

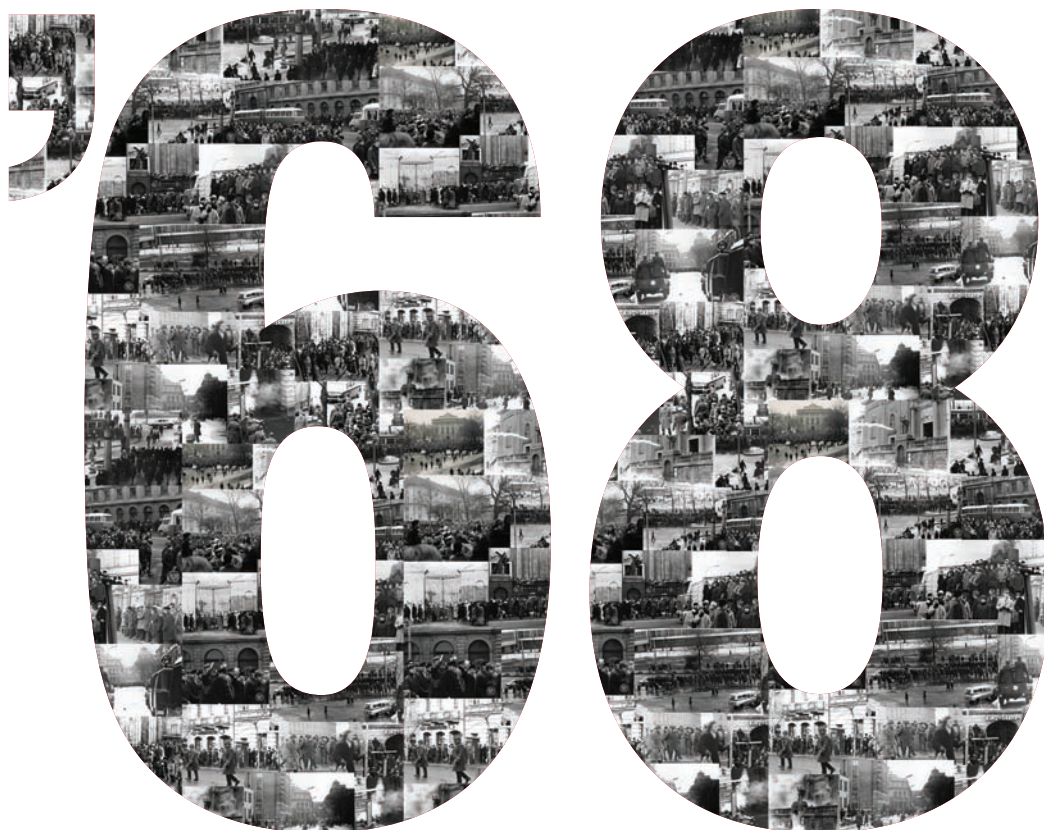


marzec

3/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej



MARZEC



Marzec

3/2023

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 LXVIII nr 784



Naczelna Rada Adwokacka

p.o. Redaktora naczelnego:
Przemysław Rosati
p.o. zastępcy Redaktora naczelnego:
Michał Bieniak

Sekretarze redakcji:
Klaudiusz Kaleta, Adam Kozielnik
Redaktor języka angielskiego:
Anna Setkowicz

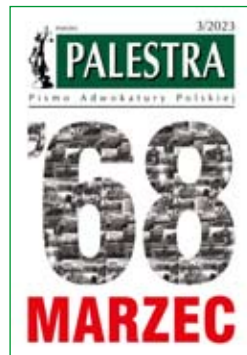
Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

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

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Szanowni Czytelnicy!

Tajemnica adwokacka to jeden z podstawowych obowiązków adwokata i jedno z najważniejszych praw jego klienta. Praw, które są niezbędne dla klienta, jeżeli ma mieć zapewnione rzeczywiste prawo do obrony. Warto więc dowiedzieć się, jak funkcjonuje ono w innych systemach prawnych, o czym informuje artykuł adw. dr Magdaleny Matusiak-Frączak, *Wybrane aspekty funkcjonowania tajemnicy adwokackiej w Stanach Zjednoczonych*. Postulowane od wielu lat wprowadzenie do polskiego prawa fundacji rodzinnej jest jedną z ważniejszych nowości w polskim prawie prywatnym ostatnich lat. Funkcjonowaniu fundacji rodzinnej poświęcony jest tekst adw. dr Michała Bieniaka, *Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie*. Od czasów pandemii COVID-19 szczególnego znaczenia nabrała komunikacja elektroniczna z sądem. Na przykładzie postępowania sądowoadministracyjnego zagadnienie to opisują r.pr. dr Radosław Bulejak i adw. dr Jacek Matarewicz, *Komunikacja elektroniczna strony i jej pełnomocnika z sądem w toku postępowania sądowoadministracyjnego*. Ponadto w najnowszym numerze „Palestry” znajdują Państwo teksty poświęcone m.in. prawu karnemu (materialnemu i procesowemu) oraz prawu cywilnemu.



Projekt i przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

foto na okładce: kolaż z wykorzystaniem zdjęć operacyjnych Służby Bezpieczeństwa wykonanych w marcu 1968 r. w Warszawie; Instytut Pamięci Narodowej, www.polskiemiesiace.ipn.gov.pl

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. Nakład: 500 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Michał Bieniał

Czego powinien nauczyć nas Marzec '68? 5

Artykuły

Magdalena Matusiak-Frącczak

Wybrane aspekty funkcjonowania tajemnicy adwokackiej
w Stanach Zjednoczonych 7

Dariusz Mucha

Postulat *de lege ferenda* w zakresie przestępstwa obcowania płciowego
z małoletnim 20

Przemysław Krawczyk

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie
zabezpieczenia majątkowego – uwagi na tle art. 293 § 3 Kodeksu
postępowania karnego 35

Michał Bieniał

Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie 48

Radosław Bulejak, Jacek Matarewicz

Komunikacja elektroniczna strony i jej pełnomocnika z sądem w toku
postępowania sądowoadministracyjnego 62

Polemiki

Witold Borysiak

Reguły staranności a odpowiedzialność deliktowa – polemika 77

Glosy

Andrzej Koziolkiewicz

Czy w sądowej sprawie o podział majątku wspólnego małżonków dopuszczalne jest rozliczanie nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego małżonka? – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 24.07.2020 r. (I CSK 106/20) 102

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

Podstawowe zasady procedury cywilnej? 118

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

O deficycie racjonalności i autorytetów 121

Szpalty pamięci

Natalia Drzazgowska-Kanarek, Janusz Kanarek

Bogusław Owsianik (1950–2021) 126

Ad vocare

Agata Koschel-Sturzbecher

Ocena zgodności i przeprowadzanie konsultacji publicznych projektów uchwał samorządów zawodowych zawierających przepisy regulacyjne w świetle dyrektywy 2018/958 130

Table of contents 143

Od Redakcji

Michał Bieniak

CZEGO POWINIEN NAUCZYĆ NAS MARZEC '68?

W tym roku mija 55 lat od wydarzeń marcowych 1968 r., jednego z bardziej specyficznych buntów, jakie Polska przeżyła. Buntu, który miał podobne cele jak wszystkie pozostałe po 1945 r., to jest poszerzenie swobód obywatelskich, chociaż niekiedy bezpośrednią ich przyczyną była chęć poprawy warunków bytowych. Jego odmiennością było natomiast to, że oparł się on głównie na środowiskach inteligenckich, w przeciwieństwie do sytuacji z 1956, 1970 i 1976 r., kiedy podstawową rolę odgrywały środowiska robotnicze.

Jaki był przebieg zdarzeń, wszyscy mniej więcej wiemy. Jaki był ich skutek – usunięcie z uczelni niepokornych naukowców, masowe represje wobec studentów zaangażowanych w działalność opozycyjną, wzmożenie nagonki antysemickiej, masowa emigracja – również wiemy.

Kiedys jednak napisano, że *historia magistra vitae est*. Wspominanie przeszłych zdarzeń ma głębszy sens właśnie wtedy, gdy będziemy starali się z nich wyciągnąć wnioski dla teraźniejszości i przyszłości.

Jeżeli spojrzymy na historię Polski, to pierwszym wnioskiem, który musi się nasuwać, jest że wolność nie jest nigdy dana na zawsze i trzeba o niej pamiętać, i o nią walczyć. W kraju, który kilkakrotnie tracił Niepodległość, musimy o tym pamiętać zawsze, zwłaszcza w czasie, kiedy wojna zbliżyła się do naszych granic.

Marzec 1968 r. i historia innych zrywów społecznych okresu komunizmu rodzą jednak również inne spostrzeżenia. Żaden zryw tego okresu nie przyniósł ani nie zainicjował zmian, dopóki był zrywem jednej grupy społecznej. Ani robotniczy Czerwiec 1956, ani studencki Marzec 1968, ani Grudzień 1970 nie miały

szans powodzenia, nie tylko z uwagi na fakt, że komunistyczna władza trzymała się mocno, ale również z uwagi na zaangażowanie w przeważającej mierze wyłącznie jednej grupy społecznej. Dopiero wydarzenia radomskie i Sierpień 1980 zbudowały fundament pod przyszłe przemiany, bo zaczęły angażować całe społeczeństwo, bez *quasi*-klasowego podziału.

We wszystkich tych zdarzeniach czynnie uczestniczyli adwokaci, jako obrońcy polityczni, często stając się sami ofiarami prześladowań. Jako Adwokatura mamy obowiązek współdziałać w ochronie praw i wolności obywatelskich. Tylko wtedy będziemy jednak w stanie skutecznie chronić prawa i wolności obywatelskie, kiedy przekonamy do naszego stanowiska większość społeczeństwa lub większość społeczeństwa sama będzie podzielać nasze postrzeganie praw i wolności obywatelskich. Musimy więc z pewną pokorą spojrzeć również na siebie. Tylko wtedy bowiem Adwokatura będzie miała większy wpływ na otaczającą ją rzeczywistość.

dr Michał Bieniak

p.o. zastępcy redaktora naczelnego miesięcznika „Palestra”.

Pojęcia kluczowe: *adwokat, tajemnica adwokacka, Donald Trump, wybory, proces wyborczy*

Artykuły

Magdalena Matusiak-Frącczak

WYBRANE ASPEKTY FUNKCJONOWANIA TAJEMNICY ADWOKACKIEJ W STANACH ZJEDNOCZONYCH

Wydarzenia na Kapitolu w dniu 6.01.2021 r. miały nie tylko wymiar polityczny. W sensie prawnym mogą one zakończyć się konsekwencjami nie tylko dla byłego prezydenta Stanów Zjednoczonych Donalda Trumpa, ale również dla jego doradców, w tym adwokatów. Kазus Johna C. Eastmana pokazuje, jakie problemy dla tajemnicy adwokackiej może generować łączenie różnych ról zawodowych i społecznych – adwokata, wykładowcy akademickiego i członka sztabu wyborczego. Daje również wskazówki, jakie czynności adwokat powinien podjąć, żeby należycie zabezpieczyć informacje powierzone mu w poufności.

1. WPROWADZENIE

Wybory prezydenckie w Stanach Zjednoczonych w 2020 r. będą miały szczególne miejsce w historii, i to nie ze względu na przebieg kampanii wyborczej czy płomienne przemówienia obu kandydatów. Rzeczą nie bez precedensu było postępowanie ustępującego prezydenta Donalda Trumpa w sytuacji, kiedy stało się jasne przy liczeniu głosów elektorskich, że zwyciężył jego kontrkandydat, Joe Biden. Prezydent Donald Trump podjął wiele czynności, które miały doprowadzić do zmiany wyniku wyborczego na jego korzyść. Ostatecznie sytuacja w Stanach Zjednoczonych stała się na tyle napięta, że tłum zwolenników Donalda Trumpa rozpoczął zmasowany atak na Kapitol w dniu 6.01.2021 r., kiedy

to miały być zatwierdzane wyniki wyborów. Ostatecznie prezydent Joe Biden objął stanowisko dwa tygodnie po tym wydarzeniu¹.

Ustępujący prezydent Donald Trump nie działał samodzielnie, ale uzyskał wsparcie między innymi od adwokatów. Jedną z głównych postaci tych wydarzeń, Jeffrey Clark, członek adwokatury w Dystrykcie Kolumbii², pracował dla Departamentu Sprawiedliwości. Wszczęto wobec niego postępowanie dyscyplinarne za zaangażowanie w działania stanowiące dyshonor oraz takie, które poważnie zakłóciłyby administrowanie wymiarem sprawiedliwości. Wniosek o ukaranie dyscyplinarne został przedstawiony przez rzecznika dyscyplinarnego w lipcu 2022 r.³

Artykuł dotyczy tajemnicy adwokackiej, jednak nie jej istoty, a pewnych kwestii szczegółowych⁴. Będzie się on koncentrował na zagadnieniach związanych z adwokatem zewnętrznym w stosunku do Białego Domu i Departamentu Sprawiedliwości. Prezydentowi Donaldowi Trumpowi doradzał również John C. Eastman, będący jednocześnie w tamtym czasie wykładowcą Chapman University. Izba Reprezentantów (*House of Representatives*) utworzyła Specjalny Komitet ds. Zbadania Ataków z 6 Stycznia na Kapitol (*Select Committee to Investigate the January 6 Attack on the US Capitol*). Ów Komitet w prowadzonym przez siebie postępowaniu chciał przeprowadzić dowód z wiadomości e-mail wysyłanych i odbieranych przez adwokata Johna C. Eastmana na jego uniwersyteckiej skrzynce na serwerach Champan University w okresie pomiędzy 3.11.2020 r. a 20.01.2021 r. Adwokat podniósł zarzut dotyczący tajemnicy adwokackiej, w związku z czym problem ujawnienia treści wspomnianych wiadomości e-mail był przedmiotem rozważań US District Court Central District of California Southern Division⁵.

Orzeczenie wydane przez wymieniony wyżej sąd porusza kilka aspektów dotyczących funkcjonowania tajemnicy adwokackiej w Stanach Zjednoczonych, które będą przedmiotem niniejszego opracowania, a które wynikały z pełnienia przez Johna C. Eastmana jednocześnie kilku ról: adwokata, wykładowcy akademickiego oraz członka sztabu wyborczego. W pierwszej kolejności zostanie

¹ M. Cohen, *Timeline of the coup: How Trump tried to weaponize the Justice Department to overturn the 2020 election*, CNN Politics z 5.11.2021 r., <https://edition.cnn.com/2021/11/05/politics/january-6-timeline-trump-coup/index.html> (dostęp: 17.02.2023 r.).

² Tak administracyjnie nazywany jest okręg odpowiadający stolicy Stanów Zjednoczonych – Waszyngtonowi.

³ K. Benner, *Ethics Board moves to Penalize Jeffrey Clark, Who Aided Trump in Election Plot*, „The New York Times” z 22.07.2022 r., <https://www.nytimes.com/2022/07/22/us/politics/jeffrey-clark-dc-bar-justice.html> (dostęp: 19.03.2023 r.). O wiodącej roli Jeffrey’a Clarka można przeczytać w raporcie senackim: Senate Committee on the Judiciary, *Subverting Justice. How the Former President and His Allies Pressured DOJ to Overturn the 2020 Election*, <https://www.judiciary.senate.gov/interim-majority-staff-report> (dostęp: 19.03.2023 r.).

⁴ Szczegółowa analiza istoty tajemnicy adwokackiej ujęta jest w: M. Matusiak-Frącczak, *Ochrona poufności komunikacji klienta z adwokatem. Standardy międzynarodowe, standard Unii Europejskiej oraz standardy krajowe wybranych państw a prawo polskie*, Warszawa 2023.

⁵ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al., Case No. 8:22-cv-00099-DOC-DFM, postanowienie z 7.06.2022 r.

omówione zagadnienie ustalenia istnienia relacji adwokat–klient, bowiem tylko w jej przypadku możemy mówić o ochronie przysługującej klientowi z tytułu tajemnicy, jak też zostanie wskazane, kto jest uczestnikiem takiej relacji. Następnie zostanie pokrótce przeanalizowany problem, czy użycie przez adwokata do komunikacji z klientem uniwersyteckiej skrzynki e-mail uchyla tajemnicę. Wreszcie konieczne będzie poczynienie uwag w przedmiocie zrzeczenia się tajemnicy oraz wyjątku od tajemnicy, jakim jest działanie w celu naruszenia prawa przez adwokata lub jego klienta.

2. USTALENIE ISTNIENIA RELACJI ADWOKAT–KLIENT ORAZ JEJ UCZESTNIKÓW

Żeby komunikacja była objęta ochroną tajemnicy adwokackiej, musi mieć miejsce w relacji klienta z adwokatem, aczkolwiek nie zawsze musi być dokonywana bezpośrednio pomiędzy tymi dwiema osobami. Czasami ustalenie, czy faktycznie mamy do czynienia z takim właśnie stosunkiem, nastęrcza pewnych trudności, zwłaszcza w tak skomplikowanym stanie faktycznym, jak wydarzenia w Białym Domu i na Kapitolu na przełomie 2020/2021 r. Prezydent Donald Trump był wówczas otoczony sztabem wyborczym oraz licznymi doradcami, w tym w zakresie prawa, a po wstępnych wynikach wyborów szukał prawnych możliwości podważenia ich ważności. Nie mieliśmy do czynienia z sytuacją, w której adwokat działałby *stricte* jako pełnomocnik, ponieważ nie toczyło się żadne postępowanie. W sprawie *Eastman v. Thompson* adwokat John C. Eastman nie był w stanie wykazać się dokumentem pełnomocnictwa, przedstawił jedynie niepodpisane porozumienie pomiędzy nim, prezydentem Trumpem jako kandydatem w wyborach prezydenckich, oraz prezydenckim komitetem wyborczym. Dlatego Specjalny Komitet podnosił w sprawie, że John C. Eastman nie działał jako adwokat prezydenta Trumpa, a jako zwykły członek jego sztabu i doradca wyborczy⁶.

Tymczasem tajemnica adwokacka obejmuje tylko te informacje, które adwokat uzyskuje, kiedy działa w swoim zawodowym charakterze. Jeżeli jest on natomiast naocznym świadkiem wydarzeń, jako przyjaciel, członek rodziny, czy pełni funkcje np. kuratora, syndyka, to wówczas tajemnica adwokacka nie powstaje⁷. To strona powołująca się na tajemnicę powinna wykazać istnienie relacji adwokat–klient oraz naturę komunikacji pomiędzy tymi podmiotami⁸.

⁶ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa *John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.*, Case No. 8:22-cv-00099-DOC-DFM, postanowienie z 7.06.2022 r.

⁷ High Court of Chancery, sprawa *Greenough v. Gaskell* [1833] 1 My & K 98; wyrok z 31.01.1833 r. Court of King's Bench, sprawa *Wilson v. Rastall* [1792] 4 TR 753; wyrok z 18.06.1792 r. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *United States v. Graf* 610 F.3d, 1148, 1158 (9th Cir. 2010), opinia z 7.07.2010 r.; W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 153, 156; Z. Krzemiński, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959/10, s. 34; Z. Krzemiński, *Tajemnica zawodowa adwokata*, „Palestra” 1974/6, s. 24.

⁸ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *United States v. Ruehle* 583 F.3d, 600, 607 (9th Cir. 2009), opinia z 30.09.2009 r.

Pomimo braku stosownych dokumentów sąd ustalił, że John C. Eastman działał w swoim zawodowym charakterze i udzielał bezpośrednio po zakończeniu kampanii wyborczej porad prawnych prezydentowi Donaldowi Trumpowi. Powyższe wynikało z faktu, że D. Trump sam wielokrotnie podczas publicznych wystąpień przedstawiał Johna C. Eastmana jako osobę, która świadczyła na jego rzecz usługi doradztwa prawnego w zakresie wyborów prezydenckich w 2020 r. Również sam John C. Eastman w wielu wywiadach nazywał D. Trumpa swoim klientem w sprawach wyborczych w 2020 i 2021 r.⁹

Z powyższego wynika pewna uwaga natury ogólnej oraz uniwersalnej¹⁰. Dla prawidłowego zabezpieczenia wykonywania swoich czynności zawodowych adwokat powinien zadbać o to, aby istniały dokumenty potwierdzające, że wobec konkretnej osoby działał on w swoim zawodowym charakterze. Jednak brak takich dokumentów nie niweczy charakteru podejmowanych czynności, ponieważ istnienie relacji adwokat–klient można udowodnić również innymi sposobami.

Ochrona wynikająca z tajemnicy adwokackiej może również obejmować komunikację innych podmiotów niż sam adwokat i jego klient. Standardem współczesnej praktyki prawnej jest korzystanie z pracy lub usług wielu osób, jak inni adwokaci, aplikanci, pracownicy kancelarii, ale też specjaliści, np. tłumacze. Jeżeli czynności tych osób wchodziły w zakres świadczenia klientowi usługi prawnej, np. porady, to komunikacja z nimi również będzie objęta poufnością¹¹.

⁹ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

¹⁰ Podobne rozumienie zakresu tajemnicy adwokackiej występuje m.in. w Polsce – zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.08.2015 r. (II AKz 443/15); wyrok SN z 1.12.2016 r. (SDI 65/16).

¹¹ American Bar Association, The Model Code of Professional Responsibility, 12.08..08.1969 r., EC 4-2, EC 4-5, DR 4-101 (D); Supreme Judicial Court of Massachusetts, sprawa Foster v. Hall [1831] 12 Pick 39, wyrok z.10.1831 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa United States v. Sanmina Corp. 968 F.3d, 1116 (9th Cir. 2020), opinia z 7.08.2020 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa United States v. Richey, 632 F.3d, 566 (9th Cir. 2011), opinia z 21.01..01.2011 r. Podobnie przyjmują inne niż amerykańska jurysdykcje: Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów, Międzynarodowe zasady postępowania dla zawodów prawniczych/ IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, 28.05.2011 r., s. 22–23; Rada Adwokatów Europejskich, Kodeks postępowania dla prawników europejskich, 28.10.1988 r., ze zm., zasada 2.3.4.; Austria, Rechtsanwaltsordnung, 6.07.1868 r., RGBl. 96/1868, § 9 ust. 2 i 3; Belgia, Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique, Code de déontologie de l'avocat, 15.10.2012 r., Moniteur Belge z 17.01.2013 r., s. 1835, art. 4.39 § 4; Conseil National des Barreaux (Francja), décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée), JORF n°185 du 11 août 2007 page 13503, texte n° 30, art. 2.3. Cour constitutionnelle (Belgia), wyrok nr 10/2008 z 23.01.2008 r.; Court of King's Bench, sprawa Du Barre v. Livette [1791] Peake 77, wyrok z 27.07.1791 r.; Czechy, Zákon o advokacii, Zákon č. 85/1996 Sb., 13.03.1996 r. (§ 27 ust. 9 lit. a); Hiszpania, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, Código Deontológico de la Abogacía Española, 6.03.2019 r., art. 5 ust. 7; Niemcy, Strafprozeßordnung, 7.04.1987 r., BGBl I S. 1074, § 53a ust. 1; Portugalia, Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei n.º 145/2015, 9.09.2015 r.,

Tak samo chronione będą informacje wymieniane z osobami, które w relacjach z adwokatem działają w imieniu i na rzecz klienta, jak jego pracownicy, członkowie rodziny¹².

W sprawie *Eastman v. Thompson* adwokat John C. Eastman nie wykazał, aby część e-maili, w odniesieniu do których powoływał się na tajemnicę adwokacką, była wysyłana od lub do prezydenta Trumpa lub jego sztabu. W przypadku części e-maili nie udowodnił on także, że nadawcą był jego współpracownik¹³ i nie wykazał, by osoba, która te e-maile wysyłała, również posiadała uprawnienia adwokackie. Ta korespondencja mogła zostać ostatecznie ujawniona przed Komitetem Specjalnym.

Dlatego też powyższą część rozważań należy pokrótce skonkludować pozytywnym wnioskiem, że tajemnica adwokacka chroni określoną informację w konkretnych okolicznościach, a nie adwokata przed obowiązkiem składania zeznań, chociaż literalne tłumaczenie określenia z systemu *common law*, to jest *legal professional privilege*, mogłoby sugerować, że chodzi o przywilej adwokata, a przecież tajemnica jest uprawnieniem jego klienta i chroni przysługujące mu prawo do sprawiedliwego procesu. Taka interpretacja, że ochronie podlega informacja, a nie osoba adwokata, bardziej oddaje istotę tajemnicy adwokackiej aniżeli polskie wąskie rozumienie art. 180 § 2 k.p.k.¹⁴ Nawet jednak przy tak przychylniej dla tajemnicy adwokackiej wykładni jak amerykańska nie można zapominać, że istnienie wspomnianych powyżej więzi zawodowych czy rodzinnych skutkujących objęciem komunikacji poufnością trzeba udowodnić.

3. UŻYCIE PRZEZ ADWOKATA UNIWERSYTECKIEJ SKRZYNKI E-MAIL W CELU KOMUNIKACJI Z KLIENTEM

Jak już zostało zaznaczone, John C. Eastman jest adwokatem i w czasie doradzania prezydentowi Trumpowi był wykładowcą akademickim na Chapman University. Jednocześnie używał on swojej uniwersyteckiej skrzynki e-mail do

art. 92.2 i 92.7–8; Singapur, Evidence Act, 1.07.1893 r., sekcja 129; Supreme Court of Canada, sprawa *Jones v. Smith* [1999] 1 R.C.S. 455, wyrok z 25.03.1999 r., pkt 9, 14, 20, 30; T. Baudesson, P. Rosher, *Le secret professionnel face au legal privilege*, „Revue de Droit des Affaires Internationales” 2006/1, s. 47–48; A.M. Dodek, *The public safety exception to solicitor-client privilege: Smith v. Jones*, „UBC Law Review” 2000/34, s. 314.

¹² Court of Chancery, sprawa *Bunbury v. Bunbury* [1839] 2 Beav. 173, wyrok z 8.11.1839 r.; sprawa *Carpmael v. Powis* [1946] 1 Ph 687, wyrok z 25.03.1846 r.; Court of King’s Bench, sprawa *Wilson v. Rastall* [1792] 4 TR 753, wyrok z 18.06.1792 r.; House of Lords, sprawa *Three Rivers District Council and others v. Governor and Company of the Bank of England (No 6)* [2004] UKHL 48, opinia z 11.11.2004 r., pkt 56; Singapore Court of Appeal, sprawa *Skandinaviska Enskilda Banken v. Asia Pacific Breweries* [2007] 2 SLR 367, wyrok z 22.02.2007 r., pkt 43.

¹³ J.C. Eastman użył ogólnego określenia *co-counsel*.

¹⁴ W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 58–61. *A contrario* M. Niedużak, *Czy tajemnica adwokacka może obowiązywać tylko adwokatów? Rozważania na gruncie przepisów Prawa o adwokaturze oraz Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2010/11–12, s. 152–155, 157.

komunikacji ze swoimi prywatnymi klientami, czyli korzystał z niej poza swoim zakresem obowiązków uczelnianych. Z kolei skrzynki uniwersyteckie, jak wynikało z regulaminu Chapman University, podlegają monitoringowi ze strony pracodawcy. Komitet Specjalny powołał się na te okoliczności i twierdził, że ze względu na użycie skrzynki uniwersyteckiej tajemnica adwokacka została uchylona¹⁵.

Aby rozstrzygnąć ten problem, US District Court Central District of California Southern Division odwołał się do istoty tajemnicy adwokackiej i celu, jakim przyświeca jej istnienie. Prawidłowe udzielenie porady prawnej wymaga, aby adwokat znał wszystkie okoliczności sprawy, a klient będzie mógł być z adwokatem całkowicie szczery wyłącznie w przypadku, kiedy będzie adwokatowi ufał¹⁶. Dlatego też sąd wyszedł z założenia, że decydującym kryterium będzie tutaj wola i świadomość klienta, to jest czy komunikował się on ze swoim adwokatem w przekonaniu, że komunikacja ta będzie objęta poufnością¹⁷.

Nie bez złośliwości sąd postawił pytanie, czy klient powinien być karany za brak zrozumienia uniwersyteckiej polityki e-mail, jak też za rozumienie przez profesorów prawa, jaka praca prawnicza jest dopuszczalna w ramach ich obowiązków akademickich. Również kwestia, czy pracownik może wykorzystywać e-mail służbowy do celów prywatnych, nie powinna mieć w tym przypadku znaczenia, jakkolwiek w tym zakresie sąd podkreślił, że sama polityka Chapman University była niejednoznaczna. Po pierwsze, monitorowanie poczty przez pracodawcę nie było powszechną praktyką, mogło być dokonywane wyłącznie w celu odzyskania utraconych wiadomości czy ścigania przestępstw. Ponadto niejednokrotnie sam Uniwersytet wykorzystywał w swoich kampaniach reklamowych fakt, że John C. Eastman prowadził głośne sprawy w sprawach wyborczych, w tym na rzecz prezydenta Trumpa¹⁸.

Rozstrzygnięcie sądu w powyższym zakresie nie budzi zastrzeżeń ani wątpliwości, ponieważ tajemnica adwokacka chroni korespondencję klienta z adwokatem bez względu na jej formę czy nośnik informacji. Stanowi ono jednak ważną wskazówkę interpretacyjną dla adwokatów, którzy prowadzą działalność

¹⁵ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

¹⁶ Supreme Judicial Court of Massachusetts, sprawa Foster v. Hall [1831] 12 Pick 39, wyrok z.10.1831 r.; United States Supreme Court, sprawa Upjohn Co. v. United States [1981] 449 U.S. 383, wyrok z 13.01.1981 r.; United States Court of Appeals for the Second Circuit, sprawa United States v. Bilzerian, 926 F.2d 1285 (2nd Cir. 1991), wyrok z 3.01.1991 r.; American Bar Association, The Model Code of Professional Responsibility, 12.08.1969 r., EC 4-1; M. Radin, *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, „California Law Review” 1927–1928, s. 490, 493; Bankim Thanki QC, *The Law of Privilege*, Oxford 2011, s. 1.

¹⁷ United States Court of Appeals, First Circuit, sprawa Kevlik v. Goldstein, 724 F.2d, 844, 849 (1st Cir. 1984), opinia z 11.01.1984 r.; United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, sprawa United States v. Schaltenbrand, 930 F. 2d 1554, 1562 (11th Cir. 1991), opinia z 13.05.1991.

¹⁸ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

wykraczającą poza ramy praktyki adwokackiej i mogą występować w różnych rolach, to jest wykładowców akademickich czy członków sztabów wyborczych. Dla bezpieczeństwa i ochrony poufności powierzonych informacji adwokaci powinni starać się raczej zapewnić, aby kancelaryjna skrzynka e-mail nie była wykorzystywana również do tych innych aktywności, jak i nie powinni wykorzystywać innych skrzynek mailowych, akademickich czy prywatnych, do korespondencji kancelaryjnej.

4. ZRZECZENIE SIĘ TAJEMNICY ADWOKACKIEJ

US District Court Central District of California Southern Division uznał w sprawie *Eastman v. Thompson*, że w przypadku dwóch dokumentów, stanowiących załączniki do e-maili, doszło do zrzeczenia się tajemnicy adwokackiej, w związku z czym przestały one być poufne. Było to pismo procesowe złożone w jednym z sądów oraz notatka przeznaczona dla mediów. Sąd stanął na stanowisku, że dokumenty te zostały już publicznie ujawnione i ich zawartość jest znana ogółowi społeczeństwa¹⁹.

W dodatku w Stanach Zjednoczonych takie zrzeczenie się ochrony wynikającej z tajemnicy adwokackiej przez publiczne ujawnienie informacji nie jest uznawane za dokonane w sposób dorozumiany, a wyraźny. Należy także zaakcentować, że w kontekście tajemnicy zawodowej dokumenty przedłożone w sądach jako dowód w sprawie uznawane są za upublicznione, w związku z czym strona postępowania, w którym doszło do takiego ujawnienia informacji, nie może następnie w innych procesach domagać się nieprzeprowadzania dowodu z tych samych dokumentów z powołaniem na ich poufność, nawet jeśli sprawy nie toczyłyby się pomiędzy tymi samymi podmiotami. Ochrona tajemnicy adwokackiej nie może działać wybiórczo w ten sposób, że klient adwokata będzie ujawniał określone materiały wobec części swoich przeciwników procesowych, a następnie będzie je utajniał, żeby utrudnić pozostałym oponentom dochodzenie ich roszczeń i obronę ich praw²⁰.

W przypadku Polski zrzeczenie się ochrony wynikającej z tajemnicy adwokackiej jest interpretowane w omawianym zakresie częściowo odmiennie. Jeżeli

¹⁹ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa *John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.* Podobnie United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *Bittaker v. Woodford* 331 F.3d, 715, 719–720 (9th Cir. 2003), opinia z 6.06.2003 r.

²⁰ Powyższe najlepiej oddają słowa US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, sprawa *Permian Corp. v. United States*, 665 F.2d 1214 (D.C. Cir. 1981), opinia z 11.05.1981 r.: „*The client cannot be permitted to pick and choose among his opponents, waiving the privilege for some and resurrecting the claim of confidentiality to obstruct others, or to invoke the privilege as to communications whose confidentiality he has already compromised for his own benefit*”. Podobnie United States District Court, District Delaware, sprawa *In re Natta*, 48 F.R.D. 319 (D. Del. 1969) 163 U.S.P.Q. (BNA) 680, opinia z 2.05.1969 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *Bittaker v. Woodford* 331 F.3d, 715, 719–720 (9th Cir. 2003), opinia z 6.06.2003 r.; United States Court of Appeals, Third Circuit, sprawa *Westinghouse v. Republic of the Phil.* 951 F.2d 1414 (3d Cir. 1991), opinia z 19.12.1991 r.

informacja jest publicznie dostępna i znana ogółowi, ponieważ została rozpowszechniona w mediach, to w ogóle nie mamy do czynienia z tajemnicą²¹. Inaczej wygląda natomiast sytuacja, kiedy dana okoliczność zostanie ujawniona na rozprawie. Zdaniem M. Cieślaka, którego pogląd podziela autorka niniejszego opracowania, adwokat nie powinien samowolnie rozpowszechniać przebiegu posiedzeń sądowych w prowadzonych przez siebie sprawach²². Przeciwnego zdania jest W. Marchwicki, który uważa, że jeżeli rozprawa odbywa się jawnie i może w niej uczestniczyć publiczność, to fakty wówczas wyjawione nie są objęte tajemnicą adwokacką²³.

5. DZIAŁANIE W CELU NARUSZENIA PRAWA

Ostatnim zagadnieniem, z którym przyszło się zmierzyć US District Court Central District of California Southern Division w sprawie *Eastman v. Thompson*, było ograniczenie tajemnicy adwokackiej ze względu na działanie w celu naruszenia prawa. Uzyskanie porady prawnej u adwokata nie może służyć klientowi do popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Co istotne, nie ma znaczenia, czy sam adwokat był świadomy nielegalnego celu, jaki przyświecał klientowi przy korzystaniu z jego usług. Ten wyjątek od tajemnicy adwokackiej istnieje, aby zapobiec nadużywaniu relacji adwokat–klient²⁴.

Komitet specjalny wskazywał trzy kwalifikacje prawne czynu, które w jego ocenie miały uzasadniać zastosowanie omawianego wyjątku od tajemnicy adwokackiej:

- 1) prezydent Trump usiłował uniemożliwić postępowanie Kongresu w sprawie liczenia głosów elektorskich w dniu 6.01.2021 r.;
- 2) prezydent Trump, adwokat John C. Eastman oraz kilka innych osób zawarło porozumienie w celu oszukania Stanów Zjednoczonych przez zakłócenie procesu zatwierdzenia wyników wyborów;
- 3) prezydent Trump oraz członkowie jego sztabu wyborczego wspólnie

²¹ Sąd Najwyższy, postanowienie z 24.08.2010 r. (WZ 36/10) OSNKW 2010/11/100; Ł. Chojniak, *Ochrona informacji objętych tajemnicą adwokacką w toku postępowania karnego*, „Palestra” 2019/7–8, s. 144.

²² M. Cieślak, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 29.11.1962 r. (VI KO 61/62)*, „Państwo i Prawo” 1963/7, s. 171.

²³ W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 149.

²⁴ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *United States v. Doe* (In re Grand Jury Investigation) 810 F.3d 1110 (9th Cir. 2016), opinia z 14.01.2003 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *In re Napster* 479 F.3d 1078 (9th Cir. 2007), opinia z 14.03.2007 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *United States v. Laurins* 857 F.2d 529 (9th Cir. 1988), opinia z 8.09.1988 r.; Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *In re Napster* 479 F.3d 1078 (9th Cir. 2007), opinia z 14.03.2007 r.; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, sprawa *United States v. Hodge and Zweig* 548 F.2d 1347 (9th Cir. 1977), opinia z 16.02.1977 r.; United States Supreme Court, sprawa *Mohawk Indus., Inc. v. Carpenter*, 558 U.S. 100 (2009), 130 S. Ct. 599, 175 L. Ed. 2d 458, 78 U.S.L.W. 4019, opinia z 8.12.2009 r.

i w porozumieniu nadużyli uprawnień przy usiłowaniu obalenia wyników wyborów z 2020 r.²⁵

Na tym etapie postępowania sąd uznał, że zostało uprawdopodobnione, że prezydent Trump usiłował uniemożliwić postępowanie Kongresu w sprawie liczenia głosów, w dodatku mając pełną świadomość, że działanie to jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych, przez co chciał sobie zapewnić kolejną kadencję wszelkimi sposobami. W miejsce takiego postępowania US District Court Central District of California Southern Division zasugerował, że prezydent powinien był wszcząć postępowania w trybie wyborczym, co czynił już przy okazji wcześniejszych wyborów, więc wiedział, że takie postępowania istnieją i jak funkcjonują²⁶.

Z punktu widzenia niniejszego opracowania jeszcze bardziej istotny jest drugi z wymienionych zarzutów, ponieważ dotyczy również samego adwokata Johna C. Eastmana. Sąd skonkludował, że materiał dowodowy uprawdopodobnia wiedzę i świadomość adwokata, że cały plan był bezprawny, ponieważ w rozmowach sam wielokrotnie zaznaczał, że takie postępowanie będzie naruszało różne przepisy ustawowe. Dlatego też porad prawnych adwokata Johna C. Eastmana nie należy postrzegać jako interpretacji prawa dokonywanej w dobrej wierze, ale jako partyzanckie zniekształcenie procesu demokratycznego²⁷. Nie działał on bowiem w celu ochrony Konstytucji Stanów Zjednoczonych, ale zapewnienia zwycięstwa w wyborach swojemu kandydatowi. Zbadanie trzeciego z zarzutów Sąd uznał w tych okolicznościach za zbyteczne²⁸.

Powyższe konstatacje nie skutkowały jednakże automatycznym uchycieniem tajemnicy adwokackiej w odniesieniu do wszystkich dokumentów. US District Court Central District of California Southern Division zaznaczył, że część z nich dotyczyła przyszłej strategii w procesach sądowych w trybie wyborczym, a tym samym cel tej komunikacji nie był nielegalny i komentowany wyjątek od tajemnicy adwokackiej nie znalazł zastosowania. Ujawnieniu podlegała natomiast notatka wysłana do innego adwokata prezydenta Donalda Trumpa – Rudy'ego Giulianiego²⁹, która opisywała strategię mającą na celu szereg celowych naruszeń prawa wyborczego³⁰.

²⁵ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

²⁶ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

²⁷ Cyt. „...a partisan distortion of the democratic process”.

²⁸ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

²⁹ Polskiemu czytelnikowi Rudy Giuliani bardziej znany jest z okoliczności bycia burmistrzem Nowego Jorku w latach 1994–2001, czyli między innymi w czasie, kiedy Al-Kaida dokonała zamachów na WTC.

³⁰ US District Court Central District of California Southern Division, sprawa John C. Eastman v. Bennie G. Thompson et al.

Istnienie wyjątku będącego przedmiotem tej części rozważań nie jest kontrowersyjne, ponieważ jest on powszechnie akceptowany³¹, o ile jest on stosowany w taki sposób, w jaki to uczynił US District Court Central District of California Southern Division. Organy ścigania mogą mieć pokusę, aby nadużywać swoich uprawnień i stawiać adwokatom nieuzasadnione zarzuty, aby uzyskać dostęp do materiałów, które inaczej nie byłyby dla nich osiągalne. Komentowany wyrok stanowi wskazówkę interpretacyjną, jak sądy powinny podchodzić do takich wniosków o uchylenie tajemnicy. Nie należy zapominać, że mamy do czynienia z etapem, kiedy fakt popełnienia przestępstwa jest dopiero ustalany, dlatego kryterium dostatecznego uprawdopodobnienia jawi się jako racjonalne i satysfakcjonujące. Spełnienie tej przesłanki nie powinno oznaczać jednakże pozbawienia poufności wszelkiej komunikacji adwokata, w tym z konkretnym klientem, a ograniczać się jedynie do tej części materiałów, które udowadniają popełnienie zarzucanych przestępstw. Tylko takie postępowanie może zapobiec nadużyciom i nadmiernej erozji tajemnicy adwokackiej.

6. WNIOSKI

Ze sprawy *Eastman v. Thompson*, rozpatrywanej przez US District Court Central District of California Southern Division, płynie kilka istotnych wniosków dotyczących tajemnicy adwokackiej. Przede wszystkim nie ma żadnych przeciwwskazań, aby adwokaci podejmowali się pełnienia różnych ról zawodowych i społecznych, które nie stoją w sprzeczności z deontologią zawodową. Mogą, jak adwokat John C. Eastman, pracować jako wykładowcy akademicy czy członkowie sztabów wyborczych. W tych działaniach powinni jednak pamiętać o obowiązkach wynikających z członkostwa w samorządzie, zwłaszcza o tajemnicy zawodowej.

Jeżeli w danej sytuacji mogłyby powstać wątpliwości co do charakteru czynności podejmowanych przez adwokata, powinien on zadbać o należyte udokumentowanie faktu świadczenia usługi prawnej. Co prawda brak stosownego

³¹ Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatur, Międzynarodowe zasady postępowania dla zawodów prawniczych/IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, 28.05.2011 r., s. 21–22; Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa 18603/03 *André i inni v. Francja*, wyrok z 24.07.2008 r., pkt 42; sprawa 69436/10 *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugalia*, wyrok z 1.12.2015 r., pkt 53; sprawa 49176/11 *Versini-Campinchi i Crasnianski v. Francja*, wyrok z 16.06.2016 r., pkt 55, 73, 84; sprawa 28798/13 *Laurent v. Francja*, wyrok z 24.05.2018 r., pkt 44; sprawa 73607/13 *Sommer v. Niemcy*, wyrok z 27.04.2017 r., pkt 56; Constitutional Court (Republika Południowej Afryki), sprawa CCT/278/19 *AmaBhungane Centre for Journalism NPC and Another v. Minister of Justice and Correctional Services and Others; Minister of Police v. AmaBhungane Center for Investigative Journalism NPC and Others* [2021] ZACC 3, wyrok z 4.02.2021 r., pkt 114; Queen's Bench Division, sprawa *R v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Tamosius & Partners (a firm)* [1999] BTC 404, wyrok z 5.11.1999 r.; M. Galič, *Covert Surveillance of Privileged Consultations and the Weakening of the Legal Professional Privilege*, „European Data Protection Law Review” 2016/4, s. 607; Bankim Thanki QC, *The Law of Privilege*, Oxford 2011, s. 196–212.

dokumentu nie uniemożliwia dowodzenia istnienia relacji adwokat–klient innymi sposobami, ale dla uniknięcia ryzyka ograniczenia poufności komunikacji najlepszym rozwiązaniem jest zadbanie o dokumentową formę materiału dowodowego. W ten sam sposób należy zabezpieczyć wykazanie katalogu współpracowników adwokata oraz osób działających w imieniu klienta, gdyż również korespondencja z tymi podmiotami będzie chroniona tajemnicą.

W miarę możliwości adwokat powinien też prowadzić korespondencję kancelaryjną za pośrednictwem odrębnej skrzynki e-mail. Powinien on raczej unikać używania skrzynek przeznaczonych do innej aktywności zawodowej (jak e-mail uniwersytecki) do komunikacji ze swoimi klientami. Nawet jednak skorzystanie z takich e-maili nie niweczy ochrony, jaką klientowi daje tajemnica adwokacka.

Ponadto jeżeli jakaś część korespondencji została już upubliczniona medialnie, to nie obejmuje jej już tajemnica zawodowa. Sprawa *Eastman v. Thompson* pokazuje również, że w systemie amerykańskim informacje przedstawione sądowi w piśmie procesowym przestają być poufne i mogą być ujawnione w innym postępowaniu, ponieważ w odniesieniu do tego samego materiału tajemnica nie działa wybiórczo, w zależności od woli klienta.

Wreszcie adwokat nie powinien udzielać porad klientowi, jak można złamać prawo, ani tym bardziej uczestniczyć w tym naruszeniu. Jeżeli dojdzie do takiej sytuacji, to nie można powołać się na tajemnicę adwokacką. Aby jednak organy ścigania nie nadużywały tego wyjątku od poufności komunikacji adwokata z klientem, fakt popełnienia przestępstwa musi być uprawdopodobniony, a ujawnieniu mogą podlegać tylko materiały bezpośrednio związane z tym czynem.

ABSTRACT

dr Magdalena Matusiak-Frącczak

The author is an advocate (District Bar Association in Lodz), an assistant professor at the Department of European Constitutional Law at the Faculty of Law and Administration at the University of Lodz.

Selected aspects of legal professional privilege in the United States

The events at the Capitol of 6 January 2021 were not only of a political importance. They can have legal consequences for the former US President Donald Trump and his advisors, including his attorneys. The case of John C. Eastman shows the problems arising from combining different professional and social roles as an attorney, an academic teacher, and a campaign committee member. It also gives some hints as

to what precautions an attorney should undertake to adequately safeguard information received from their clients in confidence.

Keywords: attorney, legal professional privilege, Donald Trump, elections, electoral process

dr Magdalena Matusiak-Frącczak

ORCID: 0000-0002-6736-8008; e-mail: mfracczak@wpia.uni.lodz.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Łodzi), adiunktem w Katedrze Europejskiego Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bankim Thanki QC, *The Law of Privilege*, Oxford 2011

Baudesson Thomas, Rosher Peter, *Le secret professionnel face au legal privilege*, „Revue de Droit des Affaires Internationales” 2006/1, s. 37–65

Benner Katie, *Ethics Board moves to Penalize Jeffrey Clark, Who Aided Trump in Election Plot*, „The New York Times” z 22.07.2022 r., <https://www.nytimes.com/2022/07/22/us/politics/jeffrey-clark-dc-bar-justice.html> (dostęp: 19.03.2023 r.)

Chojniak Łukasz, *Ochrona informacji objętych tajemnicą adwokacką w toku postępowania karnego*, „Palestra” 2019/7–8, s. 141–154

Cieślak Marian, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 29.11.1962 (VI KO 61/62)*, „Państwo i Prawo” 1963/7, s. 170–173

Cohen Marshall, *Timeline of the coup: How Trump tried to weaponize the Justice Department to overturn the 2020 election*, CNN Politics z 5.11.2021 r., <https://edition.cnn.com/2021/11/05/politics/january-6-timeline-trump-coup/index.html> (dostęp: 19.03.2023 r.)

Dodek Adam M., *The public safety exception to solicitor-client privilege: Smith v. Jones*, „UBC Law Review” 2000/34, s. 293–315

Galič Maša, *Covert Surveillance of Privileged Consultations and the Weakening of the Legal Professional Privilege*, „European Data Protection Law Review” 2016/4, s. 602–607

Krzemiński Zdzisław, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959/10, s. 31–39

Krzemiński Zdzisław, *Tajemnica zawodowa adwokata*, „Palestra” 1974/6, s. 18–28

Marchwicki Wojciech, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015

Matusiak-Frącczak Magdalena, *Ochrona poufności komunikacji klienta z adwokatem. Standardy międzynarodowe, standard Unii Europejskiej oraz standardy krajowe wybranych państw a prawo polskie*, Warszawa 2023

Niedużak Marek, *Czy tajemnica adwokacka może obowiązywać tylko adwokatów? Rozważania na gruncie przepisów Prawa o adwokaturze oraz Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2010/11–12, s. 147–157

Radin Max, *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, „California Law Review” 1927–1928, s. 487–497

Subverting Justice. How the Former President and His Allies Pressured DOJ to Overturn the 2020 Election, Senate Committee on the Judiciary, <https://www.judiciary.senate.gov/interim-majority-staff-report> (dostęp: 19.03.2023 r.)

Pojęcia kluczowe: *obcowanie płciowe z małoletnim, wypadek mniejszej wagi, quasi-typ uprzywilejowany, postulat de lege ferenda, wolność seksualna, nadzwyczajne złagodzenie kary*

Artykuły

Dariusz Mucha

POSTULAT DE LEGE FERENDA W ZAKRESIE PRZESTĘPSTWA OBCOWANIA PŁCIOWEGO Z MAŁOLETNIM

Treść artykułu dotyczy problematyki regulacji przestępstwa obcowania płciowego z małoletnim z art. 200 § 1 Kodeksu karnego¹. W tym zakresie stwierdzono pewną niepełność w aktualnej regulacji, identyfikując ją oraz podając rozwiązanie w postaci propozycji, tj. znowelizowania art. 200 k.k. przez dodanie do niego § 2, który opisywałby to przestępstwo w ramach *quasi*-typu uprzywilejowanego jako wypadek mniejszej wagi. Sformułowanie niniejszego rozwiązania stanowi ocenę aktualnego stanu prawnego przez zwrócenie uwagi na potrzebę zmiany uregulowania prawnego w tym zakresie.

1. WPROWADZENIE

Pedofilia nie jest pojęciem prawnym, ale seksuologicznym. Termin ten funkcjonuje w dyskursie prawniczym i używany jest na określenie zachowania przestępczego o charakterze występku co do przestępstwa rodzajowo opisanego w części szczególnej Kodeksu karnego w normie prawnej art. 200 k.k. w rozdziale XXV pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Zakres penalizacji określonych zachowań w ramach tego czynu zabronionego w okresie prawie 25 lat obowiązywania Kodeksu karnego z 6.06.1997 r. (to jest od 1.09.1998 r., kiedy to wszedł w życie) został znacznie poszerzony w porównaniu ze stanem z dnia wejścia w życie tej ustawy karnej². W tym okresie doszło też

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz., 1138), dalej k.k.

² Art. 200 k.k. był trzykrotnie nowelizowany, tj. z dniem 1.05.2004 r. na podstawie art. 1 pkt 6 usta-

do podwyższenia zagrożenia karą w zakresie jej górnej granicy ustawowego zagrożenia z lat 10 do lat 12, a to wszystko w zakresie przepisu § 1 art. 200 k.k. kryminalizującego obcowanie płciowe z małoletnim poniżej lat 15.

2. OPIS REGULACJI

Ustawa karna obejmuje ochroną prawnokarną ofiary przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, o których jest mowa w normie prawnej art. 200 k.k.³, a popełnione na szkodę małoletniego poniżej lat 15, poprzez określenie w jej przepisach czynów zabronionych. Owe poszczególne czyny przestępcze, będące w kręgu zainteresowania ustawodawcy, zostały opisane odpowiednio w art. 200 k.k. w postaci czterech czynów pedofilnych:

- obcowanie płciowe z małoletnim (§ 1),
- prezentowanie treści pornograficznych (§ 3),
- celowe prezentowanie treści pornograficznych (§ 4),
- prowadzenie reklamy lub promocji działalności (§ 5).

Z kolei poniżej poczynione rozważania i uwagi odnoszą się tylko do występu ku stypizowanego w przepisie § 1 art. 200 k.k., który przewiduje, że „kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

Przepis ten definiuje ustawowe znamiona, jakie dany sprawca swoim zachowaniem musi koniecznie wyczerpać, by ów czyn został przez niego popełniony, a które dotyczą sfery seksualnej człowieka określanego pojęciem prawnym „małoletni poniżej lat 15”. Na potrzeby niniejszych rozważań wskazać należy, że w sprawach tego typu, jakie rozpoznają i w jakich rozstrzygają sądy rejonowe jako rzeczowo właściwe⁴, rozpiętość stanów faktycznych, z którymi mają one na co dzień do czynienia, podobnie jak strony takiego postępowania karnego (oskarżenie⁵ albo obrona), jest bardzo szeroka. W tego typu sprawach karnych, gdy oskarżony staje jako podsądny pod zarzutem popełnienia przestępstwa z przepisu art. 200 § 1 k.k., owa rozpiętość stanów faktycznych oscyluje w praktyce od bardzo poważnych i groźnych przykładów seksualnego wykorzystania małoletniego, dla których stopień społecznej szkodliwości jest wysoki albo znaczny, po takie przypadki, których przebieg był relatywnie aż tak niegroźny w zakresie natężenia (bezprawności), tzn. był (jest) z pogranicza znikomości,

wy z 18.03.2004 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 69 poz. 626); z dniem 26.09.2005 r. na podstawie art. 1 pkt 20 ustawy z 27.07.2005 r. (Dz.U. z 2005 r. nr 163 poz. 1363), z dniem 26.05.2014 r. na podstawie art. 1 pkt 3 lit. a i b ustawy z 4.04.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 538).

³ Przepis § 2 art. 200 kk utracił moc 26.05.2014 r. przez jego uchylenie (Dz.U. z 2014 r. poz. 538).

⁴ Art. 25 § 1 ustawy z 7.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 289), dalej k.p.k.

⁵ Oskarżyciel publiczny, oskarżyciel posiłkowy.

gdzie stopień społecznej szkodliwości jest niski, ale wyższy niż znikomy, a to wszystko przy takim założeniu, że tylko czyn zabroniony zawiniony i społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy podlega karze.

Mając więc na uwadze różne określone stany faktyczne w tego typu sprawach, z jakimi zmierzyć się muszą organy prowadzące postępowanie karne, tj. prokuratura na etapie śledztwa⁶, sąd rozpoznający i orzekający na etapie postępowania jurysdykcyjnego daną konkretną sprawę oskarżonego, a także oskarżenie oraz obrona jako strony postępowania karnego, należy stwierdzić, że dla nich wszystkich przedmiot oceny stanowi natężenie bezprawności jako istotna waga do oceny bezprawnego zachowania sprawcy. Na kanwie tej różnorodności stanów faktycznych pod kątem natężenia bezprawności niewątpliwie wydaje się konieczna zmiana prawa w tym zakresie, ale w sposób biegunowo odmienny, niż czyni to w zakresie omawianego przepisu aktualny prawodawca *vel* ustawodawca. Otóż do aktualnej regulacji opisującej owo niepożądane społecznie zjawisko mające charakter przestępczy należy dodać do istniejącej już normy prawnej art. 200 k.k. typ *quasi*-uprzywilejowany w postaci tzw. wypadku mniejszej wagi. Warto to uczynić m.in. dlatego, że w jednostkowych okolicznościach faktycznych danej sprawy ocena zachowania sprawcy nie zawsze pozwala, aby zmieścić ją w ramach kary w granicach ustawowego zagrożenia w przedziale od lat 2 do 12, a do lat 15 po wejściu noweli, jakie ustawodawca przewiduje za dopuszczenie się przestępstwa obcowania płciowego z małoletnim w typie podstawowym z art. 200 § 1 k.k.

3. AKTUALNE PODEJSCIE I JEGO KRYTYKA

Aktualnie prawodawca potrzebę zmiany regulacji w tym zakresie widział zgoła odmiennie od powyżej postulowanej, czemu dał wyraz m.in. w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Projekt ten wpłynął do Sejmu 22.02.2022 r.⁷ i ostatecznie przybrał formę przyjętej przez Sejm ustawy z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Następnie 8.07.2022 r. ustawę tę przekazano Prezydentowi RP i Marszałkowi Senatu (do Senatu). Uchwałą z 4.08.2022 r. Senat RP odrzucił wyżej wymienioną ustawę⁸. Z kolei Sejm RP 16.11.2022 r. odrzucił uchwałę Senatu odrzucającą ustawę z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw i w dniu 17.11.2022 r. ustawę tę przekazał Prezydentowi RP do podpisu⁹. W dniu 2.12.2022 r. Prezydent RP podpisał

⁶ Art. 325h § 1 k.p.k.

⁷ Druk sejmowy nr 2024.

⁸ Druk sejmowy nr 2510.

⁹ Proces legislacyjny – <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2024> (dostęp: 27.11.2022). Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Przemysław Rosati, w imieniu NRA, zwrócił się w piśmie z 20.11.2022r. do Prezydenta RP dr. Andrzeja Dudy z apelem o zawetowanie nowelizacji Kodeksu karnego, przedstawiając w ten sposób stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej, wyrażone w uchwale nr 82 przyjętej 19.11.2022 r. na posiedzeniu plenarnym w Toruniu,

nowelizację Kodeksu karnego¹⁰. Ustawa ta w art. 33 przewiduje 3-miesięczny okres *vacatio legis* od dnia jej ogłoszenia¹¹ (szerzej o treści zmian w zakresie odpowiedzialności karnej z przepisu art. 200 § 1 k.k. w dalszej części tekstu).

4. CHARAKTER PRAWNY WYPADKU MNIEJSZEJ WAGI – OCENA REGULACJI

Wracając do rozważań na temat stanu prawnego ukształtowanego obowiązującym reżimem z omawianego przepisu Kodeksu karnego, zauważyć należy, że w niektórych przypadkach regulacja z § 1 art. 200 k.k. jawi się jako niewystarczająca, a kara wymierzona na podstawie tego przepisu nawet w dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo w jej pograniczu wydaje się nieadekwatna do niskiego stopnia społecznej szkodliwości czynu, jaki sprawca popełnił. Oczywiście w innych przypadkach, jak to nazwałem wcześniej – bardzo poważnych i groźnych o charakterze kryminalnego bezprawia, jest tak duża, że górny próg zagrożenia karą określony na 12 (15) lat pozbawienia wolności jawi się jako odpowiednia odpłata za popełnione przestępstwo.

Różne są stany faktyczne, różne okoliczności sprawy, a do tego w jakiejś części

oraz przekonując, że uchwalona nowelizacja „ukierunkowana jest na radykalne zaostrzenie represji karnej, pomniejszenie zakresu uznania sędziowskiego przy ustalaniu adekwatnej sankcji karnej oraz dalszego zwiększenia uprawnień prokuratora kosztem zasady równości broni oraz kosztem nadrzędnej roli sądu wobec pozostałych uczestników postępowania karnego. (...) Uchwalone przez Sejm, a wskazane powyżej zmiany prawa karnego pozostają w oderwaniu zarówno od rzeczywistej skali przestępczości, jej rodzaju, jak też całego, liczącego już setki lat dorobku nauki prawa i nauk społecznych w odniesieniu do faktycznych uwarunkowań przestępczości, czynników ją podnoszących oraz metod jej zapobiegania”, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-20221120-pismo-do_prezydenta-rpnowelizacjakk-35957.pdf (dostęp: 19.03.2023r.), https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nra-nr-822022-35958.pdf (dostęp: 19.03.2023 r.). Jednocześnie 173 naukowców specjalizujących się w naukach penalnych podpisało apel do Prezydenta RP dr. Andrzeja Dudy, który następnie został przekazany na jego ręce przez prof. dr. hab. Stanisława Waltosia, a w którym stwierdzono, że „Automatyczne i drastyczne zaostrzenie kar za liczne przestępstwa, bez jakiegokolwiek związku ze stanem zagrożenia przestępczością, jest jaskrawym naruszeniem konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Zaostrzenie to dotyczy przestępstw, których liczba od lat radykalnie maleje. Analiza praktyki sądowej nie wskazuje natomiast na to, by prokuratorzy w ramach toczących się postępowań domagali się w tych przypadkach surowych kar, mimo że takie możliwości daje już obowiązujący kodeks karny. (...) W trosce o stabilność i aksjologiczną spójność systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej apelujemy o zawetowanie szkodliwych zmian w prawie karnym”, <https://wyborcza.pl/7,162657,29185232,173-prawnikow-karnistow-apeluje-do-prezydenta-dudy-o-zawetowanie.html> (dostęp: 19.03.2023 r.).

¹⁰ <https://prezydent.pl/alyualnosc/prezydent-podpisal-nowelizacje-kodeksu-karnego.61945> (dostęp: 19.03.2023 r.).

¹¹ Przepisy odnoszące się do obligatoryjnego przepadku pojazdu mechanicznego albo jego równowartości wchodzi w życie po upływie roku od dnia ogłoszenia ustawy (art. 33 pkt 1). Z kolei zmiany w zakresie Kodeksu karnego wykonawczego dotyczące elektronicznej kontroli miejsca pobytu w związku z udzieloną przerwą w wykonaniu kary pozbawienia wolności wejdą w życie z dniem 1.01.2026 r. (art. 33 pkt 2).

tych przestępczych przypadków zachowania sprawców nie są aż tak bardzo groźne, ale wpisują się mimo wszystko w ustawowe ramy obcowania seksualnego z małoletnim, jak np. włożenie przez oskarżonego na chwilę dłoni pod t-shirt śpiącej dziewczynki, zabranie dłoni i odejście od dziecka, gdy to zaczęło się przebudzać. Takiego pokroju stany faktyczne i podobne pod względem ich niedrastyeczności (oczywiście nie bagatelizując samego charakteru czynu) w mojej ocenie mogłyby wpisywać się w obraz obcowania płciowego z małoletnim w ramach ujęcia ich penalizacji w typie *quasi-uprzywilejowanym*, jakim jest wypadek mniejszej wagi.

Wypadek mniejszej wagi zachodziłby wówczas (podobnie jak to jest w przypadku innych czynów, które są opisane jako wypadek mniejszej wagi), gdy ocena okoliczności przedmiotowych oraz podmiotowych prowadziłaby do wniosku, że czyn nie przybrał postaci podstawowego typu danego przestępstwa, lecz stanowiłby przestępstwo o mniejszym ładunku społecznej ujemności. Takie ujęcie powyższego zagadnienia w zakresie czynów zabronionych penalizowanych i opisanych w ramach tzw. wypadku mniejszej wagi w ujęciu regulacji kodeksowej jest zgodne z powszechnym rozumieniem tej instytucji na kanwie ustawy karnej. Brak z kolei ustawowej definicji tego pojęcia na gruncie Kodeksu karnego skutkuje tym, że jego interpretację i praktyczne zastosowanie ustawodawca pozostawił jurysprudencji i judykaturze¹².

Wydaje się równie pewne, że dotychczasowe sądy wywodzone na gruncie Kodeksu karnego i odnoszące się do rozumienia wypadku mniejszej wagi jako instytucji prawa karnego w zakresie elementów, które należy uwzględnić przy jego rozumieniu *vel* rozkodowaniu przepisu zawierającego w swej dyspozycji to pojęcie prawne, mogą być miarodajne również przy ocenie wypadku mniejszej wagi jako jednego z ewentualnych przyszłych typów pedofilii, opisanej jako polegająca na obcowaniu płciowym z małoletnim, ale o charakterze i w ramach wypadku mniejszej wagi. Jedynie dla przypomnienia i w celu uporządkowania powyższych uwag w tym miejscu warto wskazać, że wypadek mniejszej wagi jako instytucja prawa karnego ma już swoją dłuższą historię. Jego historia liczy bowiem już 90 lat, począwszy od reżimu prawnego ukształtowanego przez Kodeks karny z 1932 r., w którym to znany był pod pojęciem „przypadku mniejszej wagi”¹³, przez Kodeks karny z 1969 r., który z kolei posługiwał się już pojęciem „wypadek mniejszej wagi”, aż po aktualny stan prawny ukształtowany postanowieniami Kodeksu karnego z 1997 r., który także w tym ujęciu pojęciowym się nim posługuje. Aktualnie Kodeks karny używa tego określenia w stosunku do 38 przepisów z części szczególnej Kodeksu określających rodzajowo opisane

¹² Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600), dalej k.k.s. – w przeciwieństwie do Kodeksu karnego z 1997 r. – zawiera definicję legalną wypadku mniejszej wagi w przepisie art. 53 § 8 k.k.s. W żadnej z ustaw zawierających przepisy karne, tj. w tzw. pozakodeksowym prawie karnym, pojęcie to również nie zostało zdefiniowane.

¹³ Zob. np. art. 257 § 2, art. 263 § 2, art. 264 § 2 k.k. z 1932 r.; rozporządzenie Prezydenta RP z 17.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U z 1932 r. nr 60 poz. 571).

w nich przestępstwa. Przy tych, przy których przewidziano wypadek mniejszej wagi, są one zawsze popełnione umyślnie. Istotne jest to, że obowiązująca ustawa karna, podobnie jak te poprzednie, również używa tego determinantu do opisu prawnego określonych czynów zabronionych nią penalizowanych. Obecna regulacja, podobnie jak ta bezpośrednio ją poprzedzająca z 1969 r., w przeciwieństwie do regulacji z 1932 r. nie daje już tylko prawnej możliwości zastosowania na jej podstawie przez sąd przy wymiarze kary fakultatywnego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary zgodnie z określonymi przepisami z części ogólnej Kodeksu karnego. Aktualna koncepcja zapisu legislacyjnego co do wypadku mniejszej wagi traktuje go jako tzw. *quasi*-uprzywilejowany typ przestępstwa poprzez zakreślenie dla niego odrębnej sankcji karnej w postaci łagodniejszej w stosunku do typu podstawowego danego przestępstwa¹⁴. Jest to konstrukcja z pogranicza typu przestępstwa i wymiaru kary¹⁵. Wypadek mniejszej wagi należy oceniać poprzez przewagę łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych¹⁶. Wydaje się więc, że to charakter i struktura wypadku mniejszej wagi przesądzają o konieczności dokonania całościowej oceny wskazanego przestępstwa. Ocena ta nabiera charakteru generalnego w tym znaczeniu, że nie dotyczy tylko wybranych przesłanek, lecz ich kompletu, przestępstwa w ujęciu całościowym (koncepcja całościowa)¹⁷. Przyznać należy, że ta koncepcja rozumienia wypadku mniejszej wagi była wiodąca w latach 70. i 80. XX wieku¹⁸, natomiast aktualnie prym wiedzie koncepcja przedmiotowo-podmiotowa, której przywilej pierwszeństwa dało brzmienie przepisu art. 115 § 2 k.k., który zawiera kryteria, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Ten stan rzeczy z kolei, uzupełniony

¹⁴ Obecnie w doktrynie nie ma zgodności co do postrzegania wypadku mniejszej wagi jako typu uprzywilejowanego, a nawet prezentowane są poglądy opowiadające się za traktowaniem tej instytucji odmiennie, tzn. jako instytucji sądowego wymiaru kary. Zob. P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008/7–8, s. 34; O. Włodkowski, *Wypadek mniejszej wagi w kodeksie karnym skarbowym*, „Monitor Podatkowy” 2014/7 – wersja elektroniczna: <http://czasopisma.beck.pl> (dostęp: 19.03.2023 r.). Z kolei W. Kubala, definiując wypadek mniejszej wagi, twierdzi, że jest to uprzywilejowana postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, charakteryzująca się zmniejszonym stopniem społecznego niebezpieczeństwa ze względu na przewagę pozytywnych elementów o charakterze przedmiotowo-podmiotowym, W. Kubala, *Wypadek mniejszej wagi*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972/3, s. 328.

¹⁵ B. Stefańska, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017/1, s. 48.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 8.08.1996 r. (II AKa 91/96), LEX nr 32194.

¹⁷ Szerzej o wypadku mniejszej wagi w ujęciu całościowym, przedmiotowym i przedmiotowo-podmiotowym zob. np. w: D. Mucha, *Przestępstwo paserstwa jako wypadek mniejszej wagi*, „Ius Novum” 2009/4.

¹⁸ Wyrok SN z 19.03.1970 r. (Rw 179/70), LEX nr 18094; wyrok SN z 11.05.1971 r. (V KRN 147/71), LEX nr 21403 – w orzeczeniu tym zauważono, że do uznania czynu za wypadek mniejszej wagi kluczowym kryterium, które należy brać pod uwagę, powinien być stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu oraz stopień naruszenia interesu społecznego z uwzględnieniem dyrektyw co do wymiaru kary (art. 50 § 1 i 2 k.k.); podobnie zob. wyrok SN z 20.08.1984 r. (Rw 478/84), LEX nr 20021.

o przesłanki ustawowe z art. 53 k.k., wpisuje się w koncepcję całościową i w takie właśnie pełne rozumienie wypadku mniejszej wagi, które m.in. dzięki temu jawi się jako dające się rozkodować (zrozumieć). To ujęcie całościowe sprawdza się wówczas, gdy w sprawie wystąpiła okoliczność nietuzinkowa, wręcz niespotykana, a mianowicie w postaci zachowania sprawcy po popełnieniu tego przestępstwa, sprowadzająca się do tego, że w toku postępowania ów sprawca nie ograniczył się li tylko do przyznania się do popełnienia zarzucanego mu czynu, ale jeszcze zanim postępowanie zostało formalnie wszczęte *in rem* albo *in personam*, wraz z rodzicami osoby pokrzywdzonej zgłosił się na policję, dokonując samodenuncjacji. Ponadto incydentalny charakter takiego czynu sprawcy powinien również przemawiać za przyjęciem, że takie przestępcze zachowanie mieści się w ramach znaczeniowych pojęcia wypadku mniejszej wagi.

Aktualnie zapis dotyczący wypadku mniejszej wagi ma charakter zgeneralizowanego, identycznego wzorca modyfikacji w zakresie typu podstawowego w uprzywilejowany sposób i dokonywany jest każdorazowo przez ustawodawcę przez posłużenie się pojęciem wypadku mniejszej wagi wobec danego typu podstawowego przestępstwa¹⁹, np. przestępstwa kradzieży²⁰, rozboju²¹, wymuszenia rozbójniczego, paserstwa umyślnego itd. Nie ma jednak ustawowych kryteriów oceny tej instytucji w oparciu o ustawowe zdefiniowanie pojęcia wypadku mniejszej wagi. Takie rozwiązanie tej kwestii z uwagi na wielość przestępstw i ich różnorodny charakter wydaje się nawet zabiegiem niepożądanym. W odniesieniu do wypadku mniejszej wagi natężenie bezprawia ulega zredukowaniu względem danego podstawowego typu przestępstwa. Aby jednak treść wewnętrzna niniejszej publikacji korespondowała w całości z jej tematem głównym zakreślonym jej tytułem i by zachować przyjęty porządek w zakresie tego, by zachować równowagę między wywodami teoretycznymi a praktyką stosowania tej instytucji, to wywody ogólne, zasadniczo wspólne i dotyczące charakteru prawnego oraz okoliczności determinujących wypadek mniejszej wagi, przywołane zostały jedynie w zakresie powyższym. Tym samym niniejsze rozważania *de lege ferenda* zmiierają w kierunku przyjęcia, że instytucja czy też koncepcja wypadku mniejszej wagi, jako *quasi*-uprzywilejowana postać przestępstwa, powinna również znaleźć się w zakresie regulacji obcowania płciowego z małoletnim w ramach normy prawnej z art. 200 k.k. jako typ *quasi*-uprzywilejowany do typu podstawowego tego przestępstwa z przepisu § 1 art. 200 k.k. Dlaczego tak powinno być? Dlatego, że mogłoby to w rezultacie doprowadzić do lepszego „dostrojenia” – mówiąc językiem branży muzycznej

¹⁹ Por. szczegółowa analiza charakteru wypadku mniejszej wagi: K. Banasiak, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008/3; J. Brzezińska, *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, Wrocław 2014, t. XXXI.

²⁰ Zob. szczegółowa analiza T. Tuburcy, *Wypadek mniejszej wagi przestępstwa kradzieży (art.278 § 3 k.k.)*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2018/3.

²¹ Zob. szczegółowa analiza P. Bogacki, *Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju*, „Monitor Prawniczy” 2014/16.

– do stopnia społecznej szkodliwości czynu, przede wszystkim do sprawców przypadkowych, którzy działają np. w szczególnych okolicznościach sytuacyjnych i u których nie stwierdzono w znaczeniu medycznym skłonności do tego typu zachowań (jako zachowań powtarzalnych). Dlatego też należy postulować *de lege ferenda*, by do obowiązującego reżimu prawnego w jego ramach dodać obok już istniejącego typu podstawowego postać wypadku mniejszej wagi jako typu *quasi*-uprzywilejowanego tego przestępstwa rodzajowo opisanego w przepisie art. 200 § 1 k.k. Ów przepis – podobnie jak to zresztą jest już w zakresie innych przestępstw, które zostały opisane jako mogące być popełnione jako wypadek mniejszej wagi – mógłby stanowić podstawę w procesie kwalifikacji czynu i podstawę do wymierzenia kary. Dlatego też warto byłoby dodać – chociażby w miejsce uchylonego § 2 art. 200 k.k. – przepis, który stanowiłby typ *quasi*-uprzywilejowany w postaci wypadku mniejszej wagi do typu podstawowego czynu opisanego w przepisie § 1 art. 200 k.k. Ów przyszły przepis mógłby otrzymać brzmienie:

„W wypadku mniejszej wagi sprawca czynu określonego w § 1 podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

5. PRAKTYCZNE ZASTOSOWANIE PRZEPISU

Uzupełnienie normy prawnej art. 200 k.k. o wypadek mniejszej wagi przez dodanie do niej przepisu § 2 o treści np. proponowanej jak powyżej będzie zgodne z regułami techniki legislacyjnej co do zapisu (określenia czynu zabronionego w ustawie karnej). Przepis w takim brzmieniu w swej formule będzie odwoływał się do pojęć zawartych w hipotezie i dyspozycji (znamion ustawowych) przepisu opisującego ów czyn w typie podstawowym, tj. do § 1 art. 200 k.k. Ten zabieg, którego wprowadzenie postuluje się w niniejszym tekście, skutkowałby tym, że dodany przepis § 2 art. 200 k.k. nie byłby samodzielnie opisany – jego dyspozycja nie byłaby zupełna. Raz jeszcze powtórzyć należy, że w tej formule dodany przepis § 2 art. 200 k.k. nie zawierałby odrębnej hipotezy i dyspozycji, posługiwałby się bowiem hipotezą i dyspozycją określoną w typie podstawowym, przy czym ta ostatnia byłaby determinowana przez pojęcie wypadku mniejszej wagi, a jedynie samodzielnie określałaby sankcję karną. W rezultacie mielibyśmy podobną regulację jak w przypadku penalizacji paserstwa umyślnego z normy prawnej art. 291 k.k., w której to w przepisie § 1 został określony typ podstawowy paserstwa umyślnego, zaś w przepisie § 2 art. 291 k.k. *quasi*-typ uprzywilejowany jako tzw. wypadek mniejszej wagi²². Taka redakcja przepisu odróżniałaby go od „pełnego” typu uprzywilejowanego, jakim posługują się inne przepisy Kodeksu karnego, np. odnoszące się do typu uprzywilejowane-

²² Zob. szczegółowa analiza tego charakteru wypadku mniejszej wagi D. Mucha, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1997 roku*, Opole 2014, s. 136–151; por. D. Mucha, *Paserstwa skarbowe w polskim prawie karnym skarbowym*, Opole 2019, s. 142–153.

go przestępstwa zabójstwa z art. 148 § 4 k.k. (zabójstwo w afekcie), art. 149 k.k. (dzieciobójstwo) czy też art. 150 k.k. (zabójstwo eutanatyczne). Owe przepisy zawierają w swej treści – obok samodzielnej sankcji karnej – również samodzielną hipotezę oraz samodzielną dyspozycję, które to elementy jako składowe są w niej wprost zawarte.

Postulowany taki właśnie stan prawny sprawiłby, że sąd przy orzekaniu wymiaru kary miałby możliwość zastosowania odpowiednich przepisów z części ogólnej Kodeksu karnego, na których podstawie – po pierwsze – mógłby nawet orzec i wymierzyć wobec sprawcy takiego czynu zabronionego karę pozbawienia wolności, ale w zawieszeniu (na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 albo 2 k.k.), po drugie – miałby możliwość orzeczenia kary grzywny albo kary ograniczenia wolności jako kar samoistnych (na podstawie art. 200 § 2 k.k. w zw. z art. 37a k.k.) czy też – po trzecie – mógłby umożliwić odbycie kary pozbawienia wolności przez skazanego na nią w wymiarze do roku i 6 miesięcy w formie-systemie dozoru elektronicznego (na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 43 la § 1 k.k.w.).

Zgłoszony tutaj postulat *de lege ferenda* jest biegunowo odmienny od wprowadzanych obecnie zmian w zakresie postanowień Kodeksu karnego, przewidzianych w ustawie nowelizującej z 7.07.2022 r., a mianowicie z uwagi na to, że nie ma woli, by łągodzić prawo w oparciu o dodanie do istniejącej regulacji obok typu podstawowego również typu *quasi-uprzywilejowanego* w postaci wypadku mniejszej wagi. Co więcej, ogólna polityka państwa polskiego zmierza do zdecydowanego zaostrzenia odpowiedzialności karnej wobec sprawców tego typu przestępstw, do czego *de facto* doszło za sprawą oczekującej na wejście w życie zmiany prawa. Postulowany kierunek zmiany *de lege ferenda* normy prawnej art. 200 k.k. nie dość, że nie idzie z nurtem prezentowanej polityki karnej w nowelizacji Kodeksu karnego, polegającej na podwyższaniu zagrożenia karą, które za około 3 miesiące będzie już obowiązywać, ale jednocześnie przełamuje ową populistyczną tendencję w zakresie zmiany prawa. Powyższy proponowany w niniejszym tekście kierunek zmiany regulacji karnej w zakresie normy prawnej art. 200 k.k. w zaprezentowany sposób, tj. przez dodanie do niej przepisu odwołującego się do wypadku mniejszej wagi, powinien znaleźć się w kręgu zainteresowania co najmniej projektodawcy. A to dlatego, że „państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca – jak trafnie zauważył w jednym ze swych orzeczeń Trybunał Konstytucyjny – stanowi prawo sprawiedliwe”²³. Przepis prawa powinien odpowiadać proporcji pomiędzy środkiem

²³ Teza orzeczenia TK z 31.01.1996 r. (K 9/95) (w.): *Zasada proporcjonalności (w odniesieniu do prawa publicznego w tezach Trybunału Konstytucyjnego)* – opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego, Zespół Orzecznictwa i Studiów, czerwiec 2009, s. 8 [wersja PDF, <https://trybunal.gov.pl>]; (dostęp: 19.03.2023 r.). Owa konstytucyjna zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jest zasadą uniwersalną niezwiązaną *stricte* z odpowiedzialnością karłą.

a celem rozumianym jako szeroko pojęty interes publiczny, a do tego powinniśmy czynić zadość konstytucyjnej zasadzie związanej ściśle z odpowiedzialnością karną, jaką jest zasada określoności czynu zabronionego pod groźbą kary²⁴.

6. INNE UWAGI

Na kanwie powyższych rozważań i uwag zasadne wydaje się przywołanie owych zmian, jakie w zakresie normy prawnej art. 200 k.k. niesie za sobą nowela w postaci ustawy z 7.07.2022 r. W akcie tym proponuje się zmianę w zakresie ustawowego zagrożenia sankcją karną przestępstwa obcowania płciowego z małoletnim z przepisu § 1 art. 200 k.k. przez podniesienie jej górnej granicy z lat 12 do lat 15. Nadto dodany przepis § 6 do art. 200 k.k. przewiduje także obligatoryjne podwyższenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia o połowę w zakresie przepisów z normy prawnej art. 200 k.k. wobec skazanego sprawcy, który popełnił przestępstwo opisane w § 1 art. 200 k.k. (w rezultacie będzie od 3 do 15 lat), § 3 art. 200 k.k. (od 2 miesięcy do lat 3) lub § 4 art. 200 k.k. (od 2 miesięcy do lat 3).

Do zmian istotnych o charakterze ogólnym, odnoszących się także do sprawcy, który popełni omawiany czyn zabroniony, tj. z przepisu art. 200 § 1 k.k., należą również:

- podwyższenie z 15 do 30 lat górnej granicy kary pozbawienia wolności (art. 37 k.k. po zmianach)²⁵ oraz nadzwyczajnie obostrzonej kary pozbawienia wolności do 30 lat (art. 38 § 2 k.k. po zmianach);
- określenie wymiaru środka karnego w postaci zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z ich wykonywaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio (art. 41 § 1a k.k.);
- zmiana art. 63 § 3 k.k. warunkująca możliwość skorzystania przez oskarżonego z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary od wniosku prokuratora;
- wydłużenie okresu przedawnienia karalności przestępstwa pedofilii z przepisu art. 200 § 1 k.k. do ukończenia przez małoletniego 40. roku życia oraz modyfikacja zasad przedłużenia okresu przedawnienia m.in. co do tego przestępstwa przez zakreślenie biegu tego terminu od dnia podjęcia pierwszej czynności procesowej zmierzającej do ustalenia, czy zostało ono popełnione, po powzięciu uzasadnionego podejrzenia popełnienia tego przestępstwa w toku wszczętego innego postępowania (art. 102 § 2 k.k. po zmianach);
- obligatoryjne orzeczenie na wniosek pokrzywdzonego środka karnego polegającego na zakazie kontaktowania się z nim, zbliżania się do niego, na nakazie okresowym opuszczenia miejsca zamieszkania, przy czym zakaz ten może

²⁴ Art. 41 ust. 1 Konstytucji RP (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

²⁵ Przy jednoczesnym wykreśleniu z katalogu kar w art. 32 k.k. kary 25 lat pozbawienia wolności.

być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do policji lub do innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu, a zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego – również kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego, przy czym ów zakaz kontaktowania się z określoną osobą obejmuje wszelkie czynności związane z próbą nawiązania kontaktu z osobą chronioną, w tym podejmowane przez skazanego za pośrednictwem innej osoby lub z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej (art. 41a § 1a i § 6 k.k.);

- to, że sąd wymierza karę pozbawienia wolności m.in. sprawcy, który popełnił ponownie w ramach powrotu do przestępstwa w warunkach recydywy podstawowej, szczegółowo opisanej w dodanym przepisie w postaci art. 64a k.k., przestępstwo przeciwko wolności seksualnej zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat za przypisane przestępstwo w zakresie kary pozbawienia wolności w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, czyli od lat 3 do 22, mając na uwadze ustawowe zagrożenie z przepisu art. 200 § 1 k.k. w brzmieniu po zmianach.

Ustawa z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw jest aktem prawnym, który swą treścią wpisuje się w aktualny trend polityki kryminalnej państwa polskiego, zmierzającej do zaostrzenia odpowiedzialności karnej na gruncie i w ramach regulacji, jaką stanowi Kodeks karny, co do rodzajowo opisanych w nim przestępstw w części szczególnej tego kodeksu, z jednoczesnym zaostrzeniem regulacji ogólnej zawartej w postanowieniach części ogólnej tego kodeksu. Przepisy części ogólnej Kodeksu karnego na podstawie art. 116 k.k. stosują się również co do zasady do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną. Ową zmienioną wysoką granicę ustawowej sankcji karnej powyższa ustawa proponuje również w zakresie przestępstwa obcowania płciowego z małoletnim opisanego w przepisie art. 200 § 1 k.k. Zmiana prawa, która czeka już tylko na wejście w życie na podstawie ww. ustawy zmieniającej m.in. Kodeks karny, ma charakter zmiany istotnej i – jak się wydaje – jednokierunkowej. Owa jednokierunkowość zwiększa przyszłą represyjność prawa karnego, które jawi się jako w ogóle niezainteresowane wymierzeniem sankcji karnej wobec sprawców tego rodzaju przestępstw, ale w zakresie penalizacji tego przestępstwa w ramach typu *quasi-uprzywilejowanego*, jakim może być wypadek mniejszej wagi.

7. OKOLICZNOŚCI UZASADNIAJĄCE WYPADEK MNIEJSZEJ WAGI A NADZWYCZAJNE ZŁAGODZENIE KARY

Wydaje się, że rzeczywiście do pewnego poziomu stanu faktycznego poczucie potrzeby, by ów czyn był w Kodeksie karnym opisany i karany w ramach wypadku mniejszej wagi, staje się prawnie pożądane z perspektywy szeroko rozumianego dobra wymiaru sprawiedliwości. Nie bagatelizując charakteru czynu

zabronionego obcowania płciowego z małoletnim, w przypadku ewentualnego przyjęcia, że ów czyn mógłby zostać zakwalifikowany jako popełniony w typie *quasi-uprzywilejowanym*, jakim jest wypadek mniejszej wagi, należałoby mieć na uwadze charakter i rodzaj czynności sprawczych, które nie powinny być na pewno drastyczne same w sobie i nie powinny pociągać za sobą poważnych skutków po stronie osoby pokrzywdzonej (małoletniej albo małoletniego). Oczywiście jest, że dobro osoby pokrzywdzonej w postaci wolności seksualnej tym czynem zawsze zostanie naruszone, ale to naruszenie dla przyjęcia, że stanowić to może ewentualnie postulowany wypadek mniejszej wagi, nie może być dotkliwie samo w sobie czy też popełnione sposobem dotkliwym. Wypadek mniejszej wagi odnosiłby się w zakresie normy prawnej z art. 200 k.k. do zachowania przestępczego niepociągającego za sobą skutków tak bardzo ingerujących w sferę intymną, jak to ujmuje typ podstawowy tego przestępstwa z przepisu § 1 art. 200 k.k., a jakich doświadczają osoby pokrzywdzone tym właśnie przestępstwem. To zaś z kolei mogłoby znaleźć odzwierciedlenie właśnie w zakwalifikowaniu takiego zachowania sprawcy w ramach czynu popełnionego jako wypadek mniejszej wagi. W rezultacie tego, co już zostało powyżej powiedziane, można wyciągnąć wniosek, że taka sytuacja znalazłaby odzwierciedlenie nie tylko w wymiarze orzeczonej kary, ale również w strukturze normy prawnej art. 200 k.k. w postaci penalizacji tego zachowania sprawcy jako czynu przestępczego opisanego jako wypadek mniejszej wagi z proponowanego do wprowadzenia przepisu § 2 art. 200 k.k. Wszak aktualnie pewnym wentylem bezpieczeństwa – słusznie stosowanym przez sądy – jest możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary w trybie art. 60 § 2 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 3 k.k. wobec sprawcy tego rodzaju przestępstwa²⁶, tak by – z uwagi chociażby na okoliczności faktyczne sprawy, o jakich powyżej była mowa – wymierzona kara nie była nadmiernie surowa. Sąd mógłby zastosować w pełni dobrodziejstwo tej instytucji przy wymiarze kary wobec oskarżonego – pewne pole do działania ma w tym zakresie obrona formalna. Obrona powinna być przekonująco bardzo aktywna również w zakresie tego, by już sam wymiar kary nadzwyczajnie złagodzonej w stopniu wystarczającym uwzględnił okoliczności, które w sposób istotny powinny wpłynąć na wymiar kary orzeczonej w tym trybie, tj. jej nadzwyczajnego złagodzenia. Wymiar kary za to przestępstwo powinien również uwzględniać w sposób należyty dyrektywy wymiaru kary określone w art. 53 k.k. Kara powinna być zatem złagodzona, gdy przemawiają za tym zarówno rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, jak i okoliczności dotyczące samego oskarżonego, w szczególności jego postawa w toku

²⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 28.10.2021 r. (II Ka 712/21), zmieniający – na skutek m.in. apelacji wywiedzionej przez obrońcę – wyrok Sądu Rejonowego w Oleśnie z 8.06.2021 r. (II K 58/21), niepubl., wymiar orzeczonej kary, która *de facto* już była orzeczona przez sąd pierwszej instancji przy zastosowaniu dobrodziejstwa nadzwyczajnego jej złagodzenia w wymiarze roku i 6 miesięcy do wymiaru roku pozbawienia wolności, z jednoczesnym warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat. Zob. wyrok Sądu Rejonowego w Prudniku z 28.01.2020 r. (II K 877/19), niepubl.

całego postępowania, np. przyznanie się do jego popełnienia, wyrażenie woli zadośćuczynienia przez zadeklarowanie zapłaty określonej kwoty na rzecz strony pokrzywdzonej czy też nawet nienegowanie jego popełnienia (zeznań strony pokrzywdzonej) w sytuacji, gdy przebiegu tego zdarzenia on sam nie pamięta z uwagi na ilość spożytego wcześniej przez niego alkoholu i gdy owe zeznania korespondują z innymi dowodami w sprawie. Wymierzenie kary pozbawienia wolności w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego w przepisie § 1 art. 200 k.k. (aktualnie jeszcze w granicach od lat 2 do 12, a po zmianie prawa – do lat 15) wobec takiego sprawcy może w okolicznościach danej sprawy jawić się jako rażąco surowe. Przykładowo, gdy czyn, którego sprawca się dopuścił, wiąże się dla niego nie tylko z sankcją karną orzeczoną przez sąd karny, ale też – z uwagi np. na osobę pokrzywdzonej (którą jest np. jego siostrzenica) – pociąga za sobą również poważne skutki w sferze kontaktów i relacji rodzinnych, które zostały ze sprawcą przez najbliższą rodzinę zerwane z uwagi na charakter czynu i osobę pokrzywdzonej. W tym zakresie sprawca sam przecież często skazuje się na dodatkową dolegliwość w postaci ostracyzmu swojej najbliższej rodziny, z którą to formą kary pozaustawowej będzie musiał się zmierzyć i z nią żyć na co dzień.

8. WNIOSKI

Sądzić można, że zostało już wyjaśnione, w jakim zakresie oraz dlaczego wypadek mniejszej wagi powinien również opisywać i penalizować w ramach typu *quasi-uprzywilejowanego* obcowanie płciowe z małoletnim określone w ramach przepisu § 1 art. 200 k.k. Jednak by tak się mogło stać, niezbędna jest w tym zakresie zmiana prawa w proponowanym kierunku, o którym była mowa powyżej. Niniejszy tekst stanowi pewną sygnalizacyjną próbę szczegółowego objaśnienia potrzeby i ewentualnego sposobu uregulowania omawianej kwestii, która – jak się wydaje – w ramach zmiany prawa powinna nastąpić. Aby prawo karne mogło prowadzić do najpełniejszego i adekwatnego opisu tego typu zachowań oraz by orzeczona kara za nie była wystarczająca do osiągnięcia celów w zakresie prewencji zarówno ogólnej, jak i szczególnej – zrozumiałe wydaje się, by pozwolić także w zakresie normy prawnej art. 200 k.k. orzekać sądom w ramach typu *quasi-uprzywilejowanego*, jakim jest wypadek mniejszej wagi. Jeśli więc co do tego zagadnienia ustawodawca pozostanie obecnie przy dotychczasowym stanie prawnym, jak również po wprowadzeniu czekających na wejście w życie zmian, to prawo stanowione nie będzie wyrazem tylko tego, że ustawodawca widzi potrzebę zmiany prawa, ale będzie wyrazem tego, że nie dostrzega możliwości lepszego kierunku jego zmiany, postulowanego praktyką dnia codziennego, której przedstawiciele przecież lepiej widzą od niego, bo to oni stosują owo prawo na co dzień, a nie ustawodawca. Ponoć nie ma złego prawa – jest tylko jego błędna wykładnia, ale aktualnie jesteśmy o poziom niżej, gdyż nie ma w tym zakresie stosownego przepisu w normie prawnej, który w swej treści odwoływałby się do wypadku mniejszej wagi.

Zgłaszany postulat złagodzenia sankcji karnej za przestępstwo obcowania płciowego z małoletnim w ramach znowelizowania art. 200 k.k. i wprowadzenia występku w postaci wypadku mniejszej wagi stworzyłby sądom realną możliwość rozdzielenia tych czynów o wyjątkowo znacznej rozpiętości społecznego niebezpieczeństwa²⁷. Przepis taki miałby charakter przepisu szczególnego odnoszącego się do tego przestępstwa rodzajowego i byłby zagrożony łagodniejszą sankcją karną. Jednocześnie nie znosiłby on ustawowego zagrożenia karą dla tego przestępstwa, ale opisanego jako typ podstawowy, lecz tworzyłby typ *quasi-uprzywilejowany* w stosunku do typu podstawowego. Taki postulowany *de lege ferenda* stan rzeczy uznać należy za najbardziej pożądaną i trafne rozwiązanie.

ABSTRACT

dr hab. Dariusz Mucha

The author is a professor of the University of Opole, an advocate (District Bar Association in Opole), Vice-Chair of the Professional Development Committee of the Polish Bar Council, Chair of the Professional Development Committee of the District Bar Association in Opole, a member of the District Bar Association in Opole

Conclusions *ferenda* about desirable legislative amendment concerning the crime of sexual intercourse with a minor

The article concerns the legislation relating to the offence of sexual intercourse with a minor under Article 200(1) of the Penal Code. In this respect, the current legislation is found to be somewhat incomplete, the gap is identified and a solution suggested. It consists in amending Article 200 of the Penal Code by adding paragraph 2, which would describe this offence under a quasi-mitigated form as an act of lesser gravity. The present proposal is an assessment of the current state of the law by explaining why a change in legislation in this respect is needed.

²⁷ Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia w przeszłości, tj. w zakresie regulacji rozboju z normy prawnej art. 210 k.k. z 1969 r. (Dz.U. z 1969 r. nr 13 poz. 94), który przez wiele lat penalizował ten czyn tylko w typie podstawowym (§ 1) albo w typie kwalifikowanym (§ 2). Co do tego przestępstwa zgłaszane były również wówczas przez przedstawicieli doktryny i praktyki prawa karnego postulaty jego znowelizowania pod kątem złagodzenia sankcji karnej. Do zmiany prawa w tym zakresie doszło ostatecznie, co znalazło swój finał w nowelizacji normy prawnej art. 210 k.k. przez dodanie do niego przepisu § 1¹, który opisywał występki rozboju mający postać wypadku mniejszej wagi. Art. 210 § 1¹ k.k. z 1969 r. dodany został przez art. 1 pkt 30 ustawy z 12.07.1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. z 1995 r. nr 95 poz. 475) z dniem 20.11.1995 r.

Keywords: *sexual intercourse with a minor, act of lesser gravity, quasi-mitigated form, conclusions about desirable legislative amendments, sexual freedom, extraordinary mitigation of punishment*

dr hab. Dariusz Mucha

ORCID: 00000-0003-2162-5635; e-mail: dariusz.mucha@uni.opole.pl

Autor jest profesorem Uniwersytetu Opolskiego, adwokatem (Izba Adwokacka w Opolu), wiceprzewodniczącym Komisji Doskonalenia Zawodowego Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym Komisji Doskonalenia Zawodowego Okręgowej Rady Adwokackiej w Opolu, członkiem ORA w Opolu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Banasiak Katarzyna**, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008/3
- Bogacki Piotr**, *Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju*. „Monitor Prawniczy” 2014/16
- Brzezińska Joanna**, *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, Wrocław 2014, t. XXXI
- Kubala Włodzimierz**, *Wypadek mniejszej wagi*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972/3
- Lewczyk Piotr**, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008/7–8
- Mucha Dariusz**, *Paserstwa skarbowe w polskim prawie karnym skarbowym*, Opole 2019
- Mucha Dariusz**, *Przestępstwo paserstwa jako wypadek mniejszej wagi*, „Ius Novum” 2009/4
- Mucha Dariusz**, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1997 roku*, Opole 2014
- Stefańska Blanka**, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017/1
- Tuburcy Tomasz**, *Wypadek mniejszej wagi przestępstwa kradzieży (art.278 § 3 k.k.)*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2018/3
- Włodkowski Olaf**, *Wypadek mniejszej wagi w kodeksie karnym skarbowym*, „Monitor Podatkowy” 2014/7

Artykuły

Przemysław Krawczyk

ZAŻALENIE NA POSTANOWIENIE W PRZEDMIOCIE WNIOSKU O UCHYLENIE ZABEZPIECZENIA MAJĄTKOWEGO – UWAGI NA TLE ART. 293 § 3 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Ustawodawca stworzył wiele instytucji mających na celu ochronę prawidłowego toku postępowania karnego. Instytucjami takimi są bez wątpienia środki zapobiegawcze oraz środki przymusu. Analiza zawarta w artykule dotyczy możliwości wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego wydanego w wyniku wniesienia przez oskarżonego (podejrzanego), czy też jego obrońcę, wniosku o uchylenie lub zmianę postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego. Wszak zgodnie z wolą ustawodawcy na postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego przysługuje zażalenie (art. 293 § 3 Kodeksu postępowania karnego¹), to nie jest do końca jasne, na jakiej podstawie i czy w ogóle oskarżony (podejrzany), a także jego obrońca, uprawnieni są do składania wniosku w przedmiocie uchylenia lub zmiany postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego. Jeżeliby nawet przyjąć, że wymienione podmioty uprawnione są do wniesienia takiego wniosku, mogą pojawić się problemy powiązane immanentnie z uprawnieniem do zaskarżenia decyzji procesowej wydanej w przedmiocie tegoż wniosku powiązane z ograniczeniem temporalnym wnoszenia środków zaskarżenia wynikającym z art. 254 § 2 k.p.k. Ponadto nie jest także przedmiotem powszechnej zgody – jeśli już

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej k.p.k.

przyjąć możliwość wniesienia zażalenia – który sąd właściwy będzie do rozpoznania wniesionego środka zaskarżenia. Konkurują bowiem w tym przypadku dwa poglądy. Pierwszy, że w przedmiocie właściwości znajduje zastosowanie wprost art. 254 § 3 k.p.k., oraz drugi, że konieczne jest przyjęcie właściwości sądu na zasadach ogólnych.

I

Wydaje się, że rozważania mające być tu prowadzone zacząć należy – niestety – od powtórzenia truizmu, że zabezpieczenie majątkowe jest środkiem przymusu, a nie jest ono środkiem zapobiegawczym. Zabezpieczenie majątkowe – w odróżnieniu od środków zapobiegawczych – nie zmierza do „zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego”. Instytucja ta została pomyślana jako zabezpieczenie wykonania przyszłego orzeczenia, w którym sąd – w związku z popełnionym przestępstwem – może orzec grzywnę, świadczenie pieniężne, przepadek, środek kompensacyjny lub zwrot pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi korzyści majątkowej, jaką sprawca osiągnął z popełnionego przestępstwa, albo jej równowartości, a także wykonania przyszłego orzeczenia o kosztach procesu. Zabezpieczenie majątkowe może być zastosowane wobec oskarżonego (podejzranego)² tylko w sytuacji, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bez takiego zabezpieczenia wykonanie orzeczenia będzie niemożliwe albo znacznie utrudnione (*arg. ex art.* 291 § 1 k.p.k.).

W świetle powyższego uprawniona zdaje się być konstatacja, że zakres zastosowania zabezpieczenia majątkowego zorientowany jest na nieco inne cele niż środki zapobiegawcze. Zauważyć trzeba, że do samego zastosowania tego środka nie jest konieczne wypełnienie przesłanki „zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania”. Środki zapobiegawcze zabezpieczają postępowanie w danym momencie, zabezpieczenie majątkowe orzekane jest zaś *pro futuro*, chodzi tu bowiem o wykonanie orzeczenia, które to w wyniku prowadzonego postępowania ma zapasć, a nie chronienie samego postępowania jako takiego przed bezprawnymi sposobami jego utrudnienia³. Trafnie w tym kontekście zauważa Jerzy Skorupka, że zabezpieczenie majątkowe spełnia w tym zakresie funkcję prewencyjną – w ten sposób, że uniemożliwia oskarżonemu (podejzranemu) „ukrycie, zbycie, zniszczenie czy wyzbycie się w inny sposób korzyści osiągniętych z przestępstwa bądź mienia pozwalającego na zaspokojenie

² Dla pełnej jasności warto wskazać, że zabezpieczenie majątkowe może być stosowane także wobec właściciela mienia zagrożonego przypadkiem – art. 45 § 2 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2023 r. poz. 403 ze zm.), dalej k.k. – czyli podmiotu, który może obciążać tzw. konfiskata rozszerzona (art. 291 § 1 *in fine* k.p.k.).

³ Zob. P. Starzyński, *Zabezpieczenie majątkowe w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2005/7–8, s. 35–40; J. Tylman (w:) *Polskie postępowanie karne*, T. Grzegorzczak, J. Tylman, Warszawa 2005, s. 508; S. Waltoś, *Proces karny*, Warszawa 2008, s. 413; J. Skorupka (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 291.

roszczenia pokrzywdzonego lub Skarbu Państwa⁴. Wątpliwy pod względem aktualności jest w tym zakresie pogląd wyrażony przed laty przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, że „przesłanką warunkującą dopuszczalność zastosowania środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego jest istnienie wyłącznie dużego prawdopodobieństwa, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzuconego mu czynu, nie zaś pewne ustalenie tej okoliczności, gdyż ostateczne ustalenie sprawstwa i winy oskarżonego nastąpi dopiero na etapie wyrokowania. Sąd orzekając w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego nie może dokonywać merytorycznej oceny materiału dowodowego pod kątem tego, czy wysokość zarzuconej oskarżonemu szkody jest prawidłowa. Okoliczność ta stanie się przedmiotem oceny sądu właściwego w fazie wyrokowania. Na obecnym etapie postępowania sąd jest zobowiązany do oceny czy w stosunku do oskarżonego zachodzi na tyle wysokie prawdopodobieństwo, że dopuścił się on zarzuconego mu czynu, iż zasadnym jest stosowanie omawianego środka przymusu⁵. Nie należy bowiem zatracić z pola widzenia, że ustawodawca wymaga „uzasadnionej obawy” wyzbycia się majątku przez oskarżonego (podejrzanego), samo prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa nie może umykać rozważaniom sądu (organu postępowania), ale też nie może stanowić wyłącznej podstawy. Argumentacja taka pośrednio zezwala na automatyczne stosowanie zabezpieczenia majątkowego *in abstracto* wobec każdego oskarżonego (podejrzanego), podczas gdy postępowanie w tym przedmiocie powinno być automatyzmu pozbawione⁶.

⁴ Zob. J. Skorupka (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 291.

⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16.09.2015 r. (II AKz 528/15), LEX nr 1959445.

⁶ Trafnie wskazuje się w judykaturze, że „zabezpieczenie majątkowe jako ograniczające uprawnienia majątkowe powinno być stosowane tylko wtedy, gdy istnieje realna obawa uniemożliwienia wykonania zapadłych rozstrzygnięć, w tym obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Treść art. 291 k.p.k. wskazuje, że wydanie orzeczenia o zabezpieczeniu majątkowym jest fakultatywne, zatem potrzeba, by sąd oceniający tę obawę doszedł do przekonania, iż bez zabezpieczenia orzeczenia nie da się w przyszłości wykonać lub będzie to znacznie utrudnione” – zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12.07.2018 r. (II AKz 297/18), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2018/10, poz. 47, LEX nr 2635945. Nie można nie podzielić poglądu wyrażonego w orzecznictwie, że „w stosowaniu zabezpieczenia majątkowego wykluczony jest jakikolwiek automatyzm ograniczający się do postawienia na etapie postępowania przygotowawczego zarzutu konkretnej osobie, jako wystarczającego dla zastosowania zabezpieczenia majątkowego, bez jednoczesnego wykazania, że zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, iż zagrożone w przyszłości będzie wykonanie orzeczenia o charakterze finansowym (...) Tym samym za niedopuszczalne należy uznać jedynie powoływanie się w uzasadnieniu postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym w sposób ogólnikowy na fakt prowadzenia samego postępowania *in personam*, z pominięciem, że zabezpieczenie majątkowe ze względu na to, że wkracza w sferę praw obywatelskich, powinno być stosowane w wypadkach, gdy konkretne okoliczności wskazują, że oskarżony (lub podejrzany) może udaremnić wykonanie w przyszłości orzeczenia sądowego. Środek ten może więc być stosowany wyjątkowo i nie może być zasadą prowadzonego postępowania karnego” – zob. postanowienie Sądu Rejonowego w Mińsku Mazowieckim z 20.01.2022 r. (II K 1271/21), LEX nr 3291420.

Z uwagi jednak na optykę niniejszego opracowania, a także jego dość wąsko zakrojony zakres, nie jest wskazane prowadzenie dalszych rozważań natury ogólnej w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego. Niemniej jednak z góry zaznaczyć trzeba, że pewne odniesienia – siłą rzeczy – w dalszej części niniejszego artykułu mogą okazać się nieuniknione.

II

Zgodnie z treścią art. 293 § 3 *in principio* k.p.k. na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego przysługuje zażalenie. Ustawodawca wymaga także, aby art. 254 § 2 k.p.k. stosować przy tym odpowiednio, co oznacza, że na postanowienie w przedmiocie wniosku oskarżonemu zażalenie przysługuje tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania wcześniejszego postanowienia w przedmiocie środka przymusu.

Na kanwie powyższego pojawić się mogą przynajmniej trzy problemy, a mianowicie:

- 1) trudność w jasnym określeniu, czy chodzi o jakiekolwiek postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego, czy ostateczne postanowienie w tymże przedmiocie;
- 2) możliwość wniesienia wniosku o zmianę/uchylenie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym;
- 3) trudność związana z wyborem sądu właściwego do rozpoznania zażalenia w przedmiocie wniosku o zmianę/uchylenie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym.

W miejscu tym dla zachowania jasności wyводу konieczne staje się omówienie trzech wskazanych wyżej zagadnień osobno, aby w końcowej części wyciągnąć pewne wnioski płynące z prowadzonych tutaj rozważań.

III

Ustawodawca w art. 293 § 3 zd. 2 k.p.k. wprowadził do systemu prawa karnego procesowego odesłanie do art. 254 § 2 k.p.k., w myśl którego uprawnienie do wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie stosowania środków zapobiegawczych przysługuje tylko wtedy, gdy „wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie środka zapobiegawczego”. Przepis ten znajduje odpowiednie zastosowanie do środka odwoławczego w przedmiocie środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego (*arg. ex art. 293 § 3 k.p.k.*).

Kwestią wstępną – jaką zdaje się należy wyjaśnić – jest znaczenie ustawowego wyrażenia „stosowanie przepisów odpowiednio”. Nie decydując się na przytaczanie w tym miejscu rozległych rozważań dogmatyczno-lingwistycznych, posłużyć się można – skądinąd trafnym – poglądem wyrażonym w judykaturze, według którego przypomnieć tylko należy, że w „teorii prawa dominuje

pogląd, iż odpowiednie stosowanie określonych przepisów nie jest czynnością o jednolitym charakterze. W tym zakresie da się bowiem wyróżnić co najmniej trzy grupy. Do pierwszej zalicza się sytuacje, gdy przepisy prawa mają być stosowane bez żadnych zmian w ich dyspozycji. Do drugiej grupy wypadki, gdy odnośne przepisy będą stosowane po określonych modyfikacjach. Do trzeciej zaś zalicza się natomiast te wszystkie przepisy, które w ogóle nie mogą być stosowane do drugiego zakresu odniesienia, głównie ze względu na ich bezprzedmiotowość bądź też całkowitą sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miałyby one być stosowane odpowiednio⁷. Powyższe nie oznacza jednak, że w danej sytuacji sposób rozumienia „odpowiedniego stosowania” zależy tylko od niczym nieskrępowanej woli organu orzekającego. Organ ten powinien w sposób jasny i zrozumiały wyjaśnić merytoryczną podstawę wyboru przyjętego przez niego za podstawę zastosowania danych przepisów. Nie można bowiem zatracić z pola widzenia, że wybór ten – jeśli ustawa przewiduje taką możliwość – może zostać poddany ewaluacji co do jego słuszności przez organ *ad quem*. Zwrócić uwagę należy na pogląd wyrażony w doktrynie, że „odpowiednie stosowanie wskazanego powyżej przepisu oznacza, iż oskarżonemu (podejrzanemu) oraz jego obrońcy (nie dotyczy to innych stron) w przypadku złożenia wniosku o uchylenie lub zmianę zabezpieczenia majątkowego przysługuje zażalenie tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania poprzedniego postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego (...) wspomniany powyżej termin 3 miesięcy należy liczyć od dnia wydania postanowienia wobec oskarżonego (podejrzanego), który nosi się z zamiarem wniesienia środka zaskarżenia na postanowienie o nieuwzględnieniu wniosku o jego uchylenie lub zmianę”⁸. W miejscu tym warto także przytoczyć pogląd R.A. Stefańskiego, że „aby oskarżony mógł zaskarżyć niekorzystne dla niego postanowienie, musi złożyć (środek zaskarżenia – przyp. P.K.) po upływie co najmniej 3 miesięcy od wydania jakiegokolwiek postanowienia w przedmiocie środka zapobiegawczego (...). Termin 3-miesięczny biegnie *verba legis* «od dnia wydania w przedmiocie środka zapobiegawczego»; ustawa nie precyzuje, iż ma to być prawomocne postanowienie, a więc trzeba przyjąć, że nie chodzi o postanowienie prawo-

⁷ Zob. uchwała składu 7 sędziów SN z 28.09.2006 r. (I KZP 8/06), OSNKW 2006/10, poz. 87; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 142; A. Błachnio-Parzych, *Przepisy odsyłające systemowo (wybrane zagadnienia)*, „Państwo i Prawo” 2003/1, s. 43–45; J. Nowacki, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo” 1964/3, s. 370–371. Warto w tym przedmiocie zauważyć, że trudno jest sobie wyobrazić sytuację, w której ustawodawca odsyła do przepisów, które w konkretnej sytuacji zastosowane być nie mogą. Wszakże „jeżeli ustawodawca odsyła do konkretnego przepisu odniesienia i formułuje nakaz jego «odpowiedniego» zastosowania, to takie «odpowiednie» zastosowanie jest w ogóle możliwe”, zob. A. Korzeniewska-Lasota, *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Część 1. Zagadnienia ogólne*, „Palestra” 2013/9–10, s. 75.

⁸ Zob. K. Eichstaedt (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, t. 1, komentarz do art. 293, teza 5.

mocne”⁹. W miejscu tym warto pochylić się nad samym znaczeniem określenia „jakiegokolwiek”. Zgodnie ze słownikową definicją zwrot „jakiegokolwiek” oznacza „zaimek nieokreślony, komunikujący dowolność lub obojętność wyboru, np. poszukaj sobie jakiegokolwiek pracy” bądź „zaimek komunikujący, że cecha danego obiektu lub stanu rzeczy jest nieistotna z punktu widzenia tego, o czym mowa w wypowiedzeniu nadrzędnym, np. jakiegokolwiek masz kłopoty, skorzystaj z pomocy rodziców”¹⁰. Zatem jeśli termin trzymiesięczny liczy się od wydania „jakiegokolwiek” poprzedniego postanowienia w przedmiocie środka przymusu, a co więcej – ustawa nie wymaga, ażeby ono było prawomocne. Przyjęcie wykładni, podług której wymagane jest, ażeby upłynęły trzy miesiące od „ostatniego” postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego, prowadzić może na manowce. Przyjmując bowiem powyższy pogląd za słuszny, można dojść do wniosku, że niezależnie czy środek przymusu stosowany jest miesiąc, dwa czy osiem, jeśli zostanie złożony wniosek i zostanie wydane niekorzystne postanowienie, to *verba legis* wyłączona jest możliwość zaskarżenia tego postanowienia niezależnie od tego, przez jaki czas faktycznie środek był stosowany. Taka wykładnia stoi w jawnej sprzeczności z ogólną zasadą zaskarżalności postanowień w przedmiocie stosowania środków przymusu. Oczywiście zdawać sobie należy sprawę, że założenie o spójności systemu prawa jest raczej niedoścignionym wzorcem oraz swoistym założeniem koncepcyjnym, niemniej taka rażąca sprzeczność, i to w obrębie „jednego przedmiotu”, nie tylko stawiałaby racjonalność ustawodawcy pod znakiem zapytania, ale także wprowadzałaby normy prawne, które pod płaszczykiem ochrony praw oskarżonego (podejrzanego) *de facto* czyniłyby prawa, które chronić mają, bezprzedmiotowymi. Taka schizofreniczna rzeczywistość¹¹ nie ma miejsca bytu na gruncie prawa, a zwłaszcza prawa karnego.

Reasumując powyższe rozważania, wskazać należy, że skoro ustawa wymaga – aby uzyskać prawo zaskarżalności – ażeby upłynęły trzy miesiące od wydania postanowienia w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego czy też zabezpieczenia majątkowego oraz nie wymaga prawomocności postanowienia, to przyjąć można, że chodzi tu o pierwsze postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego, a także zabezpieczenia majątkowego. Nie jest także istotne, czy zostało ono później zmienione, czy też uchylone, wszak w tym przedmiocie istotna jest jedynie data wydania postanowienia w przedmiocie zastosowania zabezpieczenia majątkowego¹². Nie może być tu mowy o ostatnim chronologicz-

⁹ R.A. Stefański, *Ograniczona zaskarżalność postanowień w przedmiocie środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2000/10, s. 131–135.

¹⁰ *Słownik języka polskiego* pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/jakiegokolwiek>, (dostęp: 28.03.2023 r.).

¹¹ Autor w tym miejscu nie decyduje się na rozważania w przedmiocie związku prawa z rzeczywistością, a także zagadnienia obiektywnego istnienia bytów i prawa. Wszakże jakkolwiek może być to interesujące i ważne z punktu widzenia dyskursu filozoficznego, tak w przedmiocie niniejszego artykułu wnosi niewiele.

¹² Por. K. Eichstaedt (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 293, teza 5.

nie postanowieniu w przedmiocie stosowania zabezpieczenia majątkowego, tylko powinno chodzić o postanowienie, na podstawie którego środek ten po raz pierwszy został zastosowany. Każdorazowe postanowienie w przedmiocie środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego może zmieniać jego zakres – czy to *in plus* dla oskarżonego (podejrzanego), czy *in minus* w odniesieniu do sytuacji oskarżonego (podejrzanego) – nie zmieniając jednak samej „substancji” zastosowanego środka. Po raz wtóry wskazać należy, że wykładnia, według której każdorazowy wniosek – niezależnie od czasu stosowania środka – o zmianę bądź uchylenie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym swoiście blokowałby możliwość zaskarżenia decyzji wydanej w przedmiocie tego wniosku, a ponadto regulacja taka prowadziłaby do ograniczenia praw jednostki, a w zasadzie czyniłaby z nich atrapę. Takie działanie powinno uruchamiać – skądinąd uzasadnione – oburzenie i wątpliwości już choćby na gruncie zasady proporcjonalności ograniczania ustawowo przyznanych praw.

Niezależnie od podniesionych powyżej argumentów wskazać należy, że wszystkie przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie tylko muszą być wykładane w zgodzie z tzw. systemem danej gałęzi prawa, ale także – i przede wszystkim – podlegać muszą wykładni prokonstytucyjnej. Jak się podnosi w doktrynie, „prokonstytucyjna wykładnia to bowiem proces uzgadniania odpowiednich regulacji z Konstytucją. Nasączania ich konstytucyjną aksjologią, gwarancjami, zasadami. Sposób korygującego podejścia do prawa, gwarantujący realizację zasady pierwszeństwa Konstytucji”¹³. A zatem w tenże też sposób wykladać należy wolę ustawodawcy wyrażoną w art. 254 § 2 k.p.k. W postępowaniu karnym nie chodzi przecież o wygodę czy też swoiste odciążanie organów postępowania, tylko o wypełnienie celów postawionych tak przez ustrojodawcę, jak i ustawodawcę, a jednym z nich jest także prowadzenie postępowania tak, ażeby nie zostały naruszone prawa podmiotowe przysługujące oskarżonemu (podejrzanemu). Z uwagi także na spójność systemu podnieść należy, że skoro oskarżony (podejrzany) jest uprawniony do składania wniosków o zmianę lub/i uchylenie stosowanych wobec niego środków zapobiegawczych, to nieracjonalne zdaje się być pozostawienie decyzji w przedmiocie tychże wniosków tylko w zakresie dyskrecjonalnej władzy organów postępowania przygotowawczego czy też już nawet jurysdykcyjnego (*arg. ex art.* 254 § 1 k.p.k.). Szczególną uwagę poświęcić też należy temu, że skoro prokurator jest tzw. *dominus litis* w postępowaniu przygotowawczym, tak też ocena podjętych przez niego decyzji procesowych, a zwłaszcza w zakresie stosowanych środków przymusu, powinna podlegać kontroli sądowej. Odmawiając tego jednostce, dokonujemy – bez potrzeby szukania eufemizmów – pogwałcenia przysługujących jej praw, a co więcej zaburzamy model rzetelnego procesu¹⁴. Zaczepić

¹³ M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4, s. 7.

¹⁴ Por. P. Wiliński, *O koncepcji rzetelnego procesu* (w:): *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej*. Trzebiezowice 17–19.09.2009 r., red. J. Skorupka, W. Jasiński, Warszawa 2010, s. 174.

można zatem wykładnię art. 293 § 2 w zw. z art. 254 § 2 k.p.k. w Konstytucji, w przeciwnym razie spowodować możemy przypisanie niemalże władzy absolutnej prokuratorowi w postępowaniu przygotowawczym. Takie rozwiązanie powinno budzić sprzeciw z punktu widzenia zasady demokratycznego państwa prawnego oraz trójpodziału władzy. Nie może umknąć z pola widzenia to, że prokuratura i prokuratorzy powołani zostali przez ustawodawcę nie tylko do „ścigania”, ale także muszą oni wypełniać i rolę gwarancyjną dla ochrony praw jednostki (*arg. ex art. 2 in fine Prawa o prokuraturze*¹⁵).

W kontekście powyższych rozważań warto jedynie zasygnalizować, że aktualnie toczy się dyskusja nad tzw. rozproszoną kontrolą konstytucyjności przepisów. Wskazuje się w doktrynie, że „koncepcja oparta na obowiązku dokonywania przez sądy powszechne oraz sądy administracyjne prokonstytucyjnej wykładni aktów prawnych, nie tylko umożliwiającą uzgadnianie konkretnego aktu prawnego z Konstytucją w ramach prowadzonego na potrzeby jednostkowego rozstrzygnięcia procesu wykładni, ale także stwarzającej możliwość odmowy stosowania określonej normy, nie podważa w żadnym zakresie sensowności funkcjonowania europejskiego modelu badania konstytucyjności aktów prawnych w trybie procedury abstrakcyjnej kontroli norm sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny. Kompetencja TK ma bowiem szczególnie charakter i odnosi się do wypadków, w których niezbędne jest derogacyjne rozstrzygnięcie kwestii konstytucyjności danego aktu prawnego w sposób powszechnie wiążący, w trybie kontroli abstrakcyjnej. Taka potrzeba ujawniać się może także w razie pojawienia się rozbieżności co do sposobu dokonywania prokonstytucyjnej wykładni przez sądy powszechne lub sądy administracyjne, w szczególności zaś wówczas, gdy z uwagi na konstytucyjne wartości pojawi się konieczność rozstrzygnięcia kwestii zgodności z Konstytucją lub określenia przesłanek tej zgodności w sposób powszechnie obowiązujący”¹⁶.

IV

Analizując obecnie obowiązujące przepisy, można postawić pytanie, czy wniosek o uchylenie/zmianę postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym jest w ogóle dopuszczalny. *Expresis verbis* ustawodawca nie wskazuje – jak w przypadku środków zapobiegawczych – że oskarżony (podejrzany) może składać wnioski w każdym czasie o zmianę bądź też uchylenie zastosowanego środka przymusu. Brak jest zatem ustawowej podstawy do składania przedmiotowego wniosku¹⁷. Niemniej jednak podstawy upatrywać można właśnie w – między innymi – odesłaniu do

¹⁵ Ustawa z 28.01.2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2022 r. poz. 1247 ze zm.).

¹⁶ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa...*, s. 22; zob. także W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, „Przegląd Sądowy” 2017/2, s. 5–29.

¹⁷ Por. Ł. Chmielniak, M. Klonowski, A. Rychlewska-Hotel, J. Zagrodnik, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2020, LEX/el., komentarz do art. 293.

odpowiedniego stosowania art. 254 § 2 k.p.k. Wszakże zupełnie irracjonalne byłoby wprowadzanie cezury czasowej na możliwość zaskarżania środka przymusu po wydaniu postanowienia w przedmiocie wniosku, jeśli samo złożenie wniosku było niedopuszczalne. Utworzona zostałaby bowiem „ścieżka zaskarżenia” pozbawiona właśnie podstawy do wydania orzeczenia, które mogłoby zostać zaskarżone. W tej mierze wspomnieć należy, że jeśli nie dopuścić możliwości wnoszenia o zmianę czy też uchylenie środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego, zażalenia przysługiwałyby na postanowienia w przedmiocie tego środka wydane tylko z urzędu, zamykając tym samym drogę jednostce do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu karnym poprzez wyłączenie uprawnienia postulacyjnego oskarżonego (podejrzanego). Brak ustawowej regulacji bądź też odesłania również do § 1 art. 254 k.p.k. poczytany może zostać jako swoiste niedbalstwo – żeby nie powiedzieć niechlujstwo – ustawodawcy. Niemniej jednak – na co też uwagę zwraca J. Zagrodnik – podstawy do wniesienia takiego wniosku poszukiwać można w art. 9 § 2 k.p.k., a dodatkowego umocowania szukać w art. 291 § 4 k.p.k.¹⁸ Nie można bowiem pominąć także tego (ocierając się o truizm), że jakkolwiek co do zasady postępowanie karne prowadzone przeciwko osobie jest postępowaniem prowadzonym na jej niekorzyść, ale nie można usprawiedliwiać tym samym odmówienia tejże osobie swoistych przejawów jej aktywności. Zrozumiałe jest, że muszą istnieć mechanizmy blokujące obstrukcję działania wymiaru sprawiedliwości, ale też nie można na ołtarzu ekonomiki postępowania i jego szybkości poświęcać uprawnień przysługujących jednostce.

V

Problematyczne może wydawać się ustalenie sądu właściwego do rozpoznania zażalenia na postanowienie wydane w wyniku złożonego przez obrońcę oskarżonego (podejrzanego) wniosku o uchylenie bądź zmianę postanowienia w przedmiocie stosowania środka przymusu w postaci zabezpieczenia majątkowego. Istnieje pokusa, ażeby również odpowiednio zastosować art. 254 § 3 k.p.k. i skierować niniejsze zażalenie do tego samego sądu, przed którym sprawa się toczy¹⁹. W tym kontekście wspomnieć należy, że w przypadku zażalenia na dalsze stosowanie środka zapobiegawczego ustawodawca zdecydował

¹⁸ J. Zagrodnik (w:) Ł. Chmielniak, M. Klonowski, A. Rychlewska-Hotel, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, komentarz do art. 293.

¹⁹ Co prawda ustawodawca w art. 125 k.p.k. niejako wprowadza okoliczność, dzięki której ów środek zaskarżenia mógłby zostać przekazany do sądu właściwego do jego rozpoznania. Tyle tylko, że pojawia się pytanie, czy skierowanie środka zaskarżenia do innego sądu wypełniać będzie znamiona „omyłki”. Wszakże nie chodzi tu o niewłaściwość miejscową, a o właściwość rzeczową. Wobec tego nie sposób jest przyjąć, że niewłaściwie wniesione zażalenie powinno być przekazane zgodnie z art. 35 § 1 k.p.k. w zw. z art. 125 k.p.k., a zwłaszcza w sytuacji, gdy stronę reprezentuje kwalifikowany pełnomocnik – zob. M. Kurowski (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, t. 1, komentarz do art. 125 oraz cytowana tam literatura.

się – tylko z sobie znanego powodu – na wprowadzenie tzw. instancji poziomej. Wobec tego wszystkie wnioski składane w trybie art. 254 k.p.k. powinny podlegać tej samej ścieżce zaskarżenia (*argumentum a rubrica*)²⁰. Niemniej jednak z pola widzenia nie można zatrzeć tego, że ustawodawca wskazał w art. 293 § 3 zd. 2 k.p.k., że odpowiednio stosuje się jedynie art. 254 § 2 k.p.k. Co za tym idzie, nie można stosować przepisów odpowiednio tam, gdzie nie zostało to bezpośrednio wskazane przez ustawodawcę. Rację zatem przyznać należy J. Skorupce, że skoro „odpowiednio stosuje się jedynie art. 254 § 2 k.p.k.” to „zażalenie na postanowienie sądu będzie rozpoznawane na zasadach ogólnych, a nie w ramach tzw. instancji poziomej (horyzontalnej), jak przewiduje art. 254 § 3 k.p.k.”²¹. Dodać w tym kontekście należy też, że jeśli wniosek w przedmiocie zmiany bądź uchylenia postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego złożony zostanie przed wniesieniem aktu oskarżenia do prokuratora prowadzącego postępowanie, to ewentualny środek zaskarżenia na postanowienie wydane w przedmiocie wniosku powinno zostać wniesione na zasadach ogólnych (art. 465 § 2 k.p.k.), a nie zgodnie z art. 254 k.p.k.

Reasumując, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* wskazać należy, że odpowiednie stosowanie danych przepisów i norm jest wyjątkiem, a zatem bez konkretnego wskazania przez ustawodawcę potraktowanie tego wyjątku rozszerzająco nosić będzie znamiona działania *ultra vires*. Odpowiednie stosowanie ma zatem tylko odniesienie co do dopuszczalności samego zażalenia, a nie wpływa na właściwość sądu właściwego do jego rozpoznania. Samo wydanie postanowienia w wyniku wniesienia wniosku o uchylenie zabezpieczenia majątkowego nie może wpłynąć na zmianę czy też pozbawienie sądu wyższej instancji możliwości rozpoznania zażalenia, nie chodzi tu bowiem o impuls stanowiący podstawę do wydania zaskarżonego postanowienia, a ściśle ustawowo przypisane uprawnienie do rozpoznania konkretnego środka zaskarżenia przez sąd właściwy²².

VI

Rozważania prowadzone w niniejszym artykule pozwalają na wysnuć trzech zasadniczych wniosków.

1. Termin trzymiesięczny (zgodnie z art. 254 § 2 k.p.k.) powinno się liczyć od pierwszego postanowienia wydanego w sprawie w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego. Termin ten nie ulega odnowieniu, gdy zostanie wydane kolejne postanowienie w przedmiocie tego środka przymusu. Taka wykładnia dopuszczalaby – w najbardziej ekstremalnej sytuacji – niejako wyłączenie możliwości zaskarżenia postanowienia, postanowienia w tym przedmiocie mogłyby być bowiem wydawane nawet *pro forma*, tylko w celu zablokowania możliwości zaskarżenia postanowienia.

²⁰ Por. J. Skorupka (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 254.

²¹ Zob. J. Skorupka (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 293.

²² Por. K. Eichstaedt (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 293.

2. Wniosek o uchylenie bądź zmianę postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego uprawniony jest nie tyle z uwagi na analogiczne zastosowanie art. 254 k.p.k., ale możliwość wniesienia tego wniosku wynika ze zdolności postulacyjnej przypisanej stronie postępowania karnego, wynikającej bezpośrednio z art. 9 § 2 k.p.k.

3. Zażalenie na postanowienie wydane w przedmiocie wniosku oskarżonego (podejrzanego) powinno być skierowane zgodnie z zasadami ogólnymi, a nie może zostać rozpoznawane w ramach tzw. horyzontalnej (poziomej) instancji.

ABSTRACT

Przemysław Krawczyk

The author is a trainee advocate (District Bar Association in Wrocław) and a graduate of the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław.

Interlocutory appeal against a decision concerning a motion to revoke freeze on assets – comments against the background of Article 293(3) of the Code of Criminal Procedure

The legislator has created several institutions aimed at protecting the proper course of criminal proceedings. Such institutions undoubtedly include preventive measures and coercive measures. Nevertheless – bearing in mind the optics of this article – the author focused primarily on the possibility of lodging a complaint against a decision on a coercive measure in the form of freeze on assets issued because of the accused (suspect) or his/her defence counsel filing a motion to revoke/amend the decision on freeze on assets. After all, in accordance with the will of the legislator, decisions regarding freeze on assets may be appealed against (Article 293(3) of the Code of Criminal Procedure, CCP), it is not entirely clear on what basis and whether the accused (suspect) and his/her defence counsel are entitled to submit a motion for repealing/amending the decision on asset freeze. Even assuming that the above-mentioned entities are entitled to submit such a motion, there may be problems inherently related to the right to appeal a procedural decision issued as a consequence of the motion, said problems related to the temporal limitation of lodging a means of appeal resulting from Article 254(2) CCP. Similarly, there is no universal agreement – if we assume that lodging an appeal is possible – which court will have jurisdiction to examine the given means of appeal. There are two competing views: according to one Article 254(3) CCP applies directly to jurisdiction, while according to the other it is necessary to adopt the jurisdiction of the court on general rules.

Keywords: *means of appeal, interlocutory appeal, freeze on assets, preventive measures, coercive measures, jurisdiction of the court*

Przemysław Krawczyk

ORCID: 0000-0002-5462-3540; e-mail: przemyslawkrawczyk3@gmail.com

Autor jest aplikantem adwokackim (Izba Adwokacka we Wrocławiu) oraz absolwentem Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Błachnio-Parzych Anna**, *Przepisy odsyłające systemowo (wybrane zagadnienia)*, „Państwo i Prawo” 2003/1
- Chmielniak Łukasz, Klonowski Marcin, Rychlewska-Hotel Aleksandra, Zagrodnik Jarosław** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2020, LEX/el., komentarz do art. 293
- Eichstaedt Krzysztof** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, t. 1, komentarz do art. 293, teza 5
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4
- Korzeniewska-Lasota Anna**, *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Część 1. Zagadnienia ogólne*, „Palestra” 2013/9–10
- Kurowski Michał** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, t. 1, komentarz do art. 125
- Nowacki Józef**, *Analogia legis*, Warszawa 1966
- Nowacki Józef**, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo” 1964/3
- Sanetra Walerian**, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, „Przeгляд Sądowy” 2017/2
- Skorupka Jerzy** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, Legalis, komentarz do art. 254
- Skorupka Jerzy** (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, Legalis, komentarz do art. 293
- Starzyński Piotr**, *Zabezpieczenie majątkowe w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2005/7–8
- Stefański Ryszard A.**, *Ograniczona zaskarżalność postanowień w przedmiocie środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2000/10

Tylman Janusz (w:) **Grzegorz Tomasz, Tylman Janusz**, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005

Waltoś Stanisław, *Proces karny*, Warszawa 2008

Wiliński Paweł, *O koncepcji rzetelnego procesu* (w:) *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej. Trzebieszowice 17–19.09.2009 r.*, red. J. Skorupka, W. Jasiński, Warszawa 2010

Pojęcia kluczowe: *fundacja rodzinna, organy fundacji*

Artykuły

Michał Bieniak

FUNDACJA RODZINNA – ORGANIZACJA I FUNKCJONOWANIE

Fundacja rodzinna jest nową instytucją polskiego prawa. Jej celem jest zapewnienie sukcesji w przedsiębiorstwach rodzinnych, a rozwiązania legislacyjne w większym stopniu bazują na przepisach Kodeksu spółek handlowych aniżeli ustawy o fundacjach. Jednocześnie istniejące rozbieżności pomiędzy istniejącymi regulacjami prawa spółek a ustawy o fundacjach rodzinnych powodują, że niekiedy nawet przepisy o zbliżonej, lecz nieidentycznej treści będą miały odmienne znaczenie.

Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej została opublikowana 21.02.2023 r.¹ Ustawa wchodzi w życie 22.05.2023 r. Jak wynika z uzasadnienia ustawy², celem ustawy jest stworzenie instytucji pozwalającej na sprawną sukcesję pokoleniową w przedsiębiorstwach rodzinnych, zachowanie ich we władaniu rodziny dotychczasowego właściciela, unikanie transferu majątku do analogicznych instytucji funkcjonujących poza granicami Polski oraz stworzenie mechanizmów pozwalających na dalszą akumulację kapitału³. Podobne instytucje funkcjonują od lat w innych państwach europejskich⁴.

¹ Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U. z 2023 r. poz. 326), dalej u.f.r.

² Druk sejmowy nr 2798 z 23.11.2022 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/17118C9A9-F6DE247C125890500329D3E/%24File/2798.pdf> (dostęp: 24.03.2023 r.), dalej Uzasadnienie.

³ Uzasadnienie, s. 3–6.

⁴ P.A. Mariański, A. Żądło, *Opodatkowanie fundacji prywatnych*, „Przegląd Podatkowy” 2018/8, s. 23–24; M. Wiórek, „Ciemna strona” fundacji rodzinnej? Uwagi z perspektywy prawa niemieckiego, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021/11, s. 11–13; M. Betiuk, *Fundacje rodzinne a podatki*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021/7, Legalis/el., pkt 1–3.

Brak fundacji rodzinnej w prawie polskim nie oznaczał jeszcze, że była ona instytucją irrelevantną z perspektywy prawa polskiego. Funkcjonowanie fundacji rodzinnej, a przede wszystkim wypłaty z niej na rzecz polskich rezydentów podatkowych, wywoływały bowiem skutki podatkowe⁵, a w konsekwencji była ona przedmiotem zainteresowania doktryny, jednak głównie z zakresu prawa podatkowego.

Ostatecznie – jak wskazano na wstępie – ustawodawca zdecydował się wprowadzić fundację rodzinną do polskiego prawa. Ogólny charakter fundacji rodzinnej i jej cele definiuje art. 2 ust. 1 u.f.r., a mianowicie jest ona osobą prawną, utworzoną w celu gromadzenia mienia, zarządzania nim w interesie beneficjentów oraz spełniania świadczeń na rzecz beneficjentów. Konsekwencją przyznania fundacji rodzinnej osobowości prawnej jest wyłączenie odpowiedzialności fundatora za zobowiązania fundacji rodzinnej (art. 16 u.f.r.). Jednocześnie jednak mechanizm ten nie działa w pełni w drugą stronę, tzn. fundacja rodzinna – pod pewnymi warunkami – może odpowiadać solidarnie z fundatorem za niektóre jego zobowiązania (art. 8 ust. 1 i 2 u.f.r.).

Fundacja rodzinna posiada autonomiczną regulację, co może w pewnym stopniu wprowadzać w błąd. Pomimo bowiem swojej nazwy nie jest ona podtypem fundacji uregulowanej ustawą z 6.04.1984 r. o fundacjach⁶. Różnią je bowiem nie tylko cele, ale i sam kształt regulacji.

Nazwa fundacji rodzinnej może też wprowadzać w błąd w innym zakresie. Wbrew niej brak bowiem wymogu ustanowienia fundacji przez członków rodziny. Fundacja może zostać utworzona przez jedną lub więcej osób fizycznych posiadających pełną zdolność do czynności prawnych (art. 11 i art. 12 ust. 1 u.f.r.). Z żadnego przepisu nie wynika wymóg, aby fundatorzy byli krewnymi lub powinowatymi⁷. Lista beneficjentów fundacji też nie jest ograniczona do członków rodziny fundatora. Beneficjentem może być bowiem każda osoba fizyczna lub organizacja pozarządowa, o której mowa w art. 3 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁸, prowadząca działalność pożytku publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 tejże ustawy (art. 30 ust. 1 pkt 1 i 2 u.f.r.).

POWSTANIE FUNDACJI

Na procedurę założenia fundacji składają się następujące elementy, wymienione w art. 21 u.f.r.:

⁵ Por. A. Mariański, A. Żądło, *Opodatkowanie fundacji prywatnych*, s. 25–28; J. Rusek, *Wykorzystanie fundacji prywatnej (rodzinnej) w procesie planowania podatkowego*, „Monitor Podatkowy” 2011/11, s. 28–30; A. Mariański, *Opodatkowanie fundacji rodzinnych, czyli dokąd zmierza tzw. uszczelnianie systemu podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2020/4, s. 34–39.

⁶ Ustawa z 6.04.1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 2023 r. poz. 166).

⁷ Tak, jeszcze na tle projektu ustawy o fundacji rodzinnej, M. Wiórek, „Ciemna strona”..., s. 10.

⁸ Ustawa z 24.04.2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1327 ze zm.).

- 1) złożenie oświadczenia o ustanowieniu fundacji rodzinnej;
- 2) ustalenie statutu;
- 3) sporządzenie spisu mienia;
- 4) ustanowienie organów fundacji rodzinnej wymaganych przez ustawę lub statut;
- 5) wniesienie funduszu założycielskiego przed wpisaniem do rejestru fundacji rodzinnych w przypadku ustanowienia fundacji rodzinnej w akcie założycielskim albo wniesienie funduszu założycielskiego w terminie dwóch lat od dnia wpisania fundacji rodzinnej do rejestru fundacji rodzinnych w przypadku ustanowienia fundacji rodzinnej w testamencie;
- 6) wpisanie do rejestru fundacji rodzinnych.

Fundacja rodzinna może być powołana w akcie założycielskim lub testamentem (art. 11 u.f.r.), z tym zastrzeżeniem, że powołanie przez więcej niż jednego fundatora może nastąpić wyłącznie w formie aktu założycielskiego. Formą wymaganą dla założenia fundacji rodzinnej jest forma aktu notarialnego. Wymóg ten dotyczy zarówno aktu założycielskiego, jak i fundacji ustanowionej testamentem (art. 22 u.f.r.). Jest to forma zastrzeżona pod rygorem nieważności (art. 73 § 2 Kodeksu cywilnego⁹).

Fundacja rodzinna nabywa osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru fundacji rodzinnych. Rejestr ten został scentralizowany i jest prowadzony przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim (art. 4 ust. 2 u.f.r.). Postępowanie przed sądem rejestrowym, zgodnie z art. 4 ust. 3 u.f.r., toczy się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego¹⁰ o postępowaniu nieprocesowym, chyba że ustawa o fundacjach rodzinnych stanowi inaczej.

Trzeba przy tym zwrócić uwagę na pewien brak precyzji, zawarty w odwołaniu do przepisów o postępowaniu nieprocesowym. Odwołanie to może bowiem budzić wątpliwości, czy do postępowania przed sądem rejestrowym znajdują zastosowanie wyłącznie przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym (art. 506–525 k.p.c.), czy również przepisy o postępowaniu rejestrowym (art. 694¹–694⁸ k.p.c.). Należy opowiedzieć się za tym drugim rozwiązaniem.

Przemawiają za nim dwa argumenty. Pierwszym jest podobieństwo obu postępowań. Drugim, najistotniejszym, jest brzmienie art. 694¹ § 2 k.p.c. Postępowanie to ma bowiem charakter postępowania rejestrowego, rozumianego jako postępowanie w przedmiocie wpisu (zmiany wpisu) toczącego się przed sądem powszechnym¹¹. Jednocześnie brak przepisów szczególnych, które wyłączałyby zastosowanie przepisów o postępowaniu rejestrowym. Zastosowanie przepisów

⁹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej k.c.

¹⁰ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej k.p.c.

¹¹ Odnośnie do definicji postępowań rejestrowych zob. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński (w:) K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2022, Legalis, nb 4, komentarz do art. 694¹ k.p.c.

o postępowaniu rejestrowym jest zastosowaniem odpowiednim, co oznacza, że każdorazowo należy rozważyć, czy dany przepis o postępowaniu rejestrowym znajdzie zastosowanie wprost, z uwzględnieniem modyfikacji, lub nie znajdzie zastosowania¹². Jednocześnie przy zastosowaniu przepisów o postępowaniu rejestrowym trzeba uwzględniać odrębności postępowania w przedmiocie wpisu do rejestru fundacji rodzinnych, wynikające z art. 110–127 u.f.r.

Dla okresu pomiędzy sporządzeniem aktu założycielskiego lub ogłoszeniem testamentu a wpisem fundacji rodzinnej do rejestru ustawodawca przyjął rozwiązanie analogiczne do rozwiązania przyjętego w Kodeksie spółek handlowych¹³ dla spółek kapitałowych (art. 11 § 1, art. 161 § 1, art. 300¹¹ oraz art. 323 k.s.h.). Fundacja rodzinna w okresie tym posiada więc zdolność prawną pomimo braku osobowości prawnej (art. 23 ust. 3 u.f.r.).

W zakresie reprezentacji fundacji rodzinnej w tym okresie przyjęto natomiast rozwiązanie nieco odmienne aniżeli w Kodeksie spółek handlowych, więc wypowiedzi doktryny i orzecznictwa dotyczące reprezentacji spółek kapitałowych w organizacji jedynie w nikłym stopniu będą mogły zostać zastosowane w odniesieniu do fundacji rodzinnych w organizacji. Zgodnie mianowicie z art. 23 ust. 4 u.f.r. fundację rodzinną w organizacji reprezentuje fundator lub pełnomocnik powołany przez fundatora albo w przypadkach wskazanych w ustawie – zarząd fundacji.

Sposób redakcji przepisu, a w szczególności użyte w nim alternatywy, prowadzą do trojakiemu wnioskowi:

- a) fundator posiada generalne uprawnienie do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji;
- b) uprawnienie do reprezentacji pełnomocnika fundatora ogranicza treść pełnomocnictwa;
- c) w tym samym czasie fundację może reprezentować zarówno fundator, jak i pełnomocnik;
- d) uprawnienie zarządu do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji musi wynikać z wyraźnej dyspozycji przepisu prawa;
- e) uprawnienie zarządu do reprezentacji fundacji wyklucza w tym zakresie reprezentację fundacji rodzinnej w organizacji przez fundatora lub pełnomocnika fundatora, chyba że z przepisu szczególnego wyraźnie wynika odmienny wniosek.

Szczególne wątpliwości budzi kwestia reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji przez zarząd. Jak wskazano powyżej, reprezentacja fundacji rodzinnej w organizacji przez zarząd wymaga istnienia przepisu szczególnego, który przyznaje mu taką kompetencję. W istocie brak takich przepisów poza art. 114 ust. 2 u.f.r., gdyż – co do zasady – nawet w zakresie wniosku o wpis fundacji

¹² Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 215.

¹³ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.), dalej k.s.h.

rodzinnej do rejestru wyraźne uprawnienie przyznano fundatorowi (art. 114 ust. 1 u.f.r.), pomimo że w tym czasie musiał już zostać ustanowiony zarząd fundacji rodzinnej (art. 21 pkt 4 u.f.r.). Wyjątkiem jest fundacja rodzinna ustanowiona w testamentie, którą do rejestru zgłasza zarząd fundacji. Wniosek powinni w tej sytuacji podpisać wszyscy członkowie zarządu fundacji (art. 114 ust. 2 u.f.r.).

Powyższa regulacja nasuwa podobne wątpliwości, jak zbliżone przepisy dotyczące spółek kapitałowych, zawarte w Kodeksie spółek handlowych (art. 164 § 1, art. 300¹² § 1, art. 316 § 1 k.s.h.), tj. pojawia się pytanie, czy w takiej sytuacji fundacja rodzinna może być reprezentowana przez pełnomocnika procesowego. Na tle regulacji Kodeksu spółek handlowych można wyróżnić kilka konkurujących ze sobą poglądów, jednak zasadniczo można je podzielić na dwie grupy.

Pierwsza wyklucza złożenie wniosku przez pełnomocnika, aczkolwiek niekiedy dopuszcza jego działanie na dalszym etapie postępowania¹⁴. Druga dopuszcza złożenie wniosku przez pełnomocnika procesowego¹⁵, przy czym w obrębie tego poglądu można rozróżnić jeszcze dwa możliwe rozwiązania: konieczność podpisania pełnomocnictwa przez wszystkich członków zarządu¹⁶ lub zgodnie z zasadami reprezentacji spółki¹⁷.

Za zasadny należy uznać ten pogląd, który dopuszcza złożenie wniosku o wpis spółki kapitałowej przez pełnomocnika ustanowionego przez wszystkich członków zarządu. Wyłączenie możliwości reprezentacji przez pełnomocnika, z funkcjonalnego punktu widzenia, pozbawione jest jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia. Jednocześnie za zbyt daleko idący należy uznać pogląd, że pełnomocnictwo może zostać podpisane przez członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji. Pogląd taki pozwalałby na obejście przepisów art. 164 § 1, art. 300¹² § 1, art. 316 § 1 k.s.h.. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wyłącznym uzasadnieniem dla istnienia tego rodzaju przepisów może być wola ustawodawcy, aby wszyscy członkowie zarządu mieli świadomość, iż wniosek o wpis spółki do rejestru został złożony i mieli wpływ na jego złożenie. Taki zamiar można zrealizować tylko wówczas, gdy pełnomocnictwo zostanie podpisane przez wszystkich członków zarządu.

Powyższe spostrzeżenia należy odnieść do fundacji rodzinnej, a w konsekwencji uznać, że w przypadku gdy uprawnienie do złożenia wniosku o wpis fundacji rodzinnej przysługuje wszystkim członkom zarządu fundacji, to:

¹⁴ P.A.W. Wiśniewski (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2016, Legalis/el., t. 3A, nb 14, komentarz do art. 316 k.s.h.

¹⁵ Tak S. Sołtysiński (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, A. Herbet, M. Mataczyński, I.B. Mika, T. Sójka, M. Tarska, M. Wyrwiński, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2013, Legalis/el., t. 3, nb 7, komentarz do art. 316 k.s.h.; W. Popiołek (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Warszawa 2013, Legalis/el., nb 1, komentarz do art. 316 k.s.h.

¹⁶ W. Popiołek (w:) *Kodeks...*, red. J. Strzępka, nb 1, komentarz do art. 316 k.s.h.

¹⁷ Tak S. Sołtysiński (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks...*, t. 3, nb 7, komentarz do art. 316 k.s.h.

- a) nie wyklucza to reprezentacji fundacji przez pełnomocnika procesowego;
- b) ewentualne pełnomocnictwo do złożenia wniosku o wpis fundacji do rejestru musi zostać podpisane przez wszystkich członków jej zarządu.

W kontekście reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji należy rozważyć jeszcze jedno zagadnienie, a mianowicie kwestię uprawnienia do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji, ustanowionej w testamencie. Ustawa o fundacji rodzinnej nie przewiduje w tym przypadku wyraźnego uprawnienia ogólnego do reprezentacji takiej fundacji przez zarząd fundacji rodzinnej. Jednocześnie wyłączona jest – z przyczyn oczywistych – reprezentacja przez fundatora.

Pojawia się więc pytanie, kto reprezentuje taką fundację, skoro uprawnienie zarządu do reprezentacji fundacji rodzinnej powinno wynikać z odrębnego przepisu. Wydaje się, że w tej sytuacji możliwe są dwa rozwiązania:

- a) reprezentacja przez pełnomocnika fundatora;
 - b) reprezentacja przez zarząd fundacji;
- przy czym w świetle brzmienia art. 23 ust. 4 u.f.r. ustanowienie pełnomocnika przez fundatora powinno wykluczać możliwość reprezentacji przez zarząd fundacji.

Oba rozwiązania muszą rodzić wątpliwości. Pierwsze, ponieważ w chwili ustanowienia pełnomocnika nie będzie jeszcze istniała fundacja rodzinna (nawet w stadium organizacji). Drugie – z powodu brzmienia wcześniej przywołanego art. 23 ust. 4 u.f.r., a konkretnie wymogu, aby uprawnienie zarządu do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji wynikało ze szczególnego przepisu ustawy.

Jednocześnie jednak musi istnieć możliwość reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji ustanowionej w testamencie. Występuje więc w tym przypadku ewidentna luka w prawie.

W takiej sytuacji należy uznać, że organem uprawnionym do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji będzie zarząd. Wynika to z następujących argumentów. Przede wszystkim, jak już wspomniano, musi istnieć organ lub podmiot uprawniony do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji. Jednocześnie art. 61 ust. 4 u.f.r. nakłada na fundatora fundacji rodzinnej ustanowionej w testamencie obowiązek określenia w nim osoby lub osób, które zostaną powołane do pełnienia funkcji członka lub członków zarządu. W tej sytuacji najbardziej logicznym rozwiązaniem wydaje się przyznanie im uprawnienia do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji.

W odniesieniu do możliwości reprezentacji takiej fundacji przez pełnomocnika fundatora podstawy prawnej można byłoby doszukiwać się w art. 101 § 2 k.c., zgodnie z którym dopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictwa, niewygasającego w razie śmierci mocodawcy, jeżeli jest to uzasadnione treścią stosunku

prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Przepis ten dotyczy jednak ustanowienia pełnomocnika dla mocodawcy, a nie dla osoby trzeciej nieistniejącej w chwili udzielenia pełnomocnictwa. Nie pozwala on więc na ustanowienie pełnomocnika do reprezentacji fundacji rodzinnej w organizacji.

Dodatkowo przeciwko reprezentacji fundacji ustanowionej w testamencie przez pełnomocnika fundatora przemawia brzmienie art. 23 ust. 4 u.f.r., gdyż użyta w tym przepisie alternatywa rozłączna wskazuje na to, że reprezentacja przez zarząd wyłącza reprezentację przez pełnomocnika fundatora.

Fazę powstawania fundacji rodzinnej zamyka jej wpis do rejestru fundacji rodzinnych. Z tą chwilą fundacja rodzinna nabywa osobowość prawną (art. 24 u.f.r.).

ORGANY FUNDACJI RODZINNEJ – UWAGI OGÓLNE

Artykuł 43 u.f.r. wymienia trzy organy fundacji rodzinnej: zarząd, radę nadzorczą oraz zgromadzenie beneficjentów. Kategoryczne brzmienie przepisu nakazuje uznać, że katalog organów fundacji rodzinnej ma charakter zamknięty. Za takim rozwiązaniem przemawia również porównanie brzmienia art. 43 u.f.r. z art. 11 Prawa o stowarzyszeniach¹⁸, na mocy którego możliwe jest ustanowienie innych aniżeli wymienione w ustawie organów stowarzyszenia¹⁹.

Organami obligatoryjnymi fundacji rodzinnej są: zarząd oraz zgromadzenie beneficjentów. Rada nadzorczą jest zasadniczo organem fakultatywnym (art. 64 ust. 1 u.f.r.), jednak staje się organem obligatoryjnym, jeżeli liczba beneficjentów przekracza dwadzieścia pięć osób (art. 64 ust. 2 u.f.r.). Takie rozwiązanie również nawiązuje do norm znanych z Kodeksu spółek handlowych (art. 142 § 1 oraz art. 213 § 2 k.s.h.).

W zakresie metody regulacji ustawodawca przyjął rozwiązanie zbliżone do prostej spółki akcyjnej, tj. wyróżnił przepisy ogólne o organach fundacji rodzinnej (oddział 1 rozdziału 7 u.f.r.) od przepisów o poszczególnych organach (oddziały 2–4 rozdziału 7 u.f.r.).

Ustawa o fundacjach rodzinnych, podobnie jak Kodeks spółek handlowych, odróżnia pojęcia kadencji od mandatu (m.in. art. 44, art. 55 ust. 3, art. 61 ust. 5, art. 71 ust. 2–3 u.f.r.). Z uwagi na zakaz wykładni homonimicznej, tj. zakaz przypisywania tym samym zwrotom różnych znaczeń²⁰, pojęcia te należy interpretować w tożsamy sposób jak w prawie spółek. Kadencja oznacza więc okres, na jaki dana osoba zostaje powołana do pełnienia funkcji w organie, mandat oznacza zaś umocowanie do wykonywania funkcji członka organu²¹.

¹⁸ Ustawa z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. z 2020 r. poz. 2261).

¹⁹ Por. E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., nb 2, komentarz do art. 11.

²⁰ L. Morawski, *Zasady...*, s. 105; por. też uchwała SN z 30.04.2003 r. (I KZP 8/03), OSNKW 2003/5–6, poz. 41.

²¹ P.D. Kupryjańczyk (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2022, Le-

Kadencję członka organu oblicza się w pełnych latach obrotowych, ale statut może w tym zakresie przewidywać odmienne rozwiązanie (art. 44 u.f.r.). Pomimo że art. 44 u.f.r. umieszczony jest w przepisach ogólnych o organach fundacji rodzinnej, to znajdzie on jednak zastosowanie wyłącznie do zarządu i rady nadzorczej fundacji, gdyż kadencyjność nie dotyczy zgromadzenia beneficjentów.

Ciekawym rozwiązaniem zawartym w przepisach o fundacji rodzinnej są regulacje dotyczące miejsca posiedzeń organów fundacji rodzinnej. Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.f.r. posiedzenie organu fundacji rodzinnej odbywa się w lokalu fundacji, jeżeli statut nie wskazuje innego miejsca. Ponadto posiedzenie organu fundacji może się odbyć w jeszcze innym miejscu, jeżeli wszyscy członkowie tego organu wyrażą na to zgodę (art. 47 ust. 2 u.f.r.).

Rozwiązanie to odbiega od przepisów Kodeksu spółek handlowych, który przewiduje jako podstawowe miejsce odbywania zgromadzeń wspólników i walnych zgromadzeń siedzibę spółki (art. 234 § 1, art. 300⁸⁸ § 1, art. 403 k.s.h.). Przepisy te interpretowano zgodnie z art. 41 k.c., tj. za siedzibę uważano miejscowość, a nie konkretny lokal²². W praktyce takie sformułowanie było wykorzystywane w sporach korporacyjnych w celu utrudnienia uczestnictwa w zgromadzeniach wspólników (walnych zgromadzeniach) niektórym wspólnikom, np. poprzez wskazywanie jako miejsca odbycia zgromadzenia adresu budynku biurowego bez wskazania konkretnego lokalu. Abstrahując od oceny legalności takiego działania oraz jej niewątpliwiej niezgodności z dobrymi obyczajami, trzeba wskazać, że rozwiązanie zawarte w art. 47 ust. 2 u.f.r. jest bardziej precyzyjne i lepiej zabezpiecza interesy wszystkich członków organów, w szczególności w przypadku zgromadzenia beneficjentów.

Zasadą jest dopuszczalność odbywania posiedzeń organów fundacji rodzinnej przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. Wyjątek od tej zasady może wynikać ze statutu fundacji.

Zasadą jest, że posiedzenia organu zwołuje jego przewodniczący, z własnej inicjatywy lub na żądanie członka tego organu (art. 49 ust. 1 u.f.r.). Wyjątkiem jest zgromadzenie beneficjentów, w przypadku którego przyznanie beneficjentowi prawa do żądania zwołania zgromadzenia beneficjentów wymaga odpowiedniego postanowienia statutu (art. 71 ust. 4 u.f.r.). Należy jednak stanąć na stanowisku, że statut może przyznać uprawnienie do zwołania posiedzenia organu (w tym zgromadzenia beneficjentów) innym osobom, aniżeli wynika to z ustawy.

galis, nb 1, komentarz do art. 202 k.s.h.; A. Opalski (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2018, Legalis, t. 2A, nb 4, komentarz do art. 202 k.s.h.; A. Szumański (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks...*, Warszawa 2013, Legalis, t. 3, nb 2, komentarz do art. 369 k.s.h.

²² Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 30.12.2021 r. (X GC 72/19), Legalis nr 2699952; M. Chomiuk (w:) *Kodeks...*, red. Z. Jara, nb 2, komentarz do art. 234 k.s.h.; R. Pabis (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, M. Wawer, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2022, nb 1, komentarz do art. 234 k.s.h.; A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2021, t. 2, nb 1, komentarz do art. 234 k.s.h.

Ustawa o fundacjach rodzinnych, na wzór art. 17 § 1 k.s.h., przewiduje sankcję nieważności dla czynności prawnej dokonanej bez wymaganej ustawą zgody w formie uchwały zgromadzenia beneficjentów (art. 53 ust. 1 u.f.r.). Brak uchwały innego organu fundacji lub brak uchwały zgromadzenia beneficjentów, wymaganej wyłącznie statutem, nie wpływa na ważność czynności prawnej, a jedynie może skutkować odpowiedzialnością członków zarządu (art. 53 ust. 2 u.f.r.).

ZARZĄD

Artykuł 54 ust. 1 pkt 1 u.f.r. określa podstawowy obowiązek i jednocześnie uprawnienie zarządu, tj. prowadzenie spraw fundacji oraz jej reprezentację. Ponadto w tym samym art. 54 ust. 1 u.f.r. jako zadania zarządu wymienione zostały:

- a) realizacja celów fundacji rodzinnej określonych w statucie;
- b) podejmowanie czynności związanych z zapewnieniem płynności finansowej i wypłacalności fundacji rodzinnej;
- c) tworzenie, prowadzenie i aktualizowanie listy beneficjentów;
- d) informowanie beneficjenta o przysługującym mu świadczeniu;
- e) spełnianie świadczenia przysługującego beneficjentowi.

Wyróżnienie większości tych czynności jako odrębnych zadań zarządu budzi poważne wątpliwości. W istocie przynajmniej czynności wymienione pod literami (a), (b) i (e) powyżej wchodzi w zakres prowadzenia spraw fundacji, a więc określenie ich jako odrębnych zadań zarządu jest zbędne.

Przepisy dotyczące funkcjonowania zarządu fundacji rodzinnej w dużym stopniu powielają rozwiązania znane z Kodeksu spółek handlowych. Reprezentacja fundacji uregulowana została (art. 58 ust. 2 i 3, art. 59 oraz art. 60 u.f.r.) w sposób zbliżony do regulacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 204, art. 205 § 1 i 2 k.s.h.) oraz spółki akcyjnej (art. 372, art. 373 § 1 i 2 k.s.h.). W tym zakresie aktualny więc będzie dorobek doktrynalny i orzecznicy dotyczący reprezentacji wyżej wymienionych typów spółek.

Podobnie zostały sformułowane również warunki osobowe pełnienia funkcji w zarządzie (art. 57 ust. 1–3 u.f.r.). Członkiem zarządu może więc być wyłącznie osoba fizyczna posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, niekarana za przestępstwa wymienione w art. 57 ust. 2 u.f.r. Katalog przestępstw wykluczających dopuszczalność pełnienia funkcji w zarządzie fundacji rodzinnej został jednak określony w sposób nieco odmienny aniżeli w art. 18 § 2 k.s.h.

Odmiennością, w porównaniu do przepisów Kodeksu spółek handlowych, jest brak w ustawie o fundacji rodzinnej przepisów dotyczących prokury. Wynika to z faktu, że w przypadku fundacji rodzinnej udzielenie prokury jest niedopuszczalne.

Prokura jest bowiem pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę

podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej²³ albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego²⁴ (art. 109¹ § 1 k.c.). Tymczasem fundacja rodzinna, pomimo że może prowadzić działalność gospodarczą (art. 5 ust. 1 u.f.r.), a więc może spełniać materialnoprawne kryteria uznania jej za przedsiębiorcę (art. 3 PrPrzeds²⁵ w zw. z art. 5 ust. 1 u.f.r.), to jednak nie podlega ani wpisowi do KRS (art. 4 ust. 1 i 2 u.f.r.), ani do CEIDG (art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy²⁶).

Zasadą jest kadencyjność zarządu fundacji rodzinnej. W braku odmiennych postanowień statutu kadencja zarządu wynosi trzy lata (art. 61 ust. 1 u.f.r.). Redakcja tego przepisu, stanowiąca, że „członka zarządu powołuje się na trzyletnią kadencję, (...)” wskazuje, że – zasadniczo – kadencja biegnie dla każdego członka zarządu oddzielnie. Nie można natomiast wykluczyć wprowadzenia na podstawie postanowień statutowych powołania członka zarządu na czas nieokreślony oraz wprowadzenia wspólnej kadencji członków zarządu.

Uprawnienie do powołania i odwołania członków zarządu przysługuje fundatorowi, a po jego śmierci – radzie nadzorczej (art. 61 ust. 3 u.f.r.). W przypadku śmierci fundatora oraz braku rady nadzorczej uprawnienie do powołania i odwołania członków zarządu przysługuje zgromadzeniu beneficjentów. Przepisy te nie znajdują zastosowania, jeżeli statut będzie zawierał odmiennie regulacje dotyczące powołania i odwołania członków zarządu. Należy dopuścić szeroki zakres swobody statutowej w tym zakresie i dopuścić również postanowienia, które będą przyznawać prawo do powołania i odwołania członków zarządu poszczególnym beneficjentom, a nawet osobom trzecim.

W umowie między fundacją rodzinną a członkiem zarządu oraz w sporze z nim fundację rodzinną reprezentuje rada nadzorcza, a w jej braku – pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia beneficjentów (art. 63 ust. 1 u.f.r.). Nieco odmienna redakcja art. 63 ust. 1 u.f.r. w porównaniu z art. 210 § 1 oraz art. 379 § 1 k.s.h. powoduje, że wypowiedzi doktryny i orzecznictwa na tle wyżej powołanych przepisów Kodeksu spółek handlowych mogą jedynie w części znaleźć zastosowanie do przepisów o fundacji rodzinnej, a mianowicie dla oznaczenia zakresu, w jakim konieczne jest zachowanie reprezentacji szczególnej. Artykuł 63 ust. 1 u.f.r. natomiast ewidentnie przesądza, że w przypadku fundacji rodzinnej nie jest możliwa jednoczesna reprezentacja przez radę nadzorczą oraz pełnomocnika powołanego uchwałą zgromadzenia beneficjentów. W przypadku prawa spółek zagadnienie to jest natomiast dyskusyjne²⁷.

²³ Dalej CEIDG.

²⁴ Dalej KRS.

²⁵ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2023 r. poz. 221).

²⁶ Ustawa z 6.03.2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (Dz.U. z 2022 r. poz. 541), dalej ustawa o CEIDG.

²⁷ Przykładowo: w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za możliwością jednoczesnej reprezentacji spółki przez pełnomocnika powołanego uchwałą zgromadzenia oraz radę nadzorczą opowiadają się Z. Jara (w): *Kodeks...*, red. Z. Jara, Legis, nb 8, komentarz do

Członkowie zarządu ponoszą solidarnie z fundacją rodzinną odpowiedzialność za jej zaległości podatkowe (art. 116a § 1 Ordynacji podatkowej)²⁸. W stosunku do fundacji rodzinnej członek zarządu, ale również członek rady nadzorczej oraz likwidator, odpowiadają za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami statutu, chyba że nie ponoszą winy (art. 75 ust. 1 u.f.r.). Konstrukcja tej odpowiedzialności oparta jest na rozwiązaniach znanych już Kodeksowi spółek handlowych (art. 293 § 1 i 3, art. 300¹²⁵, art. 483 § 1 i 3 k.s.h.). Aktualność zachowują więc w tym zakresie poglądy doktryny i orzecznictwa, wyrażone na tle przepisów Kodeksu spółek handlowych.

RADA NADZORCZA

Ustanowienie rady nadzorczej następuje w statucie fundacji (art. 64 ust. 1 u.f.r.), przy czym ustanowienie rady nadzorczej jest fakultatywne, chyba że liczba beneficjentów przekracza dwadzieścia pięć osób. Należy wykluczyć ustanowienie rady nadzorczej w inny sposób aniżeli w statucie fundacji.

Zakres nadzoru sprawowanego przez radę nadzorczą obejmuje przestrzeganie przez zarząd prawa oraz postanowień statutu fundacji (art. 65 ust. 1 u.f.r.). Statut i wyłącznie statut może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, a w szczególności przewidywać, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem określonej czynności.

Pomimo braku w przepisach ustawy o fundacji rodzinnej przepisów analogicznych do art. 219 § 2, art. 300⁶⁹ § 2 oraz art. 375¹ k.s.h. należy przyjąć, że rada nadzorcza również w przypadku fundacji rodzinnej nie może wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia fundacji. Wniosek taki wynika z następujących przesłanek. Natura organu zarządzającego zakłada, że prowadzi on sprawy osoby prawnej oraz odpowiada za ich prowadzenie. Emanacją tej odpowiedzialności jest m.in. odpowiedzialność członków zarządu fundacji za jej zaległości podatkowe. W konsekwencji przyznanie radzie nadzorczej uprawnienia do wydawania wiążących poleceń zarządowi w sferze prowadzenia spraw spółki prowadziłoby do rozerwania niezbędnej więzi pomiędzy obowiązkiem a odpowiedzialnością za jego nienależyte wykonanie.

W przypadku rady nadzorczej (podobnie jak w wypadku zarządu) również zasadą jest jej kadencyjność, z tym że dorozumiana kadencja wynosi pięć lat. Od zasady tej wyjątki może wprowadzić statut fundacji. W tym przypadku również należy dopuścić powołanie członków rady nadzorczej na czas nieokreślony, jeżeli statut tak postanowi.

art. 210 k.s.h.; R. Pabis (w:) J. Bieniak i in., *Kodeks...*, nb 10, komentarz do art. 210 k.s.h.; A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis, t. 1, nb 62, komentarz do art. 210 k.s.h. Tymczasem A. Opalski (w:) *Kodeks...*, red. A. Opalski, t. 2A, nb 8, komentarz do art. 210 k.s.h., opowiada się za poglądem, że powołanie pełnomocnika uchwałą wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wyłącza kompetencję rady nadzorczej.

²⁸ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2022 r. poz. 2651 ze zm.).

Uprawnienie do powołania i odwołania członków rady nadzorczej przysługuje fundatorowi, a po jego śmierci – zgromadzeniu beneficjentów (art. 68 ust. 3 u.f.r.). Uprawnienie to może zostać ukształtowane odmiennie przez postanowienia statutu. W tym zakresie, podobnie jak w przypadku zarządu fundacji, należy dopuścić szeroki zakres swobody kształtowania postanowień statutu.

ZGROMADZENIE BENEFICJENTÓW

Zgromadzenie beneficjentów jest instytucją charakterystyczną dla fundacji rodzinnej, aczkolwiek w samej jego organizacji można dostrzec pewne nawiązania do regulacji zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jest to organ obligatoryjny, ustanawiany w statucie przez fundatora (art. 70 ust. 1 u.f.r.).

Beneficjentem fundacji jest osoba (spełniająca warunki z art. 30 ust. 1 pkt 1 i 2 u.f.r.), która zgodnie ze statutem może otrzymać świadczenie od fundacji rodzinnej lub mienie w związku z rozwiązaniem fundacji rodzinnej. Nie każdy beneficjent wchodzi jednak w skład zgromadzenia beneficjentów, a jedynie ci, którym w statucie przyznano takie uprawnienie (art. 70 ust. 2 u.f.r.).

Zgromadzenie beneficjentów jest organem uchwałodawczym fundacji rodzinnej. Do jego podstawowych kompetencji należy podejmowanie uchwał w następujących kwestiach:

- a) rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdania finansowego fundacji rodzinnej za poprzedni rok obrotowy (art. 72 pkt 1 u.f.r.);
- b) udzielenia absolutorium członkom organów fundacji rodzinnej z wykonania przez nich obowiązków (art. 72 pkt 2 u.f.r.);
- c) podziału lub pokrycia wyniku finansowego netto (art. 72 pkt 3 u.f.r.);
- d) wyboru firmy audytorskiej (art. 72 pkt 4 u.f.r.);
- e) rozwiązania fundacji rodzinnej w razie zaistnienia przesłanek określonych w art. 87 pkt 3 u.f.r.

Uprawnienia zgromadzenia beneficjentów mogą zostać rozszerzone na podstawie postanowień statutu fundacji (art. 72 pkt 5 u.f.r.). Do zgromadzenia beneficjentów zastosowanie znajduje jednak również wcześniejsza konkluzja dotycząca rady nadzorczej – należy wykluczyć możliwość wydawania przez zgromadzenie beneficjentów wiążących poleceń zarządowi fundacji.

Zgromadzenie beneficjentów zwołuje zarząd fundacji (art. 71 ust. 1 u.f.r.). Statut fundacji może w tym zakresie zawierać jednak odmiennie postanowienia. Należy uznać, że statut może upoważnić do zwołania zgromadzenia beneficjentów szeroki krąg podmiotów: fundatora, poszczególnych członków zarządu, radę nadzorczą lub poszczególnych jej członków, poszczególnych beneficjentów, a nawet osobę trzecią.

Ustawa o fundacji rodzinnej nie przewiduje szczególnego trybu zaskarżenia uchwał zgromadzenia beneficjentów na kształt przepisów Kodeksu spółek handlowych dotyczących uchwał wspólników i walnego zgromadzenia (art. 249 i art. 252, art. 422 oraz art. 425 k.s.h.). Podstawą ewentualnego stwierdzenia nieważności uchwały lub jej nieistnienia będzie więc art. 189 k.p.c.

WNIOSKI

Fundacja rodzinna jest instytucją nową, stworzoną w celu spełnienia wyraźnie określonych w uzasadnieniu ustawy oraz jej art. 2 celów. Pomimo nowości bazuje ona w znacznym stopniu na rozwiązaniach znanych z Kodeksu spółek handlowych. W dużym stopniu możliwe jest więc w przypadku fundacji rodzinnej odwołanie do praktyki wypracowanej na tle prawa spółek. Jednocześnie jednak z doświadczeń związanych z Kodeksem spółek handlowych należy korzystać w sposób ostrożny, gdyż niekiedy niewielkie zmiany w redakcji przepisów spowodowały, że należy je odczytywać w odniesieniu do fundacji rodzinnej inaczej aniżeli zbliżone konstrukcje Kodeksu spółek handlowych.

ABSTRACT

dr Michał Bieniak

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

Family foundations: Organization and functioning

The family foundation is a new institution of Polish law. Its aim is to ensure succession in family businesses, therefore the legislative solutions are modelled to a greater extent on the Code of Commercial Partnerships and Companies than on the Foundations Act. At the same time, the discrepancies between existing company law regulations and the Family Foundations Act mean that sometimes even provisions with similar, though not identical, content will have different meanings.

Keywords: *family foundation, foundation governing bodies*

dr Michał Bieniak

ORCID: 0000-0002-8353-2453; e-mail: m.bieniak@kancelaria-bieniak.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Betiuk Martyna**, *Fundacje rodzinne a podatki*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021/7
- Bieniak Jacek, Bieniak Michał, Nita-Jagielski Grzegorz, Oplustil Krzysztof, Pabis Robert, Rachwał Anna, Spyra Marcin, Suliński Grzegorz, Tofel Marcin, Wawer Małgorzata, Zawłocki Robert**, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2022
- Flaga-Gieruszyńska Kinga, Zieliński Andrzej**, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2022
- Hadrowicz Edyta**, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, Warszawa 2020
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2022
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2016, t. 3A
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2018, t. 2A
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Warszawa 2013
- Mariański Adam**, *Opodatkowanie fundacji rodzinnych, czyli dokąd zmierzają tzw. uszczelnianie systemu podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2020/4
- Mariański Adam, Żądło Adam**, *Opodatkowanie fundacji prywatnych*, „Przegląd Podatkowy” 2018/8
- Morawski Lech**, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006
- Nowacki Artur**, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2018, t. 1
- Nowacki Artur**, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2021, t. 2
- Rusek Joanna**, *Wykorzystanie fundacji prywatnej (rodzinnej) w procesie planowania podatkowego*, „Monitor Podatkowy” 2011/11
- Sołtysiński Stanisław, Szajkowski Andrzej, Szumański Andrzej, Szwaja Janusz, Herbet Andrzej, Mataczyński Maciej, Mika Iwona B., Sójka Tomasz, Tarska Monika, Wyrwiński Michał**, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2013, t. 3
- Wiórek Piotr Marcin**, *„Ciemna strona” fundacji rodzinnej? Uwagi z perspektywy prawa niemieckiego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021/11

Artykuły

Radostaw Bulejak, Jacek Matarewicz

KOMUNIKACJA ELEKTRONICZNA STRONY I JEJ PEŁNOMOCNIKA Z SĄDEM W TOKU POSTĘPOWANIA SĄDOWNOADMINISTRACYJNEGO

W artykule autorzy dokonują analizy przepisów o postępowaniu sądownoadministracyjnym w celu ustalenia modelu komunikacji elektronicznej przyjętego przez ustawodawcę. Przedmiotem artykułu są zasady stosowania środków komunikacji elektronicznej przez uczestników postępowania sądownoadministracyjnego. Autorzy uwzględnili również szczególnie przypadek doręczeń pism przez pełnomocników profesjonalnych bez udziału sądu.

Coraz większe znaczenie nowych technologii w życiu jednostki skutkuje tym, że nośnikiem komunikacji przestają być słowa (mówione i pisane)¹. Zamiast tego wymiana informacji opiera się na przekazywaniu danych (komunikacja elektroniczna). Nie ulega wątpliwości, że społeczeństwo jest przygotowane i zdolne do użytkowania systemów informatycznych i przekazywania oraz zdalnego przetwarzania informacji². Tym samym uzasadnione jest oczekiwanie, aby usta-

¹ Szerzej na temat komunikacji zob. np. D. Kościuk, A.K. Modrzejewski, *Nowe technologie komunikacji w działaniu administracji – korzyści wynikające z ich wykorzystania* (w:) *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*, red. J. Zimmermann, J.P. Suwaj, Warszawa 2013, s. 185.

² Zob. *Europe and the global information society. Recommendations of the high – level group on the information society to the Corfu European Council (Bangemann group)*, „Bulletin of the European Union”, Supplement 2/94, http://aei.pitt.edu/1199/1/info_society_bangeman_report.pdf (dostęp: 9.03.2023 r.).

wodawca wprowadzał regulacje, które dają podstawę do komunikacji elektronicznej z organami państwowymi.

Kluczowe dla wcielenia w życie komunikacji elektronicznej w relacjach jednostka i organ było uchwalenie ustawy z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne³, która stworzyła ramy do informatyzacji podmiotów publicznych. Kamieniem milowym było natomiast zobowiązanie organów władzy publicznej do przyjmowania dokumentów w postaci elektronicznej od 1.05.2008 r.⁴ Następnym punktem zwrotnym było wprowadzenie 1.01.2010 r. elektronicznego postępowania upominawczego jako nowego rodzaju postępowania odrębnego⁵. Z kolei ustawą z 10.01.2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw wprowadzono do ustawy z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁶ przepisy o „elektronicznym” postępowaniu sądowoadministracyjnym⁷. Kolejny etap elektronizacji komunikacji wyznacza ustawa z 18.11.2020 r. o doręczeniach elektronicznych⁸, która będzie stosowana w pierwszej kolejności przez administrację publiczną, a dopiero od 1.10.2029 r. przez sądy powszechne i sądy administracyjne⁹.

W niniejszej publikacji autorzy skoncentrują się na analizie rozwiązań prawnych dotyczących komunikacji elektronicznej strony i jej pełnomocnika z sądem w toku postępowania sądowoadministracyjnego. Wymaga wskazania, że w przeciwieństwie do elektronicznego postępowania upominawczego przepisy o komunikacji elektronicznej z sądem administracyjny mają charakter powszechny i nie ograniczają się jedynie do pewnej kategorii spraw. Autorzy poddali analizie obecnie obowiązujące przepisy Prawa o postępowaniu przed sądami admini-

³ Ustawa z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 2070 ze zm.), dalej u.i.d.p.

⁴ Zob. art. 58 ust. 2 ustawy z 18.09.2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2013 r. poz. 262 ze zm.).

⁵ Zob. art. 1 ustawy z 9.01.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 26 poz. 156 ze zm.).

⁶ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.), dalej p.p.s.a.

⁷ Wypada zauważyć, że wejście w życie nowych regulacji było odraczane w czasie. Artykuł 4 ustawy z 10.01.2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw miał początkowo wejść w życie po upływie 36 miesięcy od dnia ogłoszenia ustawy, tj. od 10.02.2014 r. Artykuł 112 ustawy z 5.09.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1797) przedłużył termin na wejście w życie przepisów do 15.05.2018 r. Natomiast art. 2 ustawy z 1.03.2018 r. o zmianie ustawy o ewidencji ludności, ustawy o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw oraz ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. poz. 696) ustalił ostateczny termin na wejście w życie przepisów na dzień 31.05.2019 r.

⁸ Ustawa z 18.11.2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 285).

⁹ Zob. art. 155 ust. 1 i ust. 7 ustawy z 18.11.2020 r. o doręczeniach elektronicznych.

stracyjnymi, ale także regulacje ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹⁰, ustawy z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹¹ oraz przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE¹². Jako miarodajną metodę badawczą autorzy przyjęli metodę analityczną (formalno-dogmatyczną).

ZAKRES KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ W POSTĘPOWANIU SĄDOWOADMINISTRACYJNYM

Nowelizacja przepisów Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi objęła w głównej mierze instytucję doręczeń oraz przejście z akt w formie papierowej na akta w formie elektronicznej. Ustawodawca uprawnił strony i ich pełnomocników do stosowania środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹³ przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć „rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną”¹⁴. Jak stanowi art. 12b § 2 p.p.s.a., w postępowaniu przed sądem administracyjnym dokumenty elektroniczne wnosi się do sądu administracyjnego przez elektroniczną skrzynkę podawczą¹⁵. W ramach postępowania sądowoadministracyjnego komunikacja elektronicz-

¹⁰ Ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344).

¹¹ Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm.), dalej ustawa COVID.

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L z 2014 r. nr 257, s. 73), dalej rozporządzenie eIDAS.

¹³ Ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344).

¹⁴ Przykładowo do środków komunikacji elektronicznej zalicza X. Konarski m.in.: sieci komputerowe, Internet, SMS. Zob. X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 74.

¹⁵ Zgodnie z art. 3 pkt 17 u.i.d.p. przez elektroniczną skrzynkę podawczą należy rozumieć „dostępny publicznie środek komunikacji elektronicznej służący do przekazywania dokumentu elektronicznego do podmiotu publicznego przy wykorzystaniu powszechnie dostępnego systemu teleinformatycznego”.

na uczestników postępowania z sądem odbywa się przy użyciu elektronicznej platformy usług administracji publicznej¹⁶.

Natomiast 6.01.2021 r. uległ rozszerzeniu zakres komunikacji elektronicznej z sądem administracyjnym. Ustawodawca wprowadził do postępowania sądownoadministracyjnego możliwość przeprowadzenia posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość. Zgodnie z art. 94 § 2 zdanie drugie p.p.s.a. w przypadku posiedzenia zdalnego uczestnicy mogą brać udział w posiedzeniu, gdy przebywają w budynku innego sądu albo w zakładzie karnym lub areszcie śledczym, gdy są pozbawieni wolności, i tam dokonywać czynności procesowych, a przebieg czynności procesowych transmituje się z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie. Przeprowadzenie posiedzenia zdalnego zależy od uznania przewodniczącego, który musi wziąć pod uwagę możliwości techniczne danego sądu. Powyższe rozwiązanie zostało wprowadzone wskutek epidemii SARS-CoV-2. Wcześniej jedyną podstawą do przeprowadzenia posiedzenia zdalnego w postępowaniu sądownoadministracyjnym był art. 15zszs⁴ ust. 2 ustawy COVID. Końcowy termin obowiązywania tej regulacji to rok od odwołania stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego z powodu COVID-19¹⁷.

DOKUMENT ELEKTRONICZNY JAKO NOŚNIK KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

W komunikacji elektronicznej – zgodnie z regulacjami Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – strony posługują się dokumentami elektronicznymi. Przepisy o postępowaniu sądownoadministracyjnym nie definiują pojęcia „dokument elektroniczny”¹⁸. Przy konstruowaniu zasad komunikacji elektronicznej w postępowaniu sądownoadministracyjnym ustawodawca odwołuje się w tym zakresie do regulacji ustawy o informatyzacji działalności podmiotów

¹⁶ Zob. art. 3 pkt 13 u.i.d.p.

¹⁷ Epidemia COVID-19 wymusiła również wprowadzenie przejściowych metod komunikacji elektronicznej sądów powszechnych z pełnomocnikami profesjonalnymi (adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, radca Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej) w toku postępowania cywilnego. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich sąd doręcza pełnomocnikowi pisma sądowe poprzez umieszczenie ich treści w systemie teleinformatycznym służącym udostępnianiu tych pism. Nie dotyczy to pism, które podlegają doręczeniu wraz z odpisami pism procesowych stron lub innymi dokumentami nie pochodzącymi od sądu (art. 15zszs⁹ ust. 2 ustawy COVID). W postępowaniu cywilnym komunikacja elektroniczna opiera się zatem na portalu informacyjnym, a nie na elektronicznej platformie usług administracji publicznej.

¹⁸ Zob. np. art. 12b; art. 37; art. 37a; art. 46; art. 47; art. 48; art. 49a; art. 54; art. 74a; art. 77; art. 83; art. 220; art. 235a; art. 236 p.p.s.a.

realizujących zadania publiczne, która wyznacza ogólne zasady wymiany informacji drogą elektroniczną pomiędzy podmiotami publicznymi i niepublicznymi. Według art. 3 pkt 2 u.i.d.p. dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Natomiast zaś stosownie do art. 3 pkt 1 u.i.d.p. informatyczny nośnik danych to materiał lub urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej.

Definicję „dokumentu elektronicznego” zawierają również przepisy prawa Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 3 pkt 35 rozporządzenia eIDAS dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Wypada zauważyć, że rozporządzenia unijne mają zasięg ogólny i stosowane są bezpośrednio zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁹. Takie rozumienie dokumentów elektronicznych zbieżne jest z pojęciem dokumentu na gruncie art. 77³ ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny²⁰, według którego dokumentem jest każdy nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jego treścią.

Uwzględniając powyższe, należy przyjąć za P. Pietraszem, że dokumenty elektroniczne należy podzielić na dokumenty tekstowe oraz inne dokumenty elektroniczne, w tym np. audiowizualne²¹. Ta kwalifikacja ma uzasadnienie w art. 234¹ i art. 308 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego²², w których ustawodawca rozróżnia zasady postępowania dowodowego z dokumentów zawierających tekst oraz z innych dokumentów, zawierających zapis obrazu, dźwięku albo obrazu i dźwięku²³.

W postępowaniu sądoadministracyjnym dopuszczalne jest przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z dokumentów na podstawie art. 106 § 3 p.p.s.a. Do tego postępowania dowodowego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (art. 106 § 4 p.p.s.a.). Niemniej rzeczony dowód musi być niezbędny do wyjaśnienia istotnych wątpliwości w ramach sądowej kontroli administracji publicznej (art. 106 § 3 *in fine* p.p.s.a.). Charakter

¹⁹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47.

²⁰ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

²¹ P. Pietrasz, 2. *Terminologia informatyczna w ustawie – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (w:) *Informatyzacja polskiego postępowania przed sądami administracyjnymi a jego zasady ogólne*, Warszawa 2020.

²² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej k.p.c.

²³ Artykuł 234¹ k.p.c. stanowi, że „przepisy niniejszego oddziału stosuje się do dokumentów zawierających tekst, umożliwiających ustalenie ich wystawców”. Stosownie zaś do art. 308 k.p.c. „Dowody z innych dokumentów niż wymienione w art. 243¹, w szczególności zawierających zapis obrazu, dźwięku albo obrazu i dźwięku, sąd przeprowadza, stosując odpowiednio przepisy o dowodzie z oględzin oraz o dowodzie z dokumentów”.

tej kontroli wyklucza – w ocenie autorów – przeprowadzenie dowodu z dokumentów elektronicznych innych aniżeli dokumenty tekstowe. W orzecznictwie zgodnie się wskazuje, że sąd administracyjny nie może dokonywać nowych ustaleń stanu faktycznego za organ administracji publicznej. W toku uzupełniającego postępowania dowodowego sąd może dokonywać wyłącznie ustaleń, które mają wpływ na ocenę legalności aktu lub czynności²⁴. Natomiast sąd, przeprowadzając dowód np. z zapisu obrazu i dźwięku, zastępowałby organ administracji publicznej i kontynuował za niego postępowanie dowodowe, co wykracza poza kognicję sądów administracyjnych.

Dla wywołania skutku prawnego w toku postępowania sądowoadministracyjnego każdy dokument elektroniczny musi zostać opatrzony podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym albo podpisem osobistym (art. 46 § 2a p.p.s.a.). Zasadę tę potwierdza art. 12b § 1 p.p.s.a., według którego „określony w ustawie warunek formy pisemnej uważa się za zachowany, jeżeli dokument elektroniczny został podpisany w sposób, o którym mowa w art. 46 § 2a”. Zgodnie z art. 3 pkt 10 rozporządzenia eIDAS przez podpis elektroniczny należy rozumieć dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logicznie powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej, i które użyte są przez podpisującego jako podpis. Stosownie do art. 3 pkt 12 rozporządzenia eIDAS „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Zaawansowanym podpisem elektronicznym jest także podpis osobisty, uregulowany w ustawie z 6.08.2010 r. o dowodach osobistych²⁵. Natomiast podpis zaufany stanowi inny sposób podpisywania dokumentów elektronicznych. Ten rodzaj podpisu elektronicznego nie został przewidziany w rozporządzeniu eIDAS. Artykuł 20ae ust. 2 u.i.d.p. zastrzega jednak, że dokumenty podpisane podpisem zaufanym należy traktować jak dokumenty opatrzone podpisem własnoręcznym.

W tym miejscu trzeba wskazać uchwałę NSA z 16.12.2021 r.²⁶ Rozpatrując zagadnienie prawne, NSA stwierdził, że „zgodnie z art. 57 § 1 w zw. z art. 46 § 1 pkt 4 oraz art. 12b § 1 i art. 46 § 2a i 2b ustawy z 30.08.2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, skargę stanowiącą załącznik do formularza pisma ogólnego, podpisanego podpisem zaufanym, przesłanego przez platformę ePUAP, należy uznać za podpisaną jedynie wówczas, gdy została ona odrębnie podpisana podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym”. W ocenie NSA nie ma możliwości domniemania podpisania dokumentów elektronicznych i wysyłania ich np. pocztą elektroniczną na e-mail sądu. Zasada ta dotyczy również załączników, które składane w formie

²⁴ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 25.11.2019 r. (I SA/Kr 955/19), LEX nr 2751625.

²⁵ Ustawa z 6.08.2010 r. o dowodach osobistych (Dz.U. z 2022 r. poz. 671).

²⁶ Uchwała NSA z 16.12.2021 r. (I FPS 2/21), LEX nr 3274617.

dokumentu elektronicznego powinny być także podpisane w powyższy sposób. Zdaniem NSA skargę stanowiącą załącznik do formularza pisma ogólnego, podpisanego podpisem zaufanym, przesłanego przez platformę ePUAP, należy uznać za podpisaną jedynie wówczas, gdy została ona odrębnie podpisana podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym. Z uchwały wynika więc, że każdy załącznik (w tym skarga lub skarga kasacyjna) do pisma przewodniego przesyłanego przez ePUAP do sądu administracyjnego powinien być opatrzony odrębnym podpisem. Zdanie odrębne do wspomnianej uchwały złożyli sędzia NSA Piotr Pietrasz i sędzia NSA Arkadiusz Despot-Młodanowicz. Zdaniem wyżej wymienionych sędziów, w przypadku wysyłki przez ePUAP, zarówno pismo ogólne, jak i załączoną do niego skargę można uznać za podpisane podpisem elektronicznym. Zwrócili oni uwagę, że „problem załączenia do pisma ogólnego zamierzonej treści skargi nie odnosi się do aspektów technicznych ani też prawnych związanych z wnoszeniem skargi do sądu administracyjnego, ale z należytą starannością i koncentracją osoby dokonującej czynności polegającej na podpisaniu i wysłaniu skargi do sądu z wykorzystaniem systemu ePUAP. Od problematyki podpisania i wysłania do sądu skargi o zamierzonej treści nie są wolne pisma procesowe wysyłane do sądu w postaci papierowej. Wszak podpisujący i wysyłający pismo za pośrednictwem poczty może też przez pomyłkę podpisać i wysłać do sądu niewłaściwą treść skargi”²⁷. Z uwagi jednak na treść ww. uchwały praktyka komunikacji elektronicznej już nie tylko z sądami administracyjnymi, ale także z organami np. podatkowymi, zaakceptowała wymóg podpisywania pism oraz załączanych do nich załączników wysyłanych przez ePUAP.

Należy zauważyć, że formę dokumentu elektronicznego ustawodawca przewiduje także dla pełnomocnictwa procesowego. Dla pełnomocnictwa nie stworzono jednak innych reguł aniżeli dla pozostałych dokumentów elektronicznych. Zgodnie z art. 37a p.p.s.a. „pełnomocnictwo udzielone w formie dokumentu elektronicznego podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym”. W przypadku odpisu peł-

²⁷ W zdaniu odrębnym wskazano m.in., że techniczne sposoby podpisania pisma lub załącznika w przypadku ich wnoszenia za pomocą ePUAP znajdują się w instrukcji opracowanej przez powołaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji instytucję gospodarki budżetowej „Centralny Ośrodek Informatyki”. Natomiast art. 46 § 2a i § 2b p.p.s.a. reguluje materię całkowicie odrębną od przedmiotu regulowanego Instrukcją i zasadami wysyłania pism z wykorzystaniem ePUAP. Doszukując się jakiegokolwiek związku pomiędzy nimi, można wskazać na to, że Instrukcja zawiera normy techniczne służące do realizacji postanowień art. 46 § 2a i § 2b p.p.s.a. Skarga do sądu administracyjnego z natury rzeczy nie może być jednocześnie załącznikiem w rozumieniu art. 46 § 2b p.p.s.a. Ta sama skarga może natomiast być załącznikiem do formularza dostępnego w ePUAP. Skoro zatem załącznik do formularza w systemie ePUAP będący pismem procesowym na gruncie postępowania sądownoadministracyjnego został skutecznie podpisany (w myśl zapewnień Centralnego Ośrodka Informatyki), oznacza to, że został wypełniony warunek przewidziany w art. 46 § 2a p.p.s.a., a mianowicie pismo (skarga) zostało podpisane określonym podpisem elektronicznym.

nomocnictwa wymagane jest również opatrzenie go podpisem elektronicznym (art. 37 § 1a p.p.s.a.). Za niewystarczające należy uznać jedynie odwzorowanie cyfrowe dokumentu w formie papierowej (digitalizacja).

FAKULTATYWNOŚĆ STOSOWANIA ŚRODKÓW KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ PRZEZ UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA SĄDOWOADMINISTRACYJNEGO

Na każdym etapie postępowania sądowoadministracyjnego skarżący i jego pełnomocnik oraz organ administracji publicznej, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania jest przedmiotem skargi (sprzeciwu), mogą rozpocząć komunikację z sądem administracyjnym za pośrednictwem środków elektronicznych. Zgodnie z art. 45 p.p.s.a. „pismo w postępowaniu sądowym (pismo strony) obejmuje wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą”. Kwalifikowanym rodzajem pisma procesowego jest skarga lub sprzeciw oraz środki odwoławcze (skarga kasacyjna, zażalenie, sprzeciw od orzeczenia referendarza).

Według art. 74a § 1 p.p.s.a. wybór komunikacji za pomocą środków elektronicznych przez stronę może odbyć się w dwóch trybach. W pierwszym trybie wystarczająca jest czynność faktyczna strony, tj. samo złożenie pisma w formie dokumentu elektronicznego przez elektroniczną skrzynkę podawczą sądu lub organu, za pośrednictwem którego składane jest pismo (art. 74a § 1 pkt 1 p.p.s.a.). Drugi tryb opiera się na wniosku do sądu o doręczenie za pomocą środków elektronicznych wraz z podaniem adresu elektronicznego. Sąd jest zobligowany do uwzględnienia żądania strony (art. 74a § 1 pkt 2 p.p.s.a.). Uzupełniająco sam sąd może z urzędu zwrócić się do strony o wyrażenie zgody na doręczanie przez sąd pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W tym celu strona musi wskazać adres elektroniczny (art. 74a § 1 pkt 3 p.p.s.a.).

Wybór strony o doręczeniu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej wiąże sąd. Natomiast strona ma prawo zrezygnować z takiej formy komunikacji na każdym etapie postępowania, przy czym dopuszczalne jest, aby strona wносиła pisma procesowe nadal w formie papierowej. Takiej dowolności nie przewidują regulacje Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi względem organu administracji publicznej. Zgodnie z art. 74a § 10 p.p.s.a. „w przypadku pism doręczanych uczestniczącym w postępowaniu przed sądem prokuratorowi, Rzecznikowi Praw Obywatelskich i Rzecznikowi Praw Dziecka oraz organowi, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania zaskarżono, sąd przesyła pismo bezpośrednio do elektronicznej skrzynki podawczej podmiotu publicznego w rozumieniu ustawy z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, za urzędowym poświadczeniem odbioru”. Ustawowy obowiązek posługiwania się środkami komunikacji elektronicznej wynika z art. 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 13 ust. 1 u.i.d.p., który nakazuje organom administracji rządowej czy też organom

jednostek samorządu terytorialnego używanie do realizacji zadań publicznych systemów teleinformatycznych²⁸.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że istotną rolę w toku postępowania pełni pełnomocnik strony, w szczególności pełnomocnik profesjonalny. Zgodnie z art. 34 p.p.s.a. „strony i ich organy lub przedstawiciele ustawowi mogą działać przed sądem osobiście lub przez pełnomocników”. W zakresie wyboru stosowania środków komunikacji elektronicznej ustawodawca nie przewidział szczególnych regulacji. Należy zatem przyjąć, że zasady wymienione w art. 74a p.p.s.a. mają zastosowanie do pełnomocnika. Wybór komunikacji elektronicznej przez pełnomocnika będzie skutkować tym, że sąd będzie doręczał wszelkie pisma na adres elektroniczny pełnomocnika. Nieposługiwanie się przez stronę środkami komunikacji elektronicznej nie ma wpływu na sposób komunikacji. Pełnomocnik występuje w imieniu strony i podejmuje czynności ze skutkiem dla niej. Stosowanie przez pełnomocnika środków komunikacji elektronicznej oznacza, że strona również uczestniczy w komunikacji elektronicznej z sądem.

Warto zauważyć, że w przypadku wielości stron postępowania może okazać się, że tylko część uczestników stosuje środki komunikacji elektronicznej. W celu zatem doręczenia pisma innym stronom sąd zobowiązany jest sporządzić kopie dokumentów elektronicznych w postaci uwierzytelnionych wydruków (art. 47 § 3 p.p.s.a.). Za taką czynność techniczną – przetworzenie formy elektronicznej na papierową – ustawodawca przewiduje pobranie opłaty kancelaryjnej stosownie do art. 220 § 1 i § 3 w zw. z art. 235a p.p.s.a. w zw. z § 1 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów z 13.06.2019 r. w sprawie wysokości opłat kancelaryjnych pobieranych w sprawach sądownoadministracyjnych²⁹. Brak uiszczenia opłaty skutkować będzie pozostawieniem pisma bez rozpoznania (art. 220 § 1 p.p.s.a.) lub odrzuceniem skargi (sprzeciwu), środka odwoławczego (art. 220 § 3a p.p.s.a.).

KOMUNIKACJA ELEKTRONICZNA MIĘDZY PEŁNOMOCNIKAMI PROFESJONALNYMI W TOKU POSTĘPOWANIA SĄDOWOADMINISTRACYJNEGO

Na gruncie Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi ustawodawca przyjął zasadę oficjalności doręczeń, tj. doręczenia są dokonywane przez sąd. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja procesowa, gdy strony są reprezentowane przez pełnomocników profesjonalnych. Zgodnie z art. 66 § 1 zdanie pierwsze p.p.s.a. „w toku sprawy adwokaci, radcy prawni, doradcy podatkowi, rzecznicy patentowi i Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej doręczają sobie nawzajem pisma bezpośrednio za potwierdzeniem odbioru i oznaczeniem daty lub przesyłką poleconą. W treści pisma procesowego

²⁸ Zob. postanowienie WSA w Poznaniu z 6.08.2019 r. (III SA/Po 192/19), LEX nr 2703435.

²⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z 13.06.2019 r. w sprawie wysokości opłat kancelaryjnych pobieranych w sprawach sądownoadministracyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1090).

wniesionego do sądu zamieszcza się oświadczenie o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie albo o jego nadaniu przesyłką poleconą. Pisma niezawierające powyższego oświadczenia podlegają zwrotowi bez wzywania do usunięcia tego braku". Obowiązek doręczeń nie dotyczy skargi, skargi kasacyjnej, zażalenia, sprzeciwu, skargi o wznowienie postępowania i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 66 § 3 p.p.s.a.). Z treści art. 66 § 1 p.p.s.a. wynika, że przewiduje on dwie formy doręczania korespondencji (innej niż odpisy środków zaskarżenia) między profesjonalnymi pełnomocnikami, tj.: bezpośrednie doręczenie między pełnomocnikami albo nadanie listu przesyłką poleconą. Brak stosownego oświadczenia o doręczeniu w sposób wskazany powyżej skutkuje – i nie ma tu swobody sędziowskiej – zwrotem pisma bez wzywania do usuwania braków formalnych pisma³⁰.

Nowelizacji uległa treść art. 66 p.p.s.a., do którego dodano § 1a, zgodnie z którym wybór komunikacji za pośrednictwem środków elektronicznych zwalnia profesjonalnego pełnomocnika od obowiązku doręczenia odpisu pisma drugiemu pełnomocnikowi (w formie bezpośredniej lub przesyłką poleconą) i zawarcia oświadczenia w tym zakresie, o ile pełnomocnicy „stosują środki komunikacji elektronicznej do odbioru pism”³¹. W tym miejscu należy wskazać, że obowiązek stosowania środków komunikacji elektronicznej do odbioru pism w ramach postępowania sądownoadministracyjnego nie wynika obecnie z żadnych regulacji, a więc doręczenie za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej jest uzasadnione wyłącznie w stosunku do tych pełnomocników, którzy uzewnętrznili wolę otrzymywania korespondencji w ten sposób w ramach postępowania sądownoadministracyjnego. Pełnomocnik skarżącego ma prawo wyboru, czy składać sądowi pisma procesowe w formie papierowej, czy elektronicznej (dokument elektroniczny).

Należy również wskazać art. 47 § 3 p.p.s.a., który zdaje się wzajemnie wykluczać z art. 66 § 1a p.p.s.a. Ogólną zasadą jest obowiązek strony dołączenia do każdego pisma procesowego jego odpisów i odpisów załączników dla doręczenia ich stronom, a ponadto, jeżeli w sądzie nie złożono załączników w oryginale, po jednym odpisie każdego załącznika do akt sądowych (art. 47 § 1 p.p.s.a.). Niedołączenie przez stronę skarżącą wymaganej liczby odpisów skargi i odpisów załączników, zgodnie z art. 47 § 1 p.p.s.a., jest brakiem formalnym, o którym mowa w art. 49 § 1 w zw. z art. 57 § 1 p.p.s.a., uniemożliwiającym nadanie skardze prawidłowego biegu, który nie może być usunięty przez sporządzenie

³⁰ Por. M. Pogoński, *Najważniejsze zmiany w procedurze sądownoadministracyjnej obowiązujące od 15.08.2015 r.*, „Przegląd Podatkowy” 2015/10, s. 19–28; H. Knysiak-Sudyka, M. Romańska, T. Woś, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2016, s. 538.

³¹ Zgodnie z art. 66 § 1a p.p.s.a. „przepis § 1 nie dotyczy pism wnoszonych w formie dokumentu elektronicznego, podlegających doręczeniu adwokatowi, radcy prawnemu, doradcy podatkowemu, rzecznikowi patentowemu lub Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, którzy stosują środki komunikacji elektronicznej do odbioru pism”.

odpisów skargi przez sąd³². Z orzecznictwa sądowego wynika nawet, że wzywając do uzupełnienia braku w postaci odpisu skargi, sąd nie ma obowiązku informowania strony, ani tym bardziej udokumentowania, ilu uczestników bierze udział w postępowaniu. Jeżeli strona chce taką informację uzyskać, może to zrobić, przeglądając akta sprawy³³.

Wyjątek od powyższych reguł załączania odpisów pisma dotyczy jednak pism i załączników wnoszonych w formie dokumentu elektronicznego, do których odpisów nie dołącza się (art. 47 § 3 zdanie pierwsze p.p.s.a.). Jednocześnie w celu doręczania dokumentów stronom, które nie stosują środków komunikacji elektronicznej do odbioru pism, sąd sporządza kopie dokumentów elektronicznych w postaci uwierzytelnionych wydruków, z zachowaniem wymogów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 16 ust. 3 u.i.d.p. (art. 47 § 3 zdanie 2 p.p.s.a.). Jeżeli więc jeden pełnomocnik wnosi pismo procesowe w formie elektronicznej, to zasadniczo nie musi załączać odpisów pisma procesowego, ale jednocześnie musi oświadczyć o doręczeniu pisma pełnomocnikowi drugiej strony w trybie art. 66 § 1 p.p.s.a. Przepisy o doręczeniach, podobnie jak regulacje o podpisywaniu pism procesowych, należy interpretować w zgodzie z gramatyczną (literalną) treścią przepisów, a nie dokonywać wykładni „racjonalizatorskiej”³⁴. Pierwszeństwo wykładni językowej wynika z ogólnych reguł wykładni prawa³⁵. Odstępstwo od wykładni językowej może nastąpić, gdy jej efekty są absurdalne, wewnętrznie/systemowo sprzeczne lub oczywiście nieprawidłowe. W takim bowiem przypadku należy korzystać z innych reguł wykładni, np. systemowej lub celowościowej. Oznacza to, że jeżeli przepis stanowi o obowiązku doręczenia odpisu profesjonalnemu pełnomocnikowi, to nie można – w oderwaniu właśnie od wykładni systemowej i celowościowej – przyjmować, że tożsame w skutkach jest doręczenie odpisu bezpośrednio stronie (organu administracji publicznej), która korzysta z elektronicznej skrzynki podawczej. Z drugiej strony w orzecznictwie sądownoadministracyjnym można znaleźć orzeczenia, w których błędy w zakresie doręczenia pisma zostały potraktowane jako wady „mniejszej” wagi, niemające wpływu na wynik sprawy,

³² Uchwała NSA z 18.12.2013 r. (I OPS 13/13), LEX nr 1404016; por. H. Knysiak-Sudyka, *Skarga i skarga kasacyjna w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2021, s. 250.

³³ Por. postanowienie NSA z 14.09.2011 r. (II OSK 1744/11), LEX nr 966256.

³⁴ Por. uchwała NSA z 12.05.2014 r. (I OPS 10/13), LEX nr 1459207, w której NSA odniósł się do podpisywania pism procesowych (skarg) i wskazał, że „nie jest obecnie dopuszczalna sytuacja, w której pismo (dokument elektroniczny) opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym zostanie skierowane do sądu drogą elektroniczną (np. na adres e-mail), następnie będzie weryfikowane w zakresie poprawności złożonego podpisu elektronicznego i spójności danych w nim opatrzonych, drukowane i włączane do papierowych akt sądowych. Tak przetworzony dokument nie będzie już dokumentem elektronicznym, lecz «papierowym», a tych nie można – jak wykazano – podpisać elektronicznie. Wymóg podpisu tradycyjnego w tym zakresie jest zatem nie tylko pożądanym, ale przede wszystkim koniecznym”.

³⁵ Zob. np. uchwała składu 7 sędziów NSA z 17.01.2011 r. (II FPS 2/10), CBOSA.

jeśli tylko wiadome było, że strona zainteresowana zapoznała się z treścią pisma. Takim przykładem jest wyrok NSA z 25.01.2022 r.³⁶, gdzie doszło do naruszenia przez wojewódzki sąd administracyjny art. 66 § 1 oraz art. 67 § 2 p.p.s.a., a NSA ocenił to naruszenie jako nieistotne, albowiem odpowiedź na skargę została doręczona stowarzyszeniu bezpośrednio przez pełnomocnika skarżącej. W efekcie możliwe było zapoznanie się z jego treścią i nie doszło do naruszenia uprawnień procesowych stowarzyszenia.

W przypadku pełnomocnika profesjonalnego organu administracji publicznej należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 16 ust. 1a u.i.d.p. „podmiot publiczny udostępnia elektroniczną skrzynkę podawczą, spełniającą standardy określone i opublikowane na ePUAP przez ministra właściwego do spraw informatyzacji, oraz zapewnia jej obsługę”. Organ administracji publicznej jest obowiązany do posiadania elektronicznej skrzynki podawczej. Adres elektroniczny organu jest ogólnodostępny. Z tego właśnie powodu należy zgodzić się z M. Kwietko-Bębnowskim, że wystarczające dla spełnienia normy zawartej w art. 66 § 1 p.p.s.a. i zgodne z *ratio legis* przepisu jest doręczenie odpisu pisma na elektroniczną skrzynkę podawczą organu oraz zawarcie w sądowym piśmie procesowym oświadczenia o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie, bez potrzeby nadawania odpisu pisma drogą pocztową listem poleconym³⁷. Nie ma potrzeby „powielania” czynności doręczenia odpisu pisma organowi administracji, tj. w formie elektronicznej oraz np. listem poleconym czy bezpośrednio. Nie ma przy tym znaczenia, że ten organ reprezentowany jest przez profesjonalnego pełnomocnika, skoro ten profesjonalny pełnomocnik nie ma odrębnej od organu skrzynki do doręczeń elektronicznych, a w przypadku doręczeń tradycyjnych posługuje się adresem do doręczeń organu administracji publicznej, który reprezentuje. Jak podkreśla przywołany autor, „co prawda literalna wykładnia art. 66 § 1 p.p.s.a. wskazuje na konieczność doręczeń odpisów pisma wyłącznie bezpośrednio za potwierdzeniem odbioru lub przesyłką poleconą, jednak prowadzi ona do sprzeczności z zakładanym przez ustawodawcę celem wprowadzonych norm dotyczących informatyzacji sądów administracyjnych. Dlatego dokonując wykładni funkcjonalnej przepisu art. 66 § 1 p.p.s.a., należy zauważyć, że istotą wprowadzonych zmian do ustawy było skłonienie stron postępowania do jak najszerszego korzystania z drogi elektronicznej komunikacji z sądem i organami administracji. Skoro zatem na organach administracji spoczywa bezwzględny obowiązek posiadania i użytkowania elektronicznej skrzynki podawczej (zob. art. 16 ust. 1 i 1a u.i.d.p.), to przesłanie odpisu pisma pełnomocnikowi organu na adres skrzynki podawczej tego organu zapewnia w sposób niebudzący wątpliwości skuteczność doręczenia pisma temu pełnomocnikowi”³⁸. Autor dalej

³⁶ Wyrok NSA z 25.01.2022 r. (III OSK 1136/21), LEX nr 3303813.

³⁷ M. Kwietko-Bębnowski, *Informatyzacja sądów administracyjnych – próba oceny i poradnik praktyczny*, „Przegląd Podatkowy” 2020/6, s. 42. Podobnie B. Dauter, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 520.

³⁸ M. Kwietko-Bębnowski, *Informatyzacja...*, s. 46–47.

sugeruje, że „*de lege ferenda*” celowe byłoby rozszerzenie treści art. 66 § 1a p.p.s.a. o końcową frazę «oraz pism doręczanych w trybie art. 74a § 10». Wówczas nie budziłoby wątpliwości, że wszelkie pisma w formie elektronicznej sąd doręcza z urzędu na adres skrzynki podawczej organu administracji, co byłoby zgodne z celem i istotą komunikacji elektronicznej³⁹.

WNIOSKI

Z analizy regulacji Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wynika, że w postępowaniu sądownoadministracyjnym elektroniczna komunikacja dotyczy zasadniczo doręczeń pism sądowych oraz wnoszenia pism procesowych przez strony i uczestników postępowania. W związku ze stanem epidemii (stanem zagrożenia epidemicznego) COVID-19 wprowadzono także możliwość przeprowadzenia posiedzenia zdalnego. Korzystanie ze środków komunikacji elektronicznej jest dobrowolne dla strony i innych uczestników. Z momentem wyboru komunikacji elektronicznej sąd administracyjny zobowiązany jest jednak doręczać pisma sądowe w formie dokumentu elektronicznego. Odmienna jest zaś sytuacja organu administracji publicznej. Sąd administracyjny doręcza mu pisma sądowe obligatoryjnie w formie dokumentu elektronicznego bezpośrednio do elektronicznej skrzynki podawczej podmiotu publicznego.

W przypadku doręczeń między pełnomocnikami profesjonalnymi stosowanie środków komunikacji elektronicznej jest również fakultatywne. Szczególna pozycja organu administracji publicznej jako strony postępowania sądownoadministracyjnego pozwala na przyjęcie, że dopuszczalne i skuteczne jest doręczenie pisma pełnomocnikowi profesjonalnemu bezpośrednio do elektronicznej skrzynki podawczej organu, który reprezentuje. Zdaniem autorów w korespondencji z pełnomocnikiem organu administracji publicznej będącym np. radcą prawnym, który nie podał w ramach toczącego się postępowania odrębnego adresu elektronicznego i który posługuje się adresem do doręczeń organu administracji publicznej, rozwiązaniem bezpiecznym (i niemogącym skutkować zwrotem pisma według art. 66 § 1 p.p.s.a.) jest doręczenie odpisu pisma na adres elektroniczny organu oraz zawarcie w sądowym piśmie procesowym oświadczenia o doręczeniu odpisu pisma drugiej stronie, bez potrzeby nadawania odpisu pisma drogą pocztową listem poleconym. Wydaje się jednak zasadne, aby w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości ustawodawca wskazał *expressis verbis*, że prawnie skuteczne jest również doręczanie pisma zaadresowanego do pełnomocnika profesjonalnego organu administracji publicznej bezpośrednio do elektronicznej skrzynki podawczej organu.

³⁹ M. Kwietko-Bębnowski, *Informatyzacja...*, s. 46–47.

ABSTRACT

dr Radosław Bulejak

The author is an attorney at law (Warsaw Bar Association of Attorneys at Law).

dr Jacek Matarewicz

The author is an advocate (District Bar Association in Warsaw) and a tax advisor.

Electronic communication of a party and the party's attorney with the court during judicial-administrative proceedings

In the article, the authors analyse the provisions on judicial-administrative proceedings in order to determine the model of electronic communication adopted by the legislator. The subject of the article is the rules governing the use of electronic communication means by the participants in judicial-administrative proceedings. The authors also consider the special case of service of letters by professional attorneys without the participation of the court.

Keywords: *judicial-administrative proceedings, service, electronic document, electronic communication, attorney*

dr Radosław Bulejak

ORCID: 0000-0003-1240-526X; e-mail: radoslawbulejak@gmail.com

Autor jest radcą prawnym (OIRP w Warszawie).

dr Jacek Matarewicz

ORCID: 0000-0002-3529-8658 e-mail: j-matarewicz@wp.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie) oraz doradcą podatkowym.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Dauter Bogusław, Kabat Andrzej, Niezgódka-Medek Małgorzata, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2021

- Konarski Xawery**, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004
- Knysiak-Sudyka Hanna, Romańska Marta, Woś Tadeusz**, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2021
- Kościuk Dominik, Modrzejewski Artur K.**, *Nowe technologie komunikacji w działaniu administracji – korzyści wynikające z ich wykorzystania (w:) Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*, red. J. Zimmermann, J.P. Suwaj, Warszawa 2013
- Kwietko-Bębnowski Marek**, *Informatyzacja sądów administracyjnych – próba oceny i poradnik praktyczny*, „Przegląd Podatkowy” 2020/6, s. 42
- Pietrasz Piotr**, *Informatyzacja polskiego postępowania przed sądami administracyjnymi a jego zasady ogólne*, Warszawa 2022
- Pogoński Mariusz**, *Najważniejsze zmiany w procedurze sądownoadministracyjnej obowiązujące od 15.08.2015 r.*, „Przegląd Podatkowy” 2015/10, s. 19

Pojęcia kluczowe: odpowiedzialność cywilna, prawo deliktów, odpowiedzialność za własne czyny, odpowiedzialność za czyn cudzy, odpowiedzialność za zaniechanie, należyta staranność, wzorce staranności, wina, bezprawność

Polemiki

Witold Borysiak

REGUŁY STARANNOŚCI A ODPOWIEDZIALNOŚĆ DELIKTOWA – POLEMIKA

Prezentowany artykuł stanowi polemikę z tezami zawartymi w głosie autorstwa Tobiasza Nowakowskiego do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.01.2018 r., której nadano tytuł *Reguły staranności a odpowiedzialność deliktowa*. Polemika dotyczyć będzie licznych wyrażonych przez wskazanego Autora poglądów związanych z odpowiedzialnością deliktową, w tym problematyki definiowania oraz systemowego umiejscowienia należytej staranności, pojęcia bezprawności czy odpowiedzialności deliktowej za powierzoną czynność.

1. WPROWADZENIE

W numerze 11 „Palestry” z 2020 r. ukazała się glosa autorstwa Tobiasza Nowakowskiego (dalej także jako Autor) do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.01.2018 r.¹ dotycząca różnorodnych kwestii związanych z odpowiedzial-

¹ T. Nowakowski, *Reguły staranności a odpowiedzialność deliktowa – glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 30.01.2018 r. (I ACa 727/17)*, „Palestra” 2020/11, s. 128–137. Jako tezę wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi wskazano następujące zdania: „Sklep ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 415 k.c. za poślizgnięcie się powoda, nawet jeśli skutecznie powierzył wykonywanie zadań z zakresu odśnieżania nieruchomości profesjonalście. Źródła tej odpowiedzialności należy upatrywać w ramach kryteriów należytej staranności określonych w art. 355 k.c.”. Z kolei w Systemie Informacji Prawnej LEX (nr 2478922) przyjęto jako tezę jedno ze zdań z uzasadnienia: „Nawet skuteczne powierzenie czynności osobie trzeciej, które na podstawie art. 429 k.c. zwalnia od odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez przedsiębiorstwo trudniące się zawodowo wykonywaniem danych czynności, nie wyklucza odpowiedzialności

nością deliktową, w tym z definiowaniem oraz systemowym umiejscowieniem należytej staranności oraz jej stosunku do pojęcia bezprawności. Zawarty we wskazanej glosie chaos terminologiczny, „płynność przechodzenia” między różnorodnymi problemami, kategoriowość twierdzeń oraz ich kontrowersyjność wymagają uwag polemicznych. Zakresu tak krytycznej oceny nie powinien pomniejszać nawet fakt, że twierdzenia te zostały wyrażone w glosie, a nie artykule naukowym, a więc ze swojego założenia w bardziej powierzchownej formie piśmiennictwa naukowego.

Na wstępie chciałbym zaznaczyć, że „płynność argumentacyjna”, chaos terminologiczny i niejasność niektórych stosowanych przez T. Nowakowskiego sformułowań utrudniają polemikę z jego tekstem. Trudno bowiem polemizować z poglądami, których dookreślenie jest z przyczyn językowych i terminologicznych utrudnione bądź które przedstawione są w ciągu zdań niekoniecznie logicznie pasujących do siebie. Stąd też każdorazowo do wyrażanych przez T. Nowakowskiego poglądów odnosić będę się w dobrej wierze, cytując je często *in extenso* oraz rozważając różne potencjalnie możliwe interpretacje wyrażonego przez niego stanowiska. Ewentualne moje przeinaczenia lub niedociągnięcia w tym zakresie zdają się być jednak trudne do uniknięcia.

2. UWAGI TERMINOLOGICZNE

2.1. BRAK ZDEFINIOWANIA POJĘCIA „REGUŁ STARANNOŚCI” ORAZ ODRÓŻNIENIA ICH OD POJĘCIA „NORM OSTROŻNOŚCI”

Autor glosy posługuje się w kilku miejscach pojęciem „reguł staranności” (np. tytuł glosy, s. 129), ale nigdzie ich nie definiuje. Nie wiadomo więc, czy ma na myśli wzorce należytej staranności w rozumieniu art. 355 Kodeksu cywilnego², czy też inną instytucję. Ponieważ zdaje się niekiedy utożsamiać z naruszeniem tych „reguł staranności” przypisanie zachowaniu sprawcy bezprawności (tak, jak się wydaje, na s. 134), sugeruje to ich powszechnie obowiązujący (normatywny) charakter. Autor nie odnosi się jednak do tego, czy na tle odpowiedzialności deliktowej takie „reguły staranności” są czymś innym niż tzw. normy (zasady/reguły/obowiązki) ostrożności, których naruszenie może przemawiać za bezprawnością działania sprawcy. Drugiego z tych pojęć zresztą w ogóle nie używa (poza odwołaniem do uzasadnienia Sądu Apelacyjnego w Łodzi – s. 129, oraz pojęć stosowanych w prawie francuskim – s. 130). Jest to o tyle ciekawe, że pojęcie norm (ewentualnie zasad/reguł/obowiązków) ostrożności stosowane jest przez część doktryny cywilistycznej³ (choć stosowana w niej terminologia

powierzającego za szkodę wyrządzoną jego własnym zaniedbaniem; najczęściej odpowiedzialność ta oparta będzie na art. 415 k.c.”.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 326), dalej k.c.

³ Do „norm/zasad/reguł/obowiązku lub obowiązków ostrożności” odwołują się m.in. Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002/7–8, s. 25; J.M. Kondek, *Bezpraw-*

nie jest jednolita) oraz jest stosowane dość powszechnie w prawie karnym (por. art. 9 § 2 Kodeksu karnego⁴ czy art. 115 § 2 k.k.⁵), do którego norm T. Nowakowski odwołuje się w dalszej części swoich rozważań (s. 132–133).

Z tego też względu nie wiadomo, o co T. Nowakowskiemu chodzi wówczas, kiedy pisze on o „odnajdywaniu w konstrukcji deliktu reguły staranności” (s. 130). Powoływani przez niego na s. 130 w przypisie 6 Adam Szpunar oraz Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska⁶ – jako zwolennicy tej koncepcji – nie posługują się bowiem tym pojęciem. Wskazane odwołanie nie wyjaśnia więc tego,

ność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej, Warszawa 2013, s. 63; M. Wałachowska (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018, komentarz do art. 415, nb 13; Z. Banaszczyk (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz do art. 415, nb 40; czy W. Dubis (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 415, nb 8, a na tle Kodeksu zobowiązań jeszcze R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 231; J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. 1, *Część ogólna art. 1–293*, (opracowany przy współudziale A. Samolińskiego), Łódź 1949, s. 202 oraz Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę*, „Przegląd Notarialny” 1950/1–2, s. 123. Zob. też w sprawach medycznych W. Borysiak, *Kilka uwag o pojęciu należytej staranności w stosunkach regulowanych przez prawo medyczne*, „Studia Prawa Prywatnego” 2020/3–4, s. 41–42.

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2023 r. poz. 403 ze zm.), dalej k.k. Zgodnie z art. 9 § 2 k.k. „czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak **na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach** (pokręślenie W.B.), mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć”.

⁵ Zgodnie z art. 115 § 2 k.k. „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, **rodzaj naruszonych reguł ostrożności** (pokręślenie W.B.) i stopień ich naruszenia”.

⁶ A. Szpunar (w artykule *Czynny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. 15, s. 54) na wskazanej przez T. Nowakowskiego stronie omawia pojęcie niedbalstwa i pojęcie miernika (wzorca staranności), a w całym swoim tekście nie posługuje się pojęciem „reguł staranności”. Nie łączy też naruszenia sposobu zachowania określonego we wzorcu należytej staranności z bezprawnością. Z kolei B. Lewaszkiwicz-Petrykowska (w artykule *Wina jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1969/2, s. 97) w ogóle nie posługuje się pojęciem „reguły staranności”. Na wskazanej przez T. Nowakowskiego stronie podejmuje natomiast polemikę z tymi osobami, które potencjalnie chciałyby bronić na tle prawa polskiego zasady *neminem laedere*. Autorka ta zauważa, że „pojmowanie niedbalstwa jako *sui generis* zaniechania obowiązku kryje w sobie niebezpieczeństwo zbytniego rozszerzenia podstaw odpowiedzialności cywilnej poprzez stworzenie ogólnego obowiązku nieszkodzenia innym (*neminem laedere*). Możemy, jak się wydaje, najwyżej powiedzieć, iż obowiązek obciążający każdego członka społeczeństwa, obiektywnie istniejący w świadomości poczytalnego podmiotu praw, to obowiązek starannego i uważnego zachowania się. Do stworzenia ogólnego obowiązku nieszkodzenia innym brak, jak sądzę, jakichkolwiek podstaw ustawowych”. Mimo że B. Lewaszkiwicz-Petrykowska odwoływała się do ewentualnie istniejącego w systemie prawnym „obowiązku starannego i uważnego zachowania się”, trudno jest na podstawie tego fragmentu wyprowadzać wniosek, że autorka ta broni poglądu o istnieniu w systemie prawnym „reguły staranności” i pojęcie to wyjaśnia.

w jakim znaczeniu T. Nowakowski używa tego sformułowania. Być może ma on na myśli wyrażany niekiedy w doktrynie pogląd, zgodnie z którym uchybienie „należytej staranności” w rozumieniu art. 355 k.c. przesądza o bezprawności działania sprawcy szkody⁷. Trudno jednak byłoby zrozumieć, dlaczego posługuje się pojęciem „staranności” (choć w kontekście zwrotu „reguły staranności”) także w odniesieniu do reżimu deliktowego, skoro sam zakłada, że art. 355 k.c. nie znajduje w nim zastosowania (s. 130; por. uwagi w pkt 3 niniejszego opracowania), a także jako ewentualnych zwolenników takiej kwalifikacji „należytej staranności” wskazuje A. Szpunara oraz B. Lewaszewicz-Petrykowską, którzy poglądów takich nie wyrażali. Wszystko to sprawia, że bardzo trudno podzielić pogląd T. Nowakowskiego, że „pogląd odnajdujący, w ramach konstrukcji deliktu, reguły staranności na przestrzeni lat zyskał sobie licznych zwolenników” (s. 130).

Podobnie trudno domyśleć się, co T. Nowakowski ma na myśli, posługując się zwrotem o „kryteriach należytej staranności” (s. 129), ponieważ pojęcia tego również nie definiuje. Kontekst jego użycia – „opieranie odpowiedzialności deliktowej na kryteriach należytej staranności należy uznać za dyskusyjne” (s. 129) – sugeruje utożsamianie ich naruszenia z bezprawnością, a nie winą, choć obie interpretacje wydają się możliwe do przyjęcia. Z drugiej strony T. Nowakowski wskazuje w innym miejscu, że „zabieg polegający na osadzeniu reguł staranności w ramach art. 415 k.c. nie jest tożsamy z bezprawnością. Te kryteria składałyby się jedynie na szerszy stan faktyczny nieprawidłowego zachowania się sprawcy. Obok stwierdzenia samego obowiązku, element niezbędny dla rozważań na temat odpowiedzialności odszkodowawczej stanowi zawsze powstanie szkody” (s. 133). Nie wiadomo jednak, na czym w kontekście przesłanek odpowiedzialności deliktowej w postaci bezprawności i winy miałyby polegać taki „szerszy stan faktyczny nieprawidłowego zachowania się sprawcy”. Autorowi być może chodziło o to, że zaistnienie szkody wpływa każdorazowo na możliwość kwalifikowania danego zdarzenia jako bezprawnego (tzw. zasada *neminem laedere*, por. uwagi w pkt 2.4. poniżej), ale nie jest to w świetle zestawienia wskazanych trzech zdań jasne.

⁷ Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności...*, s. 15 i n. (autorzy różnicują jednak pojęcia „naruszenia reguł ostrożności” na tle reżimu deliktowego i „naruszenia reguł należytej staranności” na tle reżimu kontraktowego, por. s. 19 i 25); Z. Banaszczyk (w:) *Kodeks cywilny – komentarz...*, komentarz do art. 415, nb 43; J. Rezler, *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej – inaczej*, „Palestra” 1987/10–11, s. 99–103; M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997/10, s. 41–42; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 217; A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013/3, s. 14–16; A. Opalski, K. Oplustil, *Jeszcze w sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013/12, s. 27–28. Por. też szerzej J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007/3, s. 806 i n. (gdzie dokonana jest szeroka polemika z tym poglądem).

2.2. BRAK ZESTAWIANIA POJĘCIA „REGUŁ STARANNOŚCI” Z POJĘCIEM WZORCÓW NALEŻYTEJ STARANNOŚCI

Tak jak wskazano w poprzednim punkcie, T. Nowakowski nie wskazuje, jaka jest relacja między używanym przez niego pojęciem „reguły staranności” a używanym powszechnie w doktrynie pojęciem „wzorce należytej staranności”. To ostatnie pojęcie stosuje on trzykrotnie, jednak raz przy opisywaniu regulacji Draft Common Frame of Reference, dalej DCFR (s. 131), a raz koncepcji winy anonimowej (s. 132). Trzecie użycie tego zwrotu na s. 132 sugeruje tylko, że wzorzec postępowania nie jest abstrakcyjny (podobnie też Autor przyjmuje na s. 130, 131–132, 134, 135), a sąd nie mógłby „kształtować go w sposób dowolny, kierując się kryteriami korzystnymi wyłącznie dla poszkodowanego”. Nie wiadomo jednak, czy taki „nieabstrakcyjny wzorzec postępowania” miałby być też obiektywny i zewnętrzny wobec dłużnika (sprawcy) w tym znaczeniu, w jakim pojęciem tym posługują się przedstawiciele doktryny w odniesieniu do konstruowania wzorców staranności na tle art. 355 k.c.⁸ Nie wiadomo też, czy T. Nowakowski umiejscawia naruszenie zachowania określonego w takim „nieabstrakcyjnym wzorcu postępowania” na płaszczyźnie oceny winy, czy oceny bezprawności.

Inne twierdzenie T. Nowakowskiego, że „oparcie rozstrzygnięcia o abstrakcyjnie rozumiane standardy należytej staranności powinno współcześnie budzić zdecydowany sprzeciw. Punkt wyjścia dla takiej wykładni stanowi bowiem zasada *neminem leadere*” (s. 135) również budzi wątpliwości. Niezależnie od tego, że niejasne jest, jak T. Nowakowski rozumie obowiązywanie w prawie polskim zasady *neminem laedere* (por. uwagi w pkt 2.4. poniżej), jeżeli rozumieć „standardy” należytej staranności jako jej wzorce (o co być może T. Nowakowskiemu chodziło), to trudno czynić sądowi apelacyjnemu zarzut, że swoje rozstrzygnięcie przy ocenie winy sprawcy szkody opiera na porównaniu danego jego zachowania z abstrakcyjnie ukształtowanymi wzorcami staranności, gdyż jest to podstawowy sposób stwierdzania istnienia winy nie tylko w prawie polskim, ale wielu zagranicznych systemach prawnych⁹. Jednocześnie abstrakcyjność oraz obiektywność wzorca staranności konstru-

⁸ Por. za wielu M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 168 i n. oraz W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 216. Zob. też literaturę i orzecznictwo wskazane w innym miejscu – W. Borysiak (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, komentarz do art. 355, nb 25–26.

⁹ Zob. opis rozwiązań przyjmowanych w europejskich systemach prawnych zawarty w pracy *Digest of European Tort Law, Volume 3, Essential Cases on Misconduct*, red. B. Winiger, E. Karner, K. Oliphant, Berlin–Boston 2018, rozdziały C i D (s. 203 i n.). Kwestia obiektywizacji należytej staranności rodzi oczywiście liczne problemy teoretyczne w prawie porównawczym i w tym miejscu nie będzie szerzej omawiana: por. przykładowo za wielu w prawie niemieckim G. Wagner, *Deliktsrecht*, München 2021, s. 50–52; w prawie austriackim H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 1. Allgemeiner Teil*, Wien 2020, s. 362–372; w prawie szwajcarskim H. Rey, I. Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich–Basel–Genf 2018, s. 172–173.

owanego na tle art. 355 k.c. nie wyklucza jego konkretyzacji (co w doktrynie uznawane jest za dość oczywiste¹⁰).

2.3. POZORNY CHARAKTER ODWOŁANIA DO „NORM FASADOWYCH”

Autor (jak sam wskazuje za V.V. Palmerem¹¹) posługuje się pojęciem „norma fasadowa” (s. 129–130). Nie definiuje go jednak. Wskazać należy, że pojęcie to nie jest spotykane w doktrynie porównawczej (nie używa się go ani w *Principles of European Tort Law*, dalej PETL, ani w DCFR, nie jest ono spotykane również w opracowaniach wydawanych pod auspicjami European Group on Tort Law). Sam zaś V.V. Palmer, choć rzeczywiście posługuje się pojęciem „façades”, to używa go nie na określenie jakichś norm lub generalnej klauzuli deliktowej, ale jako metafory dla istniejących realnie w danym systemie prawnym zasad i zakresu kompensacji uszczerbków polegających na tzw. *pure economic loss*¹².

Podkreślić należy przy tym, że w języku ogólnym sformułowanie „fasadowość” oznacza pozorność¹³, a przymiotnik „fasadowy” oznacza „stwarzający pozytywne wrażenia, nieodpowiadające rzeczywistości; pozorny, złudny, pokazowy, efekciarski”¹⁴. Autorowi – jak się wydaje – określającemu art. 415 k.c. jako „normę fasadową” nie chodziło jednak o to, że „ma ona charakter pozorny”, czy też jest np. *superfluum* ustawowym.

Jeżeli, zdaniem T. Nowakowskiego, taka „norma fasadowa” ma oznaczać po prostu ogólną klauzulę deliktową, może warto byłoby to po prostu wskazać¹⁵. Niemniej jeżeli definiować pojęcie „normy fasadowej”, tak jak potencjalnie chce

¹⁰ W tym miejscu także można odesłać do literatury zestawionej już w innym miejscu: W. Borysiak (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A..., komentarz do art. 355, nb 31–33.1.

¹¹ V.V. Palmer, *A comparative law sketch of pure economic loss* (w:) *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, red. M. Bussani, A. J. Sebok, Cheltenham–Northampton 2015, s. 308.

¹² Autor ten wyraża bowiem następujący pogląd: „(...) in situating the problem of pure economic loss within a comparative perspective, I will distinguish between the system’s façade and its interior, viz. operational rules that lie behind or within it. What is meant by ‘the façade’ is simply the exterior wrapper, the outer appearance, or even better, the initial and dominant perception received by the observer regarding the recoverability of pure economic loss. In a codified system this perception is usually conveyed by the black-letter words the legislator has used; in an uncodified system it may be the words of judges hardened into precedents, or the writings of old institutional writers. In any case, the façade will be the objective set of public signals which apparently control our issue. (...) Resorting to the façade metaphor does not imply that initial perceptions are always false and misleading. Obviously that would simply overstate the case. Nor can one say that all façades always are mere camouflage for hidden forms of lawmaking. Nevertheless, it is clear that for certain systems the deeper one delves into the doctrine, the cases and the operational rules, the more one is surprised by the contradictions and contrasts between outer appearance and inner reality” – V.V. Palmer, *A comparative law sketch...*, s. 308–309.

¹³ Za internetowym słownikiem języka polskiego: <https://sjp.pl/fasadowo%C5%9B%C4%87> (dostęp: 15.12.2021 r.).

¹⁴ Za internetowym słownikiem języka polskiego: <https://sjp.pl/fasadowy> (dostęp: 15.12.2021 r.).

¹⁵ Niewystarczające jest przy tym odwołanie do publikacji autorstwa V.V. Palmera, gdyż autor ten używa pojęcia „fasady” w zupełnie różnym znaczeniu – V.V. Palmer, *A comparative law sketch...*

tego T. Nowakowski, jako normę, która „zobowiązuje sprawcę szkody do jej naprawienia niezależnie od źródła i rodzaju wyrządzonego uszczerbku” (s. 129), to jest to albo definicja za szeroka, albo definicja niepoprawna; ewentualnie skrót myślowy. Oczywiście powinno być bowiem to, że np. art. 415 k.c. nie obejmuje swoją hipotezą wielu ujętych w Kodeksie cywilnym oraz ustawach szczególnych sytuacji odnoszących się do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, słuszności itd., które w granicach z art. 361 § 2 w zw. z art. 361 § 1 k.c. „zobowiązują sprawcę do naprawienia szkody”. Podobnie art. 415 k.c. w zw. z art. 361 § 2 k.c. nie zobowiązuje sprawcy do naprawienia „wszelkiej szkody”, lecz jedynie do naprawienia tzw. szkody prawnie relewantnej, co np. nie obejmuje szkody polegającej na *pretium affectionis* lub krzywdy niewynikającej z naruszenia dóbr osobistych – mimo że w świetle wypowiedzi T. Nowakowskiego byłyby to również „rodzaje wyrządzonego uszczerbku”.

Także stwierdzenie, że w prawie porównawczym „obserwujemy obecnie rezygnację z norm fasadowych i odnoszenia do ich treści nieostrych standardów” (s. 130), niezależnie od tego, jak T. Nowakowski rozumie pojęcie „norma fasadowa”, budzi wątpliwości. Niedawno uchwalone kodeksy cywilne, jak i europejskie projekty prawa czynów niedozwolonych, posługują się bowiem zarówno tzw. normami podstawowymi (tzw. *basic norm* – por. art. 1:101 Principles of European Tort Law lub tzw. *basic rule* – por. art. VI – 1:101 DCFR), jak też tzw. generalnymi klauzulami deliktowymi (por. art. 6:162 ust. 1 holenderskiego kodeksu cywilnego¹⁶; art. 131 słoweńskiego kodeksu zobowiązań z 2001 r.; § 6:519 węgierskiego kodeksu cywilnego z 2013 r.; zob. też projekty nowego francuskiego prawa o czynach niedozwolonych¹⁷)¹⁸. Również kolejne zdanie, zgodnie z którym „pojęcie staranności zawsze związane jest z normatywnie ujmowaną winą i dotyczy ono wyłącznie odpowiedzialności obiektywnej” (s. 130), po pierwsze, nie stanowi ciągu logicznego z wcześniejszymi zdaniami; po drugie, jest niejasne, jeżeli pod pojęciem odpowiedzialności obiektywnej rozumieć odpowiedzialność nieopartą na zasadzie winy, po trzecie, jeżeli miałyby odnosić się do rozwiązań przyjmowanych na tle porównawczym, to może być podawane w wątpliwość, gdyż pojęcie staranności bywa na ich tle wiązane niekie-

¹⁶ Księga 6 tego kodeksu odnosząca się do prawa zobowiązań (w tym prawa deliktów) weszła w życie 1.01.1992 r.

¹⁷ Por. np. art. 1240 senackiego projektu zmian dotyczących odpowiedzialności cywilnej z 29.07.2020 r. (*Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* – <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>), który jest odpowiednikiem art. 1241 rządowego *Projet de réforme de la responsabilité civile* z marca 2017 r., https://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (dostęp: 15.12.2021 r.) oraz wcześniejszego art. 1241 Avant – *Projet de loi réforme de la responsabilité civile* z kwietnia 2016 r.

¹⁸ Jako wyjątek w tym zakresie może być rzeczywiście traktowane prawo Czech, które przewiduje w nowym czeskim kodeksie cywilnym z 2012 r. rozwiązanie częściowo oryginalne, a częściowo bliższe prawu niemieckiemu, por. L. Dobešová, J. Hurdík, *Czech Republic (w:) International Encyclopaedia of Law. Tort Law*, red. B. Weyts, Alphen aan den Rijn 2020 (supplement 60), s. 49–50; w literaturze polskiej zob. J.M. Kondek, *Bezprawność...*, s. 33–34.

dy również z obiektywną nieprawidłowością zachowania (chyba że to właśnie T. Nowakowski miał na myśli, pisząc o „normatywnie rozumianej winie”)¹⁹.

Na marginesie wskazać należy, że odwołania zawarte w głosie odnoszące się do nowej regulacji czeskiego kodeksu cywilnego z 2012 r. mogą być uznane za nieprecyzyjne i nieukazujące szerszego kontekstu tej regulacji. Podobnie jak w prawie polskim czyni to art. 439 k.c., poprzednio obowiązująca regulacja prawa czeskiego przewidywała przepisy odnoszące się do odpowiedzialności prewencyjnej. Wśród nich pierwszeństwo zajmował art. 415 k.c. Czech z 1964 r.²⁰ (do którego T. Nowakowski się odwołuje na s. 130), zgodnie z którym „każdy obowiązany jest postępować tak, by nie następowały szkody na zdrowiu i na mieniu, ani nieuprawnione szkody majątkowe na szkodę społeczeństwa lub jednostki”²¹. Regulacje dotyczące odpowiedzialności prewencyjnej umiejscowione były jeszcze przed ogólną klauzulą deliktową (art. 420 k.c. Czech z 1964 r.). Rozwiązanie to było unikatowe w skali europejskiej (poza ustawodawstwem dawnego NRD, które się na nim wzorowało) i jego przyjęcie wynikało z powodów pozaprawnych – zamiaru podkreślenia znaczenia obowiązku zapobiegania szkodom w społeczeństwie socjalistycznym²². Trudno byłoby z niego wyprowadzić jakieś daleko idące wnioski co do trendów legislacyjnych w Europie lub ukształtowanego stanu doktryny europejskiej przed wejściem w życie nowego czeskiego kodeksu cywilnego z 2012 r.²³ Przemawia za takim poglądem tym bardziej to, że kodeks ten wciąż przewiduje przepisy odnoszące się do roszczeń prewencyjnych (por. § 2900–2903 czeskiego kodeksu cywilnego z 2012 r.), które umieszczone są praktycznie na samym wstępie regulacji odnoszących się do odpowiedzialności cywilnej – przed regulacjami odnoszącymi się do obowiązku naprawienia szkody (por. § 2909 i n. czeskiego kodeksu cywilnego z 2012 r.)²⁴. W tym zakresie kodeks ten wpisuje się zresztą w dość powszechną obecnie

¹⁹ Dotyczy to zwłaszcza prawa francuskiego, w którym pojęcie winy (*faute*) łączy w sobie elementy bezprawności i winy *sensu stricto* (zob. za wielu P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux 2018, s. 43, nb 52 oraz M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris 2021, s. 100–110), czy poglądów wyrażanych na tle pojęcia *duty of care* przy delikcie *negligence* w systemie prawnym *common law* (por. W.V.H. Rogers, *Fault under English Tort Law* (w:) *Unification of Tort Law: Fault*, red. P. Widmer, The Hague 2005, s. 68–69).

²⁰ W chwili jego uchwalenia był to oczywiście Kodeks Czechosłowacji. Kodeks ten do chwili obecnej obowiązuje zresztą na Słowacji, a sam art. 415 pozostał w tym kodeksie w niezmienionym brzmieniu.

²¹ Tłumaczenie za *Kodeks cywilny ČSR*, Warszawa 1966 [Aneks do Przeglądu Ustawodawstwa i Czasopism Prawniczych Socjalistycznych Krajów Europy. Zeszyt 1 (11)], s. 125.

²² Zob. uwagi, które czyni L. Tichý, *Prävention im Haftungsrecht: Ansatz zu einer Revision* (w:) *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, red. P. Apathy, Wien 2010, s. 912. Zauważa on nawet: „Die ideologischen Ziele waren auch für die gesamte Konzeption der Prävention bestimmend”.

²³ Por. uwagi, które w odniesieniu do tej regulacji czyni L. Tichý, *Preventive Liability – a New Paradigm in Tort Law?* (w:) *Essays in Honor of Jaap Spier*, red. H. Koziol, U. Magnus, Wien 2016, s. 308.

²⁴ Por. L. Dobešová, J. Hurdík, *Czech Republic...*, s. 41–42.

tendencję przyjmowania w nowszych kodeksach cywilnych norm odnoszących się w prawie deliktów do tzw. roszczeń prewencyjnych²⁵. Twierdzenie, że „rezygnowano tym samym z prewencyjnej odpowiedzialności opartej o zasadę *neminem laedere*”, może być stąd uznane za kontrowersyjne i wydaje się być *prima facie* sprzeczne z niektórymi poglądami wyrażanymi przez przedstawicieli czeskiej doktryny na tym tle²⁶.

2.4. BRAK ZDEFINIOWANIA POJĘCIA ZASADY *NEMINEM LAEDERE*

Autor posługuje się pojęciem zasady *neminem laedere* (na s. 130, s.135, oraz – w zakresie omawiania rozwiązań przyjmowanych w prawie czeskim oraz DCFR – na s. 131), ale nie wskazuje, jak ją rozumie. Ma to o tyle znaczenie, że sformułowanie to stosowane jest niejednolicie i można odnieść wrażenie, że pojęcie to obejmuje różne zakresy potencjalnych obowiązków dłużnika.

Zwyczaj obowiązywanie zasady *neminem laedere* sprowadza się do obowiązywania w systemie prawnym jakiegoś „ogólnego obowiązku niewyrządzenia szkody”²⁷. W doktrynie istnieje zresztą problem z precyzyjnym sformułowaniem tego, na czym miałyby polegać taki obowiązek (obowiązki) wyprowadzany z faktu obowiązywania zapewne w systemie prawnym takiej zasady. Niekiedy formułuje się go jako „obowiązek (nakaz) niewyrządzenia szkody drugiemu”

²⁵ Kwestia ta jest opisana szerzej w innym miejscu – por. W. Borysiak, *O konstrukcji prawnej roszczenia o zapobieżenie szkodzie* (w: *Opus Auctorem Laudat. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Monice Czajkowskiej-Dąbrowskiej*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, I. Matusiak, Ł. Żelechowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 791–792.

²⁶ Jak wskazują L. Dobešová, J. Hurdík, *Czech Republic...*, s. 41: „Section (§) 2900, containing the so-called general clause of prevention and based on the limited principle *neminem laedere* (podkreślenie W.B.), is followed by three Sections (§§) concerning the so-called special prevention”.

²⁷ Por. m.in. Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności...*, s. 134–136; B. Gawlik, *Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 1974, s. 55; A. Kubas, *Wynagrodzenie szkody poniesionej w cudzym interesie*, „*Studia Cywilistyczne*” 1979, t. XXX, s. 46–47, który zauważa (s. 46): „Z przepisu tego (art. 415 k.c.) dedukuje się trafnie o istnieniu normy nakazującej wszystkim uczestnikom obrotu prawnego zachowanie takiej staranności, aby drugiemu szkody nie wyrządzać (zasada *neminem laedere*)”; K. Osajda, *Glosa do wyroku SN z 17.12.2004 r. (II CK 300/04)*, „*Przegląd Sądowy*” 2006/9, s. 179–180; B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenia dóbr*, Warszawa 2013, s. 46 i n.; B. Lackoroński (w: *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, komentarz do art. 415, nb 18 i n., a zwłaszcza nb 21. Zob. też orzeczenie SN z 30.08.1958 r. (2 CR 772/57), „*Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*” 1959/11, poz. 291, z aprobuską głosą A. Ohanowicza, s. 620–621 z tezą: „Na każdym obywatelu ciąży obowiązek dążenia do nieszkodzenia innym. Wypływa zeń nakaz zachowania takiej ostrożności, jakiej każdy człowiek w społeczeństwie przestrzegać powinien, aby drugiemu szkody nie wyrządzić. Naruszające ten zakaz działanie lub zaniechanie osób fizycznych, jak i prawnych, stanowi winę w znaczeniu obiektywnym (...)”, oraz uzasadnienie wyroku SN z 13.06.2001 r. (II CKN 507/00), „*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 2002/1, poz. 3 („Obowiązuje bowiem generalna zasada niewyrządzenia szkody drugiemu, którą normatywnie wyraża art. 415 k.c.”), z głosą M. Nazara, oraz M. Pyziak-Szafnickiej („*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 2002/11, poz. 140).

lub „obowiązek niewyrządzenia sobie nawzajem szkody”²⁸, a nawet obowiązek (obowiązki) „dążenia do nieszkodzenia innym”²⁹ lub „nienaruszania cudzych dóbr”³⁰. W najdalej idącej postaci naruszenie tego obowiązku mogłoby polegać na zaniechaniu przeszkodzenia sprawcy w wyrządzeniu szkody³¹. Wariantem tego poglądu jest stanowisko wskazujące na istnienie w systemie prawnym zakazu wyrządzenia szkody w sposób zawiniony, a zwłaszcza wyrządzenia jej z winy umyślnej³². Alternatywną zaś koncepcją obowiązywania zasady *neminem leadere* jest istnienie w polskim systemie prawnym prawa do ogólnej ochrony deliktowej wynikającej ze „stosunku deliktowego”³³.

Autor zdaje się zapewne prezentować pierwszą z tych koncepcji, wskazując, że „każde zdarzenie wyrządzające szkodę drugiemu jest czynem niedozwolonym” (s. 130). Fragment ten znajduje się zresztą w ciągu zdań, co do których trudno uznać, że wynikają z siebie logicznie³⁴. Niezależnie od tego twierdzenie o obowiązywaniu w systemie prawa tak rozumianej „zasady nieszkodzenia innym” wydaje się wątpliwe, gdyż analiza zarówno prawa polskiego, jak i wielu innych systemów prawnych wskazuje, że zdarzenie polegające na wyrządzeniu szkody nie jest *per se* bezprawne³⁵. Wynika to stąd, że ponieważ celem norm

²⁸ W. Dubis (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 415, nb 8; J. Widło, *Glosa do uchwały SN z 27.04.2001 r. (III CZP 5/01)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003/6, poz. 74, s. 325; I. Długoszewska-Kruk (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2021, komentarz do art. 415, nb 7. Por. też S. Sołtysiński, *Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych*, Warszawa 1970, s. 172.

²⁹ Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności...*, s. 134.

³⁰ W tym kierunku zmierza B. Lackoroński, *Odpowiedzialność...*, s. 48.

³¹ Tak przykładowo przyjął A. Ohanowicz, *Glosa do orzeczenia SN z 30.08.1958 r. (2 CR 772/57)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1959/11, poz. 291, s. 621. Pogląd ten skrytykował A. Kubas, *Wynagrodzenie szkody...*, s. 47.

³² M. Wilejczyk, *Dlaczego nie należy chodzić w tłumie ze szpilką wystającą z rękawa? Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej za czyn własny*, „Studia Prawa Prywatnego” 2013/1, s. 59 i n.

³³ Zob. m.in. S. Sołtysiński, *Licencje...*, s. 167 i n. Por. też A. Klein, *Przesłanki odpowiedzialności kontraktowej a deliktowej*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, t. V, s. 75. Zrównanie zasady *neminem leadere* z „prawem do ochrony deliktowej” zdaje się wyrażać także B. Lackoroński (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A..., komentarz do art. 415, nb 20. Co do krytyki tej koncepcji por. ostatnio Ł. Żelechowski, *Ochrona oznaczeń odróżniających w prawie zwalczania nieuczciwej konkurencji. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2019, s. 399–403.

³⁴ „W normie fasadowej, gdzie każde zdarzenie wyrządzające szkodę drugiemu jest czynem niedozwolonym, punktem wyjścia pozostanie zawsze zasada *neminem laedere*. Innymi słowy, jeśli zakwalifikujemy powyższe reguły (zapewne T. Nowakowskiemu chodzi o „reguły staranności” – dopisek W.B.) jako źródło czynu niedozwolonego, wszelkie dalsze rozważania prowadzimy z perspektywy obowiązku nieczynienia szkody drugiemu. Stąd trafny wydaje się postulat, że art. 355 k.c. i zawarte w jego treści standardy należytej staranności dotyczą jedynie reżimu kontraktowego a nie deliktowego”.

³⁵ Zob. wśród najbardziej autorytatywnych wypowiedzi za wielu w prawie niemieckim K. Lorenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrecht. Band II: Besonderer Teil, 2. Halbband*, München 1994, s. 351–352; W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, Berlin–Boston 2017, s. 7, nb 8 i s. 843, nb 1395; w prawie austriackim R. Welser, B. Zöchling-Jud, *Grundriss*

postępowania jest dążenie do regulowania ludzkich zachowań i tylko podmioty prawa mogą być adresatami norm prawnych, przedmiotem oceny bezprawia może być tylko zachowanie człowieka, a nie sam skutek w postaci powstania szkody³⁶.

3. ZAKRES ZASTOSOWANIA ART. 355 K.C.

Autor analizowanej glosy prezentuje pogląd, że art. 355 k.c. nie znajduje zastosowania do reżimu deliktowego (s. 130). Pozostawiając na marginesie to, czy jest to zgodne z jego poglądem o „odnajdywaniu w strukturze deliktu kryteriów należytej staranności” (por. uwagi wyżej), nie wskazuje argumentów za przyjęciem tego poglądu, a odesłanie, które czyni do poglądów wyrażanych w literaturze, trudno uznać za uzupełniające w pełni ten brak³⁷.

des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, Schuldrecht-Besonderer Teil, Erbrecht, Wien 2015, s. 377, nb 1386; E. Wagner (w.): *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§1293–1503 ABGB*, red. H. Schwimann, G. Kodek, Wien 2016, s. 129, komentarz do § 1294, nb 7; w prawie szwajcarskim K. Oftinger, E.W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil*, Zürich 1995, s. 128; R. Brehm, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen. Artikel 41–61 OR*, Bern 2021, s. 45, komentarz do art. 41, nb 43.

³⁶ Por. H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien 2012, s. 172; M. Kaliński (w.): A. Brzozowski, J. Jastrzębski, K. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2019, s. 80, nb 115.

³⁷ W tym zakresie T. Nowakowski cytuje P. Machnikowskiego (w.): *System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 401–403; M. Gutowskiego (w.): *Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1257; a także Z. Banaszczyka oraz P. Graneckiego, *O istocie należytej staranności...*, s. 24. Podkreślić należy, że pierwszy ze wskazanych autorów nie zajmuje w tym zakresie jednoznacznego stanowiska, rozważając różne możliwe do przyjęcia ewentualności – por. P. Machnikowski (w.): *System prawa prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 453–454, nb 186–187. Rozważania drugiego zaś z nich trudno jest uznać za w pełni zrozumiałe i precyzyjne. M. Gutowski stwierdził na wstępie w odwołaniu do uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z 15.02.1971 r. (III CZP 33/70), OSNCP 1971/4, poz. 59 oraz wyroku SN z 1.12.2006 r. (I CSK 315/06), OSNC 2007/11, poz. 169, że „miara staranności, czy inne dyrektywy dotyczące sposobu wykonania zobowiązania, nie mogą stanowić deliktu polegającego na naruszeniu deontologicznej normy określającej standard świadczonej pomocy prawnej, ponieważ przepis art. 355 k.c. nie wiąże poza stosunkiem prawnym i trudno traktować go jako podstawę odpowiedzialności deliktowej, która ma miejsce w sferze nieobjętej kształtem stosunku prawnego” (komentarz do art. 355, nb 25), a następnie zauważał, że „nie oznacza to jednak, że miara staranności z art. 355 k.c. nie ma znaczenia w stosunkach deliktowych, czy innych pozaumownych. Art. 355 k.c. wiąże w stosunkach deliktowych już istniejących. Inną sprawą jest, że pojęcie winy jako niedochowanie należytej staranności ma zastosowanie również do deliktów” (komentarz do art. 355, nb 26), po czym od razu odwołał się aprobując do wyrażonej wyroku SN z 11.02.2010 r. (I CSK 262/09), Legalis nr 350626, tezy, że „zobowiązania, których źródłem zaistnienia są czyny niedozwolone, powstają w dacie popełnienia tych czynów, a wobec tego, że nie wskazują terminu, w jakim dłużnik powinien naprawić szkodę, zaliczane są do zobowiązań bezterminowych” (komentarz do art. 355, nb 27). Jednocześnie wcześniej w komentarzu do tego samego artykułu autor ten zauważał, że „miara staranności ma znaczenie w toku oceny winy w postaci niedbalstwa

Podkreślić należy, że w literaturze zdecydowanie przeważa pogląd, że art. 355 k.c. zawiera **powszechną dla całego prawa zobowiązań definicję należytej staranności** i znajduje zastosowanie do wszystkich rodzajów zobowiązań i reżimów odpowiedzialności – nie tylko tych, w których istnieje już pomiędzy wierzycielem i dłużnikiem stosunek umowny, ale także do tych, które powstają *ex delicto*³⁸. Artykuł 355 § 1 k.c. stanowi bowiem o staranności „ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”, a nie o staranności ogólnie wymaganej „w danym stosunku prawnym”, co sugeruje, że może on znaleźć zastosowanie do ogółu relacji społecznych, w których znajduje się dany podmiot, a nie jedynie istniejącej już relacji zobowiązaniowej³⁹. Autor nie odnosi się do znaczenia art. 355 k.c. dla systemu prawnego i tego, dlaczego jest on umiejscowiony w części ogólnej prawa zobowiązań od razu za podstawowymi przepisami definiującymi zobowiązanie (art. 353 k.c.), statuującymi granice swobody umów (art. 353¹ k.c.) oraz określającymi sposób wykonania zobowiązania (art. 354 k.c.). Jak wskazuje się ponadto w doktrynie, trudno jest wskazać inne miejsce, w jakim ustawodawca mógłby umiejscowić powszechną dla całego prawa zobowiązań definicję należytej staranności⁴⁰. W innym bowiem wypadku – gdyby miała ona się odnosić jedynie do odpowiedzialności kontraktowej – definicja taka zostałaby zapewne umiejscowiona wśród przepisów regulujących kontraktową odpowiedzialność dłużnika (np. jako fragment art. 472 k.c.). Za takim umiejscowieniem art. 355 k.c. przemawia też funkcja, jaką spełnia on w systemie prawnym, a zwłaszcza to, że jest on regułą przypisania określonego skutku.

Nie przekonuje też wskazanie T. Nowakowskiego, że na niemożliwość zastosowania art. 355 k.c. do odpowiedzialności deliktowej miałyby wpływać jakieś „procesy systemowe” (s. 129). Dla przyjęcia takiego poglądu należałoby je opisać lub wskazać. Ponadto zdanie to sugeruje, że niemożliwość zastosowania art. 355 k.c. do odpowiedzialności deliktowej jest efektem jakiegoś „procesu dziejowego”, który – jak można się domyślać – nastąpił już na tle Kodeksu cywilnego. Jeżeli tak rzeczywiście miałyby być, również proces ten należałoby wskazać.

i to w obu reżimach odpowiedzialności: *ex contractu* i *ex delicto*; nie przedstawia znaczenia w toku oceny bezprawności” (z wyraźnym powołaniem się na M. Safjana, Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka oraz P. Machnikowskiego, a z odrzuceniem poglądów wyrażanych przez M. Krajewskiego i Z. Banaszczyka oraz P. Graneckiego) (komentarz do art. 355, nb 13). Próba połączenia tych nie do końca pasujących do siebie zdań i zrozumienia w pełni poglądu wyrażanego przez M. Gutowskiego wydaje się na tyle utrudniona, że pozwolę sobie uchylić się w tym miejscu od próby jej podjęcia.

³⁸ Zob. uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z 15.2.1971 r. (III CZP 33/70), OSN 1971/4, poz. 59; w doktrynie M. Sośniak, *Należyta staranność...*, s. 169; J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach...*, s. 808; M. Kaliński (w.): A. Brzozowski, J. Jastrzębski, K. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 80, nb 114; M. Safjan (w.): *Kodeks cywilny – komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz do art. 355, nb 1; odmiennie Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności...*, s. 16 i n.; M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności...*, s. 33–34; J. Dąbrowa, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, s. 73–74.

³⁹ M. Safjan (w.): *Kodeks cywilny – komentarz...*, komentarz do art. 355, nb 1.

⁴⁰ J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach...*, s. 808.

4. KONTROWERSYJNOŚĆ KRYTYKI POGLĄDÓW WYRAŻANYCH PRZEZ SĄD APELACYJNY W ŚWIETLE JEGO STANU FAKTYCZNEGO

4.1. BRAK PODSTAW DO STATUOWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI NA PODSTAWIE ART. 429 K.C.

Autor, krytykując orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi, wyraził na tle jego stanu faktycznego kilkakrotnie poglądy, które można uznać za kontrowersyjne lub wymagające krytycznej analizy.

Stan faktyczny wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi może być uznany za standardowy. Oto bowiem podmiot zobowiązany ustawowo do zachowania porządku i czystości (por. uwagi dalej) powierzył wykonywanie działań mających na celu realizację tego obowiązku podmiotowi trzeciemu będącemu profesjonalistą, którego zaniechania doprowadziły do powstania szkody u innych podmiotów. Jest to więc typowa sytuacja objęta art. 429 k.c.

W sytuacji powierzenia określonych czynności podwładnemu odpowiedzialność zwierzchnika za jego czyn istnieje tylko w zakresie określonym w art. 429 k.c. (ewentualnie w zakresie objętym hipotezą będącego wobec niego *lex specialis* art. 430 k.c.). Zgodnie z art. 429 k.c. zwalnia jednak powierzającego z odpowiedzialności za czyn cudzy sytuacja, jeżeli powierzył wykonanie danej czynności osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności (tzw. profesjonalście). Ustawodawca uznaje bowiem, że od osoby powierzającej wykonanie czynności nie można wymagać czegoś więcej niż powierzenia jej wykonywania osobie zajmującej się tym profesjonalnie (wybrania podmiotu, który zawodowo trudni się danymi działaniami)⁴¹. Jak się można domyślać z opisu stanu faktycznego wyroku, z taką sytuacją mieliśmy do czynienia na jego tle. Autor kwestię tę pomija jednak w swoich rozważaniach.

4.2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ OSOBY ZOBOWIĄZANEJ DO NADZORU NA PODSTAWIE ART. 415 K.C.

Wątpliwości budzi twierdzenie T. Nowakowskiego (choć może jedynie w zakresie jego precyzji), że w sytuacji objętej hipotezą art. 429 k.c. „zaniechanie czynności kontrolnych (przez właściciela marketu) nie może być *ex lege* kwalifikowane jako bezprawne” (s. 134). W literaturze nie budzi bowiem wątpliwości, że nawet gdy osoba powierzająca zwolni się z odpowiedzialności za czyn cudzy opartej na art. 429 k.c. przez wykazanie jednej z okoliczności wskazanych w tym przepisie (np. właśnie w sytuacji, gdy powierzyła wykonywanie czynności osobie, zakładowi lub przedsiębiorstwu zajmującemu się danymi czyn-

⁴¹ *Ratio legis* takiego rozwiązania opisano w innym miejscu – por. W. Borysiak (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A..., komentarz do art. 429, nb 54. Ustawodawca opiera się bowiem na założeniu, że „nie można na nikogo nakładać obowiązku badania kwalifikacji zawodowców” (tak już *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu. Art. 1–167* (oprac. R. Longchamps de Bérier), Warszawa 1934, s. 212).

nościami zawodowo), może ona odpowiadać wobec poszkodowanego na innej podstawie deliktowej za czyn własny, w tym na podstawie art. 415 k.c.⁴² W takiej sytuacji muszą jednak oczywiście być spełnione przesłanki odpowiedzialności z art. 415 k.c., a więc m.in. naruszenie obowiązku istniejącego powszechnie (bezpprawność), jak i wina *sensu stricto*. W razie udowodnienia powierzającemu winy własnej nie może on przy tym powoływać się na wystąpienie jednej z przesłanek negatywnych z art. 429 k.c. w tym celu, aby zwolnić się od odpowiedzialności na podstawie art. 415 k.c.⁴³ (co dotyczy także powierzenia wykonania czynności osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się ich wykonywaniem). Odpowiedzialność powierzającego może być wówczas odpowiedzialnością solidarną z wykonawcą na podstawie art. 441 k.c. (gdy ten ostatni ponosi winę lub odpowiada niezależnie od winy), ale może też być odpowiedzialnością wyłączną (gdy wykonawcy nie można przypisać odpowiedzialności – np. w danej sytuacji jego zachowanie było bezprawne, ale niezawinione). W tym pierwszym przypadku powierzający mógłby też kierować względem wykonawcy roszczenia regresowe.

W stanie faktycznym wyroku, który był przedmiotem glosy T. Nowakowskiego, należy przyjąć, że gdyby nawet powierzający daną czynność nie odpowiadał na podstawie art. 429 k.c., możliwe byłoby rozważenie tego, czy można mu przypisać winę własną na podstawie art. 415 k.c. (np. za zaniechanie), jeżeli zostanie mu ona wykazana na zasadach ogólnych (w tym wskazany zostanie obowiązek działania, którego realizacji zaniechał). Takie ustalenia faktyczne sądy obu instancji zresztą poczyniły, uznając możliwość przypisania „własnej winy” powierzającemu.

4.3. POMINIĘCIE ISTNIENIA WYRAŻNEGO USTAWOWEGO OBOWIĄZKU DZIAŁANIA

Zupełnie nie można zgodzić się z rozważaniami T. Nowakowskiego (s. 134–135), który odbiera na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi jakiegokolwiek znaczenie

⁴² Zob. szerzej wyrok SN z 11.11.1977 r. (IV CR 308/77), OSNCP 1978/9, poz. 160; wyrok SN z 9.07.1998 r. (II CKN 835/97), OSNC 1998/12, poz. 225; wyrok SN z 6.12.2002 r. (IV CKN 1585/00), LEX nr 78320; wyrok SN z 16.4.2003 r. (II CKN 1466/00), OwSG 2004/7, poz. 90; wyrok SN z 24.05.2007 r. (II CSK 113/07), LEX nr 286755; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 8.05.2013 r. (I ACa 499/12), LEX nr 1353792; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 5.02.2014 r. (I ACa 700/13), LEX nr 1454630; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17.06.2014 r. (I ACa 147/14), LEX nr 1488686; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10.07.2014 r. (I ACa 810/13), LEX nr 1527237; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 1.08.2019 r. (I ACa 813/18), LEX nr 2719381. Zob. też stan faktyczny wyrok SN z 24.06.1969 r. (II CR 210/69), niepubl. Zob. też wydane na tle Kodeksu zobowiązań orzeczenie SN z 30.12.1958 r. (I CR 991/58), „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959/3, s. 340 oraz orzeczenie SN z 22.06.1962 r. (2 CR 607/61), „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963/4, s. 251. Tak też w doktrynie W. Dubis (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 429, nb 2; P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6..., (2018), s. 486–487, nb 246; M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny – komentarz...*, komentarz do art. 429, nb 6; J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. 1, Kraków 1936, s. 366–367; G. Bieniek, J. Gudowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, komentarz do art. 429, nb 9.

⁴³ Por. W. Borysiak (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A..., komentarz do art. 429, nb 72.

przepisowi art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach⁴⁴. Przepis ten wskazuje wyraźnie, że właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez uprzątnięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości (wskazując przy tym, że za taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości).

Nie powinno budzić większych wątpliwości to, że przepis ten nakłada na właściciela nieruchomości, do której chodnik przylega, obowiązek jego uprzątnięcia. Obowiązek ten ma bowiem charakter powszechny. Nakładał więc także w stanie faktycznym wyroku taki obowiązek na właściciela marketu, który zobowiązany był usuwać z chodnika śnieg i lód.

Jeżeli definiować bezprawność jako sprzeczność z porządkiem prawnym (tworzonym przede wszystkim przez normy ujęte w przepisach prawa), nie ulega wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że mogą być to normy zamieszczone w przepisach innych gałęzi prawa niż prawo cywilne (np. mogą być to normy zawarte w prawie administracyjnym czy karnym)⁴⁵. Obojętne jest przy tym dla prawa cywilnego to, czy przepis nakładający dany obowiązek przewiduje zarazem jakąkolwiek sankcję za jego naruszenie, w tym sankcję o charakterze innym niż cywilnoprawna. Wbrew twierdzeniu T. Nowakowskiego (tak – jak się wydaje – Autor przyjmuje na s. 135) istnienie bądź nie sankcji administracyjnoprawnej w żaden sposób nie wpływa na możliwość kwalifikacji danego zachowania jako bezprawnego w prawie cywilnym.

Obojętne jest również to, czy ustawa dookreśla, w jaki sposób dany obowiązek ma być wykonany przez właściciela (odmiennie T. Nowakowski na s. 135). Trudno bowiem, aby ustawodawca w odniesieniu do obowiązku tego typu (tak jak i wielu innych) miał dookreślać, czy zobowiązany powinien zadośćuczynić danemu obowiązkowi sam, czy z inną osobą; uczynić to łopatą czy wiadrem; czy musi pójść z członkami rodziny wysypać w miejsce zagrożone piach i jak często powinien to robić, czy też każdorazowo powinien wynająć w tym celu osobę prawną zajmującą się profesjonalnym sprzątnięciem. Dla potencjalnej odpowiedzialności zobowiązanego w świetle art. 415 k.c. będzie miała znaczenie możliwość przypisania mu winy, a ta zaś zazwyczaj będzie uzależniona od tego, czy mógł on w danej sytuacji dochować odpowiedni wzorzec należytej staranności w rozumieniu

⁴⁴ Ustawa z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.).

⁴⁵ Pogląd ten może być uznany za ugruntowany jeszcze od czasów obowiązywania Kodeksu zobowiązań – por. *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań...*, s. 196 oraz Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności...*, s. 135. Współcześnie zob. za wielu: J.M. Kondek, *Bezprawność...*, s. 45 i n.; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 206, nb 500; W. Borysiak, *O bezprawności cywilnej w jej stosunku do bezprawności karnej (w:) Granice prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, red. P. Ostaszewski, K. Buczkowski, Warszawa 2020, s. 668–669. W orzecznictwie zob. np. uzasadnienie wyroku SN z 2.02.2003 r. (III CK 430/03), OSNC 2005/1, poz. 10, z glosami M. Nesterowicza („Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005/2, poz. 21) oraz W. Borysiaka („Przegląd Sądowy” 2008/1, s. 174–184).

art. 355 k.c. Wzorzec ten nie jest (i z oczywistych względów nie może być) jednaki dla wszystkich mogących wystąpić w praktyce przypadków⁴⁶. Inny będzie więc w wypadku długotrwałych opadów śniegu lub długotrwanie utrzymujących się minusowych temperatur niż w wypadku przejściowej mżawki itp.⁴⁷

4.4. BRAK PODSTAW ODWOŁYWANIA SIĘ DO ZASAD WSPÓŁZYCIA SPOŁECZNEGO

Tak jak wskazano powyżej, pogląd wyrażony przez T. Nowakowskiego pomija fakt, że z przepisów innych gałęzi prawa (w stanie faktycznym wyroku, który glosował, przepisów prawa administracyjnego) można wyprowadzić powszechnie obowiązujące obowiązki, a ich naruszenie przesądza o możliwości zakwalifikowania danego zachowania jako bezprawnego. „Zmusza” to Autora do poszukiwania podstawy do przypisania bezprawności choćby jednemu z podmiotów potencjalnie odpowiedzialnych za utrzymanie chodnika w sprzeczności ich zaniechania z zasadami współzycia społecznego. Twierdzi on więc, że w stanie faktycznym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi „bezprawności należy w konsekwencji szukać w ramach zasad współzycia społecznego, a ściślej ujmując, w moralnym obowiązku podjęcia działania. Dotyczy on podmiotu, który zobowiązał się do odśnieżania, a nie zaś sklepu. Jego źródła trzeba upatrywać przede wszystkim w fakcie zawarcia umowy” (s. 134). Pogląd ten nie tylko jest mało precyzyjny, ale też w stanie faktycznym wyroku może być po prostu uznany za błędny.

W sytuacji, w której obowiązek określonego typu można wyprowadzić wprost z ustawy, nie ma potrzeby odwoływania się do zasad współzycia spo-

⁴⁶ Trafne jest więc przyjęte w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego założenie, że „brak właściwego nadzoru w dacie zdarzenia nad firmą, której powierzono usługi porządkowe, pozostaje przy tym w związku przyczynowo-skutkowym w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. z wypadkiem powoda. Należy bowiem zakładać, że czynności kontrolne pozwanego dokonywane z odpowiednią częstotliwością i w godzinach wieczornych ujawniłyby brak należytego zabezpieczenia nawierzchni chodnika prowadzącego do marketu i spowodowałyby podjęcie właściwych czynności porządkowych takich jak posypanie solą czy piaskiem. Powyższe okoliczności pozwalały na przypisanie stronie pozwanej odpowiedzialności za własne zaniechanie na podstawie art. 415 k.c. w związku z art. 416 k.c.”.

⁴⁷ Por. na tle ustalenia odpowiedzialności gminy za wypadek wywołany brakiem nadzoru nad uprzątnięciem chodnika uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 5.09.2018 r. (III Ca 1028/18), LEX nr 2574530. W wyroku tym zauważono trafnie, że w sytuacji ciągłych opadów deszczu ze śniegiem przyjęcie odpowiedzialności danego podmiotu (choćby na podstawie zasad współzycia społecznego) za brak sprawowania nadzoru nad uprzątnięciem lodu z chodnika na podstawie art. 415 k.c. powodowałoby zakreślenie jej szerszej niż odpowiedzialności właściciela nieruchomości na podstawie art. 434 k.c. Konieczne jest więc każdorazowo wykazanie nie tylko tego, że w chwili zdarzenia chodnik był zanieczyszczony, ale również iż owo zanieczyszczenie zalegało na nim dłużej, aniżeli było to uzasadnione okolicznościami zewnętrznymi, zwłaszcza warunkami atmosferycznymi. W innym przypadku odpowiedzialność taka byłaby ukształtowana jako odpowiedzialność za sam skutek. Przykłady innych sytuacji tego typu podawane są w innej publikacji – por. W. Borysiak, *Bezprawność jako sprzeczność z zasadami współzycia społecznego w orzecznictwie sądów powszechnych (w:) Ius Redigere in Artem. Księga XXX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, red. M. Romanowski, P. Sobczyk, M. Wielec, Warszawa 2022, s. 50–54.

łecznego, a tym bardziej – jak chce Autor – poszukiwać „moralnego obowiązku działania”, który zapewne „zastępowały” obowiązek prawny. Z wywodów T. Nowakowskiego nie wiadomo zresztą, dlaczego taki „moralny obowiązek” miałby spoczywać na podmiocie sprzętającym, a nie na właścicielu marketu (będącym w danym stanie faktycznym zapewne także właścicielem nieruchomości). Autor nie wskazuje zresztą, czym się miałby różnić taki „moralny obowiązek” od obowiązku, który przyjął na siebie wykonawca na podstawie umowy, której celem była realizacja obowiązku nałożonego w ustawie na właściciela marketu. Autor nie wskazuje też zarazem, czy w braku takiej „umowy o odsnieżanie” taki „moralny obowiązek” spoczywałby na samym właścicielu marketu. Jeżeli tak, to interesujące mogłoby być to, czy na podstawie zawartej umowy dochodzi (ewentualnie doszło w omawianym stanie faktycznym) do „jakiegoś transferu obowiązków moralnych do odsnieżania”.

Błąd w rozumowaniu T. Nowakowskiego w postaci odrzucenia istnienia ustawowego obowiązku dbania o stan chodnika doprowadził go więc do błędnego poszukiwania źródła tej bezprawności w naruszeniu zasad współżycia społecznego. Przyjęcie, że w analizowanej sytuacji faktycznej istnieje nałożony na właściciela nieruchomości ustawowy obowiązek dbania o stan chodnika, wyłącza konieczność odwoływania się do zasad współżycia społecznego.

4.5. BRAK MOŻLIWOŚCI OPARCIA ODPOWIEDZIALNOŚCI BEZPOŚREDNIEGO SPRAWCY SZKODY NA ART. 435 K.C.

Wątpliwe jest twierdzenie T. Nowakowskiego, że w stanie faktycznym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi odpowiedzialność bezpośredniego sprawcy szkody można byłoby oprzeć na art. 435 k.c. Choć być może można uznać, że „firma odsnieżająca”⁴⁸ była w danej sytuacji „prowadzącym na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody”, to niezwykle trudno jest uznać, że szkoda wyrządzona zaniechaniem usunięcia śniegu lub lodu była wyrządzona przez „ruch przedsiębiorstwa lub zakładu” w rozumieniu art. 435 k.c. Pogląd taki spotkać można niekiedy w orzecznictwie, w kontekście np. odpowiedzialności przedsiębiorstw kolejowych czy autobusowych, ale jest on trafnie krytykowany jako prowadzący do niejednorodnych, a często i absurdalnych rezultatów⁴⁹. Nawet gdyby zresztą przyjąć krytykowane

⁴⁸ Takie sformułowanie stosowane przez Sąd Apelacyjny w Łodzi jest zapewne skrótem myślowym, gdyż chodzi w nim o „przedsiębiorstwo” lub „spółkę”, której przedmiotem działalności jest odsnieżanie, a nie „firmę” w rozumieniu art. 432 § 1 k.c.

⁴⁹ Por. uwagi, które czyni w tym zakresie M. Zelek, *Ruch przedsiębiorstwa lub zakładu jako przyczyna szkody (art. 435 § 1 k.c.) de lege lata i de lege ferenda*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018/4, s. 911–913. Zauważa on, że „nie jest przecież tak, że wykorzystanie w działalności przedsiębiorstwa dużych sił, energii, pracy maszyn, skomplikowanych nieraz procesów chemicznych i technologicznych powoduje zwiększone ryzyko poślizgnięcia się pasażera na peronie kolejowym, jego wpadnięcia do dołu między torami (...) W takich przypadkach okoliczność wprawiania przedsiębiorstwa w ruch za pomocą sił przyrody jest całkowicie irrelevantna dla stopnia niebezpieczeństwa wystąpienia szkody i nie powinna być czynnikiem zaostrażającym odpowiedzialność”.

stanowisko Sądu Najwyższego, to trudno uznać, że „ruch przedsiębiorstwa” może również oznaczać jego „bezruch”. Ponadto przy przyjęciu tej tezy odpowiedzialność można byłoby przypisać – jak się wydaje – co najwyżej właścicielowi marketu, a nie podmiotowi wynajętemu do oczyszczania chodnika.

4.6. BRAK ODWOŁANIA DO KONCEPCJI NORM SPRZĘŻONYCH W ART. 415 K.C.

W glosowanym przez T. Nowakowskiego wyroku Sąd Apelacyjny w Łodzi nie postuluje koncepcją norm sprzężonych, ani nawet nie odwołał się do tego, że z art. 415 k.c. można wyprowadzić jakąś normę sankcjonującą. Autor krytykuje jednak sąd apelacyjny w swoim wywodzie, zarzucając mu zapewne przyjęcie takiego stanowiska. Przemawiać może za tym następujący fragment: „Do refleksji skłania również konstrukcja bezprawności, która legła u podstaw glosowanego rozstrzygnięcia. Stwierdzenie jakoby pozwany miał utrzymywać chodnik w stanie uniemożliwiającym poślizgnięcie się powoda sprowadza dalsze rozważania na grunt koncepcji norm sprzężonych” (s. 132, zob. też s. 133). Osobiście nie uważam, aby ze sformułowania że „pозwany powinien utrzymać chodnik we właściwym stanie” miała wynikać jakaś aproba sądu apelacyjnego dla koncepcji norm sprzężonych⁵⁰. Mam też duże wątpliwości, czy stwierdzenie to koniecznie musi przenosić analizę dogmatyczną omawianego stanu faktycznego na płaszczyznę norm sprzężonych.

Na marginesie wskazać można, że rozważania T. Nowakowskiego dotyczące problematyki możliwości wyprowadzania z art. 415 k.c. norm sprzężonych są na tyle chaotyczne, że z trudem daje się wyprowadzić z nich wniosek co do tego, jaki jest jego rzeczywisty pogląd w tym zakresie (s. 133). Zdaje się bowiem za P. Machnikowskim wniosek taki odrzucać, choć w przypisie 22 na s. 133 wskazuje, że nie podziela poglądu, że „treść normy sankcjonowanej (wyprowadzanej z art. 415 k.c.) zawiera w sobie element winy”, co sugerować mogłoby, że uznaje istnienie takiej normy, choć elementem jej hipotezy nie jest kwestia zachowania zawinionego. Nawet jeżeli jednak taki zarzut względem T. Nowakowskiego mógłby być uznany za przesadzony, to wydaje się, że można mu jednak zarzucić to, iż nigdzie w sposób wyraźny nie wskazuje treści normy sankcjonowanej, z której istnieniem polemizuje.

5. INNE TWIERDZENIA NIEZNAJDUJĄCE POKRYCIA W POGLĄDACH DOKTRYNY I ORZECZNICTWA

Wiele innych sformułowań zastosowanych przez T. Nowakowskiego jest daleko idących oraz nie znajduje pokrycia w poglądach doktryny i orzecznictwa. W tym miejscu wskazać można kilka z nich.

Zob. też K. Panfil (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, edycja 30, Legalis 2022, komentarz do art. 435, nb 36–41.

⁵⁰ Sąd ten nie odwoływał się też w uzasadnieniu wyroku do norm prawa karnego lub koncepcji przyjmowanych w prawie karnym, jak czyni to Autor.

Stwierdzenie, że „kwestie związane z obowiązkiem staranności winny wynikać *expressis verbis* z treści norm deontologicznych, które to wskazują na zasady wykonywania określonego zawodu” (s. 135), po pierwsze, „nie wpasowuje się” do stanu faktycznego głosowanego wyroku, na tle którego trudno byłoby takie normy deontologiczne wskazać⁵¹. Po drugie, gdyby rozumieć pogląd ten literalnie, wyłączałoby to możliwość określania wzorców staranności (o ile o nie chodziło T. Nowakowskiemu), we wszystkich tych sytuacjach, gdy niepowiązane byłyby one z wykonywaniem jakiegokolwiek zawodu.

Ponadto zdaniem T. Nowakowskiego „pogląd sugerujący istnienie jakiegoś obowiązku staranności w świadomości podmiotów prawa powstał w zupełnie innych realiach prawnych niż te występujące obecnie” (s. 135). Pozostawiając na boku kwestię tego, czy T. Nowakowskiemu chodzi o jakieś normy/obowiązki/zasady/reguły ostrożności (ewentualnie normę/obowiązek/zasadę/regułę ostrożności), czy też wzorce staranności (wzorzec staranności), zauważyć należy, że wskazane jest nawet, aby określone obowiązki ostrożności (zakładając, że to je Autor miał na myśli) „istniały w świadomości podmiotów prawa”, gdyż zdecydowanie zwiększa to prawdopodobieństwo ich przestrzegania. Nie do końca wiadomo też, o jakie „realia prawne” T. Nowakowskiemu chodzi – czy obowiązywanie Kodeksu cywilnego bądź obowiązywanie Kodeksu zobowiązań, czy też może inne jeszcze „realia prawne” (w dalszych rozważaniach odwołuje się on bowiem do „ograniczonych ram zastosowania zasady ryzyka”, choć nie wiadomo, czy chodzi mu w tym zakresie np. o okres przed wejściem w życie pierwszych kodyfikacji, czy o jakiś okres późniejszy).

Dyskusyjne jest również stwierdzenie, zgodnie z którym „na gruncie polskiego modelu prawa cywilnego operujemy zasadniczo kryterium tzw. domniemania poczytalności sprawcy” (s. 132). Nawet gdyby – jak chcą niektórzy autorzy – na tle art. 426 k.c. posługiwać się jakimkolwiek domniemaniem⁵², to nie można byłoby wyprowadzić z niego dalszego wniosku – nawet jak chce Autor „w pewnym uproszczeniu” – że „zarzut *culpa*e przypisywany jest sprawcy szkody niejako automatycznie, niezależnie od wykazania przez powoda jakichkolwiek elementów konstrukcyjnych”. Nie powinno się bowiem zrównywać płaszczyzny

⁵¹ W największym skrócie można wskazać, że pojęcia deontologii zawodowej używa się w kontekście powinności i obowiązków wynikających z różnorodnych kodeksów i zwyczajów przyjętych w różnych zawodach. Przykładem takich źródeł norm deontologicznych są odpowiednie kodeksy regulujące np. zawody lekarskie czy prawnicze. Nakazy kodeksów (zbiorów norm) deontologicznych mają charakter imperatywu ustalanego przez oficjalne władze (ma to miejsce w przypadku zawodów o wysokim stopniu zorganizowania) lub przez zwyczaj i odnoszą się do zasad postępowania w konkretnych sytuacjach przedstawicieli danego zawodu. Trudno jest wskazane rozważania odnieść do podmiotów w stanie faktycznym wyroku potencjalnie odpowiedzialnych za zapewnienie oczyszczenia chodnika.

⁵² Kwestia ta może być jednak generalnie uznana za wątpliwą – por. poglądy literatury oraz orzecznictwa wskazane w innym miejscu: W. Borysiak (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A..., komentarz do art. 426, nb 17–19.

rozważań odnoszących się do obowiązku wykazania przez poszkodowanego winy sprawcy szkody („zarzucenie mu zawinienia”) z płaszczyzną ewentualnego wykazania przez tegoż sprawcę, że mimo ukończenia trzynastego roku życia w chwili czynu znajdował się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli.

Na koniec za gołosłowne można uznać twierdzenie, że „na kwestie związane z odpowiedzialnością cywilnoprawną trzeba spoglądać nowocześnie” (s. 135). Konieczne w wielu wypadkach nowatorstwo w zakresie pewnych rozwiązań dogmatycznych musi bowiem opierać się każdorazowo na wiedzy co do już obowiązujących przepisów prawa (zob. np. powyżej pkt 4.3.) lub poglądów powszechnie wyrażanych w doktrynie i orzecznictwie (zob. np. powyżej pkt 4.2.). Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi, mimo swoich pewnych nieścisłości, można więc uznać za trafne. Głosę zaś do niego można „w dużej mierze” uznać bądź za nietrafną, bądź za niejasną.

W przygotowaniu niniejszego opracowania wykorzystano wyniki badań prowadzonych w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki o nr 2015/17/D/HS5/00739.

ABSTRACT

dr Witold Borysiak

The author is an assistant professor at the University of Warsaw, Faculty of Law and Administration and at the Institute of Justice.

Rules of due diligence and tortious liability – polemic

This article is a polemic with the theses contained in the commentary by Tobiasz Nowakowski to the judgment of the Court of Appeal in Łódź of 30 January 2018 (I ACa 727/17). The commentary was entitled: ‘Due diligence and tortious liability’ and published in issue 11 of ‘Palestra’ from 2020. The article concerns various issues related to tortious liability, including the definition and systemic location of due diligence or its relation to the concept of wrongfulness.

Keywords: *ccivil liability, tort law, liability for one’s own actions, vicarious liability, liability for omissions, due diligence, standards of due diligence, fault, unlawfulness*

dr Witold Borysiak

ORCID: 0000-0002-9106-5576; e-mail: w.borysiak@wpia.uw.edu.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Banaszczyk Zbigniew** (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020
- Banaszczyk Zbigniew, Granecki Paweł**, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002/7–8
- Bieniek Gerard, Gudowski Jacek** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018
- Borysiak Witold**, *Bezprawność jako sprzeczność z zasadami współżycia społecznego w orzecznictwie sądów powszechnych* (w:) *Ius Redigere in Artem. Księga XXX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, red. M. Romanowski, P. Sobczyk, M. Wielec, Warszawa 2022
- Borysiak Witold**, *Glosa do wyroku SN z 2.02.2003 r. (III CK 430/03)*, „Przełęcz Sądowy” 2008/1
- Borysiak Witold**, *Kilka uwag o pojęciu należytej staranności w stosunkach regulowanych przez prawo medyczne*, „Studia Prawa Prywatnego” 2020/3–4
- Borysiak Witold** (w:) *Komentarze prawa prywatnego*, t. 3A, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017
- Borysiak Witold**, *O bezprawności cywilnej w jej stosunku do bezprawności karnej* (w:) *Granice prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, red. P. Ostaszewski, K. Buczkowski, Warszawa 2020
- Borysiak Witold**, *O konstrukcji prawnej roszczenia o zapobieżenie szkodzie* (w:) *Opus Auctorem Laudat. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Monice Czajkowskiej-Dąbrowskiej*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, I. Matusiak, Ł. Żelechowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2019
- Brehm Roland**, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen. Artikel 41–61 OR*, Bern 2021
- Czachórski Witold, Brzozowski Adam, Safjan Marek, Skowrońska-Bocian Elżbieta**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009
- Dąbrowa Janina**, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968
- Długoszewska-Kruk Iwona** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2021

- Dobešová Lenka, Hurdík Jan**, Czech Republic (w:) *International Encyclopaedia of Laws. Tort Law*, red. B. Weyts, Alphen aan den Rijn 2020 (suplement 60)
- Dubis Wojciech** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021
- Fabre-Magnan Muriel**, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris 2021
- Fikentscher Wolfgang, Heinemann Andreas**, *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, Berlin-Boston 2017
- Gawlik Bogusław**, *Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 1974
- Gutowski Maciej** (w:) *Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016
- Jastrzębski Jacek**, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007/3
- Kaliński Maciej** (w:) **Brzozowski Adam, Jastrzębski Jacek, Kaliński Maciej, Skowrońska-Bocian Elżbieta**, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2019
- Klein Alfred**, *Przesłanki odpowiedzialności kontraktowej a deliktowej*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, t. V
- Kodeks cywilny ČSR*, Warszawa 1966, Aneks do Przeglądu Ustawodawstwa i Czasopism Prawniczych Socjalistycznych Krajów Europy. Zeszyt 1 (11)
- Kondek Jędrzej Maksymilian**, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej*, Warszawa 2013
- Korzonek Jan, Rosenblüth Ignacy**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz, t. 1*, Kraków 1936
- Koziol Helmut**, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien 2012
- Koziol Helmut**, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 1. Allgemeiner Teil*, Wien 2020
- Krajewski Marcin**, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997/10
- Kubas Andrzej**, *Wynagrodzenie szkody poniesionej w cudzym interesie*, „Studia Cywilistyczne” 1979, t. XXX
- Lackoroński Bogusław** (w:) *Komentarze prawa prywatnego, t. 3A, Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017

- Lackoroński Bogusław**, *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenia dóbr*, Warszawa 2013
- Larenz Karl, Canaris Claus-Wilhelm**, *Lehrbuch des Schuldrecht. Band II: Besonderer Teil, 2. Halbband*, München 1994
- Lewaszkiwicz-Petrykowska Biruta**, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 1969/2
- Longchamps de Bérier Roman**, *Zobowiązania*, Lwów 1938
- Machnikowski Piotr** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014
- Machnikowski Piotr** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018
- Malaurie Philippe, Aynès Laurent, Stoffel-Munck Philippe**, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux 2018
- Namitkiewicz Jan**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. 1, *Część ogólna art. 1–293*, (opracowany przy współudziale A. Samolińskiego), Łódź 1949
- Nazar Mirosław**, *Glosa do wyroku SN z 13.06.2001 r. (II CKN 507/00)*, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 2002/1, poz. 3
- Nesterowicz Mirosław**, *Glosa do wyroku SN z 2.02.2003 r. (III CK 430/03)*, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 2005/2, poz. 21
- Nowakowski Zygmunt Konrad**, *Wina jako podstawa odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę*, „*Przegląd Notarialny*” 1950/1–2
- Oftinger Karl, Stark Emil Wilhelm**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil*, Zürich 1995
- Ohanowicz Alfred**, *Glosa do orzeczenia SN z 30.08.1958 r. (2 CR 772/57)*, „*Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*” 1959/11
- Opalski Adam, Oplustil Krzysztof**, *Jeszcze w sprawie odpowiedzialności członków organów spółek kapitałowych*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2013/12
- Opalski Adam, Oplustil Krzysztof**, *Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2013/3
- Osajda Konrad**, *Glosa do wyroku SN z 17.12.2004 r. (II CK 300/04)*, „*Przegląd Sądowy*” 2006/9
- Palmer Vernon Valentine**, *A comparative law sketch of pure economic loss* (w:) *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, red. M. Bussani, A.J. Sebok, Cheltenham–Northampton 2015

- Panfil Karolina** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, edycja 30, Legalis 2022
- Pyziak-Szafnicka Małgorzata**, *Glosa do wyroku SN z 13.06.2001 r. (II CKN 507/00)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002/11, poz. 140
- Radwański Zbigniew, Olejniczak Adam**, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2018
- Rey Heinz, Wildhaber Isabelle**, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich–Basel–Genf 2018
- Rezler Jan**, *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej – inaczej*, „Palestra” 1987/10–11
- Rogers W.V. Horton**, *Fault under English Tort Law* (w:) *Unification of Tort Law: Fault*, red. P. Widmer, The Hague 2005
- Safjan Marek** (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020
- Sołtysiński Stanisław**, *Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych*, Warszawa 1970
- Sośniak Mieczysław**, *Należyta staranność*, Katowice 1980
- Stelmachowski Andrzej**, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
- Szpunar Adam**, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970/15
- Tichý Luboš**, *Prävention im Haftungsrecht: Ansatz zu einer Revision* (w:) *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, red. P. Apathy, Wien 2010
- Tichý Luboš**, *Preventive Liability – a New Paradigm in Tort Law?* (w:) *Essays in Honor of Jaap Spier*, red. H. Koziol, U. Magnus, Wien 2016
- Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu. Art. 1–167*, (oprac. R. Longchamps de Bérier), Warszawa 1934
- Wagner Gerhard**, *Deliktsrecht*, München 2021
- Wagner Erika** (w:) *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§1293–1503 ABGB*, red. H. Schwimann, G. Kodek, Wien 2016
- Wałachowska Monika** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018
- Welser Rudolf, Zöchling-Jud Brigitta**, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, Schuldrecht-Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien 2015
- Widło Jacek**, *Glosa do uchwały SN z 27.04.2001 r. (III CZP 5/01)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003/6, poz. 74

Wilejczyk Magdalena, *Dlaczego nie należy chodzić w tłumie ze szpilką wystającą z rękawa? Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej za czyn własny*, „Studia Prawa Prywatnego” 2013/1

Winiger Bénédicte, Karner Ernst, Oliphant Ken, *Digest of European Tort Law, Volume 3, Essential Cases on Misconduct*, Berlin–Boston 2018

Zelek Mariusz, *Ruch przedsiębiorstwa lub zakładu jako przyczyna szkody (art. 435 § 1 k.c.) de lege lata i de lege ferenda*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2018/4

Żelechowski Łukasz, *Ochrona oznaczeń odróżniających w prawie zwalczania nieuczciwej konkurencji. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2019

Pojęcia kluczowe: *podział majątku wspólnego małżonków, nakłady z majątku odrębnego (osobistego) małżonków, Kodeks postępowania cywilnego*

Glosy

Andrzej Koziolkiewicz

CZY W SĄDOWEJ SPRAWIE O PODZIAŁ MAJĄTKU WSPÓLNEGO MAŁŻONKÓW DOPUSZCZALNE JEST ROZLICZANIE NAKŁADÓW DOKONANYCH Z MAJĄTKU OSOBISTEGO JEDNEGO Z MAŁŻONKÓW NA MAJĄTEK OSOBISTY DRUGIEGO MAŁŻONKA? – GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 24.07.2020 R. (I CSK 106/20)

Omawiane w glosie postanowienie Sądu Najwyższego z 24.07.2020 r., I CSK 106/20, dotyczy kwestii dopuszczalności dokonywania rozliczenia nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z nich w sądowym postępowaniu o podział majątku wspólnego. Sąd Najwyższy w sposób kompleksowy wskazuje, jakie są kryteria pozwalające na rozliczanie takich nakładów w postępowaniu działowym, wyjaśnia, że dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której chodzi o rozliczenie sumy nakładów dokonywanych zarówno z majątku wspólnego, jak również majątku osobistego jednego z małżonków na kompletny obiekt, i to wówczas gdy dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe. Sąd Najwyższy podaje też dalsze wymogi pozwalające sądowi na dokonanie takiego rozliczenia.

Autor co do zasady aprobuje omawiane orzeczenie Sądu Najwyższego. Wskazuje jednak, że w praktyce spełnienie przez małżonka wszystkich wymogów pozwalających na rozpoznanie jego żądania rozliczenia nakładów w postępowaniu nieprocesowym o podział majątku wspólnego jest trudne do zrealizowania. W związku z tym autor opowiada się za orzecznictwem liberali-

zacją wymogów pozwalających na rozpoznawanie takiego żądania w sprawie o podział majątku wspólnego, wskazując na pozytywne skutki praktyczne takiej liberalizacji.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 24.07.2020 r. (I CSK 106/20)¹

Żądanie rozliczenia nakładów dokonanych z majątku odrębnego (obecnie osobistego) jednego z małżonków na majątek odrębny (obecnie osobisty) drugiego z małżonków powinno być rozpoznane w procesie, a jedynie wyjątkowo – co zostanie bliżej wyjaśnione dalej – może być rozpoznane także w postępowaniu o podział majątku wspólnego. Jeżeli skarga kasacyjna dotyczy wyłącznie żądania, dla którego właściwa jest droga postępowania procesowego, należy przyjąć dopuszczalność skargi, jeżeli wartość przedmiotu zaskarżenia przekracza kwotę wynikającą z art. 398² § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, wyznaczającą granicę dopuszczalności skargi kasacyjnej w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu procesowym.

I

Wyjątkowo w postępowaniu o podział majątku wspólnego mogą podlegać rozliczeniu również nakłady z majątku odrębnego (obecnie osobistego) małżonków na majątek odrębny (osobisty) jednego z nich. Dotyczy to takiej sytuacji, w której chodzi o rozliczenie sumy nakładów dokonywanych zarówno z majątku wspólnego, jak również majątku osobistego jednego z małżonków na kompletny obiekt, gdy dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe. Okolicznością, która może uzasadniać dodatkowo potrzebę rozliczenia takich nakładów w postępowaniu o podział majątku wspólnego, może być również wysokość wchodzącego w rachubę roszczenia o zwrot nakładów i wydatków do-

konanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z nich, jeżeli może ona mieć znaczenie dla oceny sytuacji majątkowej małżonków, a w konsekwencji wyboru przez sąd sposobu podziału składników majątku wspólnego przy uwzględnieniu należnych spłat i dopłat przysługujących jednemu z małżonków od drugiego z nich.

Omawiane roszczenie może być rozpoznane w postępowaniu o podział majątku wspólnego tylko wtedy, gdy zostanie zgłoszone i sprecyzowane co do wysokości przez małżonka, który dokonał nakładów z jego majątku osobistego na majątek osobisty drugiego z małżonków.

II

Jeżeli skarga kasacyjna dotyczy wyłącznie żądania, dla którego właściwa jest droga postępowania procesowego, należy przyjąć dopuszczalność

¹ Postanowienie SN z 24.07.2020 r. (I CSK 106/20), Legalis nr 2503215.

skargi, jeżeli wartość przedmiotu zażalenie przekracza kwotę wynikającą z art. 398² § 1 Kodeksu postępowania cywilnego² wyznaczającą granicę dopuszczalności skargi kasacyjnej w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu procesowym.

Głosowane postanowienie Sądu Najwyższego z 24.07.2020 r. stanowi kolejną wypowiedź w przedmiocie dopuszczalności rozliczania w sprawie sądowej o podział majątku wspólnego nakładów dokonanych z majątku osobistego małżonka na majątek osobisty drugiego małżonka.

III

Po wejściu w życie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³ przez długi czas tak literatura⁴, jak i orzecznictwo⁵ konsekwentnie stały na stanowisku, że

² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 403 ze zm.), dalej k.p.c.

³ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2022 r. poz. 2140 ze zm.), dalej k.r.o.

⁴ S. Breyer, S. Gross (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 228 – Nie są objęte (...) hipotecznością art. 45 i nie podlegają wyrównaniom przy podziale majątku wspólnego wydatki i nakłady poczynione kosztem majątku odrębnego jednego z małżonków na majątek odrębny drugiego. Rozliczenia te bowiem podlegają ogólnym normom prawa i postępowania cywilnego.

⁵ Np. postanowienie SN z 9.01.1984 r. (III CRN 315/83), *Legalis* nr 24039 – Hipotecznością przepisów art. 567 § 1 k.p.c. w zw. z art. 45 § 1 k.r.o. nie jest objęte rozstrzygnięcie, jakie wydatki z majątku odrębnego jednego z małżonków na rzecz majątku odrębnego drugiego z nich podlegają zwrotowi. Zgodnie z ogólną zasadą wypowiedzianą w art. 13 § 1 k.p.c. sprawę, w której chodzi o wymienione rozstrzygnięcie, sąd rozpoznaje w procesie.

w sądowej sprawie o podział majątku wspólnego nie rozlicza się nakładów z majątku odrębnego jednego małżonka na majątek odrębny drugiego.

Pewnym przełomem w tej sprawie stała się uchwała Sądu Najwyższego z 16.12.1980 r.⁶, gdzie w tezie II sąd ten stwierdził, w sposób dość ogólny, że w postępowaniu o podział majątku wspólnego rozliczeniu podlegają również nakłady z majątku wspólnego małżonków na majątek odrębny jednego z nich.

W uzasadnieniu uchwały argumentował Sąd Najwyższy, że przepis art. 45 § 1 k.r.o. stanowi, że przy podziale majątku wspólnego zwrotowi podlegają wydatki i nakłady poczynione z majątku wspólnego na majątek odrębny bądź też z majątku odrębnego na majątek wspólny, lecz uchwała dotyczy sytuacji, gdy na majątek odrębny jednego z małżonków dokonano nakładów zarówno z majątku wspólnego, jak i z majątków odrębnych każdego z małżonków. Choć wydawać by się mogło, że w postępowaniu o podział majątku wspólnego nie mogą być rozliczane nakłady z majątku odrębnego na majątek odrębny, lecz gdy chodzi o rozliczenie sumy nakładów na kompletny obiekt, dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe. W przepisach art. 567 i art. 618 k.p.c. widoczna jest tendencja do całościowego rozliczania wszystkich nakładów w jednym postępowaniu⁷.

⁶ Uchwała SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80), OSNC 1981/11, poz. 206.

⁷ Uchwała z 16.12.1980 r. spotkała się z aprobatą M. Sychowicza (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2000,

W wyroku z 7.06.2002 r.⁸ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nakłady z majątku odrębnego jednego małżonków na majątek odrębny drugiego podlegają rozliczeniu z majątku wspólnego tylko wówczas, gdy na przedmiot majątkowy stanowiący majątek odrębny jednego z małżonków dokonano nakładów zarówno z majątku wspólnego, jak i z majątku odrębnego małżonków.

Wydając ten wyrok, Sąd Najwyższy wskazał, że treść art. 45 § 1 k.r.o. pozwala przyjąć, że przepis ten – jako materialnoprawna podstawa rozliczenia małżonków – dotyczy zwrotu nakładów z majątku wspólnego na majątek odrębny jednego z małżonków oraz z majątku odrębnego na majątek wspólny, lecz nie rozstrzyga sposobu rozliczenia nakładów dokonanych z majątku odrębnego jednego z małżonków na majątek odrębny drugiego z małżonków, a podstawę materialnoprawną tych rozliczeń stanowią przepisy Kodeksu cywilnego⁹.

W uzasadnieniu wyroku przypomniał Sąd Najwyższy stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w przywołanej wyżej uchwale SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80), wyjaśniającej, że w postępowaniu o podział majątku wspólnego rozliczeniu podlegają również nakłady z majątku odrębnego małżonków na majątek odrębny jednego z nich, lecz jedynie w wyjątkowych

sytuacjach, w których zachodzi potrzeba kompleksowego rozliczenia małżonków w jednym postępowaniu ze względu na przedmiot majątkowy, którego dotyczy to postępowanie, w szczególności zaś, gdy na rzecz stanowiącą majątek odrębny jednego z małżonków dokonano nakładów zarówno z majątku wspólnego, jak i z majątków odrębnych małżonków. Gdy taka sytuacja nie występuje, a uczestnik dochodzi zwrotu nakładów poczynionych wyłącznie ze swojego majątku odrębnego na przedmiot majątkowy będący majątkiem odrębnym drugiego małżonka, to rozliczenie z tego tytułu nie jest dopuszczalne w postępowaniu o podział majątku wspólnego stron, bo sprzeciwia się temu treść art. 45 § 1 k.r.o., który nie stanowi materialnoprawnej podstawy do rozliczenia nakładów dokonanych z majątku.

Także w postanowieniu z 9.05.2003 r.¹⁰ Sąd Najwyższy, uznając, że co do zasady nie jest możliwe w postępowaniu o podział majątku wspólnego rozliczanie nakładów z majątku odrębnego małżonków na majątek odrębny jednego z nich, za dopuszczalne uznał rozliczenie w takim postępowaniu nakładów poczynionych z jednego majątku odrębnego na drugi majątek odrębny w tej szczególnej sytuacji, gdy na nieruchomości stanowiącej majątek odrębny powstał obiekt kosztem wszystkich mas majątkowych, w tym majątku wspólnego. Taki jedynie przypadek wskazuje, w myśl stanowiska Sądu Najwyższego, na potrzebę kom-

s. 236, teza 28, acz aprobatą dotyczyła głównie sposobu określania wartości nakładów, określonego w tezie I uchwały.

⁸ Wyrok z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), Legalis nr 55860.

⁹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 326 ze zm.), dalej k.c.

¹⁰ Postanowienie z 9.05.2003 r. (V CKN 363/01), Legalis nr 278648.

pleksowego rozliczenia całości nakładów w jednym postępowaniu.

Wspomniał ponownie Sąd Najwyższy, że skoro judykatura w tej kwestii nie jest jednolita, a hipoteza art. 45 k.r.o. i art. 567 § 1 k.p.c. nie obejmuje tych roszczeń, to należy przyjąć, że stosuje się do nich przepisy Kodeksu cywilnego, z tego zaś tytułu można ich dochodzić w drodze procesu cywilnego.

Aprobował jednocześnie Sąd Najwyższy w całości uzasadnienie uchwały SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80, uznając za dopuszczalne rozliczenie w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładów poczynionych z jednego majątku odrębnego na drugi majątek odrębny, ale tylko w tej szczególnej sytuacji, gdy na nieruchomości stanowiącej majątek odrębny powstał obiekt kosztem wszystkich mas majątkowych, w tym majątku wspólnego. Taki jedynie przypadek wskazuje na potrzebę kompleksowego rozliczenia całości nakładów w jednym postępowaniu¹¹.

W postanowieniu z 23.06.2020 r.¹² Sąd Najwyższy stwierdził, że w postępowaniu o podział majątku wspól-

nego rozliczeniu podlegają również nakłady z majątku odrębnego (osobistego) małżonków na majątek odrębny (osobisty) jednego z nich, szczególnie jeśli dotyczą rzeczy, na którą poczyniono również nakłady z majątku wspólnego. Nie oznacza to jednak, że rozliczenia tych nakładów mieszczą się w hipotezie art. 45 k.r.o. Nie istnieje inna podstawa prawna poza instytucją nienależnego świadczenia, zgodnie z którą następowałyby rozliczenie tego typu roszczeń.

Również orzecznictwo sądów powszechnych w omawianej kwestii też było i jest nadal niejednolite.

Znaczna część sądów opowiada się przeciwko jakiegokolwiek możliwości rozliczania takich nakładów¹³.

W wyroku z 28.06.2019 r.¹⁴ Sąd Okręgowy w Gdańsku podzielił natomiast w pełni stanowisko prawne wyrażone kilkakrotnie przez Sąd Najwyższy, w tym w cytowanym już wyroku z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), w którym wskazano, że nakłady z majątku odrębnego jednego z małżonków na majątek odrębny drugiego podlegają rozliczeniu z majątku wspólnego

¹¹ Regulacja z art. 686 k.p.c. w zw. z art. 567 § 3 k.p.c. dotyczy nakładów małżonków poczynionych wyłącznie na majątek wspólny. Inne rozumienie art. 686 k.p.c. pozostawałoby w sprzeczności zarówno ze stanowiskiem piśmiennictwa, jak i pośrednio judykatury, z której wynika, że katalog sporów podlegających rozpoznaniu w postępowaniu działowym jest wyczerpujący i nie powinien być rozszerzany – por. np. uchwała SN z 30.05.1980 r. (III CZP 26/80), OSNCP 1980/12, poz. 229, czy postanowienie SN z 31.08.1966 r. (III CR 156/66), OSNCP 1967/2, poz. 35.

¹² Postanowienie SN z 23.06.2020 r. (IV CSK 725/19), www.sn.pl.

¹³ Tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 18.03.2014 r. (I C 257/13), www.orzeczenia.gliwice.so.gov.pl – przepis art. 45 k.r.o. nie reguluje rozliczeń z tytułu wydatków i nakładów poczynionych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z małżonków. Podstawę materialnoprawną tych rozliczeń stanowią przepisy Kodeksu cywilnego. Brak jest przepisów, które pozwalałyby na dochodzenie roszczeń wynikających z tych rozliczeń na innej drodze niż droga procesu, a zwłaszcza w postępowaniu o podział majątku wspólnego.

¹⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 28.06.2019 r. (XV C 996/16), niepubl.

wówczas, gdy na przedmiot majątkowy stanowiący majątek odrębny jednego z małżonków dokonano nakładów zarówno z majątku wspólnego, jak i z majątku odrębnego małżonków.

Pośrednie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Sieradzu w postanowieniu z 26.04.2021 r.¹⁵, wskazując, że konstrukcja rozliczenia w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładów poczynionych z jednego majątku osobistego na drugi majątek osobisty nie ma wyraźnego umocowania w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, ale wyjątkowo, w postępowaniu o podział majątku wspólnego mogą podlegać rozliczeniu również nakłady z majątku osobistego małżonków na majątek osobisty jednego z nich. Dotyczy to takiej sytuacji, w której chodzi o rozliczenie sumy nakładów dokonywanych zarówno z majątku wspólnego, jak również majątku osobistego jednego z małżonków na kompletny obiekt, gdy dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe.

IV

W omawianym orzeczeniu z 24.07.2020 r. Sąd Najwyższy kontynuuje utrwaloną już linię orzecznictwa, lecz jednocześnie w sposób kompleksowy i w miarę wyczerpujący omawia dodatkowe warunki, w jakich dopuszczalne jest rozliczanie w postępowaniu o podział majątku wspólnego

go nakładów z majątku osobistego jednego małżonka na majątek osobisty drugiego.

Z uwagi na fakt, że jednolita linia orzecznictwa SN utrzymała się jeszcze przed nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, przypomina Sąd Najwyższy, że ustawą z 17.06.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹⁶, która weszła w życie z dniem 20.01.2005 r., zmieniono wiele przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych, w tym ustawowego ustroju majątkowego. Jedną ze zmian dotyczyła art. 33 k.r.o., w którym występujące dotychczas pojęcie „majątek odrębny” zastąpiono pojęciem „majątek osobisty”. Terminem tym ustawodawca posłużył się też w innych przepisach tego kodeksu, w tym w art. 45 k.r.o. w miejsce występującego w tych przepisach dotychczasowego terminu „majątek odrębny”. Artykuł 4 tej ustawy stanowił również, że ilekroć w odrębnych przepisach jest mowa o majątku odrębnym małżonka, rozumie się przez to jego majątek osobisty. Zgodnie z art. 567 § 1 k.p.c. w postępowaniu o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami sąd rozstrzyga także o żądaniu ustalenia nierównych udziałów małżonków w majątku wspólnym oraz o tym, jakie wydatki, nakłady i inne świadczenia z majątku wspólnego na majątek osobisty lub odwrotnie podlegają zwrotowi.

¹⁵ Postanowienie Sądu Okręgowego w Sieradzu z 26.04.2021 r. (I Ca 83/21), www.orzeczenia.ms.gov.pl.

¹⁶ Ustawa z 17.06.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 162 poz. 1691).

Dodał Sąd Najwyższy, że i ze znolizowanych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego również nie wynika podstawa uzasadniająca możliwość żądania zwrotu wydatków i nakładów dokonanych w trakcie trwania wspólności ustawowej z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z małżonków po ustaniu wspólności majątkowej. W art. 567 § 1 k.p.c. nie wymienia się tego rodzaju żądania jako podlegającego rozpoznaniu w sprawie o podział majątku wspólnego, a z przepisu art. 686 k.p.c. w zw. z art. 567 § 3 k.p.c. nie wynika uprawnienie do domagania się rozstrzygnięcia o tego rodzaju żądaniu w ramach sprawy o podział majątku wspólnego.

Wskazał też Sąd Najwyższy, że roszczenie o zwrot nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z małżonków opiera się na odmiennych okolicznościach faktycznych, a to sytuacji, gdy środki pochodzące z majątku osobistego jednego z małżonków służyły finansowaniu nakładów i wydatków na majątek osobisty drugiego z nich. Dlatego też ponoszenie takich nakładów i wydatków jest irrelevantne dla majątku wspólnego małżonków, a roszczenie o zwrot tych nakładów nie ma podstawy w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w szczególności w art. 45 k.r.o.¹⁷, lecz w przepisach ogólnych prawa cywilnego, w tym – co zależy od konkretnych okoliczności dokonania tych nakładów i wydatków – w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Wo-

bec braku przepisów szczególnych określających sposób dochodzenia tego rodzaju roszczeń podlegają one rozpoznaniu, zgodnie z art. 13 § 1 zd. pierwsze k.p.c., w procesie¹⁸.

Konsekwencją tak określonego charakteru prawnego roszczeń o zwrot wydatków i nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z nich jest to, że podlegają one rozpoznaniu przez sąd tylko w razie wniesienia o nie powództwa przez jednego z małżonków. O roszczeniach tych sąd nie orzeka więc z urzędu.

Roszczenie to może być rozpoznane w postępowaniu o podział majątku wspólnego zatem tylko wtedy, gdy zostanie ono zgłoszone i sprecyzowane co do wysokości przez małżonka, który dokonał nakładów z majątku osobistego na majątek osobisty drugiego z małżonków.

Sąd Najwyższy konsekwentnie uznał, że żądanie to, acz dochodzone w sprawie o podział majątku wspólnego, ma nadal charakter procesowy. Konsekwencją tego jest, że powinno być ono sformułowane tak jak żądanie pozwu o świadczenie – o zasądzenie konkretnej sumy, a co więcej, uczestnik powinien przytoczyć fakty na poparcie swego żądania.

Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że orzecznictwo konsekwentnie opowiedziało się za tym, że zasadę tę stosuje się również przy rozliczaniu w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny.

¹⁷ Por. wyrok SN z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), OSNC 2003/9, poz. 123.

¹⁸ Tak postanowienie SN z 9.01.1984 r. (III CRN 315/83), „Gazeta Prawna” 1984/17, Legalis nr 24039.

Ze względu na treść art. 45 § 1 k.r.o. oraz art. 567 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 618 k.p.c. i 688 k.p.c. w judykaturze¹⁹ i w piśmiennictwie przyjęte zostało, że o zwrocie wydatków i nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny orzeka sąd wyłącznie na wniosek, a nie z urzędu, gdyż roszczenia te nie wchodzą w skład majątku wspólnego małżonków. Domagający się ich zwrotu zobowiązany jest dokładnie określić te żądania, zgodnie z art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., a żądaniami tymi sąd jest związany (art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.)²⁰.

Zgłoszone żądanie rozliczenia nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny małżonków w toku postępowania o podział majątku wspólnego ma charakter procesowy i nie podlega badaniu przez sąd z urzędu. Obowiązuje tu kontrydiktoryjność, której istota sprowadza się do nałożenia na strony procesu obowiązku wykazywania inicjatywy w zakresie materiału dowodowego, tak by uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie sporu zawisłego przed sądem²¹.

Sąd orzeka zatem w kwestii nakładów z majątku osobistego którekolwiek z małżonków na majątek wspólny²² tylko wówczas, gdy którykolwiek z małżonków wystąpi

z takim żądaniem, żądanie to zostało zgłoszone w piśmie procesowym odpowiadającym wymaganiam pozwu (art. 511 § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c.) i zawiera dokładne określenie wysokości żądania z tytułu nakładów oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających to żądanie²³.

Wracając zaś do rozliczania w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego, wskazać należy, że przed zgłaszającym żądanie tego rozliczenia małżonkiem postawione są dalej idące wymagania.

Nie jest zwłaszcza wystarczające samo tylko kwotowe wykazanie tego, w jakiej wysokości środki z jego majątku osobistego użyte zostały na obiekt wzniesiony na nieruchomości drugiego małżonka.

Dalszym wymogiem jest to, że małżonek powinien wykazać, że nakładów z jego majątku osobistego na majątek osobisty współmałżonka nie da się oddzielić od nakładów z majątku wspólnego i nakładów z majątku osobistego współmałżonka.

Uczestnik dochodzący takiego rozliczenia musi zatem nie tylko udowodnić sam fakt poniesienia nakładów ze swego majątku osobistego na majątek osobisty współmałżonka, lecz również ciąży na nim obowiązek wykazania, że nakłady te powinny być rozliczone wyjątkowo w sprawie o podział majątku wspólnego, a nie być rozpoznane w oddzielnym proce-

¹⁹ Np. postanowienie SN z 27.01.1970 r. (III CRN 527/69), OSNCP 1970/9, poz. 164.

²⁰ Postanowienie SN z 16.10.1997 r. (II CKN 395/97), Legalis nr 31689.

²¹ Tak postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 29.12.2020 r. (II Ca 501/20), niepubl.

²² Szerzej A. Koziolkiewicz, *Sądowy podział majątku wspólnego – wybrane zagadnienia praktyczne, część druga*, „Gdański Kwartalnik Adwokacki” 2022/60, s. 16, https://issuu.com/ora_gdansk/docs/_gka_nr_60 (dostęp: 19.03.2023 r.).

²³ Tak. np. postanowienie SN z 27.01.1970 r. (III CRN 527/69), OSNCP 1970/9, poz. 164.

sie. Jak wskazałem wyżej, roszczenie o zwrot tych nakładów nie ma podstawy w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w szczególności w art. 45 k.r.o.²⁴, podlegają one co do zasady rozpoznaniu, w myśl art. 13 § 1 zd. pierwsze k.p.c., w procesie²⁵.

W utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że wyjątkowo w postępowaniu o podział majątku wspólnego mogą podlegać rozliczeniu również nakłady z majątku osobistego małżonków na majątek osobisty jednego z nich²⁶. Dotyczy to sytuacji, w której chodzi o rozliczenie sumy nakładów dokonywanych zarówno z majątku wspólnego, jak również majątku osobistego jednego z małżonków na kompletny obiekt, gdy dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe.

Powyższy pogląd prawny aprobejuje np. Krystyna Gromek²⁷, wskazując, że zgodnie ze stanowiskiem SN (postanowienie z 5.10.2018 r.²⁸) zasadą pozostaje rozliczanie w podziale majątku wspólnego wyłącznie nakładów czynionych między majątkami wspólnymi i osobistymi. Rozliczenie nakładów czynio-

nych z majątku osobistego małżonka na majątek osobisty drugiego z nich jest dopuszczalne tylko w takiej szczególnej sytuacji, gdy na nieruchomości stanowiącej majątek osobisty jednego z małżonków powstał obiekt budowlany kosztem wszystkich mas majątkowych pozostających w dyspozycji obojga małżonków. W takim przypadku nakłady poczynione na jego powstanie wymagają kompleksowego rozliczenia.

Jednak i to nie jest jeszcze, zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w omawianym orzeczeniu, warunkiem wystarczającym.

Kolejną okolicznością uzasadniającą potrzebę rozliczenia takich nakładów w postępowaniu o podział majątku wspólnego może być wysokość wchodzącego w rachubę roszczenia o zwrot nakładów i wydatków dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z nich, jeżeli może ona mieć znaczenie dla oceny sytuacji majątkowej małżonków, a w konsekwencji wyboru przez sąd sposobu podziału składników majątku wspólnego przy uwzględnieniu należnych spłat i dopłat przysługujących jednemu z małżonków od drugiego z nich.

Nawet sytuacja, gdy obiekt budowlany wzniesiony na nieruchomości stanowiącej majątek osobisty jednego z małżonków powstał aż z trzech mas majątkowych, a to: majątku wspólnego oraz majątków osobistych małżonków, nie nakazuje, zdaniem Sądu Najwyższego, by brak rozliczenia nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty wnioskodawczyni sam przez się stanowił przeszkodę do wyodrębnienia,

²⁴ Por. wyrok SN z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), OSNC 2003/9, poz. 123.

²⁵ Por. postanowienie SN z 9.01.1984 r. (III CRN 315/83), Legalis nr 24039.

²⁶ Por. m.in. uchwała SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80), OSNC 1981/11, poz. 206; wyrok SN z 7.06.2002 r. (IV CKN 1108/00), OSNC 2003, nr 9, poz. 123. postanowienie SN z 5.10.2018 r. (III CSK 189/18), Legalis nr 1827783; postanowienie SN z 5.04.2019 r. (I CSK 140/18), Legalis nr 1893011.

²⁷ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 45 pkt 2 k.r.o.

²⁸ Postanowienie SN z 5.10.2018 r. (III CSK 189/18), Legalis nr 1827783.

ustalenia rodzaju, zakresu i wartości nakładów na ten obiekt dokonanych z majątku wspólnego. W konsekwencji skutkuje to tym, że dokonanie rozliczenia nakładów dokonanych z majątku wspólnego na majątek odrębny małżonka jest możliwe bez konieczności kompleksowego rozliczenia nakładów na majątek osobisty dokonanych z majątku wspólnego oraz z majątku osobistego drugiego małżonka.

Wyjaśnia Sąd Najwyższy, że dochodzący rozliczenia małżonek nie tylko powinien określić swe żądanie kwotowo, ale jednocześnie wskazać, jaką część równowartości wszystkich nakładów na nieruchomość drugiego małżonka stanowiły nakłady dokonane z jego majątku osobistego, i to – tak jak w odniesieniu do nakładów dokonanych z majątku wspólnego na ten sam obiekt – na chwilę wydania orzeczenia o podziale.

Nie jest natomiast wystarczające zgłoszenie żądania rozliczenia obejmującego jedynie nominalną kwotę wydatkowaną z majątku osobistego na nakłady na budowę domu na nieruchomości drugiego małżonka.

Zgłoszenie żądania rozliczenia kwoty nominalnej, nawet w sprawie w pełni udowodnionej, nie powoduje, by w sprawie o podział majątku wspólnego zachodziła konieczność dokonania kompleksowego rozliczenia nakładów dokonanych z majątku wspólnego na majątek osobisty drugiego małżonka oraz nakładów z majątku osobistego uczestnika na majątek osobisty drugiego małżonka.

Dokonanie rozliczenia takich nakładów tylko w sumie nominalnej nie miałyby też znaczenia dla sposobu

podziału składników majątku wspólnego, skoro jedynym skutkiem tego rozliczenia byłoby obniżenie kwoty należnej spłaty²⁹.

Małżonek żądający rozliczenia nakładów z majątku osobistego musi dodatkowo wykazać, że pominięcie rozliczenia w sprawie nakładów dokonanych z jego majątku osobistego na majątek osobisty drugiego małżonka ma wpływ na sposób podziału składników majątku wspólnego. Uważam, że ten ostatni wymóg jest w praktyce dość trudny do zrealizowania.

V

Na gruncie wykładni orzeczniczej art. 45 § 1 k.r.o. wyrażono w orzecznictwie pogląd, że w sytuacji gdy nakłady pochodzące z majątku wspólnego zostały poczynione na budowę domu na gruncie wchodzącym w skład majątku osobistego jednego z małżonków, wartość tych nakładów określa się w ten sposób, że najpierw ustala się ułamkowy udział nakładów małżonków w wartości domu z czasu jego budowy, a następnie oblicza się ten sam ułamkowy udział w wartości domu według cen rynkowych³⁰.

²⁹ Odmienne postanowienie SN z 26.11.2021 r. (III CNP 10/21), Legalis nr 2689664, gdzie Sąd Najwyższy wydaje się dopuszczać możliwość rozliczenia także nakładu pieniężnego, sumy uzyskanej ze zbycia lokalu mieszkalnego, będącego jego majątkiem wspólnym, dokonanego przez jednego z małżonków na sfinansowanie nabycia mieszkania stanowiącego majątek osobisty drugiego małżonka.

³⁰ Tak uchwała SN z 16.12.1980 r. (III CZP 46/80), OSNC 1981/11, poz. 206; zob. też uchwała SN z 12.04.1989 r. (III CZP 31/89), LEX nr 146220; uchwała SN z 5.10.1990 r. (III CZP 55/90), OSNC 1991/4, poz. 48.

Choć podstawą materialnoprawną rozliczania nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na budowę domu na nieruchomości drugiego małżonka będą głównie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, nie ma moim zdaniem przeszkód, by rozliczać ich wartość w podobny sposób, a to tak, jak rozliczane są nakłady z majątku osobistego na majątek wspólny.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje jednak pogląd, że zasądzeniu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia podlega kwota odpowiadająca wartości wzbogacenia istniejącego w chwili wyrokowania w sprawie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, co oznacza konieczność jej ustalenia według stanu wzbogacenia i cen z daty wyrokowania (art. 405 k.c. w zw. z art. 316 k.p.c. i w zw. z art. 363 § 2 k.c. stosowanym w drodze analogii). Pogląd ten zasługuje na podzielenie, skoro świadczenie takie, jako od początku niepieniężne, nie podlega waloryzacji (art. 358¹ § 3 k.c.), a zwrotowi powinna podlegać aktualna wartość wzbogacenia, co najlepiej odpowiada celowi tej instytucji³¹.

Tym samym i w sytuacji, gdy małżonek ponosił nakłady na budowę domu wchodzącego w skład majątku osobistego drugiego małżonka, najpierw ustalić należy kwotowo wysokość tych

nakładów i ich procentowy udział w wartości domu według cen rynkowych z czasów jego budowy, a następnie ustalić ten sam procentowy udział w wartości domu według cen rynkowych z daty orzekania. Pomocne może okazać się w tym zakresie zastosowanie wprost mechanizmów wypracowanych w praktyce przy rozliczeniu nakładów z majątku wspólnego na majątek osobisty jednego z małżonków.

Co do zasady – wobec pozostawania przez strony w związku małżeńskim i prowadzenia razem gospodarstwa domowego i działalności gospodarczej „ze wspólnego portfela”, bez rozliczania się z wnoszonych dochodów i ponoszonych wydatków – nie można też wykluczyć możliwości skorzystania przez sąd z art. 322 k.p.c., zwłaszcza przy określeniu proporcji, w jakiej małżonkowie partycypowali w finansowaniu budowy domu na działce stanowiącej majątek osobisty jednego z nich. Niemożność dokładnego udowodnienia wysokości dochodzonego roszczenia będzie bowiem mogła być w tych warunkach zakwalifikowana jako mająca charakter obiektywny³².

Uważam natomiast, że przy rozliczaniu nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego nie mają zastosowania art. 224–231 k.c., bo dotyczą one rozliczenia nakładów uczynionych przez samoistnego posiadacza rzeczy, w przypadku gdy jej właściciel został wyzuty z posiadania³³.

³¹ Por. m.in. wyrok SN z 12.03.1998 r. (I CKN 522/97), OSNC 1998/11, poz. 176; wyrok SN z 3.10.2003 r. (III CKN 1313/00), „Monitor Prawniczy 2006/10, s. 542; wyrok SN z 7.05.2009 r. (IV CSK 27/09), Legalis nr 264464; wyrok SN z 19.06.2015 r. (IV CSK 565/14), Legalis nr 1326251; wyrok SN z 12.04.2016 r. (II CSK 302/15), Legalis nr 2695379; wyrok SN z 21.03.2018 r. (V CSK 215/17), Legalis nr 1781956.

³² Por. m.in. wyrok SN z 31.01.2019 r. (V CSK 599/17), Legalis nr 1872715.

³³ Tak słusznie np. postanowienie SN z 3.10.2012 r. (II CSK 113/12), Legalis nr 606405.

VI

Sąd Najwyższy uznał, że w sytuacji gdy żądanie rozliczenia nakładów z majątku osobistego uczestnika na majątek osobisty b. małżonki nie zostało rozpoznane w sprawie o podział majątku wspólnego, powinno ono podlegać rozpoznaniu w oddzielnym postępowaniu procesowym. W nowym postępowaniu procesowym uczestnik (tamże odpowiednio powód) ma możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu dokonania takich nakładów, a w tym nowym postępowaniu może przedstawić on także inne dowody niż wskazane i przeprowadzone w postępowaniu o podział majątku wspólnego na fakt poniesienia przez niego takich nakładów.

Mając na uwadze długotrwałość (a wręcz przewlekłość) postępowań o podział majątku wspólnego, od strony praktycznej przypominam tu o bieżących terminach przedawnienia takich roszczeń. Pozostawienie tych roszczeń bez rozpoznania nie skutkuje, moim zdaniem, przerwaniem biegu ich przedawnienia.

Sąd Najwyższy w samej sentencji postanowienia nie wyjaśnił niestety tego, w jaki sposób powinien sąd powszechny orzec o pozostawieniu żądania rozliczenia nakładów z majątku osobistego na majątek osobisty drugiego małżonka. Jest to o tyle istotne, że gdy żądanie zasądzenia konkretnej sumy zostało prawidłowo zgłoszone, a zostało też ono udowodnione, to nie powinno być ono przez sąd działowy oddalone.

Opowiadam się za tym, by w sentencji postanowienia było zamieszczone oddzielne orzeczenie o pozostawieniu takiego żądania bez rozpoznania. Dyskusyjne jest zaś to, czy możliwe byłoby nadto zamieszczenie wcześniejszego ustalenia, że określone kwotowo nakłady z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego zostały dokonane. Opowiadam się przeciw takiej możliwości, skoro w nowej sprawie procesowej małżonek może od początku udowodniać fakt poniesienia nakładów, tak co do rodzaju nakładów, jak i ich aktualnej wartości rynkowej.

VII

W tezie II omawianego orzeczenia Sąd Najwyższy trafnie uznał, że jeżeli skarga kasacyjna dotyczy wyłącznie żądania, dla którego właściwa jest droga postępowania procesowego, należy przyjąć dopuszczalność skargi, jeżeli wartość przedmiotu zaskarżenia przekracza kwotę wynikającą z art. 398² § 1 k.p.c., wyznaczającą granicę dopuszczalności skargi kasacyjnej w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu procesowym.

Sąd Najwyższy przytoczył w tej mierze następującą argumentację jurydyczną.

Żądanie rozliczenia nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z małżonków powinno być rozpoznane w procesie, a jedynie wyjątkowo może być rozpoznane także w postępowaniu o podział majątku wspólnego. Jeżeli skarga kasacyjna dotyczy wyłącznie żądania, dla którego właściwa jest droga postępowania procesowego, należy przyjąć dopuszczalność skargi, jeżeli wartość przedmiotu zaskarżenia przekracza kwotę

wynikającą z art. 398² § 1 k.p.c., wyznaczającą granicę dopuszczalności skargi kasacyjnej w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu procesowym.

Stanowisko Sądu Najwyższego zasługuje moim zdaniem na aprobatę. Rzeczywiście żądanie rozliczenia nakładów dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z małżonków powinno być rozpoznane w sprawie o podział majątku wspólnego wedle reguł przewidzianych dla postępowania procesowego, mimo odmiennego trybu rozpatrywania, a przez rozpoznanie tego żądania w sprawie działowej nie traci ono swego charakteru prawnego, nie przestaje być żądaniem procesowym.

Interesujące jest to, czy ten pogląd prawny Sądu Najwyższego ma poprzez analogię zastosowanie do zgłoszonego w sprawie o podział majątku wspólnego żądania rozliczenia nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny. Są to też żądania, których dochodzić można też i w trybie procesowym, np. gdy nie ma innych składników majątku wspólnego, a możliwe jest tylko samo rozliczenie nakładów.

W trybie postępowania procesowego można nadto żądać zwrotu do majątku wspólnego nakładów poczynionych na majątek osobisty jeszcze przed ustaniem wspólności majątkowej, tzw. wcześniejszego zwrotu w myśl art. 45§ 2 k.r.o., jeżeli wymaga tego dobro rodziny.

Opowiadam się, by i w tych przypadkach żądania takie zostały potraktowane tak jak możliwe do dochodzenia w procesie, a zatem by war-

tość przedmiotu zaskarżenia oparta była na progu określonym w art. 398² § 1 k.p.c., czyli tak jak dla roszczeń dochodzonych w procesie.

VIII

Uważam, że omawiane postanowienie Sądu Najwyższego z 24.07.2020 r. (I CSK 106/20) zasługuje w przeważającej części na aprobatę.

Wpisuje się ono w utrwaloną już linię orzecznictwa Sądu Najwyższego, zgodnie z którą w postępowaniu o podział majątku wspólnego mogą podlegać rozliczeniu również nakłady z majątku osobistego małżonka na majątek osobisty drugiego z nich, lecz tylko wyjątkowo. Podstawowym kryterium dopuszczalności jest sytuacja, w której niezbędne jest rozliczenie sumy nakładów dokonywanych zarówno z majątku wspólnego, jak również majątku osobistego jednego z małżonków na kompletny obiekt, i to tylko gdy dokonywanie tych rozliczeń w dwóch odrębnych postępowaniach byłoby niecelowe.

Linia ta została potwierdzona i w najnowszym orzecznictwie SN, na przykład w postanowieniu Sądu Najwyższego z 26.11.2021 r.³⁴, w którym sąd ten uznał, że nakłady z majątku osobistego małżonków na majątek osobisty jednego z nich mogą być rozliczane zwłaszcza wtedy, gdy dotyczą rzeczy, na którą poczyniono również nakłady z majątku wspólnego i z majątku osobistego jednego z małżonków na „kompletny obiekt”,

³⁴ Postanowienie SN z 26.11.2021 r. (III CNP 10/21), Legalis nr 2689664. Wcześniej na przykład postanowienie SN z 5.04.2019 r. (I CSK 140/18), Legalis nr 1893011.

jeżeli dokonanie rozliczenia w dwóch postępowaniach byłoby niecelowe.

Wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu omawianego orzeczenia także i na dalej idące wymagania co do możliwości rozliczenia nakładów z majątku osobistego małżonka na majątek osobisty drugiego w postępowaniu sądowym o podział majątku wspólnego.

Zgodzić się należy z tym, że niewystarczające jest zgłoszenie przez małżonka samego żądania rozliczenia obejmującego jedynie nominalną kwotę wydatkowaną z jego majątku osobistego na nakłady na budowę domu na nieruchomości będącej majątkiem osobistym drugiego małżonka. Zwrotu takiej sumy nominalnej może wszak małżonek dochodzić w oddzielnym postępowaniu procesowym, i to prowadzonym równoległe do postępowania o podział majątku wspólnego, a wynik tego postępowania nie będzie pozostawał w związku z rozpoznaniem sprawy o podział majątku wspólnego.

Dyskusyjne wydaje mi się być kryterium wysokości wchodzącego w rachubę roszczenia o zwrot nakładów i wydatków dokonanych z majątku osobistego jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego z nich, jeżeli może ono mieć znaczenie dla oceny sytuacji majątkowej małżonków, a w konsekwencji wyboru przez sąd sposobu podziału składników majątku wspólnego przy uwzględnieniu należnych spłat i dopłat przysługujących jednemu z małżonków od drugiego z nich.

Oczywiście sąd powszechny w sprawie działowej nie jest pozbawiony swobody oceny, jednak to kryterium

wprowadzone przez Sąd Najwyższy wydaje się być zbyt nieostre.

Trudną do zrealizowania jest też i konieczność wykazania przez małżonka domagającego się rozliczenia nakładów z majątku osobistego na majątek osobisty drugiego małżonka tych wszystkich, dodatkowych wymogów.

O ile oczywistą wydaje się być konieczność przedstawienia faktów wskazujących na dokonanie nakładów z majątku osobistego na majątek osobisty drugiego małżonka, w tym określenie ich wartości na dzień podziału, jak i wykazania, że obiekt budowlany na nieruchomości współmałżonka zrealizowany został przy użyciu środków z trzech różnych mas majątkowych, a to z: majątku wspólnego oraz majątków osobistych obu małżonków, a w konsekwencji że niezbędne jest dokonanie kompleksowego rozliczenia wszystkich nakładów z tych źródeł w postępowaniu o podział majątku wspólnego, to jednocześnie trudne do zrealizowania wydaje się mi zaprezentowanie przez małżonka rzeczowych faktów i twierdzeń na poparcie dalszych wymogów.

Odchodząc już od samego omawianego orzeczenia, jako praktyk mam nadzieję, że orzecznictwo Sądu Najwyższego „zliberalizuje” niejako warunki dopuszczalności rozliczania w sprawie o podział majątku wspólnego nakładów z majątku osobistego jednego z małżonków na budowę obiektu na nieruchomości będącej majątkiem osobistym drugiego małżonka. Byłoby to z pożytkiem dla szybkości postępowań dotyczących wszelakich pełnych rozliczeń majątkowych byłych małżonków.

ABSTRACT

Andrzej Koziółkiewicz

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

Is it possible to settle outlays made from the separate property of one of the spouses to the separate property of the other spouse in a court case for the division of their community property? A commentary on the decision of the Supreme Court of 24 July 2020 in case I CSK 106/20

The decision of the Supreme Court of 24 July 2020 (I CSK 106/20), discussed in the commentary, concerns the admissibility of settling outlays from the separate property of one of the spouses to the separate property of the other spouse in court proceedings for the division of their community property. The Supreme Court comprehensively indicates the criteria that enable settling such outlays in court proceedings. It explains that this applies in particular to a situation concerning settling the sum of outlays made both from community property and separate property of one of the spouses for a complete object, and only when making these settlements in two separate proceedings would be pointless. The Supreme Court also provides further requirements allowing courts to make such settlements.

The author, in principle, approves the discussed decision of the Supreme Court. He indicates, however, that in practice it is difficult for the spouse to meet all the requirements allowing for the recognition of his/her request for the settlement of outlays in a case for the division of community property. Therefore, the author suggests the liberalization of the requirements allowing for such a request to be examined in a case for the division of community property, pointing to the positive practical results of such liberalization.

Keywords: *division of spouses' community property, outlays made from separate property of a spouse, Code of Civil Procedure*

Andrzej Koziółkiewicz

e-mail: akoziolkiewicz@wp.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Gdańsku).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Breyer Stefan, Gross Stanisław (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975

Gromek Krystyna, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 45 pkt 2 k.r.o.

Koziolkiewicz Andrzej, *Sądowy podział majątku wspólnego – wybrane zagadnienia praktyczne, część druga*, „Gdański Kwartalnik Adwokacki” 2022/60, s. 16, https://issuu.com/ora_gdansk/docs/_gka_nr_60 (dostęp: 19.03.2023 r.).

Powtórka z Rzymu

Maria Zabłocka

PODSTAWOWE ZASADY PROCEDURY CYWILNEJ?

Kolejna ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, uchwalona 26.01.2023 r., weszła w życie 17.03.2023 r. Która to już (kilkusetna) zmiana pierwotnego tekstu z 1964 r. (czy to dużo, czy mało? – obawiam się, że nawet sędziowie cywiliści nie zawsze są w stanie na bieżąco śledzić wszystkie zmiany tego kodeksu).

Kolejne nowelizacje miały różny charakter: albo derogowały (usuwały) niektóre przepisy (całe artykuły lub poszczególne ich paragrafy), albo zmieniały treść poszczególnych przepisów, czyli miały charakter obrogujący. Najwięcej zmian to subrogacje, czyli dodanie nowych przepisów (tj. artykułów czy nawet całych działów). Niektóre z tych zmian były konieczne na skutek wejścia Polski do Unii Europejskiej, celowość innych może budzić wątpliwości. Mimo tych licznych nowelizacji dotyczących w znacznej mierze trybu postępowania fundamentalne zasady postępowania przed sądem cywilnym nie uległy zmianie. Mowa o nich w każdym podręczniku postępowania cywilnego i stanowią kanon wiedzy o cywilnym procesie. Nie wszyscy może zdają sobie sprawę, że te podstawowe zasady mają bardzo długi żywot, bo zostały określone już 2.500 lat temu w prawie rzymskim.

Dla wszystkich zajmujących się prawem rzymskim wiadome jest, że Rzymianie, inaczej niż to ma miejsce dziś, postrzegali swe uprawnienia nie w oparciu o obowiązujące ustawy (czy w najdawniejszych czasach prawo zwyczajowe), ale poprzez możliwość dochodzenia ich na drodze postępowania sądowego. Dlatego też w najstarszym pomniku spisanego prawa rzymskiego, niezastąpionym źródle prawa z tamtych czasów, Ustawie XII Tablic, pierwsze trzy tablice poświęcone były procesowi. Jasno zostały w nich przedstawione podstawowe

zasady procesu cywilnego. Te podstawowe zasady obowiązują, w ogólnym zakresie, do dziś, będąc trwałym elementem europejskiej tradycji prawnej.

Niekwestionowane dziś zasady postępowania cywilnego – dyspozycyjność i kontrydiktoryjność – mają swe korzenie prawie we wszystkich przepisach umieszczonych w rekonstrukcji pierwszej tablicy tekstu Ustawy XII Tablic. Ustawa Decemwirów, zdaniem Gothofredusa powołującego się na Cycerona (Cic. De leg. 2,4,9), zaczynała się od słów *Si in ius vocat ito* [Jeśli (powód) wzywa na sąd, niech (pozwany) idzie]. Słowa te obrazują dzisiejszą zasadę skargowości, czyli przejaw dyspozycyjności, i są najczęściej wyrażane w późniejszej paremii *nemo iudex sine actore* [nie ma sędziego (sprawy) bez (pozwu) powoda].

Kolejnym przejawem dyspozycyjności stron jest przepis tab. 1,6: *Rem ubi pacunt orato* [Skoro zawrą ugode, niech (to pretor) ogłosi]. Ugoda taka, ogłoszona przez pretora, była wiążąca i kończyła sprawę. Podobnie i dziś, poza wyjątkami, w procesie cywilnym strony mogą zakończyć sprawę zawarciem ugody (art. 1 k.p.c.). Powyższa zasada umożliwiająca zakończenie sporu na skutek wyrażenia zgody przez pozwanego dała podstawy do wykształcenia procedury *in iure cessio*, czyli pozornego procesu windykacyjnego, w którym strony na drodze postępowania sądowego chciały osiągnąć z góry zamierzony cel. Powyższe postępowanie dało podstawy do wytworzenia postępowania nieprocesowego, uregulowanego dziś w księdze drugiej Kodeksu postępowania cywilnego.

Kolejnym przejawem dzisiejszej zasady kontrydiktoryjności są przepisy tablicy 1,7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causa coiciunto. Cum peroranto ambo praesentes* [Jeśli nie zawrą ugody, niech stawia się na sprawie przed południem w miejscu zgromadzeń ludowych lub w miejscu odbywania sądu. Niech przemawiają, gdy obaj są obecni]; 1,8: *Post meridiem praesenti litem addicito* [Po południu niech (sędzia) przysądzi przedmiot sporu na korzyść obecnego]; 1,9: *Si ambo praesentes solis occasus suprema tempestas esto* [Jeśli (obaj) są obecni, zachód słońca niech będzie ostatecznym terminem (rozstrzygnięcia sprawy)].

Powyższe słowa, ubrane w późniejszych czasach w znane wszystkim prawnikom paremie: *ei incubit probaio, qui dicit, non qui negat; ne eat iudex ultra petita partium*, są nadal przejawem dzisiejszych zasad kontrydiktoryjności i jednocześnie zasady równości, bezpośredniości (*ambo praesentes, si ambo praesentes*), ustności (*cum peroranto, addicito*) i jawności (*in comitio aut in foro*), jednak w obecnym czasie trudno mówić o ich obowiązywaniu, ponieważ stosowanie tych zasad zostało „zawieszane”, i to nie bezpośrednio nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego, a na mocy ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacjami kryzysowymi z 2.03.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 374), Rozdział 2. Przepisy szczegółowe, art. 15zsz¹ (organizacja rozprawy lub posiedzenia), który mówi, że „w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania tego z nich, który obowiązywał ostatnio, w sprawach rozpatrywanych według przepisów ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks

postępowania cywilnego, zwanego dalej «Kodeksem postępowania cywilnego»: pkt 1: «Rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość...»; pkt 3: «Przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego, gdy nie można przeprowadzić posiedzenia zdalnego, a przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego nie jest konieczne, a żadna ze stron nie sprzeciwiła się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o skierowaniu sprawy na posiedzenie niejawne (...); art. 15zzs²: «Jeśli w sprawach rozpoznawanych według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w całości, sąd może zamknąć rozprawę i wydać orzeczenie na posiedzeniu niejawnym po uprzednim odebraniu od stron lub uczestników postępowania stanowisk na piśmie» (Dz.U. z 2021 r. poz. 2095).

Wydawałoby się, że stan zagrożenia epidemicznego z powodu COVID-19 już minął (raczej można ostatnio mówić o epidemii grypy), to jednak powyższe przepisy tzw. ustawy covidowej nie zostały uchylone. Należy mieć tylko nadzieję, że porzymska paremia *lex necessitatis est lex temporalis* [ustawa (wydana w chwili) konieczności jest ustawą chwilową] (por. np. art. 230 Konstytucji RP) wkrótce znajdzie zastosowanie zgodnie z ogólnym nakazem *Politia legibus, non leges politiae adaptandae* (Polityka powinna dopasować się do ustaw, a nie ustawy do polityki).

Na marginesie można też zauważyć, że Ustawa XII Tablic uzależniała wysokość *sacramentum* („odpowiednika” dzisiejszych kosztów procesowych) od wartości przedmiotu sporu – tab. 2, 1a; a ponadto nakazywała zakończenie sprawy w ciągu jednego dnia (*solis occasus suprema tempestas esto*).

prof. dr hab. Maria Zabłocka

Autorka jest profesorem zwyczajnym w Katedrze Prawa Rzymskiego i Antycznego Uniwersytetu Warszawskiego.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

O DEFICYCIE RACJONALNOŚCI I AUTORYTETÓW

Prawie czterdzieści lat w adwokaturze przyzwyczało mnie do szanowania racjonalności i autorytetów. Racjonalność – jak trafnie wskazał Steven Pinker w najnowszej, przekonującej, choć niełatwej w lekturze pracy pt. *Racjonalność. Co to jest, dlaczego jej brakuje, dlaczego ma znaczenie* (Zysk i S-ka, Poznań 2021, oryg. *Rationality. What it is, Why It seems scarce, Why It Matters*, tłum. Tomasz Bieroń, s. 312–313), to motor napędowy postępu moralnego i materialnego, jak i mądre wybory życiowe. Wspominałem już o innych dziełach tego autora, psychologa i profesora filozofii na Uniwersytecie Harvarda (*Zmierzch przemocy. Lepsza strona naszej natury*, Zysk i S-ka 2015 i *Nowe Oświecenie*, Zysk i S-ka 2018) z uwagi na wyrażoną w nich wiarę w postęp ludzkości. Co ciekawe, ostatnio Pinker zaprzecza, jakoby w ten postęp wierzył, gdyż – jak twierdzi – nie wierzy w nic, co wymaga wiary (*Racjonalność...*, s. 300).

Nie ma potrzeby wyjaśniania, co to są autorytety. Warto wszakże zauważyć, że o ile racjonalizm ocenia się zwykle obiektywnie, o tyle autorytety są bardziej zależne od subiektywnych ocen. Innymi słowy, można być autorytetem dla jednych, a nie być dla innych. Dla ilustracji, w powojennej warszawskiej adwokaturze niekwestionowanymi autorytetami byli za mojej pamięci adwokaci Maciej Dubois, Czesław Jaworski i Andrzej Rościszewski, a wcześniej Stanisław Garlicki. Jedenaście lat temu ukazał się wywiad-rzeka Michała Komara z dziekanem Dubois (*Adwokat. Rozmowa o życiu w ciekawych czasach*, Literatura Faktu PWN 2012). Ostatnio ukazała się świetna książka o dziekanie Rościszewskim pióra Ewy Stawickiej (*Smuga światła*, wyd. Arche 2023). Obyśmy doczekali się również dobrych publikacji o prezesie Jaworskim i dziekanie Garlickim.

Potrzeba publikowania prac o autorytetach jest tym bardziej istotna, że

cierpimy obecnie na wyraźny deficyt i racjonalności, i autorytetów. Skutki tych deficytów będą coraz dotkliwsze, bo brak racjonalności nie tylko prowadzi do błędów i katastrof, ale neguje też rozmowę jako sposób przekonywania do swoich racji (zob. S. Pinker, *Racjonalność...*, s. 304–306). Bez autorytetów z kolei traci na znaczeniu imperatyw przestrzegania dobrych obyczajów, zanika zdolność naśladownictwa pozytywnych wzorców i skłonność do poświęceń.

Narastanie tych deficytów widać w cywilizacji Zachodu wobec agresywnego negowania jego wartości, a ze szczególną wyrazistością – i to z naszej winy – proces ten postępuje w naszym kraju.

Każdy – zależnie od osobistych doświadczeń i przeczytanych lektur – ma zapewne własne indywidualne wyobrażenie świata i wartości Zachodu. Moje wyobrażenie ukształtowały liczne podróże, a dopełniły setki przeczytanych i przejrzanych książek (na deszczowy weekend polecam nieoprawnego Toma Wolfe: *Najlepsi. Kowboje, którzy polecili w kosmos*, Agora 2018, tłum. Jan Kraśko; *Ognisko próżności*, tłum. Waław Niepokólczycki, PIW 1996 i *Honor krwi*, tłum. Jędrzej Polak, wyd. Albatros 2015). Fundamentalnie nie zgadzam się z przedstawianiem Zachodu jako współczesnego Babilonu, o czym pisałem już na tych łamach (*Apokalipsa świata Zachodu czy starcze utyskiwanie*, „Palestra” 2022/7–8). Uważam, że Zachód wcale nie jest zepsuty, jest silny, racjonalny i poradzi sobie z cywilizacyjnymi zagrożeniami. Bezsporne jest natomiast, że zagrożenia te trzeba dostrzegać,

analizując argumenty tak atakujących, jak i broniących Zachodu. Te drugie wyłożył niedawno konserwatywny brytyjski dziennikarz Douglas Murray w wydanej w 2022 r. książce pt. *Wojna z Zachodem* (według mnie raczej *Wojna na Zachodzie*, bo oryginalny tytuł to *The War on the West*, tłum. Tomasz Bieroń, 2022). Murray stwierdza, że w ostatnich dziesięcioleciach byliśmy świadkami wielkiego projektu dekonstrukcji i destrukcji, „którego siłą napędową są resentyment i zemsta. W procesie globalnego poszukiwania winnych Zachód gra rolę czarnego charakteru. Rzecz jasna, wielu ludziom odpowiada taki sposób myślenia. Ludzie pełni resentymentu lubują się w wytykaniu palcem grzechów Zachodu, niezapłaconych rachunków, zapomnianych lub niedostatecznie odpokutowanych bestialstw. Tacy ludzie czerpią przyjemność z ponownego otwierania zadawnionych ran i powoływania się na krzywdy doznane na długo przed urodzeniem. Otwierając stare rany czują satysfakcję i domagają się współczucia, tak jakby to oni sami byli ofiarami. Stawiają się w ten sposób w centrum uwagi, mogą się wiecznie domagać zadośćuczynienia i zrzucają z siebie konieczność samodzielnego rozwiązywania wszelkich problemów – nawet tych, które mogliby rozwiązać tylko oni. (...) W ostatnich dziesięcioleciach chorzy rzeczywiście zainfekowali zdrowych i wciągnęli ich w obłądny dyskurs własnego chowu, wciągnęli prawie całe otoczenie w spór o sumie zerowej, w którym to sporze ich zdaniem historia Zachodu jest historią patriarchy, seksizmu, transfobii, homofobii, złodziejstwa itd. (...) Chwałą

każdą kulturę niezachodnią, ale tylko po to, aby oczernić i zdeprecjonować Zachód. W ten sposób dochodzą do argumentu końcowego, a mianowicie mówią, że nie ma najmniejszego powodu darzyć podziwem lub podtrzymywać przy życiu cywilizacji, która uczyniła tak wiele zła, a w całą jej historię wpisane są tak wielki szowinizm i nienawiść” (*Wojna...*, s. 257–259).

Według atakujących Zachód wyrządził innym kulturom tyle zła, że karą powinna być nieustająca ekspiacja i olbrzymie odszkodowania. Murray wytyka zatem kłamstwa i nadużycia mające uzasadniać ataki na dorobek zachodniej cywilizacji, burzenie pomników i odpowiedzialność współczesnych za czyny sprzed kilkuset lat. Konkluduje następująco: „Ludzie, którzy mają szczęście żyć na Zachodzie, nie są wyłącznie spadkobiercami stosunkowo dobrej koniunktury gospodarczej. Odziedziczyli również pewien ustrój, wymiar sprawiedliwości i system praworządności, za to wszystko powinni odczuwać głęboką wdzięczność. Zachodnie porządki nie są doskonałe, ale zdecydowanie przewyższają wszystkie inne dostępne rozwiązania, a to, co nas na Zachodzie otacza, należy uznać za jeden z największych lub wręcz największy cywilizacyjny dar, obejmujący nie tylko porządek liberalny, piękne miasta i krajobrazy, ale także osiągnięcia artystyczne, dziedzictwo kulturowe i skarbnicę niedoścignionych wzorców życiowych. Nie bronimy tych osiągnięć dlatego, że są dziełem białych ludzi. Tak samo, jak nie chcielibyśmy bronić Thomasa Jeffersona czy Davida Hume’a tylko dlatego, że byli

białymi mężczyznami. Wybitni ludzie, budynki i miasta Zachodu zasługują na szacunek nie dlatego, że są wytworem białych ludzi, lecz ze względu na ich wybitność. Można się dziś skupiać na tożsamości tych ludzi i żądać zburzenia tego wszystkiego, czy w wersji umiarkowanej zburzenia części tych pomników przeszłości. Rozsądniejsze i bardziej racjonalne byłoby jednak spojrzenie na pozytywne elementy naszego dziedzictwa i zbudowanie na nich czegoś lepszego” (*Wojna...*, s. 261–262).

We wcześniej wydanej pracy pt. *Szaleństwo tłumów* (*The Madness of Crowds*, 2019, tłum. Jacek Spólny, Zysk i S-ka 2020) Murray usiłuje też racjonalizować spory wokół płci, rasy i orientacji seksualnej. Zainteresowanym, a nie pozbawionym poczucia humoru polecam szczególnie rozważania na temat strategii mądry (s. 338–339) i takie oto podsumowanie autora: „Na pewno możemy starać się żyć w społeczeństwie, w którym nikomu nie powinna przeszkadzać żadna cecha, jaką obdarzył kogoś los. Jeśli ktoś potrafi i chce coś robić, żadne aspekty rasy, płci czy orientacji seksualnej nie powinny mu tego utrudniać. Ale minimalizacja różnic to nie to samo co udawanie, że one nie istnieją. Założenie, że płeć, seksualność i kolor skóry nie mają znaczenia, jest żalosne. Lecz przypisywanie im całego znaczenia będzie fatalne w skutkach” (*Szaleństwo...*, s. 348).

W świecie Zachodu można wciąż wskazać autorytety, których nie sposób kwestionować. Na poletku krajowym jest zgoła odmiennie. Historycy podejmą zapewne kiedyś próbę wy-

jaśnienia motywów nieracjonalnego zachowania polskich polityków, funkcjonariuszy państwowych, wspierających ich intelektualistów i hierarchów Kościoła katolickiego. Będą dociekać, czy jego przyczyną jest brak zmysłu przewidywania, czy niedostatek edukacji i dobrego wychowania, a może takie ludzkie ułomności jak narcyzm, chciwość i arogancja. Może w niektórych przypadkach trzeba też będzie wziąć pod uwagę bagaż klasowego pochodzenia, bo jak zasadnie wykazują Andrzej Chwalba i Wojciech Harpula w wielowątkowej pracy pt. *Cham i Pan. A nam, prostym, zewsząd nędzka?* (Wydawnictwo Literackie 2022) zdecydowana większość Polaków ma geny chłopskie, przenoszące niekiedy – z racji kilkusetletniego wyzysku – skłonność do nieufności i do obrony swoich interesów poprzez spryt i cwaniactwo.

Jak racjonalnie wyjaśnić przyzwolenie, a nawet podziw dla zachowania jednego z najwyższych funkcjonariuszy państwa sprowadzającego się do zainwestowania kilku milionów złotych w obligacje antyinflacyjne wtedy, kiedy tylko wąskie grono rządzących wiedziało o nadchodzącej inflacji? Jak wytłumaczyć odpowiedź lewicowego polityka słowami: „zarobiłem, to mam” na zarzuty, że jego inwestycje w nieruchomości stoją w sprzeczności z deklarowaną głęboką troską o los ludzi pracy? Czym kierują się sędziowie, umieszczając gorszące i nienawistne w treści wpisy w Internecie? Czemu księża płąsają w uniesieniu z państwowymi funkcjonariuszami, którzy na co dzień nie potrafią sprostać wymogom dekalogu? Skąd bierze się przyzwolenie

nie na kłamstwo i nienawistny, żeby nie powiedzieć, plugawy język w polityce?

Wydaje się, że nie byłoby takich praktyk bez pogardy dla racjonalności, jak i bez bezzasadnej wiary, że tzw. publiczność to bezrozumna i sprzedajna tłuszcza, którą można manipulować. Racjonalny człowiek powinien tę publiczność szanować. Powinien też wybiegać myślami w przyszłość i nie ulegać złudzeniu, że będzie dożyłotnio piastował urzędy czy obejmował mandaty. Po zakończeniu publicznej służby warto cieszyć się szacunkiem ludzi, nie tylko stanem swego majątku. A tego nie da się zapewnić uchwaleniem kolejnej ustawy.

W kwestii podejścia do produkcji legislacyjnej polskiego sejmiku warto przywołać następującą anegdotę z początków Drugiej Rzeczypospolitej, pochodzącą ze wspomnień adwokata i sędziego Sądu Najwyższego Aleksandra Mogilnickiego (*Wspomnienia adwokata i sędziego*, Wolters Kluwer 2016, s. 218–219; szerzej o tych wspomnieniach *Sędziowski dwugłos*, „Palestra” 2021/11):

„Na samym początku istnienia odrodzonego Państwa Polskiego rząd nasz usilnie zabiegał o pożyczkę zagraniczną. Wysłany m.in. do Belgii nasz ówczesny minister skarbu już się był ułożył z konsorcjum banków belgijskich o dość znaczną pożyczkę na nienajgorszych warunkach – wszystko: suma, procent, terminy spłaty itd. było już ustalone. Chodziło tylko o zabezpieczenie, które Belgowie uznawali za niewystarczające i żądali lepszego.

– Damy panom – powiedział minister – zabezpieczenie na pierwszym

numerze hipoteki nieruchomości prywatnych, których wartość będzie wielokrotnie przewyższała sumę pożyczki.

– W zasadzie moglibyśmy to przyjąć – odezwał się jeden z głównych bankierów – ale to będzie bardzo utrudnione, gdyż trzeba będzie uzyskać zgodę większej liczby osób, zrobić z nimi akty notarialne itp.

– To jest zupełnie niepotrzebne; wydamy ustawę i na jej mocy hipoteka zrobi odpowiednie wpisy do ksiąg hipotecznych.

– Jak to, bez zgody osób zainteresowanych? A przecie tam już muszą figurować jacyś dotychczasowi wierzyciele hipoteczni, którzy również musieliby wyrazić zgodę na ustąpienie pierwszeństwa.

– Nic nie szkodzi. W ustawie umieścimy przepis, że istniejące obecnie wierzytelności przesuwają się na niższy numer, a panów pożyczka będzie na pierwszym numerze.

Usłyszawszy to bankierzy skłonili się i wyszli bez słowa odpowiedzi. Minister zatrzymał jednego z nich i zapytał, co się stało.

– Panie – odpowiedział zirytowany Belg – zajął nam pan mnóstwo czasu i w końcu zakpił pan z nas.

– Jak to?

– Czyż pan nie rozumie, że jeżeli możecie wydać ustawę, przesuwającą wierzycieli na niższy numer hipoteki, to jutro nas tak samo w drodze nowej ustawy przesuniecie na niższy numer.

Pożyczka nie doszła do skutku”.

Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie), członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej.

Szpalty pamięci

Natalia Drzazgowska-Kanarek, Janusz Kanarek

BOGUSŁAW OWSIANIK (1950–2021)

Bogusław Owsianik ukończył naukę na Wydziale Prawa Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w 1972 r. Następnie rozpoczął aplikację sądową w Sądzie Wojewódzkim w Bydgoszczy, którą ukończył z wynikiem bardzo dobrym. Bezpośrednio po zdaniu egzaminie sędziowskim rozpoczął pracę w Urzędzie Wojewódzkim w Bydgoszczy, na stanowisku radcy prawnego, równoległe podejmując jednak starania o przyjęcie na aplikację adwokacką. W październiku 1976 r. starania te zwieńczone zostały uzyskaniem wpisu na listę aplikantów adwokackich Wojewódzkiej Izby Adwokackiej w Bydgoszczy.

Bogusław Owsianik rozpoczął odbywanie aplikacji początkowo w Zespole Adwokackim nr 1 w Bydgoszczy,



a następnie kontynuował ją w Zespole Adwokackim nr 3 w Bydgoszczy pod patronatem ówczesnej kierownik Zespołu, adwokat Ireny Bielawskiej.

Po zdaniu egzaminie adwokackim, uchwałą Okręgowej Rady Adwokackiej z 15.03.1980 r., wpisany zostaje na listę adwokatów Wojewódz-

kiej Izby Adwokackiej w Bydgoszczy, a 2.05.1980 r. rozpoczyna pracę w Zespole Adwokackim nr 3 przy ul. Dworcowej 6 w Bydgoszczy.

Od roku 1992 wykonywał zawód w formie kancelarii indywidualnej, początkowo przy ulicy Podnóże 15, a następnie przy ulicy Dworcowej 36 i Gdańskiej 10.

W latach 2007–2013 pełnił funkcję dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy. Ten czas, jak

i lata późniejsze wypełnił intensywną aktywnością samorządową, również o zasięgu ogólnopolskim. W 2014 r. powołany zostaje w skład Komisji ds. Prac Parlamentarnych przy Naczelnej Radzie Adwokackiej i na funkcję przewodniczącego Komisji Doskonalenia Zawodowego Naczelnej Rady Adwokackiej. Wielokrotnie był wybierany delegatem na Krajowy Zjazd Adwokatury. Był członkiem Komisji Egzaminacyjnych dla aplikantów adwokackich.

Hiszpański pisarz Carlos Luiz Zafón w książce *Cień wiatru* napisał: „póki nas ktoś pamięta, żyjemy”. Dziekan Bogusław Owsianik nie tylko pozostawił po sobie intensywne wspomnienia intelektualne, ale również w istotny sposób przyczynił się do wzbogacenia wizerunku bydgoskiej palestry, która na każdym kroku przypomina Jego dzieło.

Za kadencji Bogusława Owsianika powstała w siedzibie Okręgowej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy Izba Pamięci, wydano książkowe opracowanie historii Izby, serię wspomnień adwokatów, ufundowano tablice upamiętniające wybitne postaci naszego środowiska. Pamięć, zarówno zbiorowa, jak i indywidualna, była bowiem dla Dziekana Bogusława Owsianika niezwykle ważna.

W naszej pamięci widzimy postać silną i wyrazistą, postać, która nie idzie na łatwe kompromisy. W stosunkach interpersonalnych często zdystansowany, ale zarazem potrafiący okazać sympatię i zaufanie. Człowiek pewny siebie, w sposób dający również innym poczucie bezpieczeństwa.

Dziekanowi Bogusławowi Owsianikowi bydgoscy adwokaci i aplikanci adwokaccy zawdzięczają powstanie w siedzibie Okręgowej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy „Klubu Adwokata”. W mowie pogrzebowej aktualny dziekan Michał Bukowiński trafnie zauważył, że to, co uczyniło okres powstawania Klubu Adwokata prawdziwie niezapomnianym, to nie tylko ilość pracy poświęconej na jego utworzenie, ale przede wszystkim sposób, w jaki Dziekan Bogusław Owsianik ten Klub tworzył. A tworzył to miejsce tak, jak buduje się rodzinny dom, urządza wymarzone pierwsze mieszkanie. Nie urządzał Klubu dla „adwokatury”, nie tworzył tego miejsca dla „samorządu”. Urządzał to miejsce dla swoich bliskich, przyjaciół, współpracowników, dla nas. Niezależnie od pełnionych funkcji nieodmiennie czuł się jego gospodarzem. Pamiętamy Go odwiedzającego Klub w przerwie między rozprawami, popijającego kawę, prowadzącego rozmowy, które dla rozmówców były często prawdziwą intelektualną ucztą. W naszej pamięci widzimy Go z nieodłącznym plikiem gazet, książką, gdyż – jak mawiał – zawsze trzeba być na bieżąco, by nic z bogactwa tego świata nam nie umknęło, aby trzymać rękę na pulsie, aby mieć swoje zdanie i swoją wizję rzeczywistości.

Dziekan Bogusław Owsianik dał nam przekonanie, że nawet mała izba, taka jak Izba, której przez dwie kadencje był dziekanem, może i powinna być ważnym ośrodkiem aktywności samorządowej, działającym bez kompleksów, znacząco oddziaływającym na adwokaturę w skali ogólnopolskiej.

Jego ambicją było uzyskanie przez adwokaturę realnego wpływu na proces legislacyjny – stąd jego udział w pracach Komisji ds. Prac Parlamentarnych przy NRA.

Zapamiętamy Dziekana Bogusława Owsianika jako osobę, która swoją aktywnością zawodową oraz samorządową wskazywała na istotną rolę, którą powinni pełnić adwokaci w życiu publicznym. Osobiście zaś zapamiętam

Bogusia, gdyż miałem niewątpliwą przyjemność tak się do Niego zwracać, jako starszego Kolegę, z którym mogłem prowadzić ożywione, a dla mnie przede wszystkim wzbogacające mnie dyskusje nie tylko dotyczące jurysprudencki, ale również wszelkich problemów otaczającego nas świata. *Requiescat in pace...*

Janusz Kanarek

WSPOMNIENIE APLIKANTA

Jesienią 2013 r. adwokat Bogusław Owsianik, ówczesny dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy, egzaminował najmłodszy rocznik aplikantów adwokackich. Zaplanowany egzamin dotyczył zasad wykonywania zawodu oraz zasad etyki adwokackiej. Odpowiednio poinstruowana przez kolegów ze starszych roczników, na pytania odpowiadałam bardzo konkretnie, nie zbaczając nadto z tematu, albowiem nadmiernie dyskutujący aplikant zawsze mógł liczyć na dodatkowe pytania egzaminatora, jego losy zaś bywały różne.

Ciszę, która zapanowała w czasie wypełniania dokumentów przez grono szanownych mecenasów sprawdzających naszą wiedzę, nieoczekiwanie przerwało moje kichnięcie. Wówczas to Pan Mecenasa Bogusław Owsianik zaproponował mi chusteczkę, a ja nieco zawstydzona odmówiłam. Powyższe wywołało zdziwienie mojego ofiarodawcy i skłoniło do dalszej rozmowy: „czyż omawiane przez nas zasady etyki zawodowej nie nawiązują także do uprzejmości

i koleżeństwa? Jak by się Pani zachowała w następującej sytuacji (...)”. W ten oto sposób nie ominął mnie dodatkowy kazus ze strony naszego Dziekana.

Dziś, będąc już adwokatem, często wracam myślami do tej sytuacji, która z kolei nauczyła mnie, że najlepiej opracowany plan poprowadzenia sprawy musi zakładać możliwość pojawienia się sytuacji nagłych, nieoczekiwanych, największego zaś niebezpieczeństwa dla adwokata upatrywać należy właśnie w rutynie jego działania.

W swojej pracy zawodowej miałam przyjemność współpracować z adwokatem Bogusławem Owsianikiem. Poprosiłam wówczas dwóch znacznie bardziej doświadczonych ode mnie kolegów zawodowych o przyłączenie się do prowadzonej przeze mnie sprawy. Od Pana Mecenasa otrzymałam cenne wskazówki i rady. Na sali rozpraw moją uwagę przykuła powaga, z jaką wykonywał swój zawód, niezwykły umiar i grzeczność.

W dniu ogłoszenia orzeczenia,

kiedy to zatelefonowałam, by przekazać gratulacje i podziękowania od mocodawców, usłyszałam do dziś motywujące mnie słowa: „proszę sobie podziękować, ja tylko przypatrywałam się Pani pracy z boku. Zdała Pani egzamin, nie popełniła żadnego błędu”.

Taki właśnie był Pan Mecenas Bogusław Owsianik – niezwykle uprzejmy, taktowny i pomocny. To była nasza pierwsza i ostatnia wspólna sprawa. Jestem jednak szczęśliwa, że miałam okazję Panu Mecenasowi za nią podziękować.

Natalia Drzazgowska-Kanarek

Janusz Kanarek

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Bydgoszczy).

Natalia Drzazgowska-Kanarek

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Bydgoszczy).

Advocare

Agata Koschel-Sturzbecher

OCENA ZGODNOŚCI I PRZEPROWADZANIE KONSULTACJI PUBLICZNYCH PROJEKTÓW UCHWAŁ SAMORZĄDÓW ZAWODOWYCH ZAWIERAJĄCYCH PRZEPISY REGULACYJNE W ŚWIETLE DYREKTYWY 2018/958

W artykule omówiono chronologię zmian, które doprowadziły do wprowadzenia wytycznych dla samorządów zawodowych odnośnie do sporządzania ocen zgodności i przeprowadzania konsultacji publicznych projektów uchwał zawierających przepisy regulacyjne. Wskazano, jak przebiega analiza zgodności uchwał zawierających przepisy regulacyjne, a także jaki jest cel przeprowadzania takiej analizy. Przedstawiono ocenę wytycznych, w szczególności w kontekście regulacji dotyczących adwokatury.

1. WSTĘP

W dniu 28.01.2021 r. weszła w życie ustawa z 19.11.2020 r. o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej¹. Zmiany wprowadzone tą ustawą po-

legały m.in. na dodaniu do ustawy z 22.12.2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej² rozdziału 6a, co miało na celu implementację dyrektywy Parlamen-

¹ Ustawa z 19.11.2020 r. o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 78).

² Ustawa z 22.12.2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1626 oraz z 2022 r. poz. 1616), dalej ustawa o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych.

tu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958 z 28.06.2018 r. w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów³.

Wprowadzenie rozdziału 6a w ustawie o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych jest następstwem szeregu zdarzeń, które miały miejsce już od początku XXI wieku. Komisja Europejska konsekwentnie opowiada się za zasadniczą reformą zawodów regulowanych, w tym zawodów prawniczych, w duchu liberalizacji przepisów. Zgodnie z tym podejściem regulacje właściwe dla tych zawodów zasadniczo stanowią ograniczenie swobody usług i wolnej konkurencji, w związku z czym uznaje się je za uzasadnione tylko w takim zakresie, w jakim kompensują niedoskonałości rynku, w szczególności rozumiane jako dysproporcja lub asymetria informacji.

2. PRZEBIEG ZMIAN W ZAKRESIE WYTYCZNYCH DOTYCZĄCYCH PRZEPISÓW REGULACYJNYCH

Wymóg oceny proporcjonalności przepisów dotyczących warunków wykonywania zawodu został nałożony na państwa członkowskie dyrektywą 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.09.2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych⁴. Na skutek niepodejmowania przez państwa członkowskie działań w tym

zakresie w 2013 r. Komisja Europejska wydała komunikat odnośnie do oceny krajowych regulacji dotyczących dostępu do zawodów⁵. Stwierdzono w nim, że wszystkie państwa członkowskie nakładające ograniczenia w ramach zawodów regulowanych powinny wyjaśnić zakres i uzasadnić potrzebę tych ograniczeń.

W następstwie powyższego w dniu 20.11.2013 r. wydana została dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/55/UE z 20.11.2013 r. zmieniająca dyrektywę 2005/36/WE w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych i rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI”)⁶. W dyrektywie tej m.in. został uregulowany mechanizm wymiany informacji i sprawozdawczości państw członkowskich na temat sytuacji krajowej oraz postępów poczynionych w ramach ich polityk dotyczących zawodów regulowanych.

W styczniu 2017 r. wydany został kolejny komunikat Komisji Europejskiej w sprawie zaleceń dotyczących reformy zawodów regulowanych, natomiast w sierpniu 2017 r.⁷ z uwagi na względną beczynność państw

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958 z 28.06.2018 r. w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów (Dz.Urz. UE z 2018 r. L 173), dalej dyrektywa 2018/958.

⁴ Dz.Urz. UE z 2005 r. L 255, s. 22, ze zm.

⁵ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego „Ocena krajowych przepisów dotyczących dostępu do zawodów”, COM(2013)676.

⁶ Dz.Urz. UE L 354, s. 132.

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie zaleceń dotyczących reformy zawodów regulowanych, COM(2016)820.

członkowskich wprowadzono nowy ilościowy wskaźnik restrykcyjności regulacji usług. Na jego podstawie oceniana jest regulacja usług prawnych m.in. w Polsce.

Dyrektywa 2018/958 została wydana w celu zapobiegania zbędnym barierom w dostępie specjalistów do działalności regulowanej oraz w prowadzeniu przez nich takiej działalności, poprzez nałożenie na państwa członkowskie obowiązku oceny proporcjonalności wszelkich nowych regulacji dotyczących zawodów, dokonywanej na podstawie wspólnego zbioru kryteriów przed przyjęciem danych regulacji. Po udokumentowaniu potencjalnie negatywnego wpływu regulacji zawodowych na konkurencję Komisja zdecydowała się na badania dotyczące tego, w jaki sposób regulacje zawodowe rzeczywiście przyczyniają się do poprawy jakości usług⁸. W dniu 9.07.2021 r. Komisja Europejska opublikowała kolejny komunikat⁹ w sprawie podsumowania i aktualizacji zaleceń dotyczących reformy regulacji w zakresie usług zawodowych z 2017 r., w którym przedstawione zostało

podejście Komisji do regulacji usług świadczonych w ramach wolnych zawodów. Zawód prawnika jest jednym z siedmiu zawodów, do których zostały skierowane uwagi.

W treści komunikatu Komisja Europejska wezwała państwa członkowskie do stworzenia bardziej konkurencyjnego i dynamicznego rynku usług biznesowych. Odnotowane zostało, że „państwa członkowskie nie poczyniły znacznego postępu w zakresie ponownej oceny i zniesienia nieuzasadnionych lub nieproporcjonalnych regulacji zawodowych”¹⁰. Komisja planowała „ocenę korzyści płynących ze zharmonizowanych norm dla usług, do których mogą one wnieść wartość dodaną”¹¹. Na skutek takiego stanu rzeczy Komisja Europejska podjęła kroki prawne przeciwko 18 państwom członkowskim – w tym przeciwko Polsce – które nie dokonały należytego wdrożenia unijnych przepisów dotyczących oceny proporcjonalności nowych regulacji odnoszących się do zawodów regulowanych.

W związku z powyższym zespół Koordynatora ds. uznawania kwalifikacji zawodowych działający przy Minister-

⁸ Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego, Przemysłu, Przedsiębiorczości i MŚP, M. Koumenta, M. Pagliero, D. Rostam-Afschar, *Wpływ regulacji na jakość usług: dowody z sześciu spraw europejskich*, Urząd Publikacji 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bfd2-b0e8-1943-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en> (dostęp: 25.03.2023 r.).

⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „w sprawie przeglądu i aktualizacji zaleceń dotyczących reformy z 2017 r. dotyczącej regulacji wolnych zawodów”, COM(2021)385.

¹⁰ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „w sprawie przeglądu i aktualizacji zaleceń dotyczących reformy z 2017 r. dotyczącej regulacji wolnych zawodów”, COM(2021)385.

¹¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „w sprawie przeglądu i aktualizacji zaleceń dotyczących reformy z 2017 r. dotyczącej regulacji wolnych zawodów”, COM(2021)385.

stwie Edukacji i Nauki przygotował wytyczne dla samorządów zawodowych odnośnie do sporządzania ocen zgodności i przeprowadzania konsultacji publicznych projektów uchwał zawierających przepisy regulacyjne¹². Wytyczne te stanowią wskazówki dla organów samorządów zawodowych zawodów regulowanych odnośnie do sposobu oraz zakresu przeprowadzania analizy zgodności wprowadzanych przepisów regulacyjnych. Należy bowiem zauważyć, że choć dokonano implementacji dyrektywy 2018/958 do polskiego porządku prawnego poprzez wprowadzenie rozdziału 6a do ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych, to pominięto regulację procesu dokonywania oceny zgodności oraz przeprowadzania konsultacji publicznych przez samorządy zawodowe, którym częściowo powierzono zostało przyjmowanie przepisów regulacyjnych¹³.

3. OCENA ZGODNOŚCI PRZEPISÓW REGULACYJNYCH

Przepisy regulacyjne określają formalne kwalifikacje niezbędne do wykonywania zawodów regulowa-

nych lub wymagania kwalifikacyjne, od spełnienia których jest uzależnione podejmowanie lub wykonywanie działalności regulowanych, oraz, o ile jest to wymagane, warunki wykonywania zawodów regulowanych, a także podejmowania lub wykonywania działalności regulowanych (art. 5 pkt 3 ustawy o kwalifikacjach zawodowych). W odniesieniu do adwokatury mogą to być przepisy zawarte w projekcie propozycji zmian w Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu¹⁴. Przepisy regulacyjne mogą zostać zawarte także w uchwałach Naczelnej Rady Adwokackiej, Krajowego Zjazdu Adwokatury oraz organów izb adwokackich w zakresie dotyczącym etyki, szkolenia, wykonywania zawodu czy trybu wyborów do organów.

Każdy podmiot opracowujący projekt przepisu regulacyjnego zobowiązany jest do przeprowadzenia oceny zgodności zgodnie z zasadami określonymi w dyrektywie 2018/958. W uzasadnieniu projektu ustawy z 22.12.2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej wskazano, że „w związku z ukształtowaniem procedury legislacyjnej obowiązującej w Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności obowiązku udostępniania w ramach konsultacji publicznych i opiniowania projektów aktów normatywnych – nie ma potrzeby odrębnego regu-

¹² Wytyczne dla samorządów zawodowych odnośnie do sporządzania ocen zgodności i przeprowadzania konsultacji publicznych projektów uchwał zawierających przepisy regulacyjne, <https://www.adwokatura.pl/ogolnoprawne/wytyczne-dla-samorzadow-zawodowych-ws-uchwal-regulujacych-wykonywanie-zawodu/> (dostęp: 25.03.2023 r.).

¹³ Zob. przepisy ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2022 r. poz. 1184 ze zm.) przewidujące możliwość podejmowania uchwał przez organy samorządu adwokackiego – okręgowe rady adwokackie (art. 45), Krajowy Zjazd Adwokatury (art. 56), Naczelną Radę Adwokacką (art. 58).

¹⁴ Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (tekst jednolity ogłoszony na podstawie uchwały nr 17/2021 NRA z 26.06.2021 r.).

lowania tych kwestii w ramach projektu ustawy”¹⁵. Ustawodawca pominął jednak zupełnie okoliczność, że oceny przepisów regulacyjnych mogą dokonywać również samorządy zawodowe, w odniesieniu m.in. do zasad etyki zawodowej, a przecież w tym zakresie nie ma zastosowania procedura legislacyjna. Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze nie zawiera żadnych regulacji w zakresie przeprowadzania oceny zgodności przepisów regulacyjnych. W celu ustalenia właściwego trybu wykonania analizy zgodności należy zatem odnieść się bezpośrednio do przepisów dyrektywy 2018/958.

Dyrektywa 2018/958 zawiera trzy kryteria odnoszące się do procesu wykonywania oceny zgodności. Po pierwsze, w art. 4 ust 2 wskazano, że zakres oceny zgodności powinien odnosić się do charakteru, treści i skutków ocenianego przepisu. Po drugie, każdemu przepisowi powinno towarzyszyć wyjaśnienie wystarczająco szczegółowe, by umożliwić ocenę zgodności z zasadą proporcjonalności (art. 4 ust 3 dyrektywy 2018/958). W motywie 13 dyrektywy 2018/958 wymienionych zostało kilka wskazówek odnoszących się do tego wymogu. Podniesiono tam, że choć nie ma konieczności wykazywania proporcjonalności danego środka za pomocą konkretnego badania, dowodu lub materiałów, to ciężar wykazania, iż dana

regulacja spełnia wymogi określone przez zasadę proporcjonalności, spoczywa na państwach członkowskich. Należy zatem zauważyć, że wprowadzie prawodawca unijny nie zobowiązuje państw członkowskich do przeprowadzenia jakichkolwiek badań w tym zakresie, jednakże wymagane jest, aby ocenę uzasadnić danymi jakościowymi oraz – o ile to możliwe i wskazane – ilościowymi (art. 4 ust. 4 dyrektywy 2018/958). Ponadto przy przeprowadzaniu oceny należy brać pod uwagę okoliczności charakteryzujące państwo członkowskie, a więc szczególnie uwzględniać charakter danej działalności zawodowej w państwie członkowskim¹⁶. Wskazane powinny zostać ponadto powody uznania projektowanych przepisów za zgodne z zasadami proporcjonalności oraz zasadami uzasadnionego i niedyskryminującego charakteru, przedstawione w sposób szczególnie, umożliwiający weryfikację zgodności tych przepisów lub wymogów z wymienionymi zasadami. Ocena powinna również obejmować odniesienie do wymogów dla danego zawodu obowiązujących już w innych przepisach regulacyjnych, a nadto zawierać dane ilościowe i jakościowe oraz odniesienia do dotychczasowych doświadczeń z regulacją i nadzorem zawodów regulowanych, tj. raportów z monitorowania rynku. Dla danych jakościowych mogą to być na przykład wywiady przeprowadzone ze zróżnicowanymi respondentami, konsultacje, analizy, badania, opinie, ekspertyzy¹⁷. Natomiast dla danych ilościowych

¹⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, druk Sejmu IX kadencji nr 733, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/164BE-E24324055F1C125861C003ED925/%24File/733-uzas.DOCX> (dostęp: 25.03.2023 r.).

¹⁶ P. Piesiewicz, *Prawne i etyczne aspekty reklamy adwokackiej*, Warszawa 2021, s. 361

¹⁷ Wytyczne...

mogą to być dane gromadzone przez samorząd, dane statystyczne czy wyniki ankiet¹⁸. Uzasadnienie spełnienia wymogów musi więc być rzetelne, tj. poparte stosowną analizą i konkretnymi dowodami uzasadniającymi przeprowadzoną ocenę¹⁹.

Po trzecie, dyrektywa 2018/958 stanowi, że ocenę należy przeprowadzić w taki sposób, aby nie faworyzowała ona określonych podmiotów, np. danego zawodu regulowanego, a przy tym ocena powinna