W komentowanej uchwale SN wyszedł od przypomnienia, że zgodnie z art. 139 ust. 1 p.z.p. z 2004 r. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a reguła ta ma zastosowanie także do instytucji kary umownej. Trafnie SN stwierdził, że kary umowne w umowach o roboty budowlane regulowanych w Prawie zamówień publicznych nie stanowią instytucji odrębnej od kar umownych przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Odnośnie do dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego SN wskazał oczywiście, że zastrzeżenie takie nie jest dopuszczalne – na marginesie przywołując jednak art. 82 Kodeksu zobowiązań³, zgodnie z którym brak było w prawie polskim takiego ograniczenia. To ostatnie spostrzeżenie, jak się wydaje, doprowadziło SN do wniosku, że brak dopuszczalności kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego nie ma charakteru bezwzględnego – jak głosi komentowana uchwała: „(...) ograniczenie przewidziane w art. 483 § 1 k.c. nie jest wynikiem logicznej konieczności, lecz określonej decyzji ustawodawczej. Tam, gdzie ustawodawca uznaje to za stosowne, może od tej decyzji odstąpić”⁴.

Główną tezę komentowanej uchwały SN jest istnienie zależności *lex specialis derogat legi generali* między przepisami art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r. a art. 483 § 1 k.c., co jest spostrzeżeniem trafnym, klarownym i niebudzącym w mojej ocenie żadnych zastrzeżeń. Przemawia to za przyjęciem poglądu, że w ramach umowy o roboty budowlane zawieranej w reżimie prawa zamówień publicznych dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Sąd Najwyższy jednak, mimo przyjęcia wniosku o powyżej opisanej zależności między dwoma przepisami, podjął próbę rozważenia, czy tak ukształtowana zależność powinna być zostać wprowadzona do polskiego systemu prawa. Zasadne wydaje się sięgnięcie przez SN do uzasadnienia nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 8.11.2013 r.⁵, z której wynika, że wprowadzane nią kary umowne miały pełnić przede wszystkim funkcję dyscyplinującą (stymulującą),

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. nr 82 poz. 598).

⁴ Zob. również pogląd Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postanowieniu z 30.08.2019 r. (VII Ga 224/19) z marca 2020 r., s. 6–7.

⁵ Ustawa z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 1473).

a ustawodawca miał na względzie nie tylko potrzebę ochrony interesu majątkowego podwykonawcy, ale przede wszystkim ochronę interesów zamawiającego. Chodziło przy tym nie tylko o interesy majątkowe (niezakłócona realizacja zamówienia mającego zaspokajać potrzeby publiczne, komplikacje związane z koniecznością oceny należytego wykonania umowy podwykonawczej przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty), ale także i niemajątkowe (zaufanie do organów władzy publicznej jako inwestorów). Trafnie też Sąd Najwyższy dostrzegł, że rozwiązanie przewidziane w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r. zostało podtrzymane także w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).

Wreszcie SN stwierdził, że nawet stosując zasadę tzw. rozproszonej kontroli zgodności przepisów ustawowych z Konstytucją RP⁶, nie sposób byłoby uznać art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r. za niezgodny z Konstytucją RP. Fakt, że kara taka jest co do zasady dopuszczalna w reżimie zamówień publicznych, nie oznacza, że kary tej nie można miarkować (art. 484 § 2 k.c.), a także nie można stosować ogólnych zasad nieważności postanowień zastrzegających taką karę (art. 353¹ i art. 58 k.c.⁷). Przywołany przez SN kasus, w którym zamawiający mógłby naliczać kary umowne za opóźnienie (zwłokę) wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) także za okres, w którym sam inwestor pozostaje – jako odpowiedzialny solidarnie – w opóźnieniu (zwłoce) z zapłatą tego wynagrodzenia, należałoby w mojej ocenie rozpatrywać, stosując art. 5 k.c. Roszczenie zamawiającego o zapłatę kary w tej sytuacji mogłoby zostać potraktowane jako nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego.

3. KOMENTARZ

Pewnym niedopowiedzeniem i w moim przekonaniu dużą luką w uzasadnieniu komentowanej uchwały jest brak analizy tego, czy kaucję zabezpieczającą należyte wykonanie umowy należy uznać za „wynagrodzenie”, o którym mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r. Kaucja gwarancyjna jest bowiem stosowanym powszechnie w umowach o roboty budowlane sposobem zabezpieczenia wiarytelności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a także rękojmi za wady wykonanego obiektu lub z tytułu gwarancji jakości obiektu⁸. Zabezpieczenie w postaci kaucji gwarancyjnej polega najczęściej na tym, że inwestor zatrzymuje część umówionego wynagrodzenia do czasu upływu ustalonego pomiędzy stronami terminu. Podnosi się však, że roszcze-

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

⁷ Zob. także pogląd Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z marca 2020 r. w sprawie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postanowieniu z 30.08.2019 r. (VII Ga 224/19), s. 6.

⁸ Zob. np. B. Lackoroński (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 647, nb 46.

nie o zwrot kaucji gwarancyjnej wynika z osobnej umowy kaucji gwarancyjnej, a nie z umowy o roboty budowlane – w konsekwencji zaś odpowiedzialność za zaspokojenie roszczenia o zwrot kaucji gwarancyjnej nie powinna być ustalana na podstawie art. 647¹ k.c.⁹ Prezentowane są jednak także poglądy odmienne¹⁰ – stanowi to więc kwestię sporną w doktrynie prawa cywilnego. Komentarze do art. 143d p.z.p. z 2004 r. milczą jednak w sprawie tego, czy kaucja (kwota zatrzymana) jest wynagrodzeniem w rozumieniu powołanego przepisu. Niepochylenie się jednak przez SN nad tą ważką kwestią traktuję jako jej deficyt – tym bardziej że jeśli przyjąć, że kaucja gwarancyjna nie jest wynagrodzeniem, jak się wydaje – nie miałby do niej zastosowania przepis szczególny art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r.

Wydaje się także, że SN pozostawił otwartą furtkę do prowadzenia dalszych rozważań co do tego, czy kara umowna za brak płatności podwykonawcom dopuszczalna jest także w umowach o generalne wykonawstwo zawieranych poza reżimem przepisów Prawa zamówień publicznych. W omawianej sytuacji nie mamy już bowiem do czynienia ze stosowaniem przepisu art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r. – pozostaje więc jedynie rozważenie, czy przepis art. 483 § 1 k.c. dozwala na zastrzeżenie takiej kary. W tym miejscu należy przedstawić stanowisko prezentowane szeroko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej¹¹ głoszące, że zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy jest świadczeniem pieniężnym w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. tylko na linii wykonawca–podwykonawca (zastrzeżenie kary umownej jest tu więc niedopuszczalne), natomiast w stosunku zamawiający–wykonawca obciążenie karą umowną następuje z tytułu naruszenia zobowiązania do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Sąd okręgowy w przedmiotowej sprawie stwierdził zaś, że ani przepisy prawa, ani reguły logicznego rozumowania nie uzasadniają interpretacji, że to samo świadczenie – polegające na zapłacie wynagrodzenia – może być jednocześnie uznawane za pieniężne i niepieniężne. Moim zdaniem jednak nie chodzi tutaj o „to samo świadczenie” – nie ulega bowiem wątpliwości, że o ile świadczeniem generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy wynikającym z umowy podwykonawczej jest zapłata wynagrodzenia do rąk tego ostatniego, o tyle ta sama powinność w ramach umowy o generalne wykonawstwo jest jedynie pewnym obowiązkiem generalnego wykonawcy wobec inwestora, ale niebędącym świadczeniem. Niemniej bezsporne jest, że kara umowna uregulowana w art. 483 k.c. może być zastrzeżona nie

⁹ Zob. B. Lackoroński (w:) *Kodeks...*, red. K. Osajda, komentarz do art. 647, nb 54; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29.05.2015 r. (I ACa 13/15), Legalis nr 2177898, który zachował aktualność w obecnym stanie prawnym; por. również wyrok SN z 23.03.2018 r. (I CSK 349/17), Legalis nr 1754800.

¹⁰ Zob. T. Szancilo (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 647¹, nb 10; wyrok SN z 5.11.2015 r. (V CSK 124/15), Legalis nr 1360097; wyrok SN z 25.05.2016 r. (V CSK 481/15), Legalis nr 1473006; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9.05.2017 r. (V ACa 173/17), Legalis nr 1611824.

¹¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18.05.2015 r. (KIO 897/15), Legalis nr 1341866.

tylko na wypadek niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia, ale także na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek obowiązku wynikającego z umowy, nawet jeśli jest to obowiązek nienależący do obowiązków podstawowych dłużnika¹². Dopuszczalne jest to jednak wyłącznie wtedy, gdy obowiązek ten ma charakter niepieniężny¹³. W omawianym przypadku nie ulega wątpliwości, że obowiązek zapłaty przez generalnego wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcy, niebędący wszak świadczeniem tego pierwszego w ramach umowy o generalne wykonawstwo, jest jednakowoż obowiązkiem ubocznym generalnego wykonawcy wobec inwestora o charakterze pieniężnym. Wobec tego, jeśli nie mamy do czynienia z umową o generalne wykonawstwo zawieraną w reżimie Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenie omawianej w glosie kary umownej będzie nieważne z powodu sprzeczności z art. 483 § 1 k.c.¹⁴ Odnosić należy jednak stanowiska odmienne, choć nieprzekonujące – zgodnie z którymi dopuszczalna byłaby w wyjątkowych wypadkach konwersja nieważnego zastrzeżenia kary umownej w skuteczne postanowienie zastrzegające odsetki za opóźnienie¹⁵.

Reasumując powyższe rozważania, oceniam, że komentowana uchwała trafnie odpowiada na pytanie prawne zadane Sądowi Najwyższemu. Artykuł 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w reżimie prawa zamówień publicznych, co wynika z zasady wykładni *lex specialis derogat legi generali*. Z uwagi na fakt, że regulacja art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) jest tożsama z regulacją art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. z 2004 r., spostrzeżenia SN, jak i samo rozstrzygnięcie komentowanej uchwały, należy uznać za aktualne także w obowiązującym stanie prawnym.

Deficytem uchwały pozostaje jednak brak rozważenia kwestii, czy kaucja gwarancyjna mieści się w pojęciu wynagrodzenia wykonawcy, co mogło mieć wpływ na treść komentowanej uchwały. Sąd Najwyższy nie musiał zaś zajmować się w ramach zadanego mu pytania prawnego kwestią dopuszczalności analogicznej kary w umowach zawieranych poza reżimem Prawa zamówień publicznych, niemniej kwestia ta wydaje się na tyle istotna oraz ciekawa, że podjęto próbę takiej analizy w ramach niniejszej glosy. Moim zdaniem, jeśli nie

¹² Zob. T. Szancilo (w:) *Kodeks...*, red. M. Załucki, komentarz do art. 483, nb 7.

¹³ Tak K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, Legalis/el., komentarz do art. 483, art. II, nb 3.

¹⁴ Zob. także co do nieważności podobnych postanowień dotyczących kar umownych R. Adamus, *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego jako przesłanka zastrzeżenia kary umownej*, „Monitor Prawniczy” 2016/13, s. 702; J. Jastrzębski, *Nietypowe kary umowne – swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014/6, LEX/el., s. 11–22, teza 4.

¹⁵ W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, t. 2, s. 90; P. Drapała, A. Olejniczak (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2020, s. 1288.

mamy do czynienia z umową o generalne wykonawstwo zawieraną w reżimie Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenie omawianej kary umownej będzie nieważne z powodu sprzeczności z art. 483 § 1 k.c.

MD

**PRAWO WŁAŚCIWE DLA UMOWY O PRACĘ.
KOMENTARZ DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 1.07.2020 R.
(I PK 267/18)**

Pracownik, zgodnie z art. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, nie może zostać uznany za delegowanego na terytorium państwa członkowskiego, jeżeli wykonywanie jego pracy nie ma wystarczającego związku z tym terytorium. Związek ten podlega indywidualnej ocenie, przy uwzględnieniu między innymi długości pracy wykonywanej na terytorium danego państwa, sposobu zakwaterowania, otrzymywania wynagrodzenia za pracę, stałości korzystania z usług społecznych. Specyfika pracy kierowcy międzynarodowego i wynikający z niej brak stałego związku z terytorium innego państwa unijnego aktualnie przemawiają za stosowaniem przede wszystkim przepisów prawa pracy kraju, w którym kierowca podlegał ubezpieczeniom społecznym, miał stałe zakwaterowanie i centrum interesów życiowych.

Gdy stosunek pracy wykazuje powiązanie z obszarami przynajmniej dwóch państw, będą obowiązywały ogólne reguły zawarte w art. 28 ustawy z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe oraz art. 8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z 17.06.2008 r. nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dyrektywa 96/71 stanowi *lex specialis* w relacji do rozporządzenia Rzym I. Nie można natomiast uznać, że dyrektywa określa *lex laborem* dla stosunku pracy, skoro mowa w niej tylko o niektórych normach czy przepisach znajdujących zastosowanie do stosunku pracy w przypadku delegacji pracownika.

1. STAN FAKTYCZNY

Stan faktyczny sprawy nie należy do nazbyt skomplikowanych, a przy tym jest dość charakterystyczny dla sektora transportu międzynarodowego. Powód zatrudniony był w pozwanej spółce na stanowisku kierowcy międzynarodowego. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że powód ma obywatelstwo polskie i posiada w Polsce miejsce zamieszkania. Z kolei pozwana jest spółką prawa handlowego, wpisaną do polskiego rejestru i w Pol-

sce ma swoją siedzibę. W umowie o pracę strony wskazały polskie miasto jako miejsce wykonywania przez powoda obowiązków pracowniczych. Jednakże, co już jest charakterystyczne i istotne dla właściwości prawa w odniesieniu do omawianego stosunku pracy, we Włoszech znajdowała się baza transportowa pozwanej, usytuowana na udostępnionym przez włoski podmiot parkingu. W tej bazie kierowcy zatrudnieni przez pozwaną spółkę przejmowali samochody i wyruszali po ładunek do położonego 200 km dalej zakładu producenta sprzętu gospodarstwa domowego. Stamtąd pobrany towar był rozwożony na podstawie planów kursów do odbiorców instytucjonalnych i indywidualnych we Włoszech, ale także w Anglii i we Francji (tak było przynajmniej w odniesieniu do powoda). Po zakończeniu swojego kursu kierowcy odstawiali pojazdy do bazy i wracali do Polski, a na ich miejsce przyjeżdżali zmiennicy. Plany kursów były opracowywane przez podmiot, który udostępniał parking, stanowiący bazę transportową pozwanej. Z kolei ta ostatnia powiązana była z włoskim podmiotem zleceniem, na podstawie którego polska spółka wykonywała na jego rzecz usługi transportowe, w oparciu o pracę kierowców przez siebie zatrudnionych. Co istotne, powód dojeżdżał do bazy transportowej pracodawcy we Włoszech autobusem lub swoim środkiem transportu, następnie wyruszał w podróż trwającą minimum 12 tygodni, po czym, po pozostawieniu samochodu w bazie, wracał do Polski.

2. STANOWISKO SĄDÓW

Opisany stan faktyczny stał się podstawą do rozstrzygnięcia sporu o wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych. Sądy poszczególnych instancji rozważały zasadność stosowania do sprawy regulacji dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług¹⁶, jak i art. 67¹–67⁴ Kodeksu pracy¹⁷, stanowiących implementację wskazanej dyrektywy, widząc potencjalnie powoda jako pracownika delegowanego „do pracy na określony czas”. Jednak żaden z sądów nie podjął wyzwania ustalenia prawa właściwego dla łączącego strony procesu stosunku pracy, uznając *a priori*, że jest nim prawo polskie.

3. KOMENTARZ

Obecnie podstaw prawnych do ustalenia miarodajnego dla umowy o pracę statutu należy poszukiwać w rozporządzeniu Rzym I¹⁸. Do stosunków pracy na-

¹⁶ Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. L 018, 21.01.1997, s. 1–6), dalej dyrektywa 96/71/WE.

¹⁷ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.), dalej k.p.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie

wiązanych wcześniej, tj. przed 17.12.2009 r.¹⁹, trzeba z kolei stosować konwencję rzymską²⁰. Względna trwałość relacji pracowniczych każe pamiętać o wcześniej obowiązującej ustawie – Prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r.²¹, która wyznaczała prawo właściwe dla umów o pracę²² zawartych aż do 21.01.2008 r.²³, kiedy to krajową regulację zastąpiła konwencja rzymska. Trzeba także wspomnieć, że rozporządzenie Rzym I, zgodnie z jego art. 25, zyskało prymat nad konwencjami zawartymi pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w zakresie objętym swoją regulacją. Ta zasada nie obowiązuje natomiast do pozostałych umów międzynarodowych o pomocy prawnej w sprawach cywilnych wiążących Polskę, a zatem konwencji zawartych z Białorusią²⁴, Rosją²⁵ i Ukrainą²⁶, i to one stanowiąc będą podstawę do wyznaczania miarodajnego dla stosunków pracy statutu (w odniesieniu do podmiotów pochodzących z Polski i wskazanych państw).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Rzym I²⁷ (jak i wcześniej stosowanym art. 6 ust. 1 konwencji rzymskiej²⁸) strony „indywidualnej umowy o pracę”

prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. UE L nr 177, s. 6), dalej rozporządzenie Rzym I.

¹⁹ Zob. art. 28 rozporządzenia Rzym I (po sprostowaniu).

²⁰ Konwencja z 19.06.1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Dz.Urz. WE L nr 266, s. 1), dalej konwencja rzymska.

²¹ Ustawa z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 46 poz. 290 ze zm.), dalej p.p.m. z 1965 r., obecnie nie obowiązuje.

²² Zob. art. 32–33 p.p.m. z 1965 r.

²³ Tak m.in. W. Sanetra, O „indywidualnej umowie o pracę” unormowanej w prawie prywatnym międzynarodowym (w:) *Stosunki zatrudnienia w dwudziestolecie społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2010, s. 71; odmiennie, wskazując datę 6.02.2008 r., M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 82; P. Mostowik, *Promulgatio et vacatio legis jako warunek powszechnego obowiązkiwania prywatnoprawnych umów międzynarodowych*, „Radca Prawny” 2009/1, s. 27–30.

²⁴ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białorusi o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych z 26.10.1994 r. (Dz.U. z 1995 r. nr 128 poz. 619).

²⁵ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych z 16.09.1996 r. (Dz.U. z 2002 r. nr 83 poz. 750).

²⁶ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych z 24.05.1993 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 96 poz. 465).

²⁷ B. Fuchs, *Prawo właściwe dla umowy o pracę w świetle konwencji rzymskiej oraz rozporządzenia „Rzym I”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009/12, s. 5, 7; R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, London 2015, s. 316–317; W. Sanetra, *Rozporządzenie dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) a prawo pracy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009/3, s. 5; K. Brucko-Stępkowski, *Wybór prawa właściwego dla stosunku pracy*, cz. 1, „Monitor Prawa Pracy” 2010/9, s. 459–463; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej. Komentarz do rozporządzeń rzymskich*, Warszawa 2012, s. 222; W. Kurowski, *Stosunek pracy wynikający z umowy w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2016, s. 112–144.

²⁸ F. Morgenstern, *Les conflits de lois en droit du travail. Etude de la loi applicable à la relation de travail internationale*, Genève 1986, s. 20–21; A. Kozakiewicz, *Stosunki pracy w konwencji rzymskiej o prawie*

mają możliwość dokonania wyboru prawa dla tejże umowy, jak i stosunku z niej wynikającego. Jednocześnie kolizyjnoprawna autonomia woli w tym zakresie nie jest w sposób szczególny ograniczona. Taki wybór nie może jednak prowadzić do pozbawienia pracownika ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów bezwzględnie wiążących (semiimperatywnych) prawa, jakie – w braku wyboru – byłoby dla tego stosunku właściwe²⁹.

Z treści uzasadnienia do komentowanego wyroku nie wynika, by strony skorzystały z możliwości wyboru prawa; żadna ze stron na tę okoliczność się też nie powoływała.

W braku wyboru prawodawca unijny przewidział kaskadę łączników, wskazujących prawo właściwe dla „indywidualnej umowy o pracę”, umożliwiając jednak odejście od takiego wskazania poprzez klauzulę korekcyjną, posługującą się kryterium „ściślejszego związku” umowy z państwem innym niż wskazane za pomocą łączników o charakterze obiektywnym.

W myśl art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I umowa o pracę podlega prawu państwa, w którym lub – gdy takiego brak – z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy. Warto przy tym wskazać, że brzmienie tego przepisu uległo modyfikacji w odniesieniu do wcześniej stosowanego art. 6 ust. 2 lit. a konwencji rzymskiej, przewidującego, że „do umów o pracę stosuje się prawo państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy”. Zmiana, o której tu mowa, wynikała z bogatego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, któremu przyszło wielokrotnie dokonać wykładni art. 6 konwencji rzymskiej (lub odpowiednich przepisów konwencji brukselskiej³⁰, rozporządzenia Bruksela I³¹, posługujących się podobnymi łącznikami), w sprawach na tle stanów faktycznych zbieżnych do tego, który stał się przyczynkiem do komentowanego wyroku.

Zestawienie art. 6 ust. 2 lit. a konwencji rzymskiej z art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I prowadzi do wniosku, że obecnie obowiązująca regulacja została uzupełniona o wyrażenie „lub – gdy takiego brak – z którego”³². Pierwotne brzmie-

właściwym dla zobowiązań umownych, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004/4, s. 1036–1037; M.-A. Sabirau-Pérez, *Le changement de loi applicable au contrat de travail international*, „Revue Internationale du Travail” 2000/3, s. 378–379; P. Grzebyk, *Zasady określania prawa właściwego dla stosunku pracy na podstawie Konwencji rzymskiej* (w:) *Indywidualne a zbiorowe prawo pracy*, red. L. Florek, Kraków 2007, s. 232–249; P. Wąż, *Ochrona interesu pracownika w stosunkach pracy z elementem obcym. Wybrane zagadnienia kolizyjno-prawne*, „Monitor Prawa Pracy” 2009/3, s. 123–124.

²⁹ Na temat ograniczonego zakresu zastosowania prawa wybranego zob. m.in. W. Kurowski, *Stosunek pracy...*, s. 97–108.

³⁰ Konwencja brukselska z 27.09.1968 r. o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE z 2007 r. L 339, s. 3), dalej konwencja brukselska.

³¹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. WE L nr 12 z 16.01.2001 r., s. 1), dalej rozporządzenie Bruksela I, obecnie nie obowiązuje.

³² W. Sanetra, *O „indywidualnej umowie o pracę”...*, s. 73; A. van Hoek, *Private international law rules for transnational employment. Reflections from the European Union* (w:) *Research Handbook on Transna-*

nie przepisu, odwołującego się do łącznika *locus laboris* (tj. „państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy”), w razie jego literalnej wykładni prowadzić mogło do wyłączenia zastosowania wskazanej normy w przypadkach, gdy pracownik świadczy pracę w kilku państwach. Co więcej, sformułowanie „zazwyczaj” sugerowało, że w danym kraju pracownik powinien spędzać zdecydowanie więcej czasu, wykonując swoje obowiązki, niż w innych państwach, a zatem to czynnik temporalny pracy w określonym miejscu miałby decydować o prawie właściwym dla danej umowy. Tymczasem w odniesieniu do wielu zawodów aktywność pracownika w ramach zatrudnienia wyklucza możliwość wskazania tak rozumianego „państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy”. Dotyczy to przede wszystkim pracowników sektora transportu międzynarodowego³³, którzy z istoty wykonywanej pracy muszą przemieszczać się po terytoriach różnych państw.

Jak wspomniano powyżej, odpowiedzią na wątpliwości interpretacyjne w odniesieniu do art. 6 ust. 2 lit. a konwencji rzymskiej (odpowiednich przepisów konwencji brukselskiej, rozporządzenia Bruksela I) były orzeczenia ETS (TSUE) w sprawach, w których wskazanie „państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy” nie było oczywiste³⁴.

W kontekście komentowanego orzeczenia na szczególną uwagę zasługuje wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, w sprawie *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, który zapadł na tle zbliżonego stanu faktycznego³⁵. W uzasadnieniu do swojego orzeczenia TSUE stwierdził, po pierwsze, że w przypadku gdy praca jest wykonywana w więcej niż jednym państwie, łącznik *locus laboris*

tional Labour Law, red. A. Blackett, A. Trebilcock, Cheltenham–Northampton 2015, s. 441; W. Kuroski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 476; M. McParland, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford 2015, s. 659.

³³ P. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*, Paris 1993, s. 106–107; U. Grušić, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge 2015, s. 162.

³⁴ Zob. wyrok ETS z 13.07.1993 r., C-125/92, *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, ECLI:EU:C:1993:306, pkt 21–23; wyrok ETS z 9.01.1997 r., C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd.*, ECLI:EU:C:1997:7, pkt 23; wyrok ETS z 27.02.2002 r., C-37/00, *Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd.*, ECLI:EU:C:2002:122, pkt 42; wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 43, 47.

³⁵ Na podstawie umowy o pracę zawartej w Luksemburgu i poddanej prawu tego państwa H. Koelzsch, zamieszkały w Osnabrück (Niemcy), został zatrudniony jako kierowca transportu międzynarodowego przez przedsiębiorstwo Gasa (spółkę zależną spółki prawa duńskiego Gasa Odense Blomster a/s). Przedmiotem działalności pracodawcy był transport kwiatów i innych roślin z Odense (Dania) do miejsc przeznaczenia znajdujących się głównie w Niemczech, ale także w innych krajach europejskich, ciężarówkami, które mają swoje miejsca postoju w Niemczech (w Kassel, w Neukirchen/Vluyn i w Osnabrück). W Niemczech Gasa nie miało ani siedziby, ani biura. Z kolei ciężarówki, które prowadził H. Koelzsch, posiadały rejestrację Luksemburga, natomiast kierowcy, w tym i powód, byli objęci luksemburskim ubezpieczeniem społecznym.

musi podlegać wykładni rozszerzającej i powinien być rozumiany w ten sposób, że odnosi się on do miejsca, w którym lub z którego pracownik rzeczywiście wykonuje swoją działalność zawodową, a w przypadku braku centrum działalności – do miejsca, w którym pracownik podejmuje największą część swojej aktywności³⁶. Ze względu na specyficzny charakter pracy w sektorze transportu międzynarodowego należy przy tym brać pod uwagę ogół elementów, którymi cechuje się działalność pracownika, jako kierowcy³⁷. Zważywszy na te okoliczności, trzeba w szczególności „ustalić, w którym państwie członkowskim znajduje się miejsce, skąd pracownik wykonuje przewozy, otrzymuje polecenia dotyczące przewozów i organizuje swoją pracę, a także miejsce, gdzie znajdują się jego narzędzia pracy”. Sąd powinien także określić, „w jakich miejscach transport jest zasadniczo wykonywany, gdzie towary są wyładowywane oraz dokąd pracownik wraca po wykonaniu przewozów”³⁸. W konkluzji TSUE stwierdził, korzystając z autonomicznej metody kwalifikacji³⁹, że w przypadku gdy pracownik wykonuje działalność w więcej niż jednym kraju, państwem, gdzie „zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy”, jest to, w którym lub z którego – przy uwzględnieniu ogółu elementów cechujących wspomnianą działalność – pracownik wywiązuje się z zasadniczej części swoich obowiązków względem zatrudniającego go pracodawcy⁴⁰.

Odnosząc powyższe uwagi do stanu faktycznego komentowanej sprawy, nie sposób nie dostrzec, że polskie sądy pominęły milczeniem kwestię prawa właściwego dla umowy łączącej strony sporu, zakładając *a priori* – a przy tym błędnie, jak się okazuje – właściwość prawa polskiego. Wychodząc z tego niewłaściwego założenia, próbowały doszukiwać się możliwości zastosowania prawa włoskiego, w zakresie, w jakim byłoby to możliwe w odniesieniu do pracownika delegowanego z Polski w zakresie „tymczasowego zatrudnienia w innym państwie” w rozumieniu art. 8 ust. 2 *in fine* rozporządzenia Rzym I. Nieświadomie (o czym świadczy brak powołania się na odpowiednie przepisy) sądy uznały, że umowa o pracę łącząca strony postępowania podlega prawu państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika (a zatem – prawu polskiemu), co znajdowałoby podstawę w art. 8 ust. 3 rozporzą-

³⁶ Wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 45.

³⁷ Wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 48.

³⁸ Wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 49. Zob. też W. Kurowski (w:) *System...*, red. M. Pazdan, s. 478–479.

³⁹ Kwalifikacja autonomiczna zakłada, że „treść i zakres tej normy odsyłającej nie mogą zostać określone na podstawie prawa sądu, przed którym toczy się postępowanie, ale powinny zostać ustalone według jednolitych i autonomicznych kryteriów, aby zapewnić pełną skuteczność konwencji rzymskiej w świetle zakładanych przez nią celów” – tak TSUE w wyroku z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 32.

⁴⁰ Wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI:EU:C:2011:151, pkt 50.

dzenia Rzym I, a nie w art. 8 ust. 2 tego aktu. Innym wyjaśnieniem przyjęcia przez sądy właściwości prawa polskiego byłoby założenie przez nie, znów błędne⁴¹, że wskazanie przez strony umowy o pracę miejsca jej świadczenia w Polsce ma znaczenie kolizyjnoprawne, a zatem przesądza o uznaniu, na potrzeby art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, że „pracownik zazwyczaj świadczy pracę” w miejscu oznaczonym w umowie, a zatem w tym przypadku – w Polsce.

Tymczasem ogół okoliczności sprawy wskazywał, że statutem stosunku pracy w omawianej sprawie jest prawo włoskie. Po pierwsze, powód w ogóle nie wykonywał swoich obowiązków pracowniczych w Polsce. Jego aktywność zawodowa koncentrowała się w innych krajach (a nawet – ograniczała się do pracy za granicą). Po drugie, takie elementy stanu faktycznego, jak obywatelstwo stron (siedziba pracodawcy), miejsce zamieszkania czy zwykłego pobytu pracownika są dla ustalenia prawa właściwego dla stosunku pracy prawnie irrelewantne. Z kolei miejsce zawarcia umowy może mieć znaczenie przy stosowaniu łącznika wynikającego z przepisu art. 8 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, z tym że może on znaleźć zastosowanie do sprawy jedynie wówczas, gdy odpadnie podstawa do sięgnięcia po normę kolizyjną wynikającą z art. 8 ust. 2 rozporządzenia (co w omawianej sprawie nie miało miejsca). Po trzecie wreszcie, opisany w uzasadnieniu orzeczenia stan faktyczny pozwala na przyjęcie, że to we Włoszech powód wywiązywał się „z zasadniczej części swoich obowiązków wobec pracodawcy”, by nie rzec – ze wszystkich swoich obowiązków. Tam bowiem „znajduje się miejsce, skąd pracownik (wykonywał) przewozy, (otrzymywał) polecenia dotyczące przewozów i (organizował) swoją pracę, a także miejsce, gdzie (znajdowały) się jego narzędzia pracy”⁴². Niewątpliwie we Włoszech ulokowana była baza transportowa, z której powód wyruszał po ładunek do zakładu producenta sprzętu gospodarstwa domowego. Do tejże bazy wracał on też po trwającej co najmniej 12 tygodni podróży. W tym czasie powód rozwoził towary po różnych krajach europejskich, działając zgodnie z poleceniami wydawanymi z bazy we Włoszech.

Błędnie zatem sądy poszczególnych instancji zakładały w tej sprawie właściwość prawa polskiego. Zbędnie też sąd pierwszej instancji poszukiwał możliwości zastosowania w tym przypadku dyrektywy 96/71/WE, a dzięki niej w wąskim zakresie prawa włoskiego w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę. Statutem stosunku pracy powoda było bowiem prawo włoskie. Innym problemem, w ogóle niepodjętym, była ewentualna potrzeba stosowania do omawianego stosunku pracy, zgodnie z dyrektywą 96/71/WE, praw tych państw, do których powód trafiał, rozwożąc towary z Włoch, w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zważywszy jednak na błąd co do ustalenia prawa właściwego dla stosunku pracy, kwestia ta zupełnie umknęła z pola zainteresowania wszystkich sądów⁴³.

⁴¹ Zob. szerzej W. Kurowski, *Stosunek pracy...*, s. 118–119.

⁴² Wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga*, ECLI: EU:C:2011:151, pkt 49.

⁴³ Tymczasem stosowanie dyrektywy 96/71/WE w odniesieniu do kierowców transportu między-

Może dziwić, że sądy poszczególnych instancji w omawianej sprawie nie zdiagnozowały poprawnie zagadnienia „miejsca pracy” pracowników mobilnych w kontekście kolizyjnym. Kwestia ta była już bowiem przedmiotem analizy w polskiej judykaturze, i to na długo przed wejściem w życie rozporządzenia Rzym I. Już wówczas przyjęto, że w odniesieniu do pracowników, dla których przemieszczanie się stanowi istotę wykonywanej pracy (a zatem na pewno dla kierowców transportu międzynarodowego), ich „miejscem pracy” jest ośrodek dyspozycyjny, w którym rozpoczynają i kończą pracę⁴⁴.

Dla porządku należy jedynie przypomnieć, że w rzadkich przypadkach, gdy nie sposób ustalić prawa właściwego dla „indywidualnej umowy o pracę” i stosunku z niej wynikającego zgodnie z normą kolizyjną wynikającą z art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, a zatem gdy nie można wskazać „państwa, w którym lub – gdy takiego brak – z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy”, z pomocą przychodzi reguła kolizyjna wynikająca z art. 8 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, nakazująca stosowanie prawa państwa, gdzie znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika⁴⁵. Jak wynika z analizowanego stanu faktycznego, sięgnięcie w tym przypadku po tę normę kolizyjną byłoby błędne; z powodzeniem można było bowiem wskazać prawo właściwe dla umowy o pracę łączącą strony postępowania na podstawie przepisu art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I.

W art. 8 ust. 4 rozporządzenia Rzym I znalazła się reguła korekcyjna w odniesieniu do rozstrzygnięć dokonanych na podstawie art. 8 ust. 2 albo 3 tego aktu, na wypadek gdyby ze wszystkich okoliczności wynikało, że umowa o pracę wykazuje ściślejszy związek z państwem innym niż to, w którym (ewentualnie – gdy takiego brak – z którego) pracownik zazwyczaj świadczy pracę albo gdzie znajduje się przedsiębiorstwo zatrudniające pracownika. Wówczas art. 8 ust. 4 rozporządzenia Rzym I nakazuje do danego stosunku pracy stosować prawo tego innego państwa⁴⁶.

Stan faktyczny będący podstawą komentowanego orzeczenia nie wskazuje, by zaistniały przesłanki do sięgnięcia po wspomnianą regułę korekcyjną. Zbież-

narodowego przesądził TSUE w wyroku z 1.12.2020 r., C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c/a Van den Bosch Transporten BV, Van den Bosch Transporte GmbH, Silo-Tank kft*.

⁴⁴ Tak SN w uchwale z 17.07.1975 r. (I PZP 9/75), OSNCP 1976/3, poz. 45 z głosami J. Kurcysza, OSPiKA 1976/7–8, poz. 136 i A.M. Świątkowskiego, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1977/2, s. 73.

⁴⁵ B. Fuchs, *Prawo właściwe dla umowy o pracę...*, s. 6, 7; W. Sanetra, *Rozporządzenie dotyczące prawa właściwego...*, s. 5; P. Stone, *EU Private International Law*, Cheltenham–Northampton 2014, s. 353; M. Franzen, N. Gröner (w:) *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, red. G.-P. Calliess, Alphen aan den Rijn 2015, s. 230–232; U. Grušić, *The European Private International Law...*, s. 167–174; M. McParland, *The Rome I Regulation...*, s. 670–675; W. Kurowski (w:) *System...*, red. M. Pazdan, s. 484–486.

⁴⁶ B. Fuchs, *Prawo właściwe dla umowy o pracę...*, s. 5, 7; W. Sanetra, *Rozporządzenie dotyczące prawa właściwego...*, s. 5; P. Stone, *EU Private International Law...*, s. 353–354; M. Franzen, N. Gröner (w:) *Rome Regulations...*, red. G.-P. Calliess, s. 232–233; U. Grušić, *The European Private International Law...*, s. 174–177; W. Kurowski, *Stosunek pracy...*, s. 153–162.

ność miejsca zamieszkania powoda i siedziby pozwanego oraz miejsca zawarcia umowy o pracę nie są w świetle innych okoliczności sprawy wystarczające. Poza tym sądy w uzasadnieniach swych orzeczeń na tę regułę korekcyjną się nie powoływały.

Ustalenie prawa właściwego dla danego stosunku jest zabiegiem, dzięki któremu ów stosunek osadzony zostanie w przestrzeni określonego systemu prawnego. Możliwe stanie się zatem stosowanie regulacji merytorycznych jego dotyczących, w tym przede wszystkim pozwalających na zbadanie, czy doszło do powstania tej relacji prawnej i jakie było jej źródło. Wskazanie prawa właściwego następuje za pomocą norm kolizyjnych, rozgraniczających sfery oddziaływania systemów prawnych różnych państw. Co do zasady, organy orzekające, czy też szerzej – podmioty stosujące prawo, po normy te powinny sięgać *ex officio*, a zabiegi zmierzające do ustalenia miarodajnego dla danego stosunku statutu powinny następować we wstępnej fazie analizy sprawy. Nie sposób bowiem rozstrzygać o prawach i obowiązkach stron bez ustalenia, jakiemu prawu są one poddane.

Wskazanie prawa właściwego odbywa się w oparciu o kryteria określone w normie kolizyjnej. Kryteria te (łączniki) bazują na różnych powiązaniach danego stosunku (jego elementu) lub stron w nim występujących z określonym państwem. Niekiedy dla danej relacji prawnej prawodawcy przewidują kilka łączników, ustawionych kaskadowo, począwszy od tego, którego wykorzystanie wydaje się najbardziej pożądane. Gdy dzięki niemu nie udaje się wskazać miarodajnego dla danego stosunku statutu, wówczas w sukurs przychodzą kolejno pojawiające się powiązania, aż do najbardziej ogólnych. Częstym zabiegiem jest też wprowadzanie przez prawodawców do regulacji kolizyjnych reguł korekcyjnych, dzięki którym w przypadku, gdy dany stan faktyczny jest ściślej powiązany z innym prawem niż z tym wskazanym przez łączniki podstawowe, zastosowanie znajdzie prawo wykazujące ściślejsze związki z określonym stosunkiem.

Opisany powyżej model postępowania przez organy stosujące prawo odnosi się do wszystkich relacji prawnych, w tym tych wynikających z umowy o pracę. Uwaga ta jest o tyle istotna, co wynika z uzasadnienia do komentowanego wyroku, że żaden z sądów rozstrzygających sprawę nie pochylił się nad poruszonym tu zagadnieniem i nie dokonał ustalenia miarodajnego statutu dla umowy o pracę i stosunku z niej wynikającego. Co ciekawe, najbliższy trafnego rozstrzygnięcia tej kwestii był sąd pierwszej instancji, którego wyrok został później zmieniony, choć i ten sąd, widząc konieczność sięgnięcia po właściwe normy kolizyjne, nieumiejętnie je zastosował.

Omawiane orzeczenie skłania do wniosku, by w każdej sprawie, w szczególności gdy tak wyraźnie zarysowany jest jej element zagraniczny, z większą uwagą podchodzić do ustalenia prawa właściwego dla danego stosunku.

WK

ABSTRACT

dr Mateusz Dąbroś

The author is an advocate (District Bar Association in Katowice), a partner of a law firm of advocates and tax advisers, and a PhD in law at the Institute of Legal Sciences, Civil Law and International Private Law of the University of Silesia in Katowice.

dr hab. Witold Kurowski

The author is a professor at the Institute of Law, Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice.

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

The author is a head of the Department of Civil Law of the Jagiellonian University in Krakow.

**Review of the case law of the Polish Supreme Court
in the area of civil law**

This review contains two commentaries to the rulings of the Polish Supreme Court dealing with a contractual penalty stipulated in the contract and a applicable law to employment contract.

The first commentary concerns a ruling issued on the basis of a legal question regarding doubts as to whether the general inadmissibility of stipulating a contractual penalty in the event of failure to perform or improper performance of pecuniary obligation also extends to the case of a contractual penalty reserved in a contract concluded under public procurement law in the event of non-payment by the general contractor of remuneration to its subcontractors. The Supreme Court adopted a resolution, the content of which should not raise any reservations regarding the issue of contracts concluded under the public procurement law. However, the question remains whether the same provisions are permissible in general contractor agreements concluded outside this particular legal regime.

The second commentary aims to comment a ruling concerning the law applicable to individual employment contracts. The question referred in the present case arises in the context of a dispute between an international lorry driver domiciled in Poland and a Polish company that had employed this driver, concerning remuneration for overtime work. In the judgement I PK 267/18, Polish Supreme Court has assumed that Polish law applied to the case as a whole, although the employee had been performing the essential part of his duties abroad, delivering goods from Italy to customers in various European countries. Meanwhile, Article 8(2) of Rome I Regulation provides that the individual employment contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually

carries out his work in performance of the contract. Furthermore, the Court of Justice of the European Union, in the judgement C-29/10 (Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg), based on the similar case and Article 6(2)(a) of the Convention on the law applicable to contractual obligations (which was less precise in this regard), assumed that in a situation in which an employee carries out his activities in more than one Contracting State, the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, within the meaning of that provision, is that in which or from which, in the light of all the factors which characterise that activity, the employee performs the more significant part of his obligations towards his employer.

Keywords: *private international law, the law applicable to the individual employment contracts, country in which the employee habitually carries out his work, the employee working in more than one country, Rome I Regulation, Directive 96/71/EC*

dr Mateusz Dąbroś

ORCID: 0000-0002-1776-5136; e-mail: mateusz.dabros@pdlegal.eu

Autor jest adwokatem (ORA w Katowicach), partnerem kancelarii prawnej adwokatów i doradców podatkowych oraz doktorem nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

dr hab. Witold Kurowski

ORCID: 0000-0002-3151-3031; e-mail: witold.kurowski@us.edu.pl

Autor jest profesorem w Instytucie Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

ORCID: 0000-0001-7529-4726; e-mail: jerzy.pisulinski@uj.edu.pl

Autor jest kierownikiem Katedry Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Adamus Rafał, *Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego jako przesłanka zastrzeżenia kary umownej*, „Monitor Prawniczy” 2016/13

Brucko-Stępkowski Karol, *Wybór prawa właściwego dla stosunku pracy*, cz. 1, „Monitor Prawa Pracy” 2010/9

- Coursier Philippe**, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*, Paris 1993
- Czepelak Marcin**, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej. Komentarz do rozporządzeń rzymskich*, Warszawa 2012
- Czepelak Marcin**, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008
- Drapała Przemysław, Olejniczak Adam** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2020
- Fuchs Bernadetta**, *Prawo właściwe dla umowy o pracę w świetle konwencji rzymskiej oraz rozporządzenia „Rzym I”, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009/12*
- Grušić Uglješa**, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge 2015
- Grzebyk Piotr**, *Zasady określania prawa właściwego dla stosunku pracy na podstawie Konwencji rzymskiej* (w:) *Indywidualne a zbiorowe prawo pracy*, red. L. Florek, Kraków 2007
- van Hoek Aukje**, *Private international law rules for transnational employment. Reflections from the European Union* (w:) *Research Handbook on Transnational Labour Law*, red. A. Blackett, A. Trebilcock, Cheltenham–Northampton 2015
- Jastrzębski Jacek**, *Nietypowe kary umowne – swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014/6
- Kozakiewicz Agnieszka**, *Stosunki pracy w konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004/4
- Kurowski Witold**, *Stosunek pracy wynikający z umowy w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2016
- Lackoroński Bogusław** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, Legis/el.
- McParland Michael**, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford 2015
- Morgenstern Felice**, *Les conflits de lois en droit du travail. Etude de la loi applicable à la relation de travail internationale*, Genève 1986
- Mostowik Piotr**, *Promulgatio et vacatio legis jako warunek powszechnego obowiązywania prywatnoprawnych umów międzynarodowych*, „Radca Prawny” 2009/1
- Plender Richard, Wilderspin Michael**, *The European Private International Law of Obligations*, London 2015

Popiołek Wojciech (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, t. 2

Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, red. G.-P. Calliess, Alphen aan den Rijn 2015

Sabirau-Pérez Marie-Agnès, *Le changement de loi applicable au contrat de travail international*, „Revue Internationale du Travail” 2000/3

Sanetra Walerian, *O „indywidualnej umowie o pracę” unormowanej w prawie prywatnym międzynarodowym (w:) Stosunki zatrudnienia w dwudziestoleciu społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Profesor Barbary Wagner*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2010

Sanetra Walerian, *Rozporządzenie dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) a prawo pracy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009/3

Stone Peter, *EU Private International Law*, Cheltenham–Northampton 2014

System prawa prywatnego, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015

Szanciło Tomasz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, Legalis/el.

Wąż Piotr, *Ochrona interesu pracownika w stosunkach pracy z elementem obcym. Wybrane zagadnienia kolizyjno-prawne*, „Monitor Prawa Pracy” 2009/3

Zagrobelny Krzysztof (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, Legalis/el.

Pojęcia kluczowe: *orzecznictwo, Naczelny Sąd Administracyjny, uchwały, wyroki, postanowienia*

Najnowsze orzecznictwo

Jan Chmielewski

NACZELNY SĄD ADMINISTRACYJNY – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (STYCZEŃ–CZERWIEC 2021 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa obejmuje wybraną judykaturę z pierwszego półrocza 2021 r. Przegląd tworzą prawomocne postanowienia, wyroki oraz uchwały zapadłe we wskazanym okresie. Dotyczą one zarówno procesowych, jak i materialnych zagadnień z zakresu szeroko rozumianego prawa administracyjnego, w tym podatkowego, objętego kognicją wszystkich izb Naczelnego Sądu Administracyjnego.

1. IZBA OGÓLNOADMINISTRACYJNA

1.1. Nie można uznać za niedopuszczalny i przedwczesny wniesiony na podstawie art. 64c § 1 ustawy z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej p.p.s.a.) sprzeciw od decyzji przez stronę przed doręczeniem jej decyzji, jeżeli decyzja ta została doręczona innym stronom postępowania. Przyjęta wykładnia przepisów art. 64c § 1 p.p.s.a nie prowadzi do zbędnego przedłużenia postępowania, do którego doszłoby w sytuacji, gdy po odrzuceniu sprzeciwu strona zmuszona zostałaby do wniesienia wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia sprzeciwu.

Postanowienie NSA z 16.02.2021 r. (II OSK 246/21).

1.2. Włączenie karty adresowej zabytku do gminnej ewidencji zabytków na podstawie art. 22 ust. 5 pkt 2 ustawy z 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w zw. z § 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzic-

twa Narodowego z 26.05.2011 r. w sprawie prowadzenia rejestru zabytków, krajowej, wojewódzkiej i gminnej ewidencji zabytków oraz krajowego wykazu zabytków skradzionych lub wywiezionych za granicę niezgodnie z prawem jest czynnością organu administracji, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. Czynność ta ma charakter zewnętrzny. Jej adresatem nie są bowiem jednostki organizacyjne oraz pracownicy tych jednostek, podporządkowane organowi podejmującemu daną czynność. Podejmowana jest ona przez podmiot wykonujący administrację publiczną. Włączenie karty adresowej zabytku do gminnej ewidencji zabytków jest działaniem jednostronnym będącym elementem władczych działań administracji publicznej. Włączenie karty adresowej zabytku następuje w oparciu o czynność materialno-techniczną organu mogącą przyjąć formę zarządzenia. Wydanie zarządzenia potwierdza jedynie dokonanie takiej czynności. Istotne jest również to, że skarga wnoszona jest na czynność, a nie na zarządzenie o włączeniu karty adresowej zabytku. Biorąc pod uwagę, że włączenie karty ewidencyjnej zabytku do wojewódzkiej ewidencji zabytków uznawane jest za czynność, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a., należy uznać, iż tak samo powinna być kwalifikowana czynność włączenia karty adresowej zabytku do gminnej ewidencji zabytku.

Postanowienie NSA z 18.05.2021 r. (II OZ 218/21).

1.3. Zgodnie z art. 39 ust. 3 ustawy z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane w stosunku do obiektów budowlanych oraz obszarów niewpisanych do rejestru zabytków, a ujętych w gminnej ewidencji zabytków, pozwolenie na budowę lub rozbiórkę obiektu budowlanego wydaje organ administracji architektoniczno-budowlanej w uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków. Postępowanie uzgodnieniowe, o którym mowa w powyższym przepisie, dotyczy obiektu, który został ujęty w gminnej ewidencji zabytków na podstawie art. 22 ust. 5 ustawy z 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Umieszczając zabytek w gminnej ewidencji zabytków, organ gminy urzędowo stwierdza, że obiekt ten charakteryzuje się cechami, które uzasadniają objęcie go szczególną formą ochrony nieruchomości. Niemniej jednak w postępowaniu uzgodnieniowym nie jest możliwe skuteczne zakwestionowanie zasadności ujęcia zabytku w gminnej ewidencji zabytków. Twierdzenie, że obiekt ujęty w tejże ewidencji faktycznie nie jest zabytkiem, albowiem nigdy nie posiadał rzeczywistej wartości zabytkowej albo też ją utracił, powinno być, co do zasady, podnoszone w odpowiednim postępowaniu zmierzającym do zmiany gminnej ewidencji zabytków w zakresie skreślenia z niej obiektu, który nie powinien, w świetle przepisów dotyczących ochrony zabytków i opieki nad zabytkami, dłużej w niej figurować.

Wyrok NSA z 21.04.2021 r. (II OSK 1814/18).

1.4. Prawidłowe zainicjowanie postępowania przed sądem administracyjnym zostało uzależnione od doręczenia stronie postępowania aktu albo czynności z zakresu administracji publicznej. Akt ten powinien zostać doręczony stronie

w całości, tak aby w sposób nieskrępowany mogła zapoznać się z jego treścią, podjąć decyzję o zasadności wniesienia skargi oraz sformułowaniu konkretnych zarzutów. Doręczenie niekompletnego rozstrzygnięcia utrudnia te zadania niezależnie od tego, czy dotyczy ono treści rozstrzygnięcia, czy też jego uzasadnienia, które stanowi obligatoryjny element postanowienia. Z nieskutecznym doręczeniem mamy do czynienia nie tylko w sytuacji naruszenia przepisów dotyczących technicznego sposobu doręczenia przesyłki, o których stanowią przepisy działu I rozdziału 8 Kodeksu postępowania administracyjnego, lecz także w przypadku, gdy sama przesyłka nie jest kompletna i nie zawiera pełnej treści podlegającego zaskarżeniu rozstrzygnięcia.

Postanowienie NSA z 8.06.2021 r. (II OZ 341/21).

2. IZBA FINANSOWA

2.1. Zgodnie z art. 39 § 1 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niewykonania zobowiązania podatkowego, organ podatkowy wzywa stronę postępowania lub kontrolowanego do złożenia oświadczenia o:

- 1) nieruchomościach oraz prawach majątkowych, które mogą być przedmiotem hipoteki przymusowej;
- 2) rzeczach ruchomych oraz zbywalnych prawach majątkowych, które mogą być przedmiotem zastawu skarbowego.

Powyższy przepis jednoznacznie potwierdza, że czynności zmierzające do zabezpieczenia wierzytelności organu podejmowane są przez niego „w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej”.

Określona w tym przepisie przesłanka „uzasadnionej obawy niewykonania zobowiązania” wskazuje także, że to w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej (tzw. postępowania „wymiarowego”) pracownicy organu są obowiązani do dokonywania analizy wystąpienia przesłanek zabezpieczenia zobowiązań podatkowych, w szczególności sprawdzania, czy kontrolowany trwale nie uiszcza zobowiązań o charakterze publicznoprawnym lub czy dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku, które mogą utrudnić egzekucję w rozumieniu art. 33 Ordynacji podatkowej, w kontekście uzasadnionej obawy, że zobowiązanie nie zostanie wykonane.

W przypadku stwierdzenia takich obaw pracownicy „komórki wymiarowej” organu swoją analizę w zakresie istnienia przesłanek do zastosowania zabezpieczenia powinni przekazać do działu spraw wierzycielskich w przedmiocie wydania decyzji zabezpieczającej. W decyzji tej:

- określenie przybliżonej kwoty zabezpieczanych zobowiązań podatkowych opiera się na ustaleniach poczynionych przez organ w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej,

- jej wydanie – z uwagi na charakter tej decyzji – nie poprzedza żadne postanowienie o wszczęciu postępowania (art. 165 § 5 pkt 4 Ordynacji podatkowej) ani wyznaczenie stronie siedmiodniowego terminu do wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego (art. 200 § 2 pkt 2 Ordynacji podatkowej),
- zabezpieczenie następuje na majątku podatnika wyjawionym na podstawie art. 39 Ordynacji podatkowej „w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej”.

Decyzja zabezpieczająca ma przy tym charakter tymczasowy i akcesoryjny, będąc ściśle związaną z toczącym się postępowaniem, prowadzącym do wydania decyzji wymiarowej. Jej byt prawny, wyznaczony ramami toczącego się postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej, kończy się z chwilą doręczenia decyzji wymiarowej, która wywołuje trwałe skutki, rozstrzygając kwestie faktyczne i prawne, rozpatrywane wcześniej przy wydaniu wygasłej decyzji zabezpieczającej.

Prowadzi to do wniosku, że decyzja w przedmiocie zabezpieczenia wydawana na podstawie art. 33 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej, w oparciu o materiały dowodowe w nich zgromadzone przez prowadzący te postępowania organ, wydawana jest w ramach tego postępowania, a nie postępowania odrębnego w stosunku do niego.

Oznacza to, że art. 27 ust. 1 ustawy z 10.09.2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1649), z którego wynika, że do kontroli podatkowych wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się „stare” przepisy dotyczące właściwości, a zatem art. 18b Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym do 31.12.2015 r., zgodnie z którym organy podatkowe właściwe w dniu wszczęcia postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej pozostają właściwe w sprawie, której to postępowanie lub kontrola dotyczy, chociażby w trakcie postępowania lub kontroli nastąpiło zdarzenie powodujące zmianę właściwości, należy tak rozumieć, iż wszczęcie postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej w zakresie podatku od towarów i usług przed 1.01.2016 r. przez naczelnika urzędu skarbowego właściwego w zakresie tego podatku na podstawie przepisów obowiązujących przed tym dniem powoduje, że organ ten jest także właściwy do wydania na podstawie art. 33 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej decyzji o zabezpieczeniu, skoro jej wydanie następuje w toku tego postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej, w oparciu o materiały dowodowe w nich zgromadzone przez prowadzący te postępowania organ.

Wyrok NSA z 11.03.2021 r. (I FSK 1124/18).

2.2. Dokonując wykładni użytego w art. 90 ust. 6 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej u.p.t.u.) pojęcia „czynności sporadyczne” (obec-

nie „czynności pomocnicze”), uznać należy, że chodzi o takie transakcje, które nie są charakterystyczne dla działalności podatnika. Zwrot *incidental transactions*, używany konsekwentnie w angielskiej wersji językowej art. 174 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT oraz w art. 19 ust. 2 VI dyrektywy, oznacza transakcje przypadkowe, uboczne, marginalne. Według słownika języka polskiego „incydentalny” to tyle co przypadkowy, nieistotny, uboczny, okolicznościowy (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. 1, s. 1205 i t. 4, s. 189). O tym, czy dane transakcje są charakterystyczne dla działalności gospodarczej podatnika, czy też są sporadyczne (pomocnicze), decyduje wiele okoliczności faktycznych, wskazujących na znaczenie i zakres tych transakcji w całokształcie działalności gospodarczej podatnika. Jeżeli z okoliczności wynika, że podatnik wykonuje dany typ transakcji jako element prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, wówczas należy uznać, iż transakcje takie nie są sporadyczne (pomocnicze), i to bez względu na ich wartość oraz liczbę. Transakcjami, które nie mogą być uznane za sporadyczne (pomocnicze), będą takie, które z założenia mają być wykonywane jako element prowadzonej działalności.

W świetle wyroku TSUE w sprawie *Empresa de Desenvolvimento Mineiro* (C-77/01; ECLI:EU:C:2004:243) najważniejszą przesłanką uznania transakcji za pomocniczą w rozumieniu art. 174 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT, a tym samym art. 90 ust. 6 pkt 2 u.p.t.u., powinien być niewielki poziom wykorzystywania zasobów przedsiębiorstwa, przy czym dotyczy to generalnie tych zasobów, których nabycie wiązało się z powstaniem podatku naliczonego. Ponadto, jak wskazał TSUE w wyroku z 11.07.1996 r. w sprawie *Regie Dauphinoise* (C-306/94; ECLI:EU:C:1996:290), transakcjami pomocniczymi w rozumieniu art. 174 dyrektywy VAT, a tym samym art. 90 ust. 6 pkt 2 u.p.t.u., nie mogą być transakcje, które stanowią bezpośrednie, stałe i konieczne rozszerzenie działalności podatnika. Jeżeli więc działalność finansowa stanowi stały i niezbędny element wbudowany w funkcjonowanie przedsiębiorstwa podatnika, to transakcje takie nie mogą być uznane za pomocnicze.

