

październik

10/2020



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





październik

10/2020

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 LXV nr 755



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:
Grzegorz Grątkowski
Anna Setkovicz

Prezydium Kolegium Redakcyjnego:
Piotr Kardas (przewodniczący)
Jacek Giezek (wiceprzewodniczący)
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący)

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:
Stanisław Balik
Zbigniew Banaszczyk

Andrzej Bąkowski

Monika Florczak-Wątor
Lech Gardocki

Joseph Hoffmann
Aleksander Kappes

Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti

Erik Luna
Elwira Marszałkowska-Krześ

Marek Mikołajczyk
Andrzej Mączyński

Frank Meyer
Marek Antoni Nowicki

Adam Olejniczak
Lech K. Paprzycki

Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński
Stanisław Rymar

Philippe Sands
Piotr Sendecki

Tomasz Siemiątkowski
Tomasz Sójka

Ewa Stawicka
Stephen C. Thaman

Andrzej Tomaszek
Paweł Wiliński

Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Włodzimierz Wróbel

Małgorzata Wrzosek-Romańczuk
Stanisław Zabłocki

Jerzy Zajadło
Robert Zawłocki

Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

WYDAJE NACZELNA RADA ADWOKACKA WARSZAWA

Na okładce:

W czwartek 22.10.2020 r. w całej Polsce rozpoczęły się protesty przeciw decyzji Trybunału Konstytucyjnego, która zapadła tego dnia (przy dwóch zdaniach odrębnych), dotyczącej niekonstytucyjności przepisu dopuszczającego możliwość przerwania ciąży w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. W kolejnych dniach, w setkach miast i miasteczek Polski, pod hasłami „Strajku Kobiet”, „Czarnych Parasolek”, „Oburzonych” czy „Mamy Dość”, tysiące spacerujących demonstrantów (którzy nie mogą organizować zgromadzeń publicznych powyżej 5 osób, zgodnie z rozporządzeniem z 23.10.2020 r. dotyczącym obostrzeń covidowych) rozpoczęło blokowanie ulic, przerywanie nabożeństw, planowanie nieobecności w pracy w ustalone dni i wychodzenie na kolejne protesty w obronie praw kobiet.

Ruchy prawicowe zapowiedziały w reakcji na te wydarzenia tworzenie „Straży Narodowej”, której celem według szefa stowarzyszenia „Marsz Niepodległości” ma być obrona kościołów, zgniecenie w proch demonstrujących i zniszczenie rewolucji. Policja ostrzega przed stosowaniem przemocy i apeluje do manifestujących, żeby nie postrzegać jej funkcjonariuszy jako zbrojnego ramienia rządu. Z kręgów zbliżonych do obozu władzy przeciekają natomiast informacje o możliwości wprowadzenia lockdownu od 30 października (nie wiadomo tylko, czy w obecnej sytuacji powodem jest koronawirus, czy nasilające się protesty).

Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej podjęło uchwałę, w której „sprzeciwia się wszelkim działaniom odbierającym polskim kobietom konstytucyjnie gwarantowane prawo do godności, do prywatności i decydowania o swoim życiu osobistym oraz naruszającym konstytucyjny zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania”.

Okręgowe izby publikują listy adwokatów gotowych do udzielania bezpłatnej pomocy prawnej demonstrującym w poszczególnych województwach. Sytuacja wydaje się wymykać rządowi spod kontroli, ale politycy prawicy zapowiadają, że nie cofną się ani o krok.

Foto na okładce: pixabay.com

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33

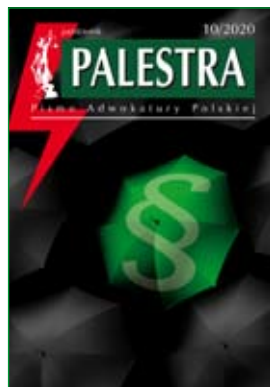
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 10,5. Nakład: 500 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851



Spis treści

Artykuły

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej, czyli o dewastacji systemu jednym rozstrzygnięciem 5

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

W kwestii terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia 14

Bartosz Pyzder

Zbieg zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego w postępowaniu cywilnym 29

Bartosz Skorek

Figura prawna *datio in solutum* jako sposób wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części 41

Anna Tetkowska

Przyjęcie przez ustawodawcę odmiennych regulacji w zakresie prawa do dostępu do informacji publicznej oraz prawa do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego do materiałów objętych ochroną prawa autorskiego 67

Andrzej Nogał

Gwarancje procesowe oskarżonego w procesie ateńskim (V/IV w. p.n.e.) w porównaniu ze współczesnym prawem polskim 97

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka
– przegląd orzecznictwa (lipiec–wrzesień 2020 r.) 113

Głosy

Maciej Kiełbowski

Stwierdzenie nieważności decyzji a zasada pewności prawa oraz zaufania do państwa – glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20.02.2019 r. (II OSK 694/17) 120

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

Czy dopuszczalne jest jednoczesne wniesienie wniosku o uzupełnienie decyzji administracyjnej i odwołania od niej? 129

Kronika wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

Wzorcowe rozstrzygnięcie w sprawie wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym 133

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

Tyrmand, jego Warszawa i warszawka 138

Table of contents 143

Pojęcia kluczowe: *aborcja, Trybunał Konstytucyjny, wadliwość orzeczenia, Konstytucja, penalizacja aborcji, uprawnienia ustawodawcy, ultra vires*

Artykuły

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY NIE MÓGŁ ROZSTRZYGNĄĆ GORZEJ, CZYLI O DEWASTACJI SYSTEMU JEDNYM ROZSTRZYgniĘCIEM

Opracowanie dotyczy problematyki konsekwencji werdyktu TK z 22.10.2020 r., K 1/20, stwierdzającego niezgodność z Konstytucją art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, a w konsekwencji eliminującego możliwość powoływania się na przesłankę embriopatologiczną, dopuszczającą dotychczas przerwanie ciąży, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Eksponuje przyczyny merytorycznej nie trafności decyzji TK, uznania za wadliwy wybranego mechanizmu orzeczniczego, prawne zastrzeżenia co do prawidłowości działania organu rozstrzygającego, brak rozpoznania konsekwencji w innych płaszczyznach prawnych, medycznych i społecznych. W opracowaniu ukazano kilka płaszczyzn wymagających analizy, które już dziś eksponują istotne uchybienia i zaniechania, mogące tłumaczyć społeczne reakcje i konsekwencje.

Dlaczego Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej? Najprostsza, choć niewyczerpująca odpowiedź brzmi, że kilku mężczyzn w togach, wspartych niewielką żeńską reprezentacją, nie może za pomocą powszechnego zakazu rozwiązać jednostkowych życiowych tragedii kobiet. Nikt nie może znać problemu lepiej niż sama kobieta, która znajduje się w najbardziej dramatycznych chwilach swego życia. W tym traumatycznym momencie to kobieta sama lub z pomocą swych najbliższych musi rozstrzygnąć dylemat życiowy, osobisty i moralny. Arbitralna instytucjonalna wypowiedź, co jest zgodne z prawem, a co nie, co można uznać za moralne, co zaś za moralność naruszające, nie niesie dla niej żadnej wartości.

Zwłaszcza gdy nie może liczyć na pomoc państwa w jakimkolwiek zakresie. Obraz w tym zakresie przedstawia się mało optymistycznie. Niewydolny od lat system opieki zdrowotnej jest całkowicie nieprzystosowany do nowej sytuacji prawnej. Nie stworzono mechanizmów wsparcia socjalnego. Nie przewidziano pomocy psychologicznej. Nie tylko nie zbudowano mechanizmów wspierających, lecz nawet o nich nie pomyślano. W rzeczywistości zdewastowanej werdyktem TK z 22.10.2020 r., K 1/20, kobieta, która znajdzie się w dramatycznej sytuacji, rozwiązanie będzie musiała znaleźć sama i sama sobie poradzić. Dziwić więc może tylko zaskoczenie niektórych polityków protestami.

Sprawa prawnych regulacji dotyczących przesłanek określających granice dopuszczalności terminacji ciąży to problem nie tylko polski. Ma charakter uniwersalny. Także w innych systemach prawnych stanowi przedmiot rozważań prawników, etyków i lekarzy. Pojawia się w orzeczeniach sądowych. Przykuwa zainteresowanie opinii publicznej. Można przeto bez trudu odnaleźć wypowiedzi judykatury dotyczące tego zagadnienia. Jedno ze słynniejszych orzeczeń dotyczących problemu przerywania ciąży zawiera znamienne zdanie, że „naszym wnioskiem jest, że prawo do prywatności osobistej obejmuje także prawo do podjęcia decyzji o aborcji, lecz prawo to nie jest bezwarunkowe i musi być rozpatrywane z uwzględnieniem istotnego interesu stanu”. Ta formuła pochodzi z epokowego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 1973 r. w sprawie *Roe v. Wade*, w którym prawo kobiety do aborcji wywiedziono z prawa do samostanowienia, uznając aborcję za konstytucyjnie dopuszczalną, ograniczenia zaś dostępu kobiet do aborcji za sprzeczne z Konstytucją USA. To rozstrzygnięcie zapoczątkowało linię orzeczniczą, w której Sąd Najwyższy, stojąc co do zasady na gruncie dopuszczalności pewnych ograniczeń prawa kobiet do aborcji w 2 i 3 trymestrze ciąży, wielokrotnie unieważniał regulacje stanowe wprowadzające w tym zakresie zbyt daleko idące ograniczenia.

Do tego i innych orzeczeń w sprawie aborcji odnosili się wybitni amerykańscy prawnicy, w tym również sędziowie Sądu Najwyższego – aprobując Ruth Bader Ginsburg, krytycznie zaś Antonin Scalia. To współcześnie najbardziej rozpoznawalni sędziowie amerykańskiego Sądu Najwyższego prezentujący skrajnie odmienne poglądy na prawo. Ruth Bader Ginsburg była symbolem aktywizmu sędziowskiego, adaptacyjnego podejścia do wykładni Konstytucji („*living constitution*”), akcentującego potrzebę poszukiwania takiego znaczenia konstytucji, które pozwala uwzględnić zmiany nadające, formalnie trwałemu tekstowi konstytucji, znaczenie zmodyfikowane w następstwie upływu czasu i transformacji dokonujących się w otaczającym świecie. Wywiedzione z konstytucyjnego prawa do samostanowienia prawo do aborcji traktowała jako oczywistość, zważywszy na zmianę znaczenia konstytucyjnych pojęć na przestrzeni czasu. Postrzegając je także w kontekście równouprawnienia kobiet, roszczenie do słuszności prawa w sferze aborcyjnej ujmowała w zgrabnej, zrozumiałej dla każdego formule: „Nie proszę o przysługę dla mojej płci. Proszę tylko naszych braci, aby zdjęli nogi z naszych szty”. Antonin Scalia jako przedstawiciel oryginalizmu i tekstualizmu w konstytucji widział gwarancję niezmienności; hamulec, nie motor przemian społecznych poprzez sądową interpretację. Wskazywał, że skoro w oryginalnym tekście Konstytucji z 1791 r. nie przewidziano prawa do aborcji, to nie można go z niej wywieść w drodze sędziowskiego aktywizmu. Podkreślał, że jeśli ustawa zasadnicza w danej kwestii milczy, to „wystarczy jedynie w akcie wyborczym obsadzić parlament osobami skłonnyymi uchwalić stosowną ustawę”. Sprzeciwiając się mechanizmowi orzeczenia *Roe v. Wade*, krytykował wywiedzenie z konstytucji prawa

jego zdaniem w niej nieuregulowanego, lecz nie banalizował złożoności problemu aborcyjnego. Jako konserwatysta wiedział i szanował, że prawo aborcyjne może być uchwalone przez Kongres. Doskonale rozumiał, że jakiegokolwiek rozwiązanie prawne odnoszące się do tej kwestii zawsze wynika z rozstrzygnięcia pozostających w kolizji wartości. Wymaga nie tylko roztropności, ale zdolności do kompromisu. Z tych względów przyjmował, że rozwiązania aborcyjne muszą stanowić wynik społecznej i politycznej debaty prowadzonej w ramach procesu stanowienia prawa. Tylko on stwarza bowiem szanse i tworzy gwarancje wypracowania społecznie akceptowanego rozwiązania. W tym zakresie przestrzegał zasady suwerenności parlamentu, wskazując, że jej granice wyznaczają jednoznaczne postanowienia konstytucji. Poza nimi decyzje o kształcie prawa podejmować powinni posiadający niezbędną legitymację przedstawiciele narodu, decydując wedle własnego przekonania o tym, co właściwe. Ujmował tę zasadę lakonicznie, podkreślając, że „jest wiele rzeczy głupich nienaruszających konstytucji”. Niezależnie od dzielących ich różnic wiedzieli, że prawo tworzy się w ramach dyskursu, że tylko w ten sposób możliwy jest sensowny jego rozwój.

Mamy świadomość, że w państwach Europy Zachodniej dominuje odmienne podejście, w którym konstytucyjnym punktem odniesienia jest prawo do życia, odnoszone do sytuacji prawnej płodu. W takiej perspektywie jako zasadę traktuje się zakaz aborcji, sytuacje zaś, w których przerwanie ciąży jest dopuszczalne, mają charakter ustawowych wyjątków. Przywołanie Ruth Bader Ginsburg i Antonina Scali w kontekście sporu o prawne granice dopuszczalności przerywania ciąży nie służy temu, by próbować odwrócić mechanizm ukształtowania prawa aborcyjnego w Polsce czy wzorować je na rozwiązaniach amerykańskich, ani też temu, by tych wybitnych prawników zestawić z osobami zasiadającymi w polskim TK, lecz by zilustrować, w jaki sposób mogą ścierać się poglądy liberała i konserwatysty. W jaki sposób przebiegać może prawnicza debata. Jakie znaczenie ma merytoryczna kompetencja i doświadczenie. Jak ważne jest to, by sędziowie wybierani byli spośród najlepszych prawników. Nawijamy do sporów toczonych przez sędziów amerykańskiego sądu Najwyższego, by zobrazować, że w każdym dyskursie prawniczym istnieje przestrzeń wspólna oparta na traktowaniu prawa jako racjonalnego instrumentu społecznego sterowania. By je sensownie ukształtować i wykorzystywać, konieczne jest oparte na poszanowaniu poglądów racjonalne wyważenie wszelkich kwestii łączących się z rozpoznawanym problemem. Gdy rozstrzygnięcie dokonuje się w ramach procedury sądowej, konieczne są właściwe rozpoznanie problemu, analiza możliwych rozwiązań, w tym w szczególności wynikających z nich konsekwencji, staranne rozważenie kompetencji orzeczniczych danego organu, zapewnienie minimalnego zakresu ochrony prawnej skonfliktowanych wartości, przestrzeganie zasady subsydiarności prawa karnego, minimalizacja ubocznych efektów penalizacyjnych, wykorzystanie mechanizmów łagodzących zbyt dotkliwe skutki orzeczenia. Tych subtelnosci prawniczego myślenia nie da się zastąpić fundamentalistycznym podejściem.

Zawód prawnika jest zawodem pięknym, bo odpowiedzialnym. Pod warunkiem że wykonują go ludzie kompetentni. Zwłaszcza zawód sędziego wymaga pokory wobec otaczającego świata, uświadomienia, że prawo nie jest panaceum na wszystko. Że istnieją problemy nierozwiązywalne. Dylematy, na które nie ma dobrej odpowiedzi. Pycha, koniunkturalizm, zadufanie we własnych lub cudzych poglądach, brak szerokiego spojrzenia i nieumiejętność niuansowania rzeczywistości to antytezy dobrego sędziego. Sędziemu nie wolno przenosić

osobistych poglądów na poziom sądu konstytucyjnego. Brak umiejętności dostrzeżenia prawnych i społecznych konsekwencji orzeczenia to dowód niedojrzałości do pełnionej funkcji. Ważenie kolidujących ze sobą wartości to chyba najdonioślejszy i najtrudniejszy, a zarazem najważniejszy mechanizm w pracy sądu konstytucyjnego.

Dobry sędzia wie, że problemy dotyczące dopuszczalności dokonania aborcji z uwagi na przesłankę embriopatologiczną, czyli ze względu na ciężkie wady płodu, należą do problemów przez prawnika nierozwiązywalnych. Tymczasem „jednym pociągnięciem pióra” – czyli orzeczeniem derogacyjnym – spowodowano, że od chwili publikacji decyzji TK kobiety nie będą już mogły poddać się aborcji gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu lub nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Co więcej, automatycznie poszerzono zakres kryminalizacji. Przyjęto rozwiązanie zerojedynkowe, nieuwzględniające podmiotowości kobiety, jej ochrony prawnej, socjalnej i psychologicznej, siłowe, bo obwarowane niepowstrzymaną przez TK nieracjonalną i nieuzasadnioną sankcją karną, niedostrzegające konieczności szerokich zmian otoczenia normatywnego. A dobry sędzia wie, że rozstrzygnięcie sprawy polega na znalezieniu rozwiązania najlepszego z dostępnych. Często kompromisowego, bo tylko takie pozwala minimalizować negatywne społeczne i jednostkowe konsekwencje. Dlatego symbolem sądu jest waga, a nie kij bejsbolowy, coraz bardziej dziś przynależny wyznawcom religijnego fundamentalizmu. Dobry sędzia wie, że w sprawach aborcyjnych nie znajdzie rozwiązania dobrego, ponieważ w tym przypadku ma się do dyspozycji same złe. Rolą sędziego jest zatem znalezienie rozwiązania pociągającego za sobą najmniej zła, zarówno w wymiarze jednostkowym, jak i społecznym. Niestety, w tym przypadku wybrano inaczej.

Sędzia wie również, że w Polsce od lat mamy restrykcyjne prawo aborcyjne, klasyfikujące nas w grupie państw o ponadprzeciętnych ograniczeniach na tle innych państw europejskich. Wie także, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1997 r., K. 26/96, był wyrazem konserwatywnego kompromisu oraz że otworzył pole do dalszego sędziowskiego aktywizmu w kierunku ograniczającym dopuszczalność aborcji. Słusznie wskazano w zdaniu odrębnym L. Garlickiego do tego orzeczenia, że „nie jest rolą ani zadaniem Trybunału Konstytucyjnego rozwiązywanie kwestii generalnych o charakterze filozoficznym, religijnym czy medycznym, są to bowiem kwestie pozostające poza wiedzą sędziów i kompetencją sądów. Niezależnie od moralnej oceny aborcji, Trybunał Konstytucyjny może orzekać tylko o prawnych aspektach tego zagadnienia (...) Trybunał Konstytucyjny jest powołany tylko do oceny konstytucyjności badanych przez siebie ustaw, nie może on natomiast zastępować parlamentu w dokonywaniu ocen, ustalaniu hierarchii celów i wyborze środków służących ich realizacji”. Trzeba zaś zwrócić uwagę, że w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1997 r. za niezgodne z tzw. Małą Konstytucją z 1992 r. uznane zostały przepisy ustawy z 1996 r. liberalizujące przepisy aborcyjne (w kierunku tzw. dopuszczalności przerywania ciąży ze względów społecznych), tj. umożliwiające aborcję na podstawie pisemnej zgody kobiety, oświadczenia o warunkach życiowych lub sytuacji osobistej oraz zaświadczenia o konsultacji lekarza innego niż ten, który miał wykonać zabieg. Trybunał w uzasadnieniu z 28.05.1997 r. dodał, że wyrok ten ma uzasadnienie także na gruncie art. 38 Konstytucji uchwalonej w kwietniu 1997 r.

Wspomniany przepis art. 38 w. zw. z przepisami art. 30 i 31 ust. 2 Konstytucji przyjęte zostały w werdykcie TK z 22.10.2020 r., K 1/20, za podstawę rozstrzygnięcia o niezgodności z Konstytucją

tucją art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, tj. przesłanki dopuszczającej aborcję, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu.

Gdy się obserwuje skalę obywatelskiej reakcji, którą wywołało rozstrzygnięcie TK z 22.10.2020 r., widać, że decyzja ta już spowodowała ogromne społeczne skutki. Generuje szereg różnorodnych wątpliwości, których rozstrzygnięcie stanowić będzie zapewne przedmiot głębokich analiz i sporów. Nie dysponując uzasadnieniem rozstrzygnięcia, trudno w tym momencie jednoznacznie je oceniać. Nie sposób odnieść się szerzej do ujawniających się już *prima facie* problemów.

Mając świadomość ograniczeń wypowiedzi formułowanej po ogłoszeniu sentencji, lecz przed przedstawieniem do publicznej wiadomości uzasadnienia zajętego przez TK stanowiska, można pokusić się o próbę ich wstępnego skatalogowania. Wskazania płaszczyzn, na których z wysokim stopniem prawdopodobieństwa prowadzone będą w przyszłości rozważania odnoszące się do tego rozstrzygnięcia.

Pierwsza dotyczy sygnalizowanych już wielokrotnie wątpliwości dotyczących możliwości wydawania przez TK orzeczeń przez osoby uznawane w świetle wyroku TK z 9.12.2015 r., K 35/15, za nieposiadające statusu sędziów TK ze względu na obsadzenie miejsc zajętych w wyniku wyborów dokonanych przez parlament w 2015 r. oraz wadliwości mechanizmu powołania prezes TK. Zagadnienia te były wielokrotnie przedstawiane w rozmaitych analizach, nie ma zatem powodu, by po raz kolejny wskazywać prezentowane w tym sporze argumenty. Istotne jest jednak w powyższym kontekście podkreślenie, że wątpliwości co do statusu członków składu orzekającego w konkretnej sprawie stanowią podstawę do twierdzenia, że z tych powodów stanowisko TK nie może zostać uznane za orzeczenie uprawnionego do kontroli konstytucyjności organu i nie wywołuje, jako niespełniające wymogów właściwie dokonanej czynności konwencjonalnej, skutków prawnych. W odniesieniu do analizowanego orzeczenia wątpliwości odwołujące się do tej kategorii wadliwości podniesione zostały w opinii opracowanej przez Fundację S. Batorego¹.

Druga łączy się z ujawnioną już po ogłoszeniu orzeczenia hipotezą co do tożsamości jednej z osób zasiadających w składzie orzekającym z wnioskodawcą, którego stanowisko stanowiło formalną i materialną podstawę postępowania w przedmiocie oceny zgodności z Konstytucją RP regulacji zawartych w art. 4a ust. 1 pkt 2 o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Z tego typu wypadkiem mamy najprawdopodobniej do czynienia po raz pierwszy w historii funkcjonowania TK. W przeszłości zdarzały się sytuacje, w których konieczne było rozstrzygnięcie możliwości udziału w składzie orzekającym TK osoby, która brała wcześniej udział jako poseł lub senator w uchwaleniu stanowiącego przedmiot kontroli aktu normatywnego. Jednak nigdy do tej pory, wedle posiadanej przez nas wiedzy, nie pojawił się przypadek, by wnioskodawca zasiadał następnie w składzie dokonującym oceny konstytucyjności zakwestionowanego we wniosku aktu prawnego. Postępowanie przed TK ma charakter postępowania spornego, prowadzonego na podstawie i w granicach wniosku złożonego przez uprawniony podmiot.

¹ Zob. <https://www.batory.org.pl/oswiadczenie/stanowisko-zespołu-ekspertow-prawnych-w-sprawie-rozstrzygnięcia-trybunału-konstytucyjnego-dotyczącego-aborcji/>.

W tym postępowaniu stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. To zaś powoduje, że kwestia tożsamości wnioskodawcy oraz członka składu rozpoznającego wniosek w procedurze kontroli konstytucyjności staje się szczególnie istotna. W tym kontekście pojawić się musi pytanie o znaczenie układu procesowego, w którym wnioskodawca staje się następnie jednym z członków składu orzekającego dla oceny prawnej tego orzeczenia. Z wielu oczywistych dla każdego powodów taki układ procesowy uznać należy za osobliwy, wręcz patologiczny. Wyjaśnienie obu kwestii, tj. potwierdzenie lub sfalsyfikowanie hipotezy dotyczącej tożsamości wnioskodawcy i członka składu orzekającego oraz rozstrzygnięcie wadliwości prawnej orzeczenia, w razie potwierdzenia tej hipotezy, to rzecz niewątpliwie wymagająca szczegółowego wyjaśnienia.

Trzecia związana jest ze sposobem prowadzenia kontroli konstytucyjności zaskarżonych we wniosku elementów stanowiących części obowiązującego porządku prawnego. Zasadniczo przyjmuje się, że przedmiotem kontroli konstytucyjności są właściwie zdekodowane normy, nie zaś przepisy, stanowiące jedynie źródło ich rekonstrukcji w złożonym, wielopłaszczyznowym procesie wykładni. Wskazuje się ponadto, że ocena konstytucyjności obejmować musi z natury rzeczy wszystkie elementy, aspekty i sfery, w których określone rozwiązanie prawne, stanowiące przedmiot kontroli, stanowi podstawę rekonstrukcji norm. Przyjmuje się ponadto, że charakter orzeczenia, w tym jego kierunek i treść, wynikać powinien z pogłębionej, wyjątkowo subtelnej analizy konsekwencji funkcjonowania w systemie prawnym zakwestionowanej we wniosku normy lub norm. W żadnym wypadku nie jest dopuszczalne, wedle powszechnie prezentowanego stanowiska i przyjmowanego paradygmatu, dokonywanie oceny zgodności z Konstytucją wskazanych we wniosku literalnie rozumianych przepisów. Tymczasem przedstawione w związku z ogłoszeniem orzeczenia w sprawie informacji zdają się wskazywać, że w tym przypadku doszło do wyjątkowo uproszczonej, opartej na bezpośrednim rozumieniu, pozbawionej oceny systemowej decyzji. Z tej perspektywy głębokiego namysłu wymaga wykorzystanie jako wzorca do rozstrzygnięcia derogacyjnego TK przewidzianego w art. 38 Konstytucji ogólnego prawa do ochrony życia oraz w art. 30 Konstytucji zasady nienaruszalności i poszanowania godności człowieka. Zasady te bowiem wydają się być niewystarczającą podstawą do ukształtowania wzorca konstytucyjnego, w którym zaistniałby stan sprzeczności uzasadniający stwierdzenie niekonstytucyjności aborcji opartej na przesłance embriopatologicznej. Są one bowiem niewystarczająco konkretne, by można je było uznać za podstawę jednoznacznego odniesienia normy prawnej. Ich znaczenie w systemie – w perspektywie kolidujących ze sobą wartości – nie podlega powszechnemu i jednoznacznemu wartościowaniu, lecz ich pojmowanie w społeczeństwie jest rozmaite i zależne od przyjmowanej przez daną jednostkę perspektywy moralnej, religijnej, osobistej, medycznej i społecznej. Informacje przedstawione w związku z ogłoszeniem rozstrzygnięcia TK zdają się wskazywać, że doszło do wyjątkowo uproszczonej, opartej na bezpośrednim rozumieniu, pozbawionej oceny systemowej decyzji. W istocie Trybunał nie dokonał sądowej oceny konstytucyjności w odniesieniu do wyraźnie zrekonstruowanego konstytucyjnego wzorca, lecz oceny odniesionej do systemu wartości internalizowanego przez dany skład sędziowski. W tych warunkach ocena konstytucyjności ustawy budzić będzie poważne wątpliwości co do pozostawania w granicach kompetencyjnych Trybunału, i to z przyczyn, o których mówił prawdziwy konserwatysta Antonin Scalia.

Warto wskazać, że niezależnie od oceny wyroku TK z 28.05.1997 r., K 26/96, przerwania ciąży ze względów społecznych nie da się nawet porównać z przerwaniem ciąży z uwagi na ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu albo nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu. Zatem i społeczna wrażliwość na rozstrzygnięcie musi być inna. Istotnym zaś zadaniem składu orzekającego jest zdolność przewidywania i rozpoznania społecznych konsekwencji orzeczenia, zwłaszcza w tak drażliwej sprawie. Tym samym, jeśli rozważano orzeczenie niekonstytucyjności, uznając za istotną ocenę mechanizm stwierdzenia stopnia prawdopodobieństwa patologii płodu, obowiązkiem składu orzekającego było rozważenie i wykorzystanie wszystkich dostępnych instrumentów służących do złagodzenia dewastującego efektu orzeczenia. W tym kontekście zaskakiwać musi nieskorzystanie z takich m.in. rozwiązań jak wyrok interpretacyjny, zakresowy, pominięcie legislacyjne, trybunalskie *vacatio legis* czy notyfikacja parlamentu, a także brak dążenia do zniwelowania efektu niezasadnej i nieakceptowanej powszechnie poszerzonej kryminalizacji, która staje się nieuchronnym i automatycznym następstwem orzeczenia derogacyjnego. Już dziś rysują się bowiem fundamentalne problemy związane z brakiem środków przedsięwziętych w celu wyrównania szans życiowych, zapewnienia opieki medycznej, wsparcia socjalnego, pomocy psychologicznej. Ich dostrzeżenie i zapewnienie możliwości realizacji jest również obowiązkiem orzekających w TK. Tymczasem po ogłoszeniu decyzji nierozwiązane pozostają zagadnienia dotyczące rozmaitych aspektów wykonywania zabiegów diagnostycznych, leczniczych i terapeutycznych, w kontekście stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów dotyczących przesłanek przerywania ciąży. Odnosi się to w szczególności do problematyki badań prenatalnych, uporczywej terapii, zagrożenia dla zdrowia i życia matki. I o tych sprawach należy myśleć przed wydaniem orzeczenia w sprawie dopuszczalności aborcji. Niejasnych pozostaje także szereg innych zagadnień, ujawniających się już po pobieżnym spojrzeniu na system prawa z uwzględnieniem stanowiska zawartego w ogłoszonej decyzji.

Czwarta związana jest z karnoprawnym aspektem konsekwencji orzeczenia. Na tej płaszczyźnie pojawić się musi pytanie, czy TK jest legitymowany do wprowadzenia karalności określonych kategorii zachowań. Wedle powszechnie prezentowanego stanowiska w zakresie kontroli konstytucyjności prawa TK może być traktowany jako tzw. negatywny prawodawca. Jest uprawniony do usunięcia z systemu prawa niezgodnych z Konstytucją przepisów. Niejednokrotnie uchylenie przez TK mocy obowiązującej określonych przepisów ma podwójne znaczenie. Po pierwsze, jest aktem derogacji. Po wtóre, „aktem stanowienia” określonych norm, które będą obowiązywały od określonego momentu na osi czasu. Pomijając bardziej zniuansowaną analizę zasadności drugiego z przytoczonych twierdzeń, analizy wymaga jednak to, czy nie istnieją żadne przeszkody, by przyjąć, że karalność określonych zachowań wynikać będzie z aktu normatywnego, którego zakres zastosowania rozszerzono na mocy orzeczenia TK. W tym zakresie *prima facie* wskazać można dwie kategorie wątpliwości. Z jednej strony taki sposób kształtowania zakresu karalności pozostawać może w kolizji z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lege*. Trybunał Konstytucyjny nie jest bowiem pod żadnym pozorem podmiotem legitymowanym do stanowienia prawa w sposób wymagany dla stanowienia norm przewidujących lub rozszerzających zakres karalności. W tym obszarze mamy do czynienia z wyłączną kompetencją parlamentu. Z drugiej strony relacja konstytucyjnych przepisów denotujących odpowiednio zasadę *nullum crimen sine lege* (art. 42 ust. 1)

oraz wyznaczających kompetencje TK (art. 188) wskazuje, że TK nie jest legitymowany do zastępowania prawodawcy. To zaś stanowić może podstawę do twierdzenia, że TK nie ma kompetencji do decydowania o poszerzeniu zakresu karalności w wyniku orzeczenia dotyczącego niezgodności z Konstytucją stanowiących przedmiot kontroli przepisów. Zestawienie ze sobą art. 42 ust. 1 i art. 188 Konstytucji z uwzględnieniem kontekstu wewnętrznego ustawy zasadniczej stanowić może podstawę do twierdzenia, że to właśnie art. 42 ust. 1 uadekwatnia zakres kompetencji orzeczniczych TK. Tym samym można twierdzić, że w ramach obowiązującego systemu prawa nie ma możliwości przyjęcia, by TK dysponował kompetencją do podejmowania w sposób wiążący i bez udziału parlamentu decyzję o rozszerzeniu zakresu zachowań zabronionych pod groźbą kary i traktowanych jako przestępstwa. Oznaczałoby to, że w razie stwierdzenia w ramach prawidłowo przeprowadzonej kontroli konstytucyjności prawa, że konsekwencją orzeczenia derogacyjnego byłoby wprowadzenie (rozszerzenie) zakresu karalności określonych zachowań, TK powinien wydać innego typu rozstrzygnięcie i wstrzymać się od stwierdzenia niezgodności z Konstytucją powiązanej ze skutkiem derogacyjnym. Przykłady możliwych sposobów działania wskazane zostały powyżej.

Piąta odnosi się do fundamentalnych problemów związanych z zagadnieniami rekonstrukcji podstaw prawnych wykonywania zabiegów diagnostycznych, leczniczych i terapeutycznych, w kontekście stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów dotyczących embriopatologicznych przesłanek przerywania ciąży. Odnosi się w szczególności do problematyki badań prenatalnych, uporczywej terapii, zagrożenia dla zdrowia i życia matki w zakresie uznania za niezgodną z Konstytucją regulacji wyrażonej w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny.

Szosta to obszar powiązany z problematyką modelu wykładni elementów składających się na system prawny po stwierdzeniu niezgodności z Konstytucją zaskarżonych przepisów. W szczególności zaś związanych z konsekwencjami wykładni z pominięciem tych regulacji oraz związanych z tym immanentnie możliwości „zapełniania” powstałej w wyniku rozstrzygnięcia TK luki poprzez odpowiednią wykładnię innych przepisów.

Siódma odnosi się do zagadnień związanych ze znaczeniem orzeczenia o niekonstytucyjności przepisu art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny dla zakresu zastosowania ogólnych instytucji służących do uadekwatnienia oraz redukcji odpowiedzialności karnej, w tym w szczególności, choć niewyłącznie, stanu wyższej konieczności.

Ósma związana jest z potrzebą rozstrzygnięcia, czy konsekwencją decyzji TK jest powstanie stanu swoiście rozumianej „blokady” konstytucyjnej, wynikającej z określonego sposobu interpretacji zasad i reguł konstytucyjnych i spetryfikowania w ten sposób zakresu możliwej bez naruszenia Konstytucji działalności prawodawczej. Zagadnienie to związane jest immanentnie z koniecznością uwzględnienia wewnętrznego kontekstu konstytucyjnego, w tym zwłaszcza kolizji pomiędzy różnymi zasadami konstytucyjnymi oraz wzięcia pod uwagę mechanizmów kolizyjnych i niezwykle skomplikowanej procedury wyważania wartości konstytucyjnych.

Brak analiz w zakresie wskazanych wyżej płaszczyzn, brak wyjaśnień udzielonych społeczeństwu już w chwili ogłoszenia orzeczenia dotyczącego tak niezwykle delikatnej i wrażliwej społecznie materii to oczywiste i poważne naruszenie po stronie TK. Efekt tego zaniechania widzimy niestety na ulicach. Bezlądne próby zakrzyczenia i zastraszenia rzeczywistości

przez polityków mogą tylko spotęgować dewastujący społecznie efekt tego nieprzemyślane-go rozstrzygnięcia. Arogancja, buta i pycha w środowisku sędziowskim były cechami, które spowodowały społeczne przyzwolenie na zbyt daleko idące zmiany ustrojowe w sądach. Na pytanie, czy owe naruszające Konstytucję i prawo unijne „reformy” stwarzają zagrożenie dla zwykłego obywatela, rozstrzygnięcie TK chyba przynosi jednoznaczną odpowiedź. Wydaje się też, że udzielono zarazem odpowiedzi na nurtujące społeczeństwo pytanie, czy istotnie chodziło o likwidację „kasty”, czy też o zastąpienie jej nową. Jednocześnie, tym razem z jednoznacznie pozytywnym wydźwiękiem, wydarzenia uliczne przynoszą odpowiedź na pytanie, po co są adwokaci. Plastycznie ukazują, że po to właśnie, by chronić obywateli przed konsekwencjami błędów i nadużyć władzy. Każdej. W tym również sądowniczej.

ABSTRACT

prof. dr hab. Maciej Gutowski
prof. dr hab. Piotr Kardas

The Constitutional Tribunal could not have ruled worse, that is, on destroying the system with one decision

The column concerns the issue of the Constitutional Tribunal verdict of 22 October 2020, K 1/20, on the non-compliance with the Constitution of Article 4a(1)(2) of the Polish abortion law (the Family Planning, Protection of the Human Fetus and the Conditions of Admissibility of Termination of Pregnancy Act), i.e., the condition allowing abortion where examinations or other medical conditions indicate a high probability of a serious and irreversible impairment of the fetus or an incurable disease threatening its life (the so-called embryological condition). The column discusses the reasons for the substantive incorrectness of the Constitutional Tribunal's verdict and exposes the erroneously chosen jurisprudence mechanism, legal reservations as to the correctness of the determining authority, as well as lack of recognition of the consequences of the verdict in other - legal, medical, and social - areas. The column indicates problematic areas which reflect significant breaches and omissions which may explain the observed social reactions and consequences.

Keywords: *abortion, Constitutional Tribunal, defectiveness of the judgement, Constitution, penalisation of abortion, legislator's powers, ultra vires*

prof. dr hab. Maciej Gutowski
prof. dr hab. Piotr Kardas

Pojęcia kluczowe: proces karny, oskarżyciel posiłkowy, subsydiarny akt oskarżenia, termin

Artykuły

Dobrośława Szumiło-Kulczycka

W KWESTII TERMINU DO WNIESIENIA SUBSYDIARNEGO AKTU OSKARŻENIA

Opracowanie dotyczy problematyki terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Orzecznictwo Sądu Najwyższego ukształtowane w pierwszej dekadzie lat 2000 stało na stanowisku, że termin ten zawsze liczy się od daty doręczenia stosownego postanowienia pokrzywdzonemu, bez względu na datę dokonania doręczenia jego pełnomocnikowi. Podnoszone argumenty na uzasadnienie tej tezy zdają się jednak tracić na aktualności. Poddano je zatem krytycznej analizie z uwzględnieniem kolejnych zmian, jakie zaszły w Kodeksie postępowania karnego.

Zgodnie z treścią art. 55 § 1 Kodeksu postępowania karnego¹ pokrzywdzony, któremu dwukrotnie odmówiono wszczęcia postępowania przygotowawczego lub dwukrotnie umorzono prowadzone postępowanie przygotowawcze, uzyskuje uprawnienie do wniesienia własnego, subsydiarnego aktu oskarżenia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu uprawnienie to pokrzywdzony może zrealizować „w terminie miesiąca od doręczenia mu zawiadomienia o postanowieniu (...)”. Sformułowanie to doprowadziło do ukształtowania się tezy, że wskazany termin biegnie od daty doręczenia zawiadomienia pokrzywdzonemu, bez względu na fakt odbioru takiego zawiadomienia przez reprezentującego go w postępowaniu przygotowawczym pełnomocnika². Teza ta była już wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa sądowego. Zdawałoby się więc, że ma ona ugruntowany charakter.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1458 ze zm.), dalej k.p.k.

² K. Eichstaedt, *Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego*, teza 5 (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1 (art. 1–424), red. D. Świecki, LEX/el. 2018; S. Steinborn, *Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego*, teza 8 (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el.

Mimo to warto ponownie przyrzeć się wskazanej problematyce oraz podnoszonym dotychczas argumentom, tym bardziej że kolejne zmiany przepisów Kodeksu postępowania karnego nie powinny pozostać bez wpływu dla oceny aktualności ugruntowanych wyważań się też.

Jednym z pierwszych orzeczeń Sądu Najwyższego, w którym wyraźnie sformułowano wskazany pogląd, był wyrok z 26.02.2014 r. W tezewanej części uzasadnienia Sąd Najwyższy stwierdził wówczas, że „miesięczny termin określony w art. 55 § 1 k.p.k. jest terminem prekluzyjnym, liczonym od doręczenia pokrzywdzonemu, a nie jego pełnomocnikowi, zawiadomienia o wydaniu przez prokuratora powtórnie postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzenia postępowania³ w wypadkach określonych w art. 330 § 2 k.p.k.”⁴ U podstaw tego rozstrzygnięcia legło zagadnienie dopuszczalności prowadzenia postępowania inicjowanego subsydiarnym aktem oskarżenia, w sytuacji gdy pokrzywdzony otrzymał zawiadomienie o ponownym umorzeniu postępowania przygotowawczego w dniu 29 czerwca, reprezentujący go zaś w tym postępowaniu pełnomocnik w dniu 2 lipca, i kolejno subsydiarny akt oskarżenia złożony został przez tegoż pełnomocnika w dniu 31 lipca. Miało to zatem miejsce już po upływie miesięcznego terminu liczonego od daty odbioru zawiadomienia przez pokrzywdzonego, jednak przed upływem terminu liczonego od dnia odbioru tego postanowienia przez pełnomocnika pokrzywdzonego. Uzasadniając powyższą tezę, Sąd Najwyższy odwołał się do dwóch wcześniejszych orzeczeń – wyroku Sądu Najwyższego z 24.04.2012 r.⁵ i uchwały Sądu Najwyższego z 1.10.2013 r.⁶ – i wskazał, że pełnomocnik pokrzywdzonego nie jest samodzielnym uczestnikiem postępowania, lecz podmiotem fachowym, który realizuje jedynie wolę pokrzywdzonego. Z tych względów, zdaniem sądu, brak jest podstaw do przyjęcia, że późniejsze doręczenie pełnomocnikowi zawiadomienia o ponownym umorzeniu postępowania przygotowawczego mogłoby wpłynąć na „wydłużenie terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia”. Termin ten, co nie podlega dyskusji, został bowiem ukształtowany jako prekluzyjny, a tym samym w ocenie sądu jest nieprzywracalny „bez względu na to, czy do jego niezachowania doszło z przyczyn zawnionych, czy też niezawnionych przez osobę uprawnioną do określonego działania”⁷.

2016; K. Dudka, *Komentarz orzeczniczy do art. 55 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecznictwa z komentarzem*, red. K. Dudka, Warszawa 2015.

³ Orzeczenie to zostało wydane w okresie, kiedy przepisy art. 330 § 2 i art. 55 § 1 k.p.k. nie przewidywały dodatkowego zażalenia na postanowienie prokuratora o ponownej odmowie lub ponownym umorzeniu postępowania przygotowawczego, lecz otwarcie drogi do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia następowało bezpośrednio po drugim postanowieniu prokuratora o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego..

⁴ Wyrok SN z 26.02.2014 r. (III KK 6/14), OSNKW 2014/9, poz. 70.

⁵ Wyrok SN z 24.04.2012 r. (II KK 74/12), LEX nr 1162670.

⁶ Uchwała SN z 1.10.2013 r. (I KZP 6/13), OSNKW 2013/11, poz. 9.

⁷ Uzasadnienie wyroku SN z 26.02.2014 r. (III KK 6/14), OSNKW 2014/9, poz. 70; także uzasadnienie wyroku SN z 24.04.2012 r. (II KK 74/12), LEX nr 1162670.

Odnosząc się w tym miejscu krótko do podniesionych w uzasadnieniu SN argumentów, zauważyć należy, że po pierwsze, trudno za istotne dla rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia uznać wskazane odesłanie do podanych wcześniejszych orzeczeń. Pierwsze z nich, tj. wyrok z 24.04.2012 r., dotyczyło bowiem sytuacji, w której w ogóle nie występował w sprawie pełnomocnik, a pokrzywdzony utracił termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia na skutek błędnego przyjęcia przez sąd zażalenia na drugie postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego. Z kolei drugie z orzeczeń, tj. uchwała z 1.10.2013 r., dotyczyło problemu uchybienia przez pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej 7-dniowemu zawitemu terminowi do wniesienia apelacji w sprawie o wykroczenie w następstwie błędnego pouczenia dokonanego przez sąd, że termin ten wynosi dni 14. Żadne więc z tych orzeczeń nie przekłada się wprost na ocenę istoty zagadnienia, jakie jawi się w odniesieniu do biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez stronę korzystającą w postępowaniu przygotowawczym z pomocy fachowego pełnomocnika procesowego.

I tu pojawia się druga uwaga do uzasadnienia omawianego orzeczenia. Otóż Sąd Najwyższy, wywodząc swoją tezę z prekluzyjnego charakteru tego terminu, pominął zupełnie fakt, że inną płaszczyznę stanowi problem „charakteru terminu”, inną natomiast problem ustalenia daty początkowej, od której termin ten należy liczyć. Rozważania nad kwestią przywracalności lub nie danego terminu aktualizują się bowiem dopiero w sytuacji jego przekroczenia przez uczestnika procesu. Stwierdzenie tego faktu z kolei wymaga uprzedniego ustalenia jego daty początkowej i końcowej. Prekluzyjny, tudzież zawity, charakter danego terminu sam w sobie nie zmienia natomiast zasad ustalenia zdarzeń, od których ma on biec⁸.

Komentowane stanowisko prowadziło do akceptacji w orzecznictwie sądowym paradoksalnych rozstrzygnięć polegających na uznawaniu przez sądy za wniesione po terminie aktów oskarżenia sporządzanych przez wyznaczonych do tego pełnomocników z urzędu, nawet wówczas, gdy samo wyznaczenie pełnomocnika następowało już po upływie tego terminu⁹.

⁸ Z wcześniejszych orzeczeń dotyczących tej kwestii warto jeszcze przywołać postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27.05.2009 r. (II AKz 213/09), LEX nr 533993. Kanwą do jego wydania była z kolei sytuacja zmiany wyznaczonego dla pokrzywdzonego pełnomocnika z urzędu w czasie biegu terminu do sporządzenia subsydiarnego aktu oskarżenia. Nowemu pełnomocnikowi doręczono zarządzenie o wyznaczeniu (bez odpisu postanowienia o umorzeniu) na 7 dni przed upływem tego terminu. W efekcie pełnomocnik sporządził akt oskarżenia wyłącznie w oparciu o dokumentację dostarczoną przez pokrzywdzonego. Postępowanie sądowe zainicjowane tym aktem zostało umorzone z uwagi na jego oczywistą bezzasadność. Sąd odwoławczy rozpoznając zażalenia na to postanowienie, w którym pełnomocnik wskazywał między innymi na brak faktycznych możliwości należytego zapoznania się ze sprawą przed sporządzeniem aktu oskarżenia, stwierdził, że „wystąpienie przez pokrzywdzonego z wnioskiem o wyznaczenie w przedmiotowym celu pełnomocnika z urzędu obarczone jest zawsze ryzykiem, że w sytuacji uwzględnienia takiego wniosku, jego rozpatrzenie i doręczenie stosownego powiadomienia wymaga jednak pewnego czasu, co skutkować może skróceniem czasu dla podmiotu fachowego do skutecznego wykonania danej czynności procesowej”.

⁹ Zob. np. niepublikowane postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 5.08.2009 r. (IV Kz 547/09); postanowienie SN z 11.03.2015 r. (V KZ 6/15), OSNKW 2015/8, poz. 70; wyrok SN z 29.07.2015 r.

Jedna z takich spraw zaowocowała skargą do Trybunału Konstytucyjnego¹⁰. Skarżący, w osobie pokrzywdzonego, wnosił o stwierdzenie, że art. 55 § 1 k.p.k. jest niezgodny z art. 45 Konstytucji¹¹, przez to, iż przewidując miesięczny, prekluzyjny termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, i nie przewidując możliwości jego przywrócenia w sytuacji, gdy jego niezachowanie było niezawinione przez oskarżyciela posiłkowego, narusza jego konstytucyjne prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez sąd. Trybunał Konstytucyjny – choć niejednomyślnie – nie podzielił tego zarzutu. Uzasadniając swoje stanowisko, odniósł się, z oczywistych powodów, wyłącznie do konstytucyjnej płaszczyzny ocen i zwrócił uwagę, że z faktu, iż art. 45 Konstytucji gwarantuje każdemu prawo do rozpatrzenia jego sprawy przez bezstronny i niezawisły sąd, nie wynika jednak prawo pokrzywdzonego do inicjowania postępowania karnego przed sądem¹². W szczególności uprawnienie takie nie ma konstytucyjnego oparcia w zakresie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, w których to funkcje ścigania realizuje państwo. Pokrzywdzony uzyskuje natomiast gwarancje konstytucyjne w postaci prawa do właściwego ukształtowania procedury sądowej oraz prawa do odpowiedniej „jakości sądu” (bezstronności, niezależności, niezawisłości) w sprawach karnych dopiero z chwilą wniesienia aktu oskarżenia przez uprawnionego oskarżyciela¹³.

Nie było to jednak ostatnie orzeczenie tego organu odnoszące się do analizowanego zagadnienia. Po raz kolejny Trybunał zmierzył się z nim w sprawie K 18/10.

(II KK 98/15), OSNKW 2015/12, poz. 102; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 10.11.2015 r. (II Aka 174/15), LEX nr 2396228.

¹⁰ Wyrok TK z 25.09.2012 r. (SK 28/10), OTK-A 2012/8, poz. 96.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz 483 ze zm.).

¹² Trybunał Konstytucyjny rozwinął tu wcześniej wyrażane zapatrywanie o ograniczonym zakresie konstytucyjnych uprawnień pokrzywdzonego w procesie karnym, w szczególności o pozakonstytucyjnym uprawnieniu tegoż do inicjowania postępowania karnego – zob. wyrok TK z 2.04.2001 r. (SK 10/00), OTK 2001/3, poz. 52; wyrok TK z 15.06.2004 r. (SK43/03), OTK-A 2004/6, poz. 58. Należy mieć jednak na uwadze, że w dwóch innych wyrokach TK wyrażał odmienne zapatrywanie – por. wyrok TK z 12.05.2003 r. (SK 38/02), OTK-A ZU 2003/5, poz. 38; wyrok TK z 18.05.2004 r. (SK 38/03), OTK-A 2004/5, poz. 45.

¹³ Zdanie odrębne do tego wyroku zgłosiła T. Liszcz, stwierdzając m.in., że „z art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika wola ustrojodawcy, aby gwarancją prawa do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw, co podkreśla określenie podmiotu tego prawa jako «każdego». Oznacza to obowiązywanie dyrektywy interpretacyjnej zakazującej zawężającej wykładni prawa do sądu (zob. orzeczenia TK z: 7.01.1992 r., K 8/91, OTK z 1992 r., cz. I, poz. 5, s. 82; 29.09.1993 r., K 17/92, OTK z 1993 r., cz. II, poz. 33, s. 308; 8.04.1997 r., K 14/96, OTK 1997/2, poz. 16; oraz wyrok z 9.06.1998 r., K 28/97, OTK 1998/4, poz. 50, s. 299). (...) Inaczej niż Trybunał Konstytucyjny w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, uważam, że rozstrzygnięcie w sprawie odpowiedzialności karnej sprawcy, w zakresie, w jakim dotyczy czynu naruszającego prawnie chronione dobro pokrzywdzonego, jest jednocześnie rozstrzygnięciem w sprawie interesów prawnych pokrzywdzonego, a więc mieści się w pojęciu sprawy, o której mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Możliwość reprezentowania tych interesów w postępowaniu karnym jest uwarunkowana po pierwsze – wszczęciem tego postępowania, a po drugie – udziałem w nim pokrzywdzonego (odpowiedniej roli procesowej, przeciwważnej pozycji sprawcy)”. Negatywnie do tezy wyroku odniósł się też J. Zagrodnik, *Glosa do wyroku TK z 25.09.2012 r., SK 28/10*, „Przegląd Sejmowy” 2013/6, s. 136.

Tym razem postępowanie przed Trybunałem zostało zainicjowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który wyraził w zasadzie tożsame zastrzeżenia, domagając się stwierdzenia niezgodności art. 55 § 1 k.p.k. z art. 45 § 1, § 2 oraz z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim przepis ten nie określa wymienionego w nim terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jako terminu zawitego. W uzasadnieniu swojego wniosku Rzecznik zwrócił uwagę, że rygorystyczny miesięczny, prekluzyjny termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, w powiązaniu z faktem, że akt ten musi być sporządzony i podpisany przez adwokata lub radcę prawnego, w praktyce w sytuacji osób ubogich, których nie stać na opłacenie pełnomocnika i które zmuszone są wystąpić o wyznaczenie tegoż z urzędu, oznacza niemożność dochowania tego terminu. Taka koincydencja wymogów formalnych koniecznych do zainicjowania postępowania w powiązaniu z surową sankcją za ich niedopełnienie uzasadniała zdaniem Rzecznika tezę o naruszeniu prawa pokrzywdzonego do sądu na skutek wadliwego ukształtowania procedury sądowej¹⁴. I tym razem Trybunał, również niejednomyślnie, nie podzielił zastrzeżeń do przyjętej w Kodeksie postępowania karnego regulacji. Uzupełniając swoje wcześniejsze stanowisko, wskazał, że termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jest także środkiem wyważenia interesów pokrzywdzonego i rzekomego sprawcy. Jego prekluzyjny charakter zapewnia, że akt ten nie będzie wykorzystywany jako swoisty środek nękania bezzasadnymi oskarżeniami. „Możliwość przywracania terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, w wypadku osoby wskazanej jako sprawca przestępstwa, prowadziłyby do wydłużenia stanu niepewności co do zainicjowania postępowania karnego przez pokrzywdzonego”. Trybunał powtórzył także wcześniej wyrażone stanowisko, że uprawnienie pokrzywdzonego do inicjowania postępowania karnego przed sądem nie ma konstytucyjnego umocowania i jest jedynie dodatkowym uprawnieniem przyznanym mu przez ustawodawcę. Niemniej jednak Trybunał dostrzegł w swoich rozważaniach problem pewnej asymetrii w faktycznej pozycji pokrzywdzonych wynikającej z ich statusu majątkowego. O ile bowiem pokrzywdzony dysponujący środkami na opłacenie sporządzenia subsydiarnego aktu oskarżenia przez adwokata lub radcę prawnego może skorzystać w praktyce z całego 30-dniowego terminu do sporządzenia i wniesienia tego aktu, o tyle oskarżony nieposiadający takich środków i ubiegający się dopiero o ustanowienie pełnomocnika z urzędu w zasadzie nie ma możliwości „zmisszczenia się” we wskazanym terminie. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest to jednak problem charakteru terminu i niemożliwości jego przywrócenia, ale problem braku mechanizmów pozwalających na zawieszenie jego biegu na czas niezbędny do ustanowienia pełnomocnika z urzędu¹⁵. Zdania odrębne od tego rozstrzygnięcia zgłosili sędzia W. Hermeliński oraz M. Zubik. W. Hermeliński za chybiony uznał m.in. argument TK o konieczności istnienia mechanizmu, który zapewni ostateczne bezpieczeństwo dla rzekomego sprawcy, zwracając uwagę, że takie ostateczne bezpieczeństwo – w związku z możliwością wznowienia postępowania przygotowawczego – wynika w praktyce dopiero z upływu terminu przedaw-

¹⁴ Zob. uzasadnienie wyroku TK z 8.01.2013 r. (K 18/10), OTK-A 2013/1, poz. 2.

¹⁵ Uzasadnienie wyroku TK z 8.01.2013 r. (K 18/10), OTK-A 2013/1, poz. 2.

nienia karalności danego czynu, zwrócił uwagę na brak symetrii kwestionowanego uregulowania wobec uprawnień oskarżyciela posiłkowego do wniesienia kasacji, gdzie przewidziany jest termin zawity, wreszcie wskazał, że również ukształtowanie terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego ubiegającego się o pomoc z urzędu jako terminu zawitego, przy pozostawieniu jako prekluzyjnego terminu dla pokrzywdzonego, który o taką pomoc się nie ubiega, nie doprowadziłoby do wyodrębnienia różnych zakresów zaskarżonego przepisu, lecz „doprowadziłoby do wyrównania pozycji dwóch grup skarżących usiłujących wnieść subsydiarny akt oskarżenia: tych, którzy mogą sobie pozwolić na samodzielne ustanowienie pełnomocnika oraz tych, którzy korzystają z pełnomocnika z urzędu”. Z kolei M. Zubik zwrócił uwagę, że „w demokratycznym państwie prawa każde postępowanie przed organami władzy publicznej, w szczególności zmierzające do rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach jednostek, musi spełniać wymogi sprawiedliwości proceduralnej. Przyznane jednostkom uprawnienia nie mogą być pozorne, gdyż narusza to zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji. Nie przesądzając, czy wymagane konstytucyjnie jest umożliwienie pokrzywdzonym inicjowania postępowania karnego w trybie subsydiarnego aktu oskarżenia, to jeśli ustawodawca taki instrument prawny wykreował, musi on spełniać standardy konstytucyjne w zakresie jego ukształtowania”. Tymczasem fakt, że w przypadku osób ubogich 30-dniowy termin do wniesienia i sporządzenia subsydiarnego aktu oskarżenia równocześnie służyć musi przeprowadzeniu procedury o ustanowienie pełnomocnika z urzędu powoduje, że wada samych przepisów prowadzi do sytuacji, w których ubogi pokrzywdzony, z przyczyn od siebie niezależnych, z ustawowo wykreowanego uprawnienia nie może skorzystać¹⁶.

Co istotne, to fakt, że rozważania Trybunału Konstytucyjnego nie odnosiły się do kwestii sposobu liczenia terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Problem ten był pominięty jako nieistotny dla rozstrzygnięcia przy stwierdzonym braku w ogóle konstytucyjnej legitymacji pokrzywdzonego do wszczęcia postępowania karnego przed sądem.

Powracając do problematyki sposobu liczenia terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, to zdawać się mogło, że pewne zmiany w postrzeganiu tej kwestii przez orzecznictwo przyniesie wejście w życie w dniu 1.07.2015 r. art. 127a k.p.k.

Nie ulega wątpliwości, że przepis ten wprowadził wyraźną modyfikację sposobu liczenia biegu terminu, w tym terminu do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia, dla osoby ubiegającej się o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu. Zgodnie z § 1 tego przepisu termin ten dla osoby składającej wniosek ulega zawieszeniu na czas rozpoznania wniosku. W konsekwencji, po prawomocnym rozpoznaniu wniosku o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w celu sporządzenia subsydiarnego aktu oskarżenia, dla strony termin ten zaczyna biec w dalszym ciągu. Jednakże, zgodnie z jego § 2, jeżeli doszło do wyznaczenia takiego pełnomocnika, to dla pełnomocnika termin ten rozpoczyna dopiero swój bieg od daty doręczenia mu postanowienia o wyznaczeniu. Nie ulega więc wątpliwości, że w tej sytuacji datą początkową biegu terminu do wniesienia sub-

¹⁶ Zob. też M. Piech, *Glosa do wyroku TK z 8.01.2013 r. (K 18/10)*, LEX/el. 2018.

sydiarnego aktu oskarżenia nie jest moment odbioru przez pokrzywdzonego postanowienia prokuratora nadrzędnego o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego (lub o odmowie jego wszczęcia), lecz moment odbioru stosownej decyzji przez adwokata lub radcę prawnego wyznaczonego do sporządzenia aktu¹⁷.

Pytaniem pozostaje, czy zmiana ta wpłynęła lub powinna była wpłynąć także na sposób rozstrzygnięcia przez orzecznictwo kwestii wyznaczania daty początkowej biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego, który już korzysta z pomocy pełnomocnika, a w konsekwencji nie występuje po doręczeniu mu postanowienia prokuratora o jego wyznaczenie.

Pierwsze orzeczenie, które warto tu przytoczyć, to postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30.08.2016 r.¹⁸ Sąd ten, poza tradycyjną i wcześniej podnoszoną argumentacją odwołującą się do braku samodzielnego stanowiska pełnomocnika procesowego, czy prekluzyjnego charakteru terminu z art. 55 k.p.k., wzbogacił tę tezę, stwierdzając, że „miesięczny termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia liczyć należy od dnia doręczenia pokrzywdzonemu, a nie jego pełnomocnikowi, zawiadomienia o powtórnym umorzeniu postępowania (lub odmowie wszczęcia). Nie ma tu analogii z wniesieniem środka odwoławczego, bo akt oskarżenia może być tylko jeden i tylko jedno postępowanie może się toczyć”¹⁹.

Nie jest to w rzeczywistości do końca prawdziwy argument. Owszem, o ile co do zasady środek odwoławczy może być wniesiony niezależnie przez stronę i jej reprezentanta procesowego, o tyle jednak istnieją w tym zakresie daleko idące wyjątki, jak choćby wynikające z przymusu adwokacko-radcowskiego. Nie da się przecież rozsądnie bronić tezy, że różnica pomiędzy subsydiarnym aktem oskarżenia a apelacją wywodzoną od wyroku sądu okręgowego polegać miałyby na tym, że w pierwszym przypadku musi być jeden akt podpisany i sporządzony przez adwokata lub radcę prawnego, a w drugim przypadku mogłyby być dwie apelacje, jedna sporządzona i podpisana przez samą

¹⁷ Zob. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6.09.2017 r. (II AKz 586/17), „Prokuratura i Prawo” 2018/5, wkładka, poz. 25 – „Przepis art. 127a § 1 k.p.k. ma m.in. zastosowanie do terminu prekluzyjnego określonego w art. 55 § 1 k.p.k., co oznacza, że jeżeli w czasie kiedy biegnie termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, pokrzywdzony złoży wniosek o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w celu sporządzenia tego aktu oskarżenia, termin ten ulega zawieszeniu na czas rozpoznania tego wniosku (art. 127a § 1 k.p.k.). W razie wyznaczenia pełnomocnika z urzędu, termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez tego pełnomocnika biegnie na nowo od dnia doręczenia mu decyzji o wyznaczeniu. Z kolei w przypadku decyzji odmownej, należy o niej poinformować pokrzywdzonego i jednocześnie pouczyć, że termin kontynuuje swój bieg od dnia doręczenia tego zawiadomienia”.

¹⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30.08.2016 r. (II AKz 319/16), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2016/9, poz. 35.

¹⁹ Oczywiście nie było to pierwsze po 1.07.2015 r. orzeczenie odnoszące się do tej kwestii. Wcześniej w tożsamy sposób wypowiedział się m.in. SN w wyroku z 29.07.2015 r. (II KK 98/15), OSNKW 2015/12, poz. 102, czy Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 10.11.2015 r. (II Aka 174/15), LEX nr 2396228. Orzeczenia te zapadły jednak w oparciu o stan prawny obowiązujący jeszcze przed 1.07.2015 r., a ponadto nie zawierały dodatkowej dodatkowej argumentacji, ponad wcześniej omówioną w orzecznictwie SN.

stronę, druga przez fachowego reprezentanta. W obu przypadkach zakres przymusu adwokacko-radcowskiego jest ten sam i obejmuje obowiązek sporządzenia i podpisania pisma procesowego w postaci subsydiarnego aktu oskarżenia bądź w postaci apelacji od wyroku sądu okręgowego (ale już nie jego wniesienia). Z drugiej strony sporna jest sytuacja równoczesnego wpływu dwóch subsydiarnych aktów oskarżenia, co *de facto* jest możliwe w sytuacji, gdy jednym czynem pokrzywdzone są co najmniej dwie osoby. Co prawda zgodnie z treścią art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. nie jest możliwe wszczęcie nowego postępowania, w sytuacji gdy o ten sam czyn tego samego oskarżonego wcześniej wszczęte postępowanie już się toczy. Z tego jednak nie wynika, że drugi z wniesionych aktów oskarżenia traci zupełnie znaczenie. Pokrzywdzony, w imieniu którego został złożony taki akt, staje się stroną w sprawie zainicjowanej pierwszym aktem²⁰, jako oskarżyciel posiłkowy uboczny, a ponieważ sąd rozpoznaje sprawę w granicach skargi, ale biorąc pod uwagę czyn w jego rzeczywistej postaci, z urzędu stosując przepisy prawa karnego materialnego oraz bacząc, aby wyjaśnione były wszystkie istotne okoliczności sprawy, to oczywiście będzie rozważał zarówno argumentację, jak i wnioski, w tym wnioski dowodowe, zgłoszone także w drugim i kolejnym akcie oskarżenia, odnoszącym się do tego samego oskarżonego i połączonym do tego samego postępowania.

Najistotniejszym jednak mankamentem cytowanego uzasadnienia, z punktu widzenia istoty rozważanego tu problemu, tj. problemu zasad liczenia terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, jest to, że zdaje się dotyczyć zupełnie innej płaszczyzny. Czym innym bowiem jest kwestia dopuszczalności lub niedopuszczalności wnoszenia więcej niż jednego aktu oskarżenia, czym innym natomiast kwestia wyznaczenia momentu początkowego biegu terminu do jego sporządzenia i wniesienia. Co oczywiste, w sytuacji gdy mamy do czynienia z więcej niż jednym pokrzywdzonym, dla każdego z nich moment ten będzie wyznaczany osobno. Fakt więc, że ostatecznie tylko jeden akt będzie uznany za akt inicjujący postępowania karne o ten sam czyn tego samego oskarżonego, ma się nijak do ustalania daty, od której liczony będzie bieg terminu do wniesienia takiego aktu przez każdego z pokrzywdzonych.

W ramach przeglądu orzecznictwa odnośnie do analizowanej kwestii warto jeszcze przytoczyć poglądy wypowiedziane przez SN w uzasadnieniu wyroku z 12.12.2016 r.²¹ Sama teza dotyczyła jedynie problematyki stosowania przy obliczaniu terminu z art. 55 k.p.k. reguły wyrażonej w art. 123 § 3 k.p.k., tj. reguły, zgodnie z którą gdy koniec terminu przypada na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy (obecnie także w sobotę), czynność można wykonać także dnia następnego. Uznając, że reguła ta ma zastosowanie także do obliczania terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, Sąd Najwyższy powołał następującą argumentację. „Silnego argumentu za tym, że sam ściśle «kalendaryzowy» upływ terminu z art. 55 § 1 k.p.k. nie zawsze

²⁰ Tak też D. Świecki (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, LEX/el. 2020, komentarz pkt 17 do art. 55 k.p.k.; S. Steinborn (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el. 2016, komentarz pkt 20–21 do art. 55 i literatura tam cytowana; zob. też K. Dudka, *Ograniczenie liczby oskarżycieli posiłkowych w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2004/7–8, s. 92–93.

²¹ Wyrok SN z 12.12.2016 r. (V KK 243/16), OSNKW 2017/4, poz. 20.

uniemożliwia wykorzystanie uprawnienia do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia, dostarczają wprowadzone z dniem 1.07.2015 r. regulacje zawarte w art. 127a § 1 i 2 k.p.k. W myśl tych przepisów, jeżeli warunkiem skuteczności czynności procesowej jest jej dokonanie przez obrońcę lub pełnomocnika, termin dokonania ulega zawieszeniu dla strony postępowania na czas rozpoznania wniosku o przyznanie pomocy prawnej w tym zakresie, przy czym w wypadku wyznaczenia obrońcy lub pełnomocnika z urzędu termin do dokonania czynności przez wyznaczonego przedstawiciela procesowego rozpoczyna bieg od daty doręczenia mu postanowienia lub zarządzenia o tym wyznaczeniu. Należy w związku z tym zauważyć, że w myśl art. 55 § 2 k.p.k. warunkiem skutecznego wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jest sporządzenie go przez pełnomocnika. Jeśli zatem pokrzywdzony będzie się ubiegał o przyznanie mu pomocy prawnej w tym zakresie, to pragmatycznie prognozując, ewentualne wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia z reguły nie nastąpi przed upływem miesiąca od doręczenia pokrzywdzonemu zawiadomienia o postanowieniu o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania, gdyż termin ów rozpocznie bieg od doręczenia pełnomocnikowi zarządzenia o wyznaczeniu go w tej roli. Oznacza to, że w praktyce złożenie subsydiarnego aktu oskarżenia może nastąpić po upływie miesiąca od doręczenia zawiadomienia pokrzywdzonemu o postanowieniu prokuratora odmawiającego wszczęcia lub umarzającego postępowanie. Wszystko to prowadzi do konkluzji, że przy obliczaniu terminu miesięcznego, o którym mowa w art. 55 § 1 k.p.k., mającego charakter prekluzyjny, stosuje się także art. 123 § 3 k.p.k. Jeśli zatem koniec terminu miesięcznego do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia przypada na dzień uznany przez ustawę za dzień wolny od pracy, to czynność tę można wykonać następnego dnia”.

Jak wynika z powyższego, Sąd Najwyższy dopuszcza zatem odstępstwa od ściśle „kalendarzowego” sposobu wyliczenia biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Trudno w związku z tym nie odnieść wrażenia, że w podejściu SN do zasad obliczania terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia wkradła się pewna asymetria. O ile sam bieg tego terminu liczony jest na zasadach ogólnych, właściwych dla wszystkich innych terminów procesowych, o tyle wyznaczanie jego momentu początkowego traktowane jest w sposób swoisty, właściwy temu i tylko temu rodzajowi terminu i niestosowany w innych przypadkach przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że pozostałe terminy przewidziane dla stron procesowych, a przewidujące czas reakcji strony na daną decyzję procesową, liczone są dla strony, która ma już reprezentanta procesowego, od daty doręczenia pisma bądź to stronie, bądź to jej reprezentantowi procesowemu, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpiło później²².

²² Uchwała SN z 28.04.1980 r. (VI KZP 8/80), OSNKW 1980/5–6, poz. 43; postanowienie SN z 26.02.2015 r. (III KZP 8/15), LEX nr 1646393. Ewentualny spór dotyczy jedynie sytuacji, gdy strona ma więcej niż jednego reprezentanta procesowego i każdy z nich oddzielnie złożył wniosek o doręczenie pisemnego uzasadnienia decyzji procesowej. Zdaniem D. Świeckiego w takiej sytuacji dla każdego reprezentanta termin biegnie stosownie do daty, z jaką odebrał uzasadnienie – zob. D. Świecki, *Kodeks...*, teza 9 do art. 425, a zdaniem M. Bielskiego w takiej sytuacji termin biegnie dla każdego z uprawnionych

Ostatnie dwa argumenty, które – jak się wydaje – uzasadniać mają różnice w podejściu do sposobu obliczania terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia oraz środka zaskarżenia, wybrzmiały w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.07.2019 r., w którym stwierdzono, że „miesięczny termin określony w art. 55 § 1 k.p.k. jest terminem prekluzyjnym liczonym od doręczenia pokrzywdzonym, a nie ich pełnomocnikowi, zawiadomienia o wydaniu przez prokuratora powtórnego postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzenia postępowania w wypadkach (art. 330 § 2 k.p.k.). Treść art. 55 § 1 k.p.k. należy odczytywać literalnie”²³.

Niewątpliwie prawdą jest, że termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jest terminem prekluzyjnym. I to różni go od terminów do wniesienia: apelacji, zażalenia, sprzeciwu od wyroku nakazowego czy kasacji. Tyle że sam charakter terminu w żaden sposób nie determinuje jeszcze wyjaśnienia szczególnego sposobu ustalania jego daty początkowej. Analogicznie jak charakter terminu nie okazał się wystarczającą przesłanką do ustalenia jego daty końcowej w świetle treści art. 123 § 3 k.p.k. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego akcentowano co prawda, że ukształtowanie terminu z art. 55 k.p.k. jako terminu prekluzyjnego służyć ma zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego osoby, wobec której może być skierowany akt oskarżenia. Chodzi o to, aby nie tkwiła ona w niepewności, ale aby po upływie oznaczonego czasu miała poczucie, że sprawa jest ostatecznie zakończona. Jest to z pewnością jakiś argument, na którym można oprzeć uzasadnienie dla ukształtowania terminu z art. 55 k.p.k. jako terminu prekluzyjnego. Znowu jednak nie brzmi on przekonująco w kontekście ustalenia, że właśnie z tego powodu termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia ma być liczony od daty doręczenia zawiadomienia o postanowieniu prokuratora nadrzędnego pokrzywdzonemu, a nie jego obrońcy. Po pierwsze, w praktyce terminy doręczeń pism procesowych stronie i jej reprezentantowi procesowemu są bardzo zbliżone, a ewentualne rozbieżności mogą wynosić od kilku do kilkunastu dni. Nie ma to więc znaczenia z punktu widzenia konieczności zapewnienia osobie, wobec której może być skierowany subsydiarny akt oskarżenia, stanu pewności prawnej. Po drugie, argument ten nie wytrzymuje konfrontacji z regulacją przyjętą w treści art. 127a k.p.k. Skoro można odsunąć w czasie moment, od którego liczy się termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia dla pokrzywdzonego, któremu wyznaczono pełnomocnika z urzędu do sporządzenia tego aktu, to tym bardziej można przyjąć, że także w sytuacji gdy pokrzywdzony korzysta z pomocy pełnomocnika wybranego przez siebie lub przyznanego mu z urzędu wcześniej, tj. przed doręczeniem zawiadomienia o postanowieniu prokuratora nadrzędnego o utrzymaniu w mocy powtórnego postanowienia o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania, termin ten liczony być powinien od daty doręczenia albo pełnomocnikowi, albo pokrzywdzonemu, w zależności od tego, który z tych momentów przypada później.

reprezentantów strony od daty odbioru uzasadnienia przez ostatniego z nich – zob. M. Bielski, *Zasady obliczania terminu do wniesienia środków zaskarżenia przez przedstawiciela procesowego w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2018/4, s. 78.

²³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.07.2019 r. (II AKz 320/19), LEX nr 2757823; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10.12.2018 r. (II AKa 236/18), LEX nr 2707054.

Pozostaje do rozważenia ostatni argument podnoszony na rzecz tezy, że termin z art. 55 k.p.k. liczony jest od daty doręczenia pokrzywdzonemu (i tylko pokrzywdzonemu) stosownego zawiadomienia, tj. argument z wykładni literalnej²⁴. Rzeczywiście w treści art. 55 k.p.k. posłużono się zwrotem „pokrzywdzony może w terminie miesiąca od doręczenia mu (...)”. Podczas gdy w treści art. 445 k.p.k. mowa jest o tym, że „termin do wniesienia apelacji wynosi 14 dni i biegnie dla każdego uprawnionego od daty doręczenia mu wyroku z uzasadnieniem”, w art. 460 „zażalenie lub sprzeciw wnosi się w terminie 7 dni od daty ogłoszenia postanowienia, a jeżeli ustawa nakazuje doręczenie postanowienia – od daty doręczenia”, w art. 506 „oskarżonemu i oskarżycielowi przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu do sądu, który wydał wyrok nakazowy, w terminie zawitym 7 dni od doręczenia tego wyroku”, a w art. 524 „termin do wniesienia kasacji dla stron wynosi 30 dni od daty doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem”. Jak wynika z powyższego wyliczenia, ustawodawca dość dowolnie ukształtował treść przepisów regulujących terminy do wnoszenia poszczególnych środków zaskarżenia. Wydaje się w związku z tym dość wątpliwe, aby wyciągać z brzmienia art. 55 k.p.k. wnioski *a contrario* do reguł obowiązujących w pozostałych przepisach. Owszem, art. 55 k.p.k. brzmi odmiennie, ale każdy z przepisów regulujących bieg terminu do złożenia pisma procesowego został wyrażony odmiennymi słowami i trudno doszukać się tu jakiegos gęęboko przemyślanego działania ze strony ustawodawcy. Tożsamy natomiast zwrot językowy jak w treści art. 55 k.p.k. użyty został w art. 338 § 1 i § 2 k.p.k. regulującym odpowiedź na akt oskarżenia oraz zgłaszanie wniosków dowodowych przez oskarżonego. Dotychczas nikt jednak nie twierdził, że złożenie w takiej sytuacji stosownego pisma przez obrońcę oskarżonego w terminie 7 dni, liczonych jednak nie od daty odbioru aktu oskarżenia przez oskarżonego, ale właśnie przez obrońcę, pozbawia go znaczenia prawnego. Oczywiście kwestia ta nie wywoływała dotychczas dyskusji przede wszystkim dlatego, że terminy wskazane w art. 338 nie pozbawiały oskarżonego powoływania nowych dowodów i zgłaszania nowych twierdzeń na późniejszym etapie postępowania. Sam zaś termin z art. 338 nie był traktowany ani jako prekluzyjny, ani jako zawity²⁵, niemniej jednak jego brzmienie dowodzi, że sam zwrot użyty do określenia adresata czynności organu procesowego nie determinuje rozstrzygnięcia w przedmiocie sposobu wyznaczenia daty początkowej biegu terminu do dokonania przez stronę tej czynności. W tym kontekście odwoływanie się do wykładni językowej art. 55 k.p.k. dla uzasadnienia tezy o biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia tylko i wyłącznie od doręczenia stosownego zawiadomienia pokrzywdzonemu jest po prostu nieprzekonujące.

Ten kierunek interpretacji, w powiązaniu z kolejnymi zmianami Kodeksu postępowania karnego, rodzi też dalsze kłopoty. O jednym była już mowa, to problem spójnego wyjaśnienia (po zmianach, które weszły w życie w dniu 1.07.2015 r.) odmiennego sposobu liczenia terminu dla pokrzywdzonego korzystającego z pomocy przybranego wcześniej lub udzielonego mu wcześniej z urzędu pełnomocnika i dla pokrzywdzonego, który wystąpi o ustanowienie pełnomocnika dopiero po odbiorze stosownego zawiadomienia

²⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.07.2019 r. (II AKz 320/19), LEX nr 2757823.

²⁵ R.A. Stefański, *Odpowiedź na akt oskarżenia*, „Prokuratura i Prawo” 2005/5, s. 44.

prokuratora. W tym pierwszym przypadku termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia liczony będzie od odbioru zawiadomienia przez pokrzywdzonego, w tym drugim – w przypadku wyznaczenia pełnomocnika – od daty powiadomienia o tym fakcie właściwego adwokata lub radcy prawnego. Tymczasem przecież pełnomocnik już wcześniej ustanowiony lub wyznaczony dla pokrzywdzonego z urzędu uprawniony jest do działania w całym postępowaniu, w tym i po uprawomocnieniu się orzeczenia (art. 84 w zw. z art. 88 k.p.k.), uprawniony jest też do odbioru zawiadomienia prokuratora o utrzymaniu w mocy postanowienia o ponownym umorzeniu lub ponownej odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego. Fakt, że nie jest jednak uprawniony do korzystania z wynikających z daty odbioru takiego zawiadomienia terminów, jest po prostu nielogiczny. Tym bardziej że jest to jedyny przypadek tego rodzaju interpretacji przepisów Kodeksu, nie tylko zresztą w ramach procedury karnej, ale także i innych procedur sądowych. Zasadą występującą we wszystkich procedurach jest bowiem, że terminy dla strony, która korzysta z pomocy fachowego pełnomocnika do wykonania oznaczonej czynności procesowej, liczone są od daty doręczenia oznaczonego pisma procesowego temu pełnomocnikowi. Prawo powinno w pierwszej kolejności mieć na względzie właśnie logikę i spójność przyjmowanych rozwiązań. Interpretacja normy, która idzie temu pod prąd, byłaby usprawiedliwiona, o ile służyłaby ochronie innych, co najmniej równie istotnych procesowo wartości. Tymczasem nie sposób oprzeć się wrażeniu, że jedynym powodem przyjętej dotychczas w orzecznictwie sądowym interpretacji treści art. 55 k.p.k. była dążność do ograniczania wpływu do sądów spraw, w których oskarżyciel publiczny nie znalazł dostatecznie ważkich powodów do wniesienia aktu oskarżenia. Jakkolwiek jest to może i cel ważki, to jednak przeczący zupełnie samej idei wykreowania instytucji subsydiarnego aktu oskarżenia.

Sytuację dodatkowo komplikuje zmiana Kodeksu postępowania karnego uchwalona 19.07.2019 r.²⁶ Zgodnie z przyjętym tą ustawą brzmieniem treści art. 138 k.p.k. aktualnie obowiązek wskazania adresu do doręczeń spoczywa tylko na osobie, która nie ma miejsca zamieszkania w Polsce ani w innym kraju UE (poprzednio obowiązek ten dotyczył każdej osoby, która nie miała miejsca zamieszkania w kraju), a ponadto adresem do doręczeń może być adres w kraju lub w którymkolwiek innym państwie UE (poprzednio adres do doręczeń musiał być adresem w kraju). W konsekwencji obecnie, jeżeli pokrzywdzony mieszka stale poza granicami kraju, ale na terenie Unii Europejskiej, to nawet w przypadku ustanowienia przez niego pełnomocnika procesowego w Polsce termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia liczony będzie dopiero od doręczenia stosownego zawiadomienia bezpośrednio pokrzywdzonemu na jego adres w jednym z państw Unii Europejskiej. Nie wydaje się to rozwiązaniem ani racjonalnym, ani sprzyjającym sprawnemu rozwiązywaniu sporów prawnych. W ten sam nurt wpisuje się zmiana treści art. 134 § 2a k.p.k., polegająca na ograniczeniu ustanowienia przez samą stronę pełnomocnika do odbioru korespondencji przekazywanej drogą pocztową wyłącznie do sytuacji, gdy „stan zdrowia uniemożliwia lub w znacznym stopniu utrudnia osobiste odebranie pisma w placówce pocztowej”. Pokrzywdzony, który cieszy się dobrym zdrowiem i korzysta z pomocy

²⁶ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1694).

adwokata lub radcy prawnego reprezentującego go w postępowaniu przygotowawczym, i tak zmuszony zostaje – na skutek omawianej tu interpretacji art. 55 k.p.k. – do osobistego odbioru z placówki pocztowej korespondencji prokuratorskiej, co wydaje się rozwiązaniem zupełnie nieracjonalnym, nie liczącym się z wolą samych zainteresowanych²⁷. Wreszcie, biorąc pod uwagę argument z tzw. wykładni literalnej i uwzględniając założenie, że tym samym znaczeniom użytym w tekście aktów prawnych nie należy przydawać odmiennych znaczeń, należałoby przyjąć, że także termin wyrażony w treści art. 338 § 1 i § 2 liczony musi być od daty doręczenia oskarżonemu (a nie jego obrońcy) odpisu aktu oskarżenia. Co mogłoby prowadzić do bardzo niepożądanych skutków, w przypadku gdy sąd, przesyłając odpis takiego aktu, skorzystałby z uprawnienia, o którym mowa w art. 170 § 1 pkt 6, i zakreślił termin do zgłaszania wniosków dowodowych.

Oczywiście podniesiona powyżej argumentacja, skrajnie formalistyczna, jest celowo przerysowana. Ma na celu jednak zwrócenie uwagi, że również orzecznictwo sądowe upatrujące momentu początkowego dla biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego korzystającego w postępowaniu przygotowawczym z pomocy pełnomocnika nie od daty doręczenia stosownego zawiadomienia pełnomocnikowi, ale zawsze i wyłącznie od daty doręczenia go pokrzywdzonemu, jest także skrajnie formalistyczne. Teza ta umyka wewnętrznej logice przepisów proceduralnych i zdaje się realizować jedynie dość swoiście pojmowane cele organów wymiaru sprawiedliwości związane z szybkim wyeliminowaniem sprawy z zakresu orzekania. Oczywiście jest, że strona, a taki przymiot został przyznany przez ustawodawcę pokrzywdzonemu w postępowaniu przygotowawczym, decyduje się na pomoc pełnomocnika właśnie po to, aby nie musieć pilnować reguł proceduralnych, terminów itd. Wywiedzione w drodze orzecznictwa zobowiązanie pokrzywdzonego do pilnowania terminów procesowych przeczy samej istocie instytucji pełnomocnictwa. Warto więc pomyśleć bądź to nad ponownym podjęciem tej kwestii przez orzecznictwo sądowe, bądź to nad zmianą treści art. 55 k.p.k., tak aby jasne się stało, że początek biegu terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia wyznaczany będzie na zasadach ogólnych, tj. jako moment odbioru pisma przez stronę lub pełnomocnika procesowego w zależności od tego, który z tych momentów nastąpił później.

Publikacja powstała w ramach prac prowadzonych w projekcie „Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trojkąta?” („The injured party as a participant in repressive criminal proceedings. The fourth vertex of triangle?”), finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, nr 2016/23/B/HS5/00437

²⁷ Oczywiście teoretycznie dla ustalenia terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia nie jest to konieczne. Pełnomocnik reprezentujący wcześniej w postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzonego i tak na mocy art. 140 dostanie stosowne zawiadomienie. Wystarczy więc tylko ustalenie daty awizowania przesyłki skierowanej do pokrzywdzonego i obliczenie na tej podstawie daty, z którą przesyłka ta uznana zostanie za doręczoną. Problem w tym, że pokrzywdzony nie zawsze i niekoniecznie musi czuwać nad takimi kwestiami. Społeczeństwo w obecnych czasach jest mobilne, kilkutygodniowe wyjazdy nie są niczym szczególnym i właśnie instytucja pełnomocnictwa powinna rozwiązywać takie problemy. Niestety przy przyjętym przez orzecznictwo sposobie interpretacji art. 55 k.p.k. nie rozwiązuje ich, bo nie zwalnia pokrzywdzonego od „czuwania” nad napływającą na jego adres korespondencją.

ABSTRACT

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

The author is an associate professor at the Jagiellonian University in Krakow, an employee at the Department of Criminal Procedure of the Jagiellonian University, an advocate (District Bar Association in Krakow).

About the time limit for submitting a subsidiary indictment

The paper concerns the issue of the terms for submitting a subsidiary indictment. The jurisprudence of the Supreme Court, formed in the first decade of 2000, stated that procedural deadline for such indictment in each case begins in the date of delivery of the relevant decision to the victim, regardless of the date of its delivery to authorised representatives, such as attorney. However, the arguments raised for justification of the mentioned thesis seems to have lost their relevance. Therefore, they were subjected to critical analysis in this study, which include subsequent changes in the Code of Criminal Procedure.

Keywords: *criminal procedure, private prosecution, subsidiary indictment, the term*

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

ORCID: 0000-0002-8891-2041; e-mail: dobrosława.szumilo-kulczycka@uj.edu.pl

Autorka jest profesorem Uniwersytetu Jagiellońskiego, pracownikiem w Katedrze Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokatem (ORA w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bielski Marek, *Zasady obliczania terminu do wniesienia środków zaskarżenia przez przedstawiciela procesowego w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2018/4, s. 78

Dudka Katarzyna, *Komentarz orzeczniczy do art. 55 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecznictwa z komentarzem*, red. K. Dudka, Warszawa 2015

Dudka Katarzyna, *Ograniczenie liczby oskarżycieli posiłkowych w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2004/7–8, s. 92–93

Eichstaedt Krzysztof, *Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Artykuły 1–424*, red. D. Świecki, Warszawa 2018, LEX/el., teza 5

Piech Michał, *Glosa do wyroku TK z 8.01.2013 (K18/10)*, LEX/el. 2018

Stefański Ryszard A., *Odpowiedź na akt oskarżenia*, „Prokuratura i Prawo” 2005/5, s. 44

Steinborn Sławomir, *Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego* (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Warszawa 2019, LEX/el., teza 8

Steinborn Sławomir (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, Warszawa 2016, LEX/el., komentarz pkt 20–21 do art. 55 i literatura tam cytowana

Świecki Dariusz (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2020, LEX/el., komentarz pkt 17 do art. 55 k.p.k.

Zagrodnik Jarosław, *Glosa do wyroku TK z 25.09.2012 r. (SK 28/10)*, „Przegląd Sejmowy” 2013/6, s. 136

Pojęcia kluczowe: zażalenie, zażalenie dewolutywne, zażalenie poziome, zażalenie w postępowaniu egzekucyjnym, zbieg zażaleń, art. 394^{1b} k.p.c.

Artykuły

Bartosz Pyzder

ZBIEG ZAŻALENIA DEWOLUTYWNEGO I ZAŻALENIA POZIOMEGO W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

W nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r.¹ ustawodawca zdecydował się na wyłączenie zaskarżalności części postanowień i zarządzeń wydawanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym zażaleniem do sądu drugiej instancji. Wśród środków odwoławczych pojawiło się natomiast zażalenie do innego składu sądu pierwszej instancji. Porównanie przepisów zawierających katalogi orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem dewolutywnym i zażaleniem poziomym rodzi wątpliwości, który środek prawny jest właściwy w danym przypadku. Artykuł stanowi próbę wyjaśnienia tych wątpliwości.

W artykule przeanalizowano problematykę zbiegu zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego w postępowaniu cywilnym (rozpoznawczym i egzekucyjnym). Ponadto przeanalizowano sytuację, gdy orzeczenie nie mieści się w żadnym z katalogów, o których mowa w art. 394 § 1 i w art. 394^{1a} § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, a przepisy nie precyzują, czy dane orzeczenie podlega zaskarżeniu zażaleniem dewolutywnym, czy poziomym.

Zażalenie jest – obok apelacji – jednym z dwóch zwyczajnych środków odwoławczych przewidzianych w Kodeksie postępowania cywilnego. Do istoty środków odwoławczych należał dotychczas dewolutywny skutek ich wniesienia polegający na przekazaniu sprawy do rozpoznania sądowi drugiej instancji² z tym wyjątkiem, że

¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1578 ze zm.), dalej k.p.c.

² A. Góra-Błaszczkowska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, t. 1A, s. 1070.

zażalenie – odmiennie od apelacji – mogło być w całości uwzględnione już przez sąd pierwszej instancji na podstawie art. 395 § 2 k.p.c. Pierwszy poważniejszy wyłom od zasady dewolutywności zażalenia przyniosła nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 28.04.2011 r.³ wprowadzająca instytucję zażalenia do innego składu sądu drugiej instancji na postanowienia tego sądu oddalające wniosek o wyłączenie sędziego oraz postanowienia w przedmiocie skazania świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika lub osoby trzeciej na grzywnę, zarządzenia przymusowego sprowadzenia świadka oraz odmowy zwolnienia świadka i biegłego od grzywny i świadka od przymusowego sprowadzenia. Wprowadzenie instytucji tzw. zażalenia poziomego miało na celu wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego⁴ i skutkowało rozszerzeniem prawa do zaskarżania orzeczeń sądu drugiej instancji – dotychczas niezaskarżalnych. Zarazem zakres zastosowania zażalenia poziomego był bardzo ograniczony.

Sytuacja uległa radykalnej zmianie po wejściu w życie nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r.⁵ Zgodnie z dodanym do Kodeksu art. 394^{1a} k.p.c. zażalenia na szereg orzeczeń sądu pierwszej instancji, które dotychczas rozpoznawane były przez sąd drugiej instancji, zostały przekazane do rozpoznania innemu składowi sądu pierwszej instancji. Zażalenie poziome zostało zatem po raz pierwszy wprowadzone już do postępowania przed sądem pierwszej instancji, a zakres jego zastosowania stał się bardzo szeroki.

Wprowadzenie w miejsce jednego środka odwoławczego od postanowień sądu pierwszej instancji (zażalenia) dwóch *de facto* różnych środków prawnych (zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego) spowodowało zarazem konieczność uregulowania katalogów orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem dewolutywnym oraz zażaleniem poziomym, a także zasad rozstrzygania ewentualnych wątpliwości co do wyboru właściwego środka prawnego. Przewidziane w art. 394 § 1, art. 394^{1a} § 1 i w art. 394^{1b} k.p.c. regulacje należy ocenić jako niedostatecznie precyzyjne, a przez to wywołujące wątpliwości. Ich analiza prowadzi jednak do wniosku, że zakres zastosowania klasycznego zażalenia dewolutywnego pozostanie w postępowaniu cywilnym znacznie szerszy, niż mogłoby się to *prima facie* wydawać – można nawet sformułować zasadę, iż w razie wątpliwości, czy dane orzeczenie podlega zaskarżeniu zażaleniem dewolutywnym, czy zażaleniem poziomym, właściwym środkiem zaskarżenia będzie zażalenie dewolutywne.

ZAKRES ZASTOSOWANIA ZAŻALENIA DEWOLUTYWNEGO I ZAŻALENIA POZIOMEGO

Katalogi orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem dewolutywnym oraz zażaleniem poziomym zostały wskazane odpowiednio w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., przy czym w obu przypadkach ustawodawca zastosował znaną dotychczas z art. 394 § 1 k.p.c.

³ Ustawa z 28.04.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2011 r. nr 138 poz. 806).

⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2.06.2010 r. (SK 38/09), Dz.U. z 2010 r. nr 109 poz. 724; OTK-A 2010/5, poz. 46.

⁵ Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469).

technikę kazuistycznego wyliczenia orzeczeń podlegających zaskarżeniu – jedyną, niezmienną, ogólną regułą jest wskazanie, że zażalenie do sądu drugiej instancji przysłuży na postanowienie sądu pierwszej instancji kończące postępowanie w sprawie. Możliwe jest jednak odtworzenie zasad, wedle których poszczególne rodzaje orzeczeń zostały poddane zażaleniu dewolutywnemu albo zażaleniu poziomemu.

Twórcy ustawy z 4.07.2019 r., tworząc katalogi orzeczeń zaskarżalnych obydwoma rodzajami zażaleń, deklarowali, że zażaleniem do sądu drugiej instancji zaskarżalne powinny być:

- 1) postanowienia, które kończą postępowanie w sprawie (umorzenie postępowania lub zwrot pozwu),
- 2) postanowienia, które wiążą się z przeniesieniem postępowania do innego sądu,
- 3) postanowienia, które powodują przerwę w toku postępowania (zawieszenie postępowania)⁶.

Taki katalog orzeczeń zaskarżalnych zażaleniem dewolutywnym motywowano tym, że powyższe kwestie incydentalne decydują o bycie sprawy, co uzasadnia „ściślejszą kontrolę orzeczeń sądu pierwszej instancji w tym zakresie”⁷. Powołana w uzasadnieniu projektu ustawy motywacja powinna dziwić z kilku powodów. Po pierwsze, twierdzenie, że poddanie orzeczenia kontroli sądu drugiej instancji spowoduje, iż kontrola ta będzie ściślejsza, zawiera w sobie założenie, że kontrola w ramach zażalenia poziomego będzie „mniej ścisła”, co bezpodstawnie deprecjonuje działalność sądów pierwszej instancji. Po drugie, takie uzasadnienie może wywoływać wrażenie, że ustawodawca świadomie dąży do obniżenia standardu postępowania sądowego w odniesieniu do kontroli orzeczeń, które (często arbitralnie) uznaje za mniej istotne, czego nie można zaakceptować. Po trzecie, orzeczenia wymienione w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. w wielu przypadkach są nie mniej istotne niż te wymienione w art. 394 § 1 k.p.c. – dotyczy to w szczególności odmowy sporządzenia uzasadnienia (każdego) orzeczenia, odrzucenia skargi na orzeczenie referendarza sądowego, odrzucenia zażalenia czy rygoru natychmiastowej wykonalności.

Niezależnie jednak od oceny zasadności wprowadzenia instytucji zażalenia poziomego już w postępowaniu pierwszoinstancyjnym oraz sposobu skonstruowania tego środka odwoławczego⁸, konieczne wydaje się zbadanie, jaka relacja zachodzi między katalogami orzeczeń wskazanych w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. W doktrynie budzi bowiem wątpliwości, czy katalogi te mają charakter rozłączny (wedle tego poglądu orzeczenie sądu nie może spełniać równocześnie przesłanek określonych w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.)⁹, czy też katalogi te się krzyżują, co oznacza, że jedno

⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z 4.07.2019 r., druk sejmowy nr 3137, s. 87.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy z 4.07.2019 r., druk sejmowy nr 3137, s. 87.

⁸ Por. uwagi dotyczące konstrukcji zażalenia poziomego oraz zgodności przyjętego rozwiązania z Konstytucją RP w T. Zembrzuski, *Zażalenie po nowelizacji, czyli o standardzie środka zaskarżenia*, „Palestra” 2019/11–12, s. 242–262.

⁹ Tak M. Romańska (w.): *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2019, t. 1, s. 903.

orzeczenie sądu pierwszej instancji może być równocześnie orzeczeniem wymienionym w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.¹⁰ W praktyce ten problem dotyczy postanowień wymienionych w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., których wydanie skutkuje zakończeniem postępowania.

Kategoria postanowień i zarządzeń kończących postępowanie zawiera w sobie szereg orzeczeń, które łączą wspólny skutek polegający na tym, że zamykają one drogę do wydania orzeczenia sądu danej instancji rozstrzygającego sprawę co do istoty albo też kończą sprawę jako pewną całość poddaną sądowi pod rozstrzygnięcie¹¹. Szczegółowy przedmiot postanowienia lub zarządzenia wywołującego taki skutek może być jednak różny – w doktrynie i w orzecznictwie wskazuje się, że do kategorii orzeczeń kończących postępowanie należą m.in. postanowienie o umorzeniu postępowania, o odrzuceniu pozwu, odrzuceniu apelacji lub skargi kasacyjnej¹², postanowienie wydane w postępowaniu pojednawczym o uznaniu ugody za niedopuszczalną¹³. Dopuszczalność zażalenia na wymienione postanowienia nie została wprost wysłowiona w żadnym przepisie Kodeksu postępowania cywilnego, lecz wynika z tego, że mieszczą się one w kategorii postanowień kończących postępowanie.

Do kategorii postanowień kończących postępowanie mogą zaliczać się niewątpliwie również niektóre postanowienia wymienione w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., w szczególności postanowienie o odmowie uzasadnienia wyroku i jego doręczenia¹⁴, postanowienie o odrzuceniu skargi na orzeczenie referendarza sądowego¹⁵, postanowienie o odrzuceniu zażalenia¹⁶. Już takie przykładowe wyliczenie wystarczy do przyjęcia konkluzji, że zakresy orzeczeń wymienionych w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. nie są rozłączne, lecz krzyżują się. Nie każde ze wskazanych postanowień będzie postanowieniem kończącym postępowanie, a wręcz przeciwnie – zdecydowana większość tych postanowień nie będzie kończyć postępowania. Jeśli np. sąd odmówi sporządzenia uzasadnienia postanowienia o oddaleniu wniosku o zawieszenie postępowania, to takie postanowienie nie

¹⁰ Tak A. Sikorski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis 2019 (komentarz online), komentarz do art. 394^{1a}; A. Góra-Błaszczkowska (w:) *Kodeks...*, s. 1167; A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2019, s. 800.

¹¹ Uchwała składu 7 sędziów SN z 24.11.1998 r. (III CZP 44/98), Legalis nr 43110.

¹² Por. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (w:) *Kodeks...*, 781–782.

¹³ Uchwała SN z 18.06.1985 r. (III CZP 28/85), Legalis nr 24822.

¹⁴ W szczególności jeśli zaakceptuje się pogląd, że uchylenie art. 369 § 2 k.p.c. w nowelizacji z 4.07.2019 r. wyłączyło możliwość wniesienia środka odwoławczego bez uprzedniego wystąpienia o uzasadnienie orzeczenia, por. uchwała SN z 29.09.2020 r. (III UZP 2/20), LEX nr 3056914; I. Wiszniewska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, s. 1202; A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (w:) *Kodeks...*, s. 722; M. Kłos (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 2, s. 913–914.

¹⁵ W szczególności w postępowaniu rejestrowym i w postępowaniu wieczystoksięgowym, w których referendarz sądowy ma uprawnienia do rozstrzygania spraw co do istoty.

¹⁶ Na przykład postanowienie o odrzuceniu zażalenia na postanowienie oddalające wniosek o wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych na podstawie art. 85 ustawy z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 623 ze zm.).

zamknie drogi do merytorycznego rozpoznania sprawy, a zatem również odrzucenie zażalenia na to postanowienie nie wywoła takiego skutku. Podobnie, jeśli orzeczenie referendarza sądowego dotyczyło np. przyznania należności świadkowi lub biegłemu, to odrzucenie skargi na takie orzeczenie nie będzie skutkowało zakończeniem postępowania, lecz będzie dotyczyć jedynie kwestii incydentalnej.

Wobec powyższego nie można *a priori* przyjąć, że jeśli postanowienie dotyczy kwestii wymienionej w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., to już tylko z tego powodu nie może być ono zakwalifikowane jako postanowienie kończące postępowanie w rozumieniu art. 394 § 1 k.p.c. Zarazem nie można także przyjąć, że niektóre z postanowień wymienionych w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. zawsze będą postanowieniami kończącymi postępowanie. Każde postanowienie sądu pierwszej instancji należy ocenić nie tylko przez pryzmat tego, jaką kwestię bezpośrednio rozstrzyga, ale również tego, jaki skutek wywołuje. Dopiero na tej podstawie można ustalić, czy dane postanowienie, o którym mowa w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., może być jednocześnie zakwalifikowane jako orzeczenie kończące postępowanie, o którym mowa w art. 394 § 1 k.p.c. Takie stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie wypracowanym w dotychczasowym stanie prawnym. Sąd Najwyższy przyjmował, że niektóre orzeczenia obecnie wymienione w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. są orzeczeniami kończącymi postępowanie¹⁷ – nie ma dostatecznych racji, aby uznać, że nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego spowodowała dezaktualizację tych poglądów.

W konsekwencji należy odrzucić pogląd, w myśl którego katalogi postanowień wymienione w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. są rozłączne. Należy natomiast przyjąć, że jest możliwe zaistnienie zbiegu postanowień wymienionych w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., co rodzi konieczność ustalenia, jaki środek prawny służy do zaskarżania takich postanowień.

ZBIEG ZAŻALENIA DEWOLUTYWNEGO I ZAŻALENIA POZIOMEGO

Przepisem rozstrzygającym zbieg zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego jest art. 394^{1b} k.p.c., zgodnie z którym jeżeli zaskarżono *postanowienie, o którym mowa w art. 394 § 1 i zarazem w art. 394^{1a} § 1*, zażalenie rozpoznaje sąd drugiej instancji. Brzmienie tego przepisu wywołuje jednak wątpliwości, czy chodzi w nim o przypadek zaskarżenia jednego postanowienia, które spełnia zarówno warunki wymienione w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., czy też o przypadek jednoczesnego zaskarżenia kilku orzeczeń, z których co najmniej jedno zostało wymienione w art. 394 § 1 k.p.c. W doktrynie proponuje się obydwie wskazane powyżej sposoby rozumienia omawianego przepisu, przy czym przyjęty pogląd jest na ogół konsekwencją oceny, czy jedno postanowienie może równocześnie wypełniać przesłanki wskazane w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.

¹⁷ Por. postanowienie SN z 23.11.2012 r. (I CZ 111/12), Legalis nr 644579, w którym przyjęto, że postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu wniosku o doręczenie odpisu wyroku tego sądu wraz z uzasadnieniem jest postanowieniem kończącym postępowanie w rozumieniu art. 394¹ § 2 k.p.c. (uchylonego nowelizacją z 4.07.2019 r.).

M. Romańska wskazuje, że zastosowanie reguły wynikającej z art. 394^{1b} możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy jeden środek zaskarżenia dotyczy kilku rozstrzygnięć, których przedmiot określony jest zarówno w art. 394 § 1 k.p.c., jak i w art. 394^{1a} k.p.c.¹⁸ Taki przypadek może wystąpić najczęściej w sytuacji, gdy w jednym dokumencie zawartych jest kilka rozstrzygnięć dotyczących różnych zagadnień. W takim wypadku każde z rozstrzygnięć jest odrębnym orzeczeniem podlegającym samodzielnemu zaskarżeniu takim środkiem prawnym, jaki jest właściwy do zaskarżania orzeczeń dotyczących danego przedmiotu. Sytuacja, w której w jednym dokumencie znajdują się rozstrzygnięcia zaskarżalne różnymi środkami odwoławczymi, nie jest rzadka, a w orzecznictwie od dawna przyjmuje się, że zaskarżenie postanowień zawartych w wyroku (z wyjątkiem postanowienia o kosztach postępowania zaskarżanego łącznie z zaskarżeniem wyroku) powinno nastąpić w formie zażalenia, a nie w formie apelacji¹⁹. Bardzo prawdopodobne jest zatem wystąpienie przypadków, w których w jednym dokumencie zawarte zostaną orzeczenia zaskarżalne zarówno zażaleniem klasycznym, jak i zażaleniem poziomym – w takim przypadku względ na sprawność postępowania mógłby przemawiać za przyjęciem, że zażalenia na wszystkie takie orzeczenia powinien rozpoznać sąd drugiej instancji²⁰. Omawiana interpretacja art. 394^{1b} oparta jest zatem na przyjęciu, że w zawartym w tym przepisie niejasnym sformułowaniu o zaskarżeniu postanowienia, o którym mowa w art. 394 § 1 i zarazem w art. 394^{1a} § 1 chodzi w istocie o przypadek zaskarżenia co najmniej dwóch postanowień, z których co najmniej jedno jest wymienione w art. 394 § 1 k.p.c., a pozostałe w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. – na gruncie wykładni językowej takiej interpretacji art. 394^{1b} wykluczyć nie można. Z drugiej strony przyjęcie takiej interpretacji prowadzi do wytworzenia szeregu nowych problemów, których rozwiązania w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego brak – jak choćby jakie przesłanki muszą być spełnione, aby jednym zażaleniem zaskarżyć dwa postanowienia, na które przysługują dwa różne typy zażalenia (tj. czy wszystkie zaskarżane orzeczenia powinny być zawarte w jednym dokumencie, czy wystarczy, aby był równocześnie otwarty termin na zaskarżenie obydwu postanowień, czy też musi istnieć między nimi jakiś związek przedmiotowy lub funkcjonalny)²¹.

Ustalenie, że jest możliwa sytuacja, w której jedno postanowienie spełnia zarówno przesłanki określone w art. 394 § 1 k.p.c., jak i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., prowadzi jednak do wniosku, że celem art. 394^{1b} k.p.c. jest rozstrzygnięcie o tym, jaki środek prawny przysługuje od (jednego) postanowienia, które może być zakwalifikowane równocześnie do katalogu orzeczeń wymienionych w art. 394 § 1 k.p.c. i katalogu orzeczeń wymienionych w art. 394^{1a} § k.p.c.²², a nie rozstrzygnięcie sposobu rozpoznania zażaleń na kilka różnych

¹⁸ M. Romańska (w:) *Kodeks...*, s. 903.

¹⁹ Uchwała składu 7 sędziów SN – zasada prawna z 26.02.1968 r. (III PZP 44/67), *Legalis* nr 109947. Przyjmuje się jednak, że w sytuacji zaskarżenia postanowienia zawartego w wyroku apelacją wraz z zaskarżeniem rozstrzygnięcia co do *meritum*, w zakresie zaskarżenia postanowienia apelację można rozpoznać jako zażalenie – por. postanowienie SN z 31.08.2006 r. (I CZ 64/06), <https://www.saos.org.pl/judgments/164483> (dostęp: 25.09.2020 r.).

²⁰ M. Romańska (w:) *Kodeks...*, s. 904.

²¹ M. Romańska (w:) *Kodeks...*, s. 904.

²² A. Sikorski (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 394^{1b}; A. Góra-Błaszczkowska (w:) *Kodeks...*, s. 1167;

orzeczeń. Po pierwsze, pomimo istotnych niedoskonałości językowych art. 394^{1b} k.p.c. nie może umknąć uwadze, że użyto w nim słowa postanowienie w liczbie pojedynczej, a nie w liczbie mnogiej. W świetle zasady samodzielności poszczególnych orzeczeń sądu należy przyjąć, że słowo postanowienie odnosi się do jednego rozstrzygnięcia, a nie do dokumentu, w którym takie rozstrzygnięcie (być może wraz z innymi orzeczeniami) się znalazło. Po drugie, taka interpretacja odpowiada celowi, aby zażalenia na postanowienia tamujące drogę do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy były rozpoznawane przez sąd drugiej instancji niezależnie od tego, w jaki sposób ten skutek zostaje osiągnięty (jaki jest szczegółowy przedmiot rozstrzygnięcia). Trudno byłoby zaakceptować sytuację, gdy strona, której zamknięto drogę do orzeczenia o istocie sprawy poprzez odrzucenie pozwu, mogłaby poddać takie rozstrzygnięcie pod ocenę sądu drugiej instancji, a strona, której drogę tę zamknięto poprzez np. odmowę sporządzenia uzasadnienia wyroku, takiej możliwości zostałaby pozbawiona – taka sytuacja godziłaby w konstytucyjne prawo do rozpoznania sprawy w dwóch instancjach oraz mogłaby podważać zaufanie do wymiaru sprawiedliwości. Po trzecie, przyjęcie, że art. 394^{1b} k.p.c. rozstrzyga przypadki zbiegu zażaleń wymienionych w art. 394 § 1 i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., pozwala rozwiązać sygnalizowany wyżej problem krzyżowania się katalogów orzeczeń wymienionych w obu tych przepisach przy braku wskazania w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., że chodzi w nim tylko o zaskarżanie postanowień niekończących postępowania.

W konsekwencji należy przyjąć, że zgodnie z art. 394^{1b} k.p.c. w razie zaskarżenia postanowienia sądu pierwszej instancji spełniającego przesłanki wymienione w art. 394 § 1 w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. (np. postanowienia o odmowie doręczenia odpisu wyroku z uzasadnieniem lub wydanego w postępowaniu nieprocesowym postanowienia o odrzuceniu skargi na postanowienie referendarza sądowego merytorycznie rozstrzygającego sprawę) zażalenie powinno być rozpoznane przez sąd drugiej instancji.

Wydaje się jednak, że pomimo odrzucenia – co do zasady – pierwszej z omówionych wyżej interpretacji art. 394^{1b} k.p.c. koncepcję tę można zaakceptować w sytuacji kumulacji zażaleń, tj. w przypadku wniesienia równocześnie lub co najmniej w zbliżonym czasie kilku zażaleń na kilka postanowień, z których co najmniej jedno podlega zaskarżeniu zażaleniem dewolutywnym. W takiej sytuacji można – w drodze funkcjonalnej wykładni art. 394^{1b} k.p.c. – przyjąć, że właściwy do rozpoznania wszystkich zażaleń (również zażaleń na postanowienia wymienione w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.) będzie sąd drugiej instancji²³. Przemawiać za tym mogą przede wszystkim względy sprawności postępowania, które – przynajmniej w sferze deklaratywnej – legły u podstaw ustawy z 4.07.2019 r.

Biorąc pod uwagę powyższe wątpliwości, należy jednak postulować doprecyzowanie art. 394^{1a} § 1 k.p.c. oraz art. 394^{1b} k.p.c. tak, aby z jednej strony wyeliminować wątpliwości dotyczące zbiegu zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego, a z drugiej strony

A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (w:) *Kodeks...*, s. 800; K. Górski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, s. 1337.

²³ K. Górski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, komentarz do art. 394^{1b}. Odmienne M. Manowska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2020, t. 1, LEX/el., komentarz do art. 394^{1b}.

wprost potwierdzić, że w przypadku kumulacji zażaleń wszystkie zażalenia będą rozpoznane łącznie przez sąd drugiej instancji.

ZBIEG ZAŻALEŃ W POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM

Osobno należy rozważyć, czy problem zbiegu zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego może wystąpić w postępowaniu egzekucyjnym. Zgodnie z art. 767⁴ § 1 k.p.c. zażalenie na postanowienie sądu przysługuje w wypadkach wskazanych w ustawie. Dopuszczalność zaskarżenia postanowień sądu wydawanych w toku postępowania egzekucyjnego została kazuistycznie uregulowana w przepisach części trzeciej Kodeksu dotyczących poszczególnych instytucji postępowania egzekucyjnego. W judykaturze utrwalony jest jednak pogląd, że z mocy art. 13 § 2 k.p.c. zażalenie przysługuje również na postanowienia, o których mowa w art. 394 § 1 k.p.c.²⁴ Pogląd ten zachowuje aktualność również po wejściu w życie ustawy z 4.07.2019 r. w odniesieniu do postanowień, o których mowa w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.²⁵

Wobec dopuszczalności odpowiedniego stosowania w postępowaniu egzekucyjnym art. 394 § 1 k.p.c. przewidującego prawo do wniesienia zażalenia do sądu drugiej instancji należy ustalić, który sąd będzie właściwy do rozpoznania takiego zażalenia. Zgodnie bowiem z art. 767¹ § 1¹ zażalenie rozpoznaje sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, w składzie trzech sędziów. Jednocześnie w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym brakuje regulacji stanowiącej odpowiednik art. 394^{1b} dotyczącej kwestii zbiegu zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego.

W doktrynie wyrażono pogląd, że wszystkie zażalenia w postępowaniu egzekucyjnym – również wnoszone na podstawie art. 394 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. – podlegają rozpoznaniu przez sąd pierwszej instancji w składzie trzech sędziów²⁶. Pogląd ten uzasadnia się przekonaniem, że art. 767⁴ § 1¹ k.p.c. nie dopuszcza wyjątków w zakresie wyboru sądu właściwego do rozpoznania zażalenia i w związku z tym jest przepisem szczególnym wobec art. 13 § 2 k.p.c.²⁷

Jakkolwiek z poglądem, że wszystkie zażalenia w postępowaniu egzekucyjnym podlegają rozpoznaniu przez inny skład sądu pierwszej instancji, można się zgodzić (choć nie bez zastrzeżeń), to jednak twierdzenie, że art. 767⁴ § 1 k.p.c. jest przepisem szczególnym wobec art. 13 § 2 k.p.c., nie jest przekonujące. Przepis art. 13 § 2 k.p.c. wprowadza bowiem ogólną zasadę odpowiedniego stosowania przepisów o procesie do innych rodzajów postępowania cywilnego, nie normując żadnej konkretnej instytucji postępowania cywilnego. Przedmiot regulacji zawartej w art. 767⁴ § 1 k.p.c. i w art. 13

²⁴ Por. uchwała SN z 28.11.1969 r. (III CZP 83/69), LEX nr 1016; uchwała SN z 22.05.2013 r. (III CZP 19/13), LEX nr 1391404.

²⁵ O. Marcewicz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Lex 2019, komentarz do art. 767⁴, uw. 3.

²⁶ A. Cudak (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 4, s. 346.

²⁷ O. Marcewicz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2019, t. 1, s. 1463–1464.

§ 2 k.p.c. jest całkowicie różny, co wyklucza możliwość uznania jednego z tych przepisów za szczególnie wobec drugiego.

Wyrażona w art. 13 § 2 k.p.c. zasada odpowiedniego stosowania przepisów o procesie do innych postępowań może nawet potwierdzać tezę, że w powstępowaniu egzekucyjnym zażalenie dewolutywne nie występuje. Omawiany przepis umożliwia odpowiednie stosowanie w postępowaniu egzekucyjnym wszystkich przepisów zawartych w części pierwszej Kodeksu, nie wyłączając art. 394^{1b} k.p.c. Odpowiednie stosowanie przepisów zakłada przy tym, że przepisy stosuje się wprost albo po ich koniecznym zmodyfikowaniu, względnie ich stosowanie jest wyłączone²⁸. Wydaje się, że stanowcze brzmienie art. 767⁴ § 1¹ k.p.c. prowadzi do wniosku, że zastosowanie art. 394^{1b} k.p.c. w postępowaniu egzekucyjnym będzie wyłączone, a wszystkie zażalenia w postępowaniu egzekucyjnym – także wnoszone na podstawie art. 394 § 1 k.p.c. – będą podlegały rozpoznaniu przez sąd pierwszej instancji w składzie trzech sędziów. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że celem art. 767⁴ § 1¹ k.p.c. było przekazanie kognicji do rozpoznawania wszystkich zażaleń w postępowaniu egzekucyjnym sądowi pierwszej instancji.

Przepisy o zażaleniu w postępowaniu egzekucyjnym zostały jednak skonstruowane wadliwie. W szczególności dodaniu do art. 767⁴ k.p.c. § 1¹ nie towarzyszyło konsekwentne usunięcie z przepisów o postępowaniu egzekucyjnym odwołań do orzeczeń sądu drugiej instancji. Już nawet w samym art. 767⁴ k.p.c. w § 2 mowa jest o tym, że „na postanowienie sądu drugiej instancji wydane po rozpoznaniu zażalenia skarga kasacyjna nie przysługuje”. Również w art. 795 § 2¹ k.p.c. mowa jest o orzeczeniach sądu drugiej instancji wydawanych po rozpoznaniu zażalenia w postępowaniu klauzulowym. Można wprowadzić podejmować próby uzasadnienia takiej regulacji przeoczeniem oraz przekonywać, że w tym wypadku pod pojęciem sądu drugiej instancji należy rozumieć inny skład sądu pierwszej instancji, jednakże takiej interpretacji sprzeciwia się wykładnia systemowa przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Należy bowiem zauważyć, że w przypadkach, w których sąd pierwszej instancji ma działać jako sąd drugiej instancji, zostało to wprost wskazane w odpowiednich przepisach (taka regulacja znajduje się w art. 398²³ § 3 k.p.c. oraz w art. 767^{3a} § 3 k.p.c.). Natomiast żaden przepis Kodeksu nie wskazuje, że sąd pierwszej instancji rozpoznający zażalenie poziome działa jako sąd drugiej instancji. Ponadto założenie racjonalności działań ustawodawcy wyklucza możliwość przyjęcia, że treść przepisów jest efektem pomyłki czy przeoczenia.

W świetle powyższego nie można wykluczyć, że w szczególnych przypadkach zaskarżania postanowień wydanych w postępowaniu egzekucyjnym, lecz opartych na art. 394 § 1 k.p.c.²⁹, odpowiednie zastosowanie art. 394^{1b} następowaloby po jego koniecznym zmodyfikowaniu, co oznaczałoby jego stosowanie w przypadku zbiegu zażalenia na postanowienie, o którym mowa w art. 394 § 1 k.p.c., z normą wyrażoną w art. 767⁴

²⁸ J. Jagiela (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 4, s. 238–239.

²⁹ Przykładem takiego orzeczenia może być postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania egzekucyjnego wydane nie na podstawie art. 770 k.p.c., lecz na podstawie art. 98 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., i przewidujące obciążenie wierzyciela kosztami egzekucji oczywiście niecelowej.

§ 1a k.p.c. Możliwość wystąpienia tego rodzaju zbiegu nie jest jednak wynikiem świadomej decyzji ustawodawcy, lecz raczej skutkiem niestaranności ustawodawcy – należy zatem postulować pilne wyeliminowanie z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego wskazanych wyżej sprzeczności.

NEGATYWNY ZBIEG ZAŻALEŃ

Należy również rozważyć sytuację, w której ustawa przewiduje prawo do wniesienia zażalenia, jednakże nie przewiduje, czy w sprawie dopuszczalne jest zażalenie dewolutywne, czy też zażalenie poziome, orzeczenia nie można zaś zakwalifikować ani do katalogu, o którym mowa w art. 394 § 1 k.p.c., ani do katalogu, o którym mowa w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. Przykładami takich orzeczeń mogą być postanowienie w przedmiocie wniosku o nakazanie wyjawienia środka dowodowego (art. 24 ustawy z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji³⁰), postanowienia dotyczące obowiązku zapłaty sumy pieniężnej lub zwrotu wydatków w sprawach dotyczących wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 598¹⁵–art. 589¹⁷ k.p.c.). Podobne wątpliwości dotyczą też zażalenia na postanowienie o odmowie dopuszczenia do udziału w postępowaniu nieprocesowym (art. 510 § 1 k.p.c.)³¹.

Nowelizując Kodeks postępowania cywilnego i wprowadzając do niego zażalenie poziome, ustawodawca nie wprowadził żadnego przepisu, z którego jednoznacznie wynikałoby, który sąd jest właściwy do rozpoznania zażalenia w sytuacji zaskarżenia orzeczenia, które nie mieści się w żadnym z katalogów, o których mowa w art. 394 § 1 k.p.c. i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c.

Wydaje się jednak, że na podstawie wykładni historycznej można przyjąć, że w przypadkach, w których ustawa obowiązująca przed 7.11.2019 r. wprost przewiduje prawo do wniesienia zażalenia, ale nie wskazuje jego rodzaju, sądem właściwym do rozpoznania zażalenia jest sąd drugiej instancji. Przed wejściem w życie ustawy z 4.07.2019 r. w postępowaniu cywilnym występował tylko jeden rodzaj zażalenia na postanowienie sądu instancji – zażalenie dewolutywne. Wprowadzenie do systemu prawnego zamkniętego katalogu postanowień zaskarżalnych zażaleniem poziomym było istotną zmianą prawa – można zatem przyjąć, że skoro we wskazanych powyżej przypadkach ustawodawca nie doprecyzował rodzaju dopuszczalnego zażalenia, to oznacza, że nie zamierzał wprowadzać w tym zakresie żadnych zmian. Wobec tego wejście w życie ustawy z 4.07.2019 r. nie wpłynęło w żaden sposób na wybór sądu właściwego do rozpoznania zażalenia na wskazane wyżej orzeczenia.

³⁰ Ustawa z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1132).

³¹ Postanowienie o odmowie dopuszczenia do udziału w postępowaniu nieprocesowym jest niekiedy traktowane jako postanowienie kończące postępowanie [por. postanowienie SN z 12.12.2017 r. (IV CZ 91/17), LEX nr 2428799, P. Telenga (w.): *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Lex 2019, komentarz do art. 510, uw. 8; odmiennie: postanowienie SN z 13.10.2017 r. (I CZ 92/17), LEX nr 2408334 i powołane tam orzeczenia; I. Kunicki (w.): *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IB. Komentarz do art. 424–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, s. 501].

Ponadto wydaje się, że na podstawie art. 394^{1b} k.p.c. można odtworzyć swego rodzaju regułę preferencji, zgodnie z którą w razie wątpliwości, który sąd jest właściwy do rozpoznania zażalenia, należy przyjąć, że jest to sąd drugiej instancji. Przepis art. 394^{1b} k.p.c. reguluje wprawdzie jedynie kolizję polegającą na tym, że zaskarżone orzeczenie mieści się zarówno w katalogu, o którym mowa w art. 394 § 1 k.p.c., jak i w katalogu, o którym mowa w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., jednakże wobec braku jakichkolwiek innych wskazówek rozstrzygnięcia „negatywnego” zbiegu zażaleń wydaje się, że można zastosować *per analogiam* regułę kolizyjną wynikającą z tego przepisu także w sytuacji, gdy ustawa nie reguluje, który sąd jest właściwy do rozpoznania zażalenia.

Należy jednak postulować pilną interwencję ustawodawczą, która powinna polegać na wprowadzeniu uniwersalnej reguły przewidującej, który sąd jest właściwy do rozpoznania zażalenia w sytuacji, gdy w poszczególnych przepisach brak jest stosownej regulacji.

ABSTRACT

Bartosz Pyzder

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

Concurrent right to an appeal to a court of second instance and an appeal to the court of first instance in civil procedure

The subject of this article is a collision of a complaint to a court of second instance and a complaint to a different panel of court of first instance in civil proceedings (in examination proceedings and in enforcement proceeding). The text present also an analysis of the situation when the provisions of law allow the party to file a complaint against the judgement, but do not indicate the jurisdiction of court to examine such complaint.

Keywords: *complaint, complaint to court of second instance, complaint to court of first instance, collision of complaints, Article 394^{1b} of Code of civil procedure*

Bartosz Pyzder

e-mail: bartoszipzder@gmail.com

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Cudak Arkadiusz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 4

Góra-Błaszczkowska Agnieszka (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, t. 1A

- Górski Krzysztof** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019
- Jagiela Józef** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 4
- Kłos Michał** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, t. 2
- Kunicki Ireneusz** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 424–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, t. 1B
- Manowska Małgorzata** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2020, t. 1, LEX/el., komentarz do art. 394^{1b}
- Marcewicz Olimpia** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Lex 2019, komentarz do art. 767⁴, uw. 3
- Marcewicz Olimpia** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2019, t. 1
- Romańska Marta** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2019, t. 1
- Sikorski Aleksander** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis 2019 (komentarz online), komentarz do art. 394^{1a}
- Telenga Przemysław** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Lex 2019, komentarz do art. 510, uw. 8
- Wiszniewska Iwona** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Szancilo, Warszawa 2019
- Zembrzuski Tadeusz**, *Zażalenie po nowelizacji, czyli o standardzie środka zażalenia*, „Palestra” 2019/11–12, s. 242–262
- Zieliński Andrzej, Flaga-Gieruszyńska Kinga** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2019

Pojęcia kluczowe: *datio in solutum, umowa o roboty budowlane, podzielność świadczenia, wygaszenie zobowiązania jedynie w oznaczonej części*

Artykuły

Bartosz Skorek

FIGURA PRAWNA DATIO IN SOLUTUM JAKO SPOSÓB WYGASZENIA ZOBOWIĄZANIA (UMOWY) O ROBOTY BUDOWLANE JEDYNIIE W OZNACZONEJ CZĘŚCI

Rozważania zawarte w artykule dotyczą problemu zastosowania figury prawnej *datio in solutum* do wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części. Z powyższym łączy się w sposób istotny kwestia podzielności i niepodzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane. Ustalenie, czy takie świadczenie ma charakter podzielny czy też nie, pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy przy zastosowaniu właśnie figury prawnej, jaką jest *datio in solutum*, art. 453 k.c., może dojść do wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części.

1. WPROWADZENIE

W procesie inwestycyjnym podstawowe znaczenie ma system umów. W procesie tym, jak wiadomo, uczestniczy spora liczba podmiotów, które dla osiągnięcia końcowego rezultatu powinny ściśle ze sobą współpracować. Głównym ogniwem, które wiąże jednostki uczestniczące w realizacji inwestycji, jest umowa o roboty budowlane.

Umowy o roboty budowlane zawierane w procesie realizacji inwestycji obejmują niemal wszystkich uczestników tego procesu, jak również całość ich praw i obowiązków związanych z projektowaniem inwestycji, jakością wykonawstwa, a także z zagadnieniami ochrony środowiska. Podstawową funkcją tych umów jest organizacja i kształtowanie wzajemnych stosunków gospodarczych w procesie inwestycyjnym w celu należytej realizacji zadań planowanych.

System umowny wiążący uczestników procesu inwestycyjnego w konsekwencji uruchamia działanie wielu różnorodnych mechanizmów cywilnoprawnych, które związane są immanentnie z umową – pozwala ona na jasne sprecyzowanie wzajemnych praw i obowiązków na zasadzie równorzędności stron i ekwiwalentności świadczeń oraz określa podstawy i rodzaje odpowiedzialności w wypadku nieprawidłowego wykonywania bądź wykonania ustalonych obowiązków¹.

Jednym z mechanizmów cywilnoprawnych, który może znaleźć zastosowanie w wypadku nieprawidłowego wykonywania bądź wykonania ustalonych obowiązków, jest figura prawna *datio in solutum*, co należy tłumaczyć jako świadczenie w miejsce wykonania (wypełnienia), art. 453 Kodeksu cywilnego². Zobowiązania, które wynikają z treści umów o roboty budowlane, istnieją przez pewien czas, natomiast od ich powstania do ich wygaśnięcia upływa nieraz nawet długi okres. W tym czasie mogą zachodzić najrozmaitsze zdarzenia, które mogą mieć negatywny wpływ na takie właśnie zobowiązania, które wynikają z takich umów. Regulacja art. 453 k.c. w praktyce pozwala więc uniknąć wielu sporów, gdyż umożliwia stronom zgodne zakończenie sprawy, bez potrzeby wstępowania na drogę sądową.

Z tytułowym zagadnieniem łączy się w sposób istotny kwestia podzielności i niepodzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane. Ustalenie, czy takie świadczenie ma charakter podzielny czy też nie, pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy przy zastosowaniu właśnie figury prawnej, jaką jest *datio in solutum*, art. 453 k.c., może dojść do wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części.

Złożoność problematyki *datio in solutum* jako sposób wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części uzasadnia więc celowość zajęcia się tym tematem.

2. ZASADA SWOBODY UMÓW A DOPUSZCZALNOŚĆ ZASTOSOWANIA *DATIO IN SOLUTUM* CO DO CZĘŚCI ZOBOWIĄZANIA

Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Może się jednak zdarzyć, że oprócz wykonania takiego zobowiązania zgodnie z jego treścią³ dłużnik może również zaspokoić interes wierzyciela i wygasić taki stosunek zobowiązaniowy przez działanie, które nie pokrywa się z jego treścią. Taką sytuację reguluje właśnie figura prawna *datio in solutum*, art. 453 k.c.

Zgodnie z art. 453 zd. 1 k.c. jeżeli dłużnik w celu zwolnienia się z zobowiązania spełnia za zgodą wierzyciela inne świadczenie, zobowiązanie wygasa. Jak należy sądzić, zawarcie umowy *datio in solutum* w tej postaci, że spełnienie tego innego świadczenia będzie w myśl art. 453 k.c. zmierzało do wygaszenia całego zobowiązania, nie oznacza jednakże,

¹ J. Okolski, *Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym (umowa o roboty budowlane)*, Warszawa 1976, s. 9.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), dalej k.c.

³ I. Karasek-Wojciechowicz, *Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią*, Warszawa 2014.

iz nie jest możliwe zawarcie umowy *datio in solutum* w tej postaci, że spełnienie owego innego świadczenia będzie zmierzało do wygaszenia zobowiązania jedynie w oznaczonej części. W takim wypadku natomiast dotychczasowy stosunek zobowiązaniowy nie wygaśnie, stosownej redukcji ulegnie jedynie dług ciążyący na dłużniku⁴.

Argumentem przemawiającym za uznaniem, że dopuszczalne jest zawarcie umowy *datio in solutum* w tej postaci, iż spełnienie owego innego świadczenia będzie zmierzało do wygaszenia zobowiązania jedynie w oznaczonej części, jest obowiązująca w prawie zasada swobody umów. Zasada swobody umów to norma prawna przyznająca podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do swobodnego kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez umowy, a ponadto do interpretowania i stosowania konkretnych norm prawnych na rzecz tej kompetencji.

Zasada swobody umów opiera się na etycznych założeniach państwa demokratycznego, jak również swobody działalności gospodarczej stanowiącej przesłankę gospodarki rynkowej. Te wartości znalazły normatywny wyraz w postanowieniach Konstytucji RP⁵. Ponadto w odniesieniu do najistotniejszego elementu swobody umów zobowiązaniowych, jakim jest swoboda kształtowania ich treści, jednoznacznie wysłowił ją art. 353¹ k.c., stwierdzając, że „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”⁶.

Przyjęcie zasady swobody umów na obszarze prawa zobowiązań prowadzi do wniosku, że strony nie są tu związane ustanowionymi w Kodeksie cywilnym lub w ustawach szczególnych typami umów⁷.

Są to zatem kompetencje (ustawowe upoważnienia) do kształtowania treści stosunków zobowiązaniowych całkowicie różnych od tych, jakie wyznaczone zostały w przepisach prawnych. Tym bardziej strony mogą częściowo tylko odstępować od typów ustawowych, np. modyfikując je bądź rozwijając⁸.

W związku z powyższym za słuszną należy uznać wynikającą z zasady swobody umów możliwość dopuszczającą zawarcie umowy *datio in solutum* w tej postaci, że spełnienie owego innego świadczenia będzie zmierzało do wygaszenia zobowiązania jedynie w oznaczonej części.

3. PRZEDMIOT ŚWIADCZENIA W UMOWIE O ROBOTY BUDOWLANE – POJĘCIE I CHARAKTERYSTYKA

3.1. PRZEDMIOT ZOBOWIĄZANIA (UMOWY) O ROBOTY BUDOWLANE

Przedmiotem zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jest świadczenie wykonawcy, tj. zachowanie dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi

⁴ K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 859.

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

⁶ Tak Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 128.

⁷ Przykład: sprzedaż (art. 535–602 k.c.); zamiana (art. 603–604 k.c.); dostawa (art. 605–612 k.c.) itp.

⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 129.

wierzyciela. Nie jest świadczeniem rzecz, prawo bądź jakieś inne dobro, mimo że zachowanie dłużnika, które odpowiada ciążącemu na nim obowiązкови, dotyczy tych przedmiotów. Wykonawca nie zobowiązuje się tylko do wykonania robót budowlanych (obiekту), lecz zawsze zobowiązuje się do robót o konkretnie oznaczonym w umowie rezultacie materialnym i za ten rezultat odpowiada. W umowie o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do wykonania określonego obiektu budowlanego, chociażby obiekt ten stanowił tylko część obiektu. Jego świadczenie, tj. zachowanie, które polega na wykonywaniu robót budowlanych, ukierunkowane jest na osiągnięcie rezultatu materialnego, jak i również samoistnego. Istotą rzeczy jest świadczenie przez wykonawcę robót budowlanych. Samo wykonawstwo jest tutaj rzeczą istotną, nie tylko rezultat osiągnięty w wyniku zachowania dłużnika. Istotą stosunku zobowiązaniowego (umowy) o roboty budowlane jest to, że zamawiający ma prawo żądać tylko określonego zachowania się wykonawcy, jednakże nie uzyskuje na podstawie powstałego stosunku zobowiązaniowego bezpośredniego i skutecznego *erga omnes* prawa do określonego rezultatu robót budowlanych, ze względu na które wykonawca zobowiązany jest do określonego zachowania się⁹.

Należy podkreślić, że świadczenie wykonawcy rozumiane jako zachowanie się dłużnika ukierunkowane jest na określony przedmiot w postaci obiektu bądź innego rezultatu robót budowlanych, ze względu na które zobowiązany jest on zgodnie z treścią zobowiązania do oznaczonego zachowania się. Rodzaj oraz charakter przedmiotu materialnego (obektu budowlanego), w stosunku do którego ukierunkowane jest zachowanie wykonawcy w celu wykonania zobowiązania w stosunku do zamawiającego, przesądza o treści świadczenia, a w konsekwencji o treści stosunku (umowy) zobowiązaniowego. Dotyczy to zarówno treści prawnej (praw i obowiązków) tego stosunku, jak również treści gospodarczej¹⁰.

W literaturze często zacierają się różnice pomiędzy przedmiotem zobowiązania a świadczeniem w umowie o roboty budowlane bądź przedmiotem świadczenia. Możemy spotkać się z poglądami, które identyfikują przedmiot umowy ze świadczeniem¹¹, a także stanowiska, które uważają obiekt za przedmiot umowy o roboty budowlane¹²,

⁹ Por. T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. 3, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. W. Czachórski, Ossolineum 1981, cz. 1, s. 71–74; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964, s. 41–43 oraz 71–75; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia wykonawcy (generalnego wykonawcy) w umowie o roboty budowlane*, „Monitor Prawniczy”, 2006/15, s. 803.

¹⁰ Por. T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego...*, s. 73–74; A. Klein, *Elementy...*, s. 71–72; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 51–54; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹¹ Por. E. Kulesza (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 1410; S. Buczkowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. 3, *Prawo zobowiązań. Część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, cz. 2, s. 459–460; S. Buczkowski, *Umowa o roboty budowlano-montażowe*, „Studia Prawnicze” 1964/3, s. 20, a także 41–42; Z. Gordon, *Umowa budowlana w obrocie społecznym*, Toruń 1991, s. 50–51 oraz *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, t. 2, s. 629–630; C. Żuławska, *Problematyka umów o podwykonawstwo robót budowlano-montażowych*, „Studia Prawnicze” 1965/8, s. 50–51; J. Okolski, *Stosunki umowne...*, s. 82; J.A. Strzępka (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 292–295; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹² Por. Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 51; E. Kulesza (w:) *Kodeks cywilny...*, s. 1410; K. Kołakowski (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. G. Bieniek, Warszawa 2003, s. 188 i n.; A. Brzozowski (w:) *System*

przy czym jest nim powstający w wyniku wykonania robót budowlanych zespół obiektów (wyjątkowo tylko pojedynczy obiekt) oraz robót poza obiektem stanowiący określona w umowie i uściślona w dokumentacji projektowej całość, która daje określony w dokumentach tych rezultat produkcyjny bądź usługowy.

Utożsamiając przedmiot umowy o roboty budowlane ze świadczeniem dłużnika niepieniężnego, a więc z zachowaniem się tego dłużnika odpowiadającym treści jego obowiązku, przyjmuje się również, że przedmiotem umowy o roboty budowlane jest świadczenie wykonawcy polegające na oddaniu zamawiającemu oznaczonego w umowie efektu robót budowlanych wykonanego zgodnie z projektem, jak również zasadami wiedzy technicznej. Umówiony rezultat robót nie jest przedmiotem umowy o roboty budowlane, tylko przedmiotem świadczenia¹³. Umówiony rezultat robót, którego oddanie stanowi przedmiot umowy o roboty budowlane, może przybrać postać obiektu budowlanego, przedsięwzięcia inwestycyjnego, zadania inwestycyjnego bądź wyodrębnionej technicznie części obiektu (np. wykonanie wykopów pod fundamenty, wykonanie instalacji grzewczych, parkingu itp.) bądź robót poza obiektem¹⁴.

3.2. PRZEDMIOT ŚWIADCZENIA

Od przedmiotu zobowiązania (umowy) o roboty budowlane należy odróżnić pojęcie przedmiotu świadczenia, tj. przedmiotu, do którego to świadczenie może się odnosić. Przedmiotem świadczenia mogą być różnego rodzaju dobra, takie jak np. rzeczy, części składowe rzeczy, zbiory rzeczy, dobra niematerialne, prawa majątkowe, różne zorganizowane zespoły majątkowe, a także dzieła materialne. Wskazuje się, że dopiero oznaczenie przedmiotu świadczenia w połączeniu z oznaczeniem sposobu zachowania się dłużnika pozwala na pełne ustalenie treści świadczenia, w tym również treści stosunku zobowiązaniowego¹⁵. Aby można było mówić o przedmiocie świadczenia, musimy mieć do czynienia z dobrem samoistnym, mającym być niezależny od zachowania się dłużnika. Zwraca się uwagę, że ta samoistość dobra wyraża się w jakiejś postaci jego ucieleśnienia, którą może być zarówno przedmiot materialny, jak również przedmiot niematerialny, ale upostaciowiony w *corpus mechanicum* (np. projekt budowlany, dokumentacja projektowa)¹⁶.

Należy tutaj podkreślić, że w umowie o roboty budowlane przedmiotem świadczenia wykonawcy jest obiekt.

Prawa Prywatnego, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajska, Warszawa 2004, s. 230–235; E. Zielińska, *Cywilnoprawna problematyka wykonawstwa robót budowlanych*, Katowice 2003, s. 192–193 oraz 195–203; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹³ Por. Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 51; E. Zielińska, *Cywilnoprawna...*, s. 199–203; J.A. Strzępka (w:) *System prawa prywatnego...*, s. 292–293; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹⁴ E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹⁵ T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego...*, s. 73–74; A. Klein, *Elementy...*, s. 41–42; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 51–54; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

¹⁶ E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 804.

3.3. OBIEKT

Przepis art. 647 k.c. posługuje się określeniem „obiekt”, pojęcie to nie zostało zdefiniowane w Kodeksie cywilnym. Prawo budowlane natomiast posługuje się pojęciem „obiekту budowlanego” oraz „budowli”. Przez obiekt budowlany, zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane¹⁷, należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

W przepisach Prawa budowlanego została przyjęta definicja „obiekту budowlanego”. W definicji tej nie mieści się remont, do którego także stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane. Na płaszczyźnie Kodeksu cywilnego pojęciu „obiekt” należy nadać szersze znaczenie, niż wynikałoby to z przepisów Prawa budowlanego, obejmując również remont. Przy ocenie, czy określony przedmiot świadczenia wykonawcy może być kwalifikowany jako obiekt, istotne jest, czy stanowi on pewną funkcjonalną, zaspokajającą potrzeby inwestora całość. Za obiekt, z punktu widzenia Kodeksu cywilnego, uznaje się jakiegokolwiek zmaterializowany rezultat będący efektem robót budowlanych. Przyjmuje się¹⁸, że obiektem jest określony rezultat robót budowlanych, który w dokumentacji projektowej stanowi samoistną całość, która da się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym. Taka wykładnia, w myśl której pojęcie „obiekt” oznacza rezultat robót budowlanych, do którego osiągnięcia zobowiązał się wykonawca w ramach umowy o roboty budowlane, pozwala, aby zakwalifikować jako umowy o roboty budowlane zarówno umowy, w których wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich prac związanych z pojęciem obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, jak też umowy o tzw. wykonawstwo częściowe i podwykonawstwo. Oznacza to w konsekwencji przyjęcie, że zakres pojęcia „obiekt” z art. 647 k.c. obejmuje również rezultat wykonanych robót budowlanych, które nie mieszczą się w pojęciu „obiekту budowlanego” z punktu widzenia Prawa budowlanego.

Powyższe stanowisko znajduje wyraz w orzecznictwie sądowym. W uchwale składu 7 sędziów SN z 11.01.2002 r.¹⁹ sąd stwierdził, że przedmiotem świadczenia niepieniężnego wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane może być nie każdy rezultat pracy o ucieleśnionym charakterze, lecz tylko taki, który powstał jedynie w wyniku robót budowlanych. Ta cecha niewątpliwie przesądza o odrębnym i samoistnym charakterze umowy o roboty budowlane²⁰.

¹⁷ Ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.).

¹⁸ Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 53, który pisze, że pojęć „obiekt” i „obiekt budowlany” nie powinno się uważać za tożsame; K. Kołakowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia, Zobowiązania*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1997, t. 2, s. 155, który kładzie nacisk na „wykonanie robót budowlanych”, a zatem przedmiotem tej umowy jest wszystko, co polega na wykonywaniu robót budowlanych; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, „Monitor Prawniczy” 2003/21; E. Zielińska, *Cywilnoprawna...*, s. 195–203; J.A. Strzępka (w:) *System prawa prywatnego...*, s. 293–294; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 805.

¹⁹ Uchwała składu 7 sędziów SN z 11.01.2002 r. (III CZP 63/01), OSNC 2002/9, poz. 106.

²⁰ Jeśli chodzi o orzecznictwo w kwestii pojęcia obiektu, budowli a także remontu, można wskazać na-

W literaturze²¹ uznaje się za słuszne, że pojęcie robót budowlanych zastosowane w przepisach Kodeksu cywilnego oznacza poniesienie przez wykonawcę nakładów pracy i materiałów, które polegają na wykonywaniu nowego obiektu budowlanego, jak również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, przebudowie i montażu oraz rozbiórce obiektu budowlanego, który może stanowić budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Cechą charakterystyczną budynku, jak też budowli, jest to, że są to rzeczy trwale połączone z gruntem. Powyższa definicja odwołuje się do pojęcia „obiekt budowlany”, który nie jest utożsamiany z pojęciem obiektu w ujęciu art. 647 k.c. Dlatego też przyjmuje się, że pojęcie „obiekt” użyte w definicji ustawowej umowy o roboty budowlane oznacza określony przez strony z góry rezultat działań, do którego osiągnięcia zobowiązuje się wykonawca budowlany w ramach konkretnej umowy. Osiągnięcie tego rezultatu następuje zaś przez wykonanie robót budowlanych, które polegają na poniesieniu przez wykonawcę nakładów pracy oraz materiałów bezpośrednio związanych z budową nowego obiektu budowlanego, jak również odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, przebudowie istniejącego już obiektu budowlanego oraz montażu i rozbiórce. W konsekwencji obiekt w rozumieniu art. 647 k.c. może oznaczać cały obiekt budowlany w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, jak i zespół obiektów, a także rezultat robót częściowych²².

Zaznaczyć trzeba, że roboty wykonywane przez podwykonawcę nie tworzą jeszcze oczekiwanego rezultatu gospodarczego o samoistnym charakterze. Stanowią tylko fragment całości, mają sens ekonomiczny w powiązaniu z pozostałą częścią robót tworzących całość robót, które składają się na obiekt bądź zespół obiektów czy też większych przedsięwzięć inwestycyjnych. Ze względu na funkcjonalność są one podporządkowa-

stępujące przykłady. „Fakt, że przedmiotowy budynek nie ma fundamentów, jest oparty jedynie na słupach, stanowi o tym, że należy zaliczyć go do budowli, a nie budynków. Zarówno jednak budowle, jak i budynki zaliczają się do obiektów budowlanych” – wyrok NSA z 30.04.1999 r. (IV SA 2088/96), niepubl. „Do budowli w rozumieniu Prawa budowlanego należy także zaliczyć (sztucznie – przyp. aut.) zbiorniki wodne (stawy)” – wyrok NSA z 7.05.2001 r. (II SA/Łd 418/00), niepubl. „Docieplenie budynku nie jest remontem w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego” – wyrok NSA z 19.11.2001 r. (IV SA 390/01), „Wspólnota” 2002/1, poz. 50. „Jeśli roboty budowlane polegają na wykonaniu faktycznie nowego obiektu budowlanego, choć z wykorzystaniem elementów konstrukcyjnych pozostałych po innym obiekcie budowlanym, który uległ zniszczeniu, inwestor dokonuje nie remontu (art. 3 pkt 8 ustawy), lecz odbudowy (art. 3 pkt 6 tej ustawy)” – wyrok NSA z 29.03.2001 r. (SA/Bk 852/00), ONSA 2002/2, poz. 85. „Również takie roboty jak ustawienie gotowego obiektu na nieruchomości stanowią w rozumieniu Prawa budowlanego roboty budowlane” – wyrok NSA z 22.04.1999 r. (IV 1830/96), LEX nr 47183.

²¹ Taki pogląd przedstawia E. Zielińska, *Cywilnoprawna...*, s. 204, E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 805.

²² W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21.10.2003 r. (I Aca 214/03), OSA 2005/2, poz. 8, sąd orzekł, że treść przepisów odnoszących się do umowy o roboty budowlane zawartych w Kodeksie cywilnym (art. 647–658 k.c.) jednoznacznie wskazuje, że wszelkie umowy o wykonanie nawet niewielkich prac budowlanych, zawierane przez inwestora z wykonawcą, powinny być poddane wymaganiom przepisów tego tytułu między innymi z konsekwencją w postaci stosowania ogólnych przepisów dotyczących przedawnienia roszczeń wynikających z tej umowy (art. 118 k.c.); E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 805.

ne przedmiotowi umowy o generalne wykonawstwo, nie dają się jednak z reguły samodzielnie użytkować, pomimo dokonanego zakończenia i ich odbioru. Analogicznie treść zobowiązania wykonawcy całego obiektu budowlanego różni się od treści zobowiązania wykonawcy częściowego zasadniczo zakresem robót.

Wykonawca (generalny wykonawca) zobowiązany jest do wykonania obiektu zgodnie z projektem. Na podstawie przepisu art. 647 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy²³.

Przedmiot świadczenia wykonawcy budowlanego nie musi obejmować całego obiektu budowlanego w znaczeniu przepisów Prawa budowlanego. W ramach umowy o roboty budowlane wykonawca może zobowiązać się zarówno do realizacji całości robót objętych projektem, jak i tylko ich części, dającej się wyodrębnić pod względem technicznym lub technologicznym. Wówczas przedmiotem umowy o roboty budowlane, w której zobowiązanie wykonawcy obejmuje wykonanie części projektu budowlanego, w rozumieniu Prawa budowlanego będzie z reguły wyodrębniona technicznie część obiektu, np. wykonanie wykopów pod fundamenty, wykonanie instalacji sanitarnych, układ sieci i przewodów uzbrojenia terenu, wykonanie instalacji grzewczych, wentylacyjnych, gazowych, telekomunikacyjnych, wykonanie budowli przemysłowych tworzących samoistną całość techniczno-użytkową, takich jak komin, zbiornik, kolumna rafineryjna. Orzecznictwo sądowe często rozważało kwestie związane z wykonawstwem częściowym, a w szczególności ze stosowaniem przepisu art. 654 k.c., w myśl którego w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia²⁴.

Obiekt w kontekście konstrukcyjnym art. 647 k.c. powinien być wykonany zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Stosowania wyrobów w budownictwie dotyczy przepis art. 10 Prawa budowlanego, według którego wyroby wytworzone w celu zastosowania

²³ W wyroku SN z 17.05.2000 r. (I KKN 728), niepubl., sąd wyraził pogląd, że art. 647 k.c. formułuje definicję umowy o roboty budowlane, a art. 649 k.c. stanowi, że w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, czyli wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińnięcie) obowiązków wykonawcy. Przy uwzględnieniu charakteru i ogólnych cech umowy konkretny zakres praw i obowiązków stron jest określany przez treść danej umowy; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 806.

²⁴ W wyroku SN z 5.12.1979 r. (II CR 433/79), OSNC 1980/9, poz. 168, sąd przyjął, że nie jest sprzeczne z dyspozycją art. 321 § 1 k.p.c. dokonanie przez sąd rozliczeń stron z wykonania całości robót budowlanych w sytuacji, gdy twierdzenia powoda dotyczą tylko jednego składnika przedmiotu umowy o te roboty. W wyroku SN z 7.04.1998 r. (I KKN 673/97), niepubl., sąd stwierdził, że w świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i art. 654 k.c. błędny jest pogląd, że w przepisach o umowie o roboty budowlane „nie wspomniano o terminie, w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia”. Zasada powiązania momentu obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika wprost z art. 654 k.c. W rozpatrywanym stanie faktycznym prace „przyjmowane” były w toku robót częściowo. Stąd wykonawca był uprawniony do dokonania jednostronnego odbioru, stanowiącego podstawę wystawienia faktury opartej na sporządzonym przez siebie kosztorysie powykonawczym; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 806.

w obiekcie budowlanym w sposób trwały o właściwościach użytkowych umożliwiających prawidłowo zaprojektowanym i wykonanym obiektom budowlanym spełnienie podstawowych wymagań można stosować przy wykonywaniu robót budowlanych wyłącznie, jeżeli wyroby te zostały wprowadzone do obrotu lub udostępnione na rynku krajowym zgodnie z przepisami odrębnymi, a w przypadku wyrobów budowlanych – również zgodnie z zamierzonym zastosowaniem. Szczegółowo zasady wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych określają przepisy art. 4–10 ustawy z 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych²⁵.

Obiekt jako przedmiot świadczenia w umowie o roboty budowlane ma charakter samoistny. Stanowi on rezultat materialny wykonanych robót, który niejako „odrywa” się od wykonawcy oraz istnieje niezależnie od dalszego jego istnienia i funkcjonowania. W analogiczny sposób jak dokumentacja projektowa, która po jej opracowaniu stanowi dzieło samodzielne niematerialne upostaciowione w *corpus mechanicum* (plany, opisy techniczne oraz rysunkowe itp.) niezależnie od bytu fizycznego twórcy.

Przedmiot świadczenia w umowie o roboty budowlane, jakim jest obiekt, ma charakter niepodzielny. Cały obiekt bądź zadanie inwestycyjne, które składa się z wielu obiektów, da się podzielić na poszczególne typy robót z punktu widzenia technicznego²⁶ i technologicznego. Patrząc jednak z perspektywy zamawiającego, dany obiekt stanowi świadczenie podzielne. Kwestia podzielności świadczenia będzie przedmiotem rozważań w dalszej części tego artykułu.

4. PODZIELNOŚĆ ŚWIADCZENIA WYKONAWCY

Problem podzielności świadczenia²⁷ wykonawcy w umowie o roboty budowlane stanowi ważne zagadnienie.

Ustalenie, czy w umowie o roboty budowlane niepieniężne świadczenie wykonawcy ma charakter podzielny czy też nie, wpływa na określenie przesłanek powstania uprawnienia do zastosowania figury prawnej, jaką jest *datio in solutum* i w jeszcze większym stopniu przesądza o jej skutkach. Pozwala wyjaśnić, czy w przypadku wykonania przez wykonawcę jedynie części obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia może on zwolnić się z tej części świadczenia, której nie wykonał.

Problem podzielności świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane zyskał w ostatnim czasie na znaczeniu, dyskusje o podzielności świadczenia spowodowało w znacznym stopniu niejednolite orzecznictwo sądowe. Z jednej strony w wyroku

²⁵ Ustawa z 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1570 ze zm.).

²⁶ Por. E. Strzépka-Frania, W. Białończyk, *Przedmiot świadczenia...*, s. 807.

²⁷ Warto pamiętać o tym, że istotne znaczenie prawne, a w następstwie i praktyczne, ma uznanie danego świadczenia za należące do pewnej określonej kategorii świadczeń. Biorąc pod uwagę kryterium czasu, wyróżnia się świadczenia jednorazowe, sukcesywne (kategoria tych świadczeń nie jest powszechnie uznawana w doktrynie), jak również okresowe i ciągłe. W oparciu o kryterium właściwości świadczenia można wyróżnić świadczenia podzielne oraz niepodzielne. Natomiast stosując kryterium przedmiotu, którego dotyczy świadczenie, wyróżnia się świadczenia oznaczone co do tożsamości i świadczenia oznaczone co do gatunku.

z 14.03.2004 r.²⁸ SN przyjął, że przy budowie domu da się wyodrębnić poszczególne etapy pracy, przy czym w żadnym razie nie oznacza to, że dom jest według art. 639 § 2 k.c. podzielny na fundamenty, ściany, dach. Podobnie w wyroku z 4.09.2002 r.²⁹, zdaniem SN, przyjęcie rozliczania prac etapami, na co zezwala art. 654 k.c., nie zmienia niepodzielności świadczenia wykonawcy. Należy podkreślić, że pogląd przeciwny zyskuje w ostatnim czasie na znaczeniu. Dużą rolę odegrał tu wyrok SN z 19.03.2004 r.³⁰ Zakłada się w nim, że w umowie o roboty budowlane świadczenie wykonawcy jest podzielne, gdyż z reguły może być ono spełnione częściami bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia. Wyrok ten dał początek kształtowaniu się linii orzeczniczej, w ramach której pojawiły się kolejne orzeczenia przyjmujące podzielny charakter świadczenia wykonawcy³¹. Takie stanowisko wyrażono w wyroku z 16.11.2005 r.³², przy czym zastrzeżono w nim, że podzielność świadczenia będzie zależać od woli stron wyrażonej w umowie. W wyroku z 20.04.2006 r.³³ zaznaczono, że podzielności samego świadczenia nie wyklucza *per se* przedmiot świadczenia wykonawcy, jakim jest zindywidualizowany obiekt i jednorazowy charakter tego świadczenia.

W następnych wyrokach³⁴ SN, nie odmawiając świadczeniu wykonawcy podzielnego charakteru, jako podstawę swego stanowiska wskazał postanowienia umowy. Trzeba zwrócić uwagę na orzeczenie z 9.09.2011 r.³⁵ SN, podsumowując wypowiedzi judykatury w sprawie charakteru przedmiotu świadczenia wykonawcy, przyjął, że nie zostało wypracowane dotąd jednolite stanowisko³⁶. Z treści uzasadnienia zdaje się wynikać, że SN w tym wypadku skłonny jest przyjąć niepodzielność ocenianego świadczenia.

Zgadzając się z tym nurtem rozważań aprobujących te orzeczenia SN, które przyznają świadczeniu z art. 647 k.c. podzielny charakter, należy zwrócić uwagę na fakt, że przedmiot świadczenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane jest oznaczony co do tożsamości, a w związku z tym w zasadzie niepodzielny. Niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może jednak być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia. Zgodnie z art. 379 § 2 k.c. podzielność świadczenia występuje wtedy, gdy może ono być spełnione bez istotnej zmiany jego przedmiotu lub wartości. Przy świadczeniu z umowy o roboty budowlane zachowanie dłużnika polega natomiast na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego

²⁸ Wyrok SN z 14.03.2004 r. (IV CKN 821/00), LEX nr 54375.

²⁹ Wyrok SN z 4.09.2002 r. (I CK 1/02), niepubl.

³⁰ Wyrok SN z 19.03.2004 r. (IV CK 172/03), OSP 2006/2, poz. 18.

³¹ R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z 24.07.2009 r., II CSK 61/09, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010/3*, wskazuje na praktycznie doniosłe stanowisko judykatury, że świadczenie wykonawcy, które wynika z umowy o roboty budowlane, jest podzielne, aczkolwiek sam jej przedmiot będący oznaczony co do tożsamości w zasadzie jest niepodzielny. K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013, s. 41.

³² Wyrok SN z 16.11.2005 r. (V CK 350/05), „Biuletyn SN” 2006/3, poz. 11.

³³ Wyrok SN z 20.04.2006 r. (III CSK 11/06), LEX nr 439201.

³⁴ Wyrok z 5.11.2008 r. (CSK 198/08), LEX nr 483312; wyrok SN z 4.06.2009 r. (III CSK 33/08), niepubl.

³⁵ Wyrok SN z 9.09.2011 r. (I CK 696/10), z głosem W. Białończyka, OSP 2012/7–8, poz. 78, oraz głosem K. Pasko, *Skutki wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy o roboty budowlane*, „Glosa” 2013/2, s. 68 i n.

³⁶ K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 41–42.

następnie przedmiot odbioru. Nie ma przeszkód, aby strony w umowie przewidziały, że przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane jest nie cały obiekt, lecz jego część. Tak też w istocie jest z zasady przy bardziej skomplikowanych obiektach. Oprócz umowy inwestora z generalnym wykonawcą, której przedmiotem jest cały obiekt, pojawiają się umowy dotyczące wykonania robót odnoszących się jedynie do wyodrębnionych części tego obiektu. Jak z tego wynika, świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu. Ponadto można stwierdzić, że aby powstał skomplikowany obiekt, należy z reguły przeprowadzić wiele odrębnych robót (budowlanych, instalacyjnych czy wykończeniowych), które mogą wykonać jedynie wyspecjalizowani przedsiębiorcy. Każdy z nich wykonuje swoje roboty w odniesieniu do tego samego obiektu, tyle tylko, że ma wyraźnie sprecyzowany zakres tych robót, odnoszących się do części obiektu lub pewnego fragmentu składającego się na całość³⁷.

To, że świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo, wynika również pośrednio z art. 654 k.c. Zgodnie z tym przepisem inwestor ma bowiem obowiązek na żądanie wykonawcy przejmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. Przepis ten wyraźnie zakłada, że jedynie postanowienie umowy o roboty budowlane może w konkretnej sytuacji wyłączyć możliwość spełnienia świadczenia częściowego. Należy w związku z tym uznać, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest podzielne, ponieważ z reguły może być spełniane bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia. Czym innym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu, jakim jest obiekt budowlany, czym innym natomiast możliwość wykonywania robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał częściami. Takie częściowe wykonywanie robót, odnoszące się do określonego obiektu, jest właśnie częściowym spełnianiem świadczenia w znaczeniu art. 379 § 2 k.c., gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu. Jeśli strony umówiły się o oddanie określonego obiektu, to do chwili odbioru całego obiektu nie można uznać, że wykonawca spełnił swoje świadczenie. Jednakże nie wyklucza to częściowego wykonania świadczenia przez niego i rozliczenia się stron w tym zakresie³⁸.

Świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest więc świadczeniem podzielnym w rozumieniu art. 379 § 2 k.c.

W piśmiennictwie można spotkać się z poglądem, w którym to wskazuje się, że obowiązek wykonawcy oddania przewidzianego w umowie obiektu przesądza o tym, że świadczenie wykonawcy ma charakter niepodzielny, a co za tym idzie umowa o roboty budowlane stanowi – podobnie jak umowa o dzieło – zobowiązanie rezultatu³⁹. Uznanie, że świadczenie wykonawcy jest zobowiązaniem rezultatu, nie przesądza jednak jeszcze

³⁷ Wyrok SN z 19.03.2004 r. (IV CK 172/03), OSP 2006/2, poz. 18, s. 86.

³⁸ Wyrok SN z 19.03.2004 r. (IV CK 172/03), OSP 2006/2, poz. 18, s. 86.

³⁹ K. Kołakowski (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia, Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2007, t. 2, s. 214.; A. Brzozowski (w:) *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2004, t. 2, s. 188.; J.P. Naworski, *Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998/8, s. 14; T. Guzek, *Odstąpienie od umowy o roboty budowlane*, tekst dostępny na stronie <http://grzybkowski.guzek.pl/przyklady/odstapienie-od-umowy-o-roboty-budowlane> (dostęp: 23.09.2020 r.).

o jego niepodzielności. Umową rezultatu jest także umowa sprzedaży. Nie ma natomiast wątpliwości, że świadczenie sprzedawcy może mieć zarówno charakter świadczenia podzielnego (np. sprzedaż cementu, piasku), jak też niepodzielnego (np. sprzedaż maszyny, samochodu). Nie jest więc zasadne, by twierdzić, że zakwalifikowanie umowy o roboty budowlane jako umowy rezultatu jednoznacznie wyklucza możliwość częściowego spełnienia świadczenia⁴⁰.

5. OBIEKT – PRZEDMIOT ŚWIADCZENIA A *DATIO IN SOLUTUM* JAKO SPOSÓB WYGASZENIA ZOBOWIĄZANIA (UMOWY) O ROBOTY BUDOWLANE JEDYNIEM W OZNACZONEJ CZĘŚCI

Przyjęcie, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane ma charakter podzielny, oznacza, iż przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane może być nie cały obiekt, lecz jego część. Bez względu więc w jaki sposób inwestor zdecyduje się organizować sam proces budowy danego obiektu, czy będzie to system umów z wykonawcami częściowymi, czy też wykonawca (generalny wykonawca) skorzysta z możliwości zawierania umów o roboty budowlane z podwykonawcami, a ci dalej z dalszymi podwykonawcami, należy oceniać odrębnie przedmiot świadczenia w każdej z tych umów⁴¹.

W sytuacji gdyby wykonawca w ramach łączącej go z inwestorem umowy o roboty budowlane zobowiązał się do wykonania wszystkich koniecznych robót, w wyniku których miałyby zostać zrealizowany cały zaprojektowany obiekt bądź jego oznaczona część, natomiast roboty te zostałyby wykonane tylko częściowo, to nie ma zatem przeszkód, aby taki wykonawca (dłużnik) w celu zwolnienia się z tej części niespełnionego świadczenia – np. gdyż jak się okazało podczas wykonywania tych prac są one dla niego zbyt trudne technicznie – mógł w oparciu o figurę prawną *datio in solutum* (art. 453 k.c.) spełnić inne świadczenie (tym innym świadczeniem byłoby świadczenie innej treści niż treść tej części świadczenia, z której chce się zwolnić).

Jeśli np. taki wykonawca w ramach łączącej go z inwestorem umowy o roboty budowlane wykonał jedynie część spośród wszystkich koniecznych robót, w wyniku których miałyby zostać zrealizowany cały zaprojektowany obiekt, np. budynek, a wykonał jedynie fundamenty oraz murowanie ścian i kominów, to wtedy mógłby zwolnić się z tej pozostałej części niespełnionego świadczenia (np. nie wykonał robót dekarских), spełniając inne świadczenie. Oznaczenie przedmiotu tego innego świadczenia mogłoby nastąpić poprzez wskazanie części projektu (np. tej części projektu, która dotyczy również wykonania fundamentów oraz murowania ścian i kominów), która miałaby zostać zrealizowana podczas wykonywania innej inwestycji budowlanej (np. budowy budynku) zaplanowanej przez inwestora, np. dewelopera, który wykonuje takie inwestycje budowlane.

Natomiast jeżeliby np. taki wykonawca w ramach łączącej go z inwestorem umowy o roboty budowlane wykonał jedynie część spośród wszystkich koniecznych robót,

⁴⁰ T. Guzek, *Odstąpienie od umowy...*

⁴¹ Por. K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 44.

w wyniku których miałyby zostać zrealizowana oznaczona część zaprojektowanego obiektu (np. budynku), miał wykonać np. montaż stropów płytowych żelbetonowych prefabrykowanych⁴² pomiędzy mieszkalnymi kondygnacjami, a wykonał tylko montaż części tych stropów na niższych kondygnacjach budynku, to wtedy również mógłby zwolnić się z tej pozostałej części niespełnionego świadczenia (niezamontowanych stropów), spełniając inne świadczenie. Oznaczenie przedmiotu tego innego świadczenia mogłoby nastąpić poprzez wskazanie właśnie części tego projektu, która ma zostać zrealizowana na dalszym etapie prac, np. tej części projektu, która dotyczy wykonania robót dekarских.

W związku z powyższym spełnienie przez wykonawcę w miejsce części świadczenia, której nie mógł spełnić, tego innego świadczenia doprowadza do wygaszenia łączącej go z inwestorem umowy o roboty budowlane jedynie w tej właśnie oznaczonej części. Gdyby zatem wykonawca zobowiązany był względem inwestora do wykonania innych jeszcze części takiego świadczenia, które wynikałyby z takiej umowy o roboty budowlane, to wówczas umowa o roboty budowlane nie wygasłaby – ze względu na to, że spełniłby on jedynie oznaczoną część spośród innych części tego całego świadczenia, np. wykonawca zobowiązał się w ramach łączącej go z inwestorem umowy o roboty budowlane wykonać fundamenty, wymurować ściany, wykonać instalację sanitarną, a wykonał tylko fundamenty. W takiej sytuacji stosownej redukcji uległby jedynie dług ciążący na takim wykonawcy (dłużniku), a który miałby jeszcze z takiej umowy o roboty budowlane względem tego inwestora (wierzyciela).

Oczywiście należy tu zwrócić uwagę, że ta część świadczenia, której taki wykonawca nie wykonałby, mogłaby być wykonana w sposób właściwy przez innego wykonawcę, który posiada np. odpowiednie doświadczenie w prowadzeniu tego rodzaju prac, maszyny i urządzenia, które są potrzebne do zrealizowania takiego właśnie przedsięwzięcia inwestycyjnego zaplanowanego przez inwestora. Ta część świadczenia byłaby zatem przedmiotem odrębnej umowy o roboty budowlane.

Z powyższego wynika ponadto, że w przypadku uznania, iż świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane ma charakter podzielny, zastosowanie figury prawnej *datio in solutum* może prowadzić do zmniejszenia ryzyka gospodarczego niepowodzenia zrealizowania przedsięwzięcia inwestycyjnego, które zaplanował inwestor. Spełnienie przez wykonawcę świadczenia w miejsce części świadczenia, której nie wykonał poprzedni wykonawca, może pozwolić na kontynuację przedsięwzięcia inwestycyjnego zaplanowanego przez inwestora bez naruszenia optymalnej relacji między nakładami poczynionymi w związku z realizacją inwestycji a efektem gospodarczym, który w wyniku realizacji tej inwestycji chce osiągnąć.

Warto zauważyć, że niedostrzeżenie problemu ryzyka gospodarczego w procesie inwestycyjnym zarówno przez praktykę, jak i teorię nie jest równoznaczne z faktyczną jego eliminacją.

⁴² Stropy płytowe prefabrykowane pozwalają na skrócenie czasu realizacji budowy, jednak ze względu na rozmiar oraz ciężar elementów wymagają stosowania ciężkiego sprzętu do transportu i montażu. Najczęściej stosowanym stropem tego typu jest płyta kanałowa Żerań o rozpiętości 2,4–6,0 m i szerokości elementów 90, 120 i 150 cm.

6. KILKA UWAG NA TEMAT ZAGADNIĘŃ WAŻNYCH DLA TYTUŁOWEJ PROBLEMATYKI

6.1. NOWE ŚWIADCZENIE (TZW. ŚWIADCZENIE SUBSTYTUCYJNE) JAKO JEDEN Z ELEMENTÓW *DATIO IN SOLUTUM*

Datio in solutum jest niewątpliwie czynnością złożoną, na którą składają się dwa elementy: umowa o świadczenie w miejsce wykonania (*pactum de in solutum dando*) oraz spełnienie na rzecz wierzyciela nowego świadczenia (tzw. świadczenia substytucyjnego). W przepisie art. 453 zd. 1 k.c. ustawodawca wyraźnie zastrzeżę, że świadczenie substytucyjne powinno być „innym świadczeniem” (*aliud*) niż pierwotne. Podobnie jak w przypadku nowacji (art. 506 k.c.), tak również w odniesieniu do *datio in solutum* różnica między dawnym i nowym świadczeniem nie została określona normatywnie. Jak może się wydawać, wyrażenie „inne” wskazuje, że świadczenie substytucyjne winno być innego rodzaju lub innej treści niż świadczenie pierwotne. Nie wystarcza tu więc modyfikacja pierwotnego świadczenia. W ramach *datio in solutum* dłużnik może np. w miejsce świadczenia niepieniężnego spełnić świadczenie pieniężne lub odwrotnie, względnie strony mogą dokonać zmiany waluty w ramach świadczenia pieniężnego⁴³. Nie ma ustawowych ograniczeń co do rodzaju świadczenia substytucyjnego. Może ono zatem polegać na *dare* (w szczególności przeniesieniu własności ruchomości bądź nieruchomości), *facere* (w tym na świadczeniu usług), *non facere* lub *pati*. Szczególnym przypadkiem świadczenia w miejsce wykonania, akceptowanym w piśmiennictwie polskim⁴⁴ i obcym⁴⁵, jest przelew wierzytelności w miejsce wykonania (*cessio in solutum*)⁴⁶.

⁴³ Pomimo opinii wyrażonych przez sąd w wyroku SN z 8.02.2002 r. (II CKN 671/00), OSNC 2002/12, poz. 158 oraz w wyroku SN z 18.01.2001 r. (V CKN 1840/00), OSNC 2001/7–8, poz. 114 wskazuje się również, że w przypadku zobowiązań pieniężnych wyrażonych w walucie obcej ich wykonanie przez świadczenie w polskich złotych może nastąpić jedynie przy zastosowaniu instytucji *datio in solutum*. Takie stanowisko zajmuje P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania (datio in solutum)*, „Państwo i Prawo” 2003/12, s. 31.

⁴⁴ Zob. np. K. Gandor (w:) *System prawa cywilnego*, red. Z. Radwański, Warszawa–Wrocław 1981, t. 3, cz. 1, s. 852; K. Zawada, *Umowa przelewu wierzytelności*, Kraków 1990, s. 44–45; T. Wiśniewski (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2001, t. 1, s. 490; J. Korzonek, J. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1934, t. 1, s. 45; R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 302; P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 31.

⁴⁵ W kodeksie cywilnym niemieckim wyraźnie została zastrzeżona możliwość dokonania przelewu wierzytelności w miejsce spełnienia świadczenia (§ 365 k.c.n.). Na ten temat czytaj szerzej D. Olzen, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2000, t. 2, s. 83; H. Heinrichs (w:) *Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2001, s. 450; R. Stürner (w:) *Jauerings Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1994, s. 404. W doktrynie austriackiej na tle przepisu § 1414 k.c.a. za dopuszczalne uznaje się dokonywanie *cessio in solutum*, zob. np. R. Reischauer (w:) *Rummels Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1992, t. 2, s. 999; F. Harrer, (w:) *Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1987, t. 5, s. 377; P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 31.

⁴⁶ P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 30–31.

6.2. KONSENSUALNY CHARAKTER UMOWY *DATIO IN SOLUTUM*

Nie wydaje się zasadny pogląd⁴⁷, że spełnienie świadczenia substytucyjnego powinno zawsze następować jednocześnie z zawarciem umowy o *datio in solutum*. Pogląd ten nie znajduje uzasadnienia ani w treści przepisu art. 453 k.c., ani w naturze prawnej świadczenia w miejsce wykonania. Umowa o *datio in solutum* nie ma bowiem charakteru realnego, a więc nie dochodzi do skutku z chwilą spełnienia przez dłużnika świadczenia substytucyjnego. Spełnienie zastępczego świadczenia może nastąpić również w jakiś czas po zawarciu umowy *datio in solutum*, przy czym dopiero z momentem wykonania tego świadczenia roszczenie wierzyciela wygaśnie.

W polskim systemie prawnym umowy o świadczenie w miejsce wykonania nie należy kwalifikować jako umowy o charakterze realnym⁴⁸. Przemawiają za tym dwa podstawowe argumenty. Po pierwsze, elementu realności można by doszukiwać się jedynie w spełnieniu przez dłużnika świadczenia zastępczego. Element ten jest jednakże jurydycznie oddzielony od umowy o *datio in solutum*. Dojście do skutku wskazanej powyżej umowy nie jest bowiem uwarunkowane jednoczesnym spełnieniem świadczenia. W wyniku zawarcia tej umowy dłużnik uzyskuje jedynie upoważnienie przemienne (*facultas alternativa*), które umożliwia mu wykonanie zobowiązania przez spełnienie świadczenia innego niż pierwotne. Spełnienie świadczenia substytucyjnego nie jest więc przesłanką dojścia do skutku *pactum de in solutum dando*, ale następstwem tego zdarzenia. Z chwilą spełnienia świadczenia zastępczego następuje wykonanie umowy o *datio in solutum*, a zarazem wykonanie istniejącego zobowiązania, co prowadzi do jego wygaśnięcia. Po drugie, czynność prawną uznaje się za realną, jeśli ustawa zastrzega, że przesłanką dojścia jej do skutku jest faktyczne przeniesienie władztwa nad rzeczą bądź innym przedmiotem materialnym. Świadczenie substytucyjne (*aliud*) nie zawsze łączy się z przeniesieniem własności przedmiotu materialnego, może bowiem niekiedy polegać na spełnieniu świadczenia w postaci powstrzymania się od działania (*non facere*) lub znośnieniu (*pati*). Brak wówczas elementu realnego w dogmatycznym rozumieniu⁴⁹.

Przykładem spełnienia świadczenia zastępczego, które może nastąpić w jakiś czas po zawarciu umowy *datio in solutum*, może być sytuacja, w której inwestor, organizując proces budowy, zawiera umowę o roboty budowlane z wykonawcą, który w ramach tej umowy ma wykonać np. fundamenty i instalacje sanitarne, a wykonuje te prace jedynie w części, np. wykonał tylko fundamenty, wówczas w celu zwolnienia się z pozostałej części tego niespełnionego świadczenia, spełniając zastępcze świadczenie, wykonując np. roboty dekararskie, musiałby więc upłynąć pewien czas, aby proces budowy znalazł się na takim etapie, aby właśnie te roboty dekararskie wykonawca mógł wykonać.

⁴⁷ Zob. W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 2002, t. 1, s. 1089.

⁴⁸ Koncepcję, która kwalifikuje umowę o *datio in solutum* jako umowę realną (*Theorie des Realvertrages*) szeroko analizuje M. Harder, *Die Leistung in Erfüllungstätt (datio in solutum)*, Berlin 1976, s. 119–124. Por. także R. Reischauer (w:) *Rummels Kommentar...*, s. 999; P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 31–33.

⁴⁹ Tak P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 33–34. Na temat konsensualnego charakteru umowy *datio in solutum* czytaj także M. Pyziak-Szafnicka (w:) *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, t. 6, s. 1078–1080. Natomiast na temat uznania, że umowa *datio in solutum* ma charakter realny, czytaj K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny...*, s. 859.

6.3. PROJEKT

Określenie treści zobowiązania wykonawcy w umowie o roboty budowlane łączy się nierozdzielnie z pojęciem projektu. Na podstawie art. 647 k.c. wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, w dalszej części przepisu czytamy, że inwestor zobowiązuje się m.in. do dostarczenia projektu.

Zgodnie z art. 648 § 2 k.c. wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy. Treść powołanych przepisów wskazuje na konieczność wyjaśnienia kilku zagadnień związanych projektem. Rzecz jasna, chodzić tu będzie o ustalenie zakresu tego pojęcia, ale bardziej istotne wydaje się przesądzenie, czy wykonywanie obiektu zgodnie z projektem stanowi cechę konieczną świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane, a zatem, że przesądza o jej charakterze.

W przepisach Tytułu XVI Księgi Trzeciej nie zostało bliżej sprecyzowane pojęcie projektu, co więcej – sama ich treść nie ułatwia określenia jego desygnatów. Wykładnia literalna art. 647 k.c. nakazuje zwrócić uwagę na znamienne przeciwstawienie – w samej umowie o roboty budowlane ma być „przewidziany obiekt”, do którego oddania zobowiązuje się wykonawca. Zarazem projektowi powołany przepis przypisuje inne znaczenie, wykonawca ma świadczyć zgodnie m.in. z projektem. *Prima facie* musiałoby to oznaczać, że strony w treści oświadczenia woli określają sam obiekt, jednakże projekt dotyczy kwestii technicznej, przesądzać ma on o sposobie wykonania zobowiązania. Byłoby to rozwiązanie, które nawiązuje do art. 354 § 1 k.c. w zakresie, którego zasadniczym elementem decydującym o zachowaniu dłużnika jest treść zobowiązania, jednak pozostałe wskazane elementy stanowią o technicznej stronie tego zachowania, a więc o sposobie, w jaki dłużnik ma spełnić świadczenie. Przy czym zauważyć należy, że różnica między wskazanymi oboma przepisami byłaby nader istotna, jeżeli w każdym z przypadków treść zobowiązania miałaby decydować o samym długu, to jednak ograniczenie projektu z art. 647 k.c. do nośnika informacji o technicznej stronie zachowania się wykonawcy byłoby trudne do wyjaśnienia. Związane byłoby z koniecznością ustalenia, że to właśnie inwestorowi w ramach już istniejącego stosunku służy kompetencja do decydowania o tym, jak ma się zachować wykonawca. Rozwiązanie takie byłoby inne niż zastosowane w art. 354 k.c., w którym odwołano się do kryteriów zewnętrznych w stosunku do samych stron. Z kilku powodów tak ograniczona funkcja projektu trudna jest jednak do zaakceptowania. Zapewne problem sprawiałoby wyjaśnienie, dlaczego w ręce inwestora, strony, która z natury rzeczy dysponuje mniejszą wiedzą fachową, dano uprawnienie do decydowania o sposobie wykonania obiektu⁵⁰.

Następna wątpliwość wiązałaby się z odczytaniem konstrukcji dostarczenia przez inwestora projektu. Czy w takiej sytuacji jest to czynność o charakterze kształtującym, co byłoby rozwiązaniem dość zaskakującym. Wreszcie takie ujęcie zagadnienia byłoby źródłem niezliczonych wątpliwości, związanych z ustaleniem, czy w konkretnych okolicznościach chodzi o treść obowiązku dłużnika, czy jedynie o sposób jego wykonania. Brak możliwości jednoznacznego rozstrzygnięcia tego zagadnienia bez dodatkowych

⁵⁰ K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 35–36.

kryteriów uściślających mógłby wprowadzać w stosunki umowne zbyt wielką niepewność. Wydaje się, że już te zastrzeżenia przemawiają za tym, że jednak takie rozumienie projektu, ograniczenie jego znaczenia jedynie do instrumentu kształtującego sposób działania wykonawcy, na tle art. 647 k.c., nie jest właściwe. Jeśli się uwzględni potoczne znaczenie tego określenia, chodzić tu raczej będzie o nośnik informacji dwojakiego rodzaju:

- identyfikujące sam obiekt mający powstać w wyniku wykonania umowy przez wykonawcę,
- wskazujące na technologię procesu wznoszenia obiektu.

Odnosnie do pierwszego punktu chodzić będzie o umiejscowienie obiektu, wskazanie jego rozmiarów, kształtów, kolorystyki, jak też mające często duże znaczenie określenie materiałów, jakich należy użyć w procesie budowlanym. W nawiązaniu do technologii wykonania robót budowlanych projekt może zawierać wiele informacji, w tym takich jak np. dotyczące wyboru jednej z kilku metod prowadzenia robót, czy też bardziej szczegółowe, które odnoszą się do sposobu np. izolowania fundamentów itp. Przy czym tych ostatnich regulacji nie należy bagatelizować przy ocenie, czy wykonawca należyście wykonał zobowiązania. Samo powstanie obiektu określonego w umowie o roboty budowlane nie musi być jedynym wyznacznikiem świadczenia, jego cechy, które związane są z technologią zastosowaną przy świadczeniu, przesądzą o istnieniu cech oraz właściwości identyfikujących należyte wykonanie zobowiązania. Rozumienie projektu w ten właśnie sposób nawiązuje do dawno sformułowanego poglądu, zgodnie z którym Kodeks używa bardzo ogólnego pojęcia projektu, który nie oznacza jedynie projektu technicznego budowlany⁵¹. Należy założyć, że chodzi tu o taki rodzaj projektu, który pozwala wykonawcy na spełnienie świadczenia polegającego na wykonaniu obiektu. Oznaczenie przedmiotu świadczenia wykonawcy może nastąpić przy wykorzystaniu dokumentacji projektowej, zawierającej opisy, rysunki, mapy, a także modele, przy czym zakres tak rozumianego projektu nie musi pokrywać się z projektem budowlanym, który stanowi podstawę do uzyskania pozwolenia na budowę⁵².

W projekcie można dopatrywać się pewnej koncepcji projektowej, będącej sumą rozwiązań architektoniczno-budowlanych, organizacyjnych oraz technicznych przedsięwzięcia budowlanego, które zostały utrwalone w dokumentacji projektowej (*corpus mechanicum*), mającej postać planów, opisów, rysunków jak też modeli⁵³.

Jednocześnie trzeba tutaj zauważyć, że art. 647 k.c. nadmienia o projekcie, art. 649 k.c. o projekcie stanowiącym część składową umowy, a następnie art. 648 § 2 k.c. o wymaganej przez właściwe przepisy dokumentacji, a art. 647¹ § 2 k.c. o dokumentacji, która dotyczy wykonania robót określonych w umowie podwykonawczej. Biorąc pod uwagę

⁵¹ J. Okolski, *Stosunki umowne...*, s. 86; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 36–37.

⁵² J. Strzępka, E. Zielińska, *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda*, cz. 2, „Monitor Prawniczy” 2007/11, s. 541; zob. J. Strzępka (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, red. S. Włodyka, Warszawa 2011, s. 1080; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 37.

⁵³ E. Strzępka-Frania, *Umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2010, s. 102; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 37.

zasady prawidłowej legislacji, należałoby uznawać, że to projekt z art. 647 k.c. decyduje o zakresie robót, które powinien wykonać wykonawca, wskazuje przedmiot jego świadczenia. Taki wniosek nie powinien dziwić, gdyż przepis art. 649 k.c. ma charakter interpretacyjny, wprowadza domniemanie (*presumptio iuris tantum*) co do zakresu obowiązku wykonania przez wykonawcę czynności koniecznych do osiągnięcia umówionego przez strony rezultatu. Tym rezultatem, jak wiemy, jest przewidziany w umowie obiekt. Jednakże wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja, o której mowa w art. 648 § 2 k.c., zaznaczmy, jeżeli rzeczywiście jest wymagana⁵⁴, nie stanowi projektu w podanym powyżej znaczeniu. Ze względu na rygor prawa administracyjnego może ona być niezbędna do prowadzenia określonych działań (np. dokumentacja dendrologiczna, geologiczna), niewątpliwie jednak w żadnym razie nie jest i nie może być ona wyznacznikiem treści zobowiązania. Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja nie przesądza o zakresie praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane. Należy zwrócić uwagę na fakt, że nawet w przypadku, jeżeliby prowadzenie robót budowlanych było zależne od uzyskania pozwolenia na budowę, co do zasady wiąże się z koniecznością opracowania projektu budowlanego, nie musi on być projektem z punktu widzenia art. 647 k.c. Inwestor na użytek umowy o roboty budowlane może zarówno sporządzić projekt bardziej szczegółowy w odniesieniu do wymagań prawa budowlanego, obejmujący wszelkie najdrobniejsze nawet detale architektoniczne, które w procesie uzyskiwania pozwolenia na budowę nie są potrzebne, a wręcz zbędne, jak również może przedstawić ogólną wizję obiektu, pozwalającą go zidentyfikować, ale w której dalsze szczegółowe rozwiązania określi np. sam wykonawca⁵⁵. Przy czym charakterystyczne jest to, że nurt wykładni utożsamiający pojęcie projektu z projektem budowlanym⁵⁶ w istocie rzeczy przyjmuje za oczywistość, iż ten ostatni może stanowić podstawę do działań wykonawcy polegających na wykonaniu obiektu. O tym, że tak nie jest, przekonują wymagania administracyjnoprawne, które są stawiane przed projektem budowlanym. Określa je art. 34 Prawa budowlanego, wymagając, aby zakres oraz treść

⁵⁴ Często zdarzać się będzie, że wykonanie określonego obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy nie będzie związane ze sporządzeniem dokumentacji, która wymagana jest przez właściwe przepisy, czyli w szczególności prawa budowlanego; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 37.

⁵⁵ Zgodnie z tym, co proponują I. Weiss i R. Jurga, *Inwestycje budowlane*, Warszawa 2005, s. 239–240, „intensywność” obowiązku dostarczenia projektu budowlanego (tak autorzy identyfikują projekt z art. 647 k.c.) zależy od regulacji administracyjnych. Tam, gdzie przepisy prawa budowlanego wymagają pozwolenia na budowę, inwestor ma obowiązek dostarczyć projekt budowlany, przy prowadzeniu robót na podstawie samego zgłoszenia właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej zamiast wspomnianego projektu potrzebne będą co najwyżej odpowiednie szkice i rysunki, a w innych przypadkach, gdy nie są potrzebne pozwolenie na budowę ani zgłoszenie, „obowiązek inwestora polegający na przekazaniu wykonawcy projektu, nawet w formie szczytkowej może w ogóle nie mieć miejsca”. Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w wyroku z 2.12.2010 r. (I ACa 362/2010), Legalis, stwierdza, że „obowiązek dostarczenia projektu przez inwestora nie jest istotnym składnikiem umowy o roboty budowlane, gdyż możliwe jest sporządzenie przez samego wykonawcę według wytycznych inwestora”; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 37–38.

⁵⁶ Tak np. T. Sokołowski (w:) *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. A. Kidyba, Warszawa 2011, t. 4, teza 7 do art. 647; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 38.

projektu były dostosowane do specyfiki i charakteru obiektu, jak również stopnia skomplikowania robót budowlanych. Stanowiący część składową projektu budowlanego projekt architektoniczno-budowlany określa m.in. funkcję, formę oraz konstrukcję obiektu budowlanego, nie musi być na tyle szczegółowy, aby na podstawie jego rozstrzygnięć możliwe było spełnienie przez wykonawcę świadczenia. Z tego bierze się konieczność sporządzenia m.in. tzw. projektów wykonawczych, a więc takich, które uwzględniając obowiązujące przepisy, a także zasady wiedzy technicznej, pozwolą wykonawcy wykonać umówiony obiekt. Nie bez powodu art. 3 pkt 13 Prawa budowlanego, definiując na użytek tej ustawy dokumentację budowy, odróżnia projekt budowlany od rysunków oraz opisów służących realizacji obiektu. Mówiąc inaczej, w skład pojęcia projektu budowlanego nie wchodzi m.in. wspomniane rysunki i opisy. Pozwala to zauważyć w projekcie budowlanym obraz zamierzonej inwestycji, szczegółowy – jeżeli chodzi o spełnienie wymagań obowiązujących przy kształtowaniu ładu przestrzennego, ale już ogólny – w przypadku funkcji, formy i konstrukcji obiektu budowlanego. Jest to związane z funkcją prawa administracyjnego. Prawo budowlane, które stanowi jego część, ma w głównej mierze zagwarantować, że przy wznoszeniu obiektów zachowane zostaną pewne fundamentalne dla ogółu zasady. Natomiast całkowicie inną rolę pełni regulacja dotycząca umów. W tym wypadku na pierwszym planie jest interes stron, to dla jego realizacji podejmują decyzję o zawarciu umowy o roboty budowlane. W związku z tym nie jest słuszny pogląd, w myśl którego częścią składową umowy o roboty budowlane jest dokumentacja projektowa przewidziana przez Prawo budowlane, obejmująca projekt zagospodarowania działki lub terenu sporządzone na aktualnej mapie, projekt architektoniczno-budowlany, oświadczenia właściwych jednostek organizacyjnych o zapewnieniu dostaw energii, wody, ciepła, gazu, odbioru ścieków oraz warunkach przyłączenia obiektu do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych oraz dróg lądowych, i to ona pozwoli ustalić nie tylko sam przedmiot umowy, ale również poszczególne przedmioty odbioru, w sytuacji gdy ma dojść do częściowych odbiorów. Nawet wówczas, gdy ze względu na rodzaj obiektu, który jest przedmiotem świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane, Prawo budowlane jako warunek prowadzenia robót postawi konieczność sporządzenia projektu budowlanego⁵⁷, w dalszej kolejności np. uzyskania w stosownym postępowaniu administracyjnym przed starostą decyzji o pozwoleniu na budowę, to okoliczność ta nie przesądza o uznaniu wspomnianego opracowania za projekt w rozumieniu art. 647 k.c. Ponadto zaznacza się przy tym, że powołane przepisy w związku z art. 648 § 2 k.c. nie wskazują, jaki rodzaj dokumentacji projektowej oraz w jakim zakresie inwestor winien dostarczyć wykonawcy, decydujące znaczenie należy przyznać postanowieniom umownym⁵⁸.

⁵⁷ Szerzej na temat pojęcia projektu budowlanego oraz projektów wykonawczych zob. J. Strzępka, *Umowa o prace projektowe w budownictwie*, „Monitor Prawniczy” 2009/23, s. 1258–1264; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 38–39.

⁵⁸ J. Strzępka (w:) *System prawa handlowego...*, s. 1080. Inaczej E. Zielińska, *Obowiązki stron umowy o roboty budowlane związane z przygotowaniem do wykonania robót budowlanych* (w:) *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, s. 1378, która przyjmuje, że obowiązek inwestora dostarczenia wymaganej przez właściwe przepisy

Subiektywny sposób postrzegania obiektu, w sposób niezależny od regulacji publicznoprawnych, nakazuje podobnie konsekwentnie postępować przy ocenie projektu. Świadczy to o tym, że wskazówki dla wykonawcy, jakiego typu obiekt ma być przedmiotem jego świadczenia, mogą być zawarte w dowolnym opracowaniu, spełniającym jeden podstawowy warunek. W oparciu o te wskazówki powinno dać się sprecyzować oczekiwania inwestora – muszą one wystarczyć do określenia obiektu. Sytuacja ta nie różni się niczym od innych stosunków zobowiązaniowych, warunkiem istnienia każdego z nich jest możliwość ustalenia (skonkretyzowania) świadczenia. Dodatkowo takie podejście jest w pełni uzasadnione tym, że projekt budowlany w ujęciu przepisów publicznoprawnych może być sporządzony wyłącznie przez osoby, które posiadają stosowne uprawnienia, co przy konieczności posiłkowania się tymi osobami przy opracowaniu koncepcji obiektu mogłoby nazbyt kępować inwestora. Jak może się wydawać, przepis art. 647 k.c. nie zawiera w tym stanie rzeczy ograniczeń podmiotowych, nie wyklucza sytuacji, w której to inwestor w sposób wystarczający wskaże (opisze) oczekiwany przez siebie obiekt, kwestię dostosowania natomiast go do wymagań Prawa budowlanego pozostawi się innym osobom, które mają stosowne umiejętności, w tym niewykluczone jest, że również wykonawcy. Samo zatem sporządzenie projektu budowlanego, a także dalszych projektów wykonawczych, pozostawiono by podmiotom mającym wymagane uprawnienia do projektowania. Projekt więc w rozumieniu art. 647 k.c. jest zbiorem informacji, które mogą być bardzo szczegółowe, odnoszące się do najdrobniejszych nawet detali, jak również sformułowane w sposób ogólny, przy czym w każdym razie pozwala zidentyfikować mający powstać obiekt. Może ponadto wskazywać technologię obowiązującą przy jego powstawaniu. Z art. 647 k.c. wynika, że ma być on dostarczony, co sugeruje konieczność „ucieleśnienia” projektu, ma on mieć określoną *corpus mechanicum*. Nie byłoby więc wystarczające przekazanie informacji, które składają się na projekt w taki sposób, by nie dało się ich w przyszłości odtworzyć. Przy czym, na co już powyżej zwrócono uwagę, sama forma projektu nie została prawnie zdefiniowana, może ona wystąpić w postaci opisu, rysunków, map, a nawet modeli, chyba również w formie nagrania zawierającego jego omówienie. Projektem jest więc zbiór informacji, za pomocą których inwestor określa swoje oczekiwania względem zamawianego obiektu, służy zatem do oznaczenia przedmiotu świadczenia wykonawcy⁵⁹.

6.4. RYZYKO GOSPODARCZE W PROCESIE INWESTYCYJNYM

Ryzyko pojawia się zawsze wówczas, gdy istnieje możliwość wystąpienia więcej niż jednego stanu rzeczywistości (np. gospodarczej). Tak rozumiane ryzyko jest nieodłącznym elementem każdego procesu gospodarczego. W realnie istniejącym świecie podmioty, które podejmują decyzje gospodarcze, nigdy nie działają w warunkach całkowitej pewności, co musi znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w procesach decyzyjnych. Ci, którzy podejmują decyzje gospodarcze, powinni uświadamiać sobie możliwość nie-

dokumentacji trzeba oceniać przez pryzmat norm prawa budowlanego, przy czym jednak nie regulują one jednoznacznie zakresu tego obowiązku; K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 39.

⁵⁹ K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora...*, s. 40.

zgodnego z przewidywaniami przebiegu procesów gospodarczych w przyszłości, jak również brać pod uwagę taką możliwość w rachunku stanowiącym podstawę dokonywanych wyborów⁶⁰.

Ryzyko gospodarcze jest kategorią ekonomiczną. W piśmiennictwie ekonomicznym zazwyczaj przyjmuje się, że ryzyko to stanowi możliwość wystąpienia ujemnych zjawisk, które polegają na nieosiągnięciu zamierzonych efektów działalności gospodarczej, jak również ponoszeniu niezamierzonych strat majątkowych w związku z tą działalnością.

Na obecnym etapie rozwoju, przy realizacji skomplikowanych przedsięwzięć gospodarczych i przy zastosowaniu skomplikowanych metod i środków, trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której podmiot, który podejmuje działalność gospodarczą, miałby całkowitą pewność co do tego, że osiągnie zamierzony efekt, a jednocześnie uniknie wszelkich ubocznych strat. Dotyczy to także działalności inwestycyjnej, w ramach której ma on szerszy zasięg niż w innych dziedzinach. Składa się na to kilka przyczyn. Przede wszystkim trzeba zaznaczyć, że działalność inwestycyjna ma zawsze indywidualny charakter. Nawet bowiem w przypadku, gdy składające się na inwestycje obiekty należą do kategorii typowych (np. budynki mieszkalne), to zawsze realizowane są w odmiennych, indywidualnych warunkach. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że w procesie inwestycyjnym uczestniczy wiele podmiotów, co może powodować różnego rodzaju trudności organizacyjne, przede wszystkim związane z koordynacją ich działań. W końcu nie ma chyba dziedziny, która bardziej niż dziedzina inwestycji budowlanych poddana byłaby oddziaływaniu czynników zewnętrznych.

Z powyższym ściśle wiąże się problem źródeł ryzyka związanego z budownictwem inwestycyjnym. Źródeł tych jest wiele i mają one bardzo zróżnicowany charakter. W grę wchodzi bowiem różne postaci ryzyka osobowego, materiałowego, zaopatrzeniowego, lokalizacyjnego itp.

Skalę problemu może obrazować fakt, że – jak podaje B. Nietyksza na podstawie przeprowadzonych badań – istnieje kilkanaście źródeł ryzyka w produkcji budowlanej o znaczeniu podstawowym oraz szereg źródeł tego ryzyka „ubocznych”⁶¹.

W oparciu o powyższe uwagi nie wymaga dowodzenia znaczny stopień oraz rozległy zakres, jaki w dziedzinie inwestycji budowlanych ma ryzyko gospodarcze. Tym bardziej istotny staje się problem repartycji tego ryzyka. Właściwe rozwiązanie tego zagadnienia jest nie tylko kwestią ekonomiczną, ale również prawną. Rozwiązania prawne mogą bowiem stanowić w tym zakresie ważny czynnik, stymulujący tego rodzaju działania, które będą zmierzały do eliminacji różnych źródeł ryzyka.

Ryzyko gospodarcze, które jest związane z inwestowaniem, ponosi inwestor. Uzasadnienie takiego stanu rzeczy jest oczywiste.

Ujemne konsekwencje inwestowania, które urzeczywistniają ryzyko związane z tym rodzajem działalności, mogą polegać na:

- wydłużeniu czasu trwania realizacji inwestycji, a więc na tym, że czas realizacji

⁶⁰ J. Czekaj, *Rynek Kapitałowy a ryzyko gospodarcze*, Warszawa 1991, s. 3.

⁶¹ B. Nietyksza, *Zasady kompensowania szkód z tytułu ryzyka*, Warszawa 1971, s. 63–69; Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 99.

- będzie dłuższy od optymalnego w danych warunkach, wskutek czego nastąpi nieuzasadnione wydłużenie okresu zamrożenia zaangażowanych nakładów,
- konieczności dokonywania wydatków nieplanowanych i zbędnych z punktu widzenia założonego celu,
 - nieosiągnięciu założonych zdolności użytkowych, wskutek czego ulega wydłużeniu okresu samospłaty i amortyzacji inwestycji.

W istocie zatem ujemne konsekwencje inwestowania zawsze sprowadzają się do naruszenia optymalnej relacji między nakładami poczynionymi w związku z realizacją inwestycji a osiągniętym w jej wyniku efektem gospodarczym. Jeżeli zatem inwestor jest tym podmiotem, który kieruje środki na cele inwestycyjne oraz jest ich dysponentem, a jednocześnie jest też z reguły użytkownikiem zrealizowanej inwestycji, to ujemne konsekwencje inwestowania siłą rzeczy muszą obciążać właśnie jego⁶².

Okoliczność, że ryzyko gospodarcze, które jest związane z inwestowaniem, ponieważ w naturalny sposób obciąża inwestora, nie przesądza jednak o tym, czy słuszne byłoby, aby prawo bez reszty taki stan utrzymywało. Ewentualnego uzasadnienia dla obciążenia inwestora wszelkimi ujemnymi następstwami działalności inwestycyjnej można by dopatrywać się na płaszczyźnie korelacji zachodzącej między odnoszonymi przez niego korzyściami a ryzykiem. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że bezpośrednie korzyści, które wynikają z faktu zrealizowania inwestycji, odnosi inwestor. Nowo powstałe obiekty wchodzić przecież w skład jego majątku i pomnażają jego zdolności produkcyjne lub usługowe bądź w inny sposób zaspokajają jego potrzeby. Fakt, że inwestor czerpie bezpośrednio korzyści z działalności inwestycyjnej, mógłby więc uzasadniać obciążenie go stratami będącymi następstwem tej działalności. Nie da się tutaj nie dostrzec analogii do tzw. teorii ryzyka, wysuwanej w nauce prawa dla uzasadnienia niezależnej od winy, a więc zaostrzonej odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów prawa cywilnego. Istotą powyższej teorii, która została rozwinięta i rozpowszechniona w szczególności przez doktrynę niemiecką, odzwierciedlają paremie *eius damnum, cuius commodum* czy *eigenes Interesse, eigene Gefahr*. Jest jednak wątpliwe, czy rozwiązanie problemu ryzyka w działalności inwestycyjnej w oparciu o tę teorię czyniłoby zadość postulatowi sprawiedliwości. Nie sposób bowiem odrywać ryzyka określonej działalności od realnego wpływu na tę działalność. Innymi słowy, ryzyko gospodarcze powinno być zlokalizowane tam, gdzie rzeczywiście tkwią jego źródła⁶³. Model organizacyjny procesu inwestycyjnego sprawia tymczasem, że źródła te nie zawsze znajdują się w zakresie realnego oddziaływania inwestora. Mogą jednak znajdować się, i w praktyce z zasady znajdują się, w obszarze działania innych niż inwestor jednostek uczestniczących w procesie inwestycyjnym. Zatem jest w pełni uzasadnione, aby dzieliły one z inwestorem ryzyko gospodarcze działalności inwestycyjnej. Prawo daje taką możliwość.

⁶² Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 99–101.

⁶³ Tak też R. Chalimoniuk, *Ryzyko uspołecznionego wykonawcy budowlanego*, Wrocław 1979, s. 15; B. Nietyk-sza, *Niegospodarność w procesie inwestycyjnym*, Warszawa 1971, s. 117–118; Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 101.

Przeniesienie części ryzyka gospodarczego związanego z inwestowaniem z osoby inwestora na jego kontrahentów jest konsekwencją rozwiązań normatywnych dotyczących umów z zakresu wykonawstwa inwestycyjnego⁶⁴.

Przepisy prawne, które dotyczą tych umów – statuuje kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą, rękojmię za wady, odpowiedzialność za szkody na terenie budowy, jak również rozkład niebezpieczeństwa przypadkowego zniszczenia bądź uszkodzenia nowo wybudowanych obiektów lub obiektów będących w budowie – samoczynnie uruchamiają mechanizm repartycji szkód z tytułu ryzyka związanego z inwestowaniem. Ujemne następstwa realizacji inwestycji w zakresie określonym tymi przepisami nie obciążają jednak inwestora, ale jego kontrahentów. Tak więc za właściwy należy uznać pogląd, że jeżeli podstawą uczestnictwa w procesie inwestycyjnym innych niż inwestor jednostek są łączące je z inwestorem umowy, to jednostki te przejmują na siebie ryzyko inwestowania w zakresie ograniczonym do ujemnych następstw działania w ramach zawartych umów. Jędrzej Słoniński⁶⁵ mówi tu o ryzyku prawnym wykonawcy, natomiast Roman Chalimoniuk⁶⁶ – o ryzyku normatywnym, określając tym terminem przewidzianą w normach prawnych hipotetyczną konieczność poniesienia stosownego zakresu negatywnych skutków, które wynikają z realizacji umowy zawartej z podmiotem ponoszącym ryzyko gospodarcze, a więc inwestorem. Tak pojmowane ryzyko normatywne ponosi każdy uczestnik procesu inwestycyjnego, działający w tym procesie w imieniu własnym i na własny rachunek. Ryzyko to ponoszą więc jednostki projektowania i dostawcy wyposażenia, a w szczególności zaś wykonawcy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zakres ryzyka ponoszonego przez wykonawców jest wprost proporcjonalny do zakresu obowiązków umownych: im szersze są ramy zobowiązania wykonawcy, tym szerszy jest zakres ponoszonego przez niego ryzyka⁶⁷.

7. WNIOSKI

Reasumując, w nawiązaniu do tego co zostało napisane powyżej, za słuszne należy uznać, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym. Wykładnia przeciwna prowadziłaby do uznania, że przedmiotem umowy budowlanej – wbrew jej kodeksowej nazwie („umowa o roboty budowlane”) – nie jest wykonanie pewnych „robót budowlanych”, ale całości zamierzenia inwestycyjnego, co radykalnie zmniejszyłoby praktyczną użyteczność tego typu umowy⁶⁸.

Przyjęcie, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane ma charakter podzielnym, pozwala więc na zastosowanie figury prawnej *datio in solutum* do wygaszenia zobowiązania (umowy) o roboty budowlane jedynie w oznaczonej części.

⁶⁴ Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 101–102.

⁶⁵ J. Słoniński, *Generalne wykonawstwo i problemy kooperacji w budownictwie*, Warszawa 1974, s. 132–133.

⁶⁶ R. Chalimoniuk, *Ryzyko...*, s. 16.

⁶⁷ Z. Gordon, *Umowa budowlana...*, s. 102–103.

⁶⁸ Wyrok TK z 15.12.2009 r. (P 105/08), OTK-A 2009/1, poz. 168.

ABSTRACT

Bartosz Skorek

The author is a PhD student at the Civil Law Department of the Jagiellonian University in Krakow.

The legal notion of *datio in solutum* as a method of extinguishing an obligation (a contract) to carry out construction works within a determined scope only

*This article discusses the problem of using *datio in solutum* legal notion to terminate an obligation (a contract) to carry out construction works within a determined scope. The above has an important link to the issue of divisibility and indivisibility of the performance that the contractor who is a party to a construction contract is obliged to make. Determining whether such a performance is divisible or not makes it possible to answer the question of whether it is possible to use *datio in solutum*, the legal notion under Art. 453 of the Civil Code, to terminate a given obligation (a contract) for construction works within a determined scope.*

Keywords: *datio in solutum, construction contract, performance divisibility, terminating an obligation within a determined scope*

Bartosz Skorek

ORCID: 0000-0003-4879-6899; e-mail: bartoszkorek@onet.eu

Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Brzozowski Adam, Czachórski Witold, Safjan Marek, Skowrońska-Bo-
cian Elżbieta, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2004**

**Buczkowski Stefan, Umowa o roboty budowlano-montażowe. Wybrane zagad-
nienia prawne, „Studia Prawnicze” 1964/3, s. 3**

**Chalimoniuk Roman, Ryzyko uspołecznionego wykonawcy budowlanego, Wro-
cław 1979**

Czekaj Jan, Rynek kapitałowy a ryzyko gospodarcze, Warszawa 1991

**Drapała Przemysław, Świadczenie w miejsce wykonania (*datio in solutum*),
„Państwo i Prawo” 2003/12, s. 28**

Gordon Zdzisław, Umowa budowlana w obrocie uspołecznionym, Toruń 1991

**Guzek Tomasz, Odstąpienie od umowy o roboty budowlane, tekst dostępny
na stronie [http://grzybkowski-guzek.pl/przyklady/odstapienie-od-u-
mowy-o-roboty-budowlane](http://grzybkowski-guzek.pl/przyklady/odstapienie-od-u-
mowy-o-roboty-budowlane) (dostęp: 23.09.2020 r.)**

- Harder, Manfred von**, *Die Leistung in Erfüllungstatt (datio in solutum)*, Berlin 1976
- Jauerling, Othmar von**, *Jauerings Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1994
- Karasek-Wojciechowicz Iwona**, *Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią*, Warszawa 2014
- Klein Alfred**, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964
- Kodeks cywilny, Komentarz*, red. G. Bieniek, P. Machnikowski, Warszawa 2013
- Kodeks cywilny, Komentarz*, red. A. Kidyba, Warszawa 2011, t. 4
- Kodeks cywilny, Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, t. 1
- Kodeks cywilny, Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2004, t. 2
- Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. G. Bieniek, Warszawa 2003
- Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2007, t. 2
- Korzonek Jan, Rosenblüth Ignacy**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1934, t. 1
- Longchamps de Bérier Roman**, *Zobowiązania*, Poznań 1948
- Naworski Jerzy Paweł**, *Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998/8, s. 11
- Nietyksza Bronisław**, *Niegospodarność w procesie inwestycyjnym*, Warszawa 1971
- Nietyksza Bronisław**, *Zasady kompensowania szkód z tytułu ryzyka*, Warszawa 1971
- Okolski Józef**, *Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym (umowa o roboty budowlane)*, Warszawa 1976
- Palandt Otto**, *Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2001
- Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010
- Radwański Zbigniew, Olejniczak Adam**, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010
- Resich Zbigniew**, *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 1972
- Rummel Peter von**, *Rummels Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2, Wien 1992

- Schwimann Michael von**, *Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, Wien 1987
- Słoniński Jędrzej**, *Generalne wykonawstwo i problemy kooperacji w budownictwie*, Warszawa 1974
- Staudinger Julius von**, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2000, t. 2
- Strzępka Janusz Andrzej**, *Umowa o prace projektowe w budownictwie*, „Monitor Prawniczy” 2009/23, s. 1255
- Strzępka Janusz Andrzej, Zielińska Ewa**, *Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy*, „Monitor Prawniczy” 2003/21, s. 975
- Strzępka Janusz Andrzej, Zielińska Ewa**, *Umowa o roboty budowlane w systematyce Kodeksu cywilnego – de lege lata i de lege ferenda*, „Monitor Prawniczy” 2007/10, s. 535
- Strzępka-Frania Ewa, Białończyk Wojciech**, *Przedmiot świadczenia wykonawcy (generalnego wykonawcy) w umowie o roboty budowlane*, „Monitor Prawniczy” 2006/15, s. 803
- Strzępka-Frania Ewa**, *Umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2010
- System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, t. 3, cz. 1
- System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań. Część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, t. 3, cz. 2
- System prawa handlowego*, red. S. Włodyka, Warszawa 2011, t. 5
- System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, t. 7
- System prawa prywatnego*, red. A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań, Część ogólna*, Warszawa 2009, t. 6
- Weiss Ireneusz, Jurga Robert**, *Inwestycje budowlane*, Warszawa 2005
- Winiarz Jan**, *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, t. 2
- Zagrobелny Krzysztof**, *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013
- Zawada Kazimierz**, *Umowa przelewu wierzytelności*, Kraków 1990
- Zielińska Ewa**, *Cywilnoprawna problematyka wykonawstwa robót budowlanych*, Katowice 2003
- Żuławska Czesława**, *Problematyka umów o podwykonawstwo robót budowlano-montażowych*, „Studia Prawnicze” 1965/8, s. 45

Pojęcia kluczowe: *prawa autorskie, informacja publiczna, ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego*

Artykuły

Anna Tetkowska

PRZYJĘCIE PRZEZ USTAWODAWCĘ ODMIENNYCH REGULACJI W ZAKRESIE PRAWA DO DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ ORAZ PRAWA DO PONOWNEGO WYKORZYSTANIA INFORMACJI SEKTORA PUBLICZNEGO DO MATERIAŁÓW OBJĘTYCH OCHRONĄ PRAWA AUTORSKIEGO

Prawa autorskie nie stanowią podstawy do ograniczenia dostępu do informacji publicznej. Natomiast prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego zostało częściowo ograniczone ze względu na prawa autorskie. Zastosowanie w przedmiotowym zakresie różnych rozwiązań nie jest przypadkowe i wynika z odmiennych podstaw aksjologicznych prawa do dostępu do informacji publicznej oraz prawa do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego.

Zagadnienia dotyczące praw autorskich w kontekście informacji publicznej mają istotne znaczenie dla nauki prawa, jak również praktyki stosowania obowiązujących regulacji. Kwestia praw autorskich pojawia się w zakresie rozważania problemu dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego. Ustawodawca w zakresie regulacji przedmiotowych zagadnień przyjął różne rozwiązania, w przypadku prawa do dostępu do informacji publicznej prawa autorskie nie stanowią podstawy do ograniczenia dostępu do informacji publicznej, pomimo że materiały, które stanowią informację publiczną, są objęte ochroną prawnoautorską. Natomiast prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego zostało częściowo ograniczone ze względu na prawa autorskie, które przysługują do materiałów stanowiących informację sektora publicznego.

Pytania, jakie należałoby w tym miejscu postawić, są następujące: czy zastosowanie w przedmiotowym zakresie różnych rozwiązań jest przypadkowe, a jeżeli nie, to co jest podstawą zastosowania odmiennej regulacji oraz czy jest możliwe zapewnienie pełnego dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego bez uszczerbku dla praw autorskich do materiałów, które stanowią informację publiczną albo informację sektora publicznego. Odpowiedź na pierwsze z zadanych pytań jest negatywna, zastosowanie w przedmiotowym zakresie różnych rozwiązań nie jest przypadkowe i wynika z odmiennych podstaw aksjologicznych prawa do dostępu do informacji publicznej oraz prawa do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego. Odnosząc się do ostatniego pytania, należałoby również udzielić odpowiedzi negatywnej, ponieważ trudno sobie wyobrazić taką sytuację, kiedy z jednej strony zostałyby zapewnione pełny, niczym nieograniczony dostęp do informacji publicznej oraz prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego a z drugiej udało się zapewnić nienaruszalność praw autorskich. Jeżeli założyć przyjęcie koncepcji objęcia większą ochroną dóbr polegających na prawie do dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, aniżeli wynikających z ochrony, którą zapewnia prawo autorskie, to takie rozwiązanie nieuchronnie prowadziło do pokrzywdzenia podmiotów, którym przysługują prawa autorskie do danych materiałów. Natomiast przyjęcie koncepcji odwrotnej musi skutkować ograniczeniem dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego ze względu na ochronę prawnoautorską.

Jednoznaczne rozstrzygnięcie zaistniałego problemu z zasady jest niemożliwe, ponieważ mamy do czynienia z dobrami prawnie chronionymi, które ze względu na swój charakter powinny zasługiwać na zbliżony stopień ochrony, gwarantowany im przez obowiązujące przepisy, tak prawa krajowego, jak i międzynarodowego.

W myśl art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹ Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. „Konstytucja RP w komentowanym przepisie wyraża trzy odrębne zasady konstytucyjne: państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwości społecznej. Zasady te są ze sobą ściśle powiązane funkcjonalnie oraz treściowo. Powiązanie to polega przede wszystkim na tym, że zasady te treściowo nie mają w pełni rozłącznego charakteru. W ujęciu art. 2 Konstytucji RP warunkiem koniecznym funkcjonowania państwa prawnego jest jego demokratyczny charakter oraz realizacja zasad sprawiedliwości społecznej. Zasada państwa prawnego mieści w sobie ponadto wiele zasad szczegółowych, które mają wpływ na rozumienie zasady państwa demokratycznego i sprawiedliwości społecznej”².

Przepis art. 2 Konstytucji wprowadza do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej zasadę demokratycznego państwa prawnego, która stanowi fundament jego działalności na płaszczyźnie organy państwa a obywatel. „W demokratycznym państwie

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja.

² *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, Legalis/el., komentarz do art. 2.

prawnym byt organu państwowego opiera się na prawie, które określa zarazem kompetencje tego organu i wyznacza granice jego działalności³. Zasada demokratycznego państwa prawnego wyznacza podstawy prawidłowego funkcjonowania państwa, poprzez wyrażenie w niej woli, „aby państwem zarządzano zgodnie z prawem, by prawo stało ponad państwem, było wytyczną działania dla niego i dla społeczeństwa. Z zasady tej wynika najwyższa ranga Konstytucji w systemie źródeł prawa i rola ustawy uchwalanej przez parlament, jej priorytet w tworzeniu porządku prawnego w państwie”⁴.

Z zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji, wywodzi się, że „Konstytucja stwierdza, że ma to być demokratyczne państwo prawne, a więc ma ono zabezpieczać wpływ obywateli na władzę publiczną i ich udział w podejmowaniu decyzji państwowych”⁵, jednocześnie „wynika stąd także zasada poszanowania wolności i praw jednostki”⁶. „W nauce prawa oraz w orzecznictwie sądowym z zasadą demokratycznego państwa prawnego łączona jest koncepcja społeczeństwa obywatelskiego (por. np. wyrok SN z 1.06.2000 r., III RN 64/00, OSNAPiUS 2001/6, poz. 183)”⁷. „Współcześnie w wielu państwach demokratycznych obserwujemy rozwój różnych form tzw. społeczeństwa obywatelskiego, partycypacji społeczeństwa w rządzeniu państwem oraz związanej z nimi koncepcji tzw. otwartego rządu”⁸, „Zasada otwartego rządu ma więc swych beneficjentów w postaci poinformowanych obywateli, którzy są świadomi swego znaczenia i wpływu na wykonywanie władzy publicznej. Jak stwierdził TK «powszechny i szeroki dostęp do informacji publicznej stanowi niezbędną przesłankę istnienia społeczeństwa obywatelskiego, a co za tym idzie – urzeczywistnienia demokratycznych zasad funkcjonowania władzy publicznej w polskim państwie prawnym» (wyrok TK z 15.10.2009 r., K 26/08, OTK-A 2009/9, poz. 135)”⁹.

Jednocześnie „Zasada państwa prawnego zawiera w sobie zasadę zaufania obywateli do państwa, ta zaś łączy się na zasadzie związków instrumentalnych z zasadą ochrony praw nabytych (...). Zakresem (jej – przyp. aut.) objęte są prawa słuźnie (sprawiedliwie) nabyte” (orzeczenie TK z 11.02.1992 r., K 14/91, OTK 1992/1, poz. 7, s. 127). „Zasada ochrony praw nabytych zapewnia ochronę praw podmiotowych – zarówno publicznych, jak i prywatnych. Poza zakresem stosowania tej zasady znajdują się natomiast sytuacje prawne, które nie mają charakteru praw podmiotowych ani ekspektatyw tych praw (wyrok TK z 22.06.1999 r., K 5/99, OTK 1999/5, poz. 100). Trybunał dostrzegł przy tym,

³ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el., komentarz do art. 2.

⁴ W. Skrzydło, *Konstytucja...*

⁵ W. Skrzydło, *Konstytucja...*

⁶ W. Skrzydło, *Konstytucja...*

⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis/el., komentarz do art. 2.

⁸ B. Banaszak, *Konstytucja...* „Komitet Ministrów Rady Europy w swej Rekomendacji Nr R (81) 19 z 25.11.1981 r. w sprawie dostępu do informacji będących w posiadaniu administracji publicznej stwierdził, że każdy znajdujący się pod władzą państw członkowskich powinien mieć dostęp do informacji posiadanych przez władze publiczne inne niż ciała ustawodawcze i organy władzy sądowniczej”.

⁹ B. Banaszak, *Konstytucja...*

że w pewnych przypadkach należy liczyć się z koniecznością dostosowania rozwiązań prawnych do zmieniających się stosunków społecznych i ekonomicznych, co może uzasadniać odejście od tej zasady (orzeczenie K 14/91). Nie powinno ono jednak prowadzić do naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej (orzeczenie TK z 14.03.1995 r., K 13/94, OTK 1995/1, poz. 6, s. 73). Trybunał uznał (wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, OTK 2000/5, poz. 144), że zasada ochrony praw nabytych ma charakter zasady przedmiotowej i wyznacza granice ingerencji władzy publicznej w sferę praw podmiotowych. Naruszenie jej może stanowić niedopuszczalne wkroczenie przez tę władzę w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności jednostki¹⁰.

Zważywszy na powyższe rozważania, już na tym etapie należałoby przyjąć, że Konstytucja zarówno gwarantuje ochronę prawu do dostępu do informacji publicznej, które zapewnia realny wpływ obywateli na władzę publiczną oraz świadomy udział w podejmowaniu decyzji państwowych, choćby poprzez świadome oddanie głosu na określonych kandydatów w wyborach do władz, jak również zapewnia ochronę praw jednostki, do których należy również zaliczyć prawa autorskie.

Powszechnie uznaje się, że „jednym z fundamentów ustroju demokratycznego jest instytucja prawna dostępu do informacji publicznej”¹¹. „Dostęp do informacji publicznej, stanowiąc pochodną zasady jawności działalności administracji publicznej, jest niewątpliwie jednym z fundamentów ustrojowych współczesnego państwa prawnego. Podstawowa dla ustroju demokratycznego idea nadzoru społecznego nad działaniami organów władzy publicznej nie mogłaby zostać w pełni urzeczywistniona, gdyby informacje tworzone, gromadzone oraz przetwarzane przez te organy, a stanowiące częstokroć podstawę ich późniejszych rozstrzygnięć, pozostawały nieosiągalną dla społeczeństwa tajemnicą”¹².

Należy zgodzić się, że „z perspektywy obywatela, wspomaganego w coraz większym stopniu przez środki masowego przekazu, szeroki dostęp do informacji publicznej stanowi efektywny instrument oceny działań administracji”¹³. „Dostęp do informacji publicznej jest uznawany za konsekwencję przyjęcia zasady zwierzchności narodu wyrażonej w art. 4 ust. 1 Konstytucji”¹⁴.

Prawo obywateli do uzyskania dostępu do materiałów stanowiących informację publiczną, ze względu na jego zasadniczy wpływ na urzeczywistnienie zasady demokratycznego państwa prawnego oraz zwierzchności narodu, zostało zapewnione już w ramach samej Konstytucji. Zgodnie z art. 61 ust. 1 Konstytucji obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących

¹⁰ B. Banaszak, *Konstytucja...*

¹¹ M. Maciejewski, *Prawo dostępu do informacji publicznej a ochrona prawnoautorska utworów*, Warszawa, 2015 r., s. 1, http://www.academia.edu/11889615/Prawo_dostepu_do_informacji_publicznej_a_ochrona_prawnoautorska_utworow (dostęp: 19.09.2020 r.).

¹² T. Koellner, *Prawo autorskie a dostęp do informacji publicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012/3, s. 741.

¹³ T. Koellner, *Prawo...*, s. 741.

¹⁴ P. Winczorek, *Prawo obywatela do informacji*, „Rzeczpospolita” z 24.02.2000 r., nr 46, cytat za M. Kłaczyński, S. Szuster, *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, LEX/el. 2003, komentarz do art. 1.

funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Ograniczenie przedmiotowego prawa zostało określone w art. 61 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że może ono nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa. „Należy przy tym mieć na uwadze, że dla rekonstrukcji kompletnej normy prawnej, wyznaczającej zakres dopuszczalnych ograniczeń, konieczne jest jednoczesne odwołanie się do zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasady proporcjonalności. Artykuł 61 ust. 3 Konstytucji nie stanowi bowiem w tym względzie regulacji szczególnej”¹⁵.

„Należy dalej zauważyć, że prawo do informacji publicznej wiąże się w szczególny sposób z wolnością wypowiedzi, zapisaną w konstytucji jako wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 14, art. 54 ust. 1, art. 213 ust. 1). Między omawianymi prawami zachodzą jednak zasadnicze różnice. Po pierwsze, zakres przedmiotowy wolności informacji jest oczywiście szerszy od zakresu prawa do informacji (zob. K. Tarnacka, *Prawo do informacji w Polsce*, «Państwo i Prawo» 2003/5, s. 70; bardziej krytyczny sąd na ten temat wyraziła T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej: orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999, s. 93). Konstytucyjny zakres ochrony wolności pozyskiwania informacji obejmuje wszelkie informacje, natomiast art. 61 gwarantuje dostęp tylko do określonych informacji. Jak podkreśla TK, «nie każda bowiem informacja, która zgodnie z wolnością ujętą w art. 54 Konstytucji może być pozyskana i rozpowszechniona, w tym także odnosząca się do sfery prywatnej osoby, może być uznana za informację, co do której istnieje po stronie danego organu władzy publicznej obowiązek ujawnienia, skonkretyzowany w ustawie o dostępie do informacji» (wyrok z 20.03.2006 r., K 17/05)¹⁶.

Jednocześnie „dostęp do informacji publicznej musi być skorelowany z ochroną prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji RP) oraz ochroną danych (informacji) osobowych, która obejmuje ochronę przed nieuzasadnionym pozyskiwaniem przez władze publiczne danych osobowych (art. 51 ust. 2 Konstytucji RP) oraz ochronę względem osób trzecich. Wiąże się z tym prawo dostępu do danych dotyczących zainteresowanej osoby (wnioskodawcy), a znajdujących się w posiadaniu władz publicznych (art. 51 ust. 3 Konstytucji RP)”¹⁷. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 20.03.2016 r. (K 17/05) stwierdził, „że art. 61 Konstytucji, ze względu na treść gwarantowanego prawa, jego naturę i zakres, tworzy *per se* wyłom w sferze prawa do prywatności chronionego w art. 47 Konstytucji. Przedmiotem ingerencji dopuszczalnej na tle art. 61 ust. 3 Konstytucji jest prawo zawierające w sobie komponent w postaci prywatności osób pełniących

¹⁵ T. Koellner, *Prawo...*, s. 742.

¹⁶ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. 2, LEX/el., stan prawny: 1.01.2016 r., komentarz do art. 61.

¹⁷ *Konstytucja...*, red. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 61.

funkcje publiczne i w takiej postaci istnieje ono na tle art. 61 ust. 1 Konstytucji. Ustawodawca może (a nawet powinien w określonych sytuacjach) podjąć interwencję zmierzającą do ograniczenia tak zakreślonego prawa, ale to dopiero od analizy konkretnych uwarunkowań może zależeć, w jakim stopniu pewne elementy prawa do informacji o działalności instytucji publicznych zostaną ograniczone i zawężone. Nie może też budzić wątpliwości, że samo prawo do informacji (obejmujące także pewną sferę prywatności osób pełniących funkcje publiczne) znajduje swoje wyraźne, bezpośrednie oparcie w normie konstytucyjnej art. 61 ust. 1 i – inaczej niż przyjmuje to wnioskodawca – tak właśnie ujęta treść tego prawa nie potrzebuje swojego dodatkowego uzasadnienia w innej normie konstytucyjnej. Podstawa konstytucyjna jest natomiast w tej sytuacji niezbędna dla wprowadzenia regulacji ustawowej zmierzającej do ograniczenia prawa do informacji. W takim wypadku muszą być spełnione wymagania proporcjonalności określone w art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji. Wynika z tych rozważań wniosek, że art. 5 ust. 2 zd. 2 ustawy o dostępie do informacji, przez dopuszczenie dostępności – w pewnym zakresie – informacji o życiu prywatnym osób pełniących funkcje publiczne, czerpie podstawę i moc bezpośrednio z samej normy konstytucyjnej. Przepis ten potwierdza jedynie istnienie prawa konstytucyjnego”.

Odwołując się do orzecznictwa TK, należy również zwrócić uwagę na wyrok z 9.04.2015 r. (K 14/13), który wskazuje na zasadność wyłączenia z zakresu przedmiotowego informacji publicznej dokumentów wewnętrznych o charakterze roboczym. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „z szerokiego zakresu przedmiotowego informacji publicznej wyłączeniu podlegają jednak treści zawarte w dokumentach wewnętrznych, rozumiane jako informacje o charakterze roboczym (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez pojedynczego pracownika lub zespół. W ich przypadku można bowiem mówić o pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej. Od «dokumentów urzędowych» w rozumieniu art. 6 ust. 2 o dostępie do informacji publicznej¹⁸ odróżnia się zatem «dokumenty wewnętrzne» służące wprawdzie realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nieprzesądzające o kierunkach działania organu. Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk. Nie są jednak wyrazem stanowiska organu, wobec czego nie stanowią informacji publicznej”¹⁹.

„Prawo dostępu jest uzupełnione wyrażoną w art. 54 Konstytucji wolnością rozpowszechniania informacji”²⁰. Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji każdemu zapewnia się

¹⁸ Ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 695 ze zm.), dalej u.d.i.p.

¹⁹ Zob. cytowany wyrok z 9.04.2015 r. (K 14/13), <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20150000532/T/D20150532TK.pdf> (dostęp: 2.10.2020 r.). Podobnie zob. m.in. wyrok NSA z 17.10.2013 r. (I OSK 1105/13), LEX nr 1556928; wyrok NSA z 15.07.2010 r. (I OSK 707/10), LEX nr 672928; wyrok NSA z 27.01.2012 r. (I OSK 2130/11), LEX nr 1126276; wyrok NSA z 21.06.2012 r. (I OSK 666/12), LEX nr 1264898; wyrok NSA z 14.09.2012 r. (I OSK 1203/12), LEX nr 1242950; wyrok NSA z 11.03.2014 r. (I OSK 118/14), LEX nr 1463417; wyrok NSA z 23.07.2014 r. (I OSK 3007/13), LEX nr 1518066”, za *Konstytucja...*, red. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 61.

²⁰ M. Maciejewski, *Prawo...*, s. 1.

wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. „W dziedzinie wolności ważne miejsce zajmuje swoboda wyrażania poglądów, a także pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Uprawnienie to określane było kiedyś jako wolność słowa i druku, jednakże przyjęte w Konstytucji sformułowanie jest pojemniejsze i bardziej odpowiadające rozwojowi środków masowego przekazu. Konstytucja wolność tę pojmuje szeroko (...)”²¹. „Należy przy tym podkreślić, że «nie każda (...) informacja, która zgodnie z wolnością ujętą w art. 54 Konstytucji może być pozyskana i rozpowszechniona, w tym także odnosząca się do sfery prywatnej osoby, może być uznana za informację, co do której istnieje po stronie danego organu władzy publicznej obowiązek ujawnienia, skonkretyzowany w ustawie o dostępie do informacji» (wyrok TK z 20.03.2006 r., K 17/05)”²². „Pomimo pewnego pokrewieństwa, należy wyraźnie oddzielić prawo proklamowane przez art. 61 oraz gwarancje zawarte w art. 54 ust. 1, zgodnie z którymi każdemu zapewnia się wolność «pozyskiwania i rozpowszechniania informacji». Jak trafnie podnosi się w orzecznictwie, nie każda informacja, która zgodnie z art. 54 może być pozyskana i rozpowszechniona, może być również uznana za informację, co do której istnieje obowiązek jej udostępnienia”²³.

Prawo do otrzymywania i przekazywania informacji zostało również zagwarantowane na gruncie prawa międzynarodowego. W myśl art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁴ każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnym lub kinematograficznym²⁵. Jednocześnie art. 10 ust. 2 Konwencji stanowi, że korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom

²¹ W. Skrzydło, *Konstytucja...*, komentarz do art. 54.

²² *Konstytucja...*, red. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 61.

²³ *Konstytucja...*, red. M. Safjan, L. Bosek, komentarz do art. 61. Jak wskazuje A. Biłgorajski, „Uniwersalne pod względem przedmiotowym (bo odnoszące się do wszelkich form wypowiedzi) oraz podmiotowym (bo przysługujące «każdemu») wolności: wyrażania swoich poglądów, a także pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o których mowa w art. 54 Konstytucji RP, konkretyzują się m.in. w – traktowanej jako konstytucyjna zasada ustrojowa – wolności środków społecznego przekazu z prasą na czele (art. 14) oraz w stanowiącej z kolei konkretyzację tej zasady instytucjonalnej zasadzie wolności słowa w radiofonii i telewizji, na której straży ma stać Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji” – tak A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 37.

²⁴ 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 Konwencja, <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/konwencja-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci-rzym-1950-16795332> (dostęp: 2.10.2020 r.).

²⁵ Jak wskazuje T. Koellner, prawo dostępu do informacji „obejmuje zatem również Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Artykuł 52 ust. 3 stanowi bowiem, że «w zakresie, w jakim niniejsza Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję (...)». Tymczasem art. 11 Karty w pełni odpowiada w omawianym zakresie («otrzymywanie i przekazywanie informacji») art. 10 ust. 1 konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” – tak T. Koellner, *Prawo...*, s. 743.

i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Należy zauważyć, że art. 10 Konwencji zakłada możliwość ograniczenia prawa do otrzymywania i przekazywania informacji z uwagi na ochronę dobrego imienia i praw innych osób. Jednocześnie „orzecznictwo organów Konwencji daje podstawę do wniosku, że ochrona wynikająca z art. 10 Konwencji rozciąga się na wszystkie rodzaje wypowiedzi wyrażających opinie, idee lub informacje niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania się, w szczególności o charakterze politycznym lub dotyczące spraw publicznej troski”²⁶. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) wielokrotnie zajmował się kwestią otrzymywania i przekazywania informacji na podstawie art. 10 Konwencji. „Trybunał zwrócił w tym kontekście ostatnio również uwagę na internet – ze względu na jego dostępność oraz możliwości przechowywania i przekazywania wielkich ilości informacji oraz ważną rolę w rozszerzaniu dostępu społeczeństwa do nowych wiadomości, jak również generalnie w ułatwianiu rozpowszechniania informacji. Ważnym aspektem tej roli internetu są również archiwa, które w rezultacie uznał za objęte ochroną przewidzianą w art. 10. Podkreślił przy tym, że muszą istnieć szczególnie poważne względy, które usprawiedliwiałyby ograniczenia dostępu do informacji, jakie społeczeństwo ma prawo otrzymywać przy pomocy internetu lub w inny podobny sposób”²⁷.

Zaznaczenia wymaga również ewolucja poglądów prezentowanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) w ramach wydawanych orzeczeń na gruncie art. 10 Konwencji, który „pierwotnie (...) zajmował stanowisko, że art. 10 Konwencji nie obejmuje prawa dostępu do dokumentów znajdujących się w dyspozycji administracji publicznej (szerzej: prawa do uzyskiwania informacji)”²⁸. W wyroku w sprawie *Leander przeciw Szwecji* z 26.03.1987 r. uznano, że „artykuł 10, w okolicznościach takich, jak w przedmiotowej sprawie, nie przyznaje jednostce prawa dostępu do rejestrów zawierających informacje dotyczące jej sytuacji osobistej ani też nie zobowiązuje rządu do udzielenia jednostce tych informacji”. Współczesne orzecznictwo wskazuje na rewizję przytoczonego wyżej stanowiska – obecnie trudno już przypuszczać, by Trybunał opowiedział się za ograniczeniem dostępu do informacji znajdującej się w dyspozycji organów administracji publicznej. Jako przykład posłużyć może wyrok w sprawie *Tarasag przeciw Węgrom*. W uzasadnieniu stwierdzono, że: „od niedawna pojęcie «prawa

²⁶ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (w:) Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, LEX/el., komentarz do art. 10.

²⁷ M.A. Nowicki, *Komentarz...* W ramach cytowanego fragmentu zostały wskazane przez jego autora odesłania do wyroku *Times Newspapers Ltd v. Wielka Brytania (nr 1 i 2)* z 10.03.2009 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 3002/03 i 23676/03, § 27, jak również wyroku *Timpul Info-Magazin i Anghel v. Mołdowa* z 27.11.2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42864/05, § 31.

²⁸ T. Koellner, *Prawo...*, s. 742.

do otrzymywania informacji» zyskało w orzecznictwie Trybunału szerszą interpretację (por. *Sdružení Jihočeské Matky przeciwko Republice Czeskiej*, 19101/03, 10.07.2006 r.), jako obejmujące swym zakresem również prawo dostępu do informacji²⁹.

Na gruncie polskiego ustawodawstwa dostęp do informacji publicznej regulują przepisy ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej³⁰, zasady i tryb udostępniania i przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania zostały uregulowane w ustawie z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego³¹. Przedmiotowe ustawy, w zakresie swoich regulacji, stanowią ustawową konkretyzację art. 61 Konstytucji. Natomiast ochrona prawnoautorska została uregulowana przepisami ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych³².

PRAWO AUTORSKIE A DOSTĘP DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

Ustawa o dostępie do informacji publicznej weszła w życie 1.01.2002 r. Od czasu wejścia w życie była parokrotnie nowelizowana. Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.d.i.p. każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie. „W art. 1 ust. 1 u.d.i.p. zastrzeżono, że w rozumieniu ustawy informację publiczną stanowi «każda informacja o sprawach publicznych». Mamy tu do czynienia z błędem logicznym popełnionym podczas definiowania. Polega on na wyjaśnianiu definiowanego terminu w sposób niedostosowany do kompetencji odbiorcy komunikatu. Oznacza to, że nieznana nazwa (*definiendum*) wyjaśniana jest za pośrednictwem innej nieznanej nazwy (łac. *ignotum per ignotum* – nieznanne przez nieznanne). Taki błąd jest niezgodny z pragmatycznym postulatem poprawności definicji ustawowej, która w tym przypadku niczego *de facto* nie wyjaśnia i wymaga doprecyzowania w praktyce orzeczniczej³³. „Dla ustalenia treści pojęcia «informacji publicznej» należy najpierw określić znaczenie «sprawy publicznej». Pewną pomocą może służyć katalog zawarty w art. 6 u.d.i.p., w którym wymieniono szereg kategorii informacji stanowiących informację publiczną³⁴. W ramach niniejszego opracowania nie zostanie przeprowadzona wnikliwa analiza przedmiotowego zagadnienia, niemniej na jego potrzeby zostanie przyjęte stanowisko

²⁹ T. Koellner, *Prawo...*, s. 742–743. W ramach cytowanego fragmentu zostało wskazane przez jego autora odesłanie m.in. do W. Hins, D. Voorhoof, *Access to State-held Information as Fundamental Right Under the European Convention of Human Rights*, „European Constitutional Law Review” 2007/3, s. 114–126, za E. Herr, *The Right to Receive Information under Article 10 of the ECHR: An Investigation from a Copyright Perspective*, „Juridiska Föreningen i Finland” 2011/2, s. 208.

³⁰ Ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 695 ze zm.), dalej u.d.i.p.

³¹ Ustawa z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1446 ze zm.).

³² Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 288 ze zm.), dalej pr. aut.

³³ M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis/el., komentarz do art. 1.

³⁴ M. Kłaczyński, S. Szuster, *Dostęp...*, komentarz do art. 1.

Naczelnego Sądu Administracyjnego, który odniósł się do definicji informacji publicznej „stwierdzając, że należy za taką uznać informacje wytworzone przez władze publiczne oraz osoby pełniące funkcje publiczne oraz inne podmioty, które wykonują funkcje publiczne lub gospodarują mieniem publicznym (komunalnym bądź Skarbu Państwa), jak również informacje odnoszące się do wspomnianych władz, osób i innych podmiotów, niezależnie od tego, przez kogo zostały wytworzone – por. wyrok NSA z 30.10.2002 r., II SA 181/02; wyrok NSA z 20.10.2002 r., II SA 1956/02 oraz wyrok NSA z 30.10.2002 r., II SA 2036-2037/02, za M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Toruń 2002, s. 28³⁵, „informacją publiczną są informacje dotyczące wykonywania zadań publicznych, w tym gospodarowania mieniem publicznym, utrwalone na nośniku w formie pisemnej, dźwiękowej, wizualnej lub audiowizualnej, eksponując powiązania informacji publicznej z dynamiczną działalnością państwa, jako organizatora życia społeczno-gospodarczego z jednoczesnym wskazaniem, że w demokratycznym państwie prawa jak najszerszy katalog informacji musi być przedmiotem kontroli społecznej”³⁶.

W myśl art. 2 ust. 1 u.d.i.p. każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej, zwane dalej prawem do informacji publicznej. Od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego (art. 2 ust. 2 u.d.i.p.).

Ograniczenia dostępu do informacji publicznej zostały wskazane w art. 5 u.d.i.p., który stanowi, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (ust. 1). Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.). Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o przymusowej restrukturyzacji (art. 5 ust. 2a u.d.i.p.). Nie można, z zastrzeżeniem ust. 1, 2 i 2a, ograniczać dostępu do informacji o sprawach rozstrzyganych w postępowaniu przed organami państwa, w szczególności w postępowaniu administracyjnym, karnym lub cywilnym, ze względu na ochronę interesu strony, jeżeli postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań lub funkcji (art. 5 ust. 3 u.d.i.p.). Ograniczenia dostępu do informacji w sprawach, o których mowa w ust. 3, nie naruszają prawa do informacji o organizacji i pracy organów prowadzących postępowania, w szczególności o czasie, trybie i miejscu oraz kolejności rozpatrywania spraw (art. 5 ust. 4 u.d.i.p.).

Należy zauważyć, że przepis art. 5 u.d.i.p. nie dopuszcza ograniczenia dostępu do informacji publicznej ze względu na prawa wynikające z przepisów ustawy o prawie

³⁵ M. Kłaczyński, S. Szuster, *Dostęp...*, komentarz do art. 1.

³⁶ Wyrok NSA z 25.09.2018 r. (I OSK 971/18), Legalis nr 1824452.

autorskim i prawach pokrewnych. Dalsza analiza przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej również nie dostarcza w tym zakresie podstawy prawnej, która mogłaby stanowić podstawę ograniczenia dostępu do informacji publicznej ze względu na ochronę prawnoautorską materiałów stanowiących informację publiczną. Niemniej jednak w takim stanie rzeczy wielokrotnie dochodziło do odmowy dostępu do materiałów stanowiących informację publiczną przez podmioty zobowiązane do jej udostępnienia z powołaniem się na przysługujące do przedmiotowych materiałów prawa autorskie oraz prawa pokrewne. „W wielu przypadkach organy zobowiązane do udostępniania informacji publicznej odmawiały tego (przy czym odmowa nie następowała w formie decyzji przewidzianej w art. 16 ust. 1 u.d.i.p., lecz czynności materialno-technicznej), argumentując, że z uwagi na fakt, iż objęte wnioskiem materiały podlegają ochronie przewidzianej w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie stanowią one informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 u.d.i.p.”³⁷ Takie stanowisko niewątpliwie było błędne, ponieważ nie znajdowało umocowania w przepisach ustawy o dostępie do informacji publicznej, a ochrona wynikająca z przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie mogła stanowić samodzielnej podstawy do ograniczenia dostępu do informacji publicznej.

„Obecnie za utrwalony w orzecznictwie uznaje się pogląd, że ochrona autorskoprawna informacji publicznej nie wyłącza jej udostępnienia”³⁸. Brak możliwości ograniczenia dostępu do informacji publicznej ze względu na przysługujące do niej prawa autorskie i prawa pokrewne został potwierdzony również w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z 22.10.2015 r. (IV SAB/Po 114/15) wskazał, „że w rozpatrywanej sprawie nie chodzi o rozporządzanie prawami autorskimi, ale o dostęp do treści informacji publicznej zawartej w dokumentach, którymi posłużył się organ przy wykonywaniu zadań publicznych. Ustalenie, że na gruncie rozpatrywanej sprawy mamy do czynienia z ochroną praw autorskich wiązać się może np. z koniecznością ustalenia odrębnych zasad dostępu do żądanej informacji w kontekście jej ponownego wykorzystania (zob. art. 23a i nast. u.d.i.p.), co nie zmienia jednak charakteru żądanej informacji, która jest informacją publiczną i nie uwalnia organu od obowiązku rozpatrzenia wniosku. Okoliczność obejmowania ochroną praw autorskich nie zmienia charakteru żądanej informacji, która – jak wykazano – stanowi informację publiczną. Informacja może mieć charakter publiczny, ale nie podlegać udostępnieniu ze względu na tajemnice prawnie chronione, czy prawo do prywatności. Jak wspomniano, odmowa udostępnienia informacji publicznej, której przyczyną jest ochrona tajemnic powinna nastąpić w formie decyzji”³⁹.

„Orzecznictwo NSA przesądza, że w hierarchii wartości prawo do informacji publicz-

³⁷ T. Koellner, *Prawo...*, s. 747.

³⁸ Cytat za M. Maciejewski, *Prawo...*, s. 3, oryginalnie K. Felchner, *Re-use utworu (bazy danych)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej” 2013/119, s. 1.

³⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z 22.10.2015 r. (IV SAB/Po 114/15) został wydany przed uchwaleniem ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1446 ze zm.), dalej u.p.w.i.s.p., z tego względu odwołuje się do art. 23a i n. u.d.i.p., które zostały uchylone wraz z wejściem w życie ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego. Niemniej jednak wymieniony wyżej wyrok zachowuje swoją aktualność w zakresie moż-

nej ma pierwszeństwo przed prawami własności intelektualnej⁴⁰. Niemniej należałoby się zastanowić, czy przyjęcie przez ustawodawcę takiego modelu, który daje prymat prawu do dostępu do informacji publicznej nad prawami autorskimi oraz prawami pokrewnymi, jest zasadny i czy nie powinno się w tym zakresie jednak zapewnić ochrony podmiotom, którym przysługują prawa autorskie i prawa pokrewne do materiałów, które stanowią informację publiczną.

W doktrynie podnosi się zasadność wprowadzenia w omawianym zakresie licencji ustawowej albo umownej⁴¹. Jednakże takie rozwiązania wymagałyby zmiany obowiązujących przepisów o dostępie do informacji publicznej, jak również mogłoby się okazać konieczne dokonanie w tym zakresie nowelizacji Prawa autorskiego. Z drugiej strony podnoszona jest zasadność aktualnie przyjętego rozwiązania ze względu na ochronę demokracji, która może być realizowana jedynie w oparciu o nieograniczony dostęp obywateli do informacji publicznej.

PRAWO AUTORSKIE A PONOWNE WYKORZYSTANIE INFORMACJI SEKTORA PUBLICZNEGO

W dniu 16.06.2016 r. weszła w życie ustawa z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego⁴². Przedmiotowa ustawa dokonała w zakresie swojej regulacji wdrożenia postanowień dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego zmienionej dyrektywą 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. zmieniającą dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego⁴³. „Dokumentem mającym służyć pomocą państwom

liwości ograniczenia dostępu do informacji publicznej ze względu na prawa wynikające z ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

⁴⁰ M. Maciejewski, *Prawo...*, s. 3.

⁴¹ Zob. T. Koellner, *Prawo...* oraz M. Maciejewski, *Prawo...*

⁴² Ustawą z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1446) zmieniono następujące ustawy: ustawę z 14.07.1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2020 r. poz. 164 ze zm.); ustawę z 17.05.1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U. z 2020 r. poz. 1086 ze zm.); ustawę z 29.06.1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1486 ze zm.); ustawę z 21.11.1996 r. o muzeach (Dz.U. z 2020 r. poz. 902 ze zm.); ustawę z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.); ustawę z 18.07.2001 r. – Prawo wodne (Dz.U. z 2017 r. poz. 1121); ustawę z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej; ustawę z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2018 r. poz. 398 ze zm.); ustawę z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.); ustawę z 16.02.2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 411 ze zm.); ustawę z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności (Dz.U. z 2020 r. poz. 695 ze zm.); ustawę z 24.07.2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 957).

⁴³ Dyrektywa 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 345, s. 90) zmieniona dyrektywą 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. zmieniającą dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 175/1).

członkowskim we wdrażaniu tych przepisów, przewidzianym w dyrektywie 2013/37/UE, są wydane przez Komisję Europejską w dniu 24.07.2014 r. w formie obwieszczenia «Wytyczne w sprawie zalecanych licencji standardowych, zbiorów danych i opłat za ponowne wykorzystywanie (2014/C 240/01)»⁴⁴.

Ustawa o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego określa zasady i tryb udostępniania i przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania, podmioty, które udostępniają lub przekazują te informacje, warunki ponownego wykorzystywania oraz zasady ustalania opłat za ponowne wykorzystywanie (art. 1 u.p.w.i.s.p.).

Przed wejściem w życie ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego zasady ponownego wykorzystywania informacji publicznej regulowały przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej. W dniu 29.12.2011 r. weszła w życie ustawa z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw⁴⁵. Ustawa z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw dokonała w zakresie swojej regulacji wdrożenia postanowień dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego⁴⁶.

Zgodnie z art. 2a u.d.i.p., uchylonym wraz z wejściem w życie ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo do ponownego wykorzystywania informacji publicznej (ust. 1), zasady ponownego wykorzystywania informacji publicznej nie naruszają prawa dostępu do informacji publicznej ani wolności jej rozpowszechniania (ust. 2). Zasady ponownego wykorzystania informacji publicznej zostały uregulowane w ramach przepisów Rozdziału 2a Ponowne wykorzystanie informacji publicznej, który w całości został uchylony wraz z wejściem w życie ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego⁴⁷.

Zarówno pod rządami ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, jak również aktualnie obowiązującej, w zakresie regulacji zasad i trybu udostępniania

⁴⁴ G. Sibiga, *Nowe zasady ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego w jednostkach samorządu terytorialnego (w:) Przedsiębiorczość i zarządzanie. Zarządzanie publiczne. Funkcjonowanie jednostek samorządu terytorialnego w aspekcie wielowymiarowym*, red. A. Kołodziejska, A. Korzeniowska-Polak, Łódź-Warszawa 2017, s. 193.

⁴⁵ Ustawą z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 473 ze zm.) zmieniono następujące ustawy: ustawę z 10.04.1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1650 ze zm.); ustawę z 29.06.1995 r. o statystyce publicznej; ustawę z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym; ustawę z 18.07.2001 r. – Prawo wodne; ustawę z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej; ustawę z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne; ustawę z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności.

⁴⁶ Dyrektywa 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 345, s. 90).

⁴⁷ W dniu 16.06.2016 r. wraz z wejściem w życie ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1243, 1669) zostały uchylone m.in. art. 23a–23i ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1330, 1669).

i przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania, ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, aktualna pozostaje kwestia ochrony praw autorskich utworów, które miałyby zostać udostępnione i przekazane, a następnie ponownie wykorzystane w ramach dostępu do informacji publicznej, oraz kwestia możliwości ograniczenia udostępniania i przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania, która *de facto* jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego.

W myśl art. 23b ust. 3 ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, uchylonym wraz z wejściem w życie ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, podmiot zobowiązany określał sposób korzystania z informacji publicznych spełniających cechy utworu w rozumieniu ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zapewniający możliwość dowolnego wykorzystywania utworu, do celów komercyjnych i niekomercyjnych, tworzenia i rozpowszechniania kopii utworu, w całości lub we fragmentach, oraz wprowadzania zmian i rozpowszechniania utworów zależnych. W myśl również uchylonego art. 23g ust. 8 pkt 2 podmiot zobowiązany odmawiał ponownego wykorzystywania informacji publicznej, w przypadku gdy ponowne wykorzystywanie informacji publicznej naruszało prawa własności intelektualnej przysługujące podmiotom trzecim. Ponadto uzasadnienie decyzji o odmowie ponownego wykorzystywania informacji publicznej na podstawie ust. 8 pkt 2 musiało zawierać wskazanie osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, która posiada prawa autorskie, jeżeli jest znana, albo licencjodawcy, od którego podmiot zobowiązany uzyskał dany utwór (art. 23g ust. 11 pkt 2 ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej – uchylony).

Regulacje ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, dotyczące korzystania z informacji publicznych spełniających cechy utworu w rozumieniu ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie zapewniały pełnej możliwości wykorzystania informacji publicznych spełniających cechy utworu w rozumieniu ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Kwestia ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, ze względu na jej ekonomiczną wartość, stanowiła przedmiot ożywionego zainteresowania organów Unii Europejskiej, którym przyświecało zapewnienie możliwie szerokiego dostępu do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, przy uwzględnieniu poszanowania praw autorskich. Niewątpliwie dostrzegano ogromny potencjał ekonomiczny w wykorzystaniu informacji sektora publicznego, czego wyrazem jest dyrektywa 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. zmieniająca dyrektywę 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, jednocześnie niemożliwe było wyłączenie w tym zakresie ochrony prawnoautorskiej, która uniemożliwia nieograniczone ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego, stanowiącej przedmiot praw autorskich. Należy zauważyć, że „potrzeba regulacji w zakresie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego wynika z odmiennych podstaw aksjologicznych. Ogólnie uznać można, że o ile dostęp do informacji publicznej w ogólności ma znaczenie

przede wszystkim polityczne, to istotą ponownego jej wykorzystywania jest przede wszystkim realizacja celów ekonomicznych⁴⁸.

Przedmiotowe rozróżnienie, oparte na odmiennych postawach aksjologicznych, zostało również potwierdzone w orzecznictwie sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26.06.2013 r. (I OSK 605/13)⁴⁹ stwierdził, że „należy uznać, że prawo do ponownego wykorzystywania informacji to nie to samo co prawo do dostępu do informacji, bowiem celem dostępu do informacji publicznej jest kontrola życia publicznego, natomiast w przypadku ponownego jej wykorzystywania jest to cel rynkowy i gospodarczy. Wskazówką do interpretacji analizowanych przepisów może być też porównanie katalogu podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej (art. 4 u.d.i.p.) z katalogiem podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej w celu jej ponownego wykorzystywania (art. 23a ust. 2 u.d.i.p.). O ile w przypadku udostępnienia informacji publicznej podmioty zobowiązane to podmioty zaliczane do władz publicznych i wykonywania zadań publicznych, o tyle w drugim przypadku katalog podmiotów pokrywa się z podmiotami zobowiązanymi do stosowania przepisów ustawy z 29.01.2004 r. o zamówieniach publicznych⁵⁰ – art. 3 u.d.i.p. Powyższe rozróżnienie podmiotów wskazuje na zróżnicowanie celów instytucji udostępnienia informacji publicznej i jej ponownego wykorzystywania. W pierwszym przypadku jest to kontrola władz publicznych (transparentność władzy), natomiast w przypadku ponownego wykorzystywania informacji publicznej celem wprowadzenia tej instytucji jest rozwój ekonomiczny, naukowy, informatyczny państw UE do czego nawiązuje tenor 5 preambuły do dyrektywy⁵¹.

Poglądy przedstawione w powyższych wyrokach w zasadzie zachowują swoją aktualność również po wejściu w życie powoływanej już wcześniej ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego⁵².

Zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego⁵³ „Celami projektu ustawy są implementacja dyrektywy 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 175/1) oraz nowy sposób wdrożenia zmienianej dyrektywy w polskim porządku prawnym, który zapewni bardziej przejrzyste i łatwiejsze w stosowaniu rozwiązania dotyczące ponownego wykorzystywania. Dyrektywa 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. stanowi wykonanie celów, o których mowa w Komunikacie (2011) 882 *Otwarte dane – siła napędowa innowacji, wzrostu gospodarczego oraz przejrzystego zarządzania*. Dokument ten jest jednym z trzech opublikowanych przez Komisję Europejską w ramach pakietu

⁴⁸ T. Koellner, *Prawo...*, s. 743.

⁴⁹ Wyrok NSA z 26.06.2013 r. (I OSK 605/13), Legalis nr 1330793.

⁵⁰ Ustawa z 29.01.2004 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1086 ze zm.).

⁵¹ Wyrok NSA z 26.06.2013 r. (I OSK 520/13), Legalis nr 1330791.

⁵² W przedmiotowym zakresie należy wskazać wyrok WSA w Krakowie z 17.11.2016 r. (II SAB/Kr 140/16), Legalis nr 1538720 oraz wyrok WSA w Warszawie z 23.05.2017 r. (II SA/Wa 2096/16), Legalis nr 1649765.

⁵³ Druk sejmowy nr 141, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=141> (dostęp: 19.09.2020 r.).

Open Data Package, który zakłada lepsze wykorzystanie potencjału informacji sektora publicznego dla wzrostu konkurencyjności i innowacyjności gospodarki europejskiej. Projekt ustawy uwzględniła podstawową zmianę dyrektywy 2003/98/WE, którą jest rozszerzenie jej zakresu podmiotowego o biblioteki, muzea i archiwa, bowiem treści będące w posiadaniu tych podmiotów do tej pory, na gruncie dyrektywy 2003/98/WE, podlegały wyłączeniu z ponownego wykorzystywania. Dyrektywa 2013/37/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2013 r. poszerza zakres podmiotowy o archiwa, biblioteki oraz muzea. Posługuje się przy tym sformulowaniem «biblioteka uniwersytecka» (art. 1 ust. 2 lit. e) oraz ogólnym pojęciem «biblioteka» (art. 1 ust. 2 lit. f). Systematyka wyłączeń sformułowana w dyrektywie wskazuje, że chodzi o biblioteki naukowe oraz biblioteki publiczne. Natomiast do zakresu podmiotowego nie wchodzi biblioteki szkolne i pedagogiczne oraz inne, o których mowa w ustawie z 27.06.1997 r. o bibliotekach^{54/55}. Jednocześnie w uzasadnieniu projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego wskazano, że „podkreślenia przy tym wymaga, że ponowne wykorzystywanie powinno odbywać się z pełnym poszanowaniem praw własności intelektualnej. Założenie to stanowi podstawę projektu – informacje sektora publicznego będące przedmiotem praw własności intelektualnej osób trzecich są wyłączone z ponownego wykorzystywania”⁵⁶.

Ponadto w uzasadnieniu projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego zaznaczono, że „kolejną kluczową zmianą dyrektywy 2003/98/WE uwzględnioną w projekcie ustawy jest zasada, zgodnie z którą wszystkie dokumenty udostępniane przez organy sektora publicznego mogą być ponownie wykorzystywane do dowolnych celów: komercyjnych lub niekomercyjnych, chyba, że są one zabezpieczone prawami własności intelektualnej osób trzecich. Należy podkreślić, że ta zasada już obecnie funkcjonuje w ustawie z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Została ona wprowadzona nowelizacją ustawy o dostępie do informacji publicznej z 16.09.2011 r., która stanowiła implementację dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.11.2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego. Natomiast dyrektywa 2003/98/WE nie wprowadzała takiego prawa”⁵⁷.

W myśl art. 6 ust. 4 u.p.w.i.s.p. prawo do ponownego wykorzystywania podlega ograniczeniu w zakresie informacji sektora publicznego, do których prawa autorskie i prawa pokrewne w rozumieniu przepisów ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych przysługują podmiotom innym niż podmioty zobowiązane (pkt 3), jak również będących w posiadaniu muzeów państwowych, muzeów samorządowych, bibliotek publicznych, bibliotek naukowych lub archiwów, w przypadku gdy pierwotnym

⁵⁴ Ustawa z 27.06.1997 r. o bibliotekach (Dz.U. z 2012 r. poz. 642 ze zm.).

⁵⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=141> (dostęp: 19.09.2020 r.).

⁵⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego....

⁵⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego....

właścicielem autorskich praw majątkowych lub praw pokrewnych były podmioty inne niż podmioty zobowiązane, a czas trwania tych praw nie wygasł (pkt 4).

Obowiązujące przepisy ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego ograniczają prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, do których prawa autorskie i prawa pokrewne w rozumieniu przepisów ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych przysługują podmiotom innym niż podmioty zobowiązane. Przedmiotową regulację należy uznać za uzasadnioną ze względu na potrzebę ochrony podmiotów, którym przysługują prawa autorskie i prawa pokrewne w rozumieniu przepisów ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również spójną z przywołaną ustawą. Przyjęcie odmiennego rozwiązania przez ustawodawcę, które nie zapewniałoby ochrony podmiotom, którym przysługują prawa autorskie i prawa pokrewne, należałoby uznać za sprzeczne z przepisami ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również godzące w podstawową wartość, jaką jest ochrona praw nabytych.

Należy zauważyć, że „ponowne wykorzystywanie nie dotyczy używania informacji przez pierwotnego wytwórcę dla realizacji zadań publicznych oraz udostępniania (prekazywania) informacji innym podmiotom wykonującym zadania publiczne wyłącznie w celu realizacji tychże zadań. Ponowne wykorzystywanie – z punktu widzenia administracyjnego – następować będzie więc w sferze zewnętrznej”⁵⁸.

Niewątpliwie podstawową kwestią jest ustalenie, czy dana informacja sektora publicznego w ogóle stanowi przedmiot ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W ramach niniejszego opracowania zostaną przedstawione podstawowe regulacje prawa autorskiego, w kontekście omawianych instytucji prawa administracyjnego, poza zakresem opracowania pozostają kwestie związane z prawami pokrewnymi. Jednocześnie należy zauważyć, że wyczerpująca analiza przepisów dotyczących praw autorskich nie jest uzasadniona ze względu na zakres niniejszego opracowania. W celu pogłębionej analizy należałoby odesłać do bogatej literatury przedmiotu oraz orzecznictwa.

„Przedmiotem prawa autorskiego jest utwór. Jest to niematerialne dobro prawne, które powinno być odróżniane od przedmiotu materialnego (materialnego nośnika – określanego też jako *corpus mechanicum*), na którym zazwyczaj jest ono utrwalone (...). Należy wyraźnie podkreślić, iż o tym, czy dane dzieło jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego, nie decyduje wola stron, lecz ustalenie faktyczne. Nie jest w tej mierze relevantny zamiar poddania danego rezultatu pracy autorskoprawnej ochronie⁵⁹. Służące temu zamiarowi postanowienia umów nie wywołują skutków prawnych”⁶⁰.

Nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego:

- 1) akty normatywne lub ich urzędowe projekty;
- 2) urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole;
- 3) opublikowane opisy patentowe lub ochronne;
- 4) proste informacje prasowe (art. 4 pr. aut.).

⁵⁸ G. Sibiga, *Nowe...*, s. 190.

⁵⁹ Por. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3.08.2006 r. (VI ACa 151/06), LEX nr 558383.

⁶⁰ *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, LEX/el., komentarz do art. 1.

„*Ratio legis* postawienia poza zakresem przedmiotu prawa autorskiego trzech pierwszych kategorii wymienionych w art. 4 związane jest z interesem publicznym, wyrażającym się w swobodzie dostępu i korzystania z tego rodzaju materiałów, mimo że w wielu przypadkach można by je uznać za rezultaty pracy twórczej zasługujące na autorskoprawną ochronę. Nie ma przy tym znaczenia ranga i charakter aktów normatywnych (zaliczyć więc do nich trzeba też np. umowy międzynarodowe, porozumienia normatywne, takie jak zbiorowe układy pracy, instrukcje), terytorialny zakres ich stosowania (ogólnopolski lub lokalny), fakt urzędowej promulgacji. Wyłączenie spod ochrony nie jest uzależnione również od publikacji aktu prawnego czy jego projektu. Projekty aktów normatywnych przygotowane przez prezydenta, grupy posłów lub partie polityczne objęte są postanowieniem art. 4 pkt 1 od chwili przyjęcia ich przez odpowiednie organy Sejmu RP do rozpatrywania. Późniejsze ewentualne wycofanie tych projektów (np. przez partię polityczną składającą projekt) nie powoduje przywrócenia ochrony autorskiej”⁶¹.

Należy również zauważyć, że w myśl art. 5 pr. aut. przepisy ustawy stosuje się do utworów:

- których twórca lub współtwórca jest obywatelem polskim (ust. 1) lub
- których twórca jest obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (ust. 1¹), lub
- które zostały opublikowane po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo równocześnie na tym terytorium i za granicą (ust. 2), lub
- które zostały opublikowane po raz pierwszy w języku polskim (ust. 3), lub
- które są chronione na podstawie umów międzynarodowych, w zakresie, w jakim ich ochrona wynika z tych umów (ust. 4).

Prawo do ponownego wykorzystania nie będzie podlegało ograniczeniu, jeżeli prawa autorskie i prawa pokrewne do informacji sektora publicznego będą przysługiwały podmiotowi zobowiązanemu.

Prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej (art. 8 ust. 1 pr. aut.). „W przepisie art. 8 ust. 1 sformułowana została podstawowa zasada (określana niekiedy w literaturze jako zasada twórczości lub zasada prawdy), w myśl której prawo autorskie powstaje w sposób pierwotny na rzecz twórcy; tak rozumieć trzeba zwrot «prawo autorskie przysługuje». Odejście od tej zasady wymaga szczególnego przepisu ustawy. Na gruncie obowiązującej ustawy za przepisy takie można uznać art. 11, art. 70 ust. 1 i art. 74 ust. 3, które statuuja pierwotne nabycie majątkowych praw autorskich przez podmiot inny niż twórca; natomiast nabycie praw przez pracodawcę na podstawie art. 12 ma właściwie charakter pochodny (*cessio legis*) i odnosi się tylko do części tych praw”⁶².

W myśl art. 11 pr. aut. autorskie prawa majątkowe do utworu zbiorowego, w szczególności do encyklopedii lub publikacji periodycznej, przysługują producentowi lub

⁶¹ Ustawa..., red. J. Barta, R. Markiewicz, komentarz do art. 4.

⁶² Ustawa..., red. J. Barta, R. Markiewicz, komentarz do art. 8.

wydawcy, a do poszczególnych części mających samodzielne znaczenie – ich twórcom. Domniemywa się, że producentowi lub wydawcy przysługuje prawo do tytułu. Zgodnie z art. 70 ust. 1 ww. ustawy domniemywa się, że producent utworu audiowizualnego nabywa na mocy umowy o stworzenie utworu albo umowy o wykorzystanie już istniejącego utworu wyłączne prawa majątkowe do eksploatacji tych utworów w ramach utworu audiowizualnego jako całości. Natomiast regulacja art. 74 ust. 3 ww. ustawy zakłada, że prawa majątkowe do programu komputerowego stworzonego przez pracownika w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy przysługują pracodawcy, o ile umowa nie stanowi inaczej.

Kluczowe znaczenie w zakresie ustalenia podmiotu, któremu przysługują prawa autorskie i prawa pokrewne, ma regulacja art. 12 ust. 1 pr. aut., zgodnie z którym jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowią inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron. „Przepis art. 12 jest przepisem o charakterze względnie obowiązującym, a zatem jego dyspozycja znajduje zastosowanie tylko wówczas, jeżeli strony (pracownik i pracodawca) nie ukształtują w umowie w inny sposób autorskoprawnych aspektów dotyczących korzystania z «utworów pracowniczych». A zatem: «Jeżeli wykonywanie obowiązków ze stosunków pracy ma polegać na działalności twórczej pracownika, od woli stron zależy, do kogo należeć będą autorskie prawa majątkowe. Nieokreślenie w umowie o pracę właściciela tych praw powoduje, że w granicach wynikających z umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron autorskie prawa majątkowe do tych utworów nabywa pracodawca z chwilą ich przyjęcia (art. 12 ust. 1 pr. aut.);» tezę tę znajdujemy w wyroku SN – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 26.06.1998 r., I PKN 196/98, OSP 1999, z. 11, poz. 207, s. 577, z glosą T. Kuczyńskiego)⁶³.

Prawa autorskie mogą również zostać nabyte przez podmiot zobowiązany w wyniku ich przeniesienia na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zgodnie z art. 41 ust. 1 pr. aut., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej:

- autorskie prawa majątkowe mogą przejść na inne osoby w drodze dziedziczenia lub na podstawie umowy (pkt 1),
- nabywca autorskich praw majątkowych może przenieść je na inne osoby, chyba że umowa stanowi inaczej (pkt 2).

Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej licencją, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione (art. 41 ust. 2 pr. aut.). Nieważna jest umowa w części dotyczącej wszystkich utworów lub wszystkich utworów określonego rodzaju tego samego twórcy mających powstać lub przysiąc w przyszłości (art. 41 ust. 3 pr. aut.). Umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia (art. 41 ust. 4 pr. aut.). Twórca utworu wykorzystanego lub włączonego do utworu audiowizualnego oraz utworu wchodzącego w skład utworu zbiorowego, po powstaniu nowych sposobów eksploatacji utworów, nie może bez ważnego powodu odmówić udzielenia zezwolenia na korzystanie z tego utworu w ramach

⁶³ *Ustawa...*, red. J. Barta, R. Markiewicz, komentarz do art. 12.

utworu audiowizualnego lub utworu zbiorowego na polach eksploatacji nieznanach w chwili zawarcia umowy (art. 41 ust. 5 pr. aut.). „Jak się powszechnie przyjmuje, przedmiotem przeniesienia mogą być też autorskie prawa majątkowe do utworów przyszłych. Ten punkt widzenia podziela orzecznictwo. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 4.04.2001 r., I ACa 72/01, OSA 2002/2, s. 20, znajdujemy jednoznaczne stwierdzenie, że ustawa nie wyłącza możliwości przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworów mających powstać w przyszłości, w drodze stosowania art. 155 § 2 Kodeksu cywilnego⁶⁴ w związku z art. 555 k.c. Niedopuszczalna byłaby tylko taka umowa, która obejmowałaby prawa do całego przyszelego dorobku danego autora”⁶⁵.

Prawo do ponownego wykorzystywania będzie podlegało również ograniczeniu w zakresie informacji sektora publicznego będących w posiadaniu muzeów państwowych, muzeów samorządowych, bibliotek publicznych, bibliotek naukowych lub archiwów, w przypadku gdy pierwotnym właścicielem autorskich praw majątkowych lub praw pokrewnych były podmioty inne niż podmioty zobowiązane, a czas trwania tych praw nie wygasł (art. 6 ust. 4 pkt 4 u.p.w.i.s.p.). Zgodnie z art. 36 pr. aut. z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, autorskie prawa majątkowe gasną z upływem lat siedemdziesięciu:

- 1) od śmierci twórcy, a do utworów współautorskich – od śmierci współtwórcy, który przeżył pozostałych;
- 2) w odniesieniu do utworu, którego twórca nie jest znany – od daty pierwszego rozpowszechnienia, chyba że pseudonim nie pozostawia wątpliwości co do tożsamości autora lub jeżeli autor ujawnił swoją tożsamość;
- 3) w odniesieniu do utworu, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują z mocy ustawy innej osobie niż twórca – od daty rozpowszechnienia utworu, a gdy utwór nie został rozpowszechniony – od daty jego ustalenia;
- 4) w odniesieniu do utworu audiowizualnego – od śmierci najpóźniej zmarłej z wymienionych osób: głównego reżysera, autora scenariusza, autora dialogów, kompozytora muzyki skomponowanej do utworu audiowizualnego;
- 5) w odniesieniu do utworu słowno-muzycznego, jeżeli utwór słowny i utwór muzyczny zostały stworzone specjalnie dla danego utworu słowno-muzycznego – od śmierci później zmarłej z wymienionych osób: autora utworu słownego albo kompozytora utworu muzycznego.

„Autorskie prawa majątkowe we wszystkich ustawach autorskich skonstruowane są jako prawa ograniczone w czasie. Po upływie okresu ochrony każdy może korzystać z dzieła bez konieczności uzyskiwania zezwolenia i bez obowiązku zapłaty wynagrodzenia. Jedynym ograniczeniem jest konieczność poszanowania autorskich praw osobistych, o ile w danym systemie, tak jak w ustawie polskiej, są to prawa niepodlegające wygaśnięciu”⁶⁶.

⁶⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

⁶⁵ *Ustawa...*, red. J. Barta, R. Markiewicz, komentarz do art. 41.

⁶⁶ *Prawo autorskie. System prawa prywatnego*, red. J. Barta, Warszawa 2017, t. 13, Legalis/el., komentarz do art. 36.

W myśl przepisów u.p.w.i.s.p. podmiot zobowiązany określa warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, mających cechy utworu lub przedmiotu praw pokrewnych w rozumieniu przepisów ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, do których przysługują mu autorskie prawa majątkowe lub prawa pokrewne. W szczególności podmiot zobowiązany określa warunek dotyczący obowiązku poinformowania o nazwisku, imieniu lub pseudonimie twórcy lub artysty wykonawcy, jeżeli jest znany (art. 13 ust. 2 u.p.w.i.s.p.).

W przypadku odmowy wyrażenia zgody na ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego ze względu na prawa autorskie i prawa pokrewne w rozumieniu przepisów ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przysługujące podmiotom innym niż podmioty zobowiązane, podmiot zobowiązany wskazuje osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która posiada prawa własności intelektualnej, jeżeli jest znana, albo licencjo-dawcę, od którego podmiot zobowiązany uzyskał dany przedmiot praw własności intelektualnej. Przepisu nie stosuje się do muzeów państwowych, muzeów samorządowych, bibliotek publicznych, bibliotek naukowych oraz archiwów (art. 23 ust. 6 u.p.w.i.s.p.).

DOSTĘP DO INFORMACJI PUBLICZNEJ ORAZ PONOWNE WYKORZYSTANIE INFORMACJI SEKTORA PUBLICZNEGO A RODO

Omawiając zagadnienia związane z ograniczeniami wynikającymi z praw autorskich w dostępie do informacji publicznej oraz ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, należy również zwrócić uwagę na problem wynikający z wejścia w życie przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE⁶⁷.

Jak zostało to już wskazane powyżej, prawa autorskie nie stanowią podstawy do ograniczenia dostępu do informacji publicznej, pomimo że materiały, które stanowią informację publiczną, są objęte ochroną prawnoautorską. Jednocześnie materiały, które stanowią informację publiczną oraz są objęte ochroną prawnoautorską, mogą zawierać dane osobowe osób fizycznych, które będą podlegały ochronie na zasadach wynikających z przepisów RODO.

Zgodnie z art. 86 RODO dane osobowe zawarte w dokumentach urzędowych, które posiada organ lub podmiot publiczny lub podmiot prywatny w celu wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym, mogą zostać przez ten organ lub podmiot ujawnione zgodnie z prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, któremu podlegają ten organ lub podmiot, dla pogodzenia publicznego dostępu do dokumentów urzędowych z prawem do ochrony danych osobowych na mocy ni-

⁶⁷ Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z 27.04.2016 r. (Dz.Urz. UE. L 119/1), dalej RODO.

niejszego rozporządzenia. „Komentowany przepis określa relacje między prawem do ochrony danych osobowych a prawem dostępu do dokumentów urzędowych (prawem dostępu do informacji publicznej). Prawodawca unijny potwierdza możliwość ujawniania (udostępniania) danych osobowych zawartych w dokumentach urzędowych w oparciu o przepisy unijne lub przepisy obowiązujące w krajach członkowskich”⁶⁸. „Przepis art. 86 rozporządzenia stanowi nowość w europejskiej regulacji prawnej ochrony danych osobowych i nie ma swojego odpowiednika w dyrektywie 95/46/WE. Wprowadzenie tego przepisu do komentowanego rozporządzenia można postrzegać jako dowód wzrastającego znaczenia prawa dostępu do dokumentów publicznych, które w ustawodawstwie polskim przybrało postać prawa dostępu do informacji publicznej”⁶⁹.

Przywołany przepis należy omawiać w kontekście zasad generalnych wyrażonych w pkt 4 preambuły RODO, w myśl którego przetwarzanie danych osobowych należy zorganizować w taki sposób, aby służyło ludzkości. Prawo do ochrony danych osobowych nie jest prawem bezwzględny; należy je postrzegać w kontekście jego funkcji społecznej i wyważyć względem innych praw podstawowych w myśl zasady proporcjonalności. Niniejsze rozporządzenie nie narusza praw podstawowych, wolności i zasad uznanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej⁷⁰ – zapisanych w Traktatach – w szczególności prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu oraz komunikowania się, ochrony danych osobowych, wolności myśli, sumienia i religii, wolności wypowiedzi i informacji, wolności prowadzenia działalności gospodarczej, prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu oraz różnorodności kulturowej, religijnej i językowej. W myśl art. 11 ust. 1 KPP każdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Ponadto art. 42 KPP stanowi, że każdy obywatel Unii i każda osoba fizyczna lub prawna mająca miejsce zamieszkania lub statutową siedzibę w państwie członkowskim ma prawo dostępu do dokumentów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, niezależnie od ich formy.

Na gruncie przepisów krajowych kwestie związane z dostępem do informacji publicznej reguluje ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. W treści przepisów przywołanej ustawy nie znajdziemy regulacji odwołującej się wprost do danych osobowych. Kwestie związane z ochroną danych osobowych musimy rozpatrywać w oparciu o przepis art. 5 ust. 2 u.d.i.p., który stanowi, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących

⁶⁸ P. Fajgielski, *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)* (w:) *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, LEX/el., komentarz do art. 86.

⁶⁹ P. Fajgielski, *Komentarz...*, komentarz do art. 86.

⁷⁰ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (2012/C 326/02) (Dz.Urz. UE. C 326/391), dalej KPP.

funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. „W prawie polskim podstawowym aktem regulującym publiczny dostęp do dokumentów urzędowych jest ustawa o dostępie do informacji publicznej. Wskazuje ona prywatność osoby fizycznej jako jedno z ograniczeń prawa do informacji publicznej (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), nie określa jednak wprost relacji między prawem do ochrony danych osobowych oraz prawem do informacji. Nie oznacza to jednak, że relacje między dostępem do informacji a ochroną danych osobowych na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej nie występują; należy je oceniać w oparciu o prywatność, o której mowa w art. 5 ust. 2 u.d.i.p., a dopiero następnie to rozwiązanie odnieść do przepisów ustawy o ochronie danych osobowych”⁷¹.

W świetle powyższych regulacji należy uznać, że materiały, które stanowią informację publiczną i jednocześnie zawierają dane osób fizycznych, powinny zostać udostępnione w taki sposób, aby odbyło się to bez naruszania przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. W praktyce sprowadza się to do anonimizacji udostępnianych materiałów, polegającej na usunięciu danych osobowych osób fizycznych z udostępnianych treści.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z 27.07.2018 r. (II SAB/Kr 99/18) stwierdził, że „anonimizacja jest czynnością o charakterze technicznym, dokonywaną na dokumencie stanowiącym informację publiczną, polegającą na zasłonięciu części tego dokumentu, zawierającej dane nie podlegające udostępnieniu. Anonimizacja nie może jednak prowadzić do udostępnienia tylko części wnioskowanych dokumentów. W pewnych sytuacjach stopień anonimizacji dokumentu może bowiem sugerować, że mamy już do czynienia z odmową dostępu, ponieważ dokument poddany anonimizacji staje się nieczytelny, a przez to traci przymiot informacyjny, będący podstawą wniosku o udostępnienie informacji publicznej. Racjonalne jest przyjęcie, że zasłonięcie określonych danych składających się na treść dokumentu można uznać za uzasadnioną anonimizację, gdy czynność ta nie pozbawi dokumentu waloru informacyjnego, jaki wynika ze złożonego wniosku. Innymi słowy anonimizacja dokumentu nie może niweczyć rezultatu, do którego dążył wnioskodawca, przedkładając swój wniosek”⁷². Wydaje się, że przedmiotowe rozwiązanie praktyczne zapewnia ochronę danych osobowych osób fizycznych wynikającą z przepisów RODO z jednoczesnym zapewnieniem możliwie najszerszego dostępu do informacji publicznej, realizuje również zasadę proporcjonalności wyrażoną w pkt 4 preambuły RODO.

Należy jednak zauważyć, że na gruncie przepisów RODO nie powstała jeszcze utrwalona linia orzecznicza, w tym miejscu można odwołać się np. do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 7.11.2018 r. (IV SAB/Wr 131/18), który w uzasadnieniu prawnym swojego rozstrzygnięcia nie dokonał analizy zgodności

⁷¹ RODO. *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, LEX/el., komentarz do art. 86.

⁷² Wyrok WSA w Krakowie z 27.07.2018 r. (II SAB/Kr 99/18), Legalis nr 1814990.

działań podjętych przez podmiot zobowiązany z przepisami RODO, wskazując, że nie zadziałał on we właściwej formie, a mianowicie nie udzielił żądanych informacji zgodnie z wnioskiem (czynność materialno-techniczna), bądź uznając, że informacja nie może być udzielona (np. z powodu konieczności ochrony danych osobowych) – nie wydał decyzji o odmowie jej udostępnienia. Przedmiotowe rozstrzygnięcie nie może zostać uznane za rozstrzygające przedmiotowe zagadnienie w jakikolwiek sposób, ponieważ jego uzasadnienie nie zostało oparte na analizie problemu pogodzenia prawa do dostępu do informacji publicznej z ochroną danych osobowych wynikającą z RODO, a na kwestiach formalnych dotyczących formy reakcji podmiotu zobowiązanego na wniosek o udzielenie informacji publicznej⁷³.

Nie można również uznać, że orzecznictwo sądów administracyjnych sprzed wejścia w życie przepisów RODO w pełni zachowuje swoją aktualność. Należy uznać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 11.04.2018 r. (II SAB/Sz 46/18) za aktualny po wejściu w życie w dniu 25.05.2018 r. przepisów RODO, w zakresie, w jakim stwierdza, że „ograniczenie prawa dostępu, o którym stanowi art. 5 ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, może przybrać formę inną niż wyłącznie odmowa udostępnienia. Żaden z przepisów wskazanej ustawy nie nakazuje wydania decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej w związku z dokonaniem anonimizacji udostępnianej informacji publicznej, zaś udostępnienie zanonimizowanego dokumentu w związku ze złożonym wnioskiem nie oznacza pozostawania przez podmiot zobowiązany w bezczynności. Należy bowiem zauważyć, że postępowanie w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej ma charakter odformalizowany, stąd anonimizacja – jako zabieg techniczny umożliwiający udostępnienie informacji po wyeliminowaniu danych osobowych, których udostępnienie byłoby nieuprawnione – wydaje się środkiem najbardziej adekwatnym i właściwym. W związku z tym konieczność dokonania anonimizacji nie może być utożsamiana z odmową udzielenia informacji publicznej z uwagi na ochronę danych osobowych lub innych tajemnic ustawowo chronionych. Przewidziane w art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej ograniczenie prawa do informacji publicznej nie oznacza bezwzględnego zakazu udostępnienia informacji zawierających tzw. dane wrażliwe”⁷⁴.

W orzecznictwie, które utrwaliło się przed wejściem w życie przepisów RODO, „co do zasady nie jest kwestionowana jawność danych osobowych podmiotów będących stronami umów zawieranych z podmiotami publicznymi, korzystających z majątku publicznego – por. wyroki NSA z 19.12.2016 r., I OSK 2060/16; z 22.03.2016 r., I OSK 2317/14; z 13.04.2016 r., I OSK 2563/14; z 15.06.2016 r., I OSK 3217/14; z 25.11.2016 r., I OSK 2153/14; z 4.02.2015 r., I OSK 531/14; z 9.10.2014 r., I OSK 267/14 i I OSK 546/14”. „Podkreśla się bowiem, iż przy kolizji prawa do informacji z prawem do ochrony danych osobowych, należy przyznać priorytet prawu do informacji publicznej. Zważywszy, że w ramach gospodarki rynkowej nie istnieje przymus zawierania umów z podmiotami publicznymi. Dlatego podmiot (w tym osoba fizyczna) zawierając

⁷³ Wyrok WSA we Wrocławiu z 7.11.2018 r. (IV SAB/Wr 131/18), LEX nr 2591303.

⁷⁴ Wyrok WSA w Szczecinie z 11.04.2018 r. (II SAB/Sz 46/18), Legalis nr 1767929.

umowę cywilnoprawną z podmiotem publicznym nie może oczekiwać, że w zakresie takich danych jak imię i nazwisko lub firma, przedmiot umowy, wysokość wynagrodzenia, zachowa prawo do prywatności – por. wyroki: SN z 8.11.2012 r., I CSK 190/12; NSA z 11.12.2014 r., I OSK 213/14; z 4.02.2015 r., I OSK 531/14, WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 19.05.2016 r., II SAB/Go 33/16; WSA w Gdańsku z 4.09.2013 r., II SA/Gd 447/13; WSA we Wrocławiu z 9.11.2016 r., IV SAB/Wr 183/16; WSA w Łodzi z 20.04.2017 r., II SA/Łd 100/17; WSA w Poznaniu z 6.04.2017 r., IV SA/Po 47/17⁷⁵. Przywołana linia orzecznicza nie została zrewidowana przez sądy administracyjne od czasu wejścia w życie przepisów RODO. Niewątpliwie przedmiotowe zagadnienie w najbliższym czasie będzie obiektem zainteresowania sądownictwa administracyjnego.

Odnosząc regulacje dotyczące ochrony danych osobowych, wynikające z przepisów RODO, do kwestii ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, należy zauważyć, że „w przepisach ustawy z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego prawodawca ograniczył się jedynie do stwierdzenia, w art. 7 ust. 2, że przepisy tej ustawy nie naruszają przepisów o ochronie danych osobowych”⁷⁶. Słusznie zostało zauważone, że „Wydaje się, że przepis ten nie spełnia wymogu pogodzenia publicznego dostępu do informacji i ochrony danych osobowych”⁷⁷.

Konieczność uspołnienienia regulacji dotyczących ochrony danych osobowych oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego została dostrzeżona przez organy unijne. Aktualnie trwa proces legislacyjny związany z przyjęciem nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego⁷⁸, która jest w pełni zgodna z ogólnym rozporządzeniem UE o ochronie danych (RODO)⁷⁹. Zgodnie z założeniami „Wszelkie ponowne wykorzystywanie danych osobowych w ramach dyrektywy w sprawie otwartych danych i informacji sektora publicznego musi odbywać się z pełnym poszanowaniem praw i obowiązków zawartych w ogólnym rozporządzeniu UE o ochronie danych (RODO)”⁸⁰.

DYREKTYWA W SPRAWIE PRAWA AUTORSKIEGO I PRAW POKREWNYCH NA JEDNOLITYM RYNKU CYFROWYM

Poruszając kwestie związane z ograniczeniami wynikającymi z praw autorskich w dostępie do informacji publicznej oraz z ponownym wykorzystaniem informacji sektora publicznego, nie można pominąć problematyki wynikającej z rozwijającego się rynku cyfrowego, który z jednej strony stanowi platformę do rozpowszechniania informacji, danych oraz materiałów objętych ochroną prawa autorskiego, a z drugiej strony jest

⁷⁵ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 28.02.2018 r. (II SAB/Go 142/17), Legalis nr 1728361.

⁷⁶ P. Fajgielski, *Komentarz...*, komentarz do art. 86.

⁷⁷ *RODO. Ogólne...*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, komentarz do art. 86.

⁷⁸ Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/DOC/?uri=CELEX:52018PC0234&from=EN> (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁷⁹ Zob. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-525_pl.htm (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁸⁰ Zob. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-525_pl.htm (dostęp: 12.09.2020 r.).

źródłem pozyskiwania informacji, danych oraz materiałów objętych ochroną prawa autorskiego, również w celu ich ponownego wykorzystania.

Należy zauważyć, że „rzeczywistość zdaje się jednak wyznaczać nowe tendencje w dopuszczalności przetwarzania treści zdigitalizowanych i wykorzystywania fragmentów cudzych utworów. Najpoważniejsze kontrowersje dotyczące kształtu i zakresu praw autorskich chronionych na gruncie systemów prawa państwowego oraz międzynarodowego budzą zjawiska towarzyszące rewolucyjnemu wręcz wzrostowi dostępności do dóbr kultury, związanemu przede wszystkim z digitalizacją treści kulturowych, stworzeniem cyfrowego środowiska (*digital environment*)”⁸¹.

Problematykę tę zauważyły organy Unii Europejskiej, co skutkowało podjęciem prac nad dyrektywą w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym. Parlament Europejski w dniu 26.03.2019 r. przyjął dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE⁸².

Parlament Europejski w opublikowanym w dniu 26.03.2019 r. komunikacie prasowym poinformował, że „posłowie przyjęli dyrektywę 348 głosami do 274, przy 36 wstrzymujących się od głosu. Oznacza to, dla Parlamentu Europejskiego, koniec procesu legislacyjnego, który rozpoczął się w 2016 r. Teraz do państw członkowskich należeć będzie zatwierdzenie decyzji Parlamentu w nadchodzących tygodniach. Jeśli zaakceptują one tekst przyjęty przez Parlament Europejski, wejdzie on w życie po opublikowaniu w dzienniku urzędowym, a następnie państwa członkowskie będą miały 2 lata na jego wdrożenie”⁸³.

W dniu 15.04.2019 r. przedmiotowy akt prawny został przyjęty przez Radę Unii Europejskiej po pierwszym czytaniu w Parlamencie, następnie w dniu 17.04.2019 r. finalny dokument aktu został podpisany⁸⁴.

„Nowe przepisy mają na celu zapewnienie, że prawa i obowiązki wynikające z prawa autorskiego będą miały zastosowanie również w sieci”⁸⁵. Wprowadzenie do porządku prawnego przez państwa członkowskie, w tym Polskę, nowych przepisów regulujących problematykę prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym będzie miało wpływ na zagadnienia związane z dostępem do informacji publicznej oraz ponownym wykorzystaniem informacji sektora publicznego. Na obecnym etapie, przed wdrożeniem przez państwa członkowskie nowych przepisów, nie jest możliwe określenie ich wpływu na dotychczasową praktykę, orzecznictwo oraz judykaturę.

⁸¹ A. Młynarska-Sobaczewska, *Prawo do kultury*, Warszawa 2018, s. 146–147.

⁸² Zob. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0231_PL.html (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁸³ Zob. <http://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/priorities/prawa-autorskie/20190321IPR32110/parlament-przyjal-nowe-przepisy-dotyczace-praw-autorskich-w-internecie> (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁸⁴ Zob. [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280\(CO-D\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280(CO-D)&l=en) (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁸⁵ Zob. <http://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/priorities/prawa-autorskie/20190321IPR32110/parlament-przyjal-nowe-przepisy-dotyczace-praw-autorskich-w-internecie> (dostęp: 12.09.2020 r.).

PODSUMOWANIE

Problem praw autorskich w zakresie dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego został potraktowany w różny sposób przez ustawodawcę. W przypadku prawa do dostępu do informacji publicznej prawa autorskie nie stanowią podstawy do ograniczenia dostępu do informacji publicznej, pomimo że materiały, które stanowią informację publiczną, są objęte ochroną prawnoautorską. Natomiast prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego zostało częściowo ograniczone ze względu na prawa autorskie, które przysługują do materiałów stanowiących informację sektora publicznego.

Zastosowanie w przedmiotowym zakresie różnych rozwiązań nie jest przypadkowe i wynika z odmiennych podstaw aksjologicznych prawa do dostępu do informacji publicznej oraz prawa do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego.

Przyjmuje się, że dostęp do informacji publicznej ma na celu zapewnienie kontroli życia publicznego przez obywateli, a tym samym stanowi narzędzie pozwalające na rzeczywistą realizację zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji, jak również zasady zwierzchności narodu, wyrażonej w art. 4 ust. 1 Konstytucji. Uznaje się, że „powszechny dostęp do informacji publicznej ma znaczenie podstawowe dla nowoczesnego państwa demokratycznego”⁸⁶. Przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do objęcia ochroną dostępu do informacji publicznej, z jednoczesnym ograniczeniem ochrony prawa autorskiego materiałów, które stanowią informację publiczną.

Natomiast prawo do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, co do zasady, ma służyć realizacji celów ekonomicznych, z tego powodu niezasadna byłaby odmowa ograniczenia tego prawa ze względu na ochronę praw autorskich. Przyjęcie odmiennego rozwiązania należałoby uznać za niezasadne i nieproporcjonalne, wszakże niezasadne byłoby przyznanie większej ochrony prawu do ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego mającemu przede wszystkim zapewnić realizację celów rynkowych i gospodarczych z jednoczesnym ograniczeniem albo wręcz wyłączeniem ochrony prawnoautorskiej. Niewątpliwie nie można przyjąć, że prawo, którego celem jest zapewnienie rozwoju ekonomicznego, z tego tylko tytułu ma prymat nad ochroną praw podmiotowych, wynikających z ochrony prawa autorskiego. Przyjęte w tym zakresie rozwiązanie należy uznać, co do samej zasady, za słuszne i racjonalne.

Niemniej nie można uznać, że kwestia praw autorskich w kontekście dostępu do informacji publicznej oraz ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego nie wymaga dalszej analizy, jak również poddania jej szerszej debacie społecznej, w celu wypracowania rozwiązania, które będzie uwzględniało ochronę wynikającą z praw autorskich w możliwie najszerszym zakresie, bez pokrzywdzenia innych wartości, stanowiących fundament ustroju oraz rozwoju Rzeczypospolitej Polskiej oraz innych krajów Unii Europejskiej.

⁸⁶ T. Koellner, *Prawo...*, s. 780.

ABSTRACT

Anna Tetkowska

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw). Since 2010, a regular member of Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców SIDiR. Co-author of the translation into Polish of the Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (first edition in Polish 2010 based on the first FIDIC edition in English from the year 2008). Currently, she attends doctoral seminars at the Faculty of Law, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny in Warsaw and prepares her doctoral thesis in the field of copyright.

The legislator adopts different regulations regarding the right of access to public information and the right to re-use public sector information for materials that are protected by copyright

Copyright does not constitute a basis for limiting access to public information. By contrast, the right to re-use public sector information has been partially restricted due to copyright. The application of various solutions in this scope is not accidental and results from different axiological foundations of the right to access public information and the right to re-use public sector information.

Issues regarding copyrights in the context of public information are of great importance for the education of law as well as the practice of applying the existing regulations. The issue of copyright occurs in the consideration of the problem of access to public information and the re-use of public sector information. The question that should be asked is whether it is possible to ensure full access to public information and the re-use of public sector information without prejudice to copyright to materials that constitute public information or public sector information. The problem of copyright in the field of access to public information and re-use of public sector information has been treated in various ways. In the case of the right to access to public information, copyrights do not constitute grounds for restricting access to public information, although materials that constitute public information are protected by copyright. On the other hand, the right to re-use of public sector information has been partially restricted due to the copyrights of materials that constitute public sector information. The application of various solutions in this field is not accidental and results from different axiological foundations of the right to access to public information and the right to re-use public sector information.

Keywords: *copyrights, public information, re-use of public sector information*

Anna Tetkowska

e-mail: kancelaria@tetkowska.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie). Od 2010 r. członkiem zwyczajnym Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców SIDiR. Współautorką tłumaczenia

na język polski Warunków Kontraktowych FIDIC dla projektowania, budowy i obsługi. Obecnie uczęszcza na seminaria doktorskie na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie oraz przygotowuje pracę doktorską z zakresu prawa autorskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Banaszak Bogusław**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa 2012, Legalis/el.
- Barta Janusz**, *Prawo autorskie. System prawa prywatnego*, Warszawa 2017, t. 13, Legalis/el.
- Barta Janusz, Markiewicz Ryszard**, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2011, LEX/el.
- Bidziński Mariusz, Chmaj Marek, Szustakiewicz Przemysław**, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis/el.
- Bielak-Jomaa Edyta, Lubasz Dominik**, *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018, LEX/el.
- Biłgorajski Artur**, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013
- Fajgielski Paweł**, *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (w:) Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, LEX/el.
- Garlicki Leszek, Zubik Marek**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX/el., t. 2
- Kłaczyński Michał, Szuster Sergiusz**, *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2003, LEX/el.
- Koellner Tomasz**, *Prawo autorskie a dostęp do informacji publicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012/3, s. 741–783.
- Maciejewski Mariusz**, *Prawo dostępu do informacji publicznej a ochrona prawnoautorska utworów*, Warszawa 2015, https://www.academia.edu/11889615/Prawo_dost%C4%99pu_do_informacji_publicznej_a_ochrona_prawnoautorska_utwor%C3%B3w_Right_of_access_to_public_sector_information_and_its_relation_to_copyright_ (dostęp: 25.09.2020 r.)
- Młynarska-Sobaczewska Anna**, *Prawo do kultury*, Warszawa 2018
- Nowicki Marek Antoni**, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka*

i podstawowych wolności (w:) Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Warszawa 2013, LEX/el.

Safjan Marek, Bosek Leszek, *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, t. 1, Legalis/el.

Sibiga Grzegorz, *Nowe zasady ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego w jednostkach samorządu terytorialnego (w:) Przedsiębiorczość i zarządzanie, Zarządzanie publiczne, Funkcjonowanie jednostek samorządu terytorialnego w aspekcie wielowymiarowym*, red. A. Kołodziejska, A. Kozłowska-Polak, Łódź–Warszawa 2017

Skrzydło Wiesław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el.

Pojęcia kluczowe: *gwarancje procesowe, prawo rzymskie, prawo ateńskie*

Artykuły

Andrzej Nogal

GWARANCJE PROCESOWE OSKARŻONEGO W PROCESIE ATEŃSKIM (V/IV W. P.N.E.) W PORÓWNANIU ZE WSPÓŁCZESNYM PRAWEM POLSKIM

Artykuł omawia podobieństwa pomiędzy podstawowymi gwarancjami procesowymi oskarżonego w prawie polskim i prawie ateńskim (V/IV w. p.n.e.). Zdaniem autora zbieżności te nie są przypadkowe, ale wynikają z inspiracji dawniejszych zachodnich, szczególnie niemieckich, reformatorów prawa karnego, rozwiązaniami ateńskimi. Z uwagi na racjonalny i silnie demokratyczny charakter procesu karnego w Atenach zostały uznane przez dawniejszych teoretyków za przejaw prawa naturalnego i stały się podstawą nowoczesnego procesu karnego. Z tej samej przyczyny recypowano je także w Polsce. Uzasadniony jest więc pogląd, że koncepcja podstawowych gwarancji procesowych oskarżonego w prawie polskim została zapożyczona z prawa ateńskiego.

Współcześni polscy teoretycy prawa niejednokrotnie wskazują, że do poprawnego zrozumienia współczesnych konstrukcji prawnych konieczne jest zrozumienie dziejów ich ukształtowania się. Mówi się wręcz, że prawo jest tworem historii, składającym się z wielu nawarstwień i zapożyczeń. Wpływ ten może być bardzo dawny. Zwrócić należy bowiem uwagę, że prawo przypomina skomplikowaną budowlę, do której kolejne pokolenia dodają swoje cegiełki, będące efektem własnych przemyśleń albo uznanych za pozytywne zapożyczeń z praw obcych¹. Zasadnie więc

¹ I. Koschembahr-Łyskowski (w:) *Historia prawa na zachodzie Europy*, Warszawa 1928, s. 3, pisze wręcz, że „zadaniem wykładu jest przedstawienie wspólnych podstaw prawnych narodów zachodnioeuropejskich”.

pisze S. Waltoś, że „tradycje współczesnego procesu karnego zwykle się wywodzą z reform, jakie miały miejsce w XVIII w. Ale przecież w czasie Rewolucji Francuskiej nie tworzone wszystkie od nowa. Każda z ówczesnych koncepcji miała korzenie w dotychczasowym dorobku ludzkości. Współczesny proces karny jest rezultatem stopniowego zbierania doświadczeń w ciągu co najmniej 5000 lat. Tradycje sięgają aż do państw Sumerów i starobabilońskiego”².

Poszukując konkretnych źródeł polskich regulacji karnych, sięga się jednak zwykle co najwyżej do prawa rzymskiego, tymczasem są poważne przesłanki wskazujące, że polskie rozwiązania proceduralne są w niemałym stopniu wzorowane na staroateńskich. Recepja tychże konstrukcji nie odbyła się do polskiego prawa bezpośrednio, tylko za pośrednictwem niemieckiej nauki prawa karnego, która wywarła decydujący wpływ na ukształtowanie się samodzielnej polskiej myśli karnej po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. Nie można pominąć bowiem faktu, że zarówno najważniejsi praktycy, jak i teoretycy prawa z okresu międzywojennego swoje poglądy ukształtowali w państwach zaborczych, gdzie doktryna prawa karnego zdominowana była przez myśl niemiecką. Przykładowo, polski Kodeks karny z 1932 r.³ sporządzony był pod widocznym wpływem niemieckiej szkoły socjologicznej w prawie karnym, na co zapewne nie miały wpływu okoliczności, że główny autor tego kodeksu, Juliusz Makarewicz, przez rok był uczestnikiem seminarium F. Liszta, twórcy szkoły socjologicznej⁴.

Niemiecka zaś nauka prawa karnego XVIII–XIX w. pozostawała pod silnym, chociaż pośrednim, wpływem myśli prawnej staroateńskiej. Odbywało się to szeregiem dróg, przede wszystkim za pośrednictwem prawa rzymskiego. Okres oświecenia był czasem poszukiwania racjonalnych rozwiązań w prawie karnym, kiedy to w całej Europie chętnie sięgano po prawo rzymskie, gdyż „prawo rzymskie reprezentowało w tych kodyfikacjach, wyrosłych na gruncie idei prawa natury, mądrość wieków”⁵. Odwoływano się tu szczególnie chętnie do pierwiastka humanistycznego tegoż prawa, które ukształtowało się pod ewidentnym wpływem ateńskiej filozofii prawa⁶. Po części zaś wynikało to z ówczesnego niemieckiego modelu kształcenia, opartego na poziomie szkolnictwa średniego na lekturze

² S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 74.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. nr 60 poz. 571).

⁴ I. Zduński, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary w k.k. z 1932 r. Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych*, Bydgoszcz 2016, t. 6, s. 245. Autor ten wskazuje, że w przypadku Makarewicza „roczny pobyt w Niemczech a zwłaszcza uczestnictwo w słynnym seminarium prowadzonym przez prof. Franciszka Liszta (twórcę szkoły socjologicznej w prawie karnym) zaważyło na ukształtowaniu się jego poglądów na prawo karne, w tym również na problematykę winy i kary”.

⁵ W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie. Od świata antycznego do współczesności (w:) Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009.

⁶ J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 71, ujmując to następująco. „Błędna byłaby jednak teza, iż myśl grecka, różna od konkretnych reguł prawa greckiego nie miała udziału w rzymskich osiągnięciach prawnych, bowiem prawnicy rzymscy rzeczywiście zawdzięczali niezwykle ważne elementy stosowanej przez siebie metody narzędziom odnalezionym w greckiej filozofii i gramatyce, a może także do pewnego stopnia w greckiej retoryce”. Szerzej o wpływie prawa greckiego

klasyków łacińskich i greckich, przede wszystkim ateńskich, których część prac była z zakresu praktyki i filozofii prawa⁷. Z klasyków łacińskich szczególnie uważnie studiowany był Cynceron, najważniejszy rzymski teoretyk prawny, którego myśl prawna ukształtowana została w oparciu o ateńską filozofię prawa⁸. Pamiętać także należy, że Niemcy do 1806 r. nosiły oficjalnie nazwę Święte Cesarstwo Rzymskie. Prawo rzymskie było zatem uznawane tam za własne. Jak pisze jeden z badaczy, „za decydujący moment w recepcji prawa rzymskiego w Niemczech uważa się powołanie w 1495 r. Sądu Kameralnego Rzeszy, Reichskammergericht. Był to sąd najwyższy powołany do rozstrzygnięcia sporów między poszczególnymi władcami terytorialnymi Rzeszy. Ustawa powołująca ten sąd mówiła, że ma on sądzić na podstawie powszechnego prawa Rzeszy, czyli na podstawie prawa rzymskiego, albo według norm prawa lokalnego, tam gdzie jego istnienie zostanie udowodnione. Prawo rzymskie uzyskało więc jedynie charakter posiłkowy, czyli subsydiarny. Z drugiej strony prawo rzymskie jako prawo spisane, mając walor prawa uczonego, było uważane za tzw. *fundata intentio*, a więc za prawo, które nie wymaga udowodnienia przed sądem. Działalność Sądu Kameralnego w sposób znaczący wprowadziła prawo rzymskie do sądów niemieckich”⁹. Autor ten widzi następująco rolę prawa uniwersytetów w recepcji prawa rzymskiego. „W Niemczech istniał zwyczaj zwracania się przez sądy w sprawach szczególnie trudnych do wydziałów prawa o wydanie opinii – *communis opinio doctorum*. Ponieważ podstawą studiów prawniczych było prawo rzymskie i prawo kanoniczne wydawane opinie oparte były na rozwiązaniach zaczerpniętych z prawa rzymskiego. Opinia ta była dla sądu wiążąca”¹⁰.

Niemale znaczenie miały także ówczesne tendencje demokratyzujące. Sięganie po rozwiązania rodem z demokratycznych Aten było dla uczonych zabiegiem naturalnym – znane były powszechnie osobom wykształconym w Niemczech i cieszyły się autorytetem, jako pochodzące z kolebki demokracji.

W mojej ocenie zasadne jest zatem zbadanie podobieństw i różnic procedury ateńskiej i współczesnej, polskiej w celu ustalenia zależności prawa polskiego od ateńskiego wzoru w zakresie gwarancji procesowych oskarżonego. W niniejszej pracy zostaną omówione ateńskie regulacje zapewniające oskarżonemu:

na kształtowanie się prawa rzymskiego A. Nogal, *Greckie korzenie rzymskiego prawa*, „Rzeczpospolita” z 2.11.2014 r.

⁷ Klasycy greccy i łacińscy byli długo fundamentem edukacji szkolnej. Tu przed I wojną światową dominowały w niemieckim szkolnictwie średnim tzw. gimnazja klasyczne, gdzie główny nacisk kładziono na naukę greki i łaciny. W. Czaplinski, A. Galos, W. Korta, *Historia Niemiec*, Wrocław 1981, s. 589. Można więc powiedzieć, że wszyscy reformatorzy procesu karnego XVIII/XIX w. znali z lat szkolnych proces ateński.

⁸ K. Kumaniecki, *Cynceron i jego współczesni*, Warszawa 1989, s. 494, wskazuje, że dzieła prawnicze Cyncerona oparte były na filozofii stoickiej, a i sam Cynceron wskazuje w swoich pracach szereg filozofów ateńskich, których nauką się inspirował.

⁹ P. Furmanek, *Recepcja prawa rzymskiego – średniowiecze i czasy nowożytne*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001/4–6, s. 46–54.

¹⁰ P. Furmanek, *Recepcja...*, s. 46–54.

- typizację (określoność) czynów zabronionych (*nullum crimen sine lege*),
- domniemanie niewinności,
- prawo do obrony,
- niezależny i sprawiedliwy sąd.

Można powiedzieć, że są to zasady absolutnie fundamentalne w europejskim, a więc i polskim porządku prawnym¹¹.

NULLUM CRIMEN SINE LEGE CERTA ET SCRIPTA

Zasada *nullum crimen sine lege* oznacza, że nie jest przestępstwem czyn, który nie jest zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Z zasady tej wynika postulat, aby prawo było spisane i ogłoszone adresatom norm prawnych. Zakazane zaś czyny powinny być określone precyzyjnie¹². W prawie współczesnym zasada ta nie jest przestrzegana skrupulatnie. Inflacja pozakodeksowych przepisów prawa karnego sprawia, że tylko podstawowe zakazy są znane powszechnie¹³. Standardem są też zwroty niedookreślone oraz tzw. klauzule normatywne (przepisy blankietowe), które sprawiają, że w gąszczu przepisów karnych trudno poruszać się nawet specjaliście¹⁴. Niedawno też, w epoce PRL-u, utajniano szereg aktów prawnych, a i dzisiaj dostęp do orzeczeń sądowych jest utrudniony¹⁵. Problemem jest też zmienna i niestabilna linia orzecznicza sądów. Nic więc dziwnego, że parafrazując zasadę *ignorantia iuris nocet*, mawia się niekiedy o powszechnej nieznanomości prawa¹⁶.

Starożytni Grecy wcześniej dostrzegli potrzebę kodyfikacji swojego prawa i pierwsze zwody praw zostały ułożone w Grecji już w VII w. p.n.e. W Atenach w 621 r. p.n.e. Drakon przygotował rygorystyczny kodeks, złagodzony potem przez Solona w 594 r. p.n.e. Katalog przestępstw miał charakter racjonalny. Karane były przestępstwa przeciwko życiu i mieniu, czci, państwu, wykroczenia urzędnicze,

¹¹ Katalog najważniejszych gwarancji procesowych w nauce procesu karnego jest nieprecyzyjny i zależy od autora. Na potrzeby niniejszej pracy zostały wyciągnięte zasady najpoważniejsze, które mają podstawy konstytucyjne i oparcie w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC. Podkreślić należy, że Konwencja ta stanowi integralną część polskiego porządku prawnego na mocy art. 87.1 Konstytucji RP, który stanowi, że „źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia”.

¹² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 18. Obszernie o genezie zasady I. Andrejew, *Polskie prawo karne. Zarys wykładu*, Warszawa 1970, s. 22.

¹³ J. Kosik, *Nieznanomość prawa a stan prawa*, „Acta Universitatis Varsoviensis” 1990/1022.

¹⁴ Szerzej na temat problematyki klauzul normatywnych zob. A. Nogal, *Błąd co do prawa a klauzule normatywne w prawie karnym skarbowym na tle ogólnego prawa karnego*, „Palestra” 2020/7–8, s. 96–109.

¹⁵ S. Sztaba, *Kodeks Hammurabiego widziany oczami ekonomisty*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013/1, s. 97–117. Przedstawia on politykę PRL w zakresie utajniania niektórych regulacji prawnych oraz wyroków sądowych.

¹⁶ J. Podczaszy, *Ignorantia iuris nocet. O powszechnej nieznanomości prawa*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2015/4, s. 33.

bluźnierstwo, zdrada małżeńska, stręczenie ludzi wolnych. Nie były karane czary¹⁷. Nowym ateńskim zwyczajem stało się wystawianie zasobów archiwów publicznych, w formie rytych płyt kamiennych, na widok publiczny. Jak pisze jeden z badaczy, „fakt, że wszystkie te dokumenty wystawiono na widok publiczny, zwłaszcza na Akropolu i na agorze, oznacza, iż były przeznaczone do czytania przez szeroką rzeszę obywateli. Oto po raz pierwszy w dziejach basenu Morza Śródziemnego i Europy dokumentację wystawia się ostentacyjnie na widok publiczny”. Miało się to dokonać w połowie V w. p.n.e.¹⁸ W ten sposób każdy obywatel mógł zapoznać się z obowiązującym prawem karnym. Zwyczaj ten upowszechnił się też w innych miastach greckich.

W tej sytuacji Arystoteles mógł zasadnie wyrazić pogląd, że „nawet za samą nieświadomość też karzą [prawodawcy], jeśli ktoś zdaje się być winnym tej nieświadomości, tak np. za czyny popełnione po pijanemu kary są podwójne; bo przyczyna tkwi tu w sprawie, jako że mógł uniknąć stanu nietrzeźwości, który wywołał jego nieświadomość. Tak też karana jest nieznanomość pewnych postanowień prawnych, które powinny być znane i nie są trudne do zrozumienia; podobnie ma się rzecz we wszystkich innych przypadkach, w których przyczyną nieświadomości u pewnych osobników zdaje się być niedbalstwo, ponieważ uniknięcie tej nieświadomości zawsze było od nich samych: nieusprawiedliwiona nieznanomość prawa nie stanowi usprawiedliwienia dla sprawy, przyjmujemy bowiem, że leżała w ich mocy dbałość o te rzeczy”¹⁹.

Rzymianie przejęli od Greków ideę jawności i kodyfikacji prawa, jednakże już w okresie klasycznym nie była ona realizowana w sposób pełny²⁰. Wystąpiło zjawisko inflacji przepisów, rozstrzygania spraw na podstawie indywidualnych reskryptów cesarza oraz niejawności prawa. Doszło do tego wręcz, że w protokole z promulgacji Kodeksu Teodozjusza z 438 r. na posiedzeniu Senatu rzymskiego (a więc ciała grupującego elitę społeczną i urzędniczą) odnotowano m.in. następujące postulaty, dotyczące właśnie jawności i dostępności tegoż Kodeksu: „niechaj wiele kopii kodeksu znajdzie się w urzędach”, „aby konstytucje nie były fałszowane, niechaj wszystkie kodeksy będą przepisywane z dokładnością co do litery”, „niechaj kopie kodeksu będą przesłane do prowincji”, „prosimy, aby kopie znajdowały się w urzędach”²¹. Postulaty te uderzają swoim wymiarem praktycznym i pokazują realne problemy elit społecznych z dostępem do nieskażonego tekstu prawa. Sprawa miała istotne znaczenie, gdyż Kodeks ten

¹⁷ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 90. Obszernie przestępstwa i przebieg procesu w Atenach omawia K. Koranyi, *Historia powszechna państwa i prawa*, Warszawa 1961, s. 91. Z nowszej literatury B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia starożytnych Greków*, Warszawa 2009, t. 2, s. 420.

¹⁸ J.K. Davies, *Demokracja w Grecji klasycznej*, Warszawa 2003, s. 72.

¹⁹ Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 2007, t. 5, s. 132.

²⁰ Dwie zasadnicze kodyfikacje rzymskie pochodzą z okresu nieklasycznego – tzw. ustawa XII tablic z V w. p.n.e. i Kodeks Justyniana z VI w., czyli okresu poklasycznego prawa rzymskiego.

²¹ W. Wołodkiewicz, *Promulgacja Kodeksu Teodozjusza na posiedzeniu senatu miasta Rzymu*, „Palestra” 2006/1–2.

stanowił, że poddany obowiązany jest znać prawo, a gdy nie zna, to już tym samym dopuszcza się winy²². Obietnica przewodniczącego obrad, konsula Aniciusa Aciliusa Glabrio, że cesarz zgodził się na przygotowanie kopii kodeksu, z których jedna przekazana będzie do prowincji Afryka, z pewnością nie zaspokajała całości oczekiwań senatorów.

Można więc przyjąć, że o ile w warstwie deklaratywnej współczesna polska nauka prawa karnego wyraża postulaty ateńskie, o tyle w praktycznym wymiarze naśladowane są raczej wzory rzymskie, łącznie z teodozjańskim, rygorystycznym, podejściem do błędu co do prawa.

DOMNIEMANIE NIEWINNOŚCI

Artykuł 11 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka²³ (stanowiącej część także polskiego porządku prawnego) przewiduje, że każdy człowiek oskarżony o popełnienie przestępstwa ma prawo, aby uznawano go za niewinnego dopóty, dopóki jego wina nie zostanie mu udowodniona zgodnie z prawem podczas publicznego procesu, w którym miał wszystkie gwarancje konieczne dla swojej obrony²⁴. W celu wypełnienia tejże reguły ustawodawstwo polskie przewiduje, że proces karny jest skargowy, kontradyktoryjny (w pewnej mierze), tymczasowe pozbawienie wolności odbywa się na podstawie orzeczenia sądu. Przewidziana jest także kara za fałszywe zawiadomienie organów ścigania o nieistniejącym przestępstwie (art. 238 k.k.). Domniemanie niewinności obejmuje zarówno konieczność udowodnienia przez oskarżyciela winy oskarżonego (zagadnienie ciężaru dowodu w procesie karnym), jak i równość stron w postępowaniu karnym. W polskim postępowaniu karnym realizacja zasady równości oskarżyciela i oskarżonego nie jest pełna²⁵. Oskarżycielem jest z reguły prokurator, tak samo jak i sąd, działający w imieniu państwa. Procedura przewiduje także szereg uprawnień władczych dla prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, które podlegają następczej kontroli sądu po zaskarżeniu ich. Prokurator jest bowiem nie tylko oskarżycielem, ale i organem procesowym²⁶. Prokurator nie ponosi bezpośrednio odpowiedzialności za nieskuteczne oskarżenie ani też oskarżonemu (podejrzanemu) nie przysługują zadośćuczynienie pieniężne za stres związany z niesłusznym oskarżeniem. Jaskrawym przykładem naruszenia zasady domniemania niewinności są długotrwałe areszty tymczasowe, stosowane na podstawie ogólnikowych przesłanek.

²² H. Kupiszewski, *Ignorantia iuris nocet*, „Prawo Kanoniczne” 1982/1–2, s. 305.

²³ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 10.12.1948 r. 217 A (III), https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/04/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp: 6.10.2020 r.).

²⁴ Podobnie Konstytucja RP w art. 42 ust. 3 oraz art. 5 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.).

²⁵ Szczegółowo S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 238.

²⁶ Szczegółowo S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 165.

Genezę zasady domniemania niewinności w prawie europejskim wiąże się najczęściej z prawem rzymskim, wskazując na rzymski kształt ciężaru dowodu w prawie karnym²⁷. W literaturze podkreśla się, że problematykę tę poruszał Cyceon, ale też on „nie był jedynym, który poruszył w ówczesnych czasach problem sytuacji procesowej oskarżonego, wskazując na potrzebę respektowania m.in. domniemania niewinności. W edykcji Trajana została uregulowana zasada *favor rei*, która stanowiła, że lepiej uniewinnić stu winnych, niż skazać jednego niewinnego. Można zatem wysnuć wniosek, że domniemanie niewinności już w czasach rzymskich nie było jedynie abstrakcją i miało już swoje odzwierciedlenie w myśli filozoficznej i ówczesnych aktach prawnych”²⁸. Pamiętać jednak należy, że te poglądy prawników rzymskich pochodzą z czasów dużo późniejszych, niż ukształtowało się prawo staroateńskie, a wyraźny wpływ na kształtowanie się ich wywarła ateńska filozofia prawa. Z drugiej strony rzymska praktyka prawa karnego, szczególnie w prowincjach rzymskich, nie respektowała domniemania niewinności, dopuszczając wstępną karę przed wyrokiem, i wymagała od oskarżonego udowadniania swojej niewinności²⁹.

Prawo ateńskie także wprost nie zawierało zasady domniemania niewinności, lecz problem był Ateńczykom znany. Arystoteles wyraził pogląd, że w przypadku przestępstwa zabójstwa lub pozbawienia kogoś wolności sąd powinien prędzej uniewinnić winnego człowieka, niż skazać niewinnego³⁰. W postępowaniu karnym ateńskim istniały mechanizmy chroniące obywateli przed niesłusznym oskarżeniem. Oskarżenia dzielono na prywatne (*dikei*) i w interesie publicznym (*graphai*)³¹. Na wstępie oskarżyciel był zobowiązany do powiadomienia podejrzanego o zamiarze wniesienia przeciwko niemu skargi. Skargę wносиło się na piśmie, a oskarżony miał prawo do złożenia na nią pisemnej odpowiedzi. Mógł w niej podnieść zarzuty tak formalne, jak i merytoryczne. Archont, urzędnik sądowy, pochodzący z wyboru, dokonywał wstępnego badania skarg, wysłuchiwał obu stron, dając im możliwość zadawania wzajemnie pytań i gdy uznał ich dopuszczalność, sprawa mogła być procedowana³². Następnie oskarżyciel i oskarżony obowiązywani byli wnieść opłatę sądową. Zasadą było, że przegry-

²⁷ W zachodniej myśli prawnej zasada domniemania niewinności i powiązana z nią ściśle reguła *in dubio pro reo* sformułowana została w 1562 r. w pracy włoskiego uczonego Bossiusa *Tractatus Varii Criminalis Materiae*, ale z całą pewnością jej korzenie są dużo starsze. Szerzej M. Mozgawa-Saj, *Rzymskie korzenie zasady domniemania niewinności i prawa oskarżonego do obrony*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe” 2018/101, s. 105.

²⁸ Obszernie A.M. Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności na tle historycznego rozwoju prawa karnego w Europie* (w:) *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012.

²⁹ Takie konkluzje wyciągnąć można z drobiazgowej analizy procesu Jezusa Chrystusa przed Poncjuszem Piłatem. Szczegółowo omawia to P. Świąćicka (w:) *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 2011.

³⁰ Obszernie M. Warchoł, *Ciężar dowodu w procesie karnym. Studium prawnoporównawcze*, Warszawa 2017, s. 8 i powoływane tam źródła.

³¹ B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 425.

³² K. Koranyi, *Historia powszechna...*, s. 71; Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, tłum. L. Piotrowicz, Kraków 1931, s. 105.

wający ponosił koszty procesu. Proces był w pełni kontradiktoryjny. Strony przed sądem miały taki sam czas na wypowiedź, jego długość zależała od wagi sprawy. Obliczano go dzięki zegarowi wodnemu³³. W razie uznania oskarżonego za winnego obie strony mogły zaproponować karę, która ponownie była głosowana przez sąd. W razie niezebrania przez oskarżyciela co najmniej 1/5 głosów sędziów podczas głosowania nad wyrokiem w sprawie *graphe* groziła mu kara 1000 drachm oraz częściowej utraty praw publicznych³⁴.

Prawo ateńskie nie przewidywało instytucji tymczasowego aresztowania. Wyjątkiem była *apagoge* – ateńska procedura karna wobec *kakoúrgoi*, *átimoi* oraz *androphónoi* – czyli wobec złodziei, oszustów i porywaczy ludzi, złapanych na gorącym uczynku. Ci mieli przebywać w areszcie do wyroku³⁵. Domniemanie niewinności działało w praktyce. Zachowała się na ten temat znacząca wzmianka źródłowa. Otóż Ajschines pisał w mowie przeciwko Ktezyfontowi: „Ów słynny Aristofon z Azenii śmiał się kiedyś wobec was przechwalać, że uzyskał uniewinnienie w 75 procesach o wniesienie uchwały niezgodnej z prawem”³⁶. A zatem nie było niczym nadzwyczajnym uzyskanie niejednego, a większej nawet liczby uniewinnień w procesach. Z tym że poprawkę trzeba brać na okoliczność, że opisana wyżej sytuacja Aristofona miała ewidentny kontekst polityczny, a w typowych sprawach kryminalnych z pewnością uniewinnienia nie były tak częste.

Zatem, wbrew wyrażanym niekiedy w literaturze poglądom, prawo ateńskie w pełni odpowiadało współczesnym standardom w zakresie instytucji domniemania niewinności³⁷. Prawo ateńskie chroniło przed niesłusznym oskarżeniem, przewidując kary dla oskarżycieli, dając oskarżonemu równą pozycję z oskarżycielem, wymagając od oskarżyciela udowodnienia winy oskarżonego, jak i zabezpieczając wolność obywatela do zakończenia procesu. Można zatem powiedzieć, że znacznie lepiej, w porównaniu z prawem polskim, chroniło obywatela przed niesłusznym oskarżeniem.

PRAWO DO OBRONY

Zarówno prawo polskie, jak i ustawodawstwo międzynarodowe kładą nacisk na realizację prawa do obrony oskarżonego w procesie karnym. Konstytucja RP w art. 42 ust. 2 stanowi: „Každy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy

³³ B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 425.

³⁴ Tzw. *atimia*. Omawiają ją szczegółowo B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 453.

³⁵ J. Rominkiewicz, *Apagoge – ateńska procedura karna wobec kakoúrgoi, átimoi oraz androphónoi*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2012/3, s. 104. Autor omawia także inne, wyjątkowe kategorie przestępców sądzonych w myśl tej uproszczonej procedury.

³⁶ Ajschines, *Przeciw Ktezyfontowi* (w:) *Mowy*, tłum. W. Lengauer, Warszawa 2004, s. 112. Obszernie omawia ją J.K. Davies, *Demokracja w Grecji klasycznej*, Warszawa 2003, s. 137.

³⁷ Odmienny pogląd wyraża A.M. Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności...*

z urzędu³⁸. Prawo do obrony dzieli się na materialne i formalne. Formalne oznacza prawo do korzystania z pomocy wybranego obrońcy. Materialne zaś oznacza prawo oskarżonego do podejmowania wszelkich czynności procesowych w procesie karnym mających na celu polepszenie jego sytuacji procesowych³⁹. Niemniej jednak, jak wskazano wyżej, w polskim prawie trudno mówić o procesowej równości oskarżyciela publicznego i oskarżonego, szczególnie w postępowaniu przygotowawczym.

Prawo rzymskie mogło tu stanowić dla współczesnych zachodnich rozwiązań ograniczone źródło inspiracji. Dopuszczało w ograniczonym zakresie obronę formalną, odnośnie zaś do materialnej uprawnienia oskarżonego w okresie klasycznym nie były rozbudowane. Nie uważam za zasadne akcentowanie, istniejącego w prawie rzymskim, obowiązku wysłuchania oskarżonego jako przejawu wysokiej kultury prawnej, gdyż to jest raczej elementarz racjonalnego postępowania sądowego. Z kolei inne uprawnienia oskarżonych w okresie pryncypatu i dominatu były stopniowo ograniczane, praktycznie do zera w okresie poklasycznym⁴⁰.

W prawie ateńskim nie była przewidziana możliwość korzystania z zastępstwa procesowego zawodowego rzecznika, obrońcy w postępowaniu sądowym. W pewnym zakresie jego funkcje wykonywali tzw. logografowie. Zasadniczo zajmowali się oni przygotowaniem tekstu przemówienia obrończego przed sądem. Dodatkowo zaś poradnictwem prawnym i przygotowaniem linii obrony⁴¹. Istniała jednakże instytucja „współmówcy”. Polegała ona na tym, że oskarżony, za zgodą sądu, mógł w ramach przysługującego mu czasu na przemówienie dopuścić do głosu wybraną przez siebie osobę. Zasadniczo mógł to być krewny czy przyjaciel, ale nie było przeszkód, aby był to wynajęty prawnik czy też wpływowy polityk⁴².

W zakresie materialnego prawa do obrony zwrócić należy uwagę, że oskarżony i oskarżyciel mieli równe prawa już na etapie postępowania przedsądowego. Skarga powinna być wniesiona na piśmie, oskarżony mógł złożyć na nią także pisemną odpowiedź. Podczas wstępnego przesłuchania przed urzędnikiem sądowym oskarżony mógł także zadawać pytania oskarżycielowi i wskazywać argumenty, że skarga była niedopuszczalna tak z przyczyn formalnych, jak i co do istoty.

Dzień rozprawy dzielono na części, dając stronom na przemówienia równą ilość czasu, zależną od wagi sprawy. W sprawach o wartości do 1000 drachm była to go-

³⁸ Z kolei art. 6 EKPC stanowi m.in., że oskarżony ma prawo do „bronienia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości”.

³⁹ Szczegółowo S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 295.

⁴⁰ Wysłuchanie oskarżonego było praktycznie jedynym uprawnieniem oskarżonego w procesie prowincjonalnym – M. Mozgawa-Saj, *Rzymskie korzenie...*, s. 106.

⁴¹ Instytucję logografów omawiają B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 428; B. Zalewski, *Logografowie, oratorzy, juryści – formy świadczenia pomocy prawnej w starożytnych Atenach i Rzymie*, Warszawa 2015, s. 12.

⁴² B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 428.

dzina, w sprawach do 5000 drachm 2 godziny i 3 godziny w sprawach dotyczących interesu publicznego (*graphēi*)⁴³. Upływu czasu skrupulatnie przestrzegano dzięki użyciu zegarów wodnych, uruchamianych i zatrzymywanych przez specjalnego urzędnika. Przesłuchań świadków i prezentacji tekstów prawa nie wliczano do czasu przemówień⁴⁴.

Prawo do obrony w postępowaniu sądowym, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, w pełni odpowiadało dzisiejszym standardom. Co więcej, dzięki całkowitej równości uprawnień oskarżyciela i oskarżonego lepiej chroniło prawa oskarżonego niż rozwiązania współczesne, gdzie oskarżyciel publiczny korzysta z szeregu przywilejów procesowych, szczególnie na etapie postępowania przygotowawczego.

SPRAWIEDLIWI I BEZSTRONNY SĄD

Niewiele są warte dowolne, formalne gwarancje procesowe dla oskarżonego, jeżeli sąd jest niekompetentny, stronnicy lub orzeka niesprawiedliwie. W Polsce obowiązuje model profesjonalnego sędziego, udział ławników jest minimalny. Kryteria mianowania na urząd sędziego są wyśrubowane. Mimo to zaufanie do sądów jest obecnie w Polsce istotnym problemem społecznym⁴⁵.

Sądownictwo ateńskie oparte było z kolei na czynniku społecznym. Sędziowie, w zależności od sądu, pochodzili bądź z wyborów, bądź też pełnili swe funkcje w ramach obywatelskiego obowiązku, w wyniku losowania. Najważniejszym ateńskim sądem, pełniącym także funkcje odwoławcze od sądów niższej rangi, był Sąd Ludowy Heliaja, orzekający w kompletach orzekających, tzw. dikasteriach⁴⁶.

Heliaja stanowiła, niejako, emanację Zgromadzenia Ludowego, jako jego wyspecjalizowany komitet. W skład Heliaji wchodziło 6000 przysięgłych, tzw. heliastów, orzekających w kompletach, zwykle po 501 członków. Byli to ochotnicy, którzy podlegali kontroli tylko pod względem formalnym. Nie podlegali natomiast bardziej szczegółowym badaniom w ramach procedury tzw. dokimazji⁴⁷. Przysięgli składali uroczystą przysięgę na bogów, że będą posłuszni prawom Miasta, uchwałom Zgromadzenia Ludowego i Rady oraz własnemu poczuciu sprawiedliwości tam, gdzie brak będzie przepisu. Ślubowali także bezstronność i obiektywizm. Przysięga była

⁴³ W sprawach prywatnych było to po ok. 40 minut. Tak M. Jońca (w:) *System prawa karnego procesowego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, t. 1, s. 217.

⁴⁴ B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 425.

⁴⁵ Według sondażu z lipca 2018 r. tylko 34% Polaków ma zaufanie do sądów. Sondaż: *Zmiany w sądach bez poparcia*, „Rzeczpospolita” z 11.07.2018 r., według sondażu z kwietnia 2019 r. 19% ankietowanych uważa polskie sądy za niezależne. Sondaż: *Czy polskie sądy są niezależne*, „Rzeczpospolita” z 5.05.2019 r.

⁴⁶ Szczegółowo organizację ateńskiego sądownictwa omawiają B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 419.

⁴⁷ Szczegółowo A. Szymańska, *Badanie osobistych kwalifikacji kandydatów na urzędy w starożytnych Atenach*, „Państwo Prawne” 2018/1, s. 105.

obwarowana groźbą klątwy na tego, kto ją złamie⁴⁸. Nie było na stałe przydzielonych przysięgłych do poszczególnych kompletów orzekających. Uważa się wręcz, że losowano ich rankiem przed rozpoczęciem dnia sądowego, tak samo jak przewodniczącego im urzędnika sądowego. Ani oskarżyciele, ani oskarżony, ani przysięgli, ani nawet urzędnicy nie wiedzieli więc zawczasu, kto będzie kogo sądził do czasu losowania, po którym rozpoczęła się rozprawa.

Jak się wydaje, w ten sposób ateński *demos* pragnął zabezpieczyć się przed ponadczasowymi problemami sądownictwa: indywidualnym kaprysem sędziego, korupcją, naciskami personalnymi i politycznymi na sędziów. Nie do końca to się udało, o czym świadczy następująca opinia, prawda, że pochodząca od wroga demokracji. „Niektórzy powiedzą, że jeżeli ktoś zwróci się do rady, albo Zgromadzenia, mając przy sobie większą sumę, załatwi sprawę. Zgodziłbym się, że wiele można w Atenach przeprowadzić za pomocą pieniędzy i dałoby się zrobić jeszcze więcej, gdyby jeszcze więcej ludzi mogło ponosić tego rodzaju wydatki”⁴⁹. Stawiało się także sędziom zarzut, że orzekając pod wpływem emocji, skazują niewinnych i uwalniają winnych. „Czy nie dostrzegasz, jak często sądy ateńskie wprowadzone w błąd stosowną mową skazują na śmierć ludzi niewinnych, a jednocześnie uwalniają winnych albo z powodu litości wywołanej mową sądową, albo wypowiedzianych pochlebstw?”⁵⁰. Arystofanes w sposób krytyczny przedstawia typowego przysięgłego, jako klepiącego biedę starca, pieniacza, ślepo wierzącego demagogom⁵¹. Zarzuca się też heliastom brak głębszej wiedzy prawniczej. Istotnie też, korupcja nie była zjawiskiem wyjątkowym wśród ateńskich elit⁵².

Powyższe opinie pochodzą jednak ze środowiska niechętnego ateńskiej demokracji. Zwrócić uwagę należy na aspekty pozytywne takiego modelu sądownictwa. Ateńscy sędziowie-przysięgli pełnili swoje funkcje ochotniczo, nierzadko przez wiele lat. Ich rodzice, dziadkowie, znajomi zapewne także je pełnili. W ciągu roku mogło być nawet 200 dni rozpraw. Z całą pewnością heliastci mieli więc sposobność, aby nabrać dystansu do erystycznych popisów stron i nabrać dogłębnej wiedzy o obowiązującym prawie. Nieustanne tasowanie składów orzekających zapewniało także jednolitość orzecznictwa w podobnych sprawach i utrudniało praktyki korupcyjne. Owszem, zapewne była pomiędzy heliastami nadreprezentacja ludzi starszych – co jednak wiązało się przecież z dużym doświadczeniem życiowym. Nie przekreślałbym też z góry ich wiedzy prawniczej. Nie byli co prawda zawodowymi prawnikami, ale tych ani nie było w ówczesnej Grecji, ani też nie stawiano takiego postulatu wobec sędziów aż do XVIII w. *Nota*

⁴⁸ B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 423.

⁴⁹ Tzw. Stary Oligarcha (w:) A. Rodziewicz, *Ustrój Ateńczyków i jego nieznan autor*, „Meander” 2006/61, s. 210. Obszernie omawia J.K. Davies, *Demokracja w Grecji klasycznej*, Warszawa 2003, s. 129.

⁵⁰ Ksenofont, *Obrona Sokratesa przed sądem*, tłum. D. Tymura, Lublin 2015, s. 53.

⁵¹ Arystofanes, *Osy* (w:) Arystofanes, *Komedie*, tłum. J. Ławińska-Tyszkowska, Warszawa 2001 s. 77. Obszernie omawiają ten fragment B. Bravo, M. Węcowski, E. Wipszycka, A. Wolicki, *Historia...*, s. 429.

⁵² Szczegółowo R. Kulesza, *Zjawisko korupcji w Atenach V–IV w. p.n.e.*, Warszawa 1994.

bene, do dzisiejszego dnia w sądownictwie USA kluczową rolę odgrywają przysięgli, którzy z pewnością mają mniejsze doświadczenie sądowe od ateńskich heliastów. Amerykańscy przysięgli, w odróżnieniu od ateńskich, pełnią swą funkcję przymusowo i incydentalnie. Pamiętać należy, że ateński system prawny był mniej skomplikowany niż dzisiejszy i w pełni jawny. Ateńscy sędziowie mieli także prawo do wyjścia poza ramy ścisłego prawa. Zalety takiego rozwiązania wskazuje Arystoteles stwierdzając, że: „jeżeli ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podpada pod to postanowienie, to słuszną jest rzeczą by tam, gdzie ustawodawca coś opuścił i przez sformułowanie ogólne popełnił błąd, uzupełnić ten brak, orzekając tak, jakby ustawodawca sam orzekł, gdyby był przy tym obecny, i jakby sam postanowił był, gdyby był z góry znał dany wypadek”⁵³.

PODSUMOWANIE

Po bliższej analizie można zauważyć, że ateńskie gwarancje procesowe dla oskarżonego w procesie karnym odpowiadają współczesnym standardom i nie są z gruntu odmienne od porównywalnych reguł polskiego postępowania karnego. Można oczywiście uważać, że to kwestia przypadku⁵⁴, ale można też przyjąć, że są wyrazem wspólnego poglądu na sprawiedliwość i wzorcowy model postępowania sądowego. Albo raczej, ściślej rzecz ujmując, są dziedzictwem greckiej myśli prawnej. Co prawda *opinio communis* współczesnych teoretyków prawa jest, że „prawo greckie” wniosło minimalny wpływ na kształtowanie się prawa rzymskiego oraz na późniejsze, zachodnie systemy prawne, ale i nawet ci autorzy zgadzają się robić wyjątek dla greckiej filozofii, w tym filozofii prawa⁵⁵. W tym miejscu podkreślić należy, że z analizowanego okresu, tj. V/IV w. p.n.e., zachował się wyjątkowo bogaty dorobek historyczny i filozoficzny, w tym z zakresu filozofii prawa i praktyki prawa. Mam tu na myśli prace Arystotelesa poświęcone tak ogólnie rozważaniom o funkcji prawa, jak i omawiające ustrój i system prawny w Atenach⁵⁶. Zachowały się też teksty mów sądowych czołowych ateńskich doradców prawnych⁵⁷ oraz

⁵³ Arystoteles, *Etyka...*, s. 200.

⁵⁴ Jednak zdefiniowanie hierarchii dóbr podlegających ochronie prawnej oraz ustalenie metody postępowania w wypadku ich naruszenia nie zależą od naszego dziedzictwa genetycznego, tylko są kwestią dziedzictwa kulturowego i zapożyczeń. Nie było nawet pierwotnie, jak wykazuje B. Sygit, jakiegos ogólnoludzkiego katalogu czynów uznanych wszędzie za absolutnie naganne moralnie – zob. B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 34.

⁵⁵ W zbliżony sposób zapatruje się na tę kwestię F. Longchamps de Bériér, *Summum ius summa iniuria: o ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze” 2005/1, s. 51–68.

⁵⁶ Na szczególną uwagę zasługują prace: *Etyka Nikomachejska*, poruszająca kwestie teoretyczne oraz *Ustrój polityczny Aten*, przy czym autorstwo tej pracy jest kontrowersyjne.

⁵⁷ Tzw. logografów. O ich funkcji szczegółowo B. Zalewski, *Logografowie, oratorzy, juryści – formy świadczenia pomocy prawnej w starożytnych Atenach i Rzymie*, Warszawa 2015, s. 12 i n. Zachowały się m.in. prace Demostenesa, Isajosa, Lizjasza.

szereg dzieł z epoki omawiających proces Sokratesa⁵⁸. Teksty te przez kolejne wieki cieszyły się ogromnym autorytetem, były znane i komentowane⁵⁹. Tą drogą wywierały wpływ na kształtowanie się rzymskich, jak i późniejszych zachodnich pojęć dotyczących m.in. zasad uczciwego i rzetelnego procesu⁶⁰. Zauważyć bowiem należy, że prawo rzymskie kodyfikacji justyniańskiej w niewielkim stopniu mogło być inspiracją dla XVIII/XIX-wiecznych zachodnich, oświeceniowych, liberalnych i prodemokratycznych reformatorów procedury karnej. Prawo rzymskie okresu dominatu przywiązywało minimalną wagę do gwarancji procesowych oskarżonego. Było oparte na procedurze inkwizycyjnej, przestępstwa ścigano z oskarżenia publicznego, nie było równości przed prawem, sędziami byli urzędnicy cesarscy⁶¹. Było to prawo służące umacnianiu autorytarnej władzy i raczej było symbolem „*ancien regime*”, zwalczanego przez XIX-wiecznych liberałów. Z tej właśnie przyczyny zasady obowiązujące w antycznych, demokratycznych Atenach, ewentualnie w pismach Cyserona (także inspirowanych ateńską filozofią prawa), bliższe były ich ducha i służyły, jak uważam, jako inspiracja do wprowadzania gwarancji procesowych dla oskarżonego w nowożytnej, niemieckiej nauce i praktyce prawa. Z uwagi zaś na jej autorytet i ukształtowanie pod jej wpływem czołowych polskich prawników w okresie zaborów, po odzyskaniu niepodległości gwarancje te uznano za oczywiste także na gruncie polskiego prawa. W okresie powojennym dodatkowego wzmocnienia doznały ze strony konwencji międzynarodowych, chroniących prawa człowieka, gdzie, jak to opisano obszernie wyżej, szczególne miejsce przypisano typizacji czynów zabronionych, domniemaniu niewinności, prawu do obrony czy uczciwemu postępowaniu sądowemu.

Co jednak godne szczególnego podkreślenia, rozwiązania staroateńskie, będące inspiracją dla współczesnych zachodnich koncepcji teoretycznych w zakresie gwarancji praw oskarżonych, znacznie lepiej w mojej ocenie spełniały swą funkcję niż współczesne polskie. Ateńczycy posługiwali się bowiem ograniczonym i w pełni jawnym katalogiem przestępstw, zapewniono równość stron także w postępowaniu przygotowawczym, nieskuteczni oskarżyciele narażeni byli na kary, areszt tymczasowy stosowano zupełnie wyjątkowo. Do tego wymiar sprawiedliwości sprawowany był przez samych obywateli, pod przewodnictwem wybieranych urzędników. Pozwalało to w interesujący sposób połączyć pierwiastek fachowy z obywatelskim, co zaowocowało wysokim zaufaniem Ateńczyków do swego wymiaru sprawiedliwości. Zaufanie zaś obywateli do sądów stanowi zawsze i wszędzie główny wyznacznik skuteczności działania tej instytucji.

⁵⁸ Zob. Platon, *Apologia, czyli Obrona Sokratesa*, tłum. Felicjan Antoni Kozłowski, Warszawa 1845; Ksenofont, *Obrona Sokratesa*...

⁵⁹ Jak wspomniano na wstępie, klasycy ateńscy byli fundamentem edukacji rzymskiej, a ateńscy i rzymscy edukacji nowożytnej w dobie kształtowania się w XIX w. zasad nowożytnego procesu karnego.

⁶⁰ Współczesny model rzetelnego procesu omawia A. Skowron, *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017/11.

⁶¹ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 79.

ABSTRACT

Andrzej Nogal

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

**Procedural guarantees of the accused in the Athens trial (5th/4th century BC)
as compared to contemporary Polish law**

The article discusses the similarities between the basic procedural guarantees of the accused in Polish and Athenian law (V, IV century BC). According to the author, these convergences are not accidental, but are the result of inspiration of former Western, especially German, reformers of criminal law, Athens solutions. Due to the rational and strongly democratic nature of the criminal trial in Athens, they were recognized as a manifestation of natural law and recognized as the basis of a modern criminal trial. For the same reason, they were also used in Poland. It is therefore justified that the concept of basic procedural guarantees of the accused under Polish law was borrowed from Athens law.

Keywords: *procedural guarantees, Roman law, Athens law*

Andrzej Nogal

e-mail: anogal@poczta.onet.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Ajschines, *Mowy*, tłum. W. Lengauer, Warszawa 2004

Andokides, *Mowy*, tłum. I. Ptaszek, Kraków 2002

Andrejew Igor, *Polskie prawo karne. Zarys wykładu*, Warszawa 1970

Arystoteles ze Stagiry, *Etyka Nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Wydawnictwo Naukowe PWN 2007

Arystoteles ze Stagiry, *Ustrój polityczny Aten*, tłum. L. Piotrowicz, Kraków 1931

Bravo Benedetto, **Węcowski Marek**, **Wipszycka Ewa**, **Wolicki Aleksander**, *Historia starożytnych Greków*, Warszawa 2009, t. 2

Czapliński Władysław, **Galos Adam**, **Korta Waclaw**, *Historia Niemiec*, Wrocław 1981

Davies John Kenyon, *Demokracja w Grecji klasycznej*, Warszawa 2003

Demostenes, *Wybór mów*, tłum. R. Turasiewicz, Wrocław 2005

- Filonik Jakub**, *Ateńskie procesy o bezbożność do 399 r. Próba analizy*, „Meander” 2016/71
- Furmanek Paweł**, *Recepcja prawa rzymskiego – średniowiecze i czasy nowożytne*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001/4–6, s. 46–54
- Gardocki Lech**, *Prawo karne*, Warszawa 2000
- Isajos**, *Mowoy*, tłum. i oprac. J. Rominkiewicz, Wrocław 2013
- Kelly John Maurice**, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006
- Koranyi Karol**, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1961, t. 1
- Koschembahr-Łyskowski Ignacy** (w:) *Historja prawa na zachodzie Europy*, Warszawa 1928
- Ksenofont**, *Obrona Sokratesa przed sądem*, tłum. D. Tymura, Lublin 2015
- Kulesza Ryszard**, *Zjawisko korupcji w Atenach V–IV w .p.n.e.*, Warszawa 1994
- Kumaniecki Kazimierz**, *Cyceron i jego współcześni*, Warszawa 1989
- Kupiszewski Henryk**, *Ignorantia iuris nocet*, „Prawo Kanoniczne” 1982/1–2
- Kuryłowicz Marek**, *Prawa antyczne. Wykład z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006
- Kuryłowicz Marek**, **Żołnierczuk Mieczysław**, **Kosiorcikiewicz Joanna**, *Historia prawa państw antycznych (ze szczególnym uwzględnieniem prawa rzymskiego)*, Lublin 1980
- Longchamps de Bérier Franciszek**, *Summum ius summa iniuria: o ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze” 2005/1, s. 51–68
- Mozgawa-Saj Marta**, *Rzymskie korzenie zasady domniemania niewinności i prawa oskarżonego do obrony*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe” 2018/101
- Nogal Andrzej**, *Greckie korzenie rzymskiego prawa*, „Rzeczpospolita” z 2.11.2014 r.
- Nogal Andrzej**, *Błąd co do prawa a klauzule normatywne w prawie karnym skarbowym na tle ogólnego prawa karnego*, „Palestra” 2020/7–8, s. 69–109
- Platon**, *Apologia*, czyli *Obrona Sokratesa*, tłum. Felicjan Antoni Kozłowski, Warszawa 1845
- Rodziewicz Artur**, *Ustrój Ateńczyków i jego nieznaną autor*, „Meander” 2006/3–4
- Rominkiewicz Jarosław**, *Apagógé – ateńska procedura karna wobec kakoúrgoi, átimoi oraz androphónoi*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2012/3
- Rominkiewicz Jarosław**, *Czy w prawie ateńskim istniał zakaz aborcji? „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2012/3465*

- Skowron Agnieszka**, *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017/11
- Sygit Bogusław**, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007
- System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, t. 1, cz. 1
- Szymańska Aleksandra**, *Badanie osobistych kwalifikacji kandydatów na urzędy w starożytnych Atenach*, „Państwo Prawne” 2018/1
- Święcicka Paulina**, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 2011
- Tęcza-Paciorek Anna Marta**, *Zasada domniemania niewinności na tle historycznego rozwoju prawa karnego w Europie (w:) Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012
- Waltos Stanisław**, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005
- Warchol Marcin**, *Ciężar dowodu w procesie karnym. Studium prawnoporównawcze*, Warszawa 2017
- Wołodkiewicz Witold**, *Promulgacja Kodeksu Teodozjusza na posiedzeniu senatu miasta Rzymu*, „Palestra” 2006/1–2
- Zalewski Bartosz**, *Logografowie, oratorzy, juryści – formy świadczenia pomocy prawnej w starożytnych Atenach i Rzymie*, „Prace naukowe aplikantów radcowskich. Zbiór drugi”, Warszawa 2015
- Zduński Igor**, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary w k.k. z 1932 r.*, „Studia z Zakresu Nauk Prawnoustrojowych” 2016/4

Pojęcia kluczowe:

Europejski Trybunał Praw Człowieka, prawo do życia, zakaz tortur, wolność wypowiedzi, prawo do wolnych wyborów, prawo do skutecznego środka odwoławczego, ochrona własności, skarga indywidualna, środki tymczasowe, wymogi dopuszczalności skarg

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (LIPIEC–WRZESIEŃ 2020 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydanych od lipca do września 2020 r. dotyczących: prawa do życia, zakazu tortur, wolności wypowiedzi, prawa do wolnych wyborów, prawa do skutecznego środka odwoławczego, ochrony własności, skarg indywidualnych, środków tymczasowych, wymogów dopuszczalności skarg.

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

W każdym przypadku przemocy motywowanej płcią ofiary szczególnie ważne jest zapewnienie przez władze starannego i energicznego śledztwa.

Wyrok Tërshana v. Albania, 4.08.2020 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 48756/14, § 160 – dot. braku właściwego śledztwa w sprawie ataku na kobietę przy użyciu kwasu.

Ze względu na szczególnie wysokie ryzyko dla życia wiążące się z każdym niewłaściwym obchodzeniem się z bronią palną państwo musi stworzyć i rygorystycznie stosować system odpowiednich i skutecznych zabezpieczeń umożliwiających przeciwdziałanie i zapobieganie każdemu niebezpiecznemu użyciu takiej broni.

Wyrok Kotilainen i inni v. Finlandia, 17.09.2020 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 62439/12, § 88 – dot. nieodebrania broni od ucznia, którego wpisy w Internecie przed popełnieniem zabójstw w szkole – chociaż nie zawierały konkretnych gróźb – rodziły wątpliwości, czy był zdolny do posiadania w sposób bezpieczny broni palnej.

ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

Rozwój współczesnych standardów prawnych dotyczących środków odosobnienia i innych form przymusu fizycznego, w tym obezwładniających lub innych stosowanych wobec pacjentów z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną przebywających w szpitalach psychiatrycznych i innych miejscach pozbawienia wolności –wymaga sięgania po nie w ostateczności jako jedyny dostępny sposób uniemożliwienia wyrządzenia natychmiastowej i bezpośredniej szkody tym pacjentom lub innym osobom. W każdym takim przypadku muszą im towarzyszyć odpowiednio zabezpieczenia przed nadużyciami, wystarczająca ochrona proceduralna oraz właściwe uzasadnienie wskazujące na spełnienie przy stosowaniu tych środków warunku najwyższej konieczności i proporcjonalności w sytuacji, gdy wszystkie inne rozsądne rozwiązania nie pozwoliły uchylić w wystarczającym stopniu istniejącego ryzyka. Należy również wykazać, że środek przymusu wchodzący w grę był stosowany nie dłużej niż przez okres ściśle konieczny. Pacjenci skrępowani muszą pozostawać pod ścisłym nadzorem, a każde użycie takiego środka musi być właściwie udokumentowane.

Wyrok Aggerholm v. Dania, 15.09.2020 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 45439/18, § 84–85 – dot. przetrzymywania pacjenta psychiatrycznego z użyciem środków obezwładniających.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Sądy krajowe są co do zasady lepiej przygotowane niż sąd międzynarodowy do ustalenia intencji, które mogły skłonić mówiącego do zarzuconych wypowiedzi, a w szczególności do oceny sposobu, w jaki ogół mógł je zinterpretować i na nie zareagować.

Wyrok Monica Macovei v. Romania, 28.07.2020 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 53028/14, § 88– dot. wypowiedzi polityka, który zarzucił niektórym posłom korupcję i wskazał na niemożność łączenia tej funkcji z praktyką adwokacką.

Trybunał musi ustalić na tle konkretnych okoliczności, czy została zachowana właściwa równowaga między podstawowym prawem jednostki do wolności wypowiedzi i uprawnionym interesem demokratycznego państwa, aby jego funkcjonariusze działali zgodnie z celami wskazanymi w art. 10 ust. 2. W przypadku prawa do wolności wypowiedzi funkcjonariuszy szczególnie znaczenie mają „obowiązki i odpowiedzialność”, o których mowa w art. 10 ust. 2, uzasadniające pozostawienie władzom pewnej swobody oceny proporcjonalności zarzuconej ingerencji do deklarowanego celu. Dotyczy to tym bardziej nauczycieli będących dla uczniów symbolem władzy w sferze edukacji. Ich szczególne „obowiązki i odpowiedzialność” obejmują w pewnym zakresie również działalność pozaszkolną.

Decyzja Mahi v. Belgia, 7.07.2020 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 57462/19, § 31–32 – dot. kary dyscyplinarnej wymierzonej nauczycielowi za jego publiczne wypowiedzi na temat ataków terrorystycznych w Paryżu w 2015 r.

OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

Uznaje się, że doszło do ingerencji w prawo do ochrony własności udziałowca spółki, jeśli zarzucone środki miały bezpośredni i negatywny wpływ na własność jego udziałów lub swobodę dysponowania nimi, zobowiązywały go do ich sprzedaży, ograniczały jego uprawnienie do wpływu na sprawy spółki w stosunku do innych udziałowców albo uniemożliwiały mu udział w zarządzaniu spółką lub głosowaniu.

Wyrok Albert i inni v. Węgry, 7.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 5294/14, § 132 – skarga uznana za niedopuszczalną z powodu braku legitymacji czynnej udziałowców banku.

PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW (ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)

Artykuł 3 Protokołu nr 1 obejmuje również pewne obowiązki pozytywne o charakterze proceduralnym, w szczególności wymaganie istnienia skutecznego krajowego systemu badania skarg indywidualnych i odwołań w kwestiach dotyczących wyborów. Jego istnienie jest jedną z istotnych gwarancji wolnych i uczciwych wyborów oraz ważną gwarancją przed arbitralnością procesu wyborczego. Musi on zapewnić właściwe korzystanie z praw do głosowania i kandydowania w wyborach, zachowanie ogólnego zaufania do zarządzania przez państwo procesem wyborczym oraz stanowi ważny instrument w jego rękach umożliwiający wypełnienie obowiązku przeprowadzenia demokratycznych wyborów. Prawo do głosowania i kandydowania w wyborach zagwarantowane w art. 3 Protokołu nr 1 i cechujące prawdziwą demokrację stałoby się iluzoryczne, gdyby w procesie wyborczym nie można było skutecznie zakwestionować przed właściwym ciałem krajowym sytuacji wskazujących na brak demokratycznych wyborów.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 69 – dot. zarzutu braku skutecznej procedury skargowej w parlamencie w związku z zarzutami nieprawidłowości wyborów.

Skuteczność odwołań tego rodzaju zależy od zapewnienia w procesie podejmowania decyzji dotyczących zarzutów wobec procesu wyborczego odpowiednich i wystarczających gwarancji przed arbitralnością. W szczególności decyzje w tym zakresie muszą być podejmowane przez ciało gwarantujące jego bezstronność. Swoboda, z jakiej korzysta to ciało, nie może być nadmierna, ale wystarczająco precyzyjnie ograniczona przepisami prawa krajowego. Wreszcie obowiązująca je procedura musi zagwarantować możliwość wydania decyzji rzetelnej, obiektywnej i wystarczająco uzasadnionej.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 70.

Zgodnie z zasadą subsydiarności Trybunał nie może zastępować władz krajowych w interpretacji prawa lub ocenie faktów. Nie ocenia więc, czy zarzucone nieprawidłowości w procesie wyborczym naruszały przepisy krajowe. Nie może również sam ustalać, czy nieprawidłowości te zaistniały i mogły mieć wpływ na wynik wyborów. Jego zadaniem jest natomiast ocena, czy wymagania art. 3 Protokołu nr 1 były przestrzegane

i czy państwo wypełniło obowiązek przeprowadzenia wyborów w warunkach wskazujących, że były wolne, uczciwe i zapewniały skuteczne korzystanie przez obywateli z praw wyborczych.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 71.

Standard wolnych wyborów jest zagrożony wyłącznie w przypadku naruszeń proceduralnych mogących udaremnić swobodne wyrażenie opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego oraz braku na poziomie krajowym możliwości skutecznego zbadania skarg dotyczących takich naruszeń.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 72, 78.

W przypadku gdy nieprawidłowości w liczeniu głosów lub w dokumentach wyborczych mogły wpłynąć na wynik wyborów, ważnym zabezpieczeniem rzetelności i powodzenia całego procesu wyborczego jest rzetelne postępowanie obejmujące ponowne przeliczenie głosów.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 77.

Ustalenie, czy zarzut skarżącego został skutecznie zbadany, wymaga oceny, czy wchodząca w grę procedura zapewniała gwarancje odpowiednie i wystarczające dla ochrony przed wszelką arbitralnością. Mają one zapewnić przestrzeganie rządów prawa w postępowaniu w sprawie sporów wyborczych i w rezultacie integralność wyborów, gwarantując w ten sposób legitymację parlamentu i możliwość jego działania bez wątpliwości co do jego składu.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 87.

Regulacje wewnętrzne dotyczące funkcjonowania parlamentu, w tym członkostwa jego ciał, jako aspektu autonomii parlamentarnej, co do zasady mieszczą się w granicach swobody państw Konwencji. Musi ona jednak być zgodna z koncepcjami „skutecznej demokracji politycznej” i „rządów prawa”, do których odwołuje się preambuła Konwencji. Z tego wynika, że autonomia parlamentarna może być właściwie realizowana wyłącznie zgodnie z rządami prawa.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 88.

PRAWO DO SKUTECZNEGO ŚRODKA ODWOŁAWCZEGO (ART. 13)

„Organem państwowym”, o którym mowa w art.13 Konwencji, nie musi być organ sądowy w ścisłym sensie. W przypadku sporu dotyczącego rezultatów wyborów oraz podziału mandatów właściwy organ musi oferować odpowiednie gwarancje bezstronności, jego swoboda być prawnie wystarczająco precyzyjnie ograniczona, a procedura zapewniać skuteczne gwarancje wydania rzetelnej, obiektywnej i wystarczająco uzasadnionej decyzji. Ze względu na zasadę subsydiarności oraz różnorodność systemów wyborczych istniejących w Europie Trybunał nie może wskazać jednego wymaganego typu instrumentu prawnego spełniającego w tym zakresie wymagania Konwencji.

Kwestia ta, blisko związana z zasadą podziału władz, mieści się w granicach szerokiej swobody, z jakiej korzystają państwa przy organizowaniu swoich systemów wyborczych.

Wyrok Mugemangango v. Belgia, 10.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 310/15, § 137–138.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

W sprawach na tle zarzutów dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność Trybunał ma obowiązek ich badania z uwzględnieniem zobowiązań międzynarodowych państwa wynikających z konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych z 13.12.2006 r., w szczególności jej art. 2 dotyczącego zapewnienia takim osobom „racjonalnych usprawnień”. W sferze edukacji dzieci i młodzieży usprawnienia takie mogą przyjąć rozmaite formy, fizyczne albo нефizyczne, edukacyjne lub organizacyjne, związane z dostępnością architektoniczną do budynków szkolnych, szkolenia nauczycieli, przystosowania programów nauczania itp. Zadanie Trybunału nie polega na wskazywaniu środków do podjęcia w celu zaspokojenia potrzeb dzieci z niepełnosprawnościami, władze krajowe bowiem są co do zasady lepiej przygotowane do oceny lokalnych potrzeb i warunków. Trybunał podkreślił jednak, że państwa powinny działać w tej materii z dużą ostrożnością ze względu na wpływ takich działań na sytuację i rozwój dzieci z niepełnosprawnościami, a więc szczególnie bezbronnym. Niezapewnienie właściwych „racjonalnych usprawnień” stanowi dyskryminację ze względu na niepełnosprawność.

Wyrok G.L. v. Włochy, 10.09.2020 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 59751/15, § 62–63, 66 – dot. niemożności otrzymania przez dziecko autystyczne wsparcia w nauce w początkowych klasach szkoły podstawowej.

SKARGI INDYWIDUALNE (ART. 34)

ŚRODKI TYMCZASOWE (ART. 39 REGULAMINU TRYBUNAŁU)

Artykuł 34 obejmuje również obowiązki pozytywne, wymagając od władz zapewnienia wszystkich koniecznych ułatwień umożliwiających Trybunałowi właściwe i skuteczne badanie skarg. Obowiązek taki pojawia się zwłaszcza, gdy skarżącymi są osoby szczególnie bezbronne.

Wyrok M.K. i inni v. Polska, 23.07.2020 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, § 229 – dot. powtarzających się odmów Straży Granicznej (SG) na granicy z Białorusią przyjęcia skarżących z Czeczenii domagających się ochrony międzynarodowej.

Kluczowe znaczenie środków tymczasowych wynika z faktu, że Trybunał wydaje je, co do zasady, jedynie wyjątkowo i na podstawie rygorystycznej analizy wszystkich istotnych okoliczności. W większości spraw, w których są stosowane, skarżący są narażeni na rzeczywiste ryzyko dla życia i zdrowia, z wynikającym z niego zagrożeniem wyrządzenia poważnej i nieodwracalnej szkody z naruszeniem kluczowych przepisów Konwencji. Ważna rola środków tymczasowych w systemie Konwencji nie tylko

wzmacnia ich konsekwencje prawne dla państw wchodzących w grę potwierdzone w orzecznictwie Trybunału, ale wymaga również nadania jak największego znaczenia kwestii wykonywania przez państwa Konwencji wskazań Trybunału w tym zakresie. Wszelkie liberalne podejście do tej kwestii spowodowałoby osłabienie ochrony kluczowych praw Konwencji, niemożliwe do zaakceptowania i niezgodne z jej wartościami i duchem.

Wyrok M.K. i inni v. Polska, 23.07.2020 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, § 231.

Z samej natury środka tymczasowego wynika, że decyzja, czy należy wskazać go w konkretnej sprawie, często musi być podejmowana bardzo szybko, aby zapobiec bezpośredniemu zagrożeniu szkodą. W rezultacie całość faktów sprawy często pozostaje nieustalona do czasu merytorycznego wyroku Trybunału w sprawie zarzutu, którego dotyczył wskazany środek. Środki takie są stosowane właśnie w celu umożliwienia Trybunałowi wydania wyroku po właściwym zbadaniu skargi. Do tego czasu Trybunał może być zmuszony do wskazania środka tymczasowego na podstawie faktów, które – chociaż uzasadniały wskazanie go w reakcji na wniosek – mogą zostać później uzupełnione albo zakwestionowane nawet w stopniu powodującym potrzebę zmiany pierwotnej decyzji.

Wyrok M.K. i inni v. Polska, 23.07.2020 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, § 232.

Państwa Konwencji nie mogą zastępować własną oceną, czy w okresie, w którym środek tymczasowy został wskazany, istniało rzeczywiste ryzyko wyrządzenia skarżącemu bezpośredniej i niemożliwej do naprawienia szkody. Ocena, czy państwo zastosowało się do środka tymczasowego, należy do Trybunału. Państwo, które uważa, że posiada materiały mogące przekonać Trybunał do zmiany decyzji i jego uchylecia, powinno o nich właściwie poinformować i może wnieść w każdym czasie wnioski o jego uchylenie.

Wyrok M.K. i inni v. Polska, 23.07.2020 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, § 233.

Punktem wyjścia oceny, czy państwo zastosowało się do środka tymczasowego, jest sposób jego sformułowania. Trybunał bada, czy państwo podjęło działania zgodne z jego literą i duchem. Naruszenie art. 34 Konwencji nastąpi, gdy władze państwa nie podjęły wszystkich kroków rozsądnie możliwych, aby zastosować się do wskazanego środka. Rząd musi wykazać przed Trybunałem, że państwo podjęło działania zgodne z oczekiwaniami (lub wyjątkowo, że istniała obiektywna przeszkoda, która to uniemożliwiła, a rząd podjął wszystkie rozsądne kroki, aby ją usunąć i poinformował o nich Trybunał). Przy badaniu zarzutu odmowy państwa zastosowania się do środka tymczasowego Trybunał nie ocenia ponownie, czy podjęta przezeń pierwotna decyzja była prawidłowa.

Wyrok M.K. i inni v. Polska, 23.07.2020 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 40503/17, 42902/17 i 43643/17, § 234.

WYMOGI DOPUSZCZALNOŚCI (ART. 35)

Skarżący mogą przekonać Trybunał, że ich skarga jako udziałowców spółki dotycząca problemu odnoszącego się do samej spółki była usprawiedliwiona „wyjątkowymi okolicznościami”, jeśli przedstawią ważne i przekonujące powody wskazujące, że sama spółka nie miała praktycznej lub rzeczywistej możliwości wystąpienia ze skargą do Trybunału za pośrednictwem swoich organów statutowych i że w tej sytuacji skarżący jako jej udziałowcy powinni móc wnieść skargę na jej rzecz.

Wyrok Albert i inni v. Węgry, 7.07.2020 r., Wielka Izba, skarga nr 5294/14, § 145.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, former member of the European Commission of Human Rights in Strasbourg

**Review of the case-law of the European Court of Human Rights
(July–September 2020)**

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 in the period from July to September 2020. concerning: right to life, prohibition of torture, freedom of expression, protection of property, right to free elections, right to an effective remedy, prohibition of discrimination, individual applications, interim measures, admissibility criteria.

Keywords: *European Court of Human Rights, right to life, prohibition of torture, freedom of expression, protection of property, right to free elections, right to an effective remedy, prohibition of discrimination, individual applications, interim measures, admissibility criteria*

Marek Antoni Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu.

Pojęcia kluczowe: *bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji, wyrok zakresowy, zasady ogólne postępowania administracyjnego, Naczelny Sąd Administracyjny, rażące naruszenie prawa*

Glosy

Maciej Kiełbowski

STWIERDZENIE NIEWAŻNOŚCI DECYZJI A ZASADA PEWNOŚCI PRAWA ORAZ ZAUFANIA DO PAŃSTWA – GŁOSA DO WYROKU NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO Z 20.02.2019 R. (II OSK 694/17)

Niniejsza glosa odnosi się do zastosowania przez sąd administracyjny wyroku zakresowego Trybunału Konstytucyjnego i konieczności wydania wyroku w sprawie godzącego pogląd Trybunału z zasadami konstytucyjnymi i zasadami naczelnymi postępowania administracyjnego. Celem niniejszego opracowania jest wskazanie istotności tego zagadnienia i jego praktycznego przełożenia na rozstrzygane przez sądy administracyjne sprawy, w tym przypadku w odniesieniu do stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej wobec „znacznego upływu czasu”. Zgodnie z ujętymi wnioskami zastosowane przez sąd w omawianym wyroku podejście, prowadzące w największym stopniu do ochrony praw jednostki, zasługuje na aprobatę. Właściwie bowiem udzielono ochrony prawom nabytym z pozwolenia na budowę, uwzględniając upływ czasu od wydanej decyzji i rozważenie interesów stron, które nie pozwoliło na stwierdzenie jej nieważności. Takie działanie wskazuje także na realizację zasady zaufania do administracji publicznej.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20.02.2019 r. (II OSK 694/17)

1. Żądanie stwierdzenia nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. nie ma charakteru bezwzględnie i musi być oceniane z – wynikającą z art. 2 Konstytucji – zasadą pewności prawa oraz zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

2. Zaniechanie prawodawcy wykonania wyroku TK stwierdzającego niekonstytucyjność przepisu zobowiązuje sąd – na podstawie art. 190 ust. 1 Konstytucji RP – do wydania takiego rozstrzygnięcia, które w realiach zaistniałego stanu faktycznego i prawnego będzie prowadziło do osiągnięcia w możliwie jak najwyższym stopniu stanu zgodności z obowiązującym prawem, w tym Konstytucją RP.

3. Uznanie art. 156 § 2 k.p.a. za niekonstytucyjny w zakresie umożliwiającym stwierdzenie nieważności decyzji po upływie 10 lat od wydania tej decyzji stwarza możliwość zastosowania art. 158 § 2 k.p.a.

1. Komentowany wyrok¹ jest orzeczeniem istotnym, jeżeli chodzi o sposób uwzględniania w praktyce sądowej skutków zakresowego wyroku Trybunału Konstytucyjnego oraz oceny tychże z punktu widzenia bezczynności ustawodawcy w wykonywaniu takich wyroków. Jest to także orzeczenie istotne z punktu widzenia interpretacji pojęcia rażącego naruszenia prawa, o którym mowa w art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.²

Rozstrzygnięcie sądu uważam za ważne przede wszystkim dlatego, że daje istotne wskazówki, w jaki sposób należy oceniać zarówno przesłankę znacznego upływu czasu, o której mowa w wyroku Trybunału Konstytucyjnego orzekającym zakresową niekonstytucyjność art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.³, jak i dodatkowe przesłanki, które mogą być brane pod uwagę przez

sąd administracyjny w sprawach tego typu.

2. W pierwszej kolejności należałoby scharakteryzować instytucje prawne istotne z punktu widzenia omawianego rozstrzygnięcia. Rozpocząć należy od samych rodzajów rozstrzygnięć TK, które mogą zapaść w odniesieniu do danego przepisu i które w praktyce są dużo bardziej znuansowane niż „proste” orzeczenia o zgodności bądź niezgodności danego przepisu z Konstytucją.

Artykuł 190 ust. 1 Konstytucji przewiduje bowiem, że „orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”, przy czym skutek ten odnosi się do wszystkich orzeczeń TK, niemniej kształt sentencji danego wyroku powodować może wątpliwości doktryny czy judykatury co do rzeczywistego zakresu związania orzeczeniem⁴.

¹ Wyrok NSA z 20.02.2019 r. (II OSK 694/17), ONSAiWSA 2019/6, poz. 107.

² Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1298 ze zm.), dalej k.p.a.

³ Wyrok TK z 12.05.2015 r. (P 46/13), OTK-A 2015/5, poz. 62, zgodnie z sentencją którego „art. 156 § 2 ustawy z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego w zakresie, w jakim nie wyłącza dopuszczalności stwierdzenia nieważności decyzji wydanej z rażącym naruszeniem prawa, gdy od wydania decyzji nastąpił znaczny upływ czasu, a decyzja była podstawą nabycia prawa lub ekspektaty-

wy, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁴ Zob. chociażby J. Trzcziński, *Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002/1, s. 3–14; J. Mikołajewicz, *Orzeczenia zakresowe i interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego jako przejaw kryzysu legitymizacji legalnej* (w:): *Normalność i kryzys. Jedność czy różnorodność*, red. J. Oniszczyk, Warszawa 2010; szereg dalszej literatury w tym zakresie omawiam – M. Kiełbowski, *Związanie sądu admini-*

Warto w tym miejscu przypomnieć chociażby zasadę prawną ustaloną uchwałą składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 17.12.2009 r.⁵, zgodnie z którą „Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające w sentencji niezgodność z Konstytucją określonej wykładni aktu normatywnego, które nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu, nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania przewidzianej w art. 401¹ k.p.c.”.

Wreszcie sam art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., i przewidziane tym przepisem pojęcie *rażącego naruszenia prawa*, jest jednym z najbardziej problematycznych w stosowaniu w praktyce sądowej⁶, który doczekał się tysięcy orzeczeń sądów administracyjnych mierzących się z oceną, czy takie lub inne naruszenie przepisów należy potraktować jako *rażące*⁷ i tym samym stwierdzić nieważność decyzji (ze skutkiem *ex tunc*⁸).

stracyjnego wyrokiem interpretacyjnym Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2017, s. 163–174.

⁵ III PZP 2/09, OSNC 2010/7–8 wraz z szeregiem sporządzonych głos, które szczegółowo omawiam – M. Kielbowski, *Związanie sądu...*, s. 174–189.

⁶ Które to zagadnienie doczekało się przynajmniej dwóch opracowań monograficznych, zob. E. Śladkowska, *Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2013; tudzież A. Matan, *Rażące naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego*, Warszawa 2014.

⁷ Wydaje się, że jednym z niewielu przypadków, co do których sądy administracyjne są generalnie zgodne, jest wydanie decyzji administracyjnej w stosunku do osoby zmarłej, por. chociażby wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 18.09.2018 r. (II SA/Gd 670/16), LEX nr 2579866.

⁸ O skutkach stwierdzenia nieważności zob. chociażby M. Jaśkowska (w:) *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. A. Wróbel,

To ostatnie z kolei jest istotne z punktu widzenia zasady trwałości decyzji administracyjnych (art. 16 § 1 k.p.a.) i ochrony praw nabytych na ich podstawie⁹. Stosowanie tego przepisu przez organy administracji wymaga także spojrzenia z punktu widzenia zasady zaufania do organów administracji (art. 8 § 1 k.p.a.) oraz zasady legalizmu (art. 6 k.p.a.).

3. W sprawie zakończonej analizowanym wyrokiem NSA rozważał w kontekście stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej skutki wydania pozwolenia

Warszawa 2013, nb 11, s. 1040: „Decyzja stwierdzająca nieważność jest co do zasady decyzją deklaratoryjną, działającą *ex tunc*” oraz nb 12, s. 1042: „Skutkiem stwierdzenia nieważności jest powrót sprawy do ponownego rozpatrzenia, do postępowania głównego w zależności od tego, czy unieważniona została decyzja pierwszej czy drugiej instancji”.

⁹ Szczególnie przyjmując, że już od dnia wydania danej decyzji administracyjnej powstaje dla strony określone oczekiwanie, ekspektatywa, która podlega dalszej ochronie – zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 23.04.2015 r. (II SA/Po 998/14), „Gazeta Prawna” 2015/102, LEX nr 1710146, który zauważa że „od momentu doręczenia decyzji stronie organ nie może co do zasady zmienić jej w sposób dla strony niekorzystny, a jej ewentualne wzruszenie wbrew woli strony możliwe będzie jedynie w przypadku gdy jest ona obarczona wadami kwalifikowanymi uzasadniającymi stwierdzenie jej nieważności, bądź wznowienie postępowania. (...) Ekspektatywa maksymalnie ukształtowana to takie prawo, które istnieje, jeżeli zostały spełnione wszystkie zasadnicze przesłanki ustawowe nabycia praw pod rządami danej ustawy (...)”. Zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań omawia także A. Ostrowska, *Ochrona oczekiwań w prawie publicznym (w:) Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. M. Stahl, M. Kasiński, K. Właziak, Warszawa 2015, s. 222–246.

na budowę częściowo na roboty budowlane, które miały być wykonane na nieruchomości, którą inwestor nie dysponował na cele budowlane.

Opis stanu faktycznego sprawy wskazuje, że o stwierdzenie nieważności decyzji wydanej w 1999 r. wystąpiła strona będąca w posiadaniu nieruchomości, na której odbyły się te prace (ocieplenie ściany usytuowanej na granicy działek styropianem o grubości 10 cm), co do której inwestor nie dysponował prawem do nieruchomości. Miało to miejsce w roku 2015, przy czym organ pierwszej instancji stwierdził nieważność przedmiotowej decyzji w odnośnej części, natomiast orzeczenie organu odwoławczego zapadło po wydaniu wyroku TK w sprawie P 46/13, stwierdzającym zakresową niekonstytucyjność art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.

Z tego też powodu organ odwoławczy – Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego – wydając decyzję w październiku 2015 r. na zasadzie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. uchylił w całości zaskarżoną decyzję i orzekł, że decyzja o pozwoleniu na budowę z 1999 r. została wydana z naruszeniem prawa, lecz odmówił stwierdzenia jej nieważności z uwagi na znaczny upływ czasu. Decyzję taką należy uznać za bardzo przemyślaną i uwzględniającą szereg aspektów sprawy oraz szczegółową analizę istniejącego stanu prawnego, co będzie rozwinięte w dalszej części glosy.

Skarżąca wniosła na takie rozstrzygnięcie skargę do WSA, który ją oddalił¹⁰, podziеляjąc ustalenia organu odwoławczego zarówno co do zastosowania wyroku TK w sprawie, jak i oceny, że nastąpił znaczny upływ czasu od momentu wydania

decyzji do orzekania o jej ewentualnej nieważności. Z takim wyrokiem dalej nie zgadzała się skarżąca, wnosząc następnie skargę kasacyjną do NSA.

4. Naczelny Sąd Administracyjny oddalił wniesioną skargę kasacyjną. Z całości spójnego i zasługującego na aprobatę uzasadnienia, przybliżenia i bardziej szczegółowego omówienia wymagają moim zdaniem rozważania sądu odnośnie do sposobu zastosowania wyroku TK oraz przesłanek, stanowiących przynajmniej częściowo *ratio decidendi* omawianego rozstrzygnięcia, które należy analizować, oceniając podstawy do stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej.

W pierwszej kolejności bowiem NSA zauważył, że pomimo wydania wyroku TK z 12.05.2015 r. stan prawny – *ergo* regulacja art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. – nie uległ zmianie, co jest stanem niewłaściwym. Jak zauważył sąd, „Mimo, że od wydania powyższego wyroku upłynęło ponad trzy i pół roku, ustawodawca nie wykonał tego orzeczenia, utrzymując tym samym niezgodny z Konstytucją RP stan pominięcia prawodawczego, sprowadzający się do braku wyznaczenia ram czasowych dla domagania się stwierdzenia nieważności decyzji w oparciu o art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Sytuacja taka wzbudza poważne wątpliwości z punktu widzenia wynikającej z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP zasady ostateczności oraz powszechnie obowiązującej mocy prawnej orzeczeń Trybunału. Mając na uwadze art. 8 Konstytucji RP, uznającego Konstytucję za najwyższe prawo RP, a ponadto przywołane w podstawach kasacyjnych zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) oraz legalizmu

¹⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 15.11.2016 r. (VII SA/Wa 2860/15), CBOSA.

(art. 7 Konstytucji RP), należy podkreślić, że działanie organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa oznacza przede wszystkim działanie zgodne z Konstytucją (legalność konstytucyjną), a w razie wątpliwości co do jej zgodności – z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego¹¹. Są to istotne bez wątpienia wskazania sposobu postępowania przez sąd administracyjny w sytuacji, w której mamy do czynienia z niekonstytucyjnością danego przepisu (także orzeczoną zakresowo), a jednocześnie przepis ów nie uległ zmianie i pozostaje formalnie, na dzień orzekania przez sąd administracyjny, dalej w systemie prawa w kształcie zakwestionowanym przez TK.

W tym zakresie NSA jasno wskazuje, że „oznacza to, że prawodawca – będąc związany wyrokami TK – nie powinien ignorować ich brzmienia, w tym przede wszystkim stwierdzanych przez Trybunał stanów niezgodności z Konstytucją. Brak jego reakcji nie oznacza, że stan niekonstytucyjności przestaje istnieć. Wprost przeciwnie, to na sądach spoczywa wówczas powinność podjęcia takiego rozstrzygnięcia, które w realiach zaistniałego stanu faktycznego i prawnego będzie prowadziło do osiągnięcia w możliwie jak najwyższym stopniu stanu zgodności z obowiązującym prawem rozumianym całościowo, a zatem z uwzględnieniem aktów stojących na szczycie hierarchii źródeł prawa, do których z pewnością należy Konstytucja RP”¹². Z poglądem tym należy się w pełni zgodzić, jako że do sądu administra-

cyjnego należy w tym zakresie wymiar sprawiedliwości, a sądowe stosowanie prawa nie może być nigdy procesem automatycznym, lecz wymaga, szczególnie w dziedzinie prawa publicznego, każdorazowo szczegółowej oceny sprawy, ograniczanych lub odejmowanych obywatelowi praw tudzież nakładanych obowiązków¹³. Niezmiennie uważam, że bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji, do czego sąd administracyjny jest uprawniony na podstawie art. 8 ust. 2 Konstytucji, może przyjmować różne postaci – tym bardziej w przypadku, gdy wobec znajdującego zastosowanie w sprawie przepisu wydany został wyrok zakresowy, w sposób odmienny kształtujący pierwotny zakres normowania czy zastosowania danej normy. W tym zakresie jednocześnie w problematycznym położeniu mogą znajdować się organy administracji, działające wyłącznie na podstawie i w granicach prawa (art. 6 k.p.a.). Może to prowadzić do sytuacji w której – pomimo orzeczenia zakresowego czy interpretacyjnego – z uwagi na brak eliminacji danego przepisu z systemu prawa organy administracji dalej będą na jego podstawie orzekać niewłaściwie, pozostawiając ewentualną korektę takich decyzji bezpośredniemu stosowaniu przepisów konstytucyjnych przez sąd administracyjny. Takie postępowanie może jednak prowadzić do naruszenia zasady zaufania, gdzie organ, wydając decyzję, miałby świadomość jej zasadniczej wadliwości, która mogłaby następnie być stwierdzana przez sąd administracyjny. Nie jest to stan pożądany, tym bardziej że w doktrynie prawa formuluje się pogląd, że także organ ad-

¹¹ W uzasadnieniu wyroku NSA z 20.02.2019 r. (II OSK 694/17).

¹² W uzasadnieniu wyroku NSA w sprawie II OSK 694/17.

¹³ Zob. także M. Kielbowski, *Związanie sądu...*, s. 216–219.

ministracji publicznej powinien działać odpowiednio do przepisów konstytucyjnych¹⁴. Takim zastosowaniem przepisów, uwzględniającym orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego określające zakres stosowania art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., charakteryzowała się też decyzja wydana przez organ odwoławczy w niniejszej sprawie. Jednocześnie wydaje się, że decyzji takiej nie można zarzucić naruszenia art. 6 k.p.a., uwzględniając, iż obowiązujący przepis został zmodyfikowany orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, które dla organu administracji miało charakter wiążący (art. 190 ust. 1 Konstytucji), nawet z uwagi na zakresowy charakter.

Wreszcie uwzględniając, że powyższe uwagi mają w istocie charakter wykraczający poza zakres zarówno przedmiotowego wyroku, jak i regulacji art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. (jako że w wielu przypadkach sądy administracyjne mogą mieć do czynienia z przepisami niekonstytucyjnymi, których będą uprawnione odmówić zastosowania tudzież uczynić w tym zakresie użytek z wyroku TK¹⁵), z punktu widzenia już

samego art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. i jego stosowania po wyroku TK w sprawie P 46/13, istotne znaczenie ma także argument użyty na końcu uzasadnienia przedmiotowego wyroku.

Sąd bowiem zauważył, że „dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie miały znaczenia relacje sąsiedzkie łączące skarżącą kasacyjnie z uczestnikami postępowania. Skoro przez okres 16 lat skarżąca kasacyjnie milcząco akceptowała zaistniały stan prawny i faktyczny w związku z robotami budowlanymi przeprowadzonymi na sąsiedniej nieruchomości, to oznacza to, że w tym czasie nie miały one dla niego znaczenia i nie stanowiły zagrożenia dla prowadzonej działalności oświatowej. Mając na względzie przywołane w skardze kasacyjnej art. 2 i 7 Konstytucji RP, pewność prawa oraz zaufanie obywateli do prawa stanowionego i stosowanego powinny uzasadniać przyjęcie tezy, że skoro przez 16 lat skarżąca kasacyjnie nie zwróciła uwagi na niekorzystne następstwa zaistniałego stanu niezgodności z prawem, to nie były i nie są one dla niej na tyle dotkliwe, aby po upływie tak długiego czasu stan prawny w tym aspekcie miał zostać wzruszony”. Jest to bardzo ważna wskazówka interpretacyjna dla wykładni art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., która jak się wydaje powinna być brana pod uwagę wraz z oceną długości czasu, w jakim dana decyzja funkcjonowała w obrocie. Jakkolwiek bowiem można teoretycznie uznać, że zdarzają się sytuacje, gdy skutki wywołane decyzją obciążoną wadą powodującą nieważność ujawniają się dopiero po pewnym czasie, to jednak są one raczej rzadsze od tych, kiedy to jakaś strona po wielu latach dąży nagle do stwierdzenia nieważności decyzji funkcjonującej długo

¹⁴ Por. Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2001, s. 34: „Zgodność działania administracji z konstytucją jest elementem składowym zasady praworządności”.

¹⁵ Jak wskazywałem gdzie indziej, „Sama czynność stosowania przez sąd administracyjny przepisów Konstytucji może przybierać różne formy w zależności od konkretnej sprawy, (...) a także rozstrzygnięcia sprawy poprzez brak zastosowania przepisów ustawowych lub o randze podustawowej, które nie są zgodne z przepisami Konstytucji. Wreszcie, sąd administracyjny czyni także użytek z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dla rozstrzygnięcia spraw, których zakres zastosowania różni się jednakże w zależności od rodzaju orzeczenia TK oraz dalszych czynników (...)” (M. Kiełbowski, *Związanie sądu...*, s. 46–47 oraz literatura przywołana na s. 38–46 tamże).

w obrocie, a dążenie to nie jest uzasadnione i wydaje się mieć charakter swobodnego nadużycia prawa procesowego¹⁶. W tego typu sytuacjach omawiany wy-

¹⁶ Choć trudno jest jednoznacznie zdefiniować to pojęcie w dziedzinie prawa administracyjnego, które nie ma regulacji analogicznej do funkcjonujących w prawie cywilnym (art. 5 k.c.) czy w procesie cywilnym (art. 3 k.p.c.), a odnosi ewentualnie nadużycie bardziej do działalności władzy publicznej (organów administracji) niż strony jako takiej. Szerzej o nadużyciu prawa administracyjnego zob. J. Parchomiuk, *Nadużycie prawa w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018. O nadużyciu prawa procesowego w postępowaniu administracyjnym zob. także postanowienie WSA w Warszawie z 29.06.2016 r. (I SO/Wa 254/16), niepubl. „Jednocześnie sądowi znany jest z urzędu fakt, że ze względu na liczne pisma wnioskodawcy Kolegium pozostawiło kolejne, powtarzające się żądania tej osoby, bez biegu. Wnioskodawca składał odwołania, wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy i podania o udzielenie informacji publicznej. Prowadzi on bowiem korespondencję z organem, inicjując tak liczną liczbę spraw, że jego działania sparaliżowały w istocie prace organu w bardzo poważnym stopniu. Przy czym składane wnioski nie są nakierowane na ochronę jego uprawnień, lecz w dużej części ich celem jest wszczęcie jak największej liczby postępowań. Wnioskodawca inicjuje także liczne postępowania przed sądem. Takie działania skarżącego należy uznać za nadużycie prawa do sądu. Koncepcja zakazu nadużycia prawa do sądu jest przyjmowana w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Zakłada się, że działania skarżącego, dla którego inicjowanie postępowań sądowych nie służy ochronie naruszonych praw, a stanowi cel sam w sobie, uznane być musi za nadużycie prawa do sądu (zob. postanowienie NSA z 18.03.2014 r., I OZ 175/14). Zatem niezaskarżającym na ochronę w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji) nadużyciem prawa jest wykorzystywanie instytucji prawnej wbrew jej celowi i funkcji (zob. postanowienie NSA z 16.10.2015 r., I OSK 1992/14)”.

rok daje organowi administracji czy też sądowi administracyjnemu rozpoznającym podobną sprawę istotny argument dla jej rozstrzygnięcia i w ten sposób przyczynia się do rozwoju systemu prawa. W analizowanym przypadku ocenie podlegał zatem czas, przez który decyzja funkcjonowała w obrocie i przydawała jej adresatowi przewidziane nią uprawnienia, w stosunku do zgłoszonego żądania oraz orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, wymagającego interpretacji pojęcia „znacznego upływu czasu”. Ma to też istotne znaczenie z punktu widzenia zasady zaufania do organów administracji publicznej – jakkolwiek nie jest ich zadaniem ocena pobudek, którymi kieruje się taka czy inna strona postępowania, to jednakże art. 7 k.p.a. zobowiązuje do załatwienia sprawy z uwzględnieniem interesu społecznego i słusznego interesu obywateli, co już wymaga koniecznej oceny i odpowiedniego uzasadnienia w treści wydanej decyzji.

5. Komentowany wyrok wskazuje możliwość zastosowania wyroku zakresowego Trybunału Konstytucyjnego w praktyce sądowej. Kierunek przyjęty w orzeczeniu jest słuszny, bierze bowiem pod uwagę nie tylko stosowanie samego wyroku (w stanie prawnym, który – pomimo zakresowego stwierdzenia niekonstytucyjności orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego – nie uległ zmianie), ale i całokształt okoliczności sprawy, na które zwrócił uwagę sąd. Stanowi dzięki temu cenną wskazówkę orzeczniczą – zarówno w kontekście interpretacji pojęcia „znacznego upływu czasu” dla stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej, jak i znaczenia oraz oddziaływania na postępowanie w danej sprawie zasad konstytucyjnych.

ABSTRACT

dr Maciej Kielbowski

The author is doctor of law, an advocate (District Bar Association in Poznan) specializing in administrative disputes as well as dispute resolution and arbitration practices at the law office of Wardyński & Partners

Pronouncing a decision null and void in the context the principles of legal certainty and of trust in the state. Commentary on judgment of the Supreme Administrative Court of 20 February 2019 (II OSK 694/17)

This commentary deals with administrative court application of a specific type of Constitutional Court judgment (so-called "scope judgment") and need to issue a ruling coherent with other constitutional and general principles of administrative procedure, in this case on annulment of an administrative decision due to "significant lapse of time." The aim of this work is to point out the importance of this issue and its practical side for rulings in administrative court matters. In line with conclusions, the approach taken by the court in the subject judgement leading to the broadest protection of individual rights is worthy of approval. It was correct to protect rights acquired from a building permit, considering the passage of time after the decision was issued and the parties' interests, which excluded the possibility of permit annulment. Such action is also coherent with the principle of confidence in public administration.

Keywords: *direct application of Constitutional rules – scope judgment – general principles of administrative procedure – Supreme Administrative Court – gross violation of law*

dr Maciej Kielbowski

e-mail: maciej.kielbowski@wardynski.com.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem (ORA Poznań) specjalizującym się w praktyce sporów administracyjnych oraz praktyce rozwiązywania sporów i arbitrażu kancelarii Wardyński i Wspólnicy.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Kielbowski Maciej, *Związanie sądu administracyjnego wyrokiem interpretacyjnym Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2017

Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa 2013

Leoński Zbigniew, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2001

- Matan Andrzej**, *Rażące naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego*, Warszawa 2014
- Mikołajewicz Jarosław**, *Orzeczenia zakresowe i interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego jako przejaw kryzysu legitymizacji legalnej (w:) Normalność i kryzys. Jedność czy różnorodność*, red. J. Oniszczyk, Warszawa 2010
- Ostrowska Anna**, *Ochrona oczekiwań w prawie publicznym (w:) Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, red. M. Stahl, M. Kasiński, K. Wlazlak, Warszawa 2015
- Śladkowska Ewa**, *Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2013
- Trzciniński Janusz**, *Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002/1, s. 3–14

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY DOPUSZCZALNE JEST JEDNOCZESNE WNIESIENIE WNIOSKU O UZUPEŁNIENIE DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ I ODWOŁANIE OD NIEJ?

Zgodnie z dyspozycją art. 111 § 1 ustawy z 14.06.1960 r. – Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. 1298 ze zm.), dalej k.p.a., w terminie czternastu dni od dnia doręczenia lub ogłoszenia decyzji – zatem pokrywającym się z terminem do złożenia odwołania – można zażądać jej uzupełnienia. Przedmiotem takiego żądania może być domaganie się uzupełnienia co do samego rozstrzygnięcia, które strona postrzega jako niekompletne (w szczególności jako nieorzekające o całości jej żądań zgłoszonych w danym postępowaniu administracyjnym), jak i co do pouczeń odnoszących się do trybu kwestionowania decyzji. Jedną z kolejnych nowelizacji procedury administracyjnej (obowiązującej od 11.04.2011 r. na mocy ustawy z 3.12.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2011 r. poz. 8 ze zm.) dodano w art. 111 k.p.a. § 1a, zgodnie z którym organ może dokonać takiego uzupełnienia nie tylko na wniosek, ale również z urzędu, przy czym w tym drugim wypadku ma na tę czynność czternaście dni od daty doręczenia lub ogłoszenia decyzji. Ponadto dodano przepis § 1b, precyzujący, że uzupełnienie bądź odmowa uzupełnienia decyzji następuje w formie postanowienia. Artykuł 111 § 2 k.p.a. z kolei stanowi, że w przypadku wydania postanowienia, o którym mowa w § 1 b, termin dla strony do wniesienia odwołania względnie wniesienia powództwa bądź skargi do sądu administracyjnego biegnie od dnia ogłoszenia lub doręczenia owego postanowienia.

Praktykom doskonale wiadomo, że w niektórych sprawach wcale niełatwo jest zakwalifikować daną sytuację jednoznacznie jako taką, w której z całą pewnością sensowne będzie jedynie wniesienie odwołania od decyzji. Czasami – a najczęściej dotyczy to

merytorycznych niedostatków rozstrzygnięcia – nawet fachowy pełnomocnik nie ma jasności, czy aby nie byłoby wskazane uzyskanie najpierw formalnej wypowiedzi organu co do naprawienia wady decyzji poprzez wydanie postanowienia o jej uzupełnieniu, względnie o odmowie uzupełnienia. Dylemat nie jest wcale błahy, gdyż pochapne zaniechanie zabiegów o uzupełnienie, zwłaszcza w warstwie merytorycznej, może doprowadzić do tego, że wniesione odwołanie nie osiągnie pełni zamierzonego skutku, ponieważ organ odwoławczy nie orzeknie co do tej części rozstrzygnięcia, której w istocie rzeczy w pierwszej instancji nie było (zob. wyrok NSA z 27.10.2015 r., OSK 677/14: „W sytuacji, w której organ pierwszej instancji nie zawarł w swojej decyzji rozstrzygnięcia w przedmiocie odsetek (decyzja niepełna), nie można twierdzić, że organ drugiej instancji, przy okazji rozpoznania odwołania od takiej decyzji, miał obowiązek orzec także w tym zakresie. Gdyby bowiem organ odwoławczy uczynił to, jego decyzja w tej części byłaby nieważna jako podjęta z rażącym naruszeniem prawa – art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.”).

Z drugiej zaś strony oczekiwanie na wydanie postanowienia uzupełniającego może dolegliwie – od strony interesów ekonomicznych strony – przesunąć termin, w którym możliwe stanie się wniesienie środka odwoławczego.

Pełnomocnik stający przed tego rodzaju wyborem doznaje naturalnej pokusy, by w terminie czternastodniowym złożyć zarówno wniosek o uzupełnienie decyzji, jak i odwołanie od niej. Niezbyt obfite, za to jednoznaczne orzecznictwo sądów administracyjnych każe się podobnej pokusie jednoznacznie oprzeć. Wynika z niego bowiem że wcale nie jest tak, aby obowiązkiem organu było w takiej sytuacji dokonanie wyboru dla strony najkorzystniejszego. Przeciwnie: obecne pojmowanie, tak przez ustawodawstwo, jak i przez judykaturę obowiązków strony w postępowaniu administracyjnym każe wyciągać niesprzyjające konsekwencje z jej niejednoznacznych proceduralnych zachowań. Nie jest zatem tak, że termin do wniesienia odwołania mógłby się otwierać dwukrotnie: najpierw „pierwotnie”, po doręczeniu (względnie ogłoszeniu) decyzji, a potem ponownie – po doręczeniu postanowienia traktującego o uzupełnieniu lub jego odmowie. I zarazem – nie jest tak, żeby możliwe było skuteczne domaganie się uzupełnienia rozstrzygnięcia, jeżeli jednocześnie złożone zostało odwołanie.

Naczelnny Sąd Administracyjny wypowiedział się już kilkakrotnie przeciwko dopuszczalności jednoczesnego wnoszenia skutecznie przez stronę obydwu omawianych tu środków prawnych, czyniąc to w sprawach, w których rozstrzygnięcia dotyczyły kwestii podatkowych i proceduralnie podlegały reżimowi ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.). Dokładniej mówiąc, orzeczenia w tych sprawach zapadały na tle art. 213 Ordynacji podatkowej (wyrok NSA z 24.01.2012 r., I FSK 1464/10; wyrok NSA z 27.07.2001 r., III SA 1236/00; wyrok NSA z 4.11.2011 r., II FSK 820/10). W niedawno zapadłym wyroku – z 27.05.2020 r. (I GSK 177/20), skład orzekający w ramach Izby Ogólnoadministracyjnej trafnie podniósł, że jest to przepis, którego treść jest analogiczna z przepisem art. 111 k.p.a. Teza tego wyroku brzmi: „Jak wynika z art. 111 § 1 k.p.a., stronie przysługuje prawo do wniesienia żądania uzupełnienia decyzji co do jej rozstrzygnięcia; w tym samym terminie strona ma prawo do wniesienia odwołania (art. 129 § 2 k.p.a.). Przy czym oba te środki wykluczają się w tym zakresie. Oznacza to, że albo wnosi się odwołanie, albo też występuje z żądaniem uzupełnienia

decyzji. Orzeczenie bowiem o uzupełnieniu decyzji lub o odmowie jej uzupełnienia nie ma bytu samodzielnego i pozostaje częścią aktu, którego uzupełnienia domagała się strona. W sytuacji zatem, gdy w sprawie strona złożyła zarówno wniosek o uzupełnienie decyzji, jak i odwołanie, to skorzystała równoległe z dwóch środków prawnych. Skorzystanie przez stronę z jednego z wymienionych środków procesowych uniemożliwia skorzystanie w tym samym czasie ze środka drugiego". Innymi słowy, te dwa środki wzajemnie się wykluczają.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu, w orzeczeniu z 19.12.2017 r. (II SA/Po 867/17), zawierającym taką samą myśl jak wyżej zacytowana, dopełnił ją stwierdzeniem: „Celowościowa wykładnia przywołanych przepisów prowadzi do wniosku, że przesunięcie terminu do złożenia środka odwoławczego służy zapewnieniu stronie możliwości skutecznego zakwestionowania decyzji w dalszym postępowaniu”.

Jak się wydaje, należałoby również zwrócić baczną uwagę na następującą, słuszną konstatację przewijającą się w obu ostatnio zacytowanych orzeczeniach: rozstrzygnięcie uzupełniające decyzję bądź odmawiające takiego uzupełnienia nie ma samodzielnego bytu, lecz z chwilą wydania staje się składnikiem wcześniej wydanej decyzji administracyjnej. Skoro zaś tak jest, to błędne byłyby próby wywodzenia przez stronę, że w wypadkach wątpliwych należałoby dopuszczać działanie generalnej zasady pierwszeństwa rozpoznania odwołania przed innymi środkami prawnymi. Owszem, taka reguła została przez orzecznictwo wypracowana w odniesieniu do nadzwyczajnych środków wzruszenia decyzji, w szczególności stwierdzania jej nieważności (dopóki decyzja obarczona jedną z wad wymienionych w art. 156 k.p.a. pozostaje nieostateczna, wszelkie jej usterki należy korygować w zwyczajnym trybie odwoławczym). Nie można jednakże rozszerzać tego kanonu na sytuacje, w których niedostatkami decyzji jest jej niekompletność.

W sprawie rozstrzygniętej wyżej wskazanym wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (I GSK 177/20) doszło do rozpoznania odwołania i do wydania w tej kwestii decyzji przez organ drugiej instancji, natomiast nadal toczył się spór o to, czy prawidłowo rozpatrzono równoległe złożony wniosek o uzupełnienie. Przy jego rozstrzygnięciu sądy administracyjne zauważyły, że w istocie swojej wątpliwa kwestia merytoryczna nie nadawała się do uzupełnienia, a tylko do prostej kontroli drugoinstancyjnej.

Równoczesne złożenie odwołania oraz wniosku o uzupełnienie decyzji może też doprowadzić do tego, że najpierw zostanie rozpoznane żądanie uzupełnienia. Oznaczać to będzie, że można się spodziewać, iż organ drugiej instancji, kiedy potem przystąpi do rozpatrzenia odwołania, uzna je za niedopuszczalne w rozumieniu art. 134 k.p.a. i wyda w tej kwestii postanowienie, które od razu uzyska walor ostateczności. Taka właśnie była istota wyroku zapadłego w jednej ze wskazanych wyżej spraw rozstrzyganych w ramach uregulowań zawartych w Ordynacji podatkowej, to jest orzeczenia o sygnaturze III SA 1236/00 – z tym że w tamtej sprawie, co oczywiste, podstawę wydania postanowienia o niedopuszczalności odwołania należy lokować w treści art. 228 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej, zawierającej normę analogiczną do normy zapisanej w art. 134 k.p.a.

Należy w tym miejscu dodać, że pojęcie niedopuszczalności odwołania nie zostało w przepisach procedury wyraźnie zdefiniowane. Wywodzi się zatem w doktrynie i orzecznictwie, że tę kategorię rozumieć należy jako kontrapunkt do dopuszczalności

odwołania, a tę z kolei identyfikuje się poprzez przedmiot zaskarżenia, tok postępowania oraz podmioty uprawnione do wniesienia odwołania. Zatem przedwczesne wniesienie odwołania rozumie się jako niedopuszczalne. Być może jako przyczynę nierozpoznania odwołania w sytuacji złożenia go równoległe z żądaniem uzupełnienia można byłoby alternatywnie wskazywać uchybienie terminu do wniesienia odwołania – efekt negatywny dla strony byłby jednakże taki sam, jako że zarówno hipoteza niedopuszczalności, jak i hipoteza naruszenia terminu owocują sankcją zapisaną w art. 134 k.p.a.

Na koniec warto dostrzec, że skoro uzupełnienie decyzji może być dokonane przez organ także z urzędu, to strona, która o takie uzupełnienie sama nie wnosiła, a złożyła odwołanie w ciągu czternastu dni od doręczenia jej decyzji, także może się znaleźć w proceduralnym kłopotcie. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 111 § 2 k.p.a. termin do wniesienia odwołania (względnie innego środka prawnego, takiego jak powództwo lub skarga) rozpocznie dla niej bieg dopiero po doręczeniu jej postanowienia uzupełniającego, którego się może nawet w ogóle nie spodziewała. Co więcej, doręczone postanowienie może zawierać uzupełnienie kwestii dla strony w danej sytuacji nieistotnych, takich jak objaśnienie trybu odwoławczego samej decyzji, skądinąd doskonale jej i bez tego znanych. Ostrożność i logika nakazywałyby, aby w takich wypadkach na nowo, w ciągu czternastu dni wyeksponować odwołanie, zmieniając w jego pierwotnej treści nie tylko datę, ale również dodając przy wskazaniu samego skarżonego rozstrzygnięcia wzmiankę o dokonany z urzędu jego uzupełnieniu.

Ewa Stawicka

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

WZORCOWE ROZSTRZYGNIĘCIE W SPRAWIE WYPADKU DROGOWEGO ZE SKUTKIEM ŚMIERTELNYM

Proces w sprawie wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym, zainicjowany pochopnym aktem oskarżenia opartym na kruchych podstawach, charakteryzował się rzetelną obroną i – co w rzeczy samej najistotniejsze – słusznym rozstrzygnięciem.

Analiza zarówno okoliczności zaistnienia, jak i przebiegu wypadku drogowego – polegającego na potrąceniu, ze skutkiem śmiertelnym, nieprawidłowo przemieszczającego się w poprzek jezdni pieszego, przez kierującego radiowozem policyjnym, jadącym z włączonymi sygnałami błyskawicami, dźwiękowym o zmiennym tonie i światłami mijania – prowadzi do jednoznacznego wniosku, że na etapie postępowania przygotowawczego prokurator nie dostrzegł braku dowodu pozwalającego na przypisanie kierującemu naruszenia zasady szczególnej ostrożności, a równocześnie zarysowały się – i to

wyraźnie – przesłanki uzasadniające twierdzenie, iż pieszy poruszał się w warunkach naruszających podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Prawdziwość obu tez zostanie uzasadniona szczegółami przebiegu zdarzenia.

W toku postępowania całkowicie pominięto kwestię presji, jaką na kierującym radiowozem wywarł sam udział w interwencji, której celem było zapobiegnięcie – z natury rzeczy – poważnym skutkom bójki z użyciem niebezpiecznych narzędzi. Z jednej strony miał świadomość, że musi dotrzeć do miejsca zdarzenia możliwie najszybciej. Z drugiej strony jego powinnością było zapewnienie bezpieczeństwa innym uczestnikom ruchu. Szczególne znaczenie ma w rzeczy samej ruch kolizyjny (przejścia dla pieszych, skrzyżowania, przejazdu dla rowerzystów). Nie ustalono ważnej kwestii, a mianowicie jaki odcinek drogi kierujący przejechał od

momentu włączenia sygnałów do miejsca wypadku, a w tym ile skrzyżowań, ile przejść dla pieszych, ewentualnie innych niebezpiecznych miejsc oraz jak w istocie reagowali inni uczestnicy ruchu. Jest to istotna z procesowego punktu widzenia wiadomość, ponieważ rzutuje na stopień prawidłowości wykonywania trudnych manewrów w warunkach *sensu stricto* dynamicznej jazdy. Zważywszy jednak, że brak wiadomości w kwestii zachowania kierującego radiowozem przed wypadkiem stanowi równocześnie wiarygodną informację, że w tym czasie spełniał powinności szczególnego rodzaju uczestnika w ruchu drogowym.

W materiale dowodowym niepodobna znaleźć wiadomości, jakie powinności ciążyły na partnerce, członku patrolu interwencyjnego. Jest oczywiste, że policjantka zajmująca w radiowozie przednie siedzenie (tzw. prawy) to nie pasażer, lecz aktywny uczestnik interwencji. Jej powinnością było, poza – rzecz jasna – obsługą urządzeń uprzywilejowania w ruchu i nagłaśniających oraz utrzymywania łączności ze stanowiskiem kierowania, także utożsamienie się z rolą pilota (w pewnym – co oczywiste – sensie porównać można do pilota rajdowego). Poza sporem pozostaje fakt, że prawy – jako pomocnik kierującego – uzupełnia obserwację przedpola jazdy. Pomocnicza obserwacja ma na celu w rzeczy samej ujawnienie ewentualnych przeszkód na drodze i zasygnalizowanie ich obecności w odpowiedni sposób kierującemu. Należy podkreślić, że wywód ten nie ma na celu czynienia zarzutów w odniesieniu do staranności realizacji powinności w tym zakresie, lecz *a contrario* brak zastrzeżeń stanowi dowód funkcjonowania prawego podczas akcji w zgodzie z regułami sztuki. Nie można zatem podwa-

żyć twierdzenia, że gdyby uczestniczący w wypadku pieszy znalazł się na przejściu dla pieszych, niewątpliwie byłby dostrzeżony przez policjantkę, a co za tym idzie kierujący zostałby niezwłocznie zaalarmowany o zagrożeniu. Tymczasem – jak wynika z materiału dowodowego – zarówno kierujący, jak i prawy nie dostrzegli pieszego na przejściu. Z zeznań policjantki wynikają dwie istotne kwestie, że do potrącenia pieszego doszło po minięciu przejścia dla pieszych oraz to, że reakcja kierującego była niemal natychmiastowa, to znaczy bez zbędnej zwłoki po ujrzaniu pieszego, który nagle znalazł się na torze ruchu radiowozu. Trudno podważyć szczerłość wypowiedzi, wersja ta znalazła bowiem potwierdzenie w zeznaniach świadka, który widział przebieg wypadku z balkonu budynku, w którym mieszka. Kolejnym, kluczowym tym razem, dowodem na prawidłowe, w kontekście zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, zachowanie kierującego radiowozem jest zapis monitoringu. Podważa on jednoznacznie wnioski biegłego o rzekomym spóźnieniu z reakcją, wskutek zagrożenia, jakim było pojawienie się pieszego za przejściem dla pieszych. Jest oczywiste, że kierujący we wskazanym wcześniej miejscu – nieważne, w jakiej odległości za przejściem – nie mógł się spodziewać osoby, która w istocie przebiegała w poprzek jezdni, w miejscu nieuprawnionym.

W określonym stanie rzeczy trudno zasadnie utrzymać zarzut naruszenia przez kierującego radiowozem zasady szczególnej ostrożności. Nie jest możliwe także rozważanie naruszenia zasady ograniczonego zaufania, która w realiach sprawy miałaby zastosowanie, z uwagi na nieprawidłowe zachowanie pieszego. Urzeczywistnienie z dowodowego punk-

tu widzenia tego aspektu wypadku drogowego jest możliwe jedynie wówczas, jeżeli zdoła się dowieść ponad wszelką wątpliwość, że kierujący dostrzegł nieprawidłowe zachowanie pieszego w warunkach umożliwiających zapobiegnięcie potrąceniu. Każda wątpliwość może być rozstrzygnięta wyłącznie na korzyść kierującego radiowozem.

Zarzut nieumyślnego naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym przez prowadzenie pojazdu z nadmierną prędkością i niedostateczną obserwacją drogi, wskutek czego kierujący najechał na znajdującego się na jezdni pieszego, który w wyniku odniesionych obrażeń zmarł, musi opierać się na pozbawionej wątpliwości winie, a nie wyłącznie na fakcie zaistnienia wypadku drogowego. Zatem jeżeli pieszy znajdujący się w warunkach nocnych na mokrej jezdni ma na sobie ciemne ubranie, wówczas staje się niemal oczywiste, że stanowi on niekontrastową przeszkodę (mówiąc kolokwialnie, zlewa się z otoczeniem). Stąd rodzi się duże prawdopodobieństwo, że kierujący nie widział pieszego, co nie może automatycznie oznaczać, iż nienależycie obserwował drogę. Nie można zatem z tego tylko powodu stawiać mu zarzutu naruszenia podstawowej zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym, to znaczy szczególnej ostrożności. Pozostaje do rozważenia kwestia, czy kierujący nie naruszył innych zasad – bezpiecznej prędkości lub ograniczonego zaufania. Należało zatem w ramach analizy czasowo-przestrzennej zbadać prawidłowość wcześniejszych manewrów podejmowanych przez kierującego. Można niewątpliwie oczekiwać od kierującego, że odpowiednio zareaguje – zgodnie z zasadą ograniczonego zaufania – ale dopiero wówczas, gdy we wła-

ściwym czasie dotrą do niego symptomy wskazujące na możliwość nietypowego zachowania się innego uczestnika ruchu, oczywiście w czasie umożliwiającym skuteczność tej reakcji.

Nie trzeba przekonywać, że podstawową powinnością wszystkich uczestników ruchu drogowego, a zatem również pieszych, jest uczynienie wszystkiego co możliwe, aby ułatwić przejazd policyjnego radiowozu z włączonymi sygnałami, ponieważ taka sytuacja wskazuje jednoznacznie, iż jego załoga spieszy do zdarzenia, które bez szybkiej interwencji niechybnie zakończy się groźnymi skutkami. To nie jest trudne, wystarczy nie przeszkadzać, zejść z toru ruchu radiowozu, dla własnego i innych bezpieczeństwa. Jest oczywiste, że jeżeli radiowóz wykorzystywany jest w akcji, to znaczy ma włączone sygnały, wjeżdża na chodnik, wówczas piesi bezwzględnie muszą się usunąć. Jeżeli nadjeżdża jezdnią, nie można wchodzić na jego tor, mając zakodowane, że skoro jest w akcji, porusza się ze znaczną prędkością, ponad dopuszczalną w zwykłych (nieuprzywilejowanych) warunkach. Podejmując przemieszczenie się w poprzek jezdni, pieszy w takich warunkach godzi się zmierzyć z ryzykiem, że nie zdąży bezkolizyjnie przejść na drugą stronę jezdni, a radiowóz nie zdoła się przed nim zatrzymać. Utrudnianie przejazdu pojazdowi uprzywilejowanemu w akcji, to znaczy z włączonymi sygnałami błyskawymi i dźwiękowym o zmiennym tonie, jest poza – co oczywiście – naruszeniem prawa (art. 9 p.r.d.) następstwem lekkomyślności lub bezmyślności. Utrudnieniem jest pojawienie się na torze ruchu takiego pojazdu. Bezsporne jest, że dyspozycja przywołanego art. 9 p.r.d. jest uniwersalna, ponieważ spełnia rolę za-

równu nakazu, jak i zakazu oraz dotyczy wszystkich użytkowników drogi.

Pieszy, który realizował zamiar przemieszczenia w poprzek jezdni, miał możliwość dostrzeżenia zawczasu ruchu radiowozu, a wcześniej usłyszenia sygnału pojazdu uprzywilejowanego. Błysk (zwłaszcza w warunkach nocnych, nawet przy zmniejszonej przejrzystości powietrza) widziany jest z odległości kilkuset metrów, natomiast dźwięk słyszalny jest podobnie w dzień i w nocy, niezależnie od warunków atmosferycznych. Nie ma wątpliwości, że pieszy miał możliwość zapobiegnięcia wypadkowi, gdyby jako uczestnik ruchu zachował się prawidłowo. Prawidłowo zachowujący się uczestnik ruchu po usłyszeniu sygnału powinien zlokalizować miejsce skąd dochodzi dźwięk, wówczas ujrzy błyskające światła, to zaś odkryje kierunek ruchu pojazdu uprzywilejowanego. W tym momencie powinien wiedzieć, że nie może wejść na tor ruchu tego pojazdu, bez względu na warunki (nawet oznakowanym przejściem dla pieszych i przy zielonym sygnale świetlnym dla jego kierunku).

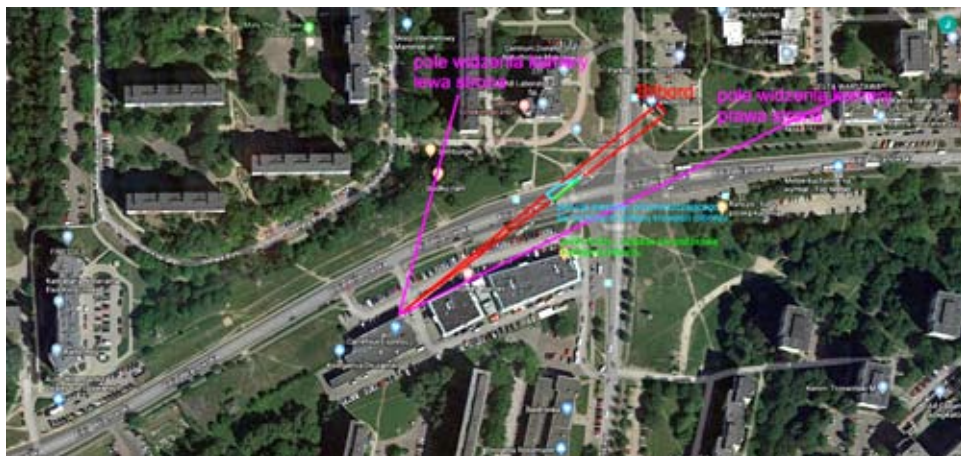
Dzięki informacji utrwalonej za pomocą monitoringu do uderzenia pieszego

doszło za przejściem dla pieszych. Dowodem materialnym potwierdzającym ten fakt jest zaprezentowana analiza graficzna tego, co zarejestrowało oko kamery monitoringu.

Pole widzenia ograniczono do domyślnej linii łączącej oko kamery oraz lewą i prawą krawędź billboardu. Na nagraniu monitoringu widać dwa istotne ujęcia, a mianowicie przemieszczanie pieszego i chwilę zetknięcia pojazdu z pieszym. Wskazuje to w rzeczy samej, że uderzenie samochodu w pieszego nastąpiło na początku linii zielonej z pozycji oka kamery, a zatem za przejściem dla pieszych, patrząc z kierunku ruchu kierującego radiowozem.

Zgodnie ze stanem faktycznym, potwierdzonym materiałem dowodowym, pieszy był w stanie nietrzeźwości. Miał tzw. męski wynik, który można uzyskać po wypiciu blisko 0,5 l wódki 40%. Jest oczywiste, że w określonym stanie rzeczywistość ulega zniekształceniu, a czas reakcji znacznie się wydłuża. Taki pieszy z reguły nie myśli kategoriami człowieka rozważnego i ostrożnego.

Reasumując, powyższa analiza wskazuje niemal jednoznacznie, że w toku procesu zabrakło dowodu wskazującego ponad wszelką wątpliwość, że kierujący



radiowozem w akcji spowodował wypadek. Również trudno byłoby wykazać przyczynienie tego kierującego do wypadku. Do słusznego rozstrzygnięcia uniewinniającego policjanta od zarzutu spowodowania wypadku drogowego doprowadziła wyjątkowa wnikliwość doświadczonego sędziego orzekającego. Wyrok w przekonaniu autora ma charak-

ter wzorcowy, ponieważ jest rezultatem dogłębnej analizy całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego zgodnie z regułami sztuki. Stan taki w rzeczy samej umacnia wiarę w wymiar sprawiedliwości. Ubolewam jedynie nad brakiem aktywności przełożonych policjanta, chociażby w zapewnieniu mu należytej ochrony prawnej.

Wojciech Kotowski

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

TYRMAND, JEGO WARSZAWA I WARSZAWKA

Sięgam po książki Leopolda Tyrmanda nie dlatego, że Sejm RP podjął uchwałę o ogłoszeniu roku 2020 jego rokiem. Czytam Tyrmanda, bo lubię jego inteligencję i uwodzenie słowem pisany, wreszcie dlatego, że pisał o moim mieście. Mam w bibliotece i pierwsze w oficjalnym obiegu wydanie jego *Dziennika 1954 z 1989 roku*, jeszcze z widocznymi ingerencjami cenzury, i pierwsze krajowe wydanie *Życia towarzyskiego i uczuciowego z 1990 roku*. Pierwszy raz czytałem *Złego*, powieść najbardziej warszawską z warszawskich (choć według niektórych rozwleczony, kiczowaty kryminał), jeszcze w wydaniu z lat 50. XX wieku.

Tyrmand był raczej trudnym, ale bardzo inteligentnym facetem, któremu kobiety lubiły opowiadać swoje historie. Czasem konfabulował, czasem był szczerzy do bólu. Był kąśliwym arbitrem elegancji. Nie wydaje się, aby nadawał się na autorytet moralny, ale wielu miało go za porządnego w trudnych czasach. Dzisiejsze feministki raczej by go nie polubiły, ale niejedna chętnie

pogawędziłaby z nim w cztery oczy. Miał świetne pióro, dobre pomysły na spędzanie wolnego czasu, kochał Warszawę i siermiężny jazz, a nienawidził pogodzonego z władzą, a jednocześnie zabiegającego o prestiż środowiska określanego przez niego jako „warszawka”.

Warszawka to, jak pisał w *Dzienniku 1954* – „specyficzna grupa społeczna, którą wyprodukował komunizm w swym wschodnioeuropejskim wcieleniu. (...) Można ich nazwać mieszczańsko-inteligentką opozycją przepuszczoną przez superwyżymaczkę z disneyowskich kreskówek, spod której postać ludzka lub zwierzęca wychodzi całkiem płaska i dwuwymiarowa, a mimo to żyje, skacze, ucieka, piszczy i kłóci się nadal. Są zazwyczaj urzędnicy, pracują w jakichś biurowo-lekarsko-farmaceutyczno-inżynierskich specjalnościach, do których wyższe wykształcenie i dyplomy nie są konieczne potrzebne, noszą dobre flanele i drogie krawaty, ich kobiety stosują się z nabożeństwem do obowiązujących na Zachodzie

mód, jakby otrzymywały żurnale z Paryża i Londynu co tydzień pocztą. Skąd na to biorą pieniądze, tego nikt nie wie, podejrzewam, że oni sami nie wiedzą; jakoś to idzie, zaimek «jakoś» jest ich kategorią kantowską, oznacza istotę rzeczy, *Ding an sich*. Żyją płytko, lecz na tle reszty kraju ich towarzysko-alkoholowe rutyny nabierają charakteru intensywności; ich główną troską poza niedostatecznymi zarobkami, jest konieczność kamuflażu tzw. dobrego życia, cóż bowiem za przyjemność z robawienia, jeśli nie można go ostentacyjnie manifestować, zaś w tym względzie atmosfera komunizmu jest tak naturalnym ograniczeniem jak pogoda. Ich nieukojonym żalem do świata i istnienia jest, że nie mogą żyć jak ich odpowiedniki na zachodzie: wygląda na to, że gdyby komunizm zaopatrzył ich w elegancko urządzone nocne lokale, lustrzane parkiety dancin-gowe z hollywoodzkich filmów, wieloosobowe *dancing bands* w białych frakach, komfortowe hotele w kurortach, wyszukane alkohole w każdym sklepie monopolowym i dobrą gabardynę w MHD, zgodziliby się na wszystko. Komunizm ani nie chce, ani nie może tego zrobić, więc się krzywią, i to w sposób zupełnie specjalny, wyhodowany na 200 latach środkowoeuropejskiego bytu kawiarnianego, który określa ich świadomość. To czyni z nich pewną niewygodę dla komunizmu, mało ważną, ale zawsze: ich głód i potrzeba przeobraża się w ostry, często dowcipny, zawsze gryzący cynizm, w rozplótkowanie sub-społeczne lub sub-kulturalne, nie pozbawione możliwości minimalnych korozji. (...) Jest w nich kabotyństwo, tchórzostwo i wiedza równie gorzka, jak dowcipna, zaś taka, której nikt poza nimi w socjalizmie o socjalizmie nie posiada. Wyzwalają ze mnie jakiś rodzaj rozmow-

ności i swadę, która im odpowiada, którą cenią i która czyni mnie wśród nich nader popularnym" (*Dziennik* 1954, 24 stycznia, Warszawa 2009, s. 122–123).

Szeroki krytyczny obraz tak rozumianej warszawki przedstawił Tyrmand w powieści *Życie towarzyskie i kulturalne* z 1964 roku. Niezależnie od tego, czy był to obraz realny, czy przerysowany, czytelnika mogą urzekać zabawy słowem i barwność opisu.

„Kawiarnia leżała w centrum miasta – oto przykład – zaludniali ją przypudrowani po goleniu mężczyźni w ponad średnim wieku, w niemodnych garniturach z drogich materiałów i obuwiu szytym na miarę przez ich własne warsztaty szewskie; żony tych rzemieślników-światowców unosiły do ust filiżanki kawy palcami grubymi, lśniącymi od brylantów i lakieru do paznokci. Gdzieś dyszał zmęczony Warszawą działacz ekonomiczny z prowincji lub kłócili się nerwowi, szpakowaci faceci odziani z wykwintem żigolaków z lat dwudziestych: kombinowali na własny rachunek imprezy estradowe w imieniu państwowego przedsiębiorstwa, któremu wydaje się, że monopolizuje przemysł rozrywkowy" (*Życie towarzyskie i uczuciowe*, Warszawa 1990, s. 63–64).

Czy taka lektura nie sprawia przyjemności? Albo taki kolorowy obrazek:

„(...) zajrzał na salę, gdzie Polacy o mało skodyfikowanych dochodach lub wsparci polityką bodźców ekonomicznych, odziani w koszule non iron ze spółdzielni imienia Fryderyka Engelsa i w wiedeńską konfekcję ze sklepów komisowych, tańczyli wdzięcznie w takt melodii *How high the moon*, wykonywanej na złotych saksofonach czeskiej produkcji. Po czym poszedł do obszernego cocktail-baru, spowitego we wzorzyste szmaty, ścianach pokrytych

strzępiastym deseniem. Trzy szeregi do-
brze ubranych ludzi różnego wieku i płci
stało tu w postawach swobodnych i piło
wiśniaki, sliwowice, starki, koniaki i likie-
ry; nieliczni siedzieli na wysokich krzesel-
kach, jedli zimne fryty i pili sok grapefru-
itowy; wszyscy współżyli na zasadzie cia-
snoty i wzajemnego przylegania do siebie;
cudzoziemcy – kupcy, dziennikarze lub
pracownicy międzynarodowych linii lot-
niczych – narzekali w różnych językach na
ciepłe piwo” (*Życie...*, s. 57–58). Można by
zapytać, któż dziś tak pisuje, ale byłoby to
zawołanie zbyt starcze i pesymistyczne.

Swoją miłość do Warszawy Tyrmand
potwierdził nie tylko szybkim powro-
tem po zakończeniu wojny, ale przede
wszystkim bestsellerową w latach 50. XX
wieku powieścią kryminalną *Zły* (ponoć
pierwszym czytelnikiem i recenzentem
kolejnych fragmentów powstającej ksią-
żki był sąsiad autora, warszawski adwokat
Aleksander Kiwerski) i licznymi tekstami
o stolicy w gazetach i czasopismach.

„Ostatecznie od dawna nie należymy
do narodów bogatych. Wiek XIX, stulecie
największego gromadzenia bogactw, po-
działu łupów i zysków, był wiekiem naszej
nieobecności. Nie było nas w polityce, nie
było nas na szlakach sławy i materialne-
go powodzenia, ledwie słyhać nas było
z wielkich ambon kultury. Gorzknieliśmy
wśród naszych partykularnych klęsk i za-
wodów, schodząc coraz bardziej do nikłej
pozycji ubożego krewnego, zawiedzione-
go w swych ambicjach i nadziejach, który
niewiele wniósł do wspólnej skarbnicy
ludzkości – pisał w październiku 1951 roku
w „Tygodniku Powszechnym”. – Mieliśmy
potężnych nieprzyjaciół, którzy zakopy-
wali nasze rzeczywiste zasługi, umniejsza-
li je lub ukrywali, dbając o to, aby zimna
obojętność, jeśli nie wrogość, wiała ku nam

od strony innych narodów. Mimo to udało
nam się stworzyć z Warszawy miasto piękn-
e, zasobne w proberze europejskiej cy-
wilizacji, pełne wdzięku i indywidualnego
uroku. Pierwsza połowa naszego wieku
wyniosła gród nadwiślański wysoko, roz-
sławiła jego czar, znęciła doń cudzoziem-
ców, zdobyła dlań korzyści i znaczenie.
Półwiecze to jednak zabrało nam Warsza-
wę. 45. rok zastał w miejscu wspaniałego,
bogatego, pełnego świadectw kultury mia-
sta największe gruzowisko Europy, a może
nawet i historii. Odtąd zaczęły się ponure,
niechlujne jesienie, bo niby jak tu sprzątać
brudy pokoju, kiedy podłoga jeszcze nie-
naprawiona i wszystkie ręce dzierżą młoty
zamiast mioteł” (tekst ze zbioru *Tyrmand
Warszawski*, Kraków 2016, s. 118–119).

A oto spojrzenie Tyrmanda na historię
stolicy z roku 1956:

„Otóż, moim zdaniem, Warszawa mia-
ła trzy zamknięte okresy w swojej historii,
w których warszawskie jej treści są (dla
mnie...) szczególnie atrakcyjne. Pierwszy
– to druga połowa XVIII wieku, rokoko-
wa, Stasiowa Warszawa, pełna pięknych
kobiet, awanturników i tenorów, arty-
stów malarzy i ciekawej szlachty z pro-
wincji, popadającej w zabawne konflikty
z rosnącym w znaczenie mądrym miesz-
czaństwem, Warszawa, którą interesował
się Voltaire i Casanova, Warszawa młodej
prasy, pierwszych plotek wielkomiejskich
i anegdota, które najlepiej kształtują poczu-
cie wielkomiejskości. Druga – to Warszawa
Królestwa Kongresowego, lat dwudzie-
stych ubiegłego wieku, miasto rosnące
w zamożność i kulturę mimo najbardziej
nieprzychylnych warunków politycznych.
W mieście tym dokonywała się podówczas
pierwsza praca od podstaw na mniejszą,
tylko warszawską, skalę, poprzedzającą
późniejszą, wielką, pozytywistyczną, ta

«praca organiczna» dawała nie byle jakie rezultaty w dziedzinie kultury. Znow Warszawa staje się celem dylizansów, stacją na której chętnie wysiadają aktorzy i uczeni, muzycy i prelegenci, pokrywający trasami swych rozjazdów najważniejsze punkty Europy. Mało – Warszawa, stolica niezupełnie wolnego narodu i lennego, zupełnie zależnego państewka, staje się rozsądnikiem idei i mody, co stanowi ważki dowód jej znaczenia. Młody Mickiewicz pisał w tych latach z Petersburga, że modne jest tam niemal wszystko, co warszawskie, a w Paryżu lansowano z upodobaniem polskie tańce, przesyłane w nutach z Warszawy. Ta Warszawa Chopina i Druckiego-Lubeckiego, ulicy Miodowej (wtenczas *en vogue*) i Honoratki zakończyła okresów bardzo warszawską rewolucją, której hasłem bojowym była *Warszawianka* i która głęboko wraziła nazwę Warszawy w świadomość ludzi tamtego czasu. (...) W warunkach ciężkiej niewoli formuje się czarująca Warszawa z Sienkiewiczowskiej noweli *Ta trzecia*, Warszawa Wokulskich i Podfilipowskich, miasto wytężonej pracy prężnych, młodych przedsiębiorstw i kolorowych ogródków «z muzyką», miasto renomowanych pracowni uniwersyteckich, świetnych fizyków i żywego ruchu umysłowego” (*Wspomnienie o Warszawie, od której nie chce się odejść, Stolica 1956*, tekst ze zbioru *Tyrmand Warszawski*, Kraków 2016, s. 156–158).

Na skutek wojennej hekatombi niewiele jest dziś warszawiaków od pokoleń. Tym bardziej miłości do Warszawy i lokalnego patriotyzmu trzeba oczekiwać od tysięcy przybyszy, którzy wiążą swoje losy ze stolicą. Warszawa urzeka bowiem – proporcjonalnie do intelektualnej wrażliwości – wszystkich jej mieszkańców.

Jest w *Dzienniku 1954* i epizod adwokac-

ki. „Stałem długo z mecenasem A. na rogu Alej Jerozolimskich i Brackiej – pisał Tyrmand pod datą 10 stycznia. – Zimno było cholernie, ale opowiadał ciekawie. O pewnym chłopie, który lata całe mógł służyć za okładkę Nowej Wsi. Typowy średniak, czyli sojusznik, oddawał zawsze w porę miarki i odsypy ze swych niecałych, zgodnie z doktryną 10 ha, za dostawę mleka zaś nawet zahaczył dyplom honorowy z komitetu powiatowego. Aliści któregoś poranka przyszedł nakaz odstawy zboża grubo powyżej sumy tegorocznych zbiorów całego powiatu, czyli krwawy bezsens. Chłop zaprotestował u odpowiednich władz, wobec czego wytoczono mu proces o lekceważenie sojuszu robotniczo-chłopskiego i uchylenie się od obowiązków obywatela, który nie dokazał sztuki nawet za trudnej dla Salomona, czyli nie był w stanie nalać z próżnego. Kmieć zaopatrzył się w dzielnego adwokata, który bez trudu udowodnił sędziom jego niewinność, za co Ministerstwo Sprawiedliwości zawiesiło go w czynnościach zawodowych i zażądało usunięcia z Izby Adwokackiej pod zarzutem podważania autorytetu ludowych sędziów. Zaś chłopą gang zwany komitetem powiatowym partii po prostu zapakował do ula.

Ale tu się zaczyna coś nowego. Interweniował KC i zażądał zrewidowania sprawy. Od kilku miesięcy gangsterzy w centrali, którzy nie boją się nikogo poza gangsterami z ambasady radzieckiej stali się niezwykle czuli na całkiem nieznanie dotąd słowo: praworządność. Co to znaczy, czy ma znaczyć w najbliższym czasie, tego nikt dobrze nie wie, najmniej zaś palestra warszawska. Przypomniałem mecenasowi A. zdanie Lenina: Są dwie praworządności – praworządność formalna i praworządność zmierzającej ku wielkim celom rewolucji.

Moim zdaniem, trudno aktualnie zgadnąć, którą z praworządności przyłożą do chłopca i jurysty, czyli sytuacja trochę jak z owej średniowiecznej francuskiej farsy. Co zastanawia, to fakt, że mecenas A. jest autentycznie wstrząśnięty. Przecież to urąga ludzkiemu rozumowi, jęczał na zimnie, zaś styczniowy wiatr dął pośród wzburzonych placów. To narusza prawidła i myślenia, i życia! Długo mu tłumaczyłem, że właściwie wszystko jest w najlepszym porządku na tym najlepszym ze światów, wszystko proste i jasne i nic nie stanęło na głowie ani do góry nogami. Musi on tylko pojąć jedną, jedyną prawdę, od której nie ma odwołania, i która jest ponad prawdami, a mianowicie, że nie może być inaczej. Odszedł mocno zgnębiony” (*Dziennik 1954*, Warszawa 2009, s. 51–52; w wydaniu Res Publica z roku 1989 fragment „gangsterami z ambasady radzieckiej” został usunięty przez cenzurę).

Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Ciekawe, kim był ów mecenas A., jakie były jego dalsze zawodowe losy i jaki był finał opisaną sprawę.

W 1965 roku Tyrmand po długich staraniach o wydanie mu paszportu wyjechał z Polski bez zamiaru powrotu, co wyjaśniał w napisanych na emigracji *Porachunkach osobistych*. Znalazł się w Ameryce, która – jako wtedy lewicująca i liberalna – nie odpowiadała jego wyobrażeniom i poglądom. Próbował ją przekonać do swoich racji esejami w prasie. Ich zbiory: *Zapiski dyletanta* (1970) i *Cywilizacja komunizmu* (1972, wydanie w języku angielskim nosiło tytuł *Spółdzielnia Antykonceptyjna im. Róży Luksemburg*) są lekturą przydatną głównie tym, którzy nie żyli w realiach socjalizmu. Współczesna prawica ma go więc za swojego, a ja sądzę, że gdyby żył dzisiaj (zmarł w 1985 roku), nie szczędziłby złośliwych uwag i szyderstwa wszystkim opcjom politycznym.

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

The Constitutional Tribunal could not have ruled worse, that is, on destroying the system with one decision 5

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

About the time limit for submitting a subsidiary indictment 14

Bartosz Pyzder

Concurrent right to an appeal to a court of second instance and an appeal to the court of first instance in civil procedure 29

Bartosz Skorek

The legal notion of *datio in solutum* as a method of extinguishing an obligation (a contract) to carry out construction works within a determined scope only . 41

Anna Tetkowska

The legislator adopts different regulations regarding the right of access to public information and the right to re-use public sector information for materials that are protected by copyright 67

Andrzej Nogal

Procedural guarantees of the accused in the Athens trial (5th/4th century BC) as compared to contemporary Polish law 97

RECENT CASE-LAW

Marek Antoni Nowicki

Review of the case-law of the European Court of Human Rights (July–September 2020) 113

GLOSSES

Maciej Kiełbowski

Pronouncing a decision null and void in the context the principles of legal certainty and of trust in the state. Commentary on judgment of the Supreme Administrative Court of 20 February 2019 (II OSK 694/17) 120

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

Ewa Stawicka

Is it permissible to submit an application for supplementing an administrative decision and an appeal against it at the same time? 129

ROAD ACCIDENTS

Wojciech Kotowski

Model settlement in the case concerning a fatal road accident 133

LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES

Andrzej Tomaszek

Tyrmand, his Warsaw and the so-called Warsaville 138

W numerze między innymi:

DOBROŚŁAWA SZUMIŁO-KULCZYCKA

W kwestii terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia

BARTOSZ PYZDER

Zbieg zażalenia dewolutywnego i zażalenia poziomego
w postępowaniu cywilnym

ANNA TETKOWSKA

Przyjęcie przez ustawodawcę odmiennych regulacji
w zakresie prawa do dostępu do informacji publicznej
oraz prawa do ponownego wykorzystania
informacji sektora publicznego
do materiałów objętych ochroną prawa autorskiego

ANDRZEJ NOGAL

Gwarancje procesowe oskarżonego
w procesie ateńskim (V/IV w. p.n.e.)
w porównaniu ze współczesnym prawem polskim

CEZARY PAWEŁ WALDZIŃSKI

Podział majątku wspólnego po ustaniu
ustawowej małżeńskiej wspólności majątkowej – glosa

MACIEJ KIEŁBOWSKI

Stwierdzenie nieważności decyzji
a zasada pewności prawa oraz zaufania do państwa – glosa