W konsekwencji pomocnicze transakcje finansowe w rozumieniu art. 174 ust. 2 lit. b dyrektywy VAT, a tym samym art. 90 ust. 6 pkt 2 u.p.t.u., to transakcje, które:

- 1) nie są wykonywane jako element podstawowej działalności gospodarczej podatnika;
- 2) nie wiążą się (lub wiążą się w sposób marginalny) z wykorzystaniem składników majątkowych oraz usług, które przy zakupie podlegają opodatkowaniu;
- 3) nie stanowią bezpośredniego, stałego i koniecznego rozszerzenia działalności podatnika.

Wyrok NSA z 27.04.2021 r. (I FSK 737/18).

2.3. Opinia biegłego, o której mowa w art. 197 § 1 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa, jest jednym z dowodów w sprawie i może być przedmio-

tem krytyki stron, a organ podatkowy nie jest nią związany i ma obowiązek jej oceny w kontekście całokształtu materiału dowodowego. Przy czym ustalenie stanu faktycznego sprawy należy zawsze do organu podatkowego, biegły powinien jedynie udzielić odpowiedzi na konkretne pytania dostosowane do stanu faktycznego sprawy. Przepisy Ordynacji podatkowej nie określają wymagań, jakim powinna odpowiadać opinia biegłego, jednak z istoty tego dowodu wynika, że musi ona zawierać uzasadnienie, które pozwoliłoby dokonać analizy poprawności wniosków stawianych przez biegłego bez konieczności wkraczania w sferę wiedzy specjalistycznej. Musi zatem przekonywać jako logiczna całość, a biegły powinien wskazać i wyjaśnić przesłanki, które doprowadziły go do przedstawionych konkluzji.

Wyrok NSA z 28.04.2021 r. (III FSK 3233/21).

2.4. Ze zwolnienia, o którym mowa w art. 21 ust. 1 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej u.p.d.o.f.), wyłączone są odprawy pieniężne wypłacane na podstawie przepisów o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. Skoro przepisy układów zbiorowych pracy i porozumień kończących spory zbiorowe stanowią przepisy prawa pracy w rozumieniu art. 9 § 1 Kodeksu pracy, a odprawa z uwagi na szczególne zasady rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników związana była ze zwolnieniami grupowymi, to nie podlega ona zwolnieniu od podatku dochodowego z uwagi na wyłączenie zawarte w art. 21 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.d.o.f. Brak jest podstaw, wobec zrównania (dla celów zwolnienia) wszystkich normatywnych źródeł prawa pracy, do odmiennego traktowania odpraw wypłaconych z tego samego tytułu na podstawie ustaw i na podstawie układów zbiorowych pracy i porozumień kończących spory zbiorowe. Takiej wykładni sprzeciwia się bowiem art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. W przypadku zwolnień podatkowych zasada równości powinna być uwzględniana zarówno przy stanowieniu prawa, jak i jego stosowaniu. Nie powinno się bowiem traktować odmiennie osób charakteryzujących się jednakową cechą relewantną i znajdujących się w takiej samej sytuacji, jeżeli konieczność zróżnicowania sytuacji prawnej tych podmiotów nie znajduje uzasadnienia w innych przepisach konstytucyjnych czy też nie wynika z potrzeby ochrony innych wartości. W tym przypadku sytuacja osób otrzymujących dodatkową odprawę od pracodawcy z tytułu rozwiązania z nimi umowy o pracę w wyniku zwolnień grupowych byłaby zdecydowanie korzystniejsza od sytuacji osób, które odprawy takie otrzymały tylko w wysokości wynikającej z ustawy. Nie tylko otrzymałyby większe świadczenia, ale dodatkowo świadczenia dodatkowe byłyby zwolnione od opodatkowania. Jeżeli powodem zmiany art. 21 ust. 1 pkt 3 u.p.d.o.f. była wyłącznie konieczność uzupełnienia luki prawnej i uwzględnienie wszystkich normatywnych źródeł prawa pracy, a tym samym zrównanie sytuacji podatników, to zmiana ta nie może jednocześnie prowadzić do zróżnicowania sytuacji podatników w zależności od tego, czy

podstawą wypłaty odszkodowania jest ustawa, rozporządzenie wykonawcze czy też porozumienia albo układy zbiorowe pracy.

Wyrok NSA z 26.05.2021 r. (II FSK 3583/18).

3. IZBA GOSPODARCZA

3.1. Zasada podlegania *ex lege* ubezpieczeniom społecznym należy do norm o charakterze *ius cogens*, co prowadzi do wniosku o podleganiu obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym z mocy prawa i z tej przyczyny czynność prawna nie może zniwelować powstających na tym tle obowiązków publicznoprawnych. Oznacza to też, że w kontekście podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym decydującej wagi nie można przypisać treści oświadczeń woli stron, zwłaszcza że sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych są sprawami cywilnymi jedynie w ujęciu formalnym (art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego, dalej k.p.c.), w ujęciu materialnym mają natomiast charakter spraw z zakresu prawa publicznego, a nie prywatnego, co wyklucza możliwość stosowania do relacji prawnych regulowanych prawem ubezpieczeń społecznych przepisów prawa prywatnego (np. Kodeksu cywilnego). Kontrola zgodności z prawem decyzji administracyjnej wydanej w przedmiocie ustalenia podlegania obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego nie może odbywać się przy uwzględnieniu kryteriów, o których mowa w art. 65 § 1 i 2 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (dalej k.c.), a mianowicie zasad współżycia społecznego, ustalonych zwyczajów czy też zgodnego zamiaru stron umowy oraz jej celu.

Wyrok NSA z 19.02.2021 r. (II GSK 1287/20).

3.2. W demokratycznym państwie prawnym nie jest dopuszczalna wykładnia przepisów prawa, która w następstwie prowadzi do naruszenia wolności konstytucyjnej. Wyprowadzenie z domniemanych celów ograniczenia wolności konstytucyjnych nie jest dopuszczalne. Sąd administracyjny nie jest zwolniony z obowiązku odczytania treści normy prawnej z uwzględnieniem wykładni prokonstytucyjnej, oznaczającej konieczność poszukiwania takiego rezultatu wykładni ustawy, by respektować wartości konstytucyjne. Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że zajęcie pasa drogowego na cele organizacji pokojowego zgromadzenia publicznego, zgodnie z wymogami określonymi w ustawie z 5.07.1990 r. – Prawo o zgromadzeniach, nie wymaga zezwolenia zarządcy drogi, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy z 21.03.1985 r. o drogach publicznych. Nałożenie obowiązku uprzedniego uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego wskutek umieszczenia w nim przedmiotów związanych z organizacją zgromadzenia i będących jego zapleczem technicznym stanowiłoby ograniczenie konstytucyjnego prawa wolności organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich oraz naruszałoby istotę tego prawa.

Wyrok NSA z 20.04.2021 r. (II GSK 872/18).

3.3. Przepis art. 92b ust. 1 ustawy z 6.09.2001 r. o transporcie drogowym (dalej u.t.d.) nie może mieć zastosowania przy wymierzaniu kary za nierejestrowanie za pomocą urządzenia rejestrującego lub cyfrowego urządzenia rejestrującego na wykresówce lub karcie kierowcy wskazań w zakresie prędkości pojazdu, aktywności kierowcy i przebytej drogi. Odnosi się on bowiem do naruszenia przepisów o czasie prowadzenia pojazdów, wymaganych przerwach i okresach odpoczynku, a nie do ingerencji w działanie urządzeń rejestrujących. Nawet jeżeli celem tej ingerencji było lub miało być w konsekwencji naruszenie przepisów o czasie prowadzenia pojazdów, wymaganych przerwach i okresach odpoczynku, gdyż ich naruszenie nie stanowi przecież warunku ukarania za ingerencję w urządzenia rejestrujące. Ustawodawca nieprzypadkowo ogranicza możliwość wyłączenia odpowiedzialności przedsiębiorców w oparciu o art. 92b ust. 1 u.t.d. do przypadków naruszenia przepisów o czasie prowadzenia pojazdów, wymaganych przerw oraz okresów odpoczynku, warunkując je właściwą organizacją pracy i odpowiednim systemem wynagradzania, uznając, że skoro warunki te zostaną spełnione, przedsiębiorca nie będzie już miał interesu w naruszaniu tych norm przez kierowców. Innymi słowy, nie można utożsamiać naruszenia nierejestrowania aktywności kierowcy za pośrednictwem urządzenia rejestrującego z naruszeniem przez kierowcę czasu prowadzenia pojazdu, wymaganych przerw i okresów odpoczynków, ustanowionych przecież w celu zapewnienia bezpieczeństwa na drodze wszystkim jej użytkownikom.

Wyrok NSA z 27.05.2021 r. (II GSK 734/18).

4. UCHWAŁY NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

4.1. W uchwale z 22.02.2021 r. (I OPS 1/20) Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, że odszkodowanie, o którym mowa w art. 36 ust. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (Dz.U. z 1974 r. nr 10 poz. 64 ze zm.), może być od 1.01.1998 r. ustalone na podstawie art. 129 ust. 5 pkt 3 ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2020 r. poz. 65 ze zm.) dla spadkobiercy właściciela nieruchomości wymienionej w art. 35 ust. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości. Ponadto skład orzekający wyjaśnił, że odszkodowanie, o którym mowa w art. 36 ust. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości, nie może być ustalone na podstawie art. 129 ust. 5 pkt 3 ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2020 r. poz. 65 ze zm.) na rzecz nabywcy nieruchomości w drodze umowy zawartej po dniu czasowego zajęcia tej nieruchomości w trybie określonym w art. 35 ust. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości.

Odnosząc się do pierwszej kwestii, NSA zauważył, że zagadnieniem spornym było wskazanie kręgu podmiotów, na rzecz których może być ustalone odszkodowanie w związku ze szczególnym trybem wywłaszczenia polegającym na ograniczeniu prawa własności nieruchomości (użytkowania wieczystego)

w wyniku czasowego jej zajęcia na podstawie decyzji administracyjnej w celu wybudowania liniowych urządzeń infrastruktury technicznej. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjęcie stanowiska, że osobą uprawnioną do otrzymania odszkodowania jest wyłącznie osoba wywłaszczona, rozumiana jako osoba pozbawiona prawa do nieruchomości lub ograniczona w wykonywaniu tego prawa, nie jest do zaakceptowania, ponieważ narusza konstytucyjną zasadę ochrony własności i prawa dziedziczenia oraz dopuszczalność wywłaszczenia za słusznym odszkodowaniem (art. 21 Konstytucji RP). W przypadkach bowiem, w których przepisy prawa przewidują, że ustalenie odszkodowania z tytułu wywłaszczenia następuje w odrębnym postępowaniu, czy też w przypadku gdy strony (osoba wywłaszczona lub podmiot zobowiązany do uiszczenia odszkodowania) uczyniły przedmiotem zaskarżenia decyzję wywłaszczeniową, ale tylko w części dotyczącej ustalenia odszkodowania, śmierć osoby wywłaszczonej spowodowałaby konieczność umorzenia postępowania dotyczącego ustalenia odszkodowania, skoro spadkobiercy osoby wywłaszczonej nie mogliby wstąpić w prawa i obowiązki swojego spadkodawcy. W ten sposób doszłoby do wywłaszczenia prawa bez ustalenia odszkodowania, z jednocześnie pozbawieniem ochrony prawa do dziedziczenia.

Za przyjęciem stanowiska, że spadkobierca osoby wywłaszczonej jest podmiotem uprawnionym do otrzymania odszkodowania w miejsce niezaspokojonego roszczenia odszkodowawczego wywłaszczonego właściciela nieruchomości, przemawia przede wszystkim konstytucyjna zasada ochrony prawa dziedziczenia. Zasada ta stanowi bowiem uzupełnienie ochrony prawa własności i innych praw majątkowych, co ma szczególne znaczenie w przypadku wywłaszczenia, z uwagi na zachodzący związek pomiędzy chronionymi prawami, tj. prawem własności i prawem do odszkodowania z tytułu wywłaszczenia stanowiącym prawo majątkowe o charakterze kompensacyjnym w związku z utratą prawa własności. Dlatego też z konstytucyjnej zasady ochrony prawa dziedziczenia, realizowanej w przepisach prawa spadkowego, wynika, że w przypadku śmierci właściciela nieruchomości w trakcie postępowania wywłaszczeniowego w jego miejsce wstępują spadkobiercy. Z zasady tej wynika również, że w przypadku gdy śmierć dotychczasowego właściciela nastąpiła po zakończeniu postępowania wywłaszczeniowego, ale przed ustaleniem odszkodowania z tytułu wywłaszczenia, w miejsce zmarłego wstępują jego spadkobiercy. Za stanowiskiem, zgodnie z którym spadkobierca osoby wywłaszczonej jest podmiotem uprawnionym do uzyskania odszkodowania w miejsce niezaspokojonego roszczenia odszkodowawczego byłego właściciela, przemawia przy tym nie tylko konstytucyjna zasada ochrony prawa dziedziczenia, ale również konstytucyjna zasada, zgodnie z którą wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Z przyjętej konstytucyjnej i ustrojowej zasady wynika, że wywłaszczenie może nastąpić tylko za słusznym odszkodowaniem. Tym samym przyjęcie stanowiska, że spadkobierca osoby wywłaszczonej nie jest osobą uprawnioną do uzyskania odszko-

dowania w miejsce właściciela, którego roszczenie odszkodowawcze nie zostało zaspokojone, pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z konstytucyjną zasadą, zgodnie z którą wywłaszczenie może nastąpić tylko za słusznym odszkodowaniem. Zachowanie tej konstytucyjnej zasady, że wywłaszczenie może nastąpić tylko za słusznym odszkodowaniem, w przypadku gdy osoba wywłaszczona zmarła przed zaspokojeniem roszczenia odszkodowawczego, możliwe jest tylko wówczas, gdy w miejsce zmarłego podmiotami uprawnionymi do uzyskania odszkodowania będą jego spadkobiercy. To bowiem z konstytucyjnej zasady, że wywłaszczenie może nastąpić jedynie wówczas, gdy dokonywane jest na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem, oraz konstytucyjnej zasady ochrony prawa dziedziczenia wynika, że odszkodowanie z tytułu wywłaszczenia, które jest prawem majątkowym o charakterze kompensacyjnym, mogą nabyć spadkobiercy osoby wywłaszczonej, która zmarła przed nabyciem odszkodowania. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby, że spadkobiercy osoby wywłaszczonej, którzy jako sukcesorzy pod tytułem ogólnym (uniwersalnym) wstępują w ogół praw i obowiązków zmarłego właściciela, w tym również praw i obowiązków związanych z wywłaszczoną już nieruchomością, pozbawieni zostaliby udziału w niezaspokojonych prawach majątkowych swojego spadkodawcy przysługujących mu z tytułu wywłaszczenia własności nieruchomości, a konsekwencją tego stanu rzeczy byłoby wywłaszczenie bez odszkodowania. Podstawę prawną ustalenia kręgu spadkobierców w wyniku realizacji konstytucyjnej zasady ochrony prawa dziedziczenia będą stanowiły przepisy prawa spadkowego zawarte w Kodeksie cywilnym, albowiem tylko na podstawie tych przepisów możliwe jest ustalenie statusu spadkobiercy jako osoby ustawowo uznanej za podmiot konstytucyjnego prawa dziedziczenia.

W odniesieniu do drugiej kwestii przesądzonej w uchwale NSA wskazał, że literalna wykładnia art. 129 ust. 5 pkt 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami prowadzi wprost do wniosku, że dyspozycją tego przepisu objęta jest wyłącznie sytuacja, w której nastąpiło pozbawienie właściciela praw do nieruchomości bez ustalenia odszkodowania, a obowiązujące przepisy przewidują jego ustalenie. Skoro do złożenia wniosku o ustalenie odszkodowania w trybie art. 36 ust. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości uprawniony był wyłącznie ten właściciel nieruchomości, któremu prawo własności przysługiwało na dzień wydania zezwolenia na czasowe ograniczenie korzystania z gruntu, to w sytuacji niewystąpienia przez niego z takim wnioskiem późniejszy nabywca tej nieruchomości w drodze czynności cywilnoprawnej nie mógł już skutecznie domagać się działania organu i ustalenia wysokości odszkodowania. Jeżeli osoba, która była właścicielem nieruchomości w dniu wydania zezwolenia na jej czasowe zajęcie, nie złożyła wniosku o ustalenie odszkodowania, to nie jest to sytuacja objęta hipotezą art. 129 ust. 5 pkt 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Nie mamy bowiem do czynienia z „nieustaleniem odszkodowania” jako działaniem krzywdzącym właściciela, ale z brakiem wymaganej w art. 36 ust. 1 ustawy z 1958 r. inicjatywy strony potencjalnie zainteresowanej takim ustaleniem,

co spowodowało niezależną od organu przyczynę braku ustalenia wysokości tej rekompensaty. Stąd też należy wyraźnie podkreślić, że w sytuacji gdy właściciel gruntu, którego prawo własności zostało ograniczone w sposób, o którym mowa w art. 35 ust. 1 i 2 ustawy z 12.03.1958 r., nie wystąpił z wnioskiem o ustalenie odszkodowania, o którym mowa w art. 36 ust. 1 tej ustawy, to nie otrzymał odszkodowania nie dlatego, że nie przewidywały go przepisy prawa, czy też dlatego, że złożony wniosek z naruszeniem przepisów prawa został załatwiony odmownie, ale dlatego, że właściciel ten nie skorzystał z możliwości ubiegania się o odszkodowanie i nie wystąpił z wnioskiem o jego ustalenie. Jeżeli bowiem prawo wcześniej obowiązujące wymagało od właściciela jedynie inicjatywy procesowej w zakresie ustalenia odszkodowania, a ten z własnej woli zaniechał złożenia stosownego wniosku do organu, to – zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria* – sam uniemożliwił organowi ustalenie wysokości odszkodowania.

4.2. Mocą uchwały z 24.05.2021 r. (I FPS 1/21) Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, że w świetle art. 1 ustawy z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2188 ze zm.), dalej p.u.s.a., oraz art. 1–3 i art. 134 § 1 ustawy z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.) ocena przesłanek zastosowania przez organy podatkowe przy wydawaniu decyzji podatkowej art. 70 § 6 pkt 1 w zw. z art. 70c ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.) mieści się w granicach sprawy sądowej kontroli legalności tej decyzji.

W uzasadnieniu uchwały skład orzekający podkreślił, że specyfika unormowania zawartego w art. 70 § 6 pkt 1 Ordynacji podatkowej w obowiązującym brzmieniu polega na rozbudowaniu tego przepisu po jego wejściu w życie 1.01.2003 r. w wyniku kolejnych nowelizacji o dodatkowe, doprecyzowujące jego treść przesłanki, w tym zawarte także w art. 70c, które powinny być spełnione, aby z mocy prawa wystąpił skutek w postaci nierozpoczęcia lub zawieszenia biegu terminu przedawnienia.

Do przesłanek tych obecnie należą:

- po pierwsze, wszczęcie postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, co następuje w drodze postanowienia właściwego organu prowadzącego postępowania przygotowawcze w sprawach karnych skarbowych (art. 118 w zw. z art. 133 i 134 k.k.s.), stosownie do art. 303 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.;
- po drugie, ustalenie związku podejrzenia popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, objętego postanowieniem o wszczęciu postępowania w sprawie o takie przestępstwo lub wykroczenie, z niewykonaniem zobowiązania, którego dotyczy przedawnienie;
- po trzecie, zawiadomienie podatnika o tych okolicznościach w sposób wskazany w art. 70c, najpóźniej z upływem terminu przedawnienia, o którym mowa w art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej.

W efekcie takiej konstrukcji przepisu prawa podatkowego powstała regulacja obejmująca działania organów podejmowane w ramach różnych procedur – podatkowej oraz karnej/karnej skarbowej. Przy czym praktyka prowadzenia postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe pokazuje, że na ogół te działania podejmowane są przez te same organy podatkowe pierwszej instancji – naczelników urzędów skarbowych oraz naczelników urzędów celno-skarbowych, występujących w odmiennym charakterze.

Okoliczność włączenia sformalizowanej czynności z prawa karnego skarbowego, jaką jest wszczęcie w drodze postanowienia postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, do przepisu podatkowego i uzależnienie od jej wystąpienia oraz związku z zobowiązaniem podatkowym biegu terminu przedawnienia tego zobowiązania podatkowego spowodowała, że stała się ona elementem ustawy podatkowej. Skutkiem takiego inkorporowania określonych instytucji z innych gałęzi prawa (w tym przypadku z prawa karnego/karnego skarbowego) do działu III Ordynacji podatkowej jest bowiem uczynienie z nich elementów hipotezy normy materialnego prawa podatkowego.

Należy przy tym podkreślić, że niezbędna do wystąpienia skutku, o którym mowa w art. 70 § 6 pkt 1 Ordynacji podatkowej, przesłanka w postaci czynności procesowej organów postępowania przygotowawczego, podejmowanej na podstawie przepisów należących do prawa karnego/karnego skarbowego, została ściśle powiązana z pozostałymi przesłankami warunkującymi wystąpienie tego skutku, które wynikają wprost z regulacji zawartych w Ordynacji podatkowej lub w innych przepisach prawa podatkowego. Aby doszło do nierozpoczęcia lub zawieszenia biegu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego, nie wystarczy w świetle obowiązującej regulacji, w przeciwieństwie do pierwotnego brzmienia analizowanego przepisu wprowadzonego do Ordynacji podatkowej 1.01.2003 r., wszczęcie postępowania o przestępstwo lub wykroczenie skarbowe. Konieczne jest także istnienie związku pomiędzy podejrzeniem popełnienia takiego przestępstwa lub wykroczenia a niewykonaniem tego zobowiązania, a także zawiadomienie podatnika, spełniające warunki określone w art. 70c Ordynacji podatkowej. W szczególności ustalenie, czy podejrzenie popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego wiąże się z niewykonaniem zobowiązania, wymaga merytorycznej analizy działań podejmowanych zarówno na gruncie prawa karnego/karnego skarbowego, jak i prawa podatkowego. Taka analiza w pierwszej kolejności musi być dokonywana przez organy podatkowe uprawnione do weryfikacji zadeklarowanych zobowiązań podatkowych w drodze decyzji, wydawanych na podstawie art. 21 § 3 i 3a Ordynacji podatkowej. Jej wynik pozwala bowiem na określenie czasu, jaki mają na dokonanie takiej weryfikacji.

Analiza, czy wystąpiły wszystkie przesłanki warunkujące wystąpienie skutku w postaci nierozpoczęcia lub zawieszenia biegu terminu przedawnienia

zobowiązania podatkowego, wynikającego z art. 70 § 6 pkt 1 w zw. z art. 70c Ordynacji podatkowej, jest przeprowadzana przez organy podatkowe w ramach stosowania przepisów prawa podatkowego przy rozpatrywaniu sprawy podatkowej, a więc należy do działalności administracji publicznej w rozumieniu art. 184 Konstytucji RP oraz art. 1 § 1 p.u.s.a. i art. 1–3 p.p.s.a. Tym samym kontrola wyników tej działalności w formach określonych w art. 3 § 2–3 p.p.s.a., sprawowana stosownie do art. 1 § 2 p.u.s.a. pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej, należy do sądów administracyjnych, stanowiąc sprawę sądowoadministracyjną.

4.3. Naczelny Sąd Administracyjny podjął 24.05.2021 r. uchwałę (II FPS 1/21), zgodnie z którą przychody z najmu, podnajmu, dzierżawy, poddzierżawy oraz innych umów o podobnym charakterze są zaliczane bez ograniczeń do źródła przychodów wymienionego w art. 10 ust. 1 pkt 6 ustawy z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1426 ze zm.), dalej u.p.d.o.f., chyba że stanowią składnik majątkowy mienia osoby fizycznej, który został przez nią wprowadzony do majątku związanego z wykonywaniem działalności gospodarczej.

Według NSA problem prawny będący przedmiotem rozstrzygnięcia dotyczy najczęściej relacji między stosowaniem regulacji ustawy z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych albo ustawy z 20.11.1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 1243), dalej u.z.p.d.o.f. Trzeba wobec tego zauważyć, że od 1.01.2018 r. zmieniono art. 12 ust. 1 pkt 3 u.z.p.d.o.f. i wprowadzono dodatkową stawkę progresywną co do przychodów powyżej 100.000 zł. Obecnie obowiązują zatem dwie stawki zryczałtowanego podatku: 8,5% do kwoty 100.000 zł; od nadwyżki ponad tę kwotę ryczałt od przychodów ewidencjonowanych wynosi 12,5% przychodów. Ustawodawca zatem musi zakładać osiąganie większych przychodów z tytułu najmu niż tylko czynsz z posiadania pojedynczych, czy nawet kilku lokali. Uzasadnienie do tej noweli jest dość skromne, ale zmianę tę zbiorczo potraktowano jako przeciwdziałanie optymalizacji. Wobec tego należy to rozumieć w ten sposób, że podatnik, który chce „wyłączyć” z majątku firmy i przenieść do majątku „prywatnego” (czyli niezwiązanego z działalnością gospodarczą) najem nieruchomości, wówczas powinien, osiągając przychód powyżej 100.000 zł z tytułu najmu, zapłacić wyższą stawkę podatku. Z samej wielkości osiąganego przychodu, jak również liczby wynajmowanych nieruchomości nie da się jednak wyprowadzić wniosku, że nie jest to już przychód z najmu, a z działalności gospodarczej.

To zatem podatnik decyduje o tym, czy „powiązać” określone składniki swojego mienia z wykonywaniem działalności gospodarczej, czy też zachować je w zarządzie majątkiem niezwiązanym z działalnością gospodarczą i oddać np. w najem. W niektórych przypadkach o tego rodzaju związaniu świadczyć będą obiektywne okoliczności, np. amortyzowanie danego składnika majątku jako środka trwałego.

go w ramach działalności gospodarczej wskazuje, że przychody z najmu należy zaliczyć do źródła przychodów z działalności gospodarczej niezależnie od stanowiska samego podatnika. W większości przypadków decydujące znaczenie co do kwalifikacji określonych przychodów wynikających ze stosunku najmu przypisać należy samemu podatnikowi, który może „powiązać” posiadane i będące przedmiotem najmu składniki majątku z wykonywaniem działalności gospodarczej lub też „pozostawić” je w zarządzie majątkiem niezwiązanym z działalnością gospodarczą. Czynność polegająca na wycofaniu składnika majątku (np. nieruchomości) z działalności gospodarczej i przekazania go na potrzeby osobiste na gruncie u.p.d.o.f. nie rodzi dla osoby fizycznej żadnych skutków podatkowych w tym podatku. Majątek osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą nie jest prawnie wyodrębniony od jej majątku niezwiązanego z działalnością gospodarczą (nazywanego również „prywatnym” lub „osobistym”), dlatego też przekazanie składnika majątku z prowadzonej działalności gospodarczej na inne własne potrzeby, w tym także zarobkowe poprzez oddanie go w najem, nie może być postrzegane jako bezskuteczne na gruncie podatkowym. Nastąpi w takim przypadku wyłącznie przesunięcie rzeczy z majątku związanego z działalnością gospodarczą do majątku niezwiązanego z taką działalnością, lecz nadal pozostanie ona mieniem tej samej osoby.

ABSTRACT

dr hab. Jan Chmielewski

The author is a professor at the Kozminski University in Warsaw, an employee of the Office of Jurisprudence of the Supreme Administrative Court.

Supreme Administrative Court – review of the case law (January–June of 2021)

This review of the case law covers selected judicature from the first half of 2021. The review consists of (final) decisions, judgments and resolutions passed in the indicated period. They concern both procedural and substantive issues in the field of broadly understood administrative law, including tax law, covered by the jurisdiction of all chambers of the Supreme Administrative Court.

Keywords: *jurisprudence, the Supreme Administrative Court, resolutions, judgments, decisions*

dr hab. Jan Chmielewski

ORCID: 0000-0001-5818-7339 e-mail: jchmielewski@nsa.gov.pl

Autor jest profesorem Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, pracownikiem Biura Orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Najnowsze orzecznictwo

Katarzyna Jakubczak-Fopke

ZABÓJSTWO ZE SZCZEGÓLNYM OKRUCIEŃSTWEM A ZABÓJSTWO Z MOTYWACJI ZASŁUGUJĄCEJ NA SZCZEGÓLNE POTĘPIENIE – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA

W art. 148 § 2 Kodeksu karnego¹ ustawodawca wyróżnił tzw. kwalifikowane typy zabójstw, w tym zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem i zabójstwo popełnione w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Na tle stosowania powyższych przepisów pojawiają się liczne orzeczenia sądowe, zawierające przekrój rozmaitych poglądów i stanowisk. Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o sens i istotę znamion „szczególnego okrucieństwa” i „motywacji zasługującej na szczególne potępienie” w oparciu o prezentowane na przestrzeni ostatnich lat poglądy sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Do 1997 r. żadna z polskich ustaw karnych nie przewidywała kwalifikowanych typów zbrodni zabójstwa. Kodeksem karnym z 6.06.1997 r. ustawodawca zdecydował się na zmianę ówczesnego stanu prawnego i wewnętrzne zróżnicowanie art. 148 k.k., poprzez wprowadzenie katalogu kwalifikowanych typów zabójstw. Wśród wyróżnionych przez ustawodawcę typów znalazło się między innymi zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem oraz zabójstwo w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Zabieg ten miał na celu wyodrębnienie szczególnie nagannych form działania sprawców i zaostreżenie co do

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.), dalej k.k.

nich odpowiedzialności karnej, poprzez podwyższenie dolnego limitu wymiaru kary – z 8 do 12 lat pozbawienia wolności.

Od czasu wprowadzenia do polskiego porządku prawnego katalogu kwalifikowanych typów zabójstw art. 148 § 2 k.k. ulegał kilkakrotnym zmianom normatywnym. W wyniku nowelizacji z 2005 r. istotnie podwyższono wymiar kary za zabójstwa w typie kwalifikowanym, eliminując karę pozbawienia wolności i pozostawiając wyłącznie zagrożenie w postaci 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności². Zmiana ta spotkała się z szeroką krytyką ze strony przedstawicieli nauki prawa karnego. W literaturze słusznie wskazywano, że okoliczności stanowiące podstawę wyodrębnienia kwalifikowanych typów zabójstw mogłyby być brane pod uwagę przy sądowym wymiarze kary, a wymiar kary w typie kwalifikowanym jest właściwie pochłaniany przez wymiar kary przy typie podstawowym³. Z uwagi na uchybienia w procesie legislacyjnym Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 16.04.2009 r. uznał wprowadzone zmiany za niezgodne z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej⁴ i usunął z polskiego porządku prawnego kwalifikowane typy zabójstw⁵.

Od 2009 do 2010 r. w polskim prawie karnym nie funkcjonowały więc kwalifikowane typy zabójstw, a okoliczności takie, jak np. wzięcie zakładnika, szczególne okrucieństwo, uprzednie zgwałcenie, dokonanie rozboju czy naganna motywacja sprawcy mogły być wyłącznie przedmiotem rozważań sądu w ramach dyrektyw sądowego wymiaru kary. Ustawą z 26.11.2010 r., która weszła w życie z dniem 22.03.2011 r., ponownie wprowadzono do polskiego Kodeksu karnego kwalifikowane typy zabójstw⁶. Pomimo pojawiających się już wcześniej wątpliwości zdecydowano się na ponowne zawarcie we wskazanym katalogu zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem oraz zabójstwa w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

Analizując powyższe zmiany, można zatem z łatwością zauważyć, że kwalifikowane typy zabójstw istnieją już pewien czas w polskim systemie prawnym. Pomimo stosunkowo długiego okresu obowiązywania art. 148 § 2 k.k., do dnia dzisiejszego ustawodawca nie wprowadził legalnej definicji znamion szczególnego okrucieństwa oraz motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Brak jest również jednolitego, precyzyjnego i ścisłego sposobu ich wykładni. Na tym tle pojawiają się więc liczne orzeczenia sądowe, zawierające przekrój rozmaitych poglądów i stanowisk. Niniejsza praca stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o sens, wzajemny wpływ i korelację wyżej wymienionych znamion w opar-

² Ustawa z 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r. nr 163 poz. 1363).

³ B. Michalski (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, t. 1, s. 170; A. Nowak, *Nowe ujęcie zabójstwa kwalifikowanego*, „Prokuratura i Prawo” 2012/5, s. 78.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).

⁵ Wyrok TK z 16.04.2009 r. (P 11/08), LEX nr 488896.

⁶ Ustawa z 26.11.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz.U. z 2010 r. nr 240 poz. 1602).

ciu o prezentowane na przestrzeni ostatnich lat poglądy sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

1. ZNAMIE SZCZEGÓLNEGO OKRUCIEŃSTWA JAKO ZNAMIE PRZESTĘPSTWA ZABÓJSTWA W UJĘCIU DOKTRYNALNYM I ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

Zgodnie z art. 148 § 2 pkt 1 Kodeksu karnego „kto zabija człowieka ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności”. Jak zasygnalizowano już wcześniej, ustawodawca ani w treści samego art. 148 Kodeksu karnego, ani w treści art. 115 Kodeksu karnego nie zdefiniował ani nie doprecyzował użytego przez siebie sformułowania „ze szczególnym okrucieństwem”. Posłużenie się przez ustawodawcę bardzo ogólnym, nieostрым i nieprecyzyjnym pojęciem spowodowało całkowite oddanie jego interpretacji i wykładni organom wymiaru sprawiedliwości oraz przedstawicielom nauki prawa karnego. W praktyce na tle stosowania ww. normy doszło więc do pojawienia się pewnych trudności interpretacyjnych, które możemy zaobserwować, przyglądając się orzecznictwu sądowemu.

1.1. OKRUCIEŃSTWO A SZCZEGÓLNE OKRUCIEŃSTWO

W doktrynie prawa karnego wskazuje się, że trudności w wykładni sformułowanego przez ustawodawcę znamienia sprawia sam dobór słów i użyty zwrot „szczególne okrucieństwo”⁷. Zgodnie z definicją słownikową PWN okrucieństwo to „skłonność do znęcania się”, „czyn okrutny, budzący grozę”⁸. W świetle tak rozumianego pojęcia orzecznictwo sądowe jest zgodne, że każde zabójstwo jest ze swej istoty okrutne, albowiem godzi w najcenniejsze dobro prawnie chronione, jakim jest życie człowieka. Skutkiem zabójstwa jest przecież odebranie drugiemu człowiekowi najcenniejszego przymiotu – życia⁹. Tworząc kwalifikowany typ zabójstwa, ustawodawca nie posłużył się jednak samym sformułowaniem „okrucieństwo”, a zwrotem „ze szczególnym okrucieństwem”. Tym samym ustawodawca nie tylko wprowadził konieczność rozróżniania czynów na te okrutne i nieokrutne, ale również w ramach samej kwalifikacji okrucieństwa zdecydował się na jego gradację – w postaci wyróżnienia wyjątkowego podtypu zabójstwa – popełnionego ze szczególnym okrucieństwem. Stworzenie tak ogólnego znamienia, złożonego z dwóch abstrakcyjnych, szacunkowych,

⁷ J. Giezek (w.): *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, komentarz do art. 148 k.k. (w:) Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, Warszawa 2017, s. 88.

⁸ Zob. <https://sjp.pwn.pl/> (dostęp: 30.05.2021 r.).

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 31.03.2014 r. (II AKa 51/14), LEX nr 1455679.

niedookreślonych zwrotów, dostarczyło orzecznictwu sądowemu licznych problemów interpretacyjnych.

Pierwsze próby zdefiniowania wskazanego pojęcia oraz wyjaśnienia różnic pomiędzy okrucieństwem a szczególnym okrucieństwem pojawiły się już na gruncie Kodeksu z 1969 r. Wprawdzie ustawodawca znamie „szczególnego okrucieństwa” w stosunku do zbrodni zabójstwa wprowadził po raz pierwszy w Kodeksie karnym z 1997 r., sformułowanie to funkcjonowało jednak już w Kodeksie z 1969 r. w stosunku do przestępstwa stypizowanego w art. 168 k.k.¹⁰ Ówczesny Kodeks karny w art. 168 stanowił, że doprowadzenie innej osoby do poddania bądź wykonania nierządnego czynu poprzez zastosowanie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny zagrożony jest karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Natomiast, zgodnie z § 2, sprawca, który działał ze szczególnym okrucieństwem bądź dopuszczał się zgwałcenia wspólnie z innymi osobami, podlegał karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3¹¹. Na gruncie powyższego przepisu Sąd Najwyższy, już w wyroku z 30.05.1995 r., wskazał na konieczność ustalenia, gdzie przebiega granica pomiędzy zwykłym okrucieństwem a okrucieństwem szczególnym, a także na konieczność stopniowania rzeczoności pojęcia. Sąd Najwyższy zauważył, że „użyte w art. 168 § 2 k.k. z znamie «szczególnego okrucieństwa» jest oczywiście znamieniem w pełni ocennym, to nie może jednak ulegać wątpliwości, że winno być ono odnoszone do zachowań wyjątkowo drastycznych i odrażających. Znamieniem kwalifikującym jest bowiem nie samo «okrucieństwo» lecz okrucieństwo «szczególne», a więc okrucieństwo, które podlegać musi stopniowaniu”¹².

Choć powyższe orzeczenie wyraźnie wskazało na konieczność oceniania stanu faktycznego przez pryzmat rozróżniania zwykłego okrucieństwa i okrucieństwa szczególnego, to nie dostarczyło ono jasnych kryteriów tego podziału ani nawet jego przykładowego katalogu. W dalszym ciągu pozostał zatem praktyczny problem oceny stanu faktycznego sprawy i kwalifikacji prawnej czynu za pomocą abstrakcyjnych i uznaniowych pojęć.

1.2. WYKŁADNIA ZNAMIENTA SZCZEGÓLNEGO OKRUCIEŃSTWA W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

Próbując ujednolicić wykładnię „szczególnego okrucieństwa”, zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i doktrynie, wskazuje się dwie kwestie: zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem musi charakteryzować się zachowaniem wyróżniającym się w sposób wyjątkowo naganny, a zachowanie to może w szczególności przybrać formę zadawania ofierze dodatkowych, niepotrzebnych cierpień, których skala i nasilenie wykraczają poza samo osiągnięcie celu w postaci odebrania życia innemu człowiekowi¹³.

¹⁰ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 76.

¹¹ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 94).

¹² Wyrok SN z 30.05.1995 r. (III KRN 31/95), LEX nr 24631.

¹³ *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 166 (w:) Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 77.

Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 13.12.2001 r. wskazał, że aby uznać, iż mamy do czynienia z kwalifikowanym typem zabójstwa, konieczne jest ustalenie, że zabójca, chcąc zabić innego człowieka, dopuścił się również zachowań nieproporcjonalnych w stosunku do zachowań niezbędnych do realizacji głównego celu, jakim jest pozbawienie życia innej osoby. Działania sprawcy muszą być nader intensywne, czyli na przykład takie, które są zupełnie zbędne do osiągnięcia celu zabójstwa, powodujące dodatkowe, niepotrzebne cierpienia, zarówno fizyczne (np. tortury), jak i psychiczne (np. pozorowana egzekucja)¹⁴.

W wyroku z 19.09.2002 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie¹⁵ podniósł, że „w przypadku art. 148 § 2 k.k. oznacza więcej niż typowo naganny sposób pozbawienia życia innej osoby, chodzi więc o szczególnie drastyczny i brutalny sposób działania, powodowanie śmierci na raty, połączone z zadawaniem ofierze niepotrzebnych dodatkowych cierpień, torturowanie, maltretowanie, męczenie, zabicie w sposób okrutny”.

Podobne stanowisko przedstawił w wyroku z 10.11.2005 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach¹⁶. Podkreślił on jednak również, że „dla przyjęcia, iż doszło do zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem, konieczne jest uznanie, że sprawca działał drastycznie, chciał upokorzyć ofiarę, poniżyć, maltretować, męczyć, a czyny te wykraczały poza realizację zamiaru zabójstwa”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt konkretnych okoliczności faktycznych, sądy powszechne za zachowania szczególnie okrutne uznały między innymi:

- pozostawienie konającego pokrzywdzonego, w mroźny dzień, przywiązanego do drzewa, przed zwłokami jego żony¹⁷,
- zaatakowanie ofiary znienacka poprzez kilkukrotne uderzenie młotkiem w głowę, czego skutkiem była utrata przez niego przytomności, a następnie późniejsze skrupowanie kończyn dolnych i górnych, wleczenie ciała po betonowych schodach, z uderzaniem przy tym głową pokrzywdzonego o kolejne stopnie, kolejno spuszczenie betonowego bloku o wadze około 10 kg na głowę ofiary oraz rozległe uderzanie w twarz, kopanie po korpusie, powodujące tym samym zgon ofiary¹⁸,
- polanie krocza pokrzywdzonego gorącą stearyną¹⁹,
- zachowanie oskarżonego polegające na tym, że przez około pół godziny regularnie i systematycznie zadawał pokrzywdzonemu liczne ciosy w głowę, tułów, ręce i nogi, uderzając w wymienione okolice rękami, w tym zaciśniętymi w pięść, łokciami, kolanami, poręczą od fotela oraz drewnianą szu-

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.12.2001 r. (II AKa 168/00), LEX nr 54684.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 19.09.2002 r. (II AKa 182/02) (w:) J. Ptak, *Szczególne okrucieństwo jako znamię przestępstwa zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2015/9, s. 105.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.11.2005 r. (II AKa 28/05) (w:) J. Ptak, *Szczególne okrucieństwo jako znamię przestępstwa zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2015/9, s. 105.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23.03.2006 r. (II AKa 14/06), LEX nr 196128.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.05.2017 r. (II AKa 547/16), LEX nr 2343441.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.06.2016 r. (II AKa 118/16), LEX nr 2300263.

- fladą, wchodząc na ciało pokrzywdzonego i zadając mu uderzenia piętą, kopiąc po całym ciele, w tym w twarz, oraz wykręcając pokrzywdzonemu ręce i nogi, w tym uderzając kolanem w wykręconą i unieruchomioną lewą rękę pokrzywdzonego oraz uderzając jego głowę²⁰,
- zabójstwo popełnione w związku z rozbojem, poprzez zadawanie wielokrotnych ciosów w głowę o znacznej sile, wielokrotne kopanie nogami pokrzywdzonej po głowie, skrępowanie dłoni kablem od ładowarki telefonicznej oraz sznurem, przywiązanie do nogi stołu, oblanie mieszkania substancją łatwopalną – ropą naftową, podduszenie pokrzywdzonej za szyję i wlewanie do jej jamy ustnej ropy naftowej, która to substancja następnie dostała się do żołądka pokrzywdzonej, co spowodowało zgon ofiary²¹.

Jednocześnie sądy w wielu postępowaniach nie dopatrzyły się wypełnienia znamion „szczególnego okrucieństwa”. I tak Sąd Okręgowy w Warszawie, w sprawie toczącej się pod sygnaturą akt VIII K 50/07, uznał, że działanie sprawcy polegające na zadaniu ofierze siedmiu ciosów nożem, wyciągnięciu ciała na klatkę schodową, przy czym to wszystko działo się na oczach kilkulatniego syna pokrzywdzonej, któremu sprawca zabronił wzywania pomocy, nie wypełniało znamion szczególnego okrucieństwa²².

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 10.05.2001 r. wskazał zaś, że „nie ma niczego okrutnego w zadaniu ciosu (czy kilku ciosów) nożem w wykonaniu zamiaru pozbawienia ofiary życia. Okrucieństwo polega na powodowaniu dodatkowych cierpień ofiary, udręczeniu jej ponad granice niezbędne dla osiągnięcia celu sprawcy, a nie na działaniach po temu niezbędnych, należących do istoty przestępstwa sprawcy”²³.

Z kolei w wyroku z 27.06.2006 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie zajął stanowisko, że „uderzenia, jakie zadawał oskarżony kastetem, nie świadczą jeszcze, że czyn ten miał charakter szczególnego okrucieństwa. Przedmiot ten, tak jak wiele innych przedmiotów (nóż, młotek, siekiera, pałka drewniana itp.), może służyć do dokonania zbrodni zabójstwa, ale o szczególnym okrucieństwie nie decyduje wyłącznie rodzaj użytego do zabójstwa narzędzia, ale także sposób jego użycia”²⁴.

Z analizy powyższych orzeczeń płyną zatem następujące wnioski.

1. Zachowanie, które ma zostać za uznane za szczególnie okrutne, musi być czymś więcej niż tylko nagannym sposobem pozbawienia drugiego człowieka życia. Działanie to musi charakteryzować się wyjątkową okrutnością,

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7.04.2014 r. (II AKa 79/14), LEX nr 1466968.

²¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 3.01.2020 r. (II K 132/19), LEX nr 3103168.

²² Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie (VIII K 50/07) (w:) M. Calkiewicz, *Modus operandi sprawców zabójstw*, Warszawa 2010, s. 347. Jak podaje autorka, oskarżony zmarł przed uprawomocnieniem się wyroku, co skutkowało ostatecznie umorzeniem postępowania.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10.05.2001 r. (II AKa 78/01), LEX nr 48431.

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27.06.2006 r. (II AKa 162/06), LEX nr 192830.

brutalnością, powodowaniem śmierci na raty, zadawaniem dodatkowych cierpień, maltretowaniem, torturowaniem, męceniem²⁵.

2. O szczególnym okrucieństwie mówimy również wtedy, gdy środki dobrane przez sprawcę do realizacji celu zabójstwa są nieproporcjonalne w stosunku do rodzaju i natężenia oporu stawianego przez ofiarę (tu sąd odnosił się do wielokrotnego uderzania ofiary po głowie i po kończynach drewnianą szufladą, podczas gdy ofiara reagowała wyłącznie słownie, nawet przy założeniu, że prowokowała sprawcę)²⁶.
3. Dla oceny, czy doszło do czynu szczególnie okrutnego, ma znaczenie brutalność sprawcy, która odnosi się zarówno do momentu i sposobu działania (np. działanie sprawcy polegające na zaatakowaniu znienacka, za pomocą narzędzia obiektywnie niebezpiecznego). Jednakże sama brutalność działania sprawcy nie jest wystarczająca do uznania przesłanki szczególnego okrucieństwa za spełnioną. Konieczne jest ustalenie istnienia w chwili czynu woli sprawcy do zadania ofierze zbędnego okrucieństwa, i to w dodatku ocenianego jako szczególne²⁷.
4. Szczególne okrucieństwo to nie tylko działania nakierowane na psychiczne czy fizyczne udręczenie ofiary, czy wymierzanie jej ciosów powodujących dodatkowy ból przed śmiercią. Szczególne okrucieństwo to nie tylko działania zbędne do samego pozbawienia życia drugiego człowieka. Szczególne okrucieństwo to także same czynności ukierunkowane na spowodowanie śmierci, jeżeli trwają znaczny okres, gdy towarzyszą im liczne czynności brutalizujące *modus operandi*, jak zadawanie kopnięć w miejsca newralgiczne dla procesów życiowych, a także gdy śmierć zostaje zadana na wiele sposobów – sprawcy, nie będąc pewnymi, czy śmierć nastąpiła, poszukują innych jeszcze narzędzi dokonania zbrodni, po czym – niejako dla pewności – w odmienny sposób zadają obrażenia.
5. „(...) ani sama społeczna odraza, ani także potępienie jakiegoś zabójstwa nie wystarczają do przyjęcia, że sprawca działał ze szczególnym okrucieństwem”²⁸.

Co istotne, w orzecznictwie sądowym podkreśla się, że szczególne okrucieństwo odnosi się nie tylko do elementów przedmiotowych, ale i do podmiotowych czynu. Szczególnie istotne jest nastawienie sprawcy czynu, znamię szczególnego okrucieństwa nie polega bowiem tylko i wyłącznie na wyjątkowo nagannych formach działania sprawcy. Aby uznać, że dany czyn jest w istocie kwalifikowaną postacią zbrodni zabójstwa, konieczne jest ustalenie, iż sprawca w chwili popełniania czynu działał z rozeznaniem zadawania śmierci w warun-

²⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.06.2016 r. (II AKa 118/16), LEX nr 2300263.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7.04.2014 r. (II AKa 79/14), LEX nr 1466968.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.05.2017 r. (II AKa 547/16), LEX nr 2343441.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20.09.2001 r. (II AKa 195/01) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 319.

kach szczególnego okrucieństwa. Wskazuje się, że sprawca musi działać z nastawieniem charakteryzującym się bezwzględnością, brakiem litości, z chęcią lub z godzeniem się na uśmiercenie drugiego człowieka w warunkach wzmożonego cierpienia czy poniżenia.

Jak wskazał w wyroku z 3.07.2002 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie, szczególne okrucieństwo to nie samo zadawanie cierpień, bólu i dolegliwości, niepotrzebnych z punktu widzenia osiągnięcia skutku śmierci. To również nie samo wyrządzanie dodatkowych dolegliwości, ukierunkowanych na udręczenie i maltretowanie ofiary. Nawet najbardziej drastyczny sposób popełnienia zbrodni sam z siebie nie stanowi o szczególnym okrucieństwie. Konieczne jest wykazanie, że sprawca działał z nastawieniem w postaci chęci lub godzenia się na okazanie ofierze swojego szczególnego okrucieństwa²⁹.

Analiza powyższych orzeczeń potwierdza dotychczas wyrażone w doktrynie wnioski.

1. Nie istnieje w orzecznictwie jednolite stanowisko w zakresie rozumienia pojęcia szczególnego okrucieństwa. Wykładnia sądowa posługuje się różnymi sformułowaniami, powtarzając jedynie, że szczególnie okrutne zabijanie musi wyróżniać się wyjątkowo naganymi formami zachowania, drastycznością i zadawaniem dodatkowych, zbędnych z punktu widzenia osiągnięcia celu śmierci cierpień³⁰.
2. Wykładni pojęcia szczególnego okrucieństwa dokonuje się na gruncie konkretnych, kazuistycznych przypadków, nie jest bowiem możliwe stworzenie jednolitej definicji z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę termami abstrakcyjnymi, ogólnymi, nieprecyzyjnymi i niedookreślonymi. Skutkiem tego jest konieczność posługiwania się przy uzasadnianiu kwalifikacji prawnej konkretnymi przykładami z dotychczasowej praktyki orzeczniczej³¹.
3. Znamię szczególnego okrucieństwa odnosi się zarówno do strony przedmiotowej, jak i podmiotowej czynu. Do uznania, że doszło do zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem, konieczne jest ustalenie naganego nastawienia psychicznego sprawcy, zorientowanego na zadanie ofierze śmierci w warunkach szczególnego okrucieństwa, z okazaniem jej braku jakiegokolwiek litości i bezwzględności podjętego działania³².
4. Pojęcie okrucieństwa należy wewnętrznie różnicować, poddając je gradacji³³. Okrucieństwo w rozumieniu art. 148 § 2 ust. 1 musi być szczególnie drastyczne, odrażające i wyjątkowo haniebne.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 3.07.2002 r. (II AKa 28/02) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 323–324.

³⁰ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 99.

³¹ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 99.

³² Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 100.

³³ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 100.

2. ZNAMIE MOTYWACJI ZASŁUGUJĄCEJ NA SZCZEGÓLNE POTĘPIENIE JAKO ZNAMIE PRZESTĘPSTWA ZABÓJSTWA W UJĘCIU DOKTRYNALNYM I ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

W art. 148 § 2 ust. 3 k.k. ustawodawca wprowadził kolejny kwalifikowany typ zbrodni zabójstwa. Zgodnie z jego treścią „kto zabija człowieka w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, karze 25 lat pozbawienia wolności oraz karze dożywotniego pozbawienia wolności”. Tak jak w przypadku znamienia szczególnego okrucieństwa, ustawodawca do dziś nie zdecydował się na zdefiniowanie użytego przez siebie sformułowania ani nawet na podanie przykładowego katalogu kryteriów interpretacyjnych. Wykładnia znamienia motywacji zasługującej na szczególne potępienie została zatem ponownie oddana praktyce orzeczniczej.

2.1. MOTYWACJA, POTĘPIENIE, SZCZEGÓLNE POTĘPIENIE

Pierwsze wątpliwości natury interpretacyjnej pojawiły się już na gruncie użytego przez ustawodawcę zwrotu, stanowiącego kompozycję kilku niedookreślonych, abstrakcyjnych pojęć. W zakres skonstruowanego przez ustawodawcę znamienia wchodzi bowiem takie pojęcia jak: motywacja, potępienie i szczególne potępienie.

Motywacja jest pojęciem funkcjonującym na gruncie różnych nauk. Jest to częściowo pojęcie z zakresu nauki prawa karnego, kryminologii, ale również psychologii³⁴. Pomimo szerokiego zainteresowania zjawiskiem motywacji na gruncie dotychczasowych osiągnięć naukowych nie udało się wypracować jednolitego stanowiska co do sposobu rozumienia ww. pojęcia i jego zakresu znaczeniowego. Pojęcie motywacji przez różnych autorów bywa rozumiane i definiowane odmiennie. Nie wchodząc szczegółowo w prezentowane wśród przedstawicieli nauki poglądy, wskazać jedynie należy, że motywacja bywa utożsamiana zarówno z przeżyciami psychicznymi sprawcy, procesem motywacyjnym stanowiącym sterownik zachowań człowieka, jak i ze skłonnością do podejmowania pewnych zachowań i decyzji. Wśród przedstawicieli nauki prawa karnego dominuje pogląd utożsamiający motywację ze spletem przeżyć psychicznych sprawcy, warunkujących decyzję o popełnieniu przestępstwa³⁵.

Pojęcie motywacji było również przedmiotem rozważań w orzecznictwie sądowym. I tak w ocenie Sądu Najwyższego pod pojęciem motywacji rozumie się „kompletny zespół czynników emocjonalnych i intelektualnych sprawcy, jego świadomość i wolę, stanowiących podłoże i przyczynę popełnienia przestępstwa”³⁶.

³⁴ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 103–106.

³⁵ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 101–111.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 9.05.2000 r. (WA 13/00) oraz glosa do tego wyroku M. J. Lubelskiego,

Sąd Apelacyjny w Gdańsku, w wyroku z 23.06.2004 r., podkreślił, zaś że motywacji, jako znamienia kwalifikowanego typu zabójstwa, nie można utożsamiać ze sposobem działania sprawcy. W rozumieniu art. 148 § 2 ust. 4 Kodeksu karnego motywacja jest procesem psychicznym, który ukierunkowuje i poprzedza działanie sprawcy³⁷.

Tworząc znamień kwalifikowanego typu zabójstwa, ustawodawca zdecydował się również na użycie kolejnego niedookreślonego zwrotu w postaci „potępienia”, a następnie jego gradację i ostateczne użycie sformułowania „szczególne potępienie”. Tak jak w przypadku „motywacji”, jest to zwrot występujący przede wszystkim na gruncie innych dyscyplin naukowych. W doktrynie wskazuje się, że jest to termin z zakresu religii i etyki, jako nauki o moralności³⁸. Użyte przez ustawodawcę pojęcie budzi więc istotne wątpliwości interpretacyjne, bowiem ocena, czy mamy do czynienia z motywacją zasługującą na podstawowe czy szczególne potępienie, nie należy do nauk prawnych, a jest wypadkową ocen moralnych, etycznych i obyczajowych³⁹.

Próbując zdefiniować pojęcie szczególnego potępienia, w literaturze wskazuje się, że pod tym pojęciem należy rozumieć rażące naruszenie powszechnie akceptowanego normatywu postawy etycznie, moralnie i społecznie pożądanej. W podobnym kierunku podąża również praktyka orzecznicza sądów powszechnych. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie, w wyroku z 27.07.2002 r., „szczególne potępienie motywacji sprawcy zabójstwa odnosi się przede wszystkim do pozaprawnej kategorii reguł i norm moralnych, aprobowanych powszechnie w odczuciu społecznym, uznanych za powszechnie obowiązującą moralność i skonfrontowanych z motywacją sprawcy rażąco jaskrawo naganne odbiegające od tych form”⁴⁰.

Należy przy tym podkreślić, że trudności w zdefiniowaniu pojęcia potępienia sprawia szczególnie fakt, iż na gruncie art. 148 § 2 ust. 4 k.k. samo ustalenie naganności motywacji sprawcy nie jest wystarczające. Ustawodawca we wskazanym znamieniu wprowadził bowiem wymóg klasyfikowania i gradacji negatywnej oceny motywacji sprawcy. Dopiero w oparciu o ustalenie, że motywacja sprawcy wyróżniała się wyjątkowo nagannym nacechowaniem, możliwa jest kwalifikacja czynu jako zabójstwo w typie kwalifikowanym. Należy przychylić się więc do poglądu Sądu Apelacyjnego w Krakowie, że „szczególne potępienie to takie zachowania, gdzie nacisk położony jest na pierwszy element tego pojęcia. Chodzi bowiem o sytuację zupełnie wyjątkową, odbiegającą od prze-

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9.05.2000 r. (Wa 13/2000), „Państwo i Prawo” 2002/8, s. 113 (w:) J. Kulesza, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27.05.2002 r. (AKa 99/02), „Prokuratura i Prawo” 2004/2, s. 127.

³⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 23.06.2004 r. (II AKa 132/04), LEX nr 1643081.

³⁸ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 109.

³⁹ Rajnhardt Kokot, *Zabójstwo w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (art. 148 § 2 pkt 3 k.k.)* (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 895.

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 27.06.2002 r. (II AKa 141/02) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 323.

ciężnych, standardowych, jakkolwiek bardzo nagannych motywacji, budzące odruch odrazy, wywołujące silne oburzenie społeczne, determinujące potępienie ponad ramy przeciętnych reakcji negatywnych każdego człowieka”⁴¹.

Na uwagę zasługuje również pogląd M. Bryły, w którym autorka wskazuje, że „to sąd w każdym konkretnym przypadku będzie musiał oceniać, czy dane przeżycie intelektualne sprawcy zasługuje na szczególne potępienie, czy też nie. Mogąca wystąpić w praktyce dowolność ocen sądu wywołuje poważne obawy. Granica między zabójstwem a zabójstwem ciężkim jest więc płynna tak jak płynna jest granica między motywacją zasługującą na potępienie, a motywacją zasługującą na szczególne potępienie”⁴².

2.2. WYKŁADNIA MOTYWACJI ZASŁUGUJĄCEJ NA SZCZEGÓLNE POTĘPIENIE W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

Jak wskazano powyżej, znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie odnosi się do strony podmiotowej przestępstwa zabójstwa, a dokładniej do przeżyć psychicznych sprawcy, które determinują jego zachowanie i nim kierują. Z uwagi na brak jednolitej definicji użytego przez ustawodawcę znamienia, a także brak katalogu kryteriów ocennych, należy bliżej przyjrzeć się sądowej wykładni tego terminu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie motywacja zasługująca na szczególne potępienie to sytuacja, w której motywy działania sprawcy drastycznie różnią się od przyjętych w społeczeństwie modelowych wzorców postępowania. Każde zabójstwo będzie naruszeniem takiego właśnie wzorca. Do przyjęcia jednak, że motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie, konieczne jest ustalenie, iż w zakresie psychicznych przeżyć sprawcy rozumianych jako motywacja wystąpiły elementy czyniące decyzję o dokonaniu zabójstwa wyjątkowo niegodną i złą⁴³.

Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 9.02.2006 r. słusznie podkreślił, że „kodeks karny nie zawiera katalogu okoliczności nakazujących uznanie danego zachowania za «motywację zasługującą na szczególne potępienie». Skoro tak, to kwestia ta winna podlegać ocenie przez pryzmat okoliczności konkretnej sprawy; niemniej jednak należy stwierdzić, iż nie zalicza się do nich ani tych elementów, które wchodzą w skład znamion typu przestępstwa, ani nawet tych, które podlegając stopniowaniu, mogą mieć wpływ na zaostrenie wymiaru kary. Będzie to więc motyw towarzyszący realizacji znamion przestępstwa, ale pozostający poza ich zakresem”⁴⁴.

Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 20.10.2016 r. podkreślił również, że w ramach motywacji zasługującej na szczególne potępienie mieszczą się takie

⁴¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 4.12.2012 r. (II AKa 213/12), LEX nr 1315607.

⁴² M. Bryła, *Zabójstwo ciężkie w polskim kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2001/3, s. 68 (w:) Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 110.

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 12.10.2012 r. (II AKa 265/12), LEX nr 1238286.

⁴⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9.02.2006 r. (II AKa 236/05), LEX nr 245407.

elementy działania sprawcy, które w świetle moralności danej społeczności są nadzwyczajnie odrażające i w żadnym stopniu nie zasługują na zrozumienie. Elementy działania sprawcy świadczą o jego głębokiej demoralizacji, lekceważącym i deprecjonującym stosunku do prawa i zasad współżycia społecznego⁴⁵.

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 16.01.2002 r. (II AKa 308/01) podkreślił zaś, że znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie jest ocenne i podlega sędziowskiemu uznaniu. W orzecznictwie sądowym pod wskazanym pojęciem rozumie się zaś „motywy jaskrawo naganne, wywołujące w społeczeństwie oburzenie, potępienie czy gniew”. W ocenie sądu motywy te muszą być szczególnie naganne, muszą bowiem przekraczać poziom zwykłego potępienia przestępstwa⁴⁶.

W oparciu o tak rozumianą definicję użytego przez ustawodawcę znamienia w orzecznictwie sądowym za zabójstwa popełnione w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie uznaje się między innymi zabójstwo:

- na którego zdecydowany wpływ miał fakt, że sprawcy byli członkami ugrupowania satanistycznego, co spowodowało u nich zafascynowanie złem i odrzucenie powszechnie akceptowanych w społeczeństwie wartości. W badanej przez sąd sprawie sprawcy kilka miesięcy oswajali się z decyzją o pozbawieniu innych ludzi życia w ramach zaaranżowanego rytuału, wielokrotnie organizowali spotkania, w trakcie których omawiali szczegóły zbrodni, a następnie podstępnie zwabiali ofiary do bunkra, wciągnęli je w ustawianie świec, krzyży, przygotowywanie całego rytuału, a na końcu zabili⁴⁷;
- popełnione z niechęci wobec drugiego człowieka, którego bezpośrednim motywem był fakt, że ofiara nie należała do mieszkańców miejscowości, w której bawiła się na dyskotecie i nie wywodziła się z tego samego środowiska co sprawca, poprzedzone prowokacyjnym zachowaniem ze strony sprawcy⁴⁸;
- bez istotnego wyraźnego powodu, podjęte w celu wyzycia się, wywołania podziwu i swoistego uznania wśród kolegów⁴⁹;
- zabójstwo z zazdrości, przy czym tu sąd odnosił się do sprawy, w której sprawca nie był przekonany co do swojego ojcostwa, a nie miał ku temu żadnych obiektywnych podstaw, ponieważ miał kontakt intymny z ofiarą w okresie koncepcyjnym⁵⁰;
- kobiety w 23. tygodniu ciąży w celu uniknięcia odpowiedzialności, jaką jest

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20.10.2016 r. (II AKa 169/16), LEX nr 2250071.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.01.2002 r. (II AKa 308/01) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 320.

⁴⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6.07.2000 r. (II AKa 154/00) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 315–316.

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27.04.1999 r. (II AKa 12/99), LEX nr 38048.

⁴⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 25.07.2001 r. (II AKa 94/01) (w:) Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 4.07.2008 r. (IV K 118/08), LEX nr 1713602.

⁵⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 10.08.2005 r. (III KK 297/04), LEX nr 200065.

zostanie ojcem, z uwagi na odczuwany wstyd ze znajomości z ofiarą i jej byciem w ciąży oraz lękiem przez opinią rówieśników, znajomych⁵¹;

- z pogardy wobec drugiego człowieka, tu zabójstwo osoby bezdomnej, które sprawcy usprawiedliwiali potrzebą wyeliminowania ludzi drugiej kategorii, do których zaliczali osoby bezdomne, używając wobec nich zwrotów obraźliwych, pogardliwych, nazywając ich żułami. Sprawcy wykazywali całkowity brak szacunku wobec takich osób, traktując je jak obiekt rozrywki i zabawy, przez którą rozumieli atakowanie ich i robienie im krzywdy, gardząc przy tym najwyższą wartością, jaką jest ludzkie życie⁵².

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 16.01.2002 r. (II AKa 308/01) wskazał również, że w zakresie zabójstwa popełnionego w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie mieści się zabójstwo na zlecenie za opłatą, zabójstwo w celu pozbycia się niewygodnego świadka, dopuszczenie się morderstwa w wyniku dążenia do uzyskania spadku, pobawienie życia rywala dla pożądanego stanowiska, zabicie dla zabawy, a także zabójstwa rabunkowe⁵³.

Z przytoczonego wyżej orzecznictwa sądowego i poglądów wyrażanych w doktrynie płyną zatem następujące wnioski.

1. Orzecznictwo sądowe nie dostarcza jednolitej definicji zabójstwa popełnionego w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Sądy, próbując usystematyzować i nadać ramy jednolitej definicji znamienia, wskazują że odnosi się ono do strony podmiotowej sprawcy, a z jego realizacją mamy do czynienia, gdy nastawienie psychiczne sprawcy, determinujące jego działania, ma wyjątkowo negatywny społeczny odbiór, wywołuje powszechny sprzeciw, gniew, wzburzenie czy zgorszenie⁵⁴.
2. Katalog zachowań mogących wchodzić w zakres wskazanego znamienia jest szeroki, jednakże ocena, czy doszło do popełnienia zabójstwa w typie kwalifikowanym, musi odbywać się każdorazowo, przy ocenie konkretnej sprawy i konkretnych okoliczności.
3. Nie jest możliwe stworzenie jednolitej definicji użytego przez ustawodawcę znamienia, albowiem jego zakres pojęciowy słów jest bardzo szeroki.
4. Skutkiem powyższego jest konieczność czerpania z dotychczasowych poglądów doktryny i orzecznictwa sądowego podczas oceniania kwalifikacji prawnej czynu.

⁵¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z 24.03.2015 r. (II K 47/14) (w:) Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 122–123.

⁵² Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 13.07.2015 r. (XIV K 26/15) (w:) Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 124–125.

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.01.2002 r. (II AKa 308/01) (w:) R.A. Stefański, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 320.

⁵⁴ Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 127.

WNIOSKI

Podsumowując omówione w niniejszej publikacji znamiona kwalifikowanych typów zabójstw, wskazać należy kilka kwestii. Tworząc oba typy kwalifikowane – zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem i zabójstwo z motywacji zasługującej na szczególne potępienie, ustawodawca posłużył się nieostrymi, abstrakcyjnymi, ocennymi pojęciami, o szerokim zakresie znaczeniowym. Na gruncie orzecznictwa sądowego nie doszło do wykształcenia się jednolitej definicji obu znamion, z uwagi na fakt, że nie jest możliwe jasne i precyzyjne zdefiniowanie tak pojemnych, abstrakcyjnych i niedookreślonych pojęć. W związku z powyższym pojęcia te bywają definiowane odmiennie, najczęściej poprzez odwołanie się do poglądów wyrażonych w innych judykatach bądź poprzez nawiązanie do poglądów wyrażanych wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego. Przedstawione w niniejszej pracy orzeczenia potwierdzają tylko brak możliwości nadania ogólnej definicji ww. znamionom, a w konsekwencji konieczność dokonywania ich wykładni i oceny na gruncie konkretnej sprawy, poprzez odwołanie się do kazuistycznych orzeczeń i poglądów.

W związku z powyższym za słuszny należy uznać pojawiający się w doktrynie od lat postulat usunięcia kwalifikowanych typów zabójstw⁵⁵. W tym miejscu podkreślić jednak należy, że nie budzi wątpliwości sama konieczność posługiwania się przez ustawodawcę pojęciami ogólnymi, niedookreślonymi, o szerokim zakresie pojęciowym. W niniejszych przepisach ustawodawca posługuje się nimi jednak jako znamionami, a więc elementami czynu zabronionego. Skoro ustawodawca decyduje się na wyróżnienie z typu podstawowego szczególnych typów zbrodni, kryteria rozróżnienia powinny być możliwie jak najbardziej precyzyjne, tak aby umożliwić organom wymiaru sprawiedliwości precyzyjną i jasną kwalifikację prawną popełnionych czynów. Pozostawienie kwalifikowanych typów zabójstw, wyróżnianych na podstawie niejasnych kryteriów, pozbawionych jednolitej definicji grozi powstaniem istotnych rozbieżności w zakresie oceny zachowania sprawców. Istnieje bowiem potencjalne ryzyko, że w zależności od sądu i składu sędziowskiego sprawcy popełniający różne czyny, w podobnych okolicznościach bądź w wyniku podobnej motywacji, zostaną skazani za różne typy zabójstwa. Niemożliwość dokładnego sformułowania kryteriów odróżniania typu podstawowego od typów kwalifikowanych i typów kwalifikowanych między sobą stanowi istotny argument w dyskusji o odstąpieniu od takiego sposobu unormowania.

Za usunięciem typów kwalifikowanych zabójstwa z Kodeksu karnego przemawia również fakt, że okoliczności takie jak szczególne okrucieństwo i motywacja zasługująca na szczególne potępienie mogą być brane pod uwagę

⁵⁵ Tak np. Ł. Pohl, K. Budziak, M. Jankowski, P. Banaszak, *Zabójstwa kwalifikowane...*, s. 100 i 128.

przez sąd w toku stosowania dyrektyw wymiaru karu. Zgodnie z art. 53 § 1 i 2 k.k. sąd, wymierzając karę, bierze pod uwagę w szczególności motywację oraz sposób zachowania sprawcy. Cele stojące za wyróżnieniem typów kwalifikowanych zabójstwa mogą zostać zatem z łatwością zrealizowane w ramach sądowego wymiaru kary, bez konieczności wprowadzania nieprecyzyjnych uregulowań.

Również zakres pojęciowy szczególnego okrucieństwa oraz motywacji zasługującej na szczególne potępienie zdaje się przemawiać za rezygnacją z kwalifikowanych typów zbrodni zabójstwa. Jak wskazano wcześniej, szczególne okrucieństwo odnosi się zarówno do strony przedmiotowej, jak i podmiotowej czynu. Szczególne okrucieństwo nie dotyczy tylko sposobu popełnienia czynu, ale również sfery wolicjonalnej sprawcy. Oprócz drastyczności i szczególnej naganności formy zachowania musi jeszcze wystąpić po stronie sprawcy chęć pozbawienia lub godzenie się na pozbawienie ofiary życia w warunkach szczególnego okrucieństwa. Znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie odnosi się natomiast tylko do sfery podmiotowej czynu. Dla jego istnienia bez znaczenia pozostaje sposób działania sprawcy, liczy się jedynie powód, motyw, psychiczne przeżycia sprawcy, które popchnęły go do popełnienia zabójstwa. Zatem z uwagi na to, że sprawca zabójstwa popełnionego ze szczególnym okrucieństwem musi mieć świadomość, iż odbiera życie ofierze w sposób szczególnie okrutny, to czy sam fakt, że chce lub godzi się na jej szczególne udręczenie, wzmożone cierpienia i ból, nie stanowi motywacji zasługującej na szczególne potępienie? Czy sprawca, którego wolą jest zabicie ofiary w sposób połączony z jej maltretowaniem, torturowaniem, albo który co najmniej godzi się na taką możliwość, nie działa z motywacji budzącej szczególne potępienie, gniew i oburzenie? Czy matka, która zabija dziecko z obawy przed odejściem partnera, poprzez wyciągnięcie dziecka z wózka, podniesienie, ciśnięcie nim o asfalt, a następnie co najmniej sześciokrotne kopnięcie go w głowę, wdeptanie w podłogę, nie działa zarówno z motywacji zasługującej na szczególne potępienie, jak i ze szczególnym okrucieństwem⁵⁶? Czy znamiona tych typów w pewnym układzie stosunków nie pozostają w zakresie krzyżowania?

W świetle wskazanych powyżej okoliczności sens wyróżniania w Kodeksie karnym kwalifikowanych typów zabójstw jest kwestią wysoce dyskusyjną. Przychylić należy się do autorów postulujących zmianę artykułu 148 k.k. poprzez usunięcie omówionych w niniejszej pracy kwalifikowanych typów zabójstw. Należy postulować pozostawienie takich okoliczności, jak sposób działania sprawcy czy charakter i rodzaj motywacji kierującej sprawcą, wyłącznie do oceny w ramach sądowego wymiaru kary.

⁵⁶ Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 8.09.2020 r. (III K 293/19), LEX nr 3102047.

ABSTRACT

Katarzyna Jakubczak-Fopke

The author is an advocate trainee (District Bar Association in Gdansk), assistant at the Department of Criminology Faculty of Substantive Criminal Law and Criminology Faculty of Law and Administration University of Gdansk.

Murder with particular cruelty versus murder with a motive deserving of particular condemnation – a review of case law

In Article 148 § 2 of the Penal Code, the legislator distinguished the so-called qualified types of homicide, including murder with particular cruelty and murder with motive deserving particular condemnation. Against the context of the employment of the aforementioned provisions, numerous court decisions emerge, containing a cross-section of various views and positions. This paper attempts to answer the question on the meaning and essence of the elements of "particular cruelty" and "motive deserving particular condemnation" based on the judgements of courts of general jurisdiction and the Supreme Court presented in recent years.

Keywords: *special cruelty, motivation deserving of special condemnation, qualified types of homicide, homicide*

Katarzyna Jakubczak-Fopke

ORCID: 0000-0003-3708-0430; e-mail: jakubczak.kat@gmail.com

Autorka jest aplikantką adwokacką (ORA w Gdańsku), asystentem w Zakładzie Kryminologii Katedry Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bryła Małgorzata, *Zabójstwo ciężkie w polskim kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo”, 2001/3, s. 61–74

Całkiewicz Monika, *Modus operandi sprawców zabójstw*, Warszawa 2010

Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, red. J. Giezek, Warszawa 2014.

Kokot Rejnhardt, *Zabójstwo w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (art. 148 § 2 pkt 3 k.k.)* (w:) **Stefański Ryszard A.**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017

Kulesza Jan, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27.05.2002 r. (AKa 99/02)*, „Prokuratura i Prawo” 2004/2, s. 123–128.

Michalski Bogusław (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, t. 1, komentarz do art. 148

Nowak Andrzej, *Nowe ujęcie zabójstwa kwalifikowanego*, „Prokuratura i Prawo” 2012/5, s. 74–84

Pohl Łukasz, Budziak Konrad, Jankowski Michał, Banaszak Paulina, *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, Warszawa 2017

Ptak Joanna, *Szczególne okrucieństwo jako znamię przestępstwa zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2015/9, s. 96–111

Stefański Ryszard A., *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004

Pojęcia kluczowe:

domniemanie wiarygodności ksiąg wieczystych, wpis hipoteki (do księgi wieczystej), wzruszenie domniemanie wiarygodności wpisu hipoteki, podział nieruchomości obciążonej hipoteką

Glosy

Grzegorz Gorczyński

WZRUSZALNY CHARAKTER DOMNIEMANIA WIARYGODNOŚCI WPISU W KSIĘDZE WIECZYSTEJ – TAKŻE W ODNIESIENIU DO WPISÓW O CHARAKTERZE KONSTYTUTYWNYM, W TYM WPISÓW HIPOTEK – GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 10.09.2020 R. (I CSK 680/18)

W komentowanym orzeczeniu i w glosie bronione jest zapatrywanie, że domniemanie wiarygodności wpisu hipoteki może być wzruszone w każdym postępowaniu cywilnym, w którym fakt nieistnienia hipoteki ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym w postępowaniu o zapłatę wszczętym przeciwko dłużnikowi hipotecznemu. Niczego w tym zakresie nie zmienia ani konstytutywny charakter wpisu hipoteki do księgi wieczystej, ani okoliczność, że wpis w księdze wieczystej jest zarazem czynnością techniczną i orzeczeniem, ani wreszcie prawomocny charakter wpisu. Decyduje o tym jednolity charakter domniemanie wiarygodności wpisu w księdze wieczystej (art. 3 ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece¹) oraz okoliczność, że nie ma przepisów, które nadawałyby wskazanemu domniemaniu charakter domniemanie niewzruszalnego, czy też domniemanie kwalifikowanego, którego wzruszenie wymaga przeprowadzenia ściśle określonego, odrębnego postępowania sądowego. Na końcu komentarz porusza także zagadnienie skutków wyodrębniania nieruchomości lokalowych z nieruchomości gruntowych, obciążonych hipotekami – na tle stanu prawnego, obowiązującego

¹ Ustawa z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2019 r. poz. 2204), dalej u.k.w.h.

w okresie 23.09.2001 r.–19.02.2011 r. Z uwagi na obowiązujące w tym okresie przepisy oraz utrwalenie się w orzecznictwie określonego stanowiska (przyjętego wbrew poglądom wyrażanym przez uznane autorytety) w rezultacie wyodrębniania kolejnych nieruchomości lokalowych dochodziło do stopniowego zmniejszenia się zabezpieczenia hipotecznego. Takie konsekwencje stanowiska utrwalonego w orzecznictwie budzą poważne wątpliwości.

W przypadku wpisu każdego prawa do księgi wieczystej możliwe jest obalenie domniemania z art. 3 ust. 1 u.k.w.h. w każdym postępowaniu cywilnym, w którym okoliczność ta ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy – a więc także w postępowaniu o zapłatę wszczętym przeciwko dłużnikowi rzeczowemu.

Komentowane orzeczenie stanowi kolejną już w ostatnim czasie wypowiedź Sądu Najwyższego w przedmiocie dopuszczalnego sposobu wzruszania domniemania wiarygodności ksiąg wieczystych – w szczególności domniemania wiarygodności wpisu w księdze wieczystej (art. 3 ust. 1 u.k.w.h.). Wypowiedź ta wpisuje się w trafną linię orzecniczą, która dopuszcza, by dowód, że ujawniona w księdze wieczystej hipoteka w rzeczywistości nie istnieje, był przeprowadzony w dowolnym postępowaniu, w którym kwestia istnienia hipoteki stanowi przesłankę rozstrzygnięcia, a nie wyłącznie w postępowaniu o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 u.k.w.h.)².

Odmienny pogląd wyrażono ostat-

nio jedynie w wyroku z 4.10.2019 r. (I CSK 419/18), gdzie przyjęto, że w postępowaniu o zapłatę wszczętym przeciwko dłużnikowi rzeczowemu nie może być kwestionowany wpis hipoteki w księdze wieczystej. Osobie kwestionującej istnienie hipoteki miałyby pozostawać do dyspozycji powództwo z art. 10 u.k.w.h. lub ewentualnie o ustalenie nieważności czynności prawnej, będącej podstawą ustanowienia hipoteki na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego³, a następnie dokonanie odpowiedniego wpisu (wykreślenia) z powołaniem się na orzeczenie sądu (art. 31 ust. 2 u.k.w.h.)⁴. To ostatnie orzeczenie spotkało się jednak z trafną krytyką w piśmiennictwie⁵, a kome-

² Podobnie wypowiadał się Sąd Najwyższy w wyrokach z 6.06.2007 r. (III CSK 407/06); z 25.11.2015 r. (IV CSK 79/15); z 10.01.2020 r. (I CSK 451/18), OSNC 2020/9, poz. 76; zob. też. wyrok SN z 26.06.2020 r. (I CSK 428/19); wyrok SN z 26.06.2020 r. (I CSK 429/19); wyrok SN z 10.07.2020 r. (II CSK 568/18); por. jednak krytyczną głosę T. Nowakowskiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021/5, poz. 35, s. 32.

³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575), dalej k.p.c.

⁴ Na temat potencjalnego interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie, w sytuacji gdy zainteresowany może wytoczyć powództwo oparte na art. 10 u.k.w.h., zob. wyroki SN z 9.09.2004 r. (II CK 497/03) oraz z 4.01.2008 r. (III CSK 204/07).

⁵ Zob. K. Wróblewski, *Dopuszczalność obalenia konstytutywnego wpisu hipoteki w księdze wieczystej w postępowaniu o zapłatę wszczętym*

towany tu wyrok, podobnie zresztą jak wyroki w sprawach I CSK 451/18, I CSK 428/18 oraz I CSK 429/18, były okazją, by Sąd Najwyższy wycofał się z nietrafnego poglądu. Warto odnotować, że wszystkie wskazane tu pięć wyroków zapadło na tle niemal identycznego stanu faktycznego. Wszystkie te wyroki odnoszą się bowiem do losów hipotek, które pierwotnie obciążały nieruchomość gruntową, należącą do inwestora (M. sp.j.), a wobec wyodrębnienia nieruchomości lokalowych (z „przeniesieniem” przez sąd wieczystoksięgowy hipotek, jako łącznych, do zakładanych dla nieruchomości lokalowych ksiąg wieczystych) oraz wobec niewypłacalności inwestora, z wpisaniem do ksiąg wieczystych obciążeniem hipotecznym musieli się mierzyć właściciele nieruchomości lokalowych.

Problem losów hipotek obciążających nieruchomości, które zostają następnie podzielone, w szczególności w związku z wyodrębnieniem w nich nieruchomości lokalowych, jest, jak się wydaje, *de lege lata* prawidłowo uregulowany⁶ (zob. art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu nadanym przepisami ustawy z 26.06.2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw; przepis obowiązuje od

20.02.2011 r.⁷). Nie zawsze był jednak uregulowany prawidłowo, tj. w sposób zapewniający właściwą równowagę między chronionymi prawem interesami wierzyciela hipotecznego oraz potencjalnych nabywców nieruchomości lokalowych, przy czym szczególnie kontrowersyjne mogą być właśnie oceny stanów faktycznych „zamkniętych” pod rządami już nieobowiązującego prawa. Kwestie te były przedmiotem żywszego zainteresowania judykatury i doktryny jakiś czas temu⁸. Warto jednak do kwestii tych na krótko powrócić.

STAN FAKTYCZNY

Przed przybliżeniem argumentacji powołanej w uzasadnieniu komentowanego wyroku oraz przed sformulowaniem ocen i uwag na marginesie tego wyroku należy przybliżyć podstawowe elementy stanu faktycznego sprawy⁹. Proces toczył się z powodź-

⁷ Ustawa z 26.06.2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. nr 131 poz. 1075), przepis obowiązuje od 20.02.2011 r.

⁸ Zob. postanowienie SN z 13.01.2005 r. (IV CK 425/04); postanowienie SN z 13.04.2005 r. (IV CK 469/04); uchwała składu 7 sędziów SN z 16.10.2008 r. (III CZP 71/08) oraz J. Pisuliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2007, s. 868–869; M. Plaskacz, *Prawne konsekwencje nowej regulacji hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych*, „Prawo Bankowe” 2006/6, *passim*; S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2003, s. 79–80; B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Kraków 2007, s. 346; J. Wszolek, *Żądanie podziału hipoteki łącznej*, „Przegląd Sądowy” 2012/7–8, *passim*.

⁹ Stan faktyczny zrekonstruowano na podstawie uzasadnienia komentowanego wyroku,

przeciwko dłużnikowi rzeczowemu. Glosa do wyroku SN z 4.10.2019 r. (I CSK 419/18), „Glosa” 2020/3, s. 65.

⁶ Częściowo odmiennie K. Zaradkiewicz, *Nowa regulacja prawa hipotecznego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/1, s. 33, którego zdaniem regulacja ta „nie uwzględniła w dostatecznym stopniu interesów nabywców lokali”.

twa Banku X przeciwko A.D i M.G., ale pierwotnym źródłem hipotek były czynności prawne z 17.01.2007 r., dokonane między Bankiem X a M. sp.j. To tej ostatniej spółce Bank udzielił kredytu inwestorskiego w kwocie 18.664.000 zł z przeznaczeniem na częściowe finansowanie inwestycji budowlanej, polegającej na budowie budynków na nieruchomości obciążanej hipotekami (zwykłą, w kwocie 18.664.000 zł, zabezpieczającą spłatę kapitału kredytu oraz kaucyjną, do kwoty 4.106.080 zł – na zabezpieczenie odsetek). W budynkach tych miały być następnie wyodrębniane nieruchomości lokalowe (lokale mieszkalne i użytkowe, w tym garaże). W § 15 umowy kredytowej postanowiono, że w razie wyodrębnienia własności lokali w budynku znajdującym się na nieruchomości obciążonej hipoteką strony podejmą na koszt kredytobiorcy wszelkie czynności niezbędne do podzielenia hipoteki między dotychczasową nieruchomość i wyodrębnione z niej nieruchomości lokalowe. Bank wyraził ponadto zgodę na wyłączenie poszczególnych nieruchomości lokalowych z podziału hipoteki, jeżeli kredyt zostanie spłacony w odpowiedniej części, pozostałe zabezpieczenia okażą się wystarczające i będzie istniało znaczne prawdopodobieństwo, że spłata pozostałej części wierzytelności zostanie dokonana zgodnie z umową. Dodatkowo Bank oświadczył, że wystawi na rzecz każdego z kupujących „promesę bezobciążeniowego” wydzielenia lokalu. Tak się jednak złożyło, że przy wyodrębnianiu nieruchomości należącej

ale i wyroków w sprawach I CSK 451/18, I CSK 428/18 oraz I CSK 429/18.

do pozwanych (A.D i M.G.), co miało miejsce w dniu 23.07.2010 r. (data sporządzania umowy sprzedaży, którą ustanawiano odrębną własność lokalu), ani nie dokonano podziału hipoteki, ani tym bardziej nie dokonano bezobciążeniowego wydzielenia lokalu. Zamiast tego w umowie, w relacji do nabywców lokalu, sprzedawca (spółka M. sp.j.) zobowiązał się, że do 15.06.2011 r. przedłoży oświadczenie Banku o wykreśleniu z księgi wieczystej ujawnionych w niej hipotek zwykłej i kaucyjnej, a w wypadku niedotrzymania tego terminu, że zapłaci karę umowną w wysokości 10.000 zł. W przypadku wyegzekwowania przez wierzyciela od kupujących jako dłużników rzeczowych całości lub części przysługującej mu należności spółka M. sp.j. zobowiązała się zwrócić kupującym kwotę stanowiącą cenę i poddała się w tym zakresie egzekucji na podstawie art. 777 § 1 pkt 5 k.p.c.

Przy zakładaniu księgi wieczystej dla nieruchomości lokalowej sąd wieczystoksięgowy na podstawie § 11 ust. 2 rozporządzenia z 17.09.2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów¹⁰ dokonał z urzędu przeniesienia hipotek obciążających nieruchomość macierzystą do księgi wieczystej utworzonej dla wyodrębnionego lokalu. Materialnoprawną podstawą wpisu tych hipotek miał być przepis art. 76 ust. 1 u.k.w.h., zgodnie z którym „W razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca dotychczas nieruchomość obciąża wszystkie nieru-

¹⁰ Rozporządzenie z 17.09.2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. z 2001 r. nr 102 poz. 1122).

chomości utworzone przez podział (hipoteka łączna)". Jak możemy się dowiedzieć z uzasadnienia wyroku w sprawie I CSK 451/18, wskazane hipoteki (zwykła i kaucyjna) obciążały łącznie co najmniej 46 wyodrębnionych nieruchomości lokalowych. Warto tu odnotować, że w chwili zawierania umowy ustanawiania nieruchomości lokalowej należącej do A.D i M.G. kredyt, zabezpieczony wskazanymi hipotekami, był od dawna wypowiedziany przez Bank w części dotyczącej warunków spłaty kredytu, a to w następstwie niewywiązywania się kredytobiorcy z postanowień umowy (umowę kredytu wypowiedziano już w dniu 2.07.2009 r.¹¹), a skierowane do spółki M. sp.j. wezwanie Banku do dobrowolnej zapłaty wynikających z umowy kredytowej należności od dłuższego czasu pozostawało bez odpowiedzi. Trudno się zatem dziwić, że spółka M. sp.j. nie wywiązała się z zobowiązania do przedłożenia oświadczenia Banku o wykreśleniu hipoteki. W każdym razie Bank, po wezwaniu A.D i M.G., jako dłużników rzeczowych, do zapłaty kwoty 359.960 zł, wobec braku dobrowolnej zapłaty, skierował przeciwko nim pozew o zapłatę tej kwoty (z ograniczeniem odpowiedzialności do przedmiotu hipoteki). Warto odnotować, że kwota objęta pozwem nie opiewała bynajmniej na całą kwotę zadłużenia M. sp.j. wobec Banku X, a jedynie na ułamek tego zadłużenia¹². Zestawiając kwoty docho-

dzzone przez Bank¹³ z powierzchniami lokali, podanymi w uzasadnieniach niektórych wyroków Sądu Najwyższego, przysługujących poszczególnym pozwany, w szczególności powierzchniami lokali pozwanych w sprawie I CSK 680/18 (pow. 89,99 m²) oraz w sprawie I CSK429/18 (pow. 145,77 m²), widać, że Bank X dochodził od właścicieli poszczególnych lokali należności, pozostających w określonej proporcji do powierzchni ich lokali (po 4.000 zł za m²).

Sąd Okręgowy w W. oddalił jednak powództwo, a Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację Banku X od tego wyroku. Sądy obu instancji uznały, że udzielony spółce M. sp.j. kredyt powinien być zostać uznany za „kredyt na budowę domów mieszkalnych” w rozumieniu art. 76 ust. 4 u.k.w.h.¹⁴, a zatem że przepis „art. 76 ust. 1 u.k.w.h. nie mógł stanowić podstawy powstania hipoteki łącznej obciążającej dotychczasową nieruchomość i lokal pozwanych”. Analiza treści umowy kredytowej, a w szczególności jej § 15, doprowadziła z kolei sądy powszechne do wniosku, że „umowa nie zawierała postanowień, które mogłyby zostać uznane za określające sposób podziału hipoteki w rozumieniu art. 76 ust. 4 u.k.w.h.”. W tej sytuacji, jak oceniono, „wpisowi pra-

¹¹ Zob. uzasadnienie wyroku w sprawie I CSK 451/18.

¹² Jak można przeczytać w uzasadnieniu wyroku w sprawie I CSK 451/18, według postanowienia zatwierdzającego listę wierzytelności wobec M. sp.j. ze stycznia 2012 r. zadłużenie

to wynosiło 17.220.755,30 zł, a w uzasadnieniu komentowanego wyroku jest mowa o kwocie 6.227.761,93 zł tytułem należności głównej, o kwocie 13.400.813,42 zł tytułem odsetek naliczonych na 8.04.2015 r. oraz o kwocie 17.023 zł tytułem kosztów.

¹³ W sprawie I CSK 451/18 dochodzono od pozwanych kwoty 518.360 zł, a w sprawie I CSK429/18 kwoty 583.080 zł.

¹⁴ W brzmieniu obowiązującym do 19.02.2011 r.

wa własności lokalu nie mógł towarzyszyć ani wpis hipoteki łącznej (na podstawie art. 76 ust. 1 u.k.w.h.), ani wpis hipoteki przewidzianej w ostatnio wymienionym przepisie (art. 76 ust. 4 u.k.w.h.).” W konsekwencji przyjęto, że hipoteka wpisana na nieruchomości pozwanych nie istnieje (została wpisana nieprawidłowo), i przyjmując to jako przesłankę rozstrzygnięcia w procesie o zapłatę, oddalono powództwo wytoczone przeciwko (jak przyjęły sądy: rzekomo) dłużnikom hipotecznym.

Bank X w swojej skardze kasacyjnej skupił się na konstytucyjnym charakterze wpisu hipoteki, co miało oznaczać rzekomo, że „do ustalenia jej nieistnienia niezbędne jest wykreślenie tego wpisu”, na prawomocnym i rzekomo wiążącym inne sądy charakterze tego wpisu oraz na tym, że rzekomo „domniemanie zgodności wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym w przypadku wpisu konstytucyjnego, jakim jest hipoteka, jest wzruszalne jedynie w drodze powództwa z art. 10 ust. 1 u.k.w.h.”¹⁵.

¹⁵ Na uwagę zasługuje występujący w tej ostatniej wypowiedzi, pochodzącej ze skargi kasacyjnej Banku, błąd przesunięcia kategorialnego. Hipoteka nie jest wpisem konstytucyjnym. Hipoteka jest ograniczonym prawem rzeczowym, którego wpis zasadniczo (co do jednego z wyjątków, w szczególności odnoszącego się do art. 76 ust. 1 u.k.w.h., zob. niżej) ma charakter konstytucyjny. Ale już wykreślenie hipoteki zasadniczo ma charakter deklaratoryjny (zob. zamiast wielu K. Wróblewski, *Dopuszczalność...*, s. 70). Wyjątkiem jest tu wykreślenie hipoteki w następstwie jej zrzeczenia się; por. art. 246 § 2 k.s.h.

STANOWISKO SĄDU NAJWYŻSZEGO I JEGO OCENA

Wybór wyroku z 10.09.2020 r. (I CSK 680/18) jako przedmiotu komentarza został podyktowany nie tylko tym, że wyrok ten stanowi najnowszą, według wiedzy komentatora, wypowiedź Sądu Najwyższego w kwestii charakteru domniemania wiarygodności wpisu hipoteki. Na szczególną uwagę zasługuje przede wszystkim to, że w uzasadnieniu komentowanego wyroku chyba po raz pierwszy w orzecznictwie Sądu Najwyższego tak wyraźnie i kategorycznie wyartykułowano trafną i niebudzącą zasadniczo wątpliwości w doktrynie tezę¹⁶, że konstytucyjny charakter wpisu w księdze wieczystej niczego nie zmienia, gdy chodzi o możliwy sposób wzruszenia (obalenia) domniemania wynikającego z art. 3 u.k.w.h. Tym samym skład orzekający – na marginesie swojego orzeczenia – *de facto* odciął się od przywołanej w uzasadnieniu linii orzeczniczej, która z uwagi na konstytucyjny charakter wpisu użytkownika wieczystego jedynej drogi wzruszenia domniemania zgodności tego

¹⁶ Zob. np. E. Gniewek (w:) *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2021, s. 748; E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 91–92; K. Gołębiowski, *O domniemaniach związanych z wpisami w księgach wieczystych, ich obalaniu oraz konstytucyjnym charakterze wpisu* (cz. I), „Przegląd Sądowy” 2014/10, s. 80; K. Gołębiowski, *O domniemaniach związanych z wpisami w księgach wieczystych, ich obalaniu oraz konstytucyjnym charakterze wpisu* (cz. II), „Przegląd Sądowy” 2014/11, s. 71–72; B. Jelonek-Jarco (w:) *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014, s. 101.

wpisu z prawem upatruje w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 10 ust. 1 u.k.w.h.¹⁷ Na uwagę i pełną aprobatę zasługuje także proste i kategoryczne uzasadnienie takiego stanowiska, zgodnie z ewangelicznym przekazem „Niech wasza mowa będzie: Tak, tak; nie, nie” (Mt 5,33–37). Zbyt często dotąd Sąd Najwyższy wikłał się w swoich rozważaniach odnośnie do sposobu wzruszenia domniemania z art. 3 ust. 1 u.k.w.h., dzielił włos na czworo, dokonując rozróżnień między wpisami deklaratoryjnymi i konstytutywnymi, wpisem użytkowania wieczystego, odrębnej własności lokalu, hipoteki itp. Dla odmiany w komentowanym wyroku Sąd Najwyższy dopuszczalność wzruszenia domniemania w dowolnym postępowaniu uzasadnił, odwołując się do paremii *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* (tam, gdzie ustawa nie rozróżnia, nie naszą jest rzeczą wprowadzać rozróżnienia)¹⁸, odnosząc te słowa do przepisu art. 3 ust. 1 u.k.w.h., który przecież sformułowany jest jednolicie – bez względu na to, jaki charakter ma wpis i jakiego prawa dotyczy.

Dodatkowo w uzasadnieniu komentowanego wyroku trafnie odwołano się do istoty domniemania

ustanowionego w art. 3 u.k.w.h., jako domniemania wzruszalnego. Teza zakładająca, że do wzruszenia domniemania wynikającego z tego przepisu (w każdym razie w odniesieniu do niektórych wpisów) konieczne jest „obalenie wpisu”, na podobieństwo niektórych domniemań związanych z orzeczeniami sądowymi, nie znajduje absolutnie żadnej podstawy prawnej. Rzecz w tym, że domniemaniu ustanowionemu w art. 31 § 1 k.c.¹⁹, związanemu z orzeczeniem o uznaniu za zmarłego lub o stwierdzeniu zgonu, towarzyszy przepis art. 539 k.p.c.²⁰, a domniemaniu ustanowionemu w art. 1025 § 2 k.c., związanemu z postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku, towarzyszy przepis art. 679 § 1 k.p.c.²¹ Niezależnie zatem od rozstrzygnięcia z natury słownego sporu, czy mamy w ogóle we wskazanych przypadkach do czynienia z klasycznymi domniemaniami prawnymi, czy są to domniemania w istocie niewzruszalne²² (tak, jak się wydaje, kwalifiko-

¹⁹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), dalej k.c.

²⁰ „Dowód, że osoba uznana za zmarłą albo której zgon został stwierdzony pozostaje przy życiu lub że śmierć jej nastąpiła w innej chwili niż chwila oznaczona w orzeczeniu, może być przeprowadzony tylko w postępowaniu unormowanym w niniejszym oddziale” (odnoszącym się do postępowania w przedmiocie uchylenia postanowień orzekających uznanie za zmarłego lub stwierdzenie zgonu).

²¹ „Dowód, że osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, nie jest spadkobiercą lub że jej udział w spadku jest inny niż stwierdzony, może być przeprowadzony tylko w postępowaniu o uchylenie lub zmianę stwierdzenia nabycia spadku”.

²² Jak trafnie wskazywał J. Gwiazdomorski,

¹⁷ Por. uchwała SN z 13.01.2011 r. (III CZP 123/10), OSNC 2011/9, poz. 96; oraz wyrok SN z 16.02.2011 r. (I CSK 305/10), OSNC-ZD A 2012, poz. 7; wyrok SN z 4.03.2011 r. (I CSK 340/10); wyrok SN z 26.06.2014 r. (III CSK 192/13); wyrok SN z 22.02.2018 r. (I CSK 391/17); wyrok SN z 12.04.2019 r. (I CSK 172/18). Krytycznie na temat tego orzecznictwa K. Gołębiowski, *O domniemaniach...*

¹⁸ Zob. też K. Wróblewski, *Dopuszczalność...*, s. 74.

wał podobne domniemania Sąd Najwyższy w uzasadnieniu komentowanego wyroku), czy też że chodzi o tzw. domniemania kwalifikowane, które mogą być obalone tylko w drodze odrębnego postępowania sądowego²³, aby podobny szczególny charakter domniemania wyróżniać, konieczny jest wyraźny przepis prawa. Tymczasem w odniesieniu do domniemania ustanowionego w art. 3 u.k.w.h. próżno szukać normy podobnej do tej, która jasno wynika z art. 539 k.p.c., z art. 679 § 1 k.p.c., czy to w odniesieniu do wpisów w ogólności, czy to w odniesieniu do wpisów konstytucyjnych, jak to sobie wyobrażał Bank X, wnosząc skargę kasacyjną.

Warto zresztą odnotować, że w istocie nie musiał Sąd Najwyższy wypowiadać tak kategoriycznych i uniwersalnych sądów. Wpis spornych hipotek na nieruchomości lokalowej pozwanych A.D. i M.G. nie miał bowiem wcale charakteru konstytucyj-

nego. Wpis ten, jak zresztą każdy wpis hipoteki łącznej, dokonywany na podstawie art. 76 ust. 1 u.k.w.h., miał charakter deklaratoryjny²⁴ (na tle art. 76 ust. 1 u.k.w.h. hipoteka łączna powstaje z mocy prawa, niezależnie od wpisu). Konstytucyjny charakter miał wyłącznie wpis hipotek obciążających nieruchomości macierzystą, w związku z zaciąganiem przez spółkę M. sp.j. kredytem, ale tego wpisu akurat nikt nie kwestionował. W związku z tym uwagi Sądu Najwyższego odnoszące się do konstytucyjnego wpisu hipotek (art. 67 u.k.w.h.) oraz rozróżnienia między wpisem a podstawą takiego wpisu nie do końca miały jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W każdym razie trafnie Sąd Najwyższy wskazał, że wpis hipoteki „nie kreuje prawa, nie jest samodzielną podstawą jego powstania i nie sanuje nieważnej czynności prawnej ustanowienia hipoteki. Istnienie właściwej i ważnej podstawy materialnoprawnej jest podstawowym elementem, z którym ustawa wiąże powstanie hipoteki”²⁵. „Konstytucyjny charakter wpisu jest jedynie dodatkową przesłanką skuteczności czynności prawnej, jeżeli hipoteka powstaje na podstawie takiej czynności. Jeżeli zaś czynność w ogóle nie miała miejsca albo okazała się wadliwa, a wpis mimo to nastąpił, nieprecyzyjne jest nawet w ogóle określanie go mianem konstytucyjnego, gdyż

dążenie do uchylecia lub zmiany postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku nie jest żadnym obaleniem „domniemania”, a mogłoby być uważane – przy dosłownym rozumieniu art. 1025 § 2 k.c. – co najwyżej za dążenie do zniweczenia podstawy „domniemania” (zob. J. Gwiazdomorski, *Dwa „domniemania”* (w:) *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, red. W. Osuchowski, M. Sośniak, B. Walaszek, Kraków–Warszawa 1964, s. 97, 100; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967, s. 191). Zob. kompleksowe omówienie poglądów wypowiedzianych w tej materii Z. Radwański, M. Zieliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Saffjan, Warszawa 2012, s. 435–436.

²³ Zob. Z. Radwański, M. Zieliński (w:) *System...*, s. 439; zob. też K. Gołębski, *O domniemaniach...* (cz. I)..., s. 88–89.

²⁴ Zob. np. uchwała SN z 14.07.1994 r. (III CZP 85/94), OSNC 1995/1, poz. 3; postanowienie SN z 8.03.2007 r. (III CSK 356/06); postanowienie SN z 19.10.2016 r. (V CSK 128/16).

²⁵ Odwołano się tu do uchwały SN z 11.04.2019 r. (III CZP 100/18), OSNC 2019/12, poz. 119.

wpis niczego nie konstytuuje w tym sensie, że nie prowadzi do zmiany stanu prawnego”²⁶. W nawiązaniu do trafnej myśli, że także konstytutywny wpis „nie sanuje” ewentualnych wadliwości braków podstawy prawnej wpisu, które mogą powodować, że hipoteka mimo wpisu nie powstała, warto wskazać, że *de lege lata* mamy do czynienia z jednym, jedynym przykładem wpisu o charakterze sanującym (uzdrawiającym) do księgi wieczystej. Chodzi mianowicie o przypadek wykreślenia hipoteki bez ważnej podstawy prawnej; w takim przypadku hipoteka rzeczywiście wygasa, ale dopiero po upływie lat dziesięciu (art. 95 u.k.w.h.). Jak widać, sama „moc uzdrawiająca” takiego wpisu (wykreślenie jest także wpisem; por. art. 626⁸ § 7 k.p.c.) nie wystarcza. Potrzebny jest dodatkowo upływ czasu. Inne (niż wykreślenie hipoteki) wpisy do ksiąg wieczystych charakteru uzdrawiającego (sanującego) nie mają wcale.

Także okoliczność, że wpis w księdze wieczystej jest zarazem czynnością techniczną i orzeczeniem (art. 626⁸ § 6 k.p.c.), oraz to, że wpis hipotek Banku X był w chwili orzekania prawomocny (por. art. 365 k.p.c.)²⁷, nie może być żadnym argumentem na rzecz tezy o niedopuszczalności wzruszenia domniemania zgodności z prawem wpisu konstytutywnego bez „obalenia” samego wpisu. Jak trafnie

zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku w sprawie I CSK 451/18, „przepis art. 365 k.p.c. dotyczy każdego postanowienia o wpisie do księgi wieczystej, niezależnie od tego, czy wpis ten jest elementem koniecznym do powstania ujawnianego prawa podmiotowego (wpisy konstytutywne), czy nie (wpisy deklaratoryjne)”, a dopuszczalność kwestionowania wpisów deklaratoryjnych w dowolnym postępowaniu (ze skutkiem *inter partes*) nigdy nie ulegała wątpliwości. Należy dodać, że brak związania innych sądów orzeczeniem o wpisie do księgi wieczystej, choćby wpis był prawomocny, wynika po prostu stąd, że z wpisem do księgi wieczystej wiąże się (tylko i aż) wzruszalne domniemanie zgodności z prawem, w kształcie wynikającym z art. 3 u.k.w.h., przy jednoczesnym braku zastrzeżenia wyłącznego trybu wzruszania tego domniemania, jak to ma miejsce w przypadku wskazanych wyżej domniemań kwalifikowanych, odnoszących się do orzeczenia o uznaniu za zmarłego lub stwierdzenia zgonu, czy postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku.

LOSY HIPOTEK OBCIĄŻAJĄCYCH NIERUCHOMOŚCI, Z KTÓRYCH WYODRĘBNIONO NIERUCHOMOŚCI LOKALOWE PRZED 20.02.2011 R.

Komentowany wyrok Sądu Najwyższego jest zatem jak najbardziej trafny i w pełni zasługuje na aprobatę. W związku ze ściśle określonymi ramami postępowania, zainicjowanego skargą kasacyjną (por. art. 398¹³ k.p.c.), nie mógł być inny. W nieco bardziej

²⁶ Z uzasadnienia komentowanego wyroku. Na marginesie: tym bardziej błędne jest zatem określanie wpisów konstytutywnych jako „prawotwórczych” czy „prawotwórczych”.

²⁷ Zob. też K. Gołębiowski, *O domniemaniach...* (cz. II)..., s. 63–66.

zniuanowany sposób wypada ocenić konsekwencje tego i innych podobnych wyroków dla wierzycieli hipotecznych. W następstwie wydania komentowanego wyroku, ale i poprzednich wyroków, wydanych w sprawach I CSK 451/18, I CSK 428/18 oraz I CSK 429/18, wierzyciel nie uzyskał zaspokojenia swojej wierzytelności, zabezpieczonej hipoteką. Przegrał proces o zapłatę mimo posiadania (prawomocnego) wpisu hipoteki przeciwko pozwanym, a to w związku z dyskusyjną wykładnią przepisu art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu obowiązującym w okresie 23.09.2001 r.–19.02.2011 r.²⁸

Dyskusyjność wykładni przepisu art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu, który miał zastosowanie w sprawie²⁹, sprowadza się, po pierwsze, do dość szerokiego rozumienia pojęcia „kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych”³⁰, po drugie, do trakto-

wania wyodrębnienia nieruchomości lokalowych jako przypadku „przeniesienia własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym” w sytuacji, gdy oba zdarzenia wydają się być jednak czymś jakościowo innym³¹. Przede wszystkim jednak kontrowersyjne może być stanowisko, które zakłada, że w przypadku braku umowy, która w pełni odpowiadałaby wymaganiom art. 76 ust. 4 u.k.w.h., tj. określała precyzyjnie sposób podziału hipoteki, wyodrębniona nieruchomość lokalowa powstaje jako wolna od obciążenia hipotecznego. Prowadzi to bowiem – jak to obrazowo ujęto w uzasadnieniu jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego³² – do tego, że zabezpieczenie ulega stopniowemu „uszczerpleniu wobec zmniejszenia się składu nieruchomości – ciała hipotecznego «(*corpus tabulare*)»”³³. Warto przy tym odnotować, że takie uszczerplenie, a niekiedy nawet *de facto*: wygaśnięcie hipoteki (w rezultacie wyodrębnienia i nabycia przez osobę trzecią ostatniego lokalu), odbywałoby się całkiem wbrew jednemu z dwóch podsta-

²⁸ Nadanym przepisami ustawy z 11.05.2001 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2001 r. nr 63 poz. 635).

²⁹ „Do hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, jeżeli podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, przepisu ust. 1 nie stosuje się. W takim wypadku hipoteka ulega podziałowi zgodnie z postanowieniami umowy”.

³⁰ Kwestię wykładni tego pojęcia przedstawiono szerzej w uzasadnieniu wyroku w sprawie I CSK 429/18. Przy dokonywaniu tej wykładni „pomocniczo” odwołano się do definicji zawartej w rozporządzeniu Rady Ministrów z 30.12.1999 r. w sprawie klasyfikacji obiektów budowlanych (Dz.U. nr 112 poz. 1316), w której przyjęto, że budynki mieszkalne są to obiekty budowlane,

których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych.

³¹ Por. obecne brzmienie przepisu art. 76 ust. 4 u.k.w.h., który traktuje o „ustanowieniu odrębnej własności lokalu” oraz o „wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnej nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym”.

³² Postanowienie SN z 13.01.2005 (IV CK 425/04).

³³ Tak też, jak się wydaje, postanowienie SN z 13.04.2005 r. (IV CK 469/04); M. Plaskacz, *Prawne konsekwencje...*, s. 90; E.A. Pietrewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 13.01.2005 r. (IV CK 426/04)*, „Rejent” 2006/11, s. 171.

wowych uprawnień wierzyciela hipotecznego – filarów hipoteki, jako prawa zastawniczego, które wynikają z art. 65 ust. 1 u.k.w.h. Chodzi o możliwość dochodzenia zabezpieczonej wierzytelności wobec każdorazowego właściciela obciążonej nieruchomości, przy czym przepisy art. 76 u.k.w.h., zgodnie z którymi hipoteka trwa mimo podziału nieruchomości, w tym mimo nabycia przez osobę trzecią nieruchomości, powstałej w wyniku podziału macierzystej nieruchomości, wydają się być naturalną konsekwencją (doprecyzowaniem) przepisu art. 65 ust. 1 u.k.w.h.

Należy w związku z tym zaznaczyć, że na tle poprzedniego brzmienia art. 76 ust. 4 u.k.w.h. prezentowane były, i to przez uznane autorytety, poglądy, które opowiadały się za tym, że hipoteka jednak utrzymuje się w takim przypadku na nieruchomościach lokalowych, jako łączna, przy czym właścicielom tych nieruchomości przysługuje roszczenie o dokonanie przez wierzyciela hipotecznego podziału hipoteki³⁴. Niewątpliwą słabością tego stanowiska, które w istocie odpowiada aktualnemu stanowi prawnemu³⁵,

³⁴ Tak J. Pisuliński (w:) *System...*, s. 869–870; S. Rudnicki, *Hipoteka...*, s. 79; B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 352.

³⁵ Art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w brzmieniu obowiązującym (od 20.02.2011 r.) stanowi, że „W razie podziału nieruchomości polegającego na ustanowieniu odrębnej własności lokalu lub wydzieleniu z dotychczasowej nieruchomości odrębnej nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym, nabywca wydzielonej nieruchomości może żądać podziału hipoteki proporcjonalnie do wartości nieruchomości powstałych wskutek podziału. Jeżeli jednak sposób podziału hipoteki został określony w umowie o usta-

był brak podstawy prawnej dla konstruowania stosownego roszczenia po stronie właścicieli nieruchomości lokalowych³⁶. Warto jednak odnotować, że w stanie faktycznym sprawy taką podstawę prawną mógł stanowić § 15 umowy kredytowej zawartej między Bankiem X i spółką M. sp.j. Klauzula ta zakładała, przypomnijmy, że „w razie wyodrębnienia własności lokali w budynku znajdującym się na nieruchomości obciążonej hipoteką strony podejmą na koszt kredytobiorcy wszelkie czynności niezbędne do podzielenia hipoteki między dotychczasową nieruchomość i wyodrębnione z niej nieruchomości lokalowe”. W istocie można przyjąć, że wskazana klauzula była umową o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, w rozumieniu art. 393 k.c., gdzie świadczeniem było złożenie przez Bank X oświadczenia o podziale hipoteki, a osobą trzecią, czy raczej osobami trzecimi – nabywcami nieruchomości lokalowych.

De lege lata istnienie stosownego roszczenia można by konstruować także w związku z przepisami międzyczasowymi ustawy z 26.06.2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw. Przepis art. 10 ust. 1 tej ustawy nakazuje stosować nowe przepisy, w tym art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w nowym brzmieniu, do hipotek kaucyjnych powstałych wcześniej, a przepis art. 10 ust. 2 tej ustawy *expressis verbis* nakazuje stosować do hipotek zwy-

nowienie hipoteki i ujawniony w księdze wieczystej, podział następuje stosownie do postanowień umowy”.

³⁶ Tak w szczególności J. Wszolek, *Żądanie...*, s. 59.

łych powstałych wcześniej, wbrew generalnej zasadzie stosowania do hipotek zwykłych przepisów dotychczasowych, przepis art. 76 ust. 4 u.k.w.h. w nowym brzmieniu. Nie ulega jednak wątpliwości, że w stanie faktycznym sprawy, który „zamknął się” pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, zastosowanie art. 76 ust. 4 w nowym brzmieniu wymagałoby „niestandardowego podejścia” do zagadnienia obowiązywania prawa w czasie³⁷. Takie niestandardowe podejście wydaje się jednak i tak lepszym rozwiązaniem niż rozszerzająca wykładnia wyjątkowego (w stosunku do art. 76 ust. 1 u.k.w.h. oraz w stosunku do art. 65 ust. 1 u.k.w.h.) przepisu art. 76 ust. 4 u.k.w.h. (w brzmieniu obowiązującym do 19.02.2011 r.), dokonywana wbrew regule *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco).

Na koniec można odnotować, że analiza brzmienia przywołanych w stanie faktycznym komentowanego wyroku czynności prawnych, dokonanych najpierw między Bankiem X i spółką M. sp.j. (z 17.01.2007 r.), a następnie między spółką M. sp.j. oraz A.D i M.G. (z 23.07.2010 r.), nasuwa spostrzeżenie, że strony tych czynności prawnych bynajmniej nie zakładały skutku, który wyinterpretowały sądy, a mianowicie że nowo powstające nieruchomości lokalowe będą bezwarunkowo wolne od jakichkolwiek obciążeń hipotecznych, bez konieczności składania dodatkowych oświad-

czeń woli przez Bank X. Dodatkowo, jak już wyżej zaznaczono, Bank X sam dokonał swego rodzaju podziału hipoteki (w sensie ekonomicznym, nie prawnym), dochodząc od poszczególnych właścicieli lokali części swoich należności (w określonej proporcji do powierzchni ich lokali). Jest zrozumiałe, że zastosowana przez bank proporcja, jak pewnie każda inna proporcja, nie odpowiadała pozwanym współwłaścicielom lokalu, którzy zapłacili spółce M. sp.j. cenę za swój lokal³⁸. Ich zapewne w pełni satysfakcjonowało tylko całkowite uwolnienie się od zadłużenia hipotecznego, co zresztą finalnie stało się ich udziałem. Mimo zatem nabycia lokalu od podmiotu mało wiarygodnego, którego zobowiązaniom odnośnie do wykreślenia hipotek zaufali, zadowolając się niską karą umowną na wypadek niewywiązania się z tych zobowiązań, nabywcy lokali wyszli z prawnej opresji praktycznie bez szwanku.

Z kolei Bank X został z niczym, przy czym nie można powiedzieć, by zupełnie na to nie „zasłużył”. Najpierw bowiem przy konstruowaniu umów ze spółką M. sp.j. nie wziął pod uwagę funkcjonującego już wówczas w obrocie orzecznictwa Sądu Najwyższego odnoszącego się do hipotek zabezpieczających kredyty na budowę nieruchomości o przeznaczeniu mieszkal-

³⁷ Por. trafne dogmatycznie uwagi w tym zakresie T. Czecha, *Nowa regulacja hipoteki. Zagadnienia intertemporalne*, „Przegląd Sądowy” 2010/11–12, s. 36.

³⁸ Można odnotować, że zapłacona przez pozwanych A.D i M.G. cena (292.400 zł; taką cenę przywołano w stanie faktycznym wyroku Sądu Najwyższego) za lokal o powierzchni 89,99 m² wraz z prawem do wyłącznego korzystania z balkonu i miejsca garażowego, nie wydawała się wygórowana i mogła uwzględniać ryzyko prawne związane z obciążeniem hipotecznym.

nym³⁹. Następnie, jak to zresztą często banki, pokładał zbyt dużą ufność w uzyskanych (prawomocnych) wpisach hipotek⁴⁰, podczas gdy nie ulega wątpliwości, że wpisy hipotek nie mają charakteru sanującego (uzdrawiającego), a wykreślenia hipotek nie mają nawet charakteru konstytutywnego.

„W związku z powyższym istnieją sytuacje, w których w księdze wieczystej wpisana jest hipoteka, która rzeczywiście nie istnieje, gdyż nigdy nie powstała albo też już wygasła”⁴¹. Dodatkowo jednak, jak przyjmują sądy, pod rządami art. 76 ust. 4 w brzmieniu obowiązującym w okresie 23.09.2001 r.–19.02.2011 r., w związku z wyodrębnieniem kolejnych nieruchomości lokalowych, prawidłowo ustanowione zabezpieczenie hipoteczne mogło w skrajnych przypadkach praktycznie zniknąć, jako rezultat stopniowego „zmniejszania się ciała hipotecznego”... Każe to raz jeszcze postawić pytanie o trafność utrwalonego w orzecznictwie stanowiska w tej kwestii.

³⁹ Zob. zwłaszcza postanowienie SN z 13.04.2005 r. (IV CK 469/04), gdzie przyjęto, że „Sąd wieczystoksięgowy rozpoznający wniosek o wpis odrębnej własności lokalu nie może wpisać hipoteki na tym lokalu na rzecz banku, jeśli w umowie ustanawiającej odrębną własność lokalu nie zawarto postanowień przewidzianych w art. 76 ust. 4 zd. 2 ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. nr 19 poz. 147 ze zm.)”.

⁴⁰ Do pewnego stopnia zawinił tu chaos argumentacyjny, odnoszący się do charakteru i dopuszczalnych sposobów wzruszenia domniemania, wynikającego z art. 3 ust. 1 u.k.w.h. w przypadku wpisów o charakterze konstytutywnych, który zaobserwować można w judykaturze Sądu Najwyższego.

⁴¹ Z uzasadnienia komentowanego wyroku.

ABSTRACT

dr Grzegorz Gorczyński

The author is an associate profesor at University of Silesia in Katowice, legal adviser (District Chamber of Legal Advisers in Katowice).

Rebuttable nature of presumption of credibility of entry into land and mortgage registers – also regarding constitutive entries including mortgage entries – commentary on Supreme Court judgment of 10 September 2020 (I CSK 680/18)

In the commented judgment and in the commentary, it is defended that the presumption of the credibility of the mortgage entry can be rebutted in every civil proceedings in which the fact of the failure of the mortgage is important for the resolution of the case, including in the proceedings for payment, initiated against the mortgage debtor. Nothing in this regard changes either the constitutive nature of the mortgage entry to the land and mortgage register, or the fact that the entry in the

land and mortgage register is the technical activity and the judgement at the same time, or even the final and non-revisable nature of the entry. This is determined by the uniform character of presumption of the credibility of the entry in the land and mortgage register (Article 3 of the Act of 6.07.1982 on land and mortgage registers) and the fact that there are no provisions that would make the indicated presumption irrebuttable or eligible, where its rebuttal would require a strictly defined, separate court proceedings. At the end, the comment also raises the issue of separating the condominiums from land real estate, burdened by mortgage loans – on the background of state of law relevant in the period 23.09.2001–19.02.2011.

Bearing in mind the provisions in force during this period and consolidation in the case-law of a particular position (adopted against the views expressed by recognized authorities), as a result of the separation of subsequent condominiums, gradual reduction in mortgage protection was observed. Such consequences of the position consolidated in the case-law raise serious doubts.

Keywords: *presumption of credibility of land and mortgage registers, mortgage entry (into land and mortgage register), rebuttal of presumption of credibility of mortgage entry, division of immovable property encumbered by mortgage*

dr Grzegorz Gorczyński

ORCID: 0000-0003-0070-3593; e-mail: grzegorz.gorczynski@us.edu.pl

Autor jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, radcą prawnym (OIRP w Katowicach).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Czech Tomasz, *Nowa regulacja hipoteki. Zagadnienia intertemporalne*, „Przegląd Sądowy” 2010/11–12

Gniewek Edward, *Księgi wieczyste. Komentarz*, Warszawa 2018

Gniewek Edward (w:) *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2021

Gołębiewski Krzysztof, *O domniemaniach związanych z wpisami w księgach wieczystych, ich obalaniu oraz konstytucyjnym charakterze wpisu* (cz. I), „Przegląd Sądowy” 2014/10

Gołębiewski Krzysztof, *O domniemaniach związanych z wpisami w księgach wieczystych, ich obalaniu oraz konstytucyjnym charakterze wpisu* (cz. II), „Przegląd Sądowy” 2014/11

Gwiazdomorski Jan, *Dwa „domniemania”* (w:) *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, red. W. Osuchowski, M. Sośniak, B. Walaszek, Kraków–Warszawa 1964

- Gwiazdomorski Jan**, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967
- Jelonek-Jarco Barbara** (w:) *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014
- Nowakowski Tobiasz**, *Glosa do wyroku SN z 10.07.2020 r. (II CSK 568/18), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021/5, poz. 35*
- Pietrewicz Edyta**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 13.01.2005 r. (IV CK 426/04)*
- Pisuliński Jerzy** (w:) *System prawa prywatnego, t. 4, Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2007
- Plaskacz Maciej**, *Prawne konsekwencje nowej regulacji hipoteki zabezpieczającej kredyt udzielony na budowę domów mieszkalnych, „Prawo Bankowe” 2006/6*
- Radwański Zbigniew, Zieliński Maciej** (w:) *System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012
- Rudnicki Stanisław**, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2003
- Swaczyna Bartłomiej**, *Hipoteka umowna*, Kraków 2007
- Wróblewski Konrad**, *Dopuszczalność obalenia konstytutywnego wpisu hipoteki w księdze wieczystej w postępowaniu o zapłatę wszczętym przeciwko dłużnikowi rzeczowemu. Glosa do wyroku SN z 4.10.2019 r. (I CSK 419/18), „Glosa” 2020/3*
- Wszolek Jan**, *Żądanie podziału hipoteki łącznej, „Przegląd Sądowy” 2012/7–8*
- Zaradkiewicz Kamil**, *Nowa regulacja prawa hipotecznego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/1*

Glosy

Ewa Weinara

POROZUMIENIA ANTYKONKURENCYJNE DOTYCZĄCE OPŁAT INTERCHANGE – GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 2.04.2020 R. W SPRAWIE C-228/18 *GAZDASÁGI VERSENYHIVATAL* *PRZECIWKO BUDAPEST BANK NYRT. I IN.*

MasterCard oraz Visa w połowie lat 90. XX wieku zawarły porozumienie, które ujednoliciło wysokość opłat interchange uiszczanych przez banki różniczeniowe bankom wydającym karty, gdy transakcja płatnicza została dokonana z użyciem karty wydanej przez bank będący członkiem systemu płatności kartą Visa lub MasterCard. Sąd węgierski na kanwie tej sprawy skierował do TSUE pytania prejudycjalne. Trybunał w orzeczeniu z 2.04.2020 r., C-228/18, dokonał ustalenia, że jedno i to samo zachowanie może stanowić porozumienie ograniczające konkurencję zarówno ze względu na cel, jak i jego skutek. Trybunał rozstrzygnął również, czy porozumienie ujednolicające opłaty interchange można uznać za typ porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel. W tym zakresie Komisja, mimo że analizowała rynek kart płatniczych w zakresie opłat interchange, nigdy nie zajęła ostatecznego stanowiska. Orzeczenie TSUE stanowi swoisty zbiór wskazówek do badania porozumień antykonkurencyjnych.

W jednym z najnowszych orzeczeń C-228/18¹, wydanym na kanwie sprawy

¹ Wyrok TSUE z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt. i in.*, ECLI:EU:C:2020:238.

Visa i MasterCard, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przeanalizował możliwość ustalenia, czy jedno i to samo zachowanie może stanowić porozumienie ograniczające konkurencję zarówno ze względu na cel, jak i jego skutki. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał rozstrzygnięcia, czy porozumienie ujednolicające opłaty interchange można uznać za typ porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 2.04.2020 r. C-228/18 w sprawie *Gazdasági Versenyhivatal* przeciwko *Budapest Bank Nyrt.* i in.

Artykuł 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że porozumienie międzybankowe, które ustala na jedną i tę samą kwotę opłatę interchange należną przy transakcji płatności kartą bankom wydającym karty oferowane przez spółki świadczące usługi płatności kartą działające na danym rynku krajowym, nie może zostać zakwalifikowane jako porozumienie, którego „celem” jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia, chyba że można uznać, iż porozumienie to ze względu na jego treść, cele i kontekst przedstawia wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, żeby zostało tak zakwalifikowane, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

ZAKAZANE POROZUMIENIA POMIĘDZY PRZEDSIĘBIORSTWAMI

Zgodnie z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej² niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

Porozumienie nie ma definicji legal-

nej ani w prawie Unii Europejskiej, ani w prawie polskim. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby zaistniało porozumienie, wystarczające jest, aby przedsiębiorstwa wyraziły swój wspólny zamiar zachowywania się na rynku w określony sposób. Może to nastąpić w przypadku istnienia dżentelmeńskiego porozumienia między kilkoma przedsiębiorstwami wyrażającego taki wspólny zamiar dotyczący ograniczenia konkurencji³. O porozumieniu możemy zatem mówić w przypadku, gdy między przedsiębiorstwami istnieje wspólna wola osiągnięcia celów. Nie ma znaczenia fakt, że porozumienie ma charakter

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

³ Wyrok Sądu UE z 20.03.2002 r., T-9/99, *HFB Holding i in. v. Komisja*, LEX nr 112271.

częściowy⁴. Warto także zaznaczyć, że Komisja Europejska (Komisja) jest uprawniona do uznania wspólnej woli po stronie przedsiębiorstw dotyczącej co najmniej inicjatyw za porozumienie w rozumieniu tego przepisu⁵.

Porozumienia badane są zarówno na szczeblu krajowym przez organy ochrony konkurencji, jak i na szczeblu unijnym przez Komisję. Najnowsze stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w przedmiocie badania porozumień ograniczających konkurencję zostało wyrażone w wyroku z 2.04.2020 r., wydanym na skutek skierowania pytań prejudycjalnych.

PYTANIA PREJUDYCJALNE

W dniu 6.03.2018 r. węgierski Sąd Najwyższy – Kuria skierował na podstawie art. 267 TFUE cztery pytania prejudycjalne w przedmiocie porozumień ograniczających konkurencję. Pytania zostały skierowane na kanwie sporu pomiędzy węgierskim organem ochrony konkurencji – GazdaságVersenyhivatal oraz instytucjami finansowymi m.in. Budapest Bank Nyrt, ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe, Visa Europe Ltd, MasterCard Europe SA w zakresie decyzji organu ochrony konkurencji, w której stwierdził on istnienie porozumienia antykonkurencyjnego dotyczącego opłat interchange.

Kuria zwrócił się do TSUE z następującymi pytaniami:

- czy jedno i to samo zachowanie może stanowić naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na to, że zarówno jego cel, jak i jego skutek są sprzeczne z zasadami konkurencji, przy czym obie te okoliczności są traktowane jako niezależne podstawy prawne?
- czy można interpretować art. 101 ust. 1 TFUE w ten sposób, że zawarte porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel w zakresie, w jakim ustanawia w odniesieniu do (...) Visa i MasterCard jednolitą stawkę opłaty interchange, którą należy uiszczać za korzystanie z kart tych przedsiębiorstw wydającym je bankom?
- czy można interpretować art. 101 ust. 1 TFUE w ten sposób, że za strony porozumienia uznaje się również Visę i Mastercard, mimo że nie brały bezpośrednio udziału w formułowaniu treści porozumienia, ale umożliwiły jego przyjęcie, zaakceptowały je i stosowały lub też dostosowały swoje zachowanie do zachowania banków, które zawarły porozumienie?
- czy można interpretować art. 101 ust. 1 TFUE w ten sposób, że biorąc pod uwagę przedmiot sporu, do tego, aby stwierdzić, iż doszło do naruszenia prawa konkurencji, nie jest konieczne rozróżnienie, czy chodzi o uczestnictwo w porozumieniu, czy też o dostosowanie do zachowania banków uczestniczących w porozumieniu?

⁴ Wyrok Sądu UE z 17.12.1991 r., T-7/89, *Hercules v. Komisja*, LEX nr 126105.

⁵ Wyrok Sądu UE z 9.07.2003 r., T-224/00, *Archer Daniels Midland i inni v. Komisja*, LEX nr 167092.

Z uwagi na fakt, że nie każde odeślanie prejudycjalne kończy się wydaniem wyroku, Trybunał odpowiedział jedynie na dwa pierwsze pytania, gdyż pozostałe nie były konieczne do rozstrzygnięcia sprawy i miały charakter hipotetyczny⁶.

OPŁATY INTERCHANGE

Sprawa, która toczy się przed węgierskim sądem, dotyczy opłat interchange, tj. opłat uiszczanych z tytułu transakcji bezpośrednio lub pośrednio pomiędzy wydawcą a agentem rozliczeniowym zaangażowanymi w transakcję płatniczą realizowaną w oparciu o kartę płatniczą⁷. W uproszczeniu jest to procentowa opłata pobierana od każdej transakcji dokonanej przy użyciu karty płatniczej. Interchange jest elementem opłaty Merchant Service Charge (MSC), na którą składają się jeszcze pozostałe dwa składniki – marża agenta rozliczeniowego (operatora terminali płatniczych) oraz opłata systemowa na rzecz producenta kart np. Visa lub MasterCard.

POROZUMIENIE VISA I MASTERCARD

Węgierskie postępowanie sięga rynku kart płatniczych w latach 90. XX wieku, wówczas Visa i MasterCard w regulaminach wskazali, aby insty-

tucje finansowe wydające ich karty płatnicze oraz instytucje finansowe świadczące na rzecz akceptantów usługi umożliwiające im honorowanie tych kart jako środka płatniczego wspólnie określały kwotę opłat interchange – kwotę uiszczaną przez banki rozliczeniowe bankom wydającym kartę przy transakcji płatności kartą.

Następnie siedem banków działających na Węgrzech, z których większość wchodziła w skład systemu płatności Visa i MasterCard, w dniu 24.04.1996 r. ustaliło warunki porozumienia ustanawiającego dla poszczególnych kategorii akceptantów minimalną wysokość należnej od nich opłaty MSC (porozumienie MSC). W dalszej kolejności w dniu 28.08.1996 r. zawarły one porozumienie, które ujednoliciło wysokość opłat interchange związanych z płatnościami dokonanymi przy użyciu kart wydanych przez bank będący członkiem systemu płatności kartą oferowanego przez Visa lub MasterCard – Multilateral Interchange Fee (porozumienie MIF).

Porozumienie MSC nie zostało finalnie podpisane przez żaden z powyższych siedmiu banków, jednakże ustalenia dotyczące minimalnej wysokości dotyczącej opłaty interchange poczynione przy okazji tworzenia porozumienia MSC znalazły swoje odzwierciedlenie w treści podpisanego porozumienia MIF. Wprowadzenie do treści porozumienia MIF ustaleń dotyczących dolnej granicy opłaty interchange miało zatem bezpośredni wpływ na określenie wysokości opłaty MSC w porozumieniu MIF, jako że opłata interchange stanowi immanentną składową opłaty MSC.

⁶ Wyrok TSUE z 13.07.2006 r., *Manfredi i in.*, C-295/04, LEX nr 226765.

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/751 z 29.04.2015 r. w sprawie opłat interchange w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę CELEX: 32015R0751.

Z powyższego wynika zatem, że realizacja celów określonych w planowanym porozumieniu MSC odegrała rolę przy zawieraniu porozumienia MIF i obliczaniu jednolitych taryf Visa i MasterCard.

Porozumienie MIF obowiązywało aż do 2008 r., wówczas jego stronami były aż 22 banki. Węgierski organ ochrony konkurencji w decyzji z 24.09.2009 r. uznał, że 22 banki będące stronami porozumienia MIF oraz Visa i MasterCard zawarły antykonkurencyjne porozumienie, które nie podlega wyłączeniu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Organ doszedł do takiego przekonania z uwagi na określenie wysokości i struktury opłaty interchange mających zastosowanie do Visy i MasterCard, a także do wszystkich wspomnianych banków, ustanowienie ram regulacyjnych dla porozumienia w regulaminach wewnętrznych oraz wspieranie tego porozumienia. W ocenie węgierskiego organu działanie takie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel (celem porozumienia jest zachowanie antykonkurencyjne) oraz ze względu na skutek (z porozumienia wynika skutek ograniczający konkurencję). Organ ochrony konkurencji nałożył na siedem banków, które pierwotnie zawarły porozumienie, a także na Visa i MasterCard, grzywny w różnych wysokościach.

Odwołanie od decyzji organu zostało złożone przez Visa i MasterCard oraz sześć z siedmiu ukaranych banków. W sprawie wydane zostały odmienne rozstrzygnięcia merytoryczne w odniesieniu do poszczególnych podmiotów w niej uczestniczących.

Aktualnie w odniesieniu do części z tych podmiotów postępowanie toczy się nadal z uwagi na przekazanie sprawy organowi ochrony konkurencji do ponownego rozpoznania. Organ ochrony konkurencji wniósł zaś skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego kierującego pytania prejudycjalne do TSUE.

INTERPRETACJA TSUE

W swoim wyroku z 2.04.2020 r. wydanym we wspomnianej powyżej sprawie TSUE przywołał dotychczasowe orzecznictwo w materii badania porozumień antykonkurencyjnych, podkreślając, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem od wydania wyroku *LTM v. MBU*⁸ alternatywny charakter przesłanki określonej w przepisie art. 101 ust. 1 TFUE (cel lub skutek), wyrażony za pomocą spójnika „lub”, prowadzi w pierwszej kolejności do konieczności zbadania samego celu porozumienia⁹. Zgodnie ze wskazówkami TSUE w przypadku ustalenia, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie ma potrzeby badania, jakie ma ono skutki dla konkurencji¹⁰.

W takiej sytuacji można zatem pominąć badanie skutków, gdyż określone rodzaje kooperacji przedsiębiorców są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby uznać je za stanowiące ograniczenie konkuren-

⁸ Wyrok TSUE z 30.06.1966 r., 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau ulm*, LEX nr 139635.

⁹ Wyrok TSUE z 26.11.2015 r., C-345/14, *Maxima Latoija v. Konkurences Padome*, LEX nr 1920985.

¹⁰ Wyrok TSUE z 20.01.2016 r., C-373/14, *Toshiba Corporation v. Komisja*, LEX nr 1958750.

cji ze względu już na sam cel. Dopiero w sytuacji, gdy analiza porozumienia nie prowadzi do uznania go za szkodliwe ze względu na jego cel, należałoby zbadać jego skutki. Dla zakazania stosowania porozumienia wymagane byłoby natomiast spełnienie przez takie porozumienie przesłanek, które wskazywałyby na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób¹¹.

Jak słusznie zauważył rzecznik generalny TSUE¹², według zasad logiki spójnik „lub” (o którym mowa w art. 101 ust. 1 TFUE) jest rozumiany jako wprowadzający alternatywę łączną. Zatem ograniczenie konkurencji może mieć miejsce wyłącznie ze względu na cel, wyłącznie ze względu na skutek lub ze względu na cel i na skutek.

Trybunał w uzasadnieniu wydane go w opisywanej sprawie orzeczenia odniósł się do swoich wybranych orzeczeń wydanych w innych sprawach, w których stwierdził w odniesieniu do jednego i tego samego zachowania, że zarówno jego celem, jak i skutkiem było ograniczenie konkurencji, jak np. w sprawie *van Vlaamse Reisbureaus*¹³, *InnoLux*¹⁴ oraz *Erauw-Jacquery*¹⁵.

Odpowiadając zatem na pierwsze pytanie węgierskiego sądu, TSUE uznał, że nie ma przeszkód w stosowaniu podwójnej kwalifikacji. Trybunał wskazał, iż art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, by uznać, że jedno i to samo antykonkurencyjne zachowanie ma jednocześnie cel i skutek w postaci ograniczenia konkurencji w rozumieniu tego postanowienia.

Trybunał – co niezwykle istotne – podkreślił, że możliwość zakwalifikowania przez organ ochrony konkurencji lub właściwy sąd tego samego antykonkurencyjnego zachowania jako ograniczenia zarówno ze względu na cel, jak i ze względu na skutek nie uchyła obowiązku podmiotu badającego porozumienie poparcia takiej kwalifikacji niezbędnymi dowodami. Nadto organ lub sąd powinni wskazać, w jakim zakresie wspomniane dowody odnoszą się do jednego bądź do drugiego rodzaju ustalonego w taki sposób ograniczenia konkurencji.

Odpowiadając na pytanie drugie, Trybunał odniósł się do znanego orzeczenia *Groupement des cartes bancaires*¹⁶. Podkreślił, że w celu weryfikacji porozumienia pod kątem ustalenia, czy dane porozumienie jest wystarczająco szkodliwe, tak aby uznać je za ograniczenie konkurencji ze względu na cel, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym,

¹¹ Wyrok TSUE z 11.09.2014 r., C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires v. Komisja*, LEX nr 1503188.

¹² Opinia rzecznika generalnego Bobek przedstawiona w dniu 5.09.2019 r., EUR-Lex – 62018CC0228.

¹³ Wyrok TSUE z 1.10.1987 r., 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASB Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, LEX nr 129527.

¹⁴ Wyrok TSUE z 9.07.2015 r., C-231/14 P, *InnoLux v. Komisja*, EU:C:2015:451.

¹⁵ Wyrok TSUE z 27.09.1988 r., 27/87, *Louis*

Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183.

¹⁶ Wyrok TSUE z 11.09.2014 r., C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires v. Komisja*, EU:C:2014:2204.

w jaki porozumienie to się wpisuje. Przy ocenie należy wziąć pod uwagę charakter towarów lub usług, których dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury badanego rynku lub rynków.

Trybunał, zgodnie ze wskazaniem rzecznika generalnego, w opinii zwrócił uwagę, że sprawa opłat interchange z uwagi na zróżnicowanie podmiotów biorących udział w porozumieniu jest złożona. „Takie porozumienie nie jest ani typowym poziomym porozumieniem cenowym, ani też niczym, co można by łatwo zakwalifikować jako pionowe porozumienie w sprawie narzucenia cen odsprzedaży. W porozumieniu MIF nie ustalono cen sprzedaży i zakupu dla klientów końcowych, lecz jedynie «ujednolicono» jeden z elementów struktury kosztów pewnych usług świadczonych wskutek użycia karty płatniczej jako środka wykorzystywanego do rozliczeń”.

Mimo że w porozumieniu wskazano konkretne stawki procentowe i kwoty, to w ocenie TSUE nie należy z góry wnioskować, że takie porozumienie powinno zostać uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel, jakim miałyby być neutralizacja elementu konkurencji między dwoma systemami płatności kartą. W ocenie TSUE jeśli porozumienie zmierzało do ustalenia równowagi między działalnością w zakresie wydawania kart i rozliczania w celu pokrycia kosztów związanych z używaniem kart w transakcjach płatniczych, przy jednoczesnej ochronie systemów przed niepożądanymi skutkami, które wynikałyby ze zbyt wysokiego poziomu opłat interchange, to sąd właści-

wy powinien przeprowadzić ocenę konkurencji, jaka istniałaby na tym rynku, gdyby nie było porozumienia. Dopiero wówczas może określić, że porozumienie miało charakter antykonkurencyjny.

W konsekwencji TSUE wskazał, że art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że porozumienie międzybankowe, które ustala na jedną i tę samą kwotę opłatę interchange należną przy transakcji płatności kartą bankom wydającym karty oferowane przez spółki świadczące usługi płatności kartą działające na danym rynku krajowym, nie może zostać zakwalifikowane jako porozumienie, którego „celem” jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia, chyba że można uznać, iż porozumienie to ze względu na jego treść, cele i kontekst przedstawia wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, żeby zostało tak zakwalifikowane, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

KONKLUZJE

Najistotniejszym ustaleniem TSUE jest przede wszystkim uznanie, że jedno i to samo działanie może być ocenione jako porozumienie ograniczające konkurencję zarówno *by object*, jak i *by effect*. W konsekwencji czego należy uznać, że organy, jak i sądy orzekające, w przypadku stwierdzenia, iż dane porozumienie ma elementy porozumienia antykonkurencyjnego ze względu na cel, nie powinny na tym poprzestać, tak jak wskazywałaby na to dotychczasowa praktyka orzecznicza. Po takim stwierdzeniu organ po-

winien badać również skutki antykonkurencyjnego porozumienia.

Co niezwykle istotne, należy pamiętać, że ustalenie ograniczenia konkurencji na dwa sposoby nie zwalnia organu ochrony konkurencji od przedłożenia dowodów oraz ich oceny w zakresie dotyczącym obu tych sposobów ograniczenia konkurencji. Następnie organ powinien jednoznacznie zakwalifikować dowody w ramach odpowiednich kategorii prawnych. Nie ma przeszkód, aby organ przedstawił ten sam dowód na ograniczenie konkurencji ze względu na cel, jak i ze względu na skutek.

Orzeczenie to jest niezwykle istotne, gdyż w wielu sprawach zarówno krajowe organy ochrony konkurencji, jak i Komisja swoje decyzje opierały na obydwu podstawach bez prowadzenia analiz w zakresie skutków, gdyż taka analiza zazwyczaj wymaga większego zaangażowania organu (zarówno czasowego, jak i zasobów ludzkich). Organ w ten sposób ograniczał możliwość dokonania przez sąd odmiennej oceny, co mogłoby mieć przełożenie na nałożoną karę.

Podkreślić należy, że po analizie celu, jak i skutków organ może ustalić, czy spełnione zostały przesłanki wyłączenia porozumienia na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

Orzeczenie TSUE w zakresie odnoszącym się do sposobu oceny porozumień antykonkurencyjnych ze względu na cel stanowi rozwinięcie podejścia zaprezentowanego w orzeczeniu *Groupement des cartes bancaires*. Najnowsze orzeczenie stanowi skondensowaną informację, w jaki sposób organy ochrony konkurencji,

jak i sądy właściwe powinny podchodzić do badania porozumień między przedsiębiorstwami.

Trybunał przypomina, że ustalenie antykonkurencyjności porozumienia jest procedurą złożoną. Z całości należy wnioskować, że opowiedział się również za ekonomicznym podejściem do badania porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami.

Trybunał wskazuje, że należy przeanalizować postanowienia porozumienia, aby ustalić cel, do którego realizacji ono zmierza. Analiza ta powinna być dokonywana również w oparciu o rodzaj towarów i usług, które są dostarczane, albowiem specyfika rynku wpływa na ocenę celów zawartego porozumienia.

Przy ocenie nie należy również zapominać o badaniu kontekstu czasowo-gospodarczego. Na podstawie bogatego orzecznictwa TSUE przytoczył również, że należy zbadać rzeczywistą konkurencję, jaka miałaby miejsce, gdyby porozumienia tego nie było, w celu dokonania oceny wpływu tego porozumienia na parametry konkurencji, takie jak w szczególności cena, ilość i jakość towarów lub usług¹⁷.

Trybunał dostrzegł również niezwykle istotną rzecz, a mianowicie to, że porozumienie między przedsiębiorstwami może być samo w sobie źródłem konkurencji. W omawianej sprawie ujednolicenie opłat interchange mogło być źródłem konkurencji w odniesieniu do innych cech, warunków transakcji i cen tych produktów z uwagi na bardzo zbliżony charakter usług Visa i MasterCard.

¹⁷ Wyrok z 11.09.2014 r., C-382/12 P, *MasterCard v. Komisja*, EU:C:2014:2201.

Ocena zawartego porozumienia została zatem pozostawiona węgierskiemu sądowi. Na sam koniec warto zaznaczyć, że sprawa porozumień Visa i MasterCard jako taka jest odrębnym tematem do analizy z uwagi na jej złożony charakter. Należy na zakończenie przypomnieć, że dyskusja na temat charakteru opłat interchange była przedmiotem licznych rozważań do roku 2015, tj. do momentu, gdy ustawodawca europejski¹⁸

i polski¹⁹ obniżyli opłaty interchange do poziomu 0,2% i 0,3% wartości brutto transakcji handlowej. Analogiczna sprawa toczy się od 2006 roku również przed polskim sądem z uwagi na uznawanie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów porozumienia Visa i MasterCard za ograniczające konkurencję na rynku właściwym, w chwili obecnej sprawa nie jest prawomocna.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/751 z 29.04.2015 r. w sprawie opłat interchange w odniesieniu

do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę (Dz.Urz. UE L nr 123).

¹⁹ Ustawa z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 659).

ABSTRACT

Ewa Weinár

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw). She specializes in civil and commercial law, especially in competition law. Graduated from the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw. She also graduated from the Université d'Orléans, where she studied French private business law. She also holds a postgraduate diploma from the Polish Academy of Sciences in competition law.

Anti-competitive agreements on interchange fees – a gloss on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 2 of April 2020 in case C-228/18 *Gazdasági Versenyhivatal v. Budapest Bank Nyrt. and Others*.

In the mid-1990s, MasterCard and Visa concluded the agreement which unified the amount of interchange fees payable by clearing banks to banks issuing cards, when a payment transaction was made by use of a card issued by a bank which is a member of the Visa or MasterCard payment system. Based on that case, the Hungarian court referred for preliminary questions to the CJEU. In its ruling of 2nd April 2020, C-228/18, the CJEU determined that one and the same behavior may constitute an agreement restricting competition in terms of both the object and its effect. The CJEU also decided whether the agreement unifying the amount of interchange fees can be considered as a type of an agreement restricting competition in terms of the

purpose. The Commission has never taken a definitive position as to the above, although it has already been analyzing (several times) the payment cards market with respect to interchange fees. The CJEU ruling provides a specific set of guidance for examining anti-competitive agreements.

Keywords: *competition law; anti-competitive agreements, CJEU case law, interchange fees*

Ewa Weiner

ORCID: 0000-0003-2914-4609; e-mail: ewa.weinar@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie) specjalizującym się w zagadnieniach prawa cywilnego oraz prawa gospodarczego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa konkurencji. Jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest także absolwentką studiów II stopnia francuskiego prawa prywatnego gospodarczego na Université d'Orléans. Ukończyła również podyplomowe studia w Polskiej Akademii Nauk w zakresie prawa konkurencji.

Glosy

Mikołaj Grzesik

ODPOWIEDZIALNOŚĆ Z ARTYKUŁU 65 KODEKSU WYKROCZEŃ A PRAWIDŁOWOŚĆ CZYNNOŚCI LEGITYMOWANIA – UWAGI NA TŁE ORZECZENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO USA W SPRAWIE *HIIBEL PRZECIWKO SIXTH DISTRICT COURT OF NEVADA*

Niniejszy artykuł obszernie omawia zasady i granice odpowiedzialności wykroczeniowej z art. 65 Kodeksu wykroczeń w kontekście prawa do obrony i wyinterpretowywanej z niego wolności od samooskarżania. Perspektywa czysto dogmatyczna, z analizą regulacji prawnych dotyczących przesłanek legitymowania i znamion czynu zabronionego z art. 65 k.w., uzupełniona jest o porównanie wymaganych rygorów dowodowych czynności procesowych w zależności od głębokości ich ingerencji w prawa i wolności obywatelskie. Najważniejszym kontekstem analizy jest stanowisko Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hiibel przeciwko Sixth District Court of Nevada*, w którym problem odpowiedzialności karnej za odmowę wylegitymowania się przez obywatela był przedmiotem sporu i dogłębnej analizy również z perspektywy wzorców konstytucyjnych, w tym prawa do obrony. Lektura uzasadnienia wspomnianego orzeczenia, pierwotnie źródła zainteresowania Autora tematem stanowi główne pole odniesienia dla dalszych rozważań. Szersze, prawnoporównawcze spojrzenie na relację obywatel–państwo umożliwia bardziej trafną ocenę obowiązujących regulacji i sformułowanie postulatów *de lege ferenda*.

Czynność legitymowania obywatela to jedna z czynności najczęściej wykonywanych przez szeroko pojęte organy władzy publicznej. Równocześnie, jak zostanie wykazane w dalszej części opracowania, jest to czynność nieobojętna z perspektywy praw obywateli i ich wolności konstytucyjnych, i tym samym podatna na nadużycia. W całej Europie i Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej możemy zaobserwować zwiększającą się liczbę wykonywanych tego typu czynności i jednocześnie coraz większy niepokój lub nawet sprzeciw obywateli związany z możliwą nadmierną kontrolą państwa i zbyt daleko idącą ingerencją w ich prywatność. Ustawodawca powinien tę perspektywę uwzględniać na etapie stanowienia prawa, wskazując precyzyjnie przesłanki i warunki wykonania czynności legitymowania. Na etapie stosowania prawa problem ten jest jeszcze bardziej skomplikowany przy założeniu zawsze wertykalnej relacji państwo–obywatel. Należy również zauważyć, że odmowa legitymowania przez obywatela jest sankcjonowana odpowiedzialnością wykroczeniową w trybie art. 65 Kodeksu wykroczeń¹, co wskazuje na istnienie obowiązku obywatelskiego poddania się legitymowaniu pod rygorem użycia przymusu państwowego². Czynność ta zatem, co

najmniej w niektórych przypadkach, musi być analizowana normatywnie z perspektywy prawa do obrony. Celem niniejszego artykułu jest szersze omówienie zasygnalizowanych zagadnień. Uczynione to zostanie nie tylko z perspektywy czysto dogmatycznej, poprzez omówienie regulacji prawnych dotyczących przesłanek legitymowania i znamion czynu zabronionego z art. 65 k.w., ale również poprzez porównanie wymaganych rygorów dowodowych czynności procesowych w zależności od głębokości ich ingerencji w prawa i wolności obywatelskie. Wreszcie najważniejszym kontekstem analizy będzie stanowisko Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hiibel v. Sixth District Court of Nevada*³, w którym problem odpowiedzialności karnej za odmowę legitymowania przez obywatela był przedmiotem sporu i dogłębnej analizy również z perspektywy wzorców konstytucyjnych, w tym prawa do obrony. Lektura uzasadnienia wspomnianego orzeczenia była źródłem zainteresowania tematem i tym samym będzie głównym polem odniesienia dla dalszych rozważań. Szersze, prawoporównawcze spojrzenie na relację obywatel–państwo pozwoli na bardziej trafną ocenę obowiązku

się przez obywatela. Wydaje się jednak, że jeden przepis prawny może zawierać złożoną normę prawną – nadając uprawnienie organowi (norma kompetencyjna) i nakładając równocześnie obowiązek na obywatela.

¹ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. nr 281), dalej k.w.

² Zob. jednak P. Mroczkowski, *Kilka problemów materialnego prawa wykroczeń*, „Iustitia” 2015/4, Legalis/el, który wskazuje, że w jego ocenie ustawowe nadanie kompetencji organom do legitymowania obywateli nie nakłada wyraźnego obowiązku wylegitymowania

³ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Hiibel v. Sixth District Court of Nevada*, 542 U.S. 177 (2004), wszystkie cytowane orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych dostępne na stronie www.oyez.org.

jących regulacji i sformułowanie postulatów *de lege ferenda*.

CZYNNOŚCI LEGITYMOWANIA

Najbardziej reprezentatywnym organem uprawnionym do legitymowania obywateli jest Policja. Uprawnienia takie nadaje jej ustawa o Policji⁴, w której w art. 15 ust. 1 pkt 1 wskazano wprost, że Policja ma prawo m.in. do legitymowania osób w celu ustalenia ich tożsamości. Przepis w formie odesłania zawiera również przesłanki legitymowania, które zrekonstruować można, sięgając do art. 14 wspomnianej ustawy. Legitymowanie jest zatem dopuszczalne w czasie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych i administracyjno-porządkowych. Czynności te muszą być jednak zawsze podejmowane w celu:

- 1) rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, przestępstw skarbowych i wykroczeń;
- 2) poszukiwania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiaru sprawiedliwości, zwanych dalej „osobami poszukiwanymi”;
- 3) poszukiwania osób, które na skutek wystąpienia zdarzenia uniemożliwiającego ustalenie miejsca ich pobytu należy odnaleźć w celu zapewnienia ochrony ich życia, zdrowia lub wolności, zwanych dalej „osobami zaginionymi”.

W konsekwencji legitymowanie osoby jest dopuszczalne, jeśli podej-

mwane jest przez uprawnionego funkcjonariusza Policji podczas wykonywania wskazanych w ustawie czynności i tylko wtedy, gdy czynności te podejmowane są podczas realizacji celów wymienionych w powołanym przepisie. Przesłanki legitymowania są określone przez ustawodawcę dosyć szeroko i elastycznie przy uwzględnieniu zadań i potrzeb Policji. Sposób przeprowadzenia czynności legitymowania reguluje obecnie rozporządzenie Rady Ministrów z 4.02.2020 r. w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów⁵.

Na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy o Policji osobie legitymowanej przysługuje zażalenie do właściwego miejscowo prokuratora. Należy zwrócić jednak uwagę, że zażalenie przysługuje jedynie na sposób przeprowadzenia czynności, a nie na zasadność czy legalność samego legitymowania. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych uwag.

Istotnym zastrzeżeniem wpływającym na sposób interpretacji przesłanek faktycznych i prawnych legitymowania jest konieczność uwzględnienia charakteru tej czynności i jej znaczącej ingerencji w prawo do prywatności obywatela (art. 47 Konstytucji RP⁶). Czynność legitymowania dostarcza organom władzy publicznej nie tylko podstawowych danych o obywatelu (imię

⁴ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2020 r. poz. 360).

⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z 4.02.2020 r. w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów (Dz.U. z 2020 r. poz. 192).

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

i nazwisko), ale również informacji towarzyszących, takich jak: gdzie przebywa, kiedy przybywa, z kim, w jakim celu, co robi itp. Te dane mogą być gromadzone, analizowane i często wykorzystane przeciwko obywatelowi. Niewykluczone, że pojedyncze dane, zebrane choćby w sposób w pełni zgodny z celami, mogą zostać wykorzystane jako metadane do ustalenia rozbudowanego profilu danego obywatela i tym samym poznania jego zwyczajów, zainteresowań, grona znajomych, poglądów itp.⁷ Już powyższe przesądza o ogromnym zagrożeniu związanym z nadużywaniem tej instytucji. Przypomnieć również należy w tym kontekście, że każdy obywatel ma prawo, co do zasady, pozostać anonimowy, a ujawnienie informacji dotyczących jego osoby może nastąpić tylko na podstawie ustawy i tylko wtedy, gdy jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (art. 51 Konstytucji RP). Nie ma wątpliwości, że praca Policji wymaga pozyskiwania informacji m.in. dotyczących tożsamości osoby i tym samym analizowana regulacja ustawy o Policji spełnia z tej perspektywy standard konstytucyjny i konwencyjny⁸. Kon-

flikt wartości w tym przypadku musi być rozstrzygany na korzyść uprawnień organów władzy publicznej przy zastrzeżeniu minimalizacji tych środków i proporcjonalnego ich stosowania. Zatem zarówno sposób wykładni odpowiednich przepisów prawa, jak i w szczególności praktyka ich stosowania powinny uwzględniać tło konstytucyjne. Legitymowanie obywatela powinno być zawsze starannie uzasadnionym wyjątkiem, a same uzyskane informacje wykorzystane tylko zgodnie z celem podjętej czynności. Polem do nadużyć nie jest jednak tylko sam fakt gromadzenia danych, ale również stosowanie legitymowania w innym niż zamierzonym przez ustawodawcę celu bądź nieprawidłowy sposób legitymowania. W zakresie pierwszych nieprawidłowości można wskazać, że legitymowanie może służyć faktycznie władzy publicznej do np. wywołania efektu strachu i zagrożenia u obywateli – tzw. efektu mrozącego – zniechęcającego ich do korzystania z praw konstytucyjnych, np. do strajku, zgromadzeń⁹.

rok ETPCz z 25.08.2003 r. w sprawie *Vasilieva v. Denmark*, 52792/99 (wszystkie cytowane orzeczenia ETPCz dostępne w bazie na stronie www.hudoc.echr.coe.int), w którym osoba podejrzewana o jazdę autobusem bez ważnego biletu odmówiła legitymowania wezwanej Policji i została na skutek tego zatrzymana.

⁷ Podobnie D.J. Steinbock, *National Identity Cards: Fourth and Fifth Amendment Issues*, „Florida Law Review” 2004/56, s. 700, <https://ssrn.com/abstract=586565> (dostęp: 2.06.2021 r.).

⁸ Zob. również decyzja z 9.08.1992 r. w sprawie *Reytjens v. Belgium*, dostępna w bazie na stronie www.hudoc.echr.coe.int – obywatel odmówił legitymowania przy rutynowej kontroli drogowej i został zatrzymany w celu ustalenia tożsamości. W decyzji stwierdzono m.in. legalność zatrzymania i brak naruszenia prawa do prywatności. Por. jednak wy-

⁹ Zob. diagnozując podobne zagrożenia E. Szymański (w:) *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania*. W 70. rocznicę ogłoszenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, red. D. Bienkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019, Legalis/el., § 2, rozdział IX. Naruszanie praw obywateli w Polsce pod pretekstem ochrony bezpieczeństwa.

Może uniemożliwiać odbycie legalnej demonstracji lub kontrmanifestacji, może stać w sprzeczności z wolnością słowa¹⁰ czy wolnością religijną. W zakresie sposobu przeprowadzenia legitymowania przykłady nadużyć również można mnożyć, ale najważniejsze z nich to możliwość naruszenia nawet wolności osobistej poprzez długotrwałe przeprowadzenie legitymowania bądź podjęcie legitymowania wielu osób, które muszą pozostać do dyspozycji Policji i nie mogą się oddalić pod rygorem zatrzymania lub odpowiedzialności wykroczeniowej. W tym zakresie zwrócić uwagę należy na stanowisko judykatury¹¹, wskazujące, że krótkotrwałe pozbawienie swobody osoby niełączące się z rzeczywistym pozbawieniem wolności, np. na potrzeby legitymowania, nie jest zatrzymaniem w rozumieniu odpowiednich przepisów pozwalających na sądową kontrolę tej czynności bądź ewentualne dochodzenie odszkodowania¹² w trybie Kodeksu

postępowania karnego¹³. Powyższe uwypukla natomiast wagę czynności legitymowania i równocześnie często brak skutecznych środków ochrony prawnej pozostających w dyspozycji obywatela w sytuacji jej nadużycia.

W kontekście powyższych uwag należy zauważyć, że określenie przesłanek legitymowania i praktyka stosowania tej instytucji współkreują i współdefiniują relację obywatel-państwo poprzez określenie możliwości i głębokości ingerencji państwa w szeroko pojmowaną prywatność obywateli. Ocena tych przesłanek i praktyki jest dobrym miernikiem kontroli władzy nad obywatelami i *a contrario* wolności obywateli. Choć zatem obowiązek legitymowania jest powszechnie akceptowany, to nie można tracić z pola widzenia ewentualnie *prima facie* niedostrzegalnie przesuwającej się granicy i zmiany proporcji pomiędzy kompetencjami władzy a wolnością i prawami obywatelskimi. Dla spojrzenia na ten problem z innej perspektywy w dalszej części opracowania sięgnięto do wzorów kraju stanowiącego symbol wolności obywatelskich, tj. Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. To tam właśnie od lat wskazuje się, że „ustaw nie należy analizować z perspektywy korzyści, jakie niosą w przypadku ich prawidłowego stosowania, ale z perspektywy nieprawości, które mogą czynić i szkody,

¹⁰ Ł. Szymański (w.): *Prawa człowieka i ludzkie...*, § 3.

¹¹ Zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.07.2012 r. (II AKa 242/12), LEX nr 1220215; czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6.06.2012 r. (II AKa 134/12), LEX nr 1220204.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.07.2012 r. (II AKa 242/12), LEX nr 1220215. Stanowisko to budzi jednak wątpliwości w niektórych przypadkach, zwłaszcza przy uwzględnieniu linii orzeczniczej ETPCz – zob. szerzej W. Jasiński, *Granice ingerencji w prawo do wolności, prawo do prywatności oraz prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym: standardy europejskie* (w:) *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym. The Model of Acceptable*

Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, Legalis/el.

¹³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534), dalej k.p.k.

jaką mogą spowodować w przypadku ich nadużycia”¹⁴.

HIIBEL V. SIXTH DISTRICT COURT OF NEVADA

Larry Hiibel został aresztowany i skazany w stanie Nevada za odmowę legitymowania wobec funkcjonariusza Policji, który wykonywał czynności w związku z przestępstwem napaści (*assault*). Skazany kwestionował orzeczenie sądu, powołując się na piątą poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych i wskazując, że odmawiając legitymowania, korzystał ze swojego konstytucyjnego prawa do wolności od samooskarżania. Dodatkowo uznał, że zostało naruszone jego prawo do prywatności chronione czwartą poprawką do Konstytucji USA. Sądy niższych instancji nie uwzględniły jego zarzutów, a sprawa trafiła przed Sąd Najwyższy.

W orzeczeniu z 21.06.2004 r. Sąd Najwyższy minimalną większością głosów, 5:4, zdecydował, że argumenty skazanego nie zasługują na uwzględnienie. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że legitymowanie było oparte na uzasadnionym podejrzeniu (*reasonable suspicion*) w związku z popełnieniem przestępstwa napaści i tylko w niewielkim i niezbędnym zakresie ingerowało w prywatność skazanego. W zakresie prawa do obrony sąd wskazał, że skazany nigdy nie wykazał, że podanie jego danych osobowych spowoduje skierowanie postępowania karnego

przeciwko niemu lub dostarczy organom ścigania dowodów przeciwko niemu.

Sprawa miała charakter sporny, o czym świadczy tylko jeden głos przeważający za decyzją większości. Opublikowano dwa zdania odrębne – sędziego Johna Paula Stevensa i sędziego Stephena Breyera. W pierwszym *votum seperatum* sędzia uznał, że prawo do obrony przysługuje w każdej sytuacji zainteresowania organów ścigania konkretną osobą. Innymi słowy, uznano, że choć niewątpliwie Policja ma prawo do pytania obywatela o okoliczności jego obecności w danym miejscu – jego związku z konkretnym przestępstwem, w tym także jego dane osobowe – to jednak obywatel nigdy nie może być zmuszony do odpowiedzi na te pytania, czy to poprzez stosowanie środków przymusu, czy grożącą mu odpowiedzialnością karną. Podkreślono, że taka odmowa współpracy z Policją może stanowić podstawę do dalszej obserwacji i podejrzeń ze strony organów ścigania, ale sama w sobie nigdy nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej. Sędzia Stevens uznał, że rozpytanie obywatela m.in. o jego dane osobowe może stanowić obciążający dowód w sprawie (ma charakter tzw. *testimonial*) i tym samym objęte jest ochroną piątej poprawki – wolności od samooskarżania. Po to przecież przepisy stanowe nadają Policji uprawnienia do legitymowania¹⁵, aby mogła ona zbierać in-

¹⁴ Cytat Lyndona Johnsona – prezydenta Stanów Zjednoczonych w latach 1963–1969.

¹⁵ Są to tzw. *stop and identity statutes* – obowiązują w bardzo wielu stanach USA. Zob. zestawienie stanów i regulacji https://www.ilrc.org/sites/default/files/resources/stop_

formacje na potrzeby ewentualnego procesu karnego. Nawet jeśli same dane osobowe nie są obciążające, to analizowane łącznie z innymi dowodami mogą wspierać bądź nawet decydować o możliwości skazania danej osoby. Konkludując, w zdaniu odrębnym stwierdzono, że podsądny miał prawo do milczenia, gdy funkcjonariusz Policji w toku czynności wykrywczych wypytywał go o dane osobowe.

Zdanie odrębne sędziego Stephena Breyera, do którego dołączyli również dwaj inni sędziowie, zawierało nieco inną argumentację. Opierało się głównie na doktrynie *stare decisis* i stwierdzeniu, że wiele cytowanych orzeczeń sądów nadawało obywatelowi szeroką ochronę wynikającą z piątej poprawki. Uznano, z powołaniem się na liczne precedensy, że przedmiotowa sprawa niczym istotnym nie różni od tych wcześniej rozstrzygniętych na korzyść obywatela.

Orzeczenie w sprawie *Hiibel* spotkało się z licznymi krytycznymi ocenami. Zarzucano mu m.in. niejednoznaczność, w tym sensie, że sąd z części motywacyjnej uniknął odpowiedzi na pytanie, czy oświadczenia przy legitymowaniu mają charakter dowodu w ewentualnej sprawie karnej. Nie wskazał, kiedy piąta poprawka w podobnych sytuacjach mogłaby mieć zastosowanie, w jaki sposób i w jakich warunkach. Najpoważniejszym zarzutem, relewantnym również z perspektywy przedmiotowego opracowania, było wskazanie na przesunięcie jeszcze bardziej na

korzyść państwa granicy możliwej ingerencji w swobody obywatelskie. Wiele głosów wręcz wskazuje, że z czasem na skutek kolejnych orzeczeń Sądu Najwyższego dochodzi do stopniowej degradacji najistotniejszych wolności obywatelskich. Jedną z tych wolności miała być wolność od samooskarżania bardzo szeroko zakreślona w orzeczeniu *Miranda v. Arizona*¹⁶. Kolejne orzeczenia Sądu Najwyższego proklamują wyjątki od tej wolności, co w ogóle podaje w wątpliwość jej obowiązywanie jako zasady¹⁷. Symptomatyczne w kontekście też niniejszego artykułu jest to, że w Europie, w tym Polsce, czynność legitymowania traktowana jest jako rutynowa, konieczna i nieistotna z perspektywy prawa do obrony. Jako taka nie jest kwestionowana, a próby rozszerzania kompetencji państwa czy wadliwa praktyka nie budzą powszechnego społecznego sprzeciwu, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych próba nieznacznego ograniczenia szeroko ujętych wolności, choćby do standardów europejskich, przez wielu traktowana jest z dużym niepokojem i sprzeciwem¹⁸. Innymi słowy,

¹⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁷ Wskazuje się na triumwirat orzeczeń, tj. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*, 542 U.S. 177 (2004), *Utah v. Strieff*, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056 (2016) – szerzej C. Parr, *The Triumvirate's Stranglehold on Our Constitutional Rights: The Loophole within Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court, Terry v. Ohio, and Utah v. Strieff that Shields Police Misconduct*, <https://ssrn.com/abstract=3186754> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3186754> (dostęp: 2.06.2021 r.).

¹⁸ Zob. m.in. A.H. Loewy, *Are We Moving Towards Requiring Citizens to Carry Identification Cards and Would this Be a Good Thing?*,

identify_statutes_in_us-lg-20180201v3.pdf (dostęp: 2.06.2021 r.).

nieznaczące ograniczenie i tak szerokich wolności w USA budzi wątpliwości, a w Europie dalsze ograniczenia, i to już istotnie zawężonych, wolności nie spotykają się ze zdecydowaną reakcją społeczną. Z pewnością ze sporą przesadą, ale dla celów retorycznych, wskazuje się m.in., że system kontroli tożsamości stosowany był przez najgorsze reżimy totalitarne. Diagnozuje się daleko idące zagrożenia, m.in. że każde ludzkie zachowanie będzie kontrolowane przez państwo, że jakiegokolwiek przejawy sprzeciwu czy nonkonformizmu będą uciszane do stopnia przewidywanego tylko przez dystopijnych pisarzy¹⁹. Nie podzielaając *de lege lata* aż tak dalekich obaw, należy przyznać, że zmuszają one do refleksji nad kształtem obowiązujących regulacji i praktyką stosowania prawa.

ARTYKUŁ 65 KODEKSU WYKROCZEŃ

Z perspektywy przedmiotowego opracowania konieczne jest bliższe spojrzenie na regulację art. 65 k.w. Przepis ten obejmuje dwa typy czynów zabronionych:

- 1) w § 1 umyślne wprowadzenie w błąd organu państwowego lub instytucji upoważnionych do legitymowania co do tożsamości własnej lub innej osoby;
- 2) w § 2 nieudzielenie, wbrew obowiązкови, organowi państwowemu

mu lub instytucji upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania wiadomości lub dokumentów co do okoliczności wymienionych w § 1.

W istocie wskazane wykroczenie penalizuje niewywiązanie się sprawcy z obowiązku legitymowania czy to poprzez zupełną odmowę realizacji obowiązku, czy poprzez jego nieprawidłowe spełnienie, np. podanie fałszywych danych. Celem jego wprowadzenia było przymuszenie obywateli do wykonywania tego obowiązku. Pomijając szczegółowe rozważania dotyczące znamion czynu zabronionego, zasadne wydaje się bliższe omówienie jednego dodatkowego zagadnienia. Istotna jest bowiem odpowiedź na pytanie, czy istnieją sytuacje faktyczne uprawniające obywatela do odmowy legitymowania, a nieskutkujące jego odpowiedzialnością wykroczeniową. Wskazuje się, że pierwszą z takich sytuacji może być podjęcie czynności legitymowania przez niewłaściwy organ bądź przez organ właściwy, ale bez podstaw prawnych i faktycznych. Jeżeli dany organ lub instytucja nie są uprawnione do legitymowania (pozyskiwania danych o obywatelu) w ogóle lub w zakresie, w jakim podejmowane jest legitymowanie, oczywiste jest, że obywatel nie ma obowiązku udzielenia żądanych informacji²⁰. Jeśli natomiast organ jest uprawniony do legity-

„UNC Legal Studies Research Paper” 2006/887422, <https://ssrn.com/abstract=887422> (dostęp: 2.06.2021 r.).

¹⁹ D. J. Steinbock, *National Identity Cards...*, s. 709.

²⁰ Zob. podawany w literaturze przykład legitymowania złodzieja sklepowego przez strażnika łowieckiego – W. Jankowski (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegor-

mowania, pojawia się problem, czy obywatel może samodzielnie kwestionować bądź oceniać istnienie przesłanek legitymowania. Stanowi to bowiem zagrożenie dla funkcjonowania organów państwowych, zwłaszcza że obywatel nie zawsze dysponuje pełną wiedzą pozwalającą na taką ocenę, a jego subiektywne przekonanie o braku podstaw legitymowania bardzo często będzie bezzasadne. Należy uznać, że odmowa wykonania obowiązku legitymowania będzie dopuszczalna jedynie w rażących i oczywistych przypadkach bezzasadności jej wykonania, choćby bez powołania się na podstawy prawne i faktyczne. Należy w tym kontekście uznać, że oskarżyciel publiczny w sprawie o wykroczenie z art. 65 k.w. zgodnie z ciężarem dowodu ma wykazać nie tylko fakt niezrealizowania obowiązku przez obywatela, ale również pełną legalność i zasadność podjęcia czynności samego legitymowania. Jeśli wspomnianej okoliczności nie uda się wykazać, obwiniony nie powinien ponosić odpowiedzialności wykroczeniowej, i to nie ze względu na okoliczności wyłączające odpowiedzialność wykroczeniową *a posteriori*, ale pierwotną legalność jego działania lub zaniechania. Uwzględniając wzorce konstytucyjne, należy dodatkowo uznać za przekonujące stanowisko, że niewykonanie obowiązku legitymowania przez obywatela w sytuacji, gdy jego dane osobowe są znane podejmującemu czynność, są powszechnie znane

czyk, Warszawa 2013, LEX/el., komentarz do art. 65 k.w., teza 4.

lub łatwo dostępne organom, choćby w bazach danych – brak realizacji obowiązku przez obywatela również nie powinien być penalizowany. Zaniechanie obywatela w żaden sposób nie dezorganizuje pracy organów władzy publicznej, a samą dopuszczalność legitymowania w tych sytuacjach można uznać za wątpliwą²¹. Oczywiście zdawać sobie należy sprawę, że takie sytuacje będą wyjątkiem, a kwestia ta ze względu na formalny charakter czynu zabronionego może wydawać się dyskusyjna. Stanowisko to w mojej ocenie bardziej oddaje charakter instytucji legitymowania, która jest swoistą bazą dla typizacji czynu wykroczeniowego i która zgodnie z wcześniejszymi uwagami musi być podejmowania tylko w razie rzeczywistej potrzeby organów państwowych. Jeszcze raz należy przypomnieć, że zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji pozyskiwanie danych od obywateli może następować tylko, gdy jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, a nie wtedy, gdy jest to wygodne lub przydatne. Drugim zagadnieniem, które niejako zostało wywołane omówieniem orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hiibel*, jest kwestia przysługiwania obywatelowi prawa do obrony rozumianego jako prawo do odmowy legitymowania

²¹ Por. również § 6 cytowanego już rozporządzenia Rady Ministrów z 4.02.2020 r. w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów (Dz.U. z 2020 r. poz. 192), zgodnie z którym w przypadku, gdy osoba legitymowana jest znana osobiście policjantowi, ustalenie jej tożsamości nie wymaga legitymowania.

łączonego z prawem do milczenia i wolności od samooskarżania. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań.

PRAWO DO OBRONY

Prawo do obrony zarówno w sensie materialnym, jak i formalnym jest podstawową konstytucyjną gwarancją prawa karnego wskazaną w art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej. Obejmuje ono z pewnością wolność osoby podejrzanej, podejrzanego lub oskarżonego od samooskarżania, w tym prawo do odmowy składania wyjaśnień²². Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego²³, i to zarówno w sensie przedmiotowym i podmiotowym, jak i temporalnym.

Po pierwsze, są sytuacje, gdy osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony ma obowiązek „udostępnienia” dowodów w sprawie, w tym dowodów na jego niekorzyść. Precyzyjniej, podejrzany ma prawo do biernego zachowania, a w szczególnych sytuacjach można zmusić podejrzanego za pomocą środków przymusu bezpośredniego do biernego zachowania się, umożliwiającego ujawnienie cech jego ciała. Taką możliwość przewiduje m.in. wprost art. 74 § 2–4 k.p.k. Zauważyć należy jednak, że dowody wskazane w powołanym przepisie to dowody istniejące niezależnie od

woli oskarżonego i zawsze dostępne dla organów procesowych. Oskarżony zatem, poddając się obowiązkom wskazanym w art. 74 § 2–4 k.p.k., nie ujawnia przed organem procesowym nowych, nieznanych dowodów, lecz niejako udostępnia dowody, których żąda uprawniony organ. Dowody te nawet bez współpracy oskarżonego mogą być przymusowo od niego odebrane.

Po drugie, należy zauważyć, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 42 ust. 2 Konstytucji omawiane prawo do obrony jest ograniczane temporalnie do czasu trwania postępowania karnego. Wspomniany przepis statuuje bowiem prawo obrony dla każdego, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, i to niezależnie od jego stadium. Można wnioskować zatem, że warunkiem aktualizacji prawa do obrony jest, po pierwsze, zainicjowanie postępowania karnego, choćby w formie postępowania przygotowawczego, a po drugie, aby to postępowanie skierowane było przeciwko konkretnej osobie. Typowo zatem momentem inicjującym prawo do obrony będzie ogłoszenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 313 § 1 k.p.k.)²⁴.

²² Co do *ratio legis* regulacji zob. m.in. P. Hofmański (w:) *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, t. 1, Komentarz do art. 1–18, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, Legalis/el., komentarz do art. 6, teza 293.

²³ Tak również ETPCz m.in. w wyroku z 21.03.2001 r. *Heaney and McGuinness v. Ireland*, nr 34720/97, § 47.

²⁴ Por. szerzej A. Bojańczyk, *Prawo do obrony i jego zakres przedmiotowy. Prawo do obrony a prawo do gromadzenia dowodów. Zakres czasowy prawa do obrony. Prawo do obrony jako punkt odniesienia dla regulacji zagadnienia gromadzenia dowodów przez osoby prywatne* (w:) A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011, LEX/el., rozdział 5.4.4.3.4.2.2. Zob. również propozycje zmiany praktyki zgodnie z koncepcją „faktycznie podejrzanego” – D. Zając, *Ujęcie na gorącym*

Podobnie prawo do obrony formułuje w art. 6 EKPC²⁵.

Po trzecie, wątpliwości budzi zakres przedmiotowy tego prawa, tj. czy obejmuje ono tylko prawo do milczenia, czy również prawo do kłamstwa²⁶. Wreszcie sygnalizuje się, że prawo do obrony może być ograniczane również choćby ze względu na jego nadużycie, dla celów przyspieszenia postępowania, jak i w pewnych sytuacjach powinno być podporządkowane realizacji innych celów postępowania²⁷.

Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* nie zawsze wyśłowiona jest wprost w regulacjach prawnych, jak np. w art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁸ czy art. 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE

uczynku oraz przyznanie się do winy a doktrynalna koncepcja „faktycznie podejrzanego”, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013/3, s. 83–92; J. Skorupka, *Granice ingerencji w wolność osobistą jednostki i prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym* (w:) *Model dopuszczalnej ingerencji w prawo wolności jednostki w procesie karnym. The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, Legalis/el., pkt 2.5.

²⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC.

²⁶ J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007/12, s. 37–43.

²⁷ J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia...*, s. 35.

²⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w No-

nr 2016/342 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym²⁹, ale może być i często jest wyinterpretowywana (tzw. *implied right*) z zasady rzetelnego procesu (*fair trial*)³⁰, *due process* lub prawa do obrony³¹.

Zasadnie wskazuje się jednak, że zarówno przepisy konstytucyjne, jak i konwencyjne muszą być rozumiane w sposób autonomiczny³². W celu zrekonstruowania znaczenia i zakresu pojęć nie można zatem bezrefleksyjnie sięgać do aktów ustawowych, tj. aktów niższego rzędu. Uznając taki sposób

wym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167).

²⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/342 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.Urz. UE L 65/1).

³⁰ Zob. przede wszystkim art. 6 EKPC oraz m.in. Guide on article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb), teza 184, <https://www.echr.coe.int/> (dostęp: 7.05.2021 r.) oraz np. uzasadnienie wyroku TK z 5.03.2003 r. (K 7/01), gdzie zwrócono uwagę na źródło tej zasady w art. 2 Konstytucji.

³¹ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc (w:) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, komentarz do art. 48, Legalis/el., teza 30 i podane tam orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE.

³² Zob. m.in. wyrok TK z 8.07.2003 r. (P 10/02), OTK-A 2003/6, poz. 62; wyrok TK z 12.04.2011 r. (P 90/08), OTK-A 2011/3, poz. 21; wyrok ETPCz z 26.03.1982 r. *Adolf v. Austria*, nr skargi 8269/78, § 30; L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (w:) *Konwencja o ochronie...*, red. L. Garlicki komentarz do art. 6, teza 69.

wykładni za prawidłowy, należy przyjąć, że w rozumieniu konstytucyjnym i konwencyjnym prawo do obrony przysługuje nie tylko osobie formalnie podejrzanej w rozumieniu Kodeksu postępowania karnego, ale również osobie, wobec której podejmowane są czynności wskazujące jednoznacznie na zainteresowanie organów ścigania jej udziałem w konkretnym zdarzeniu stanowiącym przedmiot postępowania karnego³³. Potwierdzeniem tej tezy są również regulacje ustawowe, np. brzmienie art. 183 § 1 k.p.k. stanowiące emanację prawa do obrony osoby nieposiadającej statusu podejrzanego ani oskarżonego, czy regulacje wskazane w rozdziale 27 k.p.k., jak i orzecznictwo SN dotyczące tzw. faktycznie podejrzanego³⁴. Prawo do obrony w tym kontekście przysługuje lub co najmniej może przysługiwać zatem również m.in. świadkowi, zatrzymanemu, osobie podejrzewanej,

osobie, od której zażądano wydania konkretnych dowodów lub dokumentów. Dla aktualizacji prawa do obrony w ujęciu konstytucyjnym momentem istotnym temporalnie nie jest zatem formalne wydanie jakiejkolwiek decyzji procesowej, lecz podjęcie konkretnych czynności prawnych i faktycznych przeciwko konkretnej osobie³⁵. Obowiązuje zatem również na tzw. przedpolu postępowania karnego³⁶. Właśnie ze względu na tak szeroko rozumiane prawo do obrony zawarte w piątej poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej³⁷ w orzeczeniu *Hiibel* pojawiły się wątpliwości, czy osoba, wobec której podejmowana jest czynność legitymowania, ma obowiązek wykonania tego obowiązku i czy odmowa jego wykonania może być sankcjonowana środkiem przymusu.

PRAWO DO OBRONY W PRZYPADKU LEGITYMOWANIA

W kontekście powyższych uwag należy rozważyć, czy osoba legitymowana ma prawo powołać się na prawo do obrony i odmówić podania danych osobowych oraz po drugie, czy wprowadzenie odpowiedzialności wykroczeniowej za każdą sytuację odmowy wylegitymowania jest zasadne. Co do pierwszego z zagadnień, opierając się częściowo na argumentach sądu zaprezentowanych w orzeczeniu *Hiibel*,

³³ I to choćby czynności wstępnych, w tym czynności podejmowanych w niezbędnym zakresie w rozumieniu art. 308 k.p.k. Por. również m.in. wyrok ETPCz w sprawie *Ibrahim i inni v. Wielka Brytania*, 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, teza 249.

³⁴ Por. m.in. wyrok SN z 9.02.2004 r. (V KK 194/03), LEX nr 102907; postanowienie SN z 8.01.2008 r. (V KK 416/07), LEX nr 346725. Należy jednak zauważyć, że w związku ze zmianami legislacyjnymi i wprowadzeniem art. 233 § 1a k.k. prawo do obrony osoby podejrzewanej zostało ograniczone – por. postanowienie SN z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19), LEX nr 2766081, w którym odniesiono się m.in. do uchwały SN z 26.04.2007 r. (I KZP 4/07), LEX nr 244459. Warto odnotowania jest jednak zdanie odrębne sędziego Michała Laskowskiego do tego postanowienia oraz wątpliwości co do konstytucyjności tego rozwiązania sygnalizowane, J. Skorupka, *Granice ingerencji...*, pkt 3.5.

³⁵ J. Skorupka, *Granice ingerencji...*, pkt 3.1.2.

³⁶ W. Jasiński, *Granice ingerencji...*, pkt 5.2.

³⁷ *No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself* – Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść.

należy uznać, że prawo do obrony nie może sięgać tak daleko, aby usprawiedliwić odmowę legitymowania się danej osoby. Nie kwestionując oczywistej okoliczności, że wyniki czynności legitymowania w polskim procesie karnym mogą stanowić dowód w ewentualnym postępowaniu, i to niezależnie czy bezpośrednio w formie notatki urzędowej, czy na podstawie zeznań legitymujących uprawnionych funkcjonariuszy oraz że wyniki te mogą zawierać informacje wprost lub pośrednio obciążające tę osobę³⁸, należy uznać, że czynność legitymowania nigdy nie jest i nie powinna być traktowana jako czynność podejmowana przeciwko konkretnej osobie. Innymi słowy, nie jest to czynność, która w jakimkolwiek zakresie sama w sobie stanowi zainicjowanie postępowania karnego przeciwko danej osobie w rozumieniu konstytucyjnym lub konwencyjnym. Czynność ta często stanowi wyłącznie wstępny sposób gromadzenia, weryfikowania lub uzupełnienia informacji w celu przeprowadzenia konkretnych czynności dowodowych i w tym sensie jest neutralna procesowo dla legitymowanego. Czynność legitymowania nie jest podejmowana również w związku z konkretnym zarzutem czy postawieniem w stan oskarżenia, chyba że bezpośrednio towarzyszy zatrzymaniu, ale nawet wtedy uznaje się, że nikt nie posiada prawa do bycia anonimowym w toku postępowania karnego³⁹.

³⁸ Są zatem *testimonial* w rozumieniu argumentów powoływanych w uzasadnieniu orzeczenia *Hiibel*.

³⁹ Tak również P. Hofmański (w:) *Konwencja o ochronie...*, red. L. Garlicki, teza 299.

Nie można również pominąć, że, jak już wspomniano, czynność legitymowania dotyczy danych obiektywnie dostępnych dla organów ścigania, i to niezależnie od woli samego legitymowanego. Wyniki czynności legitymowania, jeśli nadać im charakter dowodowy, są w tym zakresie podobne do wyników czynności wskazanych w art. 74 § 2–4 k.p.k., wobec których możliwość ich gromadzenia nawet pod rygorem stosowania środków przymusu nie budzi wątpliwości⁴⁰. Ponadto nawet jeśli uznać, w niektórych skrajnych sytuacjach, że legitymowanie może odnosić skutek obciążający, to i tak zawsze będzie stanowić uzasadniony wyjątek od przysługującego prawa do obrony. Jest to ingerencja w prawa obywatela uzasadniona realizacją celów postępowania, które w tym przypadku muszą mieć charakter nadrzędny. Wreszcie wprowadzenie obowiązku legitymowania jest zasadne z perspektywy konieczności zapewnienia porządku publicznego i minimalizacji stosowania środków przymusu. Dopuszczenie szerokiego prawa do odmowy legitymowania zdeorganizowałoby prace organów ścigania i przyczyniłoby się do częstej konieczności choćby zatrzymywania

⁴⁰ Zob. m.in. decyzję w sprawie *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*, w której wskazano, że obowiązek poddania się badaniu alkomatem przez kierowcę nie jest sprzeczny z zasadą domniemania niewinności. Zob. także wyrok ETPCz z 17.12.1996 r. *Saunders v. Wielka Brytania*, nr 19187/91, § 69; wyrok ETPCz z 29.06.2007 *O'Halloran and Francis v. Wielka Brytania*, nr 15809/02 i 25624/02, § 47, ale zob. również wątpliwości i problemy sygnalizowane przez W. Jasińskiego, *Granice ingerencji...*, pkt 5.3.

(czy innego tymczasowego ograniczenia wolności) obywateli w celu ustalenia ich tożsamości. Nawet przy uwzględnieniu różnic w poziomie dowodowym przesłanek legitymowania, przeszukania czy zatrzymania⁴¹ wydaje się zatem, że ustawodawca, wprowadzając obowiązek legitymowania, chciał m.in. uniknąć częstej konieczności stosowania bardziej dotkliwych środków przymusu. Jak trafnie wskazywano podczas wysłuchania przed Sądem Najwyższym w sprawie *Hübel*, w praktyce odmowa legitymowania może prowadzić faktycznie do wzrostu podejrzeń kierowanych wobec danej osoby i tym samym może stanowić sama w sobie podstawę do dokonania przeszukania lub nawet zatrzymania⁴². Zwrócić należy uwagę, że dopuszczenie odmowy legitymowania z powołaniem na prawo do obrony skutkowałoby faktyczną możliwością odmowy legitymowania przez każdą osobę legitymowaną. Pojawiłby się dodatkowy problem możliwości weryfikacji prawa do obrony, tj. zapytanie o kwestię obiektywnego czy subiektywnego przekonania o przysługującym prawie. Jeśli traktować prawo

do obrony obiektywnie, to istnienie tego prawa zależałoby od wykazania, że to konkretna osoba legitymowana okazała się sprawcą przestępstwa, w związku z którym dokonywano legitymowania. Od wykazania powyższego zależałaby również tym samym ewentualna odpowiedzialność wykroczeniowa. W postępowaniu wykroczeniowym obwiniony musiałby wykazywać faktycznie, że prawo do obrony mu przysługiwało, co stanowiłoby formę samooskarżenia w innej sprawie, a jego milczenie w tym zakresie stanowiłoby podstawę przypisania wykroczenia. Dodatkowo, jak już wspomniano, czynność legitymowania może być zawsze podejmowana w innym niż wykrycie przestępstwa celu, tj. m.in. w celach administracyjno-porządkowych oraz w celach prewencyjnych, tj. w sytuacjach, gdy prawo do obrony nigdy nie przysługuje. Gdyby prawo do obrony rozumieć natomiast zupełnie subiektywnie, to jego zakres byłby wręcz nieograniczony i w przypadku legitymowania każdy i w każdych warunkach na takie prawo mógłby się powołać, odmawiając realizacji tego obowiązku. Nie musiałby zatem również wykazywać przyczyn odmowy ani podstaw wnioskowania o przysługującym prawie do obrony. Nie ulega zatem wątpliwości, że wprowadzenie obowiązku legitymowania jest dopuszczalne zarówno z perspektywy art. 51, art. 47, jak i art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Jeżeli taki obowiązek istnieje, nie ma również żadnych przeszkód, aby jego wykonanie sankcjonować odpowiedzialnością represyjną, w tym wykroczeniową. Pozostawienie obowiązku legitymo-

⁴¹ Wynikające z odpowiednich przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz zasady proporcjonalności. W USA taka różnica jest wyraźnie zakreślana najczęściej poprzez wymóg wykazania odpowiednio *reasonable suspicion* lub *probable cause*.

⁴² Trafnie sędzia A.M. Kennedy wskazał, że jeśli legitymowany poda swoje dane osobowe, zostanie zatrzymany, jeśli on jest sprawcą lub podejrzanym, a jeśli nie poda swoich danych i tak zostanie zatrzymany w związku z popełnieniem czynu zabronionego do ustalenia tożsamości. Por. nagranie ustnego wysłuchania, https://www.youtube.com/watch?v=_2FoGTiR5WQ (dostęp: 2.06.2021 r.).

wania bez sankcji jako *lex imperfecta* byłoby dysfunkcjonalne. Rygor reżimu wykroczeniowego jest środkiem proporcjonalnym i współmiernym gwarantującym skuteczność realizacji obowiązku przez obywateli.

Dyskusję na temat granic legitymowania należy przenieść zatem z poziomu dopuszczalności samej czynności, i to choćby z perspektywy prawa do obrony, na poziom regulacji prawnych. Mimo że poruszane w orzeczeniu *Hiibel* prawo do obrony było przyczynkiem do dyskusji o legitymowaniu, to po głębszej analizie na pierwszy plan zagrożeń związanych z legitymowaniem wysuwają się inne problemy istotne z perspektywy praw obywatelskich. W tym właśnie kontekście po zdiagnozowaniu ryzyka związanego z nadużywaniem tej instytucji kilka uwag poświęcić należy badaniu kompletności i prawidłowości odpowiednich przepisów prawa regulujących czynność legitymowania. W tym zakresie zasadne jest zwrócić uwagę na dwie kwestie. Pierwszą z nich jest sposób kontroli odwoławczej legitymowania, a drugą problem precyzji przesłanek legitymowania.

W zakresie pierwszego problemu podkreślić należy, że kontrola odwoławcza prawie we wszystkich ustawach przewidujących taką kontrolę ograniczona została do weryfikacji sposobu legitymowania⁴³. Prokurator,

do którego przysługuje zażalenie, nie ma podstaw zatem do badania ani zasadności, ani legalności legitymowania, tak jak choćby w przypadku kontroli odwoławczej zatrzymania sprawowanej przez sąd w trybie art. 246 § 1 k.p.k. Literalne brzmienie odpowiednich przepisów pozwala jedynie na wąską kontrolę odwoławczą, pozostawiając poza jej zakresem najważniejsze i najbardziej wrażliwe na nadużycia kryteria legalności i zasadności. Trudno doszukać się jakichkolwiek racji przemawiających za takim ograniczeniem. Wręcz można wskazać, że kwestionowanie legitymowania przez obywatela następuje najczęściej na poziomie jego zasadności i legalności, a nie samego sposobu (prawidłowości), który zazwyczaj nie budzi większych wątpliwości i co gorsza stwarza pozory zgodności z prawem. Już z tej przyczyny granice kontroli odwoławczej powinny być poszerzone o omówione kryteria wzorem konstrukcji zażalenia przewidzianej np. w art. 246 § 1 k.p.k. Jeden z nielicznych wyjątków od tej reguły zawiera przepis art. 20 ustawy o strażach gminnych⁴⁴, w którym wskazano, że zażalenie do prokuratora przysługuje na zastosowanie i sposób przeprowadzenia czynności m.in. legitymowania. Jest to zatem znacznie szersza niż w pozostałych ustawach kontrola odwoławcza i wydaje się, że jej zakres obejmuje zarówno legalność, jak i zasadność podjęcia czynności.

Można również rozważyć, czy to

⁴³ Zob. m.in. art. 23a ust. 8 ustawy z 18.04.1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2168); art. 39 ust. 10 ustawy z 13.10.1995 r. – Prawo łowieckie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1683); art. 60 ust. 6 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 1043); art. 47 ust. 7 ustawy z 28.09.1991 r. o lasach

(Dz.U. z 2020 r. poz. 1463) – zawierający odeślanie do ustawy o Policji.

⁴⁴ Ustawa z 29.08.1997 r. o strażach gminnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1795).

prokurator powinien być organem właściwym do rozpoznania takiego zażalenia. Nie kwestionując w żaden sposób kompetencji prokuratora, który najczęściej doskonale zna przepisy prawa, na bieżąco kontroluje działania Policji i stoi na straży praworządności, rozwiązanie to jest dyskusyjne ze względu na przysługujące jednostce prawo do sądu wskazane w art. 45 ust. 1, a także art. 77 ust. 2 Konstytucji. Jeśli dodać do tego, że jak wykazano, legitymowanie stanowi często głęboką ingerencję w prawa człowieka, możliwość uzyskania ochrony prawnej przez obywatela przed sądem wydaje się bardziej adekwatna. Nie wyklucza to oczywiście wprowadzenia obowiązku kierowania środka odwoławczego za pośrednictwem prokuratora, który dopiero w razie nieuwzględnienia zażalenia kierowałby sprawę do sądu. To pozwoliłoby również na jego udział w postępowaniu jako organu nadzorującego Policję w toku postępowania karnego. W tej kwestii z pewnością nieobojętna jest argumentacja wskazana w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14.12.2017 r.⁴⁵, w którym stwierdzono niekonstytucyjność przepisów dotyczących m.in. kontroli osobistej ze względu na naruszenie prawa do sądu. Nie powielając argumentów powołanych przez TK i odsyłając do treści uzasadnienia wyroku, podkreślić należy, że nie ma istotnych i jednoznacznych argumentów pozwalających na odmienne traktowanie czynności legitymowania. Decydującym wspólnym elementem czynności legitymowania i kontroli osobistej jest

bowiem możliwość naruszenia wolności i praw w rozumieniu m.in. art. 77 ust. 2 Konstytucji. Oczywiście zgodzić się należy, że legitymowanie co do zasady cechuje się typowo mniejszym stopniem dolegliwości dla obywatela niż choćby kontrola osobista – są to jednak czynności podobne w zakresie ingerencji w istotne prawa obywatelskie i jako takie powinny korzystać z tego samego poziomu ochrony prawnej. Zwrócić również należy uwagę, że niektóre ustawy szczegółowe przewidujące uprawnienia właściwych organów do legitymowania milczą na temat kontroli tej czynności. Przykładowo w art. 107 ust. 4 i art. 108 ust. 5 pkt 1 ustawy z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody⁴⁶ nadano uprawnienia do legitymowania odpowiednio pracownikowi Służby Parku Narodowego oraz Straży Parku bez mechanizmu kontroli odwoławczej tych czynności. Podobnie czyni to przepis art. 21 ust. 2 pkt 4 ustawy z 11.05.2001 r. – Prawo o miarach⁴⁷, nadając uprawnienia do legitymowania organom administracji miar, czy art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy z 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia⁴⁸. Czynnikiem różnicującym i usprawiedliwiającym niejako decyzję ustawodawcy o odstąpieniu od kontroli odwoławczej jest zakres uprawnień przewidziany we wspomnianych ustawach ograniczony terytorialnie (np. teren chronionego obiektu lub teren parku krajobrazo-

⁴⁵ Wyrok TK z 14.12.2017 r. (K 17/14), Dz.U. z 2017 r. poz. 2405.

⁴⁶ Ustawa z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2020 r. poz. 55).

⁴⁷ Ustawa z 11.05.2001 r. – Prawo o miarach (Dz.U. z 2020 r. poz. 140).

⁴⁸ Ustawa z 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 838).

wego) lub przedmiotowo (w ramach kontroli przeprowadzanej przez organy administracji miar). Legitymowanie w tych przypadkach nie odbywa się zatem wobec osób przypadkowych w miejscu ogólnie dostępnym, lecz wobec osób, które poprzez wejście na konkretny teren lub prowadzenie konkretnej działalności dobrowolnie, konkludentnie wyrażają zgodę na odstąpienie od anonimowości. Podobnie dzieje się w przypadku czynności legitymowania wykonywanej przez funkcjonariuszy Służby Więziennej⁴⁹ czy Żandarmerię Wojskową⁵⁰, choć w tych przypadkach ustawodawca zdecydował się częściowo na kontrolę odwoławczą legitymowania⁵¹.

⁴⁹ Zob. art. 18 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z 9.04.2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. z 2020 r. poz. 848) – czynność legitymowania może być podejmowana jednak wyłącznie wobec funkcjonariuszy i pracowników wchodzących i wychodzących z jednostki organizacyjnej oraz osób ubiegających się o wstęp oraz opuszczających teren jednostek organizacyjnych oraz deponowania dokumentów tożsamości osób przebywających na terenie jednostki organizacyjnej.

⁵⁰ Zob. art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z 21.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 431) – czynność legitymowania może być podejmowana jednak wyłącznie wobec enumeratywnie wskazanych w art. 3 ust. 1 osób, tj. przede wszystkich żołnierzy i osób przebywających na terenach lub w obiektach jednostek wojskowych.

⁵¹ Zgodnie z art. 18 ust. 5 ustawy z 9.04.2010 r. o Służbie Więziennej osobom niebędącym funkcjonariuszami i pracownikami na sposób prowadzenia czynności m.in. legitymowania przysługuje zażalenie do właściwego miejscowo sądu rejonowego. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy z 21.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych zażalenie na sposób

We wszystkich wspomnianych przypadkach ingerencja w prywatność danej osoby odbywa się na zasadzie dobrowolności, jest incydentalna, a jednostka sama decyduje, czy chce zrezygnować ze swoich praw, niejako wkraczając swoją osobą w reżim konkretnych regulacji prawnych. Z tej perspektywy omówione uprawnienia właściwych organów nie wymagają tak daleko idącej kontroli, choć nawet w omówionych przypadkach możliwe są nadużycia i tym samym istnieje konieczność zapewnienia ochrony sądowej obywatela. Podobnie należy traktować legitymowanie uczestników ruchu drogowego w trybie art. 129 ust. 2 pkt 1, art. 129 ust. 3 pkt 1 i art. 129c ust. 3 pkt 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym⁵².

Nie ograniczając analizy normatywnej wyłącznie do ustawy o Policji, należy zauważyć dodatkowo, że w perspektywie powołanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jako niezwykle wątpliwa jawi się jeszcze jedna kwestia wynikająca z ustaw szczegółowych regulujących kwestię legitymowania. Zauważyć bowiem należy, że niektóre z ustaw wskazują bardzo nieprecyzyjne, wręcz blankietowe przesłanki legitymowania. Przykładowo w cytowanej już ustawie o Strażach Gminnych jako przesłankę legitymowania wskazano „uzasadnione przypadki”. Takie zredagowanie warunków dopuszczalności istotnej

przeprowadzenia czynności legitymowania przysługuje osobie, wobec której została wykonana taka czynność, do prokuratora do spraw wojskowych.

⁵² Ustawa z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

dla obywatela czynności, w tym czynności, której odmowa wykonania sankcjonowana jest odpowiedzialnością wykroczeniową, jest niewystarczająca. Treść normatywna przepisu stanowi w istocie pole do skrajnie odmiennych interpretacji i tym samym nadużyć. Nie określa precyzyjnie treści obowiązku obywatela i jako przepis współkreujący warunki odpowiedzialności represyjnej nie spełnia konstytucyjnych kryteriów *nullum crimen sine lege certa*. Z perspektywy znamion art. 65 § 1 k.w. odmowa wykonania obowiązku legitymowania wobec strażnika gminnego (miejskiego) może być podważana. Obywatel nigdy nie wie bowiem, kiedy jego obowiązek się aktualizuje, i nie ma żadnej kontroli nad wykonywaną czynnością.

POSTULATY DE LEGE FERENDA

Na podstawie przeprowadzonej analizy oprócz oczywistych wniosków dotyczących obowiązku ostrożnego i prawidłowego stosowania już obowiązujących przepisów z uwzględnieniem ich kontekstu konwencyjnego i konstytucyjnego należy sformułować pewne postulaty zmian normatywnych zmierzających do zapewnienia spójności systemowej, a równocześnie poszerzających ochronę prawną obywateli. W tym zakresie jednoznacznie należy zaproponować inicjatywy legislacyjne zapewniające możliwie kompletną kontrolę odwoławczą czynności legitymowania poprzez wprowadzenie jednolitych kryteriów – legalności, zasadności i prawidłowości czynności. Kryteria te powinny być uniwersalne i znajdować zastosowanie do każdej

formy legitymowania, bez względu na zakres przedmiotowy, podmiotowy, temporalny czy terytorialny przepisów kompetencyjnych. Zapewni to koherentność systemu ochrony. Równocześnie ze względu na omówione prawo do sądu należy zapewnić w każdym przypadku istnienie sądowej kontroli legitymowania oraz zredagować w sposób przejrzysty i możliwie szczegółowy przesłanki tej czynności. Realizacja tych postulatów może z powodzeniem nastąpić przy okazji i przy wykorzystaniu tych samych wzorów normatywnych stosowanych przez ustawodawcę w celu doprowadzenia do zgodności odpowiednich przepisów z Konstytucją zgodnie z treścią omówionego już wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14.12.2017 r. (K 17/14). Wreszcie należy wspierać i zachęcać obywateli do kontroli społecznej praktyki organów państwowych, tj. korzystania z ich uprawnień, i to nawet w tej niedoskonałej obowiązującej obecnie formie, sygnalizowania nieprawidłowości, piętnowania nadużyć oraz nieustannie pouczać o ich prawach i wolnościach. Uświadamiać i przypominać o zagrożeniach związanych z naruszaniem ich praw. Pozostając w konwencji nawiązującej do tradycji demokratycznej Stanów Zjednoczonych i cytując jednego z ojców założycieli Thomasa Jeffersona, można postulować: „Edukujcie i informujcie rzesze obywateli (...). Oni są jedynym gwarantem przetrwania naszej wolności”⁵³ (tłum. własne).

⁵³ Cytat pochodzi z listu skierowanego przez Thomasa Jeffersona do Uriah Forrest z 31.12.1787 r., dostępny w oryginale m.in. na stronie www.founders.archives.gov (dostęp: 2.06.2021 r.).

ABSTRACT

dr Mikołaj Grzesik

The author is a prosecutor of the District Prosecution Office in Tarnow.

Liability under Article 65 of the Code of Petty Offences and correctness of the action of ascertaining someone's identity – remarks regarding the ruling of the U.S. Supreme Court in the case *Hiibel v. Sixth District Court of Nevada*

*The aim of the article is to discuss the scope of responsibility under article 65 Code of Misdemeanor with regard to every citizen's obligation to provide identification upon request of certified authorities. The arguments are presented in the context of the right of a suspect to remain silent and the landmark case of US Supreme Court *Hiibel v. Sixth District Court of Nevada*. Relevant statutes are analyzed with particular Focus on risks they present to human rights. The *Hiibel* case is described with its influence on the understanding of the right to defense; then it is argued that the obligation to identify oneself is generally not contrary to the right to remain silent or any other constitutional right. Finally, after scrutiny, critique and diagnosis of vagueness and flaws of the relevant provisions, some legislative postulates are proposed to achieve better fulfilment of constitutional compliance.*

Keywords: art. 65 Code of misdemeanor, right to remain silent, *Hiibel*, obligation to identify, stop and identity, fifth amendment

dr Mikołaj Grzesik

e-mail: mikolajgrzesik@gmail.com

Autor jest prokuratorem Prokuratury Rejonowej w Tarnowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bojańczyk Antoni, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011, LEX/el.

Czabański Jacek, Warchol Marcin, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007/12, s. 35

Garlicki Lech, Hofmański Piotr, Wróbel Andrzej (w:) *Konwencja o ochronie praw człowieka podstawowych wolności*, t. 1, Komentarz do art. 1–18, red. L. Garlicki, Warszawa 2010

Guide on article 6 of the European Convention on Human Right, Right to a fair trial (criminal limb), <https://www.echr.coe.int/> (dostęp: 2.06.2021 r.)

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa 2020

Kodeks wykroczeń. Komentarz, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, LEX/el.

Loewy Arnold H., *Are We Moving Towards Requiring Citizens to Carry Identification Cards and Would this Be a Good Thing?*, „UNC Legal Studies Research Paper” 2006/887422, <https://ssrn.com/abstract=887422> (dostęp: 2.06.2021 r.)

Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym. The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process, red. J. Skorupka, Warszawa 2019

Mroczkowski Paweł, *Kilka problemów materialnego prawa wykroczeń*, „Iustitia” 2015/4, Legalis/el.

Nagranie ustnego wysłuchania w sprawie *Hiibel*, https://www.youtube.com/watch?v=_2FoGTiR5WQ (dostęp: 2.06.2021r.)

Parr Charles, *The Triumvirate's Stranglehold on Our Constitutional Rights: The Loophole within Hiibel v. Sixth Judicial Dist. Court, Terry v. Ohio, and Utah v. Strieff that Shields Police Misconduct (May 29, 2018)*, <https://ssrn.com/abstract=3186754> (dostęp: 2.06.2021 r.)

Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019, Legalis/el.

Steinbock Daniel J., *National Identity Cards: Fourth and Fifth Amendment Issues*, „Florida Law Review” 2004/56, p. 697, <https://ssrn.com/abstract=586565> (dostęp: 2.06.2021 r.)

Zajac Dominik, *Ujęcie na gorącym uczynku oraz przyznanie się do winy a doktrynalna koncepcja „faktycznie podejrzanego”*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013/3, s. 83–92

Pojęcia kluczowe: *etyka adwokacka, wykonywanie zawodu, odpowiedzialność, język, wartości*

FForum adwokackie

Małgorzata Kożuch

DZIAŁANIE WEDŁUG ETYKI

Inspiracją dla tytułu niniejszego artykułu jest parafraza tytułu głośnej książki Józefa Tischnera *Myślenie według wartości*¹, ponieważ zasadnicze pytanie stawiane w prezentowanej analizie dotyczy kwestii kształtowania wartości zawodowych. Czy powinny być one przystosowywane do potrzeb społecznych, czy też adwokaci powinni przystosowywać siebie do faktów tworzonych przez rzeczywistość? Jeżeli decydujemy się na aktywne kształtowanie wartości, to pytanie zasadnicze dotyczy metody, jaką stosujemy do wyboru wartości bądź ich kształtowania. Czy wola większości jest adekwatna formą? Czy raczej metody oddolnego kształtowania w oparciu o tradycję? Na koniec prezentowana jest odpowiedź na pytanie – czy granicą dla autonomii adwokata nie powinna być forma?

W ramach otwartości na dyskusję środowiskową nad możliwymi kierunkami zmian etyki zawodowej (Etyka odNowa) odbyło się siedem debat relacjonowanych na stronie NRA adwokatura.pl, na kanałach YouTube oraz Facebook². Były to kolejno tematy:

- 1) Etyka... naszą siłą czy kagańcem?,
- 2) Adwokat na etacie,
- 3) Jeśli reklama... to jaka?,
- 4) Adwokat w życiu publicznym,
- 5) Zasada koleżeństwa: etyczna możliwość czy zawodowy obowiązek,
- 6) Czy k.p.k. to dobra droga dla skarg deontologicznych,
- 7) Czy publicznie można powiedzieć wszystko?

¹ J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Kraków 2000.

² Wszystkie debaty są nadal dostępne i można je obejrzeć na wskazanych stronach.

Ostatnia – siódma – debata miała charakter publiczny i dotyczyła swobody wypowiedzi. Jej znaczenie jest o tyle istotne, że zostały w niej postawione pytania o *credo* w określonych funkcjach publicznych. Członkowie panelu pochylili się nad pytaniem dotyczącym nie tylko tego, co można i powinno się mówić, ale także – kiedy należy milczeć, a kiedy milczeć nie wolno. Refleksji poddana została także granica dla wypowiedzi publicznych w kontekście krzyżowania się zakresów granic w wypowiedziach publicznych (np. tajemnica zawodowa adwokata a dziennikarza – czy adwokat może ujawnić źródło dziennikarskie „w interesie klienta” lub dziennikarz może ujawnić treść, o której może wnosić, że „objęta jest tajemnicą zawodową” albo należy do sfery prywatności. Poruszane tematy dotyczyły również wolności badań naukowych a kryterium prawdy, metod operacyjnych a prywatności – ujawnienia treści i źródeł informacji a interesu publicznego). Osobnym obszarem była treść i forma wypowiedzi a funkcja społeczna, a także obecność w mediach społecznościowych i kreowanie rzeczywistości przez spontaniczne, rzekomo spontaniczne i celowo prześmiewcze wypowiedzi – czy istnieje coś takiego jak odpowiedzialność za kreowanie kultury?

Z upływem czasu pomiędzy debatami oraz w oczekiwaniu na kolejne etapy dyskusji coraz częściej zaczęły się pojawiać głosy, że być może nie trzeba zmieniać całego Kodeksu etyki, ponieważ zachowuje on spójną konstrukcję, a pożądane są zmiany punktowe.

Dyskusja na temat zmian w Zbiorze Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu³ ogniskuje się z tego powodu wokół kilku zagadnień. Należą do nich: informacja/reklama, stosunek pracy, uchwały organów samorządu. W parze z głosami w dyskusji pojawia się refleksja nad skutecznością ewentualnych nowych przepisów. Można bowiem nadać im kształt będący odzwierciedleniem istniejących faktów w świecie rzeczywistym, czyli innymi słowy ująć w ramy kodeksu etyki coś, co i tak już istnieje (a przez to osiągnąć stan zgodności z rzeczywistością), albo zaprojektować kształt, który chcemy, by etyka przybrała, nie poddając się do końca nurtowi głosów odważnie wypowiadanych na forum publicznym, ale pod anonimowym znakiem, nickiem czy awatarem. Czym jest bowiem etyka bez wewnętrznego przekonania każdej z koleżanek i każdego z kolegów, że normy etyczne są elementem, za który każda z członkiń i każdy z członków samorządu odpowiada indywidualnie, ale równocześnie przez

³ Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 1.07.2021 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), na podstawie uchwały nr 17/2021 NRA z 26.06.2021 r. ogłasza się jednolity tekst Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksu Etyki Adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej: nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami Naczelnej Rady Adwokackiej nr 33/2011–54/2011 z 19.11.2011 r., uchwałą nr 64/2016 Naczelnej Rady Adwokackiej z 25.06.2016 r. oraz uchwałą nr 66/2019 Naczelnej Rady Adwokackiej z 21.09.2019 r., dalej jako Kodeks Etyki Adwokackiej lub KEA, http://www.nra.pl/admin/wgrane_dokumenty/zal-do-uchwaly-nr-82-2020.pdf (dostęp: 10.07.2021 r.).

swoją postawę kształtuje przyszłość zawodu i jego samorządu, z kompetencją do samoregulacji?

Możliwe, że pytanie, które powinno zostać głośno zadane, brzmi – czy kształtujemy etykę w oparciu o wartości, które wybieramy, które chcemy kształtować i których chcemy bronić, czy też wybieramy „etykę” ukształtowaną już przez działanie, postawy koleżanek i kolegów, które obserwujemy w przestrzeni publicznej, a która to „etyka” w efekcie będzie wyłącznie odzwierciedleniem tego, co widzimy na rynku usług prawnych. Co więcej, jeżeli woła KZA będzie przyjęcie tej drugiej opcji, to każda z koleżanek i każdy z kolegów powinien odpowiedzieć sobie na pytanie, czy to w ogóle jest jeszcze etyka, czy też wyłącznie zbiorowa praktyka, którą samorząd gotowy jest przyjąć ze względów pragmatycznych. Kontrast zarysowany w tych pytaniach jest oczywisty. Scenariusz przebiegu dyskusji publicznej podczas zjazdu może doprowadzić do spolaryzowania właśnie w ten sposób dyskusji, a wynik głosowania opartego na emocjonalnej dyskusji wokół kluczowych zagadnień może być nieprzewidywalny.

Gdzie więc zbudować szanse dla wartości, na których przecież adwokatyrze zależy? Sercem XXI wieku jest człowiek. Nie bez przyczyny biolodzy nazywają współczesny nam okres rozwoju świata antropocenem. Jeżeli jednak w centrum postawimy człowieka, jego autonomię i tożsamość, to musimy pochylić się nad zagadnieniem naszej różnorodności, a przez to – możliwą kolizją wartości, które każdy z nas uważa za kluczowe. Przyjęcie prymatu jednych wartości nieuchronnie prowadzi do konieczności uznania niższej pozycji innych wartości. Czy jednak możemy narzucić hierarchię wartości, jeżeli uważamy, że autonomia i tożsamość jednostki są najważniejsze? Oczywiście odpowiedzią jest klucz prawny, który pozwala nam wydobywać reguły współżycia, nadawać im normatywny i sankcjonowany charakter, ustanawiać system i władze dla ich strzeżenia, egzekwowania. Uznajemy zatem, że formą dla kształtowania wartości może być system demokratyczny, czyli oparty na decyzji ogółu. W przypadku samorządu – będzie to system oparty na decyzji przedstawicieli w NRA lub delegatów na krajowym zjeździe adwokatury. Dotychczasowa tradycja pozwalała NRA kształtować Kodeks Etyki Adwokackiej. Ostatni krajowy zjazd adwokatury zobowiązał NRA do przygotowania projektu. Nie jest więc przesądzone, czy ostateczne decyzje będzie podejmował zjazd, czy NRA.

Niezależnie od zagadnienia, kto ukształtuje nowy lub zmieniony Kodeks Etyki Adwokackiej, pojawia się pytanie, czy sam system (woła większości), za pomocą którego wydobywamy reguły zawodowe, jest wystarczającym punktem odniesienia. Wszyscy mamy świadomość, że demokracja nie jest doskonałym systemem, ale jest systemem, który mimo swej niedoskonałości jest relatywnie stabilny i co do zasady – jest zdolny chronić mniejszość⁴. Oczywiście myśląc o kodeksie etyki

⁴ Znane są jednak przypadki z historii Europy, gdzie system demokratyczny nie tylko nie chronił mniejszości, ale się aktywnie przeciwko niej zwrócił i dążył do – zgodnego z wolą demokracji przedstawicielskiej – jej unicestwienia.

zawodowej, nie dostrzegamy rozróżnienia podmiotowego – zbiór zasad etyki będzie obowiązywał każdego adwokata i aplikanta, jednak przedmiotowo – warto rozważyć przed zjazdem, czy potencjalnie możliwa emocjonalna atmosfera i fala dynamicznych głosowań nie przewróci systemu, który nasi poprzednicy mozolnie wykuwali w erze przedtechnologicznej. Można pokusić się o parafrazę twierdzenia, że konieczność zrównoważonego rozwoju gospodarczego dla zachowania dziedzictwa natury dla przyszłych pokoleń ma swoje przełożenie na etykę. Polega ono na konieczności adaptacji etyki do zmian pokoleniowych ery cyfrowej, a także realnego ukształtowania zasad etyki dla nowej roli adwokata w demokratycznym świecie opartym na powszechnym dostępie do wiedzy i technologii. Każdy czas ma swoje wyzwania. Etyka zawodowa powinna petryfikować dla przyszłych pokoleń wartości, których nowa era jeszcze nie wydobyła przed nawias, z własnej dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości. Refleksja nad nową etyką jeszcze nie przebiła muru historii i być może nie powinna go przebijać zbyt szybko. Może bowiem mimo odejścia od teocentryzmu i etyki chrześcijańskiej nosimy w sobie włókna sumienia i tkankę duszy, które pozwolą każdej i każdemu z nas odnaleźć i wydobyć wartości z wnętrza siebie, a będą to wartości inne niż doraźny pragmatyzm. Wydaje się przy tym, że mimo braku zgody, czy wartości, które nosimy w sobie, są pochodną aktu stworzenia przez Boga, czy też pochodną świadomych wyborów naszych przodków i współczesnych w rozwoju kulturowym – to osiągamy zgodę, że wartości wydobywamy z wnętrza człowieka, a nie z przejawów jego, niekiedy impulsywnej, działalności. Jeżeli tak jest w istocie, to należy dołożyć starań, by proces kształtowania nowego Kodeksu Etyki Adwokackiej lub też czynienia w nim punktowych zmian nie był poddany fali doznań na gorąco wykuwanych podczas dwudniowego posiedzenia zjazdowego, ale był przedmiotem refleksji możliwie szerokiej rzeszy koleżanek i kolegów, a następnie by poddany był kształtowaniu przez organ przedstawicielski (NRA), co do którego można założyć, że nie podda się emocjom chwili ani pokusie pokazania swojej sprawczości.

Mając tak zarysowane zagadnienie proceduralne, należy powrócić do pytania, czy etyka adwokacka powinna być następstwem kodyfikacji faktów i wartości wynikających z działania adwokatów, które możemy obserwować na salach sądowych, w mediach społecznościowych i w przestrzeni publicznej (uogólniona refleksja nad tym, co czyni i akceptuje zbiorowość), czy też działanie adwokatów powinno być następstwem wyborów etycznych (mozolne wykuwanie wartości i dążenie do ich realizacji w działaniu, bez względu na okresowy brak atrakcyjności, popularności czy pragmatycznej korzyści z przyjętego rozwiązania). Osobiście nie mam wątpliwości, że Kodeks Etyki Adwokackiej powinien być wynikiem krytycznej refleksji nad rzeczywistością i powinien odzwierciedlać zarówno wartości wynikające z tożsamości historycznej, jak, i zawierać nowe postanowienia, adaptowalne do czasów, w których żyjemy i zmienionej roli prawa, zmienionej roli adwokata i zmienionego zakresu oczekiwań społecznych wobec przedstawicieli zawodu, który wykonujemy. Jeżeli przekonanie to jest powszechne, to powin-

niśmy odpowiedzialnie patrzeć w przyszłość, w tym także na znaczenie uchwał organów adwokatury. Przebąkiwana niekiedy publicznie pokusa, by odstąpić od związania adwokata treścią uchwał samorządu – wszak w historii adwokatury znane są incydentalne przypadki uchwał niegodnych – powinna pozostać sygnałem pobudzającym czujność. Przypadki upokarzające mogą się wydarzyć. Czy dla tych incydentalnych i wstyd przynoszących uchwał należy rezygnować z korzyści, które płyną z regulacyjnego i porządkującego charakteru uchwał organów samorządu? Zdecydowanie nie. Aby jednak oddać sprawiedliwość dziejową i otworzyć drogę dla wyborów indywidualnych bez konieczności rezygnacji z wykonywania zawodu (jako następstwa niemożności pogodzenia się z treścią wiążących uchwał dla członków samorządu), warto byłoby wprowadzić klauzulę sumienia, która pozwoli uchylić się członkowi adwokatury od postępowania zgodnego z uchwałą organu, w sytuacjach, które godzą w godność jednostki i jej autonomię w zakresie wyboru systemu wartości kulturowych lub ograniczają możliwość pełnienia zadań publicznych. Nie chodzi więc o możliwość uchylenia się od rozwiązań technicznych, które samorząd być może wprowadzi, ale od takich decyzji samorządu, które nie pozwalałyby na zachowanie spójnego systemu wartości lub prowadziły do konfliktu sumienia (np. nakaz reprezentacji osoby, która dopuściła się czynu określonego rodzaju, w sytuacji, gdy adwokat posiada odmienne wartości oparte na etyce ogólnej; lub sytuacja, gdy preferencje w zakresie realizacji różnych opcji politycznych prowadzą do sporów dotyczących wolności wypowiedzi czy sprawowania funkcji).

Granicą, którą należy wyraźnie nakreślić dla działania w zgodności z etyką, jest zawsze forma działania. Adwokat – niezależnie od wyboru wartości w zakresie kształtowania swojej aktywności prywatnej czy publicznej – ma obowiązek szanować innych członków społeczeństwa. Drugi człowiek jest w swoim bogactwie czymś więcej niż nasze wyobrażenie o nim. Niedoskonałość, a nawet rażące naruszenie formy i konwenansu społecznego przez innego człowieka nie upoważniają adwokata do uczestnictwa w poniżających formach działania i – na zasadzie wzajemności – za ich pomocą wyrażania wartości odmiennych. Adwokat ma powinność dostrzegać kontekst sytuacyjny i przynajmniej dążyć do odróżnienia kreacji od realiów życia.

Kończąc rozważania o działaniu według etyki, trzeba stale mieć na uwadze refleksję nad działaniem własnym i działaniami innych. To jest materia naszej codzienności. Wrażliwość na świat, który nas otacza, jest kluczem dawania świadectwa o wartościach. W swojej zbiorowości jesteśmy zdolni wydobyć rzeczy dobre, bo zawód adwokata zbyt wiele razy obcuje z „obnażoną” naturą człowieka. Tym samym horyzontalna refleksja nad doświadczeniem płynącym z wykonywanego zawodu czyni nas zdolnymi do dokonywania świadomych wyborów, jeżeli tylko zechcemy działać według etyki. Niezależnie od źródeł wartości, które umiemy wskazać, nazwać, skodyfikować, głęboko ufam, że człowiek zdolny jest wydobyć ze swego wnętrza rzeczy dobre. Etyka jest tym, co się wybiera.

ABSTRACT

dr Małgorzata Kożuch

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), the Chair of the Commission of Ethics, Legal Practice and Profession of Advocate at the Polish Bar Council.

Acting according to ethic?

The key issue is to answer the question: how to shape professional values? Do we adjust them to social needs or do we adjust ourselves to mainstream of events in the 21st Century? If we shape values, the question is about the most effective method? Should an opinion of majority prevail? Or should we follow traditional paths of rationality? Should the form be a border line to autonomy?

Keywords: *ethic, professional conduct, responsibility, language, values, adjusting values*

dr Małgorzata Kożuch

ORCID: 0000-0002-5559-2555; e-mail: malgorzata.kozuch@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Krakowie), przewodniczącą Komisji Etyki, Praktyki Adwokackiej i Wykonywania Zawodu Naczelnej Rady Adwokackiej.

FForum adwokackie

Agata Koschel-Sturzbecher

STOSUNEK PRACY A WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA

Artykuł dotyczy rozważań na temat dopuszczenia możliwości wykonywania zawodu adwokata w formie stosunku pracy. Autorka przedstawia potrzeby zgłaszane przez adwokatów i ocenia je przez pryzmat konieczności zapewnienia niezależności adwokatury oraz ochrony interesów publicznych. Porównuje uregulowania zawodu adwokata w Niemczech oraz radcy prawnego w Polsce. Proponuje rozwinięcie regulacji istniejących już w ramach możliwości wykonywania zawodu adwokata w zespołach adwokackich.

Od wielu lat w Adwokaturze toczą się dyskusje na temat dopuszczenia możliwości wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę. Przysłuchując się im, można mieć wątpliwości co do tego, jak poszczególni dyskutanci rozumieją stosunek pracy na potrzeby dyskusji oraz jakie przedstawiają koncepcje wprowadzenia odpowiednich zmian na gruncie przepisów ustawy – Prawo o adwokaturze¹.

W ramach prowadzonej dyskusji zgłaszane są postulaty oraz wskazywane są potrzeby, które w przekonaniu części środowiska adwokackiego są możliwe do zrealizowania poprzez wprowadzenie możliwości wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę. Do najczęstszych postulatów należą: potrzeba stabilizacji i bezpieczeństwa, możliwość urlopu macierzyńskiego, chorobowego, opieki nad dzieckiem i zabezpieczenia emerytalnego. Wybrzmiewa również potrzeba wprowadzenia możliwości zatrudnienia w organach i urzędach.

¹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651 ze zm.), dalej p.o.a.

dach państwowych czy też u innych podmiotów zewnętrznych w ramach ich działów prawnych. Głosy te są już na tyle wyraźne, że w przeprowadzanych w różnych izbach ankietach większość respondentów na pytanie „czy jesteś za wykonywaniem zawodu w formie umowy o pracę?” odpowiada twierdząco. Nie sposób zatem w dalszym ciągu ignorować tych głosów.

Kierując się zasadami inkluzywności, koleżeństwa i samorządności, Adwokatura powinna odpowiedzieć na wspomniane potrzeby adwokatów. Należy jednak rozważyć, jak zdefiniować przedmiot tej dyskusji. Czy stosunek pracy w powszechnym rozumieniu tego pojęcia może być dla adwokata opcją na poszerzenie form wykonywania zawodu? Jak zabezpieczyć interesy klientów? W jaki sposób zagwarantować niezależność, zachowanie tajemnicy adwokackiej i wyeliminować możliwe konflikty interesów? Czy zawód zaufania publicznego można wykonywać w formie, która wymaga podległości i podporządkowania? Adwokatura niedawno obchodziła swój setny jubileusz, mamy więc z czego czerpać bogatą tradycję, wiedzę i doświadczenie. Powoływanie się na tradycję nie może jednak oznaczać przyzwolenia na bezczynność, na ignorowanie potrzeb środowiska. Czerpiąc z tej tradycji, korzystając ze zgromadzonego doświadczenia i wiedzy, możemy wypracować rozwiązania, które będą odpowiadać współczesnym wyzwaniom, a jednocześnie w dalszej 5- czy 10-letniej perspektywie nie okażą się szkodliwe dla interesu Adwokatury, ale także dla interesu publicznego i jego ochrony.

Odpowiedzią na wymienione wyżej potrzeby części środowiska adwokackiego, w większości socjalne, choć również ekonomiczne, jak i organizacyjne (poszerzenie form wykonywania zawodu poprzez pracę w urzędach, agencjach i innych organach państwowych oraz w działach prawnych prywatnych korporacji), może być stosunek pracy. Nie jest to jednak jedyne rozwiązanie.

Pojęcie stosunku pracy należy przy tym zdefiniować, gdyż można je rozumieć w różnoraki sposób. Po pierwsze, wskazać należy, że w ramach wykonywania zawodu adwokata o stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy² nie może być mowy. Możliwe jest jednak zaproponowanie adwokatom „quasi-stosunku pracy” dostosowanego do potrzeb i funkcji pełnionych przez Adwokaturę. Zaznaczyć należy, że niezależność adwokacka, stanowiąca jeden z podstawowych pryncypiów wykonywania naszego zawodu, wyklucza konstytutywne cechy stosunku pracy, a mianowicie poległość i podporządkowanie. Ponadto należy zwrócić uwagę, że wykonywanie zawodu adwokata w formie stosunku pracy może generować trudne sytuacje konfliktu interesów, zachodzącego pomiędzy pracodawcą a adwokatem albo pomiędzy pracodawcą a innym mocodawcą adwokata. Ostatnią kwestią, która budzi szczególne wątpliwości w związku ze stosunkiem zatrudnienia, jest kwestia zachowania tajemnicy adwokackiej. Wobec powyższego konieczne jest poszukiwanie mechanizmów, które zabezpieczyłyby niezależność adwokata i tajemnicę adwokacką oraz przeciwdziałałyby ewentualnemu konfliktowi interesów.

² Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.).

1. ZAGROŻENIA ZWIĄZANE Z WPROWADZENIEM STOSUNKU PRACY

Niezależność stanowi fundament wykonywania zawodu adwokata. W kontekście współcześnie zachodzących zjawisk politycznych, społecznych i ekonomicznych nabiera ona szczególnego znaczenia. Wobec przenikania się dwóch obszarów działalności Adwokatury, to jest obszaru wymiaru sprawiedliwości (adwokat jako uczestnik w procesie stanowienia i stosowania prawa) oraz obszaru doradztwa prawnego (adwokat jako uczestnik rynku usług prawnych) i rozwijających się nowych technologii, niezależność stanowi gwarancję prawidłowego i profesjonalnego wykonywania zawodu dla ochrony interesu publicznego. Należy podkreślić, że w działalności adwokata – i to zarówno w zakresie czynności sądowych, jak i wszelkich innych działań podejmowanych w ramach udzielania pomocy prawnej – funkcjonują obok siebie elementy publicznoprawne oraz elementy relacji świadczącego profesjonalną pomoc prawną uczestnika rynku z klientem³. Publiczno-prawny element zawodu adwokata realizuje się w jego roli jako uczestnika wymiaru sprawiedliwości czuwającego nad poprawnością i prawidłowością stosowania prawa przez organy władzy publicznej, gwarantującego obywatelom dostęp do wymiaru sprawiedliwości, rzetelność procesu i realizującego swoją funkcję jako przedstawiciela zawodu zaufania publicznego⁴. W ramach niezależności adwokackiej należy wyróżnić jej aspekt wewnętrzny i zewnętrzny. T. Pietrzykowski wskazuje, że niezależność w aspekcie wewnętrznym należy rozumieć jako pewną postawę, polegającą na kierowaniu się w działalności zawodowej „wyłącznie racjami merytorycznymi oraz najlepszym rozumieniem interesu klienta, z pominięciem względów czy rachub wynikających z jakichkolwiek osobistych związków łączących prawnika z klientem, sprawą, przeciwnikiem lub osobami trzecimi”⁵. Z kolei aspekt zewnętrzny należy rozumieć jako niezależność względem organów państwa i własnego mocodawcy. Oba aspekty niezależności stanowią gwarancje prawidłowego wykonywania zawodu i wypełnienia roli społecznej przez adwokatów.

Wobec powyższego konieczne jest zabezpieczenie niezależności adwokackiej bez względu na formę wykonywania zawodu, przy czym niezależność wydaje się być nie do pogodzenia z konstytucyjną dla stosunku pracy podległością służbową. Z tego też powodu wprowadzenie możliwości wykonywania zawodu w tej formie budzi w środowisku adwokackim silne kontrowersje. Niemniej jednak czerpiąc z istniejących i funkcjonujących już rozwiązań w innych krajach Unii Europejskiej, w szczególności w Niemczech, oraz uregulowań art. 9, art. 13

³ J. Giezek, P. Kardas, *Podstawowe zagadnienia etyki adwokackiej*, Sopot 2021, s. 75.

⁴ J. Giezek, P. Kardas, *Podstawowe zagadnienia...*, s. 75; zob. szerzej A. Malicki, *Niezawisłość sędziego a niezależność adwokata w procesie*, Warszawa 2020.

⁵ T. Pietrzykowski, *Podstawowe wartości zawodów prawniczych (w:) Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, red. G. Borkowski, Lublin 2012, s. 49.

i n. ustawy o radcach prawnych⁶ można zaproponować rozwiązania tej kwestii. Należy przy tym zauważyć, że w wymienionych regulacjach niezależność adwokatów w Niemczech czy radców prawnych w Polsce zabezpiecza się poprzez wyłączenie mechanizmów podległości służbowej.

Z niezależnością adwokacką ściśle powiązana jest instytucja tajemnicy zawodowej. Ma ona również zasadnicze znaczenie dla wykonywania publiczno-prawnej roli adwokata jako uczestnika wymiaru sprawiedliwości. W ramach tajemnicy zawodowej adwokata można również wyznaczyć aspekt zewnętrzny polegający na nieujawnianiu informacji pozyskanych w związku z udzielaniem pomocy prawnej organom państwa czy też innym podmiotom zewnętrznym, a także aspekt wewnętrzny pomiędzy adwokatem a jego mocodawcą, który wyznacza zakres tej ochrony⁷. Kwestia ochrony tajemnicy adwokackiej w ramach postulowanego stosunku pracy również stanowi istotny argument części środowiska opowiadającego się przeciwko wprowadzeniu możliwości wykonywania zawodu w tej formie.

Rozważając możliwość wprowadzenia wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę, należy również przesądzić, czy konieczne jest w świetle orzeczeń TSUE wyłączenie możliwości pełnienia roli obrońcy w sprawach karnych przez adwokata, który wykonuje zawód w tej formie.

Ponadto kwestią nastroczającą wątpliwości jest możliwość łączenia zatrudnienia u jednego podmiotu z prowadzeniem indywidualnej praktyki. W tej konstelacji istotne jest wprowadzenie mechanizmów, które zapobiegałyby i przeciwdziałały ewentualnemu konfliktowi interesów, jaki może się pojawić zwłaszcza wtedy, gdy dopuścimy możliwość łączenia wykonywania zawodu u podmiotów zewnętrznych z indywidualną praktyką. Nie do pogodzenia z zasadami profesjonalnego wykonywania zawodu jest na przykład sytuacja, gdy adwokat zatrudniony przez trzy dni tygodnia w urzędzie przez pozostałe dwa dni reprezentowałby swoich mocodawców w sprawach przeciwko temu urzędowi.

Finalnie wreszcie należy rozstrzygnąć, czy rozumiemy umowę o pracę jako zatrudnienie u innego adwokata lub w spółce adwokackiej, czy też rozumiemy ją szeroko, również jako możliwość zatrudnienia u podmiotu zewnętrznego. Można bowiem wprowadzić umowę o pracę dla adwokatów jako możliwość zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wyłącznie w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim oraz w spółce cywilnej lub osobowej, w której współnikami są m.in.⁸ adwokaci.

⁶ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.), dalej u.r.p.

⁷ J. Giezek, P. Kardas, *Podstawowe zagadnienia...*, s. 76.

⁸ W spółce cywilnej lub osobowej, w której współnikami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z 5.07.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 823).

2. FUNKCJONUJĄCE ROZWIĄZANIA

Odpowiadając na pytania dotyczące wprowadzenia możliwości wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę, warto przyrzeć się regulacjom, które już funkcjonują. W tym celu poniżej przedstawię nieco różniące się regulacje wykonywania zawodu adwokata w Niemczech oraz wykonywania zawodu radcy prawnego w Polsce. Należy przy tym mieć na uwadze odrębność rynku prawnego w Niemczech, jak również odmienną rolę ustrojową i genezę zawodu radcy prawnego.

2.1. ADWOKAT W REPUBLICE FEDERALNEJ NIEMIEC

Świadczenie pomocy prawnej w Niemczech zastrzeżone jest co do zasady dla osób legitymujących się tytułem adwokata (*Rechtsanwalt*). Wyjątek stanowią usługi pozasądowej pomocy prawnej uregulowane w ustawie o usługach prawnych z 12.12.2007 r. (*Rechtsdienstleistungsgesetz*)⁹ oraz doradcy prawni. Podstawowym aktem regulującym w Niemczech wykonywanie zawodu adwokata jest federalna ustawa o adwokaturze (*Bundesrechtsanwaltsordnung*)¹⁰.

Niemieccy adwokaci, w odróżnieniu od adwokatów w Polsce, mogą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (§ 46 ust. 1 i 2 BRAO oraz § 26 regulaminu zawodowego adwokatów – *Berufsordnung für Rechtsanwälte*)¹¹, jednak wyłącznie po spełnieniu stosownych warunków. Zgodnie z cytowanym przepisem stosowne warunki to takie, które określając zakres zadań adwokata, pozwalają mu na prawidłowe wykonywanie pomocy prawnej, uwzględniając jego umiejętności i doświadczenie zawodowe oraz odpowiedzialność za wykonane zadania, zapewniają mu wynagrodzenie adekwatne do jego kwalifikacji, zadań i wartości dodanej dla pracodawcy, a także umożliwiają adwokatowi doskonalenie zawodowe i zapewniają mu właściwe odszkodowanie w przypadku klauzuli o zakazie konkurencji. Na takich samych zasadach adwokat może zatrudniać dalszych pracowników, w tym adwokatów i aplikantów adwokackich.

W dniu 16.01.2016 r. BRAO została zmieniona przez ustawę o zmianie prawa o adwokatach korporacyjnych¹² (*Syndikusrechtsanwalt*), na mocy której rozszerzono niemieckim adwokatom możliwość wykonywania zawodu na podstawie

⁹ Ustawa o świadczeniu pomocy prawnej z 12.12.2007 r. – *Rechtsdienstleistungsgesetz* (BGBl. I S. 2840).

¹⁰ Federalna ustawa o adwokaturze z 1.08.1959 r. – *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BGBl. I S. 3618), dalej BRAO.

¹¹ Regulamin wykonywania zawodu adwokata – *Berufsordnung für Rechtsanwälte Erlassen von der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer; Zuletzt geändert durch Beschluss vom 6.05.2019*, BRAKMitt. 2019, 245, dalej BORA.

¹² Ustawa o reorganizacji prawa adwokackiego i zmieniająca kodeks usług finansowych z 21.12.2015 r., z niem. *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte* (BGBl. I 2015 S. 2517).

umowy o pracę u podmiotów innych aniżeli adwokaci i spółki z ich udziałem. Zgodnie z obecnym brzmieniem § 46 BRAO adwokaci w Niemczech mogą wykonywać zawód w ramach stosunku pracy jako pracownicy pracodawców, którzy wykonują zawód adwokata, rzecznika patentowego lub w spółkach, w których prowadzą praktykę zawodową adwokaci lub rzecznicy patentowi, a także jako pracownicy osób lub spółek innych niż wyżej wymienione, wykonując zawód adwokata, pod warunkiem że w ramach stosunku pracy występują na rzecz swojego pracodawcy jako adwokaci (adwokat korporacyjny).

Podobnie jak w art. 9, 13 i n. polskiej ustawy o radcach prawnych, w niemieckiej regulacji wykonywania zawodu adwokata w formie adwokata korporacyjnego zastosowano liczne obwarowania mające na celu zachowanie niezależności adwokata w ramach świadczonej pomocy prawnej. Niemieccy adwokaci zgodnie z § 1 BRAO mają zagwarantowaną niezależność i wykonują tzw. wolny zawód (*Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*). W tym celu w ust. 3 § 46 BRAO zdefiniowano w pierwszej kolejności, że stosunek pracy adwokata korporacyjnego musi charakteryzować się niezależnością i samodzielnością oraz polegać na: badaniu zagadnień prawnych, w tym wyjaśnianiu stanu faktycznego, a także opracowaniu i ocenie możliwych rozwiązań, udzielaniu porad prawnych, kształtowaniu stosunków prawnych, w szczególności poprzez samodzielne prowadzenie negocjacji lub realizowanie roszczeń, upoważnienie do działania w imieniu pracodawcy. Następnie w ust. 4 cytowanego paragrafu wskazano, że adwokat korporacyjny, który musi stosować się do instrukcji wykluczających niezależną analizę sytuacji prawnej i indywidualną poradę prawną, nie wykonuje działalności zawodowej w sposób samodzielny. Ponadto podkreślono, że niezależność zawodowa w ramach wykonywania zawodu adwokata korporacyjnego musi być zagwarantowana umownie i faktycznie. Uprawnienia adwokata korporacyjnego do doradzania i reprezentowania ograniczone są do świadczenia usług prawnych na rzecz pracodawcy, zależnych od pracodawcy spółek i po spełnieniu dodatkowych warunków na rzecz członków pracodawcy lub osób trzecich.

Zgodnie z brzmieniem § 46a BRAO wpisanie na listę adwokatów korporacyjnych następuje na podstawie decyzji właściwej okręgowej rady adwokackiej. Po spełnieniu przez adwokata korporacyjnego wymagań ogólnych do wpisu na listę adwokatów (§ 4 BRAO), przy braku ogólnych podstaw do odmowy (§ 7 BRAO) oraz po ustaleniu, że czynności wykonywane w ramach umowy spełniają kryteria z § 46 BRAO, izba może wpisać wnioskodawcę na listę adwokatów korporacyjnych. Do wniosku dołącza się umowę o pracę, a izba może zażądać dalszych wyjaśnień i informacji zarówno od adwokata, jak i od przyszłego pracodawcy.

Zaznaczyć należy, że rynek świadczenia usług prawnych w Niemczech znacznie różni się od polskiego. Świadczenie usług prawnych zastrzeżone jest z nielicznymi wyjątkami wyłącznie dla adwokatów, szerszy jest również zakres przymusu adwokackiego, a ponadto nie funkcjonują tam – tak jak

ma to miejsce w Polsce – dwie korporacje prawnicze o zbliżonych uprawnieniach.

W Niemczech od 2016 r. istnieje możliwość zatrudnienia się przez adwokata na podstawie umowy u pracę nie tylko u innych adwokatów lub w spółkach adwokackich, lecz także u podmiotów zewnętrznych jako adwokat korporacyjny (*Syndikusrechtsanwalt*). Zakres usług prawnych świadczonych przez adwokatów korporacyjnych został ściśle określony i ograniczony do doradztwa prawnego dla konkretnego podmiotu. Ponadto adwokat korporacyjny zobowiązany jest do przedłożenia okręgowej radzie adwokackiej łączącej go z pracodawcą umowy i uzyskania każdorazowej zgody rady na świadczenie usług prawnych na rzecz danego pracodawcy. Możliwe jest łączenie wykonywania zawodu zarówno w formie adwokata korporacyjnego, jak i adwokata (*Syndikusrechtsanwalt und Rechtsanwalt*), po spełnieniu odpowiednich warunków dla każdej z tych form wykonywania zawodu i pod ścisłą kontrolą tamtejszych okręgowych rad adwokackich (*Rechtsanwaltskammern*), którym przedkłada się poszczególne umowy o pracę do zweryfikowania i które decydują również o dopuszczeniu adwokata do wykonywania zawodu w formie indywidualnej (§ 46 i § 46a BRAO).

2.2. RADCA PRAWNY W RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 1 ustawy o radcach prawnych radcowie prawni mogą wykonywać swój zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego lub w spółce osobowej, której współnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni¹³.

Wykonywaniu przez radcę prawnego zawodu w formie umowy o pracę poświęcono znaczną część regulacji zarówno w ustawie o radcach prawnych, jak i w Kodeksie etyki radcy prawnego¹⁴. Dokonując analizy tych przepisów, należy już na wstępie zauważyć, że w ramach uregulowania wykonywania zawodu radcy prawnego na podstawie umowy o pracę dostrzeżono konieczność wprowadzenia mechanizmów zabezpieczających niezależność oraz wykluczających konflikt interesów. W Kodeksie etyki radcy prawnego podkreślono, że niezależność radcy prawnego stanowi gwarancję ochrony konstytucyjnych praw i wolności obywatelskich, a także demokratycznego państwa prawnego i prawidłowego funkcjonowania całego wymiaru sprawiedliwości, którego elementem

¹³ Prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z 5.07.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 823).

¹⁴ Uchwała 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych w sprawie Kodeksu etyki radcy prawnego z 22.11.2014 r. (K.Rad.Prawn. z 2014 r. poz. 110), dalej Kodeks etyki radcy prawnego lub KERP.

jest zawód radcy prawnego jako zawód zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP)¹⁵. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 2 KERP radca prawny, przy wykonywaniu czynności zawodowych, powinien być wolny od wszelkich wpływów wynikających z jego osobistych interesów, nacisków z zewnątrz oraz ingerencji z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Wyrażone przez kogokolwiek polecenia, ograniczające niezależność sugestie czy wskazówki nie mogą wpływać na prezentowane przez niego stanowisko w sprawie. Zasada niezależności wybrzmiewa z art. 13 u.r.p., według którego radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej.

Należy zauważyć, że również radcowie prawni mieli wątpliwości odnośnie do możliwości zagwarantowania im faktycznej niezależności w ramach wykonywania tego zawodu w formie umowy o pracę. Obecnie wskazuje się, że były one nieuzasadnione z uwagi na regulacje wykonywania czynności zawodowych w ramach zatrudnienia zawarte zarówno w ustawie o radcach prawnych, jak i w przepisach art. 25–30 KERP dotyczących unikania konfliktu interesów¹⁶. Artykuł 9 u.r.p. stanowi bowiem, że radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej, a jeśli jednostka organizacyjna zatrudnia dwóch lub więcej radców prawnych, jednemu z nich powierza się koordynację pomocy prawnej w tej jednostce. Podobnie radca prawny zatrudniony w organie państwowym lub samorządowym podlega wyłącznie jego kierownikowi. Podkreślić należy, że radcy prawnemu nie można polecać wykonywania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej. Ochronę niezależności radcy prawnego w ramach wykonywania zawodu na podstawie stosunku pracy zapewnia również przepis art. 19 u.r.p., zgodnie z którym rozwiązanie umowy o pracę z radcą prawnym z powodu nienależytego wykonywania obowiązków może nastąpić wyłącznie po uprzednim zaciągnięciu opinii rady okręgowej izby radców prawnych.

Przepis art. 25 ust. 1 KERP stanowi, że radca prawny nie może zajmować się sprawami ani w jakikolwiek sposób uczestniczyć w czynnościach, które ograniczałyby jego niezależność, uwłaczały godności zawodu, podważały do niego zaufanie albo groziły naruszeniem tajemnicy zawodowej. Następujące po tym przepisie regulacje precyzują go, wskazując, kiedy ze względu na potencjalny konflikt interesów radca prawny nie może świadczyć pomocy prawnej, doradzać ani pełnić roli obrońcy lub pełnomocnika.

Należy zauważyć, że przedstawione regulacje w odmienny sposób uregulowały możliwość wykonywania zawodu na podstawie umowy o pracę. Odmienności te wynikają z różnicy pomiędzy funkcjonowaniem rynku pomocy

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja RP.

¹⁶ *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 7.

prawnej w Polsce i w Niemczech oraz z odmiennej genezy tych korporacji zawodowych. W Niemczech możliwość wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę u podmiotów zewnętrznych (adwokat korporacyjny) wprowadzono dopiero 5 lat temu, wcześniej takiej możliwości nie było. Ponadto w Niemczech nie istnieją – tak jak ma to miejsce w Polsce – dwie korporacje zawodowe prawników o zbliżonych funkcjach i uprawnieniach (to jest adwokaci i radcowie prawni). Z kolei ewolucja zawodu radcy prawnego w Polsce była odwrotna, gdyż rozpoczęła się od wykonywania tego zawodu wyłącznie na podstawie umowy o pracę. Rozszerzenie uprawnień zawodowych radców prawnych, w szczególności o możliwość występowania w roli obrońcy w sprawach karnych¹⁷, spowodowała konieczność wprowadzenia zmian zarówno w ustawie o radcach prawnych, jak i w Kodeksie etyki radcy prawnego¹⁸. Zmiany te miały między innymi na celu zagwarantowanie niezależności oraz zapobieganie konfliktowi interesów w ramach wykonywania czynności zawodowych. Pomimo wskazanych odmienności obie przedstawione regulacje położyły szczególny nacisk na zapewnienie niezależności wykonywania czynności zawodowych oraz przeciwdziałanie konfliktowi interesów.

3. INNE ROZWIĄZANIA

Z powyższymi i innymi problemami przyjdzie się zmierzyć Adwokaturze w sytuacji, gdy będziemy rozważać wprowadzenie możliwości wykonywania zawodu adwokata w ramach umowy o pracę. Nie oznacza to jednak, że nie powinniśmy szukać możliwości zaspokojenia zgłaszanych przez znaczną część środowiska potrzeb. Czy odpowiedzią na te potrzeby, a przynajmniej zdecydowaną większość z nich, nie może być inne rozwiązanie?

W tym miejscu podnieść należy, że w ustawie regulującej wykonywanie zawodu adwokata istnieje obszerna regulacja, która obejmuje w znacznej części zgłaszane postulaty socjalne. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 17 p.o.a. zespół adwokacki jest jednostką organizacyjną adwokatury. Wykonywanie zawodu adwokata w ramach zespołu adwokackiego zostało szczegółowo uregulowane w art. 17–35 p.o.a. W przepisach tych jest mowa o zabezpieczeniu socjalnym adwokatów wykonujących zawód w tej formie, a także o prawie do urlopu w związku z niezdolnością do pracy oraz do urlopu macierzyńskiego. Przepis art. 23 p.o.a. zapewnia adwokatowi w ramach zespołu adwokackiego prawo do udziału w pracach i w dochodzie zespołu, z wyjątkiem okresu nie-

¹⁷ Na mocy ustawy z 22.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247) art. 82 Kodeksu postępowania karnego otrzymał brzmienie: „Obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury lub ustawy o radcach prawnych”.

¹⁸ P. Skuczyński, *Nowy Kodeks etyki radcy prawnego – nowy model relacji z klientem?*, „Monitor Prawniczy” 2015/12, s. 625.

zdolności do pracy spowodowanej chorobą lub macierzyństwem, a także do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego.

Możliwość wykonywania zawodu w formie zespołu adwokackiego stanowi zatem odpowiedź na część zgłaszanych potrzeb, choć należy również zgodzić się, iż jest to forma przestarzała i zdaje się, że w większości izb adwokackich zapomniana. Niemniej jednak stanowić może z zastrzeżeniem licznych postulatów *de lege ferenda* punkt wyjścia do wprowadzenia adwokackiej formy zatrudnienia gwarantującej zabezpieczenie socjalne i ekonomiczne dla adwokatów rozpoczynających wykonywanie zawodu, dla adwokatów będących rodzicami oraz dla seniorów. Wydaje się być zasadne skorzystanie z istniejącej regulacji, której cele i funkcje są tożsame ze zgłaszanymi postulatami.

Kolejnym proponowanym rozwiązaniem jest wprowadzenie rozwiązań ustawowych dla adwokatów oraz innych zawodów zaufania publicznego w ramach ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Takie sformułowanie omawianego zagadnienia wprowadza problematykę w szerszy kontekst zainteresowanych podmiotów, co – zważywszy na pragmatykę procesu legislacyjnego – jest zdecydowanie podejściem wartym rozważenia. Nie można bowiem zapominać, że Adwokatura nie stanowi prawa, nie posiada inicjatywy ustawodawczej. W gestii Adwokatury leży wyłącznie proponowanie rozwiązań, które zdobędą poparcie i tym samym zostaną przegłosowane w ramach procesu legislacyjnego. Wątpliwość budzi jedynie, czy możliwe będzie pogodzenie interesów wszystkich zainteresowanych grup społecznych, ale jeśli takie rozwiązanie zostanie wypracowane, to wydaje się, że ma ono duże szanse na zdobycie szerszego poparcia społecznego i przejście procedury legislacyjnej.

4. WNIOSKI

Przedstawione wyżej możliwości nie wyczerpują katalogu rozwiązań rozważanego problemu, z pewnością istnieją również inne i Adwokatura ze swoim olbrzymim potencjałem jest w stanie je wypracować.

Podczas poszukiwania rozwiązań nie można zapominać, że adwokat wykonuje zawód zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 Konstytucji RP. Ustawowa niezależność, w tym zakaz wykonywania zawodu adwokata na podstawie umowy o pracę (art. 4b ust. 1 pkt 1 p.o.a.), stanowią gwarancję właściwego wykonywania zawodu dla ogółu obywateli. Adwokaci jako element wymiaru sprawiedliwości zapewniają obywatelom prawo do rzetelnego procesu i dostęp do sprawiedliwości, czuwając nad właściwym stosowaniem prawa przez organy władzy publicznej. Stąd też niezależność przedstawicieli tego zawodu od organów publicznych i samorządowych oraz od innych podmiotów zewnętrznych jest kluczowa dla prawidłowego reprezentowania interesów obywateli zwracających się po pomoc prawną do adwokatów.

Zważywszy na fakt, że Adwokatura działa w dwóch przenikających się wzajemnie obszarach wymiaru sprawiedliwości i doradztwa prawnego, warto zastanowić się nad rozwiązaniami pośrednimi. Należy zauważyć, że dopuszczenie możliwości wykonywania zawodu w formie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w kancelarii adwokackiej lub zespole adwokackim, a także w spółkach cywilnych lub osobowych, w których współnikami są m.in.¹⁹ adwokaci, stanowi odpowiedź na większość zgłaszanych postulatów. Możliwe jest wprowadzenie takiego rozwiązania obok bądź zamiast zespołów adwokackich uregulowanych w art. 17 i n. p.o.a. Zręby tej regulacji istnieją, należy ją przekształcić w sposób umożliwiający jej współczesne funkcjonowanie. W pewnym zakresie wprowadzenie możliwości zatrudnienia adwokata w kancelarii adwokackiej czy spółkach cywilnych lub osobowych, w których współnikami są adwokaci, usankcjonuje funkcjonujący obecnie stan faktyczny, gdyż jest wielu adwokatów wykonujących zawód w formie świadczenia pomocy prawnej wyłącznie na rzecz jednej kancelarii. Szerszą i zdecydowanie wartą uwagi propozycją jest wprowadzenie rozwiązań dla zawodów zaufania publicznego w ramach ustawy o ubezpieczeniach społecznych. Z kolei stworzenie możliwości zatrudnienia adwokata u podmiotów zewnętrznych (organów publicznych i samorządowych lub podmiotów prywatnych) kreowałoby nową rzeczywistość, która zdaje się być trudna do pogodzenia z podstawowymi funkcjami i zadaniami Adwokatury w wymiarze sprawiedliwości, a także z interesem publicznym. Adwokatura jest ustawowo powołana do współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa (art. 1 p.o.a.). Pełnienie roli gwaranta praw i podstawowych wolności obywatelskich leży zarówno w interesie obywateli, jak i Adwokatury, która tym aspektem wyróżnia się na tle innych zawodów prawniczych.

Czy i w jakim kierunku pójdziemy, rozstrzygnie wrześniowy Krajowy Zjazd Adwokatury. Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Warszawie uchwałą nr 6 z 30.01.2021 r. zaleciło delegatom na KZA popieranie kierunków aktywności samorządu adwokackiego, opowiadając się za wprowadzeniem możliwości wykonywania zawodu na podstawie umowy o pracę z wyłączeniem obron w sprawach karnych. Czas pokaże, czy to stanowisko zdobędzie szersze poparcie wśród pozostałych delegatów.

¹⁹ W spółce cywilnej lub osobowej, w której współnikami są adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z 5.07.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 823).

ABSTRACT

Agata Koschel-Sturzbecher

The author is an advocate (District Bar Association in Poznan), a member of the Commission of Ethics, Legal Practice and Profession of Advocate at the Polish Bar Council.

The employment relationship and the practice of the profession of an advocate

The article discusses considerations on the possibility of practising advocacy in the form of an employment relationship. The author presents the needs reported by advocates and evaluates them taking into account the necessity of advocacy independence and the protection of public interests. Comparisons between the regulations of the advocate profession in Germany and the attorney-at-law profession in Poland are explained. In addition, proposals for the development of the existing regulations related to practising the profession of an advocate in advocate's teams are described.

Keywords: *advocacy, employment contract, advocate's teams, advocate's independence, advocate's confidentiality*

Agata Koschel-Sturzbecher

e-mail: a.koschel-sturzbecher@adwokaci-ks.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Poznaniu), członkiem Komisji ds. Etyki, Praktyki Adwokackiej i Wykonywania Zawodu Naczelnej Rady Adwokackiej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Giezek Jacek, Kardas Piotr, *Podstawowe zagadnienia etyki adwokackiej*, Sopot 2021

Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz, red. T. Scheffler, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 7

Malicki Andrzej, *Niezawisłość sędziego a niezależność adwokata w procesie*, Warszawa 2020

Pietrzykowski Tomasz, *Podstawowe wartości zawodów prawniczych (w:) Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, red. G. Borkowski, Lublin 2012

Skuczyński Paweł, *Nowy Kodeks etyki radcy prawnego – nowy model relacji z klientem?*, „Monitor Prawniczy” 2015/12

FForum adwokackie

Patrycja Brózek

CZY ADWOKACI POWINNI SIĘ REKLAMOWAĆ?

Na gruncie obecnie obowiązującego porządku prawnego adwokat, który reklamuje świadczone przez siebie usługi, podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej. W związku z wieloma ograniczeniami w tej materii adwokaci poszukują różnych alternatywnych rozwiązań mogących służyć promocji świadczonych przez siebie usług. Należy jednak mieć na uwadze to, że adwokatura nie jest stricte przedsiębiorstwem. Można nawet powiedzieć, że adwokaci nie świadczą usług, tylko udzielają pomocy prawnej. Problematyka związana z reklamą w tej branży na tle tak licznej obecnie konkurencji wydaje się zagadnieniem ważnym i wymagającym pogłębionych refleksji.

Odpowiedzi wymagają następujące pytania: czy adwokaci rzeczywiście powinni się reklamować; czy jest to w ich pracy niezbędne; czy przepisy aktualnie obowiązujące w tym zakresie są zbyt restrykcyjne, a jeśli tak, to w jakim stopniu powinny one ulec złagodzeniu i w jakim kierunku powinny nastąpić zmiany: jak we współczesnych realiach rynku usług prawniczych adwokaci mogą promować swoje usługi zgodnie z prawem, bez naruszania obowiązującego ich zakazu reklamy; jakie obecnie posiadają oni w tym zakresie skuteczne narzędzia do wykorzystania? Środowisko adwokackie jest w tej materii podzielone, część z nich uważa, że żadne zmiany nie są potrzebne; inni twierdzą, że pewne modyfikacje są wskazane, przy czym potrzebna jest również większa kontrola „działalności” adwokatów w Internecie. Próba rozwiązania zarysowanych wątpliwości i odpowiedzi na powyższe pytania jest przedmiotem rozważań niniejszej publikacji.

Reklama to informacja, która ma na celu skłonienie do kupna lub korzystania z określonych towarów lub usług, czy też popieranie pewnych idei. Jest to rodzaj komunikowania obejmujący techniki oraz działania podejmowane w celu zwrócenia uwagi na określony produkt, usługę lub sprawę. Pierwotnie główną jej funkcją było przede wszystkim udzielanie informacji o konkretnych towarach i źródłach ich zakupu, natomiast aktualnie w dużej mierze spełnia ona funkcję prezentacji, kształtowania popytu, tworzenia i utrzymywania rynków zbytu. W tym celu podmioty korzystające z niej wykorzystują różne środki wizualne (ogłoszenia prasowe, plakaty, telewizję, filmy, wystawy itp.) oraz akustyczne (radio, informację telefoniczną itp.)¹. Do istotnych cech reklamy można zaliczyć jej różnorodność oraz elastyczność form, w jakich może ona występować. Niewątpliwie ważną rolę odgrywa w tej kwestii ciągły rozwój środków masowego przekazu, ponieważ w dużym zakresie to za ich pośrednictwem przedsiębiorcy wpływają na decyzje potencjalnych konsumentów w kwestii wyboru, a następnie nabycia prezentowanego dobra lub usługi². Można również przy tym zauważyć, że działanie komunikatu reklamowego nastawione jest bardzo często nie tyle na przekazanie istotnych informacji o określonym produkcie, ile raczej na wzbudzanie odpowiednich emocji z nim związanych u potencjalnego odbiorcy. Bezspornie reklama jest ściśle powiązana z gospodarką wolnorynkową, bowiem dzięki swobodzie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej wytworzył się stan silnej konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi, które dążą do optymalnego osiągania zysków poprzez sprzedaż wytwarzanych przez siebie towarów lub usług. Należy jednak wskazać, że nie wszystkie takie podmioty mogą w swojej działalności korzystać z jej „dobrodziejstw”. Jedną z takich grup objętych zakazem reklamy są adwokaci. Na gruncie obecnie obowiązującego porządku prawnego adwokat, który reklamuje świadczone przez siebie usługi, podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej. W związku z wieloma ograniczeniami w tej materii poszukują oni zatem różnych alternatywnych rozwiązań mogących służyć promocji świadczonych przez nich usług. Można stwierdzić, że szczególnie w ostatnim czasie domaganie się przez adwokatów możliwości reklamowania swoich usług wzrosło na sile. Wielu określa to mianem budowania wizerunku w przestrzeni publicznej. Jednak takie budowanie wizerunku oraz wiążące się z tym pozyskiwanie klientów powinno mieć jasno określone granice i nie może być nadmierne³. Właściwe oraz efektywne zarządzanie kancelarią adwokacką opiera się w dużym stopniu na budowaniu pozytywnych relacji z aktualnymi, a także potencjalnymi klientami. Umiejętność odpowiedniego nawiązywania oraz pielęgnowania takich kontaktów wpływa na dalszą rekomendację usług konkretnego prawnika. Jednak trzeba mieć przy tym na

¹ *Encyklopedia Gazety Wyborczej*, Kraków 2005, t. 15, s. 472.

² E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków 2002, s. 28–32.

³ Zob. S. Śniechórski, *Etos adwokatury a reklama*, „Palestra” 2005/3, s. 137–139.

uwadze to, że adwokatura nie jest *stricto* przedsiębiorstwem⁴. Można by nawet powiedzieć, że adwokaci nie świadczą usług, tylko udzielają pomocy prawnej. Problematyka związana z reklamą w tej branży na tle tak licznej obecnie konkurencji wydaje się być zagadnieniem w ostatnim czasie szczególnie aktualnym i w związku z tym wymagającym pogłębionych refleksji. Trzeba bowiem odpowiedzieć na pytania, czy adwokaci rzeczywiście powinni się reklamować, czy jest to w ich pracy niezbędne, czy aktualnie obowiązujące przepisy regulujące tę materię są zbyt restrykcyjne, a jeśli tak, to w jakim stopniu powinny one ulec złagodzeniu (w jakim kierunku powinny nastąpić zmiany), jak we współczesnych realiach rynku usług prawniczych zgodnie z prawem mogą promować swoje usługi adwokaci, tak aby nie naruszyć obowiązującego ich zakazu reklamy, jakie obecnie posiadają oni w tym zakresie skuteczne „narzędzia” do wykorzystania? Środowisko adwokackie jest w tej materii nieco podzielone, część z nich uważa bowiem, że jakiegokolwiek zmiany w tej kwestii nie są potrzebne, inni zaś twierdzą, iż pewne modyfikacje są wskazane, przy czym potrzebna jest również większa kontrola „działalności” adwokatów w Internecie. Próba rozwiązania zarysowanych wątpliwości i odpowiedzi na postawione powyżej pytania będzie zatem przedmiotem rozważań w ramach niniejszej publikacji.

PROBLEM DEFINICJI REKLAMY, ANTYREKLAMY, KRYPTOREKLAMY

Na wstępie niniejszych rozważań należy zauważyć, że w polskim porządku prawnym nie ma uniwersalnej definicji reklamy, ponieważ w różnorodnych ustawach oraz wiążących Polskę umowach międzynarodowych zawarte są określone definicje tego pojęcia sformułowane na potrzeby stosowania konkretnego aktu. Różnice pomiędzy nimi wyeksponowane są przede wszystkim poprzez wskazanie cech charakterystycznych dla reklamy rozumianej przez pryzmat materii, którą konkretna ustawa reguluje. W konsekwencji tego na gruncie prawa polskiego istnieje wiele funkcjonujących obok siebie definicji pojęcia „reklama”. Taka definicja została sformułowana m.in. w ustawie z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji⁵, w świetle art. 4 ust. 17 „reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzającą do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja”. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 26.01.2006 r. stwierdził, że „Reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. przez uży-

⁴ Zob. M. Szydło, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Przegląd Sądowy” 2004/2, s. 18–19.

⁵ Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 1993 r. nr 7 poz. 34 ze zm.).

cie określić odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu nasuwającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług”⁶. Z definicji tej zatem wynika, że w zasadzie każda reklama jest wypowiedzią, ale nie każda wypowiedź to reklama. Reklama to taka wypowiedź, która zachęca potencjalnych klientów do zakupu określonych towarów lub usług. Przeciwnymi do reklamy pojęciami, a zarazem mającymi pewne szczególne znaczenie, są m.in. „kryptoreklama (ukryta reklama)” i „antyreklama” (potocznie tzw. czarny PR). Zgodnie z art. 7 pkt 11 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁷ w każdych okolicznościach nieuczciwą praktyką rynkową jest m.in. kryptoreklama, która polega na wykorzystywaniu w środkach masowego przekazu treści publicystycznych w celu promocji określonego produktu w sytuacji, gdy przedsiębiorca za tę promocję zapłacił, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta. Jest ona zatem rodzajem czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z polskim prawem „kryptoreklama” jest niedozwolona⁸. Natomiast „antyreklama” to, ogólnie rzecz ujmując, całkowite przeciwieństwo reklamy, które ma na celu ukazać złe „oblicze” określonej usługi lub produktu. Stosowane w takich sytuacjach przez określone podmioty różnego rodzaju metody i działania mają najczęściej na celu zdyskredytowanie innego konkretnego podmiotu (tzw. przeciwnika) w oczach m.in. opinii publicznej.

ZAKAZ REKLAMY NA TLE KODEKSU ETYKI ADWOKACKIEJ

Wszelkie kwestie związane z obowiązującym aktualnie adwokatów zakazem reklamy są uregulowane w Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu⁹. Z jego treści jednoznacznie wynika, że na gruncie obecnego stanu prawnego (§ 23 KEA) adwokatów obowiązuje zakaz reklamowania swoich usług, jak również zakaz pozyskiwania klientów w sposób sprzeczny z godnością zawodu oraz współpracy z podmiotami pozyskującymi klientów z naruszeniem prawa lub zasad współżycia społecznego. Powoduje to, że znajdują się oni w mniej korzystnej sytuacji niż radcowie prawni¹⁰, doradcy podatkowi czy też inne pod-

⁶ Wyrok SN z 26.01.2006 r. (V CSK 83/05), LEX nr 191239.

⁷ Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2016 r. poz. 3).

⁸ Zob. A. Tomaszek, *Kryptoreklama a działalność adwokacka*, „Palestra” 1992/9–10, s. 10–13.

⁹ Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami Naczelnej Rady Adwokackiej nr 33/2011–54/2011 z 19.11.2011 r. oraz uchwałą 64/2016 Naczelnej Rady Adwokackiej z 25.06.2016 r., <https://www.ora-warszawa.com.pl/wp-content/uploads/2018/04/Kodeks-Etyki-Adwokackiej.pdf> (dostęp: 6.06.2021 r.), dalej Kodeks etyki adwokackiej lub KEA.

¹⁰ W dniu 1.07.2015 r. wszedł w życie nowy Kodeks etyki radcy prawnego, w którym złączono

mioty, z którymi muszą konkurować na rynku usług prawniczych, a których zakaz reklamy nie obowiązuje. Warto przy tej okazji nadmienić, że otwarcie zawodów prawniczych na mocy ustawy z 13.06.2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów spowodowało masowe powstawanie kancelarii, natomiast popyt na usługi prawnicze nie uległ istotnemu zwiększeniu¹¹. W ostatnich latach liczba adwokatów znacząco wzrosła, co w rezultacie spowodowało duże nasycenie prawniczego rynku. W aktualnych warunkach konkurowanie o klienta wyłącznie samą jakością świadczonych usług prawniczych stało się już w wielu przypadkach niewystarczające¹². Profesjonalne i rzetelne wykonywanie zawodu przez adwokatów nadal jest dobrą formą promocji takich usług, jednak obecnie wymagane jest jeszcze podjęcie przez nich pewnych dodatkowych działań w tym zakresie. Warto przy tej okazji odnotować, że klienci nadal poza jakością świadczonych usług (nie tylko prawniczych) zwracają również uwagę na ich cenę. W świetle art. 16 pkt 1 ustawy – Prawo o adwokaturze¹³ „opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem”, jednak w dalszych punktach tego przepisu ustawodawca wyraźnie zaakcentował, że Minister Sprawiedliwości określa stawki minimalne za czynności adwokackie oraz wysokość opłat za nie przed organami wymiaru sprawiedliwości. W związku z tym możliwość konkurowania adwokatów pomiędzy sobą tylko „cenami” za świadczone usługi jest w pewien sposób ograniczona, choć oczywiście zawsze możliwa. Niewątpliwie w aktualnych warunkach kancelarie o ugruntowanej już pozycji i renomie nadal mogą oferować klientom ceny usług znacznie przewyższające stawki minimalne¹⁴. Dużo trudniej mają jednak adwokaci rozpoczynający dopiero swoją zawodową karierę lub też ci, którzy na rynku są jeszcze niezbyt długi czas. Należy więc zauważyć, że siłą rzeczy, pomimo formalnie obowiązującego zakazu reklamy, w określonym stopniu w świecie adwokatury musi ona istnieć. Pewnego rodzaju marketing nie jest oczywiście w tym przypadku całkowicie zakazany. Często wątpliwości wywołuje tutaj kwestia utożsamiania promocji z reklamą, która tak naprawdę jest tylko jednym z wielu narzędzi promocji¹⁵. Ponadto trzeba również odróżnić pojęcie reklamy od informowania o prowadzonej działalności zawodowej przez adwokatów, które w pewnym stopniu jest dozwolone. Przy tej okazji warto wspomnieć, że w piśmiennictwie wyróżnia się funkcje reklamy podstawowe oraz dodat-

przepisy w zakresie reklamy. Aktualnie obowiązujące zasady etyki nie zakazują już radcom prawnym reklamy, pod warunkiem że mieści się ona w granicach prawa oraz dobrych obyczajów, z zachowaniem jednocześnie przy tym godności zawodu.

¹¹ Ustawa z 13.06.2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r. poz. 829).

¹² E. Zadecka, *Bezwzględny zakaz reklamy kancelarii adwokackich w realiach współczesnego funkcjonowania rynku usług prawniczych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018/115, s. 98–99.

¹³ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 2320).

¹⁴ E. Zadecka, *Bezwzględny zakaz...*, s. 102.

¹⁵ Zob. R. Stefaniecki, *Reklama wolnych zawodów prawniczych na przykładzie zakazu reklamy adwokatów*, „Radca Prawny” 2003/6, s. 52–53.

kowe. Do podstawowych funkcji zalicza się funkcje: agitacyjną, informacyjną, ułatwiającą wybór oraz stabilizującą. Natomiast funkcje dodatkowe reklamy to: oddziaływanie na kształtowanie cen oraz funkcja gwarancyjna w zakresie jakości i poziomu świadczenia usług¹⁶.

ZAKRES DOPUSZCZALNEJ INFORMACJI O ŚWIADCZONYCH USŁUGACH

Wpływ na kształtowanie wizerunku adwokata w przestrzeni publicznej ma zakres dopuszczalnej informacji o świadczonych przez siebie usługach. Należy zatem zastanowić się, czy na gruncie aktualnego porządku prawnego jest on wystarczający, czy może (tak jak twierdzi duża część adwokatów) zbyt restrykcyjny. W treści § 23a pkt 1 KEA ustawodawca precyzyjnie określił dopuszczalne sposoby informowania przez adwokatów o swojej działalności. W świetle tego przepisu adwokat ma prawo do informowania o swojej działalności zawodowej, ale pod warunkiem, że taka informacja i jej forma jest: a) zgodna z zasadami Zbioru...; b) zgodna z przepisami obowiązującymi, zwłaszcza dotyczącymi ochrony konsumentów oraz zwalczania nieuczciwej konkurencji; c) dokładna i niewprowadzająca w błąd; d) przekazywana z poszanowaniem tajemnicy zawodowej; e) nieukierunkowana na udzielenie adwokatowi konkretnego zlecenia, z zastrzeżeniem postanowień zawartych w § 23a ust. 2 lit. b¹⁷. Zatem każdy adwokat ma prawo do informowania w pewnym zakresie o prowadzonej przez siebie działalności zawodowej. Natomiast dozwolone sposoby informowania o takiej działalności zostały wyszczególnione w treści § 23a pkt 2 KEA i są to między innymi: możliwość posiadania przez adwokatów strony internetowej, tablicy przy siedzibie kancelarii, wydawania informatorów i broszur oraz wpisów w bazach adresowych i książkach telefonicznych. Z treści KEA wynika, że takie informacje nie mogą mieć natarczywej treści ani zawierać bezpośrednich porównań w zakresie jakości świadczonych usług z innymi adwokatami oraz członkami innych korporacji prawniczych lub ich krytyki, a także zawierać jakichkolwiek elementów ocennych. Informacja zawierająca ocenę jakości świadczonych usług jest traktowana jako reklama. Co ciekawe, a często aktualnie przez wiele kancelarii naruszane, za niezgodne z etyką uważa się informowanie przez adwokatów o wynikach swojej pracy (a więc np. o miejscach zajętych w rankingach prawniczych czy też o wygranych sprawach). Naruszany jest często również przez nich zakaz zabraniający zlecenia osobom trzecim rozpowszechniania informacji o działalności konkretnego adwokata. Trzeba jednak stwierdzić, że pomiędzy reklamą a informacją istnieje bardzo

¹⁶ E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 28–32.

¹⁷ § 23a pkt 2 lit b: „Adwokat może informować o świadczonej pomocy prawnej w sposób zgodny z regułami niniejszego «Zbioru» poprzez: oferty w postępowaniu o charakterze przetargu lub konkursu oraz oferty złożone na wyraźne życzenie potencjalnego klienta. W ofertach tych dozwolone jest podawanie informacji o działalności zawodowej adwokata, które mogą mieć znaczenie przy ocenie tej oferty”.

cienka linia. Ogólnie można przyjąć, że informacja ma na celu przede wszystkim dostarczenie obiektywnych danych technicznych o określonym produkcie lub usłudze. Klienci powinni mieć możliwość wiedzieć, jakie wykształcenie oraz doświadczenie posiada konkretny adwokat. Dzięki takiego typu informacjom jest im czasami łatwiej znaleźć adwokata „poszukiwanego” *in concreto* w ramach ściśle określonej dziedziny prawa. Szczególne znaczenie odgrywa tutaj również kwestia specjalizacji. Biorąc pod uwagę powyższe, można uznać, że pomimo zarzutów czynionych w tym kierunku przez część przedstawicieli palestry zakres dozwolonych informacji, jakich mogą udzielać adwokaci w związku z prowadzoną przez nich działalnością, jest obecnie dość szeroki. Ponadto swoją renomę i klientów powinni oni zdobywać przede wszystkim poprzez świadczenie wysokiej jakości pracy merytorycznej, a nie poprzez zdjęcia na billboardach czy spoty reklamowe. Konkurowanie jakością usług ma bowiem ten cenny i ważny atut, że wymaga szczególnego zaangażowania w wykonywaną pracę, co w przypadku adwokatów jest niezmiernie istotne.

DOZWOLONE INSTRUMENTY MARKETINGU PRAWNICZEGO (MARKETING RELACJI)

W związku ze wskazanymi powyżej ograniczeniami w zakresie braku możliwości korzystania oficjalnie przez adwokatów z reklamy aktualnie, aby móc promować swoje usługi, wykorzystują oni różne instrumenty marketingu prawniczego. Pomimo obowiązującego ich zakazu mogą oni wykorzystywać wiele innych metod służących popularyzowaniu ich usługi, aczkolwiek muszą przy tym oczywiście przestrzegać odpowiednich zasad etyki. Można nawet uznać, że w związku z rozwojem nowych technologii możliwości, jakie posiadają w tym zakresie, okazują się być czasami o wiele bardziej skuteczne niż reklama. Ogólnie pojęcie marketingu usług prawniczych można zdefiniować jako pewnego rodzaju proces orientacji prawnika na otoczenie, zwłaszcza na klienta (potencjalnego, ale również tego już „posiadanego”), w celu rozpoznania jego potrzeb i dostarczenia adekwatnych do tych potrzeb określonych usług. Zatem chodzi tutaj między innymi o uświadomienie klientom potrzeby (konieczności) korzystania z usług prawniczych (w tym świadczonych przez kancelarie adwokackie) i związanych z tym korzyści¹⁸. Różnorodne działania i inicjatywy podejmowane przez prawników w tym zakresie mają na celu nie tylko pozyskanie nowych klientów, ale również utrzymanie właściwych relacji z tymi klientami, którzy już są. W związku z tym zjawisko to określa się czasami mianem tzw. marketingu relacji (*relationship marketing*) na rynku usług prawniczych, czyli tworzeniem, utrzymywaniem i wzbogacaniem relacji z klientami. Zatem, jak sama nazwa wskazuje, szczególne znaczenie ma tutaj próba zbudowania mocnej więzi

¹⁸ Zob. S. Ciupa, *W poszukiwaniu koncepcji – kształt zakazów etycznych obowiązujących radców prawnych w obszarze marketingu i sprzedaży usług oraz ewentualne skutki ich zniesienia*, „Radca Prawny” 2007, wydanie specjalne, s. 75–86.

z klientem, opartej na dialogu. Zbieranie informacji o klientach i tworzenie odpowiednich baz danych jest często fundamentem tego typu działań. Natomiast sam przekaz określonych treści jest efektywny i trafny tylko wówczas, kiedy będzie on nastawiony na indywidualne potrzeby klientów. Duża część kancelarii adwokackich korzysta obecnie z takich form komunikacji, jak np. strony internetowe; profile na portalach społecznościowych (np. Instagram, Facebook, Twitter)¹⁹; serwisy zrzeszające specjalistów z różnych dziedzin (np. LinkedIn, GoldenLine); blogi, a nawet wideoblogi²⁰. Ponadto w celu promowania swoich usług wykorzystują oni również nadal tradycyjne środki masowego przekazu, tj. prasę, telewizję czy radio²¹. Niektórzy z adwokatów łączą swój zawód z pracą naukową na uczelniach, publikują artykuły w prestiżowych czasopismach prawniczych, uczestniczą w konferencjach, udzielają pomocy prawnej *pro publico bono*, wydają informatory. Niewątpliwie wszelkie takiego typu działania również pomagają w budowaniu marki oraz wizerunku kancelarii adwokackich²². Natomiast biorąc pod uwagę powyższe, można stwierdzić, że dozwolony zakres promocji usług adwokackich jest na tyle szeroki, że nie jest konieczne poszerzanie ich jeszcze o reklamę. Można nawet przyjąć, że nadmierna reklama usług adwokackich mogłaby czasami doprowadzić do obniżenia prestiżu tego zawodu i jego nadmiernej komercjalizacji. Wprawdzie młodzi prawnicy wkraczający na ten trudny rynek powinni mieć zapewnione odpowiednie szanse na zaprezentowanie swoich umiejętności, osiągnięć czy specjalności, jednak mogą to zrobić, wykorzystując aktualnie dostępne środki, a renomę zdobywać wraz z doświadczeniem.

Aktualnie bardzo popularną i chętnie wykorzystywaną formą promowania usług świadczonych przez kancelarie adwokackie są serwisy społecznościowe, tj. Facebook, Instagram²³. W tej kwestii KEA nie zawiera obecnie żadnych wyraźnych uregulowań i wydaje się, że unormowanie tej sfery jest chyba w obecnych warunkach konieczne. Adwokaci obecnie bardzo często z tej formy korzystają, aczkolwiek również i tutaj powinni zachować dużą ostrożność, aby nie zostać posądzonym o nieuczciwe praktyki. Mogą oni w ten sposób przekazywać różne informacje branżowe dla aktualnych oraz potencjalnych klientów, tj. obiektywne materiały eksperckie czy też newsy podawane przez media, a także w inny sposób próbować nawiązywać relacje z ludźmi w celu wypromowania się. Niewątpliwie oferowanie tą drogą wartościowych merytorycznych treści pomaga w budowaniu wizerunku konkretnego adwokata, jednakże powinno mieć to swoje określone granice, których nie powinni oni

¹⁹ Zob. szerzej A. Jabłoński, *Skuteczna reklama na Facebooku*, Warszawa 2019.

²⁰ E. Ządęcka, *Bezwzględny zakaz...*, s. 102.

²¹ Adwokaci mogą zamieszczać informacje prasowe, jednak muszą być one zaprezentowane według reguł ściśle określonych uchwałą Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej nr 48/2006 z 7.03.2006 r. w sprawie zasad zamieszczania informacji prasowych bezpośrednio związanych z pomocą prawną świadconą przez adwokata.

²² E. Ządęcka, *Bezwzględny zakaz...*, s. 103–104.

²³ Zob. K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, Warszawa 2008, s. 14–15.

przekraczać. Ciekawą formą są też blogi, czyli tzw. internetowe dzienniki, i w tym przypadku adwokaci również muszą pamiętać o tym, aby nie naruszyć obowiązującego ich obecnie zakazu. Takiego typu naruszeniem nie będzie np. wypowiedzenie się za pomocą tego środka przekazu odnośnie do nowych uregulowań w prawie ani też proponowanie czytelnikowi bloga zapisania się do newslettera zawierającego publikowane przez adwokatów artykuły oraz podstawowe dane o kancelarii, w takiej bowiem sytuacji to sam internauta decyduje, czy chce zostawić swój adres e-mail, czy też nie. Niestety działalność adwokatów w Internecie przekracza często dopuszczalne bariery (wymyka się spod kontroli) i w związku z tym to właśnie ten obszar powinien być odpowiednio uregulowany i doprecyzowany przez adwokackie władze, ponieważ w związku z rozwojem nowych technologii „świat” adwokackiej reklamy i promocji usług przeniósł się głównie tutaj.

PROBLEM POZYCJONOWANIA W WYSZUKIWARCE (GOOGLE ADWORDS)

W KEA ustawodawca nie sformułował jednoznacznych ograniczeń w kwestii dopuszczalnego zakresu wykorzystania Internetu przez adwokatów w celu promowania świadczonych przez nich usług. Nie ulega jednak wątpliwości, że najbardziej powszechną formą promocji w Internecie jest strona internetowa. Na tym tle wyłania się od razu pierwsze istotne pytanie, a mianowicie o możliwość pozycjonowania w wyszukiwarce, w szczególności o wykorzystanie w tym zakresie Google AdWords. Należy tutaj zwrócić uwagę na ciekawe i przełomowe orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury w kwestii tzw. reklamy adwokackiej, który wypowiedział się odnośnie do tej problematyki na kanwie konkretnej sprawy w dniu 22.10.2016 r.²⁴ W orzeczeniu tym WSD stwierdził, że prawnicy w celu promowania swoich usług mogą korzystać z różnorodnych dobrodziejstw Internetu, pod warunkiem że nie dokonują tam jawnej reklamy. Doprecyzował on przy tym, że adwokaci powinni korzystać z możliwości oferowanych przez Internet w zakresie określonym przez przepisy obowiązującego prawa oraz zasady etyki wykonywania zawodu, jednak „(...) zawsze powstrzymać należy się od publikowania treści wartościujących i ocennych, oraz takich, które mogą skojarzyć się z faktami czy zdarzeniami drastycznymi i mogącymi naruszyć godność zawodu adwokata. Takie bowiem informacje są jednoznacznie zakazaną formą reklamy”. Z treści § 23a pkt 2f KEA wynika, że adwokat może informować o świadczonej pomocy prawnej w sposób zgodny z regułami tego Kodeksu poprzez m.in. umieszczanie informacji na stronach internetowych oraz danych o tej stronie w wyszukiwarkach i katalogach. Zatem można uznać, że w zasadzie wyświetlanie linków w Inter-

²⁴ Zob. treść orzeczenia WSD z 22.10.2016 r. (WSD 120/15).

niecie z taką informacją nie jest jednoznacznie zabronione. Z kolei zgodnie z § 23b pkt 1 KEA „Adwokatowi nie wolno proponować usług potencjalnym klientom w formie oferty skierowanej do osób, które uprzednio nie wyraziły takiego wyraźnego życzenia”. Należy natomiast zauważyć, że reklamy AdWords wyświetlają się w odpowiedzi na konkretne hasła wpisane w wyszukiwarce. W związku z tym można przyjąć, że internauci, poszukując w ten sposób pewnych określonych informacji w Internecie, wyrażają przy tym jednocześnie chęć, aby je uzyskać. Trzeba również przy tym wskazać, że ustawodawca w § 23b pkt 6 wyraźnie zaakcentował, że za publikowanie informacji adwokat nie może płacić żadnego wynagrodzenia z wyjątkiem rozsądnych kosztów publikacji. Natomiast w przypadku kampanii AdWords koszty publikacji są dla wszystkich jednakowe. We wskazanej sprawie swoje stanowisko zajął również sąd drugiej instancji, który z kolei stwierdził, że usługa pozycjonowania w Google AdWords jest reklamą, a jej wykupienie narusza zakaz reklamy. Przy czym zaakcentował on, że zakaz ten zawarty w Kodeksie etyki jako bezwzględny jest niezgodny z obowiązującym porządkiem prawnym. I dopóki ta kwestia nie zostanie zmieniona i w stosowny sposób uregulowana, nie powinno się karać adwokatów za samo złamanie takiego zakazu. Albowiem w każdym indywidualnym przypadku trzeba najpierw przede wszystkim zbadać, czy konkretna reklama nie narusza innych zasad, np. ochrony tajemnicy zawodowej czy zasad etyki i godności zawodu. Wyższy Sąd Dyscyplinarny stwierdził również, że Kodeksu etyki adwokackiej nie można traktować jako aktu normatywnego, ponieważ nie jest on wymieniony w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa. Ma on jedynie charakter rekomendacji, zbioru zaleceń. Jego funkcją jest określenie ogólnych zasad, jakimi powinien się kierować sąd dyscyplinarny, poszukując takiej reguły na kanwie konkretnej sprawy w kontekście społecznej roli adwokatów. Wskazał on przy tym również dyrektywę unijną, tj. dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym (w szczególności art. 24), która zobowiązała państwa UE do zniesienia całkowitych zakazów związanych z informacjami handlowymi dostarczanych przez zawody regulowane. W związku z tym również adwokackie sądy dyscyplinarne powinny tę dyrektywę stosować i jej przestrzegać przy rozstrzyganiu o odpowiedzialności dyscyplinarnej konkretnego adwokata w związku z naruszeniem przez niego „adwokackiego” zakazu reklamy. Zatem w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony adwokackie sądy dyscyplinarne są zobowiązane do jej przestrzegania w procesie dekodowania normy sankcjonowanej na potrzeby rozstrzygnięcia o odpowiedzialności indywidualnej konkretnego adwokata. W konsekwencji oznacza to, że norma sankcjonowana nie powinna zawierać, jak ma to miejsce aktualnie w przypadku § 23 KEA, bezwzględnego zakazu reklamy, ponieważ jest to sprzeczne z prawem wspólnotowym. W rezultacie trzeba stwierdzić, że adwokat nie powinien ponosić odpowiedzialności dyscyplinarnej za każde korzystanie

z reklamy, ale tylko za takie, które jest niezgodne z obowiązującym w tym zakresie prawem publicznym, z ciążącymi na nim obowiązkami zawodowymi oraz z zasadami etyki i godnością zawodu. Warto przy tym nadmienić, że dyrektywa ta jest często cytowana na korzyść adwokatów w orzeczeniach sądów dyscyplinarnych w związku ze stosowaniem przez nich reklam promujących ich usługi. Biorąc pod uwagę powyższe, można więc przyjąć, że możliwość pozycjonowania stron poprzez umieszczanie danych o konkretnej stronie w katalogach i wyszukiwarkach internetowych jest w przypadku adwokatów w zasadzie w pewnym zakresie dozwolona. Kampania AdWords nie zawsze będzie uznawana za reklamę, ponieważ w dużym stopniu zależy to przede wszystkim od tego, w jaki sposób zostaną przedstawione konkretne treści. Natomiast w przypadku adwokatów powinny one „informować” o usługach, a nie „reklamować” konkretnego adwokata. Należy przy tym zaznaczyć, że AdWords z jednej strony spełnia w pewnym sensie funkcje reklamowe, ponieważ często zachęca do skorzystania z oferty zakupu konkretnych usług lub produktów. Natomiast z drugiej strony Google nie narzuca reklamodawcom nawoływania do zakupów. W związku z tym samo podwyższanie pozycji w wyszukiwarce nie jest naruszeniem zakazu reklamy, jednak pod warunkiem, że nie ma to charakteru promowania usług „na siłę” podmiotom niezainteresowanym nimi. Natomiast bezpośrednio, płatne reklamy, które są wyświetlane osobom nieposzukującym konkretnych usług prawnych, są obecnie niedozwolone.

CZYNY NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI I TZW. MARKETING SZEPTANY (WHISPER MARKETING, BUZZ MARKETING)

Na kanwie powyższych rozważań należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden ważny aspekt, a mianowicie promowanie usług w każdym przypadku (i nie chodzi tu tylko o obowiązujący adwokatów zakaz reklamy) ma zawsze pewne określone granice, i to nawet wówczas, gdy jakiejś grupy zawodowej zakaz reklamy nie obowiązuje. Trzeba bowiem tutaj nadmienić o tzw. czynach nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ustawą z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁵ art. 3 ust. 1 pkt 1 „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. W art. 3 ust. 2 ustawodawca sformułował otwarty katalog takich czynów, wśród których wymienia m.in. nieuczciwą lub zakazaną reklamę. Natomiast w świetle art. 16 ust. 1 pkt 4 tej ustawy „Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest wypowiedź (reklamowa), która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji”. Ustawodawca w art. 16 stworzył katalog czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Ma on charakter otwarty, jednakże najczęstsze

²⁵ Art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503).

i najpoważniejsze tego typu zachowania zostały wyraźnie przez ustawodawcę wymienione. Ponadto należy również pamiętać o tym, że w polskim porządku prawnym obowiązuje ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁶, w świetle której wyraźnie zostało zakazane stosowanie niedozwolonych praktyk, które mogłyby naruszać zbiorowe interesy konsumentów²⁷. Warto przy tym zauważyć, że obecnie w reklamach sfera poznawcza jest często zredukowana do minimum. Natomiast wykorzystywane są w nich słowa lub zdania o dużym ładunku emocjonalnym oraz bodźce wizualne wywołujące konkretne emocje, które mają na celu zwrócić uwagę odbiorcy, zainteresować go produktem oraz pobudzić do działania. Aktualnie reklama rzadko jest utożsamiana wyłącznie z komunikatem pełniącym głównie funkcje informacyjne, ukazującym atrybuty określonego produktu lub usługi. Pełni ona często rolę manipulacyjną, a istotnym tego czynnikiem są różnorodne zmiany społeczne, jakie zachodzą zarówno w skali naszego kraju, jak i w skali globalnej. Przy czym nadal ważnym i może nawet najistotniejszym jej celem jest wpływanie na wielkość sprzedaży określonych produktów lub usług. Jest ona wpisana w naszą rzeczywistość i bezspornie jeszcze długo w niej będzie „gościła”. W tym kontekście warto wskazać, że czasami adwokaci wykorzystują różne nieformalne i niestandardowe metody dotarcia do potencjalnych klientów. Chodzi tutaj m.in. o tzw. marketing szeptany (*whisper marketing*, *buzz marketing*, *word of mouth marketing*)²⁸. W polskim porządku prawnym nie ma wyraźnych uregulowań w kwestii działań praktykowanych w ramach tzw. marketingu szeptanego. Tego typu informacje o konkretnej usłudze lub określonym produkcie mogą mieć wydźwięk zarówno pozytywny, jak i negatywny. Takie treści mają pewne szczególne znaczenie, ponieważ są one często przyjmowane przez potencjalnych klientów i konsumentów z dużym kredytem zaufania. Niestety sposób budowania takiego przekazu może czasami mocno godzić w interesy konkretnego podmiotu (szkodzić mu), podważając przy tym jego wiarygodność, a w skrajnych przypadkach nawet zburzyć jego wizerunek. W aktualnych warunkach ten problem od strony prawnej jest niestety raczej pomijany. Komunikacja nieformalna została właściwie wyłączona z zakresu jakiejkolwiek regulacji również pod kątem reklamy. Niewątpliwie wskazane byłoby, aby specyfika tzw. marketingu szeptanego była w jakiś sposób unormowana, stosowane przez różne podmioty praktyki rynkowe powodują bowiem, że często wyłaniają się *in concreto* różne wątpliwości odnośnie do tego, jakim kryterium prawnym należy się kierować w przedmiocie tego, co w określonym przypadku jest informacją handlową, a co informacją nieformalną.

²⁶ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 34 poz. 173).

²⁷ Zob. I. Wiszniewska, R. Skubisz, *Środki zapobiegania nieuczciwej reklamie w projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Państwo i Prawo” 1992/4, s. 53–56.

²⁸ J. Żukowska, *Odmiany ambient marketingu jako współczesna forma marketingu* (w:) Zarządzanie. Informatyka. Dylematy i kierunki rozwoju, red. A. Bajdak, M. Nowak, A. Samborski, H. Zawadzki, Katowice 2010, s. 45–46.

WNIOSKI

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że nie można się w pełni zgodzić ze stwierdzeniem, iż zawarte w KEA ograniczenia w kwestii możliwości korzystania przez adwokatów z reklamy nie są adekwatne do panujących aktualnie warunków funkcjonowania rynku usług prawnych, ani też że są zbyt restrykcyjne. Niewątpliwie w związku z tym, że rynek prawniczy jest mocno nasycony, adwokaci, aby się na nim utrzymać, muszą odpowiednio zabiegać o klientów. Obecnie promowanie kancelarii adwokackich tylko poprzez profesjonalizm świadczonych usług i wiążące się z tym rekomendacje byłych klientów mogą być w pewnych przypadkach niewystarczające. Jednak pomimo obowiązującego zakazu reklamy posiadają oni wiele różnych możliwości służących popularyzowaniu ich usług. Można nawet stwierdzić, że w związku z rozwojem nowych technologii możliwości, jakie posiadają w tym zakresie, okazują się być czasami o wiele bardziej skuteczne niż reklama. Ponadto rzetelne wykonywanie zawodu przez adwokatów nadal jest dobrą i wartościową formą upowszechniania takich usług. Swoją renomę oraz klientów powinni oni zdobywać przede wszystkim poprzez świadczenie wysokiej jakości pracy merytorycznej. Istotne jest przy tym to, że konkurowanie jakością wymaga szczególnego zaangażowania w wykonywaną pracę, co w przypadku adwokatów jest niezmiernie istotne. Również zakres dopuszczalnej informacji ma pewien wpływ na kształtowanie wizerunku adwokata w przestrzeni publicznej, ale obecnie wydaje się być ten zakres raczej na tyle szeroki, że konieczność jeszcze dodatkowo reklamowania przez nich usług jest raczej zbędna. Wprawdzie młodzi prawnicy wkraczający na ten trudny rynek powinni mieć zapewnione odpowiednie szanse na „wypromowanie się”, jednak mogą to zrobić, wykorzystując aktualnie dostępne środki marketingu prawniczego, a renomę zdobywać wraz z doświadczeniem. Nadto można przypuszczać, że zbyt szerokie możliwości reklamy usług adwokackich mogłyby spowodować, iż ci, którzy nie są najlepszymi prawnikami, będą się próbowali promować „na siłę”. Można również przyjąć, że nadmierna reklama usług adwokackich mogłaby nawet doprowadzić do obniżenia prestiżu tego zawodu i jego nadmiernej komercjalizacji. Zatem wprowadzenie możliwości reklamy usług adwokackich nie wydaje się być konieczne i wszelkie nowelizacje w tym zakresie wymagają zachowania dużej dozy ostrożności²⁹. Jednak w związku z tym, że aktualnie w przeważającej mierze informowanie o działalności adwokatów odbywa się za pośrednictwem Internetu, to przede wszystkim ten obszar powinien być odpowiednio doprecyzowany i właściwie kontrolowany przez adwokackie władze.

²⁹ M. Piotrowska, *Reklama adwokacka w regulacjach Unii Europejskiej*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2006/4, s. 206.

ABSTRACT

dr Patrycja Brózek

The author is a doctor of law, an independent researcher.

Should lawyers advertise?

Under the current legal order, advocates who advertise their services are subject to disciplinary liability. Due to many limitations in this matter, they are looking for various alternative solutions that could promote services they provide. However, it should be remembered that the bar is not strictly a company; one could even say that lawyers do not provide services, they provide legal aid instead. The issues related to advertising in this industry, witnessing quite an intense competition at present, seem an important issue that requires an in-depth reflection. It is necessary to answer the following questions: are the provisions regulating this issue too radical in the current legal situation, and if so, to what extent should they be relaxed and in which direction should changes take place? How can lawyers legitimately promote their services in the contemporary realities of the legal services market, so as not to violate the prohibition of advertising in force? Which effective measures do they currently have to use in this area? Should lawyers advertise at all? The lawyers' community is somewhat divided on this matter, as some of them believe that no changes are needed, whereas others argue that some modifications are advisable, also requiring greater control of lawyers' activities on the Internet. An attempt to resolve the doubts outlined and to answer the above questions is the subject of this publication.

Keywords: *advertising ban, advocate advertising, law marketing, word of mouth marketing, Bar Disciplinary Court, unfair competition*

dr Patrycja Brózek

ORCID: 0000-0002-3968-6594; e-mail: patrycja.brozek9@gmail.com

Autorka jest doktorem nauk prawnych.; niezależnym badaczem.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Barska Anetta, Michałowska Mariola, Śnihur Janusz, *Reklama wczoraj i dziś*, Warszawa 2016

Ciupa Sławomir, *W poszukiwaniu koncepcji – kształt zakazów etycznych obowiązujących radców prawnych w obszarze marketingu i sprzedaży usług oraz ewentualne skutki ich zniesienia*, „Radca Prawny” 2007, wydanie specjalne

- Encyklopedia Gazety Wyborczej*, Kraków 2005, t. 15
- Grzybczyk Katarzyna**, *Prawo reklamy*, Warszawa 2008
- Jabłoński Artur**, *Skuteczna reklama na Facebooku*, Warszawa 2019
- Mokrysz-Olszańska Anna**, *Komunikacja nieformalna w marketingu a zakaz reklamy ukrytej*, „Zeszyty Naukowe SGH” 2010/27
- Nowińska Ewa**, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilnoprawne*, Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych UNIVERSITAS, Kraków 2002
- Piotrowska Marta**, *Reklama adwokacka w regulacjach Unii Europejskiej*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2006, t. 4
- Stefaniecki Robert**, *Reklama wolnych zawodów prawniczych na przykładzie zakazu reklamy adwokatów*, „Radca Prawny” 2003/6
- Śniechórski Stanisław**, *Etos adwokatury a reklama*, „Palestra” 2005/3
- Szydło Marek**, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Przegląd Sądowy” 2004/2
- Tomaszek Andrzej**, *Kryptoreklama a działalność adwokacka*, „Palestra” 1992/9–10
- Wiszniewska Irena, Skubisz Ryszard**, *Środki zapobiegania nieuczciwej reklamie w projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Państwo i Prawo” 1992/4
- Zadęcka Ewa**, *Bezwzględny zakaz reklamy kancelarii adwokackich w realiach współczesnego funkcjonowania rynku usług prawniczych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018/115
- Żukowska Joanna**, *Odmiany ambient marketingu jako współczesna forma marketingu (w:) Zarządzanie. Informatyka. Dylematy i kierunki rozwoju*, red. A. Bajdak, M. Nowak, A. Samborski, H. Zawadzki, Katowice 2010

Pytania i odpowiedzi prawne

Łukasz Błaszczak

CZY ZMIANA PRZEPISU ART. 328 § 3 KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO DOTYCZĄCA OBOWIĄZKU WSKAZANIA WE WNIOSKU O DORĘCZENIE WYROKU WRAZ Z UZASADNIENIEM, CZY UZASADNIENIE MA DOTYCZYĆ CAŁOŚCI WYROKU, CZY JEGO CZĘŚCI, ZRODZIŁA KONIECZNOŚĆ BEZPOŚREDNIEGO DORĘCZENIA TEGO WNIOSKU MIĘDZY ZAWODOWYMI PEŁNOMOCNIKAMI NA ZASADZIE ART. 132 § 1 K.P.C.?

1. Podczas analizowania przedmiotowego zagadnienia wydaje się, że kwestia ta już jakiś czas temu – przynajmniej przed nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r. – została rozstrzygnięta w takim kierunku, że profesjonalny pełnomocnik nie ma obowiązku bezpośredniego doręczania wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku, mimo że wniosek taki jest pismem procesowym. Zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c. w toku sprawy adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy oraz Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej doręczają sobie nawzajem bezpośrednio odpisy pism procesowych z załącznikami. W treści pisma procesowego wniesionego do sądu zamieszcza się oświadczenie o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie albo o jego nadaniu przesyłką poleconą. Pismo niezawierające powyższego oświadczenia podlega zwrotowi bez wzywania do usunięcia tego braku. Z powyższego wynika, że po pierwsze, na profesjonalnych pełnomocników nałożony został ciężar doręczeń pism procesowych, a po drugie, przewidziany został rygor w postaci zwrotu pisma bez

wzywania do usunięcia braku, co niewątpliwie jest szczególnym rozwiązaniem wobec unormowań z art. 130 i 130^{1a} k.p.c.¹ Jednocześnie § 1¹ art. 132 k.p.c. wskazuje, że przepis § 1 nie dotyczy wniesienia pozwu wzajemnego, apelacji, skargi kasacyjnej, zażalenia, sprzeciwu od wyroku zaocznego, sprzeciwu od nakazu zapłaty, zarzutów od nakazu zapłaty, wniosku o zabezpieczenie powództwa, skargi o wznowienie postępowania, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia i skargi na orzeczenia referendarza sądowego, które należy złożyć w sądzie z odpisami dla strony przeciwnej. Jak można wywnioskować na podstawie treści przytoczonego § 1¹ art. 132 k.p.c., wniosek o uzasadnienie nie znalazł odzwierciedlenia w regulacji ustawowej jako wyjątek od generalnej zasady, co wydaje się w tym wypadku dość znamienne. I w zasadzie był to jeden z argumentów na rzecz tezy, że obowiązek bezpośrednich doręczeń obejmuje także wnioski o uzasadnienie orzeczenia. Mimo że pogląd ten był mniejszościowy, to jednak zaprezentowany został jeszcze na tle uchylonego już art. 479⁹ § 1 k.p.c.

2. Odnosząc się do tej kwestii, należałoby przede wszystkim wskazać, że obowiązek bezpośredniego doręczenia na podstawie art. 132 § 1 k.p.c. dotyczy wyłącznie pism procesowych². Sam przepis wzorowany był na art. 161 d.k.p.c., który upoważniał adwokatów do wzajemnego doręczania sobie pism procesowych, co stanowić miało odstępstwo od przyjętej zasady oficjalności doręczeń z założenia z zamiarem przyspieszenia postępowania³. Niewątpliwie wniosek o doręczenie uzasadnienia jest pismem procesowym. W judykaturze zagadnienie bezpośredniego doręczania sobie pism procesowych wielokrotnie stało się przedmiotem wypowiedzi, przy czym – co znamienne – dotyczyło to również wniosku o uzasadnienie wyroku. Sąd Najwyższy w uchwale z 27.10.2005 r.⁴ uznał wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku za nieobjęty obowiązkiem bezpośredniego doręczenia. Podstawą tej decyzji było rozróżnienie co do charakteru pism procesowych na pisma, które podlegają obowiązkowi doręczenia, i pisma w ogóle niedoręczane w takim postępowaniu. Dokonując oceny, czy konieczne jest dołączenie odpisu pisma, należy zdaniem Sądu Najwyższego

¹ Por. A. Mendrek, *Czy po nowelizacji z 4.07.2019 r. odpis wniosku o uzasadnienie podlega bezpośrednim doręczeniom na podstawie art. 132 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2020/1, s. 149. Zob. także K. Markiewicz, I. Wolwiak, *Doręczenia w postępowaniu cywilnym w świetle ostatnich nowelizacji – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2017/11, s. 572, Legalis/el.; P. Ryłski, *Sposób doręczenia pisma zawierającego rozszerzenie powództwa między zawodowymi pełnomocnikami*, „Palestra” 2016/7–8, s. 167.

² Por. I. Wolwiak, *Doręczenia w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2015, s. 434; J. Bodio (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembruski, Warszawa 2020, t. 1, s. 308 i 309.

³ Por. I. Wolwiak, *Doręczenia...*, s. 433; P. Ryłski, *Skuteczność doręczeń w procesie cywilnym*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2013/5, s. 56.

⁴ Uchwała SN z 27.10.2005 r. (III CZP 65/05), OSNC 2006/3, poz. 50.

stwierdzić, czy pismo ma znaczenie dla innych osób niż strona wnosząca to pismo, czy też takiego znaczenia nie ma⁵. W tym ostatnim bowiem wypadku pismo nie powinno być doręczane bezpośrednio pełnomocnikowi strony przeciwnej. Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 8.11.2012 r. (V CSK 466/11)⁶ przyjął, że obowiązek doręczania w toku sprawy pomiędzy fachowymi pełnomocnikami odpisów pism procesowych nie dotyczy pism zawierających oświadczenia czy wnioski dla drugiej strony obojętne, a do takich zalicza się wniosek o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia orzeczenia. Problem ten wydawał się więc w dużej mierze rozstrzygnięty⁷ i jako niebudzący wątpliwości nie stanowił przedmiotu szerszego zainteresowania praktyków, aż do czasu wejścia w życie nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r.

3. Nowelizacja ustawy procesowej, a w szczególności zmiana art. 328 k.p.c., spowodowała odmienną ocenę tej kwestii, czego znamienym dowodem jest chociażby stanowisko Sądu Rejonowego w Koninie, który w zarządzeniu z 13.08.2020 r. (IV P 65/20) nakazał „zwrócić pismo procesowe/wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku, albowiem strona wnosząca przedmiotowe pismo nie zawarła oświadczenia o doręczeniu pisma drugiej stronie lub nadaniu przesyłką pocztową. Na skutek zmiany stanu prawnego z dniem 7.11.2019 r. w zakresie sposobu zaskarżania orzeczeń sądowych dotychczasowe orzecznictwo utraciło swoją moc i ma charakter historyczny w zakresie interpretacji art. 132 § 1 k.p.c.”⁸. Stanowisko to na powrót zainicjowało dyskusję na niektórych portalach środowisk prawniczych, czyniąc z tego przedmiot ożywionej debaty. Jednocześnie, co jest tu istotne, przykład ten pokazuje dobitnie, w jaki sposób obecnie może następować interpretacja obowiązku wynikającego z art. 132 § 1 k.p.c. Oczywiście należałoby tu postawić pytanie, czy kierunek przyjęty przez Sąd Rejonowy w Koninie jest właściwy z punktu widzenia systemowego. I czy w ten sposób powinny postępować organy procesowe? Rzecz wydaje się niesłychanie istotna, ponieważ może zaważyć na skuteczności czynności zawodowych podejmowanych przez wykwalifikowanych pełnomocników, nie mówiąc już o aspekcie odpowiedzialności. W sytuacji bowiem zwrotu wniosku

⁵ Por. także I. Wolwiak, *Doręczenia...*, s. 436; A. Malicki, *O niebezpieczeństwie dla adwokata wynikającym z możliwości zwrotu jego wniosku o uzasadnienie wyroku w sprawie gospodarczej*, „Palestra” 2005/5–6, s. 242–243. Odmiennie w tym zakresie stanowisko na tle wspomnianej uchwały SN zaprezentowali m.in. T. Szanciło, *Doręczanie pism procesowych w sprawach gospodarczych. Glosa do uchwały SN z 27.10.2005 r. (III CZP 65/05)*, „Monitor Prawniczy” 2007/8, s. 447; M. Lagut, *Glosa do uchwały SN z 24.02.2009 r. (III CZP 127/08)*, „Przegląd Sądowy” 2010/2, s. 148.

⁶ Wyrok SN z 8.11.2012 r. (V CSK 466/11), Legalis nr 577253.

⁷ Por. Ł. Błaszczak, *Problem pism procesowych objętych obowiązkiem bezpośredniego doręczenia w toku sprawy pomiędzy wykwalifikowanymi pełnomocnikami (art. 132 k.p.c.)*, „Przegląd Radcowski” 2021/30, s. 52 i 53; H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2021, s. 593; K. Weitz, *Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku w sprawie gospodarczej*, „Palestra” 2005/11–12, s. 239 i 240.

⁸ Zarządzenie z 13.08.2020 r. IV P 65/20, System Analizy Orzeczeń Sądowych – SAOS.

o doręczenie uzasadnienia w związku z treścią art. 132 § 1 k.p.c. konsekwencje tego stanu rzeczy mogą być bardzo poważne i przełożyć się na niemożność zaskarżenia orzeczenia (art. 394 § 2 k.p.c., art. 369 § 1 i 1¹ k.p.c., art. 398⁵ § 1 k.p.c.). A to już z punktu widzenia potencjalnych roszczeń wobec pełnomocników powoduje, że kwestia ta powinna pobudzić wyobraźnię i wywołać refleksję nad sensownością tak zaproponowanego rozwiązania, które idzie w kontrze do dotychczasowych zapatrywań na ten problem.

4. Podejmując analizę przedstawionego stanowiska, należałoby przynajmniej w warstwie argumentacyjnej spróbować odnieść się do tych kwestii, do których nawiązał Sąd Rejonowy w Koninie. Teza wyjściowa, która przyświeca dalszym uwagom, jest taka, że stanowisko zaprezentowane powyżej jest nieuzasadnione i budzi poważne wątpliwości nie tylko z punktu widzenia obowiązujących norm w Kodeksie postępowania cywilnego, ale również z poziomu realizacji prawa do sądu. Niewątpliwie wniosek, o którym mowa w art. 328 k.p.c., należy uznać za pismo procesowe, bo zgodnie z art. 125 § 1 k.p.c. pisma procesowe obejmują wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą. W zasadzie można by też się zgodzić, że wniosek o uzasadnienie jako pismo procesowe objęty zostaje zakresem art. 128 § 1 k.p.c. Okoliczność zakwalifikowania wniosku o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem jako pisma procesowego nie oznacza jeszcze ujęcia go w kategoriach pisma objętego obowiązkiem z art. 132 § 1 k.p.c. Oczywiście nowelizacja z 2019 r. przyniosła zmianę przepisu art. 328 k.p.c. dotyczącego wniosku o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem. Jednakże najbardziej interesuje nas to, że obecnie we wniosku należy wskazać, czy pisemne uzasadnienie ma dotyczyć całości wyroku, czy jego części, zwłaszcza poszczególnych objętych nim rozstrzygnięć (art. 328 § 3 k.p.c.).

5. W zasadzie można powiedzieć, że sformułowanie w taki sposób wniosku o doręczenie uzasadnienia będzie (lub może) potencjalnie wskazywać na późniejszy zakres zaskarżenia wyroku apelacją. Krótko mówiąc – taki wniosek miałby stanowić zapowiedź dla strony przeciwnej, jaki będzie zakres zaskarżenia wyroku w apelacji, i w tej perspektywie nie powinien być on traktowany jako obojętny dla przeciwnika procesowego⁹. I w tym leży zasadniczy problem, ponieważ zgodnie z dotychczasowym stanowiskiem wniosek o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem jest pismem, które nie podlega obowiązkowi doręczenia z uwagi na to, że zawiera jedynie informację, że strona chce zapoznać się z motywami orzeczenia. Twierdzenie, że wniosek może sugerować, w jakim kierunku pójdzie środek zaskarżenia, i tym samym przez to ma on relewantny charakter dla strony przeciwnej, która mogłaby się przygotować i podjąć w tym zakresie obronę, jest zdecydowanie za daleko idący i wyprzedzający późniejsze poczynania strony skarżącej. Sam wniosek o doręczenie uzasadnienia ze wska-

⁹ Zwraca na to uwagę także A. Mendrek, *Czy po nowelizacji...*, s. 147.

zaniem, czy pisemne uzasadnienie ma dotyczyć całości wyroku, czy jego części, nie odgrywa takiej roli, ponieważ wywodzenie już niejako *ad hoc* takiego założenia na podstawie samego wniosku jest zdecydowanie przedwczesne. Po pierwsze, wniosek ten nie jest doręczany wraz z samym środkiem zaskarżenia, co oznacza, że strona przeciwna nie ma możliwości porównania zakresu wniosku i zakresu zaskarżenia i tym samym przygotowania ewentualnej argumentacji w tym zakresie. Po drugie, strona przeciwna nie ma pewności w oparciu o sam wniosek o uzasadnienie, czy rzeczywiście w przyszłości zostanie złożona apelacja, a informacja w tym zakresie jest niemiarodajna. Jest to raczej na zasadzie pewnego przypuszczenia aniżeli rzeczywistej oceny sytuacji prawnoprosocowej. Wreszcie po trzecie, w praktyce otrzymanie przez przeciwnika procesowego wniosku nie będzie wiązało się z tym, że będzie on przygotowywał niejako „na zapas” argumentację co do mającej w przyszłości zostać złożonej apelacji, zażalenia czy nawet skargi kasacyjnej.

6. Przy wykładni art. 132 § 1 k.p.c. należy mieć na uwadze i tę kwestię, że przepis art. 132 § 1 k.p.c. dotyczy pism, które wymagają doręczenia przeciwnikowi, gdyż niosą w sobie informacje istotne dla niego w prowadzonym postępowaniu, rzutujące na potrzebę i kierunek podejmowanych czynności procesowych. Pisma zawierające oświadczenia czy wnioski dla drugiej strony obojętne nie podlegają regułom art. 132 § 1 k.p.c.¹⁰ Na moment składania wniosku pismo takie nie ma żadnego znaczenia dla przeciwnika i nie wywołuje u niego potrzeby podjęcia obrony ani nawet potencjalnego zastanawiania się nad tym, w jakim kierunku pójdzie środek zaskarżenia. Zdecydowanie z odmienną sytuacją mielibyśmy do czynienia wtedy, gdyby wniosek o uzasadnienie doręczany był stronie przeciwnej wraz z wniesionym środkiem zaskarżenia. W takim wypadku można by w zasadzie założyć, że przeciwnik mógłby zestawzić zakres samego wniosku i zakres zaskarżenia i dokonać oceny, a następnie na tej podstawie określić swoją strategię procesową (argumentację) co do zasadności złożonego środka zaskarżenia. Tymczasem na chwilę obecną brak takich rozwiązań ustawowych, a to z kolei oznacza, że przepis art. 132 § 1 k.p.c. ma charakter wyjątkowy i nie może być wykładany w sposób rozszerzający, gdyż jego celem jest wyłącznie przyspieszenie rozpoznania sprawy¹¹. Jeżeli celem wspomnianej normy jest przyspieszenie postępowania, to obowiązek doręczeń bezpośrednich w zakresie wniosków o uzasadnienie bynajmniej w żaden sposób nie przyspieszy postępowania, ponieważ po pierwsze, to nie strona przeciwna przygotowuje uzasadnienie, lecz organ procesowy; a po drugie, przeciwnik jest również zmuszony oczekiwać na sporządzenie uzasadnienia, bo faktycznie do tego momentu

¹⁰ Zob. także wyrok SN z 22.10.2015 r. (II PK 265/14), Legalis nr 1351889, „Monitor Prawniczy” 2016/3, s. 114; H. Pietrkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2020, s. 303.

¹¹ Por. także T. Żyznowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, s. 617 i 618.

nie może podjąć żadnego działania procesowego. Tak więc kwestia ta jest zupełnie irrelevantna dla przeciwnika i argumenty zasadzające się na ewentualnym przyspieszeniu postępowania, czy też oddziaływaniu treściowym wniosku na przeciwnika, zdecydowanie nie przekonują. Natomiast argument fiskalny, że profesjonalny pełnomocnik ponosi wówczas koszt wysyłki, z jednej strony jest uzasadniony, ale z drugiej znów bynajmniej nie oznacza, że akurat w stosunku do wniosku o uzasadnienie zachodzi jakakolwiek potrzeba doręczenia przeciwnikowi. Względy fiskalne nie powinny powodować zmiany zapatrywania na problem bezpośrednich doręczeń wniosków o uzasadnienie.

7. Poza tym pojawia się tu również inne zagadnienie związane z rozumieniem samego „toku postępowania”. Otóż ustawodawca w przepisie art. 132 § 1 k.p.c. wskazuje, że „w toku sprawy adwokat, radca prawny (...)”, co oznacza, że obowiązek bezpośrednich doręczeń obejmuje tylko ten moment. Tzw. tok sprawy rozpoczyna się już z momentem wytoczenia powództwa, ale jeszcze przed doręczeniem odpisu pozwu pozwanemu, o czym świadczą przepisy art. 15 k.p.c., art. 25 § 1 k.p.c., gdzie określone czynności ze strony sądu mogą być podjęte już z chwilą wytoczenia powództwa, a jeszcze przed jego doręczeniem. Za moment początkowy niejako otwierający postępowanie rozpoznawcze w trybie procesowym, a z nim „stan sprawy w toku” („zawisłość postępowania”), przyjąć należy wniesienie samego pozwu do sądu¹². Z tą chwilą powstają daleko idące skutki tak formalne, jak i materialnoprawne. Za moment końcowy, w którym wygasa „stan sprawy w toku”, uznać należy uprawomocnienie się orzeczenia. Tak zwany tok sprawy rozpoczyna się po doręczeniu odpisu pozwu, a więc po powstaniu stanu zawisłości postępowania (*lis pendens*). Ten moment jest najczęściej przyjmowany w kontekście wywoływania wszelkich skutków prawnych, o czym zresztą świadczy dyspozycja art. 192 k.p.c. Również z punktu widzenia normy art. 132 § 2 k.p.c. należałoby przyjąć taką wykładnię, że skoro ustawodawca stanowi „o toku sprawy”, to momentem początkowym jest moment doręczenia pozwu, a momentem końcowym moment uprawomocnienia się orzeczenia. Te dwa zdarzenia zamykają granice tzw. toku sprawy¹³. I w zasadzie kwestia ta aktualizuje się przede wszystkim w przypadku wyroków sądu drugiej instancji, które uzyskują prawomocność z momentem wydania ogłoszenia (art. 363 § 1 k.p.c.), co przy literalnej interpretacji art. 132 § 1 k.p.c. oznaczałoby, że nie ma już takiego obowiązku, ponieważ tzw. tok sprawy się zakończył. W odniesieniu do wyroków sądów drugiej instancji po wydaniu orzeczenia kończy się tzw.

¹² Por. Ł. Błaszczak, „Stan sprawy w toku” a „zawisłość sprawy” w świetle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (na przykładzie postępowania rozpoznawczego) – wybrane zagadnienia (w:) Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania: doświadczenia i perspektywy, red. I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ, Ł. Błaszczak, Sopot 2016, s. 150; Ł. Błaszczak, Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191¹ k.p.c., Warszawa 2021, s. 390; M. Waligórski, Zmiana stanu sprawy po wniesieniu pozwu, „Polski Proces Cywilny” 1934/6, s. 161–162.

¹³ Ł. Błaszczak, Problem pism procesowych..., s. 54.

tok sprawy i wszelkie inne czynności po uprawomocnieniu, przy tej literalnej wykładni, w zasadzie nie powinny podlegać ocenie z punktu widzenia art. 132 § 1 k.p.c. Tyle że przy tym zapatrywaniu pojawiałyby się problem zróżnicowanego podejścia w zakresie wniosków o uzasadnienie dotyczących orzeczeń sądu pierwszej instancji oraz orzeczeń sądu drugiej instancji. Już na tym tle dostrzec można by wątpliwości natury interpretacyjnej, gdyby pójść nowym kierunkiem. Z kolei w odniesieniu do orzeczeń sądu pierwszej instancji problem ten nadal byłby aktualny, bo „tok sprawy” trwałby do momentu uprawomocnienia się tego orzeczenia lub orzeczenia drugoinstancyjnego.

8. Dodatkowy problem, jaki rodzi się na tle zasygnalizowanej kwestii, jest taki, że z jednej strony art. 132 § 1 k.p.c. wskazuje, iż pismo niezawierające oświadczenia o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie albo o jego nadaniu przesyłką poleconą podlega zwrotowi bez wzywania do usunięcia tego braku; a z drugiej znów – w art. 328 § 4 k.p.c. przyjęto, że sąd odrzuca wniosek o uzasadnienie niedopuszczalny, spóźniony, nieopłacony lub dotknięty brakami, których nie usunięto mimo wezwania. Okoliczność jednak, że wniosek o uzasadnienie determinuje dopuszczalny zakres zaskarżenia, nie oznacza jeszcze, iż na moment jego składania stanie się przedmiotem zainteresowania strony przeciwnej. To stanowisko należy zakwestionować¹⁴. Co więcej, należałoby podnieść, że dyskusja o oddziaływaniu wniosku na przeciwnika wydaje się nieco przesadzona, a wręcz sztucznie wywołana. Poza tym, jeżeli nawet obecnie pojawia się argument, że nowelizacja wymusiła weryfikację dotychczasowego stanowiska (judykatury i doktryny) i sprawiła, iż jest ono nieaktualne, to należy podnieść jeden istotny w tym względzie argument, a mianowicie przed nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r. wniosek o uzasadnienie również mógł sygnalizować, czy wręcz sygnalizował, że strona, która przegrała sprawę, będzie apelowała. Zatem także i w takim przypadku była to zapowiedź wniesienia środka zaskarżenia jako takiego. W owym czasie nie był to jednak argument za tym, by doręczać wniosek o uzasadnienie zgodnie z art. 132 § 1 k.p.c. Tym samym i obecnie na tle obowiązujących przepisów argument ten należałoby zanegować.

9. Przyjęcie z kolei odmiennego zapatrywania na wskazaną kwestię może w efekcie przynieść wiele złego w ocenie działalności zawodowych pełnomocników i doprowadzić do poważnych konsekwencji na różnych płaszczyznach, w tym na płaszczyźnie ustrojowej związanej z zachwianiem zagwarantowanych ustawą zasadniczą wartości konstytucyjnych, takich jak realizacja prawa do sądu czy prawa do zaskarżenia orzeczenia powiązanego z zasadą dwuinstancyjności. Niezależnie od tego, czy drugie prawo wypływa faktycznie z pierwszego i jest z nim immanentnie związane. Zgodnie z art. 78 Konstytucji RP każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej in-

¹⁴ Takie zapatrywanie prezentuje m.in. A. Mendrek, *Czy po nowelizacji...*, s. 147.

stancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. Nawet jeżeli przepisy Kodeksu postępowania cywilnego przewidują możliwość wniesienia środka zaskarżenia i tym samym czynią niejako zadość realizacji zasady dwuinstancyjności, to może się okazać, że uprawnienie do zaskarżenia orzeczenia będzie dość iluzoryczne, ponieważ przy braku doręczenia wniosku o uzasadnienie i jego zwrocie na podstawie art. 132 § 1 zd. 3 k.p.c. po prostu nie będzie ono urzeczywistnione. Oczywiście można powiedzieć, że pełnomocnik powinien zdawać sobie sprawę z tego, co czyni i jaką przyjmuje interpretację poszczególnych unormowań. Pytanie tylko, czy tak naprawdę nadmierny formalizm nie jest aby sprzeczny z gwarancjami wynikającymi z Konstytucji. Wydaje się, że na problem poruszony w niniejszym opracowaniu należałoby spojrzeć w znacznie szerszym kontekście (wielopłaszczyznowym), nie tylko z perspektywy organu procesowego, który będzie dążył do tego, aby zasada szybkości i sprawności została w pełni zrealizowana, ale także, a być może przede wszystkim, w kontekście tego, co jednostka (strona) ma zagwarantowane. Dopiero wyważenie poszczególnych wartości może przynieść miarodajne rozwiązanie przedstawionego problemu.

10. Jeśli oceniać to zagadnienie od innej jeszcze strony, to nie może być tak, że interpretacja przepisów tam, gdzie rodzi to skutki na płaszczyźnie dostępu do sądu, będzie różnie oceniana. Tego rodzaju zjawisko jest nieakceptowalne i ze wszech miar należałoby się temu sprzeciwić. Wypadałoby jedynie postulować, aby organy procesowe mimo wszystko nie dopatrywały się w zmianie przepisu art. 328 § 3 k.p.c. przesłanki do odrzucenia dotychczasowego stanowiska wypracowanego w judykaturze i potwierdzonego przez doktrynę i bynajmniej na tej podstawie nie budowały koncepcji co do rzekomego oddziaływania wniosku o uzasadnienie na przeciwnika procesowego – bo faktycznie takie oddziaływanie trudno dostrzec, a z całą pewnością nie na etapie sporządzania uzasadnienia. Rozwiązanie zaproponowane przez Sąd Rejonowy w Koninie jest sprzeczne z systemowym założeniem art. 132 § 1 k.p.c., jak również z oddziaływaniem normy art. 328 k.p.c.

11. Natomiast zgoła odmiennym problemem jest stosowanie sankcji do wniosku o uzasadnienie niezawierającego oświadczenia, o którym mowa w art. 132 § 1 k.p.c. Niewątpliwie należałoby założyć, że zwrot takiego wniosku na podstawie art. 132 § 1 k.p.c. jest rozwiązaniem za daleko idącym i mogącym prowadzić do naruszenia realizacji prawa do sądu i zasady dwuinstancyjności. Jeżeli dotychczasowe zapatrywanie na przedmiotową kwestię miałoby zostać uznane za nieaktualne, to wobec brzmienia art. 328 § 4 k.p.c. należałoby wyłączyć zastosowanie zwrotu wniosku *a limine* na podstawie art. 132 § 1 k.p.c. Ta pierwsza norma ma znaczenie szczególne względem tej drugiej w zakresie zastosowania sankcji, co by oznaczało, że wniosek niezawierający oświadczenia o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie lub o nadaniu go przesyłką poleconą

będzie podlegał odrzuceniu na podstawie art. 328 § 4 k.p.c. dopiero, jeżeli braki te nie zostaną uzupełnione w określonym przez sąd terminie¹⁵. Konieczne więc staje się w świetle przepisu art. 132 § 1 i 1¹ k.p.c. oraz art. 328 § 4 k.p.c. wezwanie pełnomocnika do usunięcia braku formalnego poprzez zamieszczenie oświadczenia o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie albo o jego nadaniu przesyłką poleconą. Taka interpretacja wydaje się w pełni zgodna z wykładnią systemową obu wskazanych regulacji¹⁶. Już niejako *de lege ferenda* należy postulować, aby wniosek o uzasadnienie był składany w sądzie wraz z odpisem dla strony przeciwnej w związku z tym, że jest pismem w rozumieniu art. 128 § 1 k.p.c., a następnie podlegał doręczeniu przez sąd wraz z odpisem środka zaskarżenia. Ten sposób wydaje się w pełni racjonalny i co ważniejsze – gwarantujący realizację praw procesowych przez same strony. Dopiero na tym etapie możliwie stałoby się dokonanie przez stronę przeciwną oceny wniosku o uzasadnienie w kontekście wniesionego środka zaskarżenia i porównanie obu zakresów, i na tej podstawie przygotowanie ewentualnej argumentacji. W każdym razie to dopiero ten moment jest istotny dla przeciwnika procesowego, a nie moment sporządzania uzasadnienia.

prof. dr hab. Łukasz Błaszczak

Autor jest profesorem na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (Zakład Postępowania Cywilnego); kierownikiem Centrum Mediacji i Arbitrażu, radcą prawnym (OIRP we Wrocławiu); współnikiem spółki prawniczej z siedzibą we Wrocławiu.

¹⁵ Tak też A. Mendrek, *Czy po nowelizacji...*, s. 150.

¹⁶ Także A. Mendrek, *Czy po nowelizacji...*, s. 149 i 150.

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

JURYSTA, KAPŁAN SPRAWIEDLIWOŚCI

W czasach szybkiego rozwoju sztucznej inteligencji (IS), kiedy IS wygrywa z człowiekiem w jedną z najstarszych gier świata – alfa go, kiedy po autostradach Stanów Zjednoczonych jeżdżą małe auta dostawcze bez kierowcy, coraz mniejszą uwagę poświęca się naukom humanistycznym. Może w przyszłości o wygranej sprawie w sądzie będzie decydował nie człowiek, a wygra ta strona, która wynajęła lepszego programistę. Bo już dziś w Unii Europejskiej przy tłumaczeniu tekstów wytycznych używany jest sztuczny tłumacz. Nim nadejdą te „dziwne” czasy, może warto zatrzymać się na chwilę i sięgnąć do korzeni kultury prawnej. Bowiem tak, jak przy konstruowaniu rakiety posłanej na Marsa, naukowcy umieścili na niej drobną cząstkę pierwszej latającej maszyny, tak i przy rozstrzyganiu przyszłościowych konfliktów inteligentne maszyny może zaczną poszukiwać rozwiązań danego problemu w konstrukcjach prawnych stworzonych przez prawo rzymskie i korzystać ze skarbnicy tekstów starożytnych Kwirytów.

Może warto więc na początek przypomnieć, jaką rolę w tworzeniu i interpretowaniu prawa odegrali jurysci rzymscy, do których – tak jak dziś do adwokatów czy radcy prawnego – mogła zwrócić się każda ze stron o poradę prawną.

Najtrafniej chyba znaczenie jurystów rzymskich ujął Ulpian, prawnik żyjący na przełomie II/III w. po Chr., którego słowa zostały przytoczone na samym początku *Digestów* (najobszerniejszego źródła naszych wiadomości o prawie rzymskim). Słowa te brzmią: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam*

affectantes – D. 1,1,1,1: *Ulp., libro primo institutionum* [Dlatego ktoś trafnie nazwie nas kapłanami, ponieważ pielęgnujemy (troszczymy się o) sprawiedliwość, wierzymy w znaczenie (wyznajemy pojęcie) dobra i słuszności, oddzielając to, co szlachetne, od tego, co niegodziwe, pragnąc sprawić, by ludzie byli dobrzy nie tylko ze względu na obawę przed karami, ale także ze względu na zachętę, jaką stanowią nagrody; zajmując się, jeśli się nie mylę, filozofią rzeczywistą, a nie pozorną].

Pisząc o roli jurystów, należy pamiętać, że byli oni *sacerdotes iustitiae*, kapłanami sprawiedliwości¹. Samo określenie *sacerdotes iustitiae* nawiązuje częściowo do historycznego okresu początków jurysprudencji, kiedy to wiedza prawnicza spoczywała wyłącznie w rękach kapłanów znających prawo boskie i ludzkie². Ale ze słów Ulpiana można wyczytać też praktyczny aspekt działalności jurystów rzymskich, którzy nie zasklepiali się w literalnym odczytywaniu i powtarzaniu formuł prawa cywilnego, ale starali się odróżniać to, co słuszne, od niegodziwego, to, co dozwolone, od zakazanego. Przy udzielaniu odpowiedzi na zadawane im pytania w konkretnych sprawach zastanawiali się, czy coś jest słuszne i sprawiedliwe, czy niesłuszne i niesprawiedliwe. Wprowadzili więc w zakres prawniczych rozważań filozoficzne pojęcia (*aequitas, veritas, iustitia*). Uprawiali więc prawdziwą rzeczywistą filozofię (*veram philosophiam*), a nie abstrakcyjne, oderwane od praktyki rozważania (*non simulatam*). Bo tak jak Grecy byli i są niedoścignieni w rozważaniach filozoficznych, tak Rzymianie, już od najstarszych czasów, brali pod uwagę głównie praktyczny aspekt stosowania prawa.

Od czasów cesarza Augusta juryści stali się praktycznymi twórcami prawa, gdyż dzięki uzyskaniu przywileju *ius respondendi* z biegiem czasu ich dzieła stały się źródłem obowiązującego prawa. Niestety takich uprawnień nie mają dzisiejsi praktycy, a szkoda, bo wtedy może nie stanowiono by ustaw, które już z chwilą wejścia w życie nadają się do nowelizacji, a późniejsza paremia *iustitia non novit patrem nec matrem solam veritatem spectat* (sprawiedliwość nie zna ani ojca, ani matki, widzi tylko prawdę) nie byłaby tylko pięknymi słowami, gdyż dzięki jurystom doświadczonym, bezstronnym, niezależnym od aktualnej władzy słowa *politia legibus, non leges politiae adaptandae* (władza powinna dostosowywać się do ustaw, a nie ustawy do władzy) nabrałyby praktycznego znaczenia.

Maria Zabłocka

¹ Por. M. Kuryłowicz, *Sacerdotes iustitiae* (w:) *Ecclesia et status*, Lublin 2004, s. 699 i n. oraz cyt. tam literatura; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie jako ideał „prawa dobrego i sprawiedliwego”*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2010/2011/10, s. 5.

² Por. też *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 2011, s. 55, s. 76.

Pojęcia kluczowe:

*nullum crimen sine lege, Polska w latach 1918–1939,
prawo autorskie z 1926 r., prawo autorskie z 1994 r.,
Jan Brzechwa, prawnicy-literaci w Drugiej Rzeczypospolitej,
pokutne autorskoprawne,*

Karty historii

Ewa Fabian

NULLUM CRIMEN SINE LEGE W PRAWIE AUTORSKIM – POKUTNE W ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO W LATACH 1926–1939

W artykule zaproponowano tezę, że sposób formułowania orzeczeń, a w szczególności uzasadnianie odwołujące się do podstawowych praw i wolności, ma wpływ na to, jak orzeczenia odbierane są przez społeczeństwo, jak kształtuje się świadomość prawna, a także może mieć wpływ na trwałość linii orzeczniczej. Zagadnienie to przedstawione jest w artykule na przykładzie wykładni przepisów prawa autorskiego odwołującej się do zasady *nullum crimen sine lege* – przed drugą wojną światową w głośnych sprawach dotyczących pokutnego na podstawie ustawy z 29.03.1926 r. o prawie autorskim, a współcześnie w wykładni art. 115 ust. 3 obowiązującej ustawy o prawie autorskim dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny. Artykuł powołuje się na trzy przedwojenne sprawy karne, w których pojawiła się instytucja pokutnego i które, przez swój rozgłos, miały wpływ na odbiór nowych w polskim systemie prawnym przepisów o prawie autorskim. Zastosowano metodę badawczą wykraczającą poza źródła prawnicze i naukowe, dla lepszego zrozumienia tła tych spraw, charakterystyki osób biorących udział w powstawaniu linii orzeczniczej dotyczącej pokutnego, zagadnienia odbioru tych procesów przez środowisko prawnicze i opinię publiczną oraz rozumienia zasady *nullum crimen sine lege*. Metodę tę przyjęto ze względu na występowanie w tych sprawach zagadnień ogólnie interesujących opinię publiczną z jednej strony oraz praw i wolności obywatelskich z drugiej, co czyni zagadnienie interesującym dla badania zjawiska kultury prawnej. Niedocenienie zagadnienia wolności obywatelskich w komunikacji dotyczącej wyroków w sprawie pokutnego

w Polsce przed 1939 r. omówiono w kontekście późniejszego polskiego sądownictwa konstytucyjnego na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17.02.2015 r. (K 15/13).

Przedstawiona synteza ma na celu wyjaśnienie źródeł postulatu, aby uzasadnienia wyroków sporządzano w sposób pragmatyczny, uwzględniając podstawowe prawa i wolności oraz współtworząc świadomość prawną.

Okres międzywojenny obfitował w adwokatów-literatów. We wspomnianych w poniższym artykule procesach brali udział liczni adwokaci związani z literaturą. Chronologicznie procesy te opisywane są jako:

- sprawa Boy-Beaupré, zakończona w 1928 r.¹
- sprawa karna o Zabawkę, zakończona w 1935 r.²
- sprawa Miriam-Pini, zakończona w 1937 r.³

¹ Wyrok SN z 14.03.1928 r., Izba III, Kr. 474/27, za A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle- niu życiowo-prawnem. Przyczynek do zagadnie- nia stosunku ochrony cywilistycznej do karnej w prawie autorskim*, „Głos Prawa” 1928/9–12; osobna publikacja pod tym samym tytułem, Warszawa 1929.

² Wyrok SN z 19.09.1935 r., nr 1 K 557/35, za J. Lesman (J. Brzechwa), „Le Droit d’Auteur. Revue de Bureau de l’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques” 1937/4, s. 42–47, „Biuletyn ZAiKS” 1948/5, Zb. Orz. 1936/3, za J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz*, praca złożona do druku w 1939 r., niepubl., s. 49. W tekście pojawiać się będą przypisy zawierające przedwojenne nazwisko Jana Brzechwy – Lesman; nazwisko Brzechwa, będące wcześniej pseudonimem artystycznym, Jan Brzechwa przybrał w 1946 r., co wynika z akt osobowych adwokata, znajdujących się w archiwach Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie. Szerzej na temat niewydanego komentarza – B. Michalski, *Prawo autorskie Jana Brzechwy*, „Prawo i Życie” z 8.11.1968 r., Archiwum Akt Nowych, 2/2514/0/-/1/337.

³ Wyrok SN z 19.02.1937 r. (I K 1117/36), OSNK 1937/7, poz. 203.

Prawnicy, o których mowa, to przede wszystkim: adw. Gustaw Beylin (pełnomocnik w sprawie Miriam-Pini, obrońca w sprawie dot. *Zabawki*, pełnomocnik w sprawie Boy-Beaupré), adw. Jan Lesman, późn. Brzechwa (pełnomocnik w sprawie Miriam-Pini, korespondent sprawy dot. *Zabawki*), adw. Emil Breiter (obrońca prof. Tadeusza Piniego), adw. Zygmunt Hofmokl-Ostrowski (autor sztuki pt. *Zabawka*), adw. dr Anzelm Lutwak (redaktor „Głosu Prawa”, obserwator procesu Boy-Beaupré), adw. Leon Okręt (adwokat i dziennikarz, który opisał sprawę Miriam-Pini), prawnicy z wykształcenia Zenon Przesmycki ps. Miriam (oskarżyciel w procesie Miriam-Pini) i Antoni Beaupré (redaktor oskarżony w sprawie Boy-Beaupré). Byli to prawnicy, a więc osoby o wysokiej świadomości praw i wolności obywatelskich, a z drugiej strony osoby korzystające z wolności słowa nie tylko na sali sądowej. Jednak słynne przedwojenne procesy o naruszenie praw autorskich toczyły się głównie w sądach karnych. Jednym z kluczy do zrozumienia, dlaczego były to sprawy karne, jest instytucja pokutnego z ustawy z 29.03.1926 r. o prawie autorskim⁴.

⁴ Ustawa z 29.03.1926 r. o prawie autorskim (Dz.U. z 1926 r. nr 48 poz. 286), po nowelizacji – Obwieszczenie Min. Spraw. z 25.04.1935 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu

Na podstawie uzasadnienia projektu tej ustawy przez jakiś czas uznawano, że pokutne należy do drogi karnej i przez to dochodzono go w procesie, w którym nie wykazywano wysokości szkody. Było to ułatwieniem dowodowym i przyspieszało rozpoznanie, nawet jeśli w sprawie uczestniczyli biegli, jak np. w procesie dotyczącym praw Zenona Przesmyckiego do dzieł C.K. Norwida. Na przykładzie sprawy dotyczącej ochrony tytułu utworu adw. Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego można się przekonać, że wybór sądu mógł być wyborem pomiędzy wygraną w procesie o pokutne w wysokości 3.000 zł a przegranym procesem o 5.000 zł odszkodowania⁵. Źródła z przebiegu tych spraw zawierają wiele ciekawych szczegółów, przez co tym jaskrawiej widać, że występujący w nich problem zasady *nullum crimen sine lege* najpierw został źle zrozumiany, a potem był pominięty. Problemy wokół tej instytucji w orzecznictwie Sądu Najwyższego rzucają światło na zagadnienie sądownictwa konstytucyjnego współcześnie i pokazują, z perspektywy czasu, na czym może polegać pragmatyczna postawa sędziego przy formułowaniu uzasadnienia wyroku. W artykule staram się wykazać, dlaczego może być to dobroczynne.

ustawy z 29.03.1926 r. o prawie autorskim (Dz.U. z 1935 r. nr 36 poz. 260).

⁵ W 1928 r. za 100 kg żyta chłop otrzymywał 41,61 zł, a w 1935 r. – 12,33 zł – Z. Klimiuk, *Ewolucja sytuacji gospodarczej i pieniężnej Polski w okresie międzywojennym. Analiza krytyczna*, „Konińskie Studia Społeczno-Ekonomiczne” 2018/2, s. 175.



Zdj. 1. Narodowe Archiwum Cyfrowe 3/1/0/11/1752, 1935, Zespół: Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna, podpisany: Zenon Przesmycki (z prawej) na ulicy z Gustawem Beylinem obrońcą w procesie z profesorem [Tadeuszem] Pinim.



Zdj. 2. Zdjęcie Jana Lesmana (późn. Brzechwy) pochodzi z Książki pamiątkowej z okazji dziesięciolecia Związku Autorów i Kompozytorów Scenicznych „Zaiks” (1918–1928) aut. Jana Stanisława Mara, domena publiczna.

Dobrym punktem wyjścia do badania procesów dotyczących prawa autorskiego w okresie międzywojennym jest sprawa adw. Hofmoka-Ostrowskiego dotycząca sztuki *Zabawka* z 1935 r. Ostateczny wyrok w tej sprawie został szczegółowo zrelacjonowany przez Jana Brzechwę w prasie zagranicznej poświęconej prawu autorskiemu – „Le Droit d’Auteur”⁶, organie Zjednoczonego Międzynarodowego Biura Ochrony Własności Intelektualnej⁷. Brzechwa poświęcił sprawie *Zabawki* dużą część relacji. Wyrok w sprawie *Zabawki* został opisany przez Jana Brzechwę, wówczas Jana Lesmana, adwokata z Warszawy, eksperta w dziedzinie prawa autorskiego i korespondenta z Polski, jako przełamujący wcześniejszą i, zdaniem wielu prawników, błędną wykładnię SN z procesu Boy-Beaupré z 1928 r. Interpretacja przepisów prawa autorskiego z 1928 r. wykluczała drogę karną w procesie o pokutne, ale w opisywanym przez Brzechwę procesie o *Zabawkę* znowu ją dopuszczono.

W tych sprawach chodziło o wykładnię instytucji pokutnego na podstawie art. 58 ustawy z 29.03.1926 r. o prawie autorskim (po nowelizacji

– art. 62). Przekonany o niepoprawności wykładni SN ze sprawy Boy-Beaupré z 1928 r. wykluczającej jej karny charakter Brzechwa napisał na łamach „Wiadomości Literackich”, że „można i należy spodziewać się, iż sprawa Boya nie będzie stanowiła precedensu, na którym Sąd Najwyższy chciałby się opierać w innych analogicznych wypadkach, dlatego też powoływanie się na wyrok w tej sprawie pozbawione jest realnych podstaw”⁸. Głos Brzechwy w tej sprawie kilka lat po wyroku nie był jednak tak surowy, jak krytyka dr. Anzelma Lutwaka w artykule opublikowanym najpierw w redagowanym przez niego lwowskim „Głosie Prawa”, bezpośrednio po wyroku⁹, a następnie w formie samodzielnej publikacji. Ważne jest jednak przypomnienie, że przyczyną rozstrzygnięcia SN z 1928 r. była nie ocena okoliczności związanych z „artystyczną” warstwą sporu (które znacznie bardziej interesowały opinię publiczną), ale zastosowanie podstawowych zasad prawa karnego. Krytyka w sprawie Boy-Beaupré dziwi tym bardziej, że w sprawie tej orzekł szanowany SSN dr Włodzimierz Dbalowski. Wykładnia SSN Dbalowskiego – odrzucająca ścieżkę karną, ale krótka i niepoparta rozbudowaną argumentacją – potwierdzi się potem w wyroku w sprawie Miriam-Pini, w 1937 r., w której Jan Brzechwa występował jako pełnomocnik.

⁶ J. Lesman (J. Brzechwa), „Le Droit d’Auteur” 1937/4, s. 44.

⁷ „Le Droit d’auteur: organe officiel du Bureau de l’Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques”. Wydanie tego czasopisma wpisuje się w historię Międzynarodowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO), od 1974 r. jako organizacja wyspecjalizowana Organizacji Narodów Zjednoczonych, Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/World-Intellectual-Property-Organization> (dostęp: 30.11.2020 r.).

⁸ J. Lesman, *Poradnia prawna dla autorów*, „Wiadomości Literackie” 1933/26.

⁹ A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle-niu...*

INSTYTUCJA POKUTNEGO WEDŁUG UZASADNIENIA PROJEKTU USTAWY O PRAWIE AUTORSKIM Z 1926 R.

Instytucja pokutnego zrodziła się w 1920 r. w projekcie prof. Fryderyka Zolla, który opracowując projekt ustawy o prawie autorskim, tak przetłumaczył niemiecki termin *Busse*: „Słowo «Busse» tłumaczę tutaj na język polski «Pokutne»”¹⁰, choć istniały równolegle w ówczesnej nauce głosy, że termin ten nie był do końca adekwatny. „Wyróżnia pokutne trąci zanadto karą. Jest w nim coś, co przypomina zmazanie winy przez odcierpienie jakiegoś *malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*. Tu zaś nie chodzi o to, aby przestępca, przez poniesienie jakiegoś *malum*, miał się oczyścić z winy, lecz należy jedynie na tem, aby pokrzywdzony uzyskał od skazańca takie *bonum*, które do pewnego stopnia pogodziłoby go z przykrościami, jakich doznał z jego strony. Nawiązka byłaby tu więc o wiele trafniejszym terminem”¹¹.

Pokutne umieszczono w art. 58 (w wersji ujednoliconej w art. 62) ustawy o prawie autorskim, w rozdziale obejmującym roszczenia cywilne, a nie

karne. Mimo to dla wielu rozstrzygające o charakterze pokutnego było nie miejsce umieszczenia przepisu w ustawie, ale tekst rządowego uzasadnienia projektu ustawy, stanowiący, że „pokutne (*Busse*) jest instytucją mającą prawo obywatelstwa w niemieckim karnej ustawodawstwie. Mowa o niem w § 188 i 231 niem. Kodeksu karnego, w postanowieniach innych szczególnych ustaw, a o postępowaniu z wnioskami o przyznanie pokutnego traktują przepisy § 443 do 446 niem. procedury karnej. Jest ona ryczałtowo odszkodowaniem, które może być orzeczone wyłącznie w zasądzającym wyroku karnym. (...) W ustawodawstwie cywilnym pokutne nie jest znane. Z natury jego wynika, iż do ustaw cywilnych nie może być przeszczepione”¹². Treść tego uzasadnienia ustawy cytował w ten sposób Brzechwa w korespondencji dla „Le Droit d’Auteur”¹³. Za takim traktowaniem treści uzasadnienia stać mógł autorytet prof. Fryderyka Zolla, autora projektu i członka Komisji Kodyfikacyjnej.

POKUTNE W PROCESIE BOY-BEAUPRÉ

Dzięki publikacji dr. Anzelma Lutwaka wiemy, jak brzmiał wyrok SN w sprawie Boy-Beaupré z 1928 r. W niniejszej publikacji nie zostanie omówione *meritum* sporu Boya-Żeleńskiego przeciwko Antoniemu Beaupré – jest to niezwykle ciekawe zagadnienie, zasługujące na szerszą analizę i od strony literackiej

¹⁰ *Prawo autorskie w projekcie prof. Fryderyka Zolla*, Warszawa 1920, s. 6.

¹¹ E. Krzymuski, *Projekt przepisów karnych dla ochrony prawa autorskiego, jako uzupełnienie Ustawy o prawie autorskim, według projektu prof. Fryderyka Zolla*, broszura na podstawie artykułu z „Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego”, Kraków 1926, s. 25, <https://polona.pl/item/projekt-przepisow-karnych-dla-ochrony-prawa-autorskiego-jako-uzupelnienie-ustawy-o-prawie,ODk3NzI4MzU/4/#info:metadata> (dostęp: 7.07.2021 r.).

¹² S. Gołąb, *Ustawa o prawie autorskim...*, s. 281.

¹³ J. Lesman (J. Brzechwa), „Le Droit d’Auteur” 1937/4, s. 45.

omówione już w innych publikacjach¹⁴. Wyrok SN z 1928 r. poświęca problemom literackim ledwie kawałek wywodu, podczas gdy główną osią rozstrzygnięcia okazała się argumentacja oparta na zasadzie *nullum crimen sine lege*. Sąd Najwyższy uznał, że stwierdzone przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8.10.1927 r. (Vr. II 2604/27) naruszenie praw autorskich (zdaniem SN prawidłowe) zostało błędnie zakwalifikowane jako występki na podstawie ustawy z 29.03.1926 r. o prawie autorskim. SSN Dbałowski napisał po prostu, że „ustawa ta nie zna w ogóle występków z art. 58 – już choćby tylko dlatego, że postanowienia karne, zawarte w tej ustawie, rozpoczynają się dopiero od art. 61, jak to zresztą sam nagłówek wyraźnie wskazuje. (...) autor skierował sprawę niniejszą mylnie i wyłącznie na drogę postępowania karnego, zaczem rola Sądu Najwyższego, jako kasacyjnego ogranicza się w danym wypadku wyłącznie do orzecznictwa karnego. Pytanie powyższe mogłoby tedy być rozstrzygnięte jedynie na drodze postępowania cywilnego”¹⁵. Boy-Żeleński zareagował na wyrok bardzo krytycznie („prawo autorskie fikcją”) i zrezygnował z dochodzenia odszkodowania w procesie cywilnym¹⁶.

Warto jednak podkreślić, że sędzia Sądu Najwyższego dr Włodzimierz

Dbałowski był współautorem (razem z J.J. Litauerem) publikacji *Ustawodawstwo autorskie obowiązujące w Polsce z 1922 r.*¹⁷, a także uczestnikiem prac Komisji Kodyfikacyjnej pracującej nad ustawą o prawie autorskim, jako przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości. Na obradach był obecny 7.12.1921 r.¹⁸ Wydał jako współautor liczne prace o istotnym znaczeniu praktycznym¹⁹.

¹⁷ W. Dbałowski, J.J. Litauer, *Ustawodawstwo autorskie obowiązujące w Polsce*, Warszawa 1922.

¹⁸ S. Gołąb, *Ustawa o prawie autorskim z 29.03.1926 r. z materiałami*, Warszawa 1928, s. 106.

¹⁹ W. Dbałowski, J. Przeworski, *Przepisy o przechowywaniu wraz z przepisami monetarnymi i przepisami o odsetkach: objaśnione orzecznictwem Sądu Najwyższego*, Warszawa 1929; W. Dbałowski, J. Przeworski, *Kodeks cywilny zawierający obowiązującą w okręgach sądów apelacyjnych w Krakowie i Lwowie oraz sądu okręgowego w Cieszyźnie ustawę cywilną, ustawy i rozporządzenia dodatkowe*, Warszawa 1927; W. Dbałowski, M. Kornhauser, F. Zadrowski, *Nowy Proces Cywilny: dwutygodnik poświęcony zagadnieniom, wykładni i praktyce kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 1933; J. Jodłowski, W. Dbałowski, *Egzekucje z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 1938; K. Apollow, W. Dbałowski, *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki: komentarz*, Warszawa 1938; W. Dbałowski, J. Przeworski, *Przepisy o ochronie lokatorów (wraz z ustawą śląską) objaśnione orzecznictwem izby 1 i 3 Sądu Najwyższego*, Warszawa 1930; W. Dbałowski, J. Przeworski, *Ustawy o prawie międzynarodowym i międzydzielnicowym z dodaniem materiałów sejmowych, orzecznictwa sądowego*, Warszawa 1928; W. Dbałowski, M. Wawrzukowicz, *Prawo wekslowe i czekowe: objaśnione orzecznictwem Sądu Najwyższego wraz z przepisami o opłatach stemplowych od weksli i czeków, oraz o właściwości sądów i postępowaniu sądowym w sprawach wekslowych, tudzież przepisami ustaw notarialnych dotyczącymi spraw wekslowych*, Warszawa 1929.

¹⁴ Por. m.in. D. Giza, *Tadeusza Boya-Żeleńskiego proces z krakowskim „Czasem” o prawa autorskie*, „WIELOGŁOS Pismo Wydziału Polonistyki UJ” 2015/4, s. 45–58, DOI: 10.4467/2084395XWI.15.031.5148, www.ejournals.eu/Wieloglos.

¹⁵ A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle- niu...*, s. 6–7.

¹⁶ O. Missuna, *Warszawski pitaval literacki*, Warszawa 1960, s. 92.



Zdj. 3. Włodzimierz Dbałowski, fragment zdjęcia z Narodowego Archiwum Cyfrowego 3/1/0/3/459, 1934, Zespół: Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna.



Zdj. 4. Fryderyk Zoll, fragment zdjęcia z Narodowego Archiwum Cyfrowego 3/1/0/10/3110, 1931, Zespół: Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna.

Krytykując ten wyrok, Anzelm Lutwak wykazywał, że art. 58 ustawy był powołany w związku z art. 61 (przepis karny), dlatego do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege poenali* – jak najbardziej uznawanej, na co powołał wiele cytatów – dojść w sprawie nie mogło. W krytyce znalazły się wyrazy uznania dla dorobku SSN Dbałowskiego, ale i przytyki, że pozostaje obojętny wobec wielkiej sztuki²⁰ i twórczy „nie w najlepszym znaczeniu” w obszarze prawa²¹. Jednocześnie, jak wyraził się Lutwak, nowoczesny sędzia powinien wyrosnąć ponad pogląd Monteskiusza wyrażony w słynnym *O duchu praw* i stać się czymś więcej niż ustami ustawy²². A. Lutwak był wielbicielem twórczości Boya-Żeleńskiego – wyraz tego można znaleźć właśnie m.in. w jego słowach na temat wykonanego przez Boya przekładu nie czego innego, jak właśnie *O duchu praw* Monteskiusza, chwalonego na łamach „Głosu Prawa”²³. Zbiegiem okoliczności ta pochwała pojawiła się zaraz obok przychylnej recenzji jednej z publikacji SSN Dbałowskiego²⁴.

²⁰ A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle-niu...*, s. 22.

²¹ A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle-niu...*, s. 9.

²² A. Lutwak, *Sprawa Boy-Beaupré w oświetle-niu...*, s. 9.

²³ Montesquieu, *O duchu praw*, przeł. Tadeusz Żeleński (Boy). Przejrzał i wstępem opatrzył prof. W. Makowski, Warszawa 1927, za A. Lutwak, „Głos Prawa” 1928/5–6, s. 265.

²⁴ W. Dbałowski, J. Przeworski, *Przepisy o ochronie lokatorów (wraz z ustawą śląską), objaśnione orzecznictwem Izby I i III Sądu Najwyższego*, w zbiorze „Hoesicka teksty ustaw”, nr 44, Warszawa 1928, s. 140 małego formatu, za A. Lutwak, „Głos Prawa” 1928/5–6, s. 265.

Pomimo tego rozstrzygnięcia sprawa roli procesowej pokutnego nie była dla prawników jasna. Istnieją przykłady praktyki procesowej (właśnie w procesie o *Zabawkę*, zakończonym w 1935 r. i w procesie Miriam-Pini, zakończonym w 1937 r.), gdzie wobec powyższej wykładni SN z 1928 r., ścierającej się z treścią uzasadnienia projektu ustawy o prawie autorskim, w sprawach o zasądzenie pokutnego równolegle składano pozwy i wnoszono akty prywatnego oskarżenia.

PROCES O ZABAWKĘ

Proces o *Zabawkę* dotyczył tylko praw do tytułu sztuki, ale ciekawe jest też tło tej sprawy, w szczególności postać autora. Zdaniem krytyków sztuka *Zabawka* adw. Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego była ciekawym, ale i rozczarowującym spojrzeniem na zawód adwokata. Jeden krytyk napisał, że „poza jednym epizodem z przestępcą i komisarzem policji nie dzieje się i nie mówi się nic, co by drążyło zagadnienie etyki adwokackiej”²⁵. Bardziej dosadnie wyraził się o sztuce Antoni Słonimski w „Wiadomościach Literackich”: „«Zabawka» p. Hofmokl-Ostrowskiemu nie udała się. Zabawa w teatr to zabawa niebezpieczna. Pewien nerw sceniczny i poczucie humoru wskazuje na to, że niekarany dotąd teatralnie p. Hofmokl stanie się recydywistą. Skazujemy autora na dwa tygodnie niepowodzenia. Zespół teatru unie-

winniony. Działal w dobrej wierze”²⁶. Sztuka została wystawiona 27 razy w Teatrze Kameralnym w Warszawie – dziennikarze donosili jednak, że sale teatru nie były pełne²⁷. W odpowiedzi na krytykę Słonimskiego Hofmokl-Ostrowski opublikował w kilku dziennikach prasowych karykaturalny akt oskarżenia przeciwko zniekształconemu pseudonimowi poety [„oskarża Nuchema Asza, lat 40, reportera «Wiadomości Literackich», zamieszkałego w Warszawie, pl. Marszałka Piłsudskiego (kawiarnia I.P.S.)”]²⁸. W „akcie oskarżenia” napisał, że słowa dziennikarza „zawierają cechy przestępstwa z art. 255 par. 1 k.k., gdyż pomawiają sztukę «Zabawka» o właściwości, które mogą ją poniżyć w opinii publicznej lub narażić na utratę zaufania, potrzebnego dla jej stanowiska w literaturze”. Na świadków powołał wymienionych z nazwiska polityków i oficjeli warszawskich (być może znajomych adwokata, obecnych na premierze i zadowolonych ze sztuki), a na ekspertów – kilku znawców literatury (Jana Lorentowicza, Karola Irzykowskiego, Józefa Chmieleńskiego).

Żart adwokata mógł być rozmaicie odebrany przez ówczesną opinię publiczną, ale ostatecznie służyć mógł wyrabianiu przekonania o gwarancjach wolności słowa, prawa do krytyki i satyry. Antoni Słonimski poprosił Gustawa Beylina o potwierdzenie, że skarga taka do żadnego sądu istotnie

²⁵ W. Syruczek, *Flirt mecenasa. Debiut dramatyczny p. Z. Hofmokl-Ostrowskiego*, „Express Poranny” 1933/135.

²⁶ A. Słonimski, „Wiadomości Literackie” 1933/495.

²⁷ „Kurjer Polski” 1934/310.

²⁸ „Express Mazowiecki. Dziennik Ilustrowany” 1933/150; „Express Poranny” 1933/149.



Zdj. 5. Narodowe Archiwum Cyfrowe 3/1/0/11/10844, 1933, Zespół Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna, podpisany: Fotografia grupowa artystów. Siedzą od lewej: Antoni Różycki, Irena Grywińska, Zygmunt Hofmokl-Ostrowski, Ewa Kunina. Stoją od lewej: Sława Łaniewska, Feliks Żukowski, Helena Gruszecka, Bronisław Lipski, Felicja Korzelska, Janusz Srebrzycki, Dohnelówna, Karol Adwentowicz, Tomasz Działosz, Maurycy Janowski.

nie wpłynęła, po czym złożył skargę na Hofmokla-Ostrowskiego do Rady Adwokackiej w Warszawie²⁹. Problem satyry zresztą okazał się nieszczęśliwy dla mec. Hofmokla-Ostrowskiego kilka lat później. Jako obrońca redaktora tygodnika literackiego „Prosto z mostu”, Stanisława Piaseckiego, Hofmokl-Ostrowski bronił prawa do publikacji satyrycznego fotomontażu, na którym senator Sieroszewski został przedstawiony w mundurze rosyjskim z podpisem „Senator Sieroszewski trzyma mowę w sprawie

Berezy”³⁰. Na procesie sen. Sieroszewskiego o zniesławienie Hofmokl-Ostrowski miał dać się ponieść argumentacji i powiedzieć: „Berezę stworzył tchórz”, za co go aresztowano, po czym, po wytknięciu innych ekscesów sądowych (m.in. obraźliwej dla sądu zapowiedzi apelacji w słynnej sprawie Grzeszolskich³¹), Hofmokl-Ostrowski został zawieszony w wykonywaniu zawodu adwokata na dwa lata za obrazę władzy³² (z komunikatów prasowych Naczelnej Rady Adwokackiej można wnio-

²⁹ „FORUM. Czasopismo polemiczne” (Wychodzi w dowolnych odstępach czasu), red. i wyd. dr Zygmunt Hofmokl-Ostrowski (ojciec), Warszawa Drukprasa, R. VII, 1933/21: *Moja „Zabawka” z Antonim Stonimskim*, s. 11.

³⁰ „Kurier Polski” 1936/190.

³¹ „Dobry wieczór. Kurier czerwony” 1936/127.

³² „Kurier Warszawski” 1936/22; „Dobry wieczór. Kurier czerwony” 1936/191.

skować, że wynikało to z uprawomocnienia się wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 2.03.1937 r.)³³.

Mecenas Hofmokl-Ostrowski był adwokatem, którego działania nierzadko opisywano na pierwszych stronach gazet. Tak było kilka lat wcześniej, po tym, jak 23.04.1925 r. strzelił sześć razy w procesie Petersa i innych o szpiegostwo do świadka, porucznika Jędraszka, ścigając go kulami wystrzelonymi z rewolweru systemu „browning” kal. 5 mm po sali sądowej, umieszczając kule w drzwiach prokuratora, stole świadków, filarze i podłodze. Działać miał w afekcie, odpowiadając na spoliczkowanie go na dziedzińcu przed rozprawą, co miało być z kolei reakcją na nazwanie świadka prowokatorem. Gazety donosiły sensacyjne szczegóły procesu. Skazany został w pierwszej instancji na karę jednego roku „twierdzy” m.in. ze względu na opinię biegłego rusznikarza, że „strzelał nisko”. Obrona argumentowała, że adwokat miał ograniczoną poczytalność, działając w afekcie psychologicznym, a pamiętać trzeba, że w okresie międzywojennym żywe były w Polsce dyskusje o legalności pojedynków. Sprawa strzelaniny na sali sądowej trafiła aż do Sądu Najwyższego i ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21.04.1927 r. mecenas Hofmokl-Ostrowski miał odbyć karę tygodnia aresztu domowego³⁴.

³³ „Kurier Warszawski” 1938/138; por. A. Redzik, „Prawda” i „Forum” – trybuny wolnych myśli adwokata Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego, „Palestra” 2011/7–8, s. 201–202.

³⁴ „Express Poranny” 1925/113; „Przegląd Wieczorny” 1925/266; „Express Poranny” 1925/320; „Kurier Polski” 1936/190; Z. Hofmokl-Ostrowski, *Trylogia męczeńska. Strzały*

Dochodząc ochrony prawnej do tytułu *Zabawka*, Z. Hofmokl-Ostrowski oskarżył przed Sądem Okręgowym w Warszawie pięć osób związanych z kinem „Casino” w Warszawie – nazwiska wszystkich oskarżonych Jan Brzechwa podał w „Le Droit d’Auteur”, mimo że skazanych ostatecznie zostało dwóch z nich. Podstawą oskarżenia było nakręcenie i wyświetlenie filmu o tym samym tytule co sztuka Hofmokla-Ostrowskiego, niedługo po zakończeniu wystawiania sztuki. Obie premiery miały miejsce w Warszawie. *Zabawka* miała mieć wyższą wartość artystyczną niż nieco przypadkowa produkcja filmowa kina „Casino”. Brzechwa przytacza opinię biegłego Karola Irzykowskiego z Polskiej Akademii Literatury, który zeznał, że w jego ocenie tytuł *Zabawka* został dodany do filmu w sposób nielogiczny i niezwiązany z treścią scenariusza. W procesie ustalono, że film miał mieć wcześniej inny tytuł, a nawet inną treść – pierwotny autor scenariusza nie rozpoznawał swojego utworu.

W prasie wytykano, że proces jest dziwny („Sąd, który ma tyle poważnych zajęć, musiał się zająć *«Zabawką»*”) i że biegłym nawet wyświetlono film, który w kinie wyświetlono ledwie kilka razy³⁵. Prasa z uznaniem przytaczała argumentację adw. Beylina, obrońcy oskarżonych: „prawo autorskie tylko wtedy broni tytułu, jeżeli ten tytuł jest twórczy. Dlatego p. Bey-

w sądzie, Warszawa 1927, s. 178; S. Milewski, *Adwokat nietuzinkowy. Przyczynki do biografii mecenasa Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego*, „Palestra” 2008/3–4, s. 153–160.

³⁵ „Express Poranny” 1934/304.

lin będzie wkrótce bronił w podobnej sprawie tytułu sztuki swego przyjaciela p. Grubińskiego «*Niewinna grzesznica*», który również przywłaszczyli jacyś genjusze filmowi. P. Beylin przytacza wyrok sądu paryskiego w sprawie utworu Claude Farrera «*Marsz żałobny*». Znakomitego pisarza zaskarżyła pewna pisarka o plagiat tytułu, bo sama jest autorką opowieści «*Marsz żałobny*». Sąd uniewinnił Farrera, wychodząc z założenia, że tytuł «*Marsz żałobny*» nie posiada kwalifikacji dla ochrony prawnej. Ponadto p. Beylin, który sam, w chwilach wolnych od zajęć zawodowych, pisuje sztuki, nie uważa, by problemy sztuki «*Zabawka*» mogły być materiałem dla plagiatu. Są one stare, jak świat i były tematem setek utworów»³⁶. Mimo to, jak opisał Brzechwa, zarówno Sąd Okręgowy w Warszawie (wyrok z 9.11.1934 r.), jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie (orzekający w wyroku z marca 1935 r. sędzia Kamienobrodzki)³⁷ uznały, że oskarżeni umyślnie pożyczili tytuł sztuki Hofmokla-Ostrowskiego do filmu o niskiej jakości artystycznej, naruszając prawa wyłączne autora i wyrządzając mu uszczerbki majątkowe i moralne. Zasądzono pokutne w wysokości 3000 zł. Sąd Apelacyjny uniewinnił jednego z trzech skazanych w pierwszej instancji (p. Kranza), pozostawiając w mocy wyrok skazujący względem p. Gulanickiego i p. Wyszynskiego, zobowiązanych do zapłaty pokutnego³⁸.

OCHRONA TYTUŁU DZIEŁA LITERACKIEGO

W wyroku z 19.09.1935 r. kasację Sąd Najwyższy oddalił. Wskazał, że tytuł musi odnosić się do całości problemów ujętych w dziele literackim. Tytuł i jego treść stanowią jedną całość. Nie można zatem przy badaniu, czy tytuł podlega ochronie prawnej, ograniczać się do analizy tego, czy cechuje się on oryginalnością, pomysłowością lub niespotykanym dotąd połączeniem słów. Banalność tytułu czy wykorzystanie wyrazu w powszechnym użyciu nie rozstrzygają o braku ochrony. Sformułowana przez Sąd Najwyższy w związku z tym zasada przewidywała, że aby stwierdzić, czy tytuł dzieła podlega ochronie, należy zbadać problem, którym zajmuje się dzieło, jego gatunek i cele, które ma realizować³⁹. W wydanym po wojnie zbiorze orzecnictwa Jan Brzechwa przytoczył tezy SN w ten sposób: „Tytuł utworu literackiego wraz z treścią tego utworu, stanowią jednolite dzieło sztuki. W oderwaniu od zagadnienia utworu, od jego rodzaju i od celów, jakim utwór został poświęcony, nie można rozstrzygać o tym, czy tytuł tego utworu ma być chroniony dla wyłączności autora i w jakich granicach może i powinna mu ta wyłączność przysługiwać (SN z 19.09.1935 r. Nr 1 K 557/35)” oraz „Wyraz «zabawka», użyty jako tytuł utworu scenicznego, a więc zespolony z tymże utworem w jedno dzieło sztuki scenicznego, znajduje się na danym terenie pod ochroną prawa wyłączności autorskiej

³⁶ „Kurjer Polski” 1934/310.

³⁷ „Kurjer Poranny” 1935/89.

³⁸ „Kurjer Poranny” 1935/89.

³⁹ J. Lesman (J. Brzechwa), „Le Droit d’Auteur” 1937/4, s. 44.

w zakresie literackiej twórczości, gdy chodzi o produkcję pod takimże tytułem innego utworu scenicznego (SN z 19.09.1935 r. Nr 1 K 557/35)”⁴⁰. Sąd Najwyższy skupił się w tej wykładni na zagadnieniu utworu, nie zaś na aspektach ekonomicznych również podnoszonych przez autora w procesie (problem ekranizacji sztuki po zdublowaniu tytułu, problem korzystania z renomy dzieła).

W procesie cywilnym zaś mec. Hofmokl-Ostrowski swoje racje o *Zabawkę* przegrał⁴¹. W sprawie, w której dochodził od „Patria Film” zapłaty 5000 zł odszkodowania za wyświetlenie filmu pt. *Zabawka*, Sąd Najwyższy uznał w wyroku z 22.06.1938 r. (Orzeczenie Izby Cywilnej, Nr C. I. 79/38), że „wysokość szkód wyrządzonych skarżącemu przez ustalone wyrokiem sądu apelacyjnego wyświetlenie filmu, nie została udowodniona”, uznając jednocześnie brak podstaw do miarkowania według innej oceny na podstawie art. 343 k.p.c.⁴²

SPRAWA POKUTNEGO W PROCESIE O ZABAWKĘ

W swojej relacji Brzechwa podsumował, że w wyroku dotyczącym *Zabawki* Sąd Najwyższy „nareszcie rozstrzygnął” wieloletni spór doktrynalny, uznając, że pokutnego należy dochodzić w procesie karnym, składając wniosek ustnie do protokołu na rozprawie, a nie w procesie cywil-

nym⁴³. Sprawa ta była dla polskich prawników zajmujących się prawem autorskim tak istotna, że Brzechwa ocenił ją jako ważną także dla międzynarodowych ekspertów, czy to z przyczyn praktycznych, czy legislacyjnych, wartą opisania w języku francuskim do czołowego czasopisma prawa autorskiego na świecie. Nie opisał sprawy jednak z punktu widzenia zagadnienia *nullum crimen sine lege*, które było tłem argumentacji SSN Dbałowskiego.

POKUTNE W PROCESIE MIRIAM-PINI

Zakres tej publikacji znowu nie pozwala na nawet pobieżne omówienie trzeciego głośnego procesu, w którym wystąpił problem pokutnego, czyli sprawy dotyczącej popularyzacji spuścizny po C.K. Norwidzie, wszczętej przed sądem karnym przez Zenona Przesmyckiego ps. Miriam – literata, który odnalazł, docenił i rozślał twórczość C.K. Norwida po jego śmierci – przeciwko prof. Tadeuszowi Piniemu i Aleksandrowi Plebanowi, w związku z wydaniem przez tych ostatnich zbioru popularyzującego poezję Norwida po upływie ochrony autorskiej liczonej od śmierci samego

⁴⁰ „Biuletyn ZAiKS” 1948/5, s. 58.

⁴¹ „Kurier Warszawski” 1937/178.

⁴² J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz*, praca złożona do druku w 1939 r., niepubl., s. 348–349.

⁴³ „Ce fut là, également, le point de vue de la Cour suprême qui, dans l'affaire du «Jouet», dissipa définitivement les doutes relatifs au mode d'intenter l'action en condamnation à une amende. Cette action, a dit la Cour, doit être formée au cours du procès pénal, par simple intervention orale se produisant à l'audience, mais non pas dans le procès civil”. J. Lesman (J. Brzechwa), „Le Droit d'Auteur” 1937/4, s. 45.

autora, w 1934 r.⁴⁴ W procesie tym Jan Brzechwa występował jako pełnomocnik, razem z mec. Gustawem Beylinem, po stronie Zenona Przesmyckiego i pozostałych oskarżycieli, a adw. Emil Breiter – jako jeden z obrońców oskarżonych. W sprawie tej ostatecznie orzeczono, że ochrona utworów C.K. Norwida przysługuje Zenonowi Przesmyckiemu z racji twórczego krytycznego wydania tych dzieł (art. 7 ustawy o prawie autorskim z 1926 r.), a ochrona przyznana na tej podstawie wygasnąć miała dopiero 50 lat po śmierci kompilatora – Zenona Przesmyckiego⁴⁵.

W początkowym okresie proces Miriam-Pini budził sensację, stał się przyczynkiem do wielu analiz twórczości Norwida i komentarzy dotyczących postaw stron sporu. Jednak pod koniec procesu, kilka miesięcy przed śmiercią prof. Piniego, sprawa nie budziła już takich emocji i prawie nie była relacjonowana w prasie. Był to długi proces jak na warunki międzywojenne; Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł w nim jeden raz (wyrok skazujący wydany przez SSO Stanisława A. Rybińskiego z 27.09.1935 r., ogłoszony 30.09.1935 r. III.4 K 61/34⁴⁶), dwukrotnie Sąd Apelacyjny w Warszawie (wyrok unie-

winniający z 10.03.1936 r., SSA Adolfa Kellera, po którym kasację wnieśli pełnomocnicy Zenona Przesmyckiego, oraz skazujący wyrok z 6.10.1936 r. II.1 KA 661/36⁴⁷, od którego kasację wniósł obrońca prof. Piniego i Aleksandra Plebana) i dwukrotnie Sąd Najwyższy (wyrok z 23.06.1936 r., I K 336/36⁴⁸ przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie oraz wyrok z 19.02.1937 r. I K 1117/36, OSN(K) 1937/7/203, SSN J. Sagajły, S. Walfisza, K. Fleszyńskiego – uchylający wyrok tylko w zakresie pokutnego). Drugie i ostatnie rozstrzygnięcie SN w tej sprawie jest interesujące ze względu na określenie tam zakresu uznania sędziowskiego przy orzekaniu w sprawach o ochronę praw autorskich oraz ze względu na zagadnienie pokutnego. Podobnie jak w procesie Boy-Beaupré, jedyna zmiana wyroku dokonana przez Sąd Najwyższy na tym etapie dotyczyła właśnie pokutnego. W uzasadnieniu czytamy: „Przepis art. 62 ustawy o prawie autorskim (Dz.U. nr 36/35 poz. 260), przewidujący pomiędzy innymi przyznanie pokrzywdzonemu autorowi pokutnego, jako ekwiwalentu poniesionych przykrości i innych osobistych uszczerbków, zamieszczony został w rozdziale VI (ochrona prawna) wśród przepisów, normujących odpowiedzialność cywilną, nie zaś pomiędzy postanowieniami karnymi (68–74), obejmującymi, prócz kar zasadniczych, także karę dodatkową (art. 44 pkt f k. k.) w formie ogłoszenia wyroku na koszt skazane-

⁴⁴ Por. L. Okręt, *Miedzy życiem a sądem*, Warszawa 1938; J.W. Gomulicki, *Sędzia Stanisław Aleksander Rybiński – nieznanый bohater norwidskiego procesu Zenona Przesmyckiego z Tadeuszem Pinim: 1934–1938*, „Palestra” 2002/3–4 – gdzie znaleźć można uwagi krytyczne dot. opracowania O. Missuny *Warszawski pitaval literacki*, Warszawa 1960.

⁴⁵ „Ilustrowany Kurjer Codzienny” 1937/5, s. 11.

⁴⁶ J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz...*, s. 69.

⁴⁷ J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz...*, s. 69.

⁴⁸ J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz...*, s. 69.

go (art. 73). Sama systematyka ustawy, a następnie pogląd autora projektu ustawy profesora Zolla (ustawa o prawie autorskim z 1926 r. s. 129) wskazują na to, że pokutne nie stanowi kary dodatkowej w rodzaju niemieckiej Busse, wymierzanej przez sąd karny, lecz ryczałtowe wynagrodzenie pieniężne, dochodzone w ogólnym trybie postępowania cywilnego, względnie w drodze powództwa cywilnego w procesie karnym". Ten wyrok Sądu Najwyższego został przytoczony przez Jana Brzechwę także w powojennym „Biuletynie ZAiKS”, gdzie opublikowano zebrane przez autora tezy przedwojennego orzecznictwa prawnoautorskiego: „Pretensje pokrzywdzonego na tle pokutnego winny być zameldowane nie później, niż przy rozpoczęciu rozprawy głównej, nie zaś dopiero w głosach stron po zamknięciu przewodu sądowego w pierwszej instancji (SN z 15 i 19.02.1937 r. Nr 1 K 1117/36)”⁴⁹. Tym razem wyrok nie został uchylony w całości, a jedynie w zakresie zasądzanego od oskarżonych pokutnego ze względu na jego cywilnoprawny charakter. Wykładnia SSN Dbałowskiego z 1928 r. została zatem zaaprobowana

⁴⁹ „Biuletyn ZAiKS” 1948/5, s. 62; poza przytoczeniem pierwotnego stanowiska Ministerstwa Sprawiedliwości z 1925 r., zgodnie z którym pokutne miało mieć charakter karny, oraz przytoczeniem cytowanej tezy wyroku SN, z której wynikało coś przeciwnego (z adnotacją „Pokutnego można dochodzić zarówno w procesie cywilnym, jak i w drodze akcji cywilnego w procesie karnym”). J. Brzechwa niestety nie odniósł się do sprawy charakteru pokutnego w swoim nieopublikowanym, złożonym do druku w 1939 r., komentarzu do ustawy o prawie autorskim – J. Lesman (J. Brzechwa), *Prawo autorskie. Komentarz...*, s. 156–162.

na w 1937 r. Słusznie zatem zdaniem współczesnych badaczy ustawa o prawie autorskim z 1926 r. nie wytyczała wystarczająco jasno granicy pomiędzy ochroną karnoprawną i cywilnoprawną⁵⁰. Sytuacja ta pozwala zauważyć, jak istotne jest sądownictwo konstytucyjne. Opisane w artykule tło sprawy ma na celu ukazanie, jak podstawowe prawa i wolności mogą wydać się błahie w głośnych procesach, kiedy mniej istotne detale, z różnych powodów atrakcyjne dla relacjonujących, wysuwają się na pierwszy plan.

PRAWA I WOLNOŚCI KONSTYTUCYJNE W USTAWODAWSTWIE AUTORSKIM

W ustawie z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁵¹ instytucja pokutnego w ujęciu przedwojennym nie występuje, ale wątpliwości co do zakresu przepisów karnych pojawiły się w niej również. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17.02.2015 r.⁵² rozważono, czy określony przepis ustawy o prawie autorskim jest odpowiednio skonstruowany, aby stanowić podstawę sankcji karnej. Trybunał orzekł, że art. 115 ust. 3 ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest

⁵⁰ D. Szczepaniak, *Przepisy karne ustawy o prawie autorskim z 1926 roku. Historia powstania – charakterystyka ogólna. Art. 61 i jego znaczenie dla późniejszych regulacji*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2018/4, s. 561.

⁵¹ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 288).

⁵² Wyrok TK z 17.02.2015 r. (K 15/13), Dz.U. z 2015 r. poz. 280.

zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W wyroku, który dotyczył zwrotu „w inny sposób niż określony w ust. 1 lub ust. 2 narusza cudze prawa autorskie lub prawa pokrewne”, znajdującego się w art. 115 ust. 3 ustawy, przytoczono zasady *nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa*, wyrażone w art. 42 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którymi odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Przeanalizowano wcześniejsze orzecznictwo TK dotyczące określoności normy karnej, przyjmując ostatecznie wykładnię wyrażoną przez TK w wyroku z 9.06.2010 r. „Trybunał (...) przyjął, «że sam fakt posłużenia się odesłaniem w przepisie penalizującym dane zachowanie nie jest wystarczający dla stwierdzenia niezgodności zaskarżonego/kwestionowanego przepisu z art. 42 ust. 1 Konstytucji (*nullum crimen sine lege certa*). Niezgodność z konstytucyjną zasadą określoności prawa może wystąpić w konkretnym odesłaniu w normie prawa karnego, która określa znamiona czynu karalnego. (...) wykluczone jest takie niedoprecyzowanie któregośkolwiek elementu normy prawnokarnej, które powodowałoby dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy umożliwiałoby ‘zawłaszczanie’ przez te organy pewnych sfer życia i represjonowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione w przepisie prawa karnego» (wyrok z 9.06.2010 r., SK 52/08)”⁵³.

⁵³ Wyrok TK z 17.02.2015 r. (K 15/13), Dz.U. z 2015 r. poz. 280, s. 9.



Zdj. 6. Narodowe Archiwum Cyfrowe 3/1/0/10/178, Zespół Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna, podpisany: Stefan Glaser – prawnik, profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i Uniwersytetu Stefana Bato-rego w Wilnie.



Zdj. 7. Narodowe Archiwum Cyfrowe 3/1/0/3/258, Zespół Koncern Ilustrowany Kurier Codzienny – Archiwum Ilustracji, domena publiczna, podpisany: Emil Breiter, adwokat. Fotografia portretowa.

WNIOSKI

Dokonana przez TK w wyroku z 17.02.2015 r. (K 15/13) wykładnia tworzy pewność prawną, której przy podobnych wątpliwościach przy interpretacji przepisów o prawie autorskim brakowało w okresie międzywojennym. Brak tej pewności wyrażał się przed 1939 r. m.in. w równoległym dochodzeniu pokutnego w sądach karnych i cywilnych, z których karne uznawano za skuteczniejsze. Wykładnia SSN Dbałowskiego z 1928 r. w sprawie Boy-Beaupré, którą dziś można czytać jako próbę nadania rozpoznawanemu problemowi rangi konstytucyjnej, nie została doceniona. Rozstrzygnięcie dokonane w wyroku SN w 1937 r. w sprawie Miriam-Pini, które potwierdzało prawidłowość wcześniejszej wykładni z 1928 r., w którym zrezygnowano z wykładni dokonanej w procesie o *Zabawkę* adw. Z. Hofmokla-Ostrowskiego i w uzasadnieniu projektu ustawy, wciąż miało kontekst raczej formalny niż fundamentalny. Zabrakło argumentów, że tego rodzaju interpretacja służy pewności prawa i ochronie zasady *nullum crimen sine lege* chroniącej prawa i wolności obywatelskie. Brak tego rodzaju pozytywnych ocen i wyraźnej komunikacji może negatywnie przekładać się na kulturę prawną danego okresu. Są to sprawy niebagatelne, ponieważ przepisy prawa autorskiego dotyczą często zagadnienia wolności słowa. Nie bez powodu w 1934 r. prof. Stefan Glaser w artykule pt. *O wolność prasy* zwracał uwagę na sposób orzekania wobec specyficznej w odczuciu autora konstrukcji pojawiających się

w polskim prawie nowych przepisów karnych: „W prawie karnem przejawia się dziś powszechnie ta tendencja ku uwolnieniu sędziego z pod absolutyzmu ustawy w najróżniejszych kierunkach i dziedzinach, śmiało rzecby można opanowuje ona i przenika zwolna całokształt tej dziedziny prawodawstwa. Już nie tylko pozostawia się szerokie granice uznaniu sędziego w przedmiocie jak należy karać, ale także czy należy karać, co ma być poczytane za przestępstwo. Zasada *«nullum crimen sine lege»*, uważana za fundament demokratyzmu prawnego i praworządności co raz wyraźniej traci na znaczeniu”⁵⁴.

Pozytywizm prawniczy, który można wywnioskować z tego apelu, został jednak również poddany krytyce. W ujęciu H.L.A. Harta sztywność pozytywistycznego tekstualizmu łagodzić miała empatyczna „krytyczno-refleksyjna postawa” sędziego. Jeszcze dalej idący aktywizm sędziowski w tym kontekście „prezentuje się (...) jako instrument chroniący obywatela przed samowolą ustawodawcy”⁵⁵. Bez względu jednak na to, jak ocenia się aktywizm sędziowski, nawet pozytywizm prawniczy nie stoi na przeszkodzie pragmatyzmowi, który każe uwzględnić nie tylko literę prawa, ale także skutki orzeczenia dla ochrony podstawowych praw i wolności. Nie można także zapominać funkcji budowania świadomości prawnej treścią uzasadnienia, szczególnie w tak

⁵⁴ S. Glaser, *O wolność prasy*, „Głos Prawa” 1934/6, s. 365–374.

⁵⁵ P. Skuczyński, M. Zirk-Sadowski, *Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2012/1, s. 14.

głośnych procesach, jak opisane w artykule. Dziś, kiedy opisane przez S. Glasera problemy umiejscawiamy już raczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, warto pamiętać, że prawo to nadal nie tylko treść ustaw i wyroków, ale także zrozumienie przez obywateli – również przez prawników – sensu i celu przepisów, wyższych racji rozstrzygnięć i znaczenia sposobu rozstrzygnięcia spraw indywidualnych w całym systemie prawnym. Tego rodzaju kierunko-

we postulaty, należące do sfery etyki zawodowej, a nawet filozofii prawa, z trudem poddają się regulacji.

Artykuł powstał w ramach projektu finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki w ramach zadania badawczego pod nazwą „Drugie życie poety Jana Brzechwy: mecenas Jan Wiktor Lesman (1898–1966) i jego wkład w rozwój polskiego i międzynarodowego prawa autorskiego” nr 2018/29/B/HS5/02729.

ABSTRACT

Ewa Fabian

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw).

Nullum crimen sine lege rule in copyright law – penance in the jurisprudence of the Supreme Court between 1926 and 1939

The article proposes a thesis that the way court judgments are formulated, and, in particular, the grounds referring to fundamental rights and freedoms, has an impact on how they are perceived by the society, how legal awareness is shaped, and may also affect the durability of the jurisprudence. This issue is presented in the article on the example of the interpretation of copyright law referring to the nullum crimen sine lege principle – before the Second World War in high-profile penitential cases under the Copyright Act of March 29, 1926, and more currently in the interpretation of Art. 115 sec. 3 of the Copyright Act now in force, made by the Constitutional Tribunal in Poland. On the basis of the information preserved, the article refers to three pre-war criminal cases, where the institution of penance (pokutne) appeared and which, due to their publicity, influenced the perception of new provisions on copyright in the Polish legal system. The research method used goes beyond legal and scientific sources to better understand the background of these cases, the characteristics of the people involved in the formation of the leading interpretation of the Copyright Act, the issue of the reception of these processes by the legal community and the public opinion, as well as the understanding of the nullum crimen sine lege principle. This method was adopted considering that these cases attracted interest from general public on the one hand, but touched upon civil

rights and freedoms on the other hand, making the issue useful for the study of the phenomenon of legal culture. Underestimation of the issue of civil liberties in the communication of judgments concerning penance (pokutne) in Poland before 1939 was discussed in the context of the subsequent Polish constitutional judiciary on the example of the judgment of the Constitutional Tribunal of February 17, 2015 (K 15/13). The presented synthesis aims to illustrate the problem and allow to claim that the grounds for judgments should be drafted in a pragmatic manner, taking into account fundamental rights and freedoms, and co-creating legal awareness. The article was prepared in the project describing the legacy of advocate Jan Brzechwa as a lawyer (NCN 2018/29/B/HS5/02729).

Keywords: *nullum crimen sine lege*, Poland in 1918–1939, copyright (1926), copyright (1994), Jan Brzechwa, lawyers-writers in the Second Polish Republic, copyright penance (pokutne)

Ewa Fabian

ORCID: 0000-0003-3061-396X; e-mail: ewa.fabian@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Apołłow Konstanty, Dbałowski Włodzimierz, *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki: komentarz, z przedmową Włodzimierza Dbałowskiego*, Warszawa 1938

Dbałowski Włodzimierz, Kornhauser Michał, Zadrowski Feliks, *Nowy Proces Cywilny: dwutygodnik poświęcony zagadnieniom, wykładni i praktyce kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 1933

Dbałowski Włodzimierz, Litauer Jan Jakób, *Ustawodawstwo autorskie obowiązujące w Polsce*, Warszawa 1922

Dbałowski Włodzimierz, Przeworski Jan, *Kodeks cywilny zawierający obowiązującą w okręgach sądów apelacyjnych w Krakowie i Lwowie oraz sądu okręgowego w Cieszynie ustawę cywilną, ustawy i rozporządzenia dodatkowe*, Warszawa 1927

Dbałowski Włodzimierz, Przeworski Jan, *Przepisy o ochronie lokatorów (wraz z ustawą śląską), objaśnione orzecznictwem Izby I i III Sądu Najwyższego*, w zbiorze „Hoesicka teksty ustaw” nr 44, Warszawa 1928, s. 140 małego formatu, za: A. Lutwak, „Głos Prawa” 1928/5–6, s. 265

Dbałowski Włodzimierz, Przeworski Jan, *Przepisy o ochronie lokatorów (wraz z ustawą śląską) objaśnione orzecznictwem izby 1 i 3 Sądu Najwyższego*, wyd. 2 uzup. i popr., Warszawa 1930

Dbiałowski Włodzimierz, Przeworski Jan, *Przepisy o przerachowaniu wraz z przepisami monetarnymi i przepisami o odsetkach: objaśnione orzecznictwem Sądu Najwyższego*, wyd. 2 powiększone i uzupełnione, Warszawa 1929

Dbiałowski Włodzimierz, Przeworski Jan, *Ustawy o prawie międzynarodowym i międzydzielnicowym z dodaniem materiałów sejmowych, orzecznictwa sądowego*, Warszawa 1928

Dbiałowski Włodzimierz, Wawrzakowicz Marian, *Prawo wekslowe i czekowe: objaśnione orzecznictwem Sądu Najwyższego wraz z przepisami o opłatach stemplowych od weksli i czeków, oraz o właściwości sądów i postępowaniu sądowym w sprawach wekslowych, tudzież przepisami ustaw notarialnych dotyczącymi spraw wekslowych*, Warszawa 1929

Giza Dominika, *Tadeusza Boya-Żeleńskiego proces z krakowskim „Czasem” o prawa autorskie*, „WIELOGŁOS. Pismo Wydziału Polonistyki UJ” 2015/4, s. 45–58, DOI: 10.4467/2084395XWI.15.031.5148

Glaser Stefan, *O wolność prasy*, „Głos Prawa” 1934/6, s. 365–374

Gołąb Stanisław, *Ustawa o prawie autorskim z dnia 29 marca 1926 r. z materiałami*, Warszawa 1928

Gomulicki Juliusz Wiktor, *Sędzia Stanisław Aleksander Rybiński – nieznanym bohater norwidowskiego procesu Zenona Przesmyckiego z Tadeuszem Pinim: 1934–1938*, „Palestra” 2002/3–4, s. 531–532

Hofmokl-Ostrowski Zygmunt, „FORUM. Czasopismo polemiczne” (Wychodzi w dowolnych odstępach czasu), red. i wyd. dr Zygmunt Hofmokl-Ostrowski (ojciec), Warszawa Drukprasa. R. VII, 1933/21: *Moja „Zabawka” z Antonim Słonimskim*

Hofmokl-Ostrowski Zygmunt, *Trylogia męczeńska. Strzały w sądzie*, Warszawa 1927

Jodłowski Jerzy, Dbiałowski Włodzimierz, *Egzekucje z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, przedm. Włodzimierza Dbiałowskiego*, Warszawa: „Biblioteka Prawnicza” 1938

Klimiuk Zbigniew, *Ewolucja sytuacji gospodarczej i pieniężnej Polski w okresie międzywojennym. Analiza krytyczna*, „Konińskie Studia Społeczno-Ekonomiczne” 2018/4(2), s. 155–179

Krzymusi Edmund, *Projekt przepisów karnych dla ochrony prawa autorskiego, jako uzupełnienie Ustawy o prawie autorskim, według projektu prof. Fryderyka Zolla*, broszura na podstawie artykułu z „Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego”, Kraków 1926

Lesman Jan (Brzechwa Jan), *Correspondance*, „Le Droit d’Auteur, Revue de Bureau de l’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques” 1937/4, s. 42–47

Lesman Jan (Brzechwa Jan), *Poradnia prawna dla autorów*, „Wiadomości Literackie” 1933/26

Lesman Jan (Brzechwa Jan), *Prawo autorskie. Komentarz*, praca złożona do druku w 1939 r., niepubl.

Lutwak Anzełm, *Sprawa Boy-Beaupré w oświeceniu życiowo-prawnym. Przyczynek do zagadnienia stosunku ochrony cywilistycznej do karnej w prawie autorskim*, „Głos Prawa” 1928/9–12; osobna publikacja pod tym samym tytułem, Warszawa 1929 i cytowany tam wyrok Sądu Najwyższego z 14.03.1928 r., Izba III, Kr. 474/27

Michalski Bogdan, *Prawo autorskie Jana Brzechwy*, „Prawo i Życie” z 8.11.1968 r., Archiwum Akt Nowych, 2/2514/0/-1/337

Milewski Stanisław, *Adwokat nietuzinkowy. Przyczynki do biografii mecenasa Zygmunta Hofmoka-Ostrowskiego*, „Palestra” 2008/3–4, s. 153–160

Missuna Olgierd, *Warszawski pitaval literacki*, Warszawa 1960

Montesquieu, *O duchu praw*, przeł. **Żeleński Tadeusz** (Boy), przejrzał i wstępem opatrzył prof. **Makowski Wacław**, Warszawa 1927, za: **Lutwak Anzełm**, „Głos Prawa” 1928/5–6

Okręt Leon, *Między życiem a sądem*, Warszawa 1938

Prawo autorskie w projekcie prof. Fryderyka Zolla, Warszawa 1920

Redzik Adam, „Prawda” i „Forum” – trybuny wolnych myśli adwokata Zygmunta Hofmoka-Ostrowskiego, „Palestra” 2011/7–8, s. 196–202

Skuczyński Paweł, Zirk-Sadowski Marek, *Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2012/1, s. 12–22

Słonimski Antoni, „Kronika tygodniowa”, „Wiadomości Literackie” 1933/495

Syruczek Wacław, *Flirt mecenasa. Debiut dramatyczny p. Z. Hofmoka-Ostrowskiego*, „Express Poranny” 1933/135

Szczepaniak Damian, *Przepisy karne ustawy o prawie autorskim z 1926 roku. Historia powstania – charakterystyka ogólna. Art. 61 i jego znaczenie dla późniejszych regulacji*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2018/4, s. 541–565

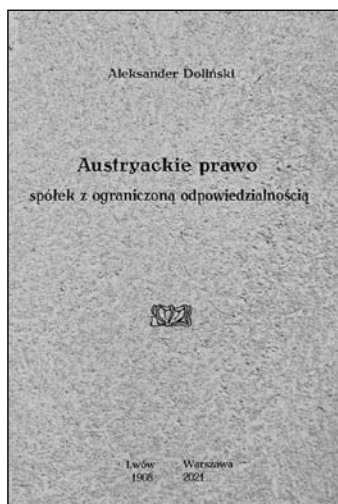
R Recenzje

Stanisław Zagórski

ALEKSANDER DOLIŃSKI, AUSTRYACKIE PRAWO SPÓŁEK Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, LWÓW 1908–WARSZAWA 2021

Konstrukcja prawna spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie powstała w życiu gospodarczym w sposób spontaniczny, ale została wygenerowana przez wielkie niemieckie umysły prawnicze przełomu XIX i XX wieku – jako koncepcja wywodząca się z ukorzenionej wcześniej idei spółki akcyjnej. Nowy rodzaj spółki rychło pojawił się w ustawodawstwach niektórych państw europejskich. Do prawa austriackiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością została wprowadzona w roku 1906.

Aleksander Doliński był wybitnym znawcą prawa handlowego, profesorem



rem uniwersytetu we Lwowie. Entuzjastycznie odniósł się do konceptu nowego rodzaju spółki. Dostrzegał jej zalety w zestawieniu z klasyczną spółką akcyjną – mniejszy stopień anonimowości uczestników tego rodzaju przedsięwzięć, prostszy sposób powoływania do życia, zredukowaną ingerencję czynników administracyjnych w bieżące funkcjonowanie. Jednocześnie uznawał, że lepiej nadaje się ona do prowadzenia przedsięwzięć o większym stopniu ryzyka, a także produkcji o charakterze pierwotnym, jak na przykład wydobywanie kopaliny.

Głęboką analizę wszelkich aspektów powoływania i funkcjonowania nowego rodzaju spółek zawarł Aleksander Doliński w kilkusetstronicowym dziele *Austryackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*, które ukazało się we Lwowie już w roku 1908. Zwraca uwagę praktyczne podejście autora do wszelkich poruszanych zagadnień; dzięki tej cesze dzieło może i dzisiaj posłużyć jako rezerwuar świeżych myśli dla wszystkich poruszających się na co dzień w sferze prawa handlowego.

Warto też zauważyć, że Aleksander Doliński, pisząc tę książkę po polsku, tworzył jednocześnie polskojęzyczną siatkę pojęć koniecznych do opisywania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Stanisław Zagórski

Opracowanie, a także sama postać jego autora, uległy niemal całkowicie zapomnieniu. Zadania przywrócenia ich współczesnemu życiu prawniczemu podjął się zespół Biblioteki „Głosu Prawa”. Na podstawie zachowanych oryginalnych egzemplarzy dokonano przetransponowania pełnej treści tomu na współczesną nam technikę wydawniczą, z zachowaniem autentycznej pisowni. Tom – będący w zamyśle początkiem serii wydawniczej – wydano z edytorskim pietyzmem. Adam Redzik i Paweł Zdanikowski opatrzyli go interesującą przedmową, a także zaopatrzyli w przydatne zestawienia.

Pozycja jest w najwyższym stopniu warta uwagi nowoczesnych komercjalistów, jak również historyków prawa.

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

Ewa Stawicka

“What’s on your compass?”	7
---------------------------------	---

ARTICLES

Jerzy Skorupka

Method of forming a criminal procedure as an element of the assessment of objective (external) impartiality of the court	8
---	---

Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Adriana Szyborska-Rymer

Extension of the time limits for submitting an appeal in the criminal procedure in particularly complex and abstruse cases and changes in the field of substantiating judgments – <i>de lege ferenda</i> proposals	21
---	----

Agnieszka Pilch

The subject of protection for article 128 of the Code of Petty Offences	39
---	----

Monika Strus-Wołos

Why the COVID-19 vaccination under the National Immunization Program is not a medical experiment	62
---	----

Tadeusz Felski

Subjective right of inheritance	73
---------------------------------------	----

Marek Kułak

Court valuation of property in the procedure for determination of unequal shares in the common property – remarks regarding selected rulings of the Supreme Court	83
---	----

Tomasz A. Zienowicz

Problems related to the lack of a definition of the legal concept of “swap” in the Polish legal system – <i>de lege ferenda</i>	102
--	-----

RECENT CASE LAW

Marek Antonii Nowicki

Review of the case-law of the European Court of Human Rights (April–June 2021)	114
---	-----

Mateusz Dąbroś, Witold Kurowski

redakcja naukowa Jerzy Pisuliński

Review of the case law of the Polish Supreme Court in the area
of civil law 125

Jan Chmielewski

Supreme Administrative Court – review of the case law
(January–June of 2021) 144

Katarzyna Jakubczak-Fopke

Murder with particular cruelty versus murder with a motive
deserving of particular condemnation – a review of case law 158

GLOSSES

Grzegorz Gorczyński

Rebuttable nature of presumption of credibility of entry into land
and mortgage registers – also regarding constitutive entries including
mortgage entries – commentary on Supreme Court judgment
of 10 September 2020 (I CSK 680/18) 175

Ewa Weiner

Anti-competitive agreements on interchange fees – a gloss
on the judgment of the Court of Justice of the European Union
of 2 of April 2020 in case C-228/18 *Gazdasági Versenyhivatal*
v. Budapest Bank Nyrt. and Others 190

Mikołaj Grzesik

Liability under Article 65 of the Code of Petty Offences
and correctness of the action of ascertaining someone's identity
– remarks regarding the ruling of the U.S. Supreme Court in the case
Hiibel v. Sixth District Court of Nevada 200

ADVOCATES' FORUM

Małgorzata Kożuch

Acting according to ethic 220

Agata Koschel-Sturzebecher

The employment relationship and the practice of the profession
of an advocate 226

Patrycja Brózek

Should lawyers advertise? 238

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

Łukasz Błaszczak

Has the amendment of Article 328 § 3 of the Code of Civil Procedure,

concerning the obligation to indicate, in an application for delivery of the judgment together with justification, whether the justification should relate the the entire judgment or to a part of it, results in the necessity to directly deliver such an application between professional proxies, pursuant to Article 132 § 1 CCP?	253
--	-----

POWTÓRKA Z RZYMU

Maria Zabłocka

Jurist, a priest of justice	262
-----------------------------------	-----

KARTY HISTORII

Ewa Fabian

<i>Nullum crimen sine lege</i> rule in copyright law – penance in the jurisprudence of the Supreme Court between 1926 and 1939	264
---	-----

RECENZJE

Stanisław Zagórski

Review of the book by Aleksander Doliński, <i>The Austrian law of limited liability companies</i> , Lvov 1908–Warsaw 2021	284
---	-----

W numerze między innymi:

JERZY SKORUPKA

Sposób ukształtowania procedury karnej jako element oceny
bezstronności obiektywnej (zewnętrznej) sądu

KATARZYNA GAJOWNICZEK-PRUSZYŃSKA

ADRIANA SZYMBORSKA-RYMER

Wydłużenie terminu do wniesienia apelacji w postępowaniu karnym
w sprawach szczególnie zawiłych i skomplikowanych
a zmiany w obszarze sporządzania uzasadnień wyroków
sądów karnych – propozycje *de lege ferenda*

MONIKA STRUS-WOŁOS

Dlaczego szczepienia przeciwko COVID-19
w ramach Narodowego Programu Szczepień
nie są eksperymentem medycznym

TADEUSZ FELSKI

Podmiotowe prawo do spadku

MAŁGORZATA KOŻUCH

Działanie według etyki

AGATA KOSCHEL-STURZBECHER

Stosunek pracy a wykonywanie zawodu adwokata

PATRYCJA BRÓŻEK

Czy adwokaci powinni się reklamować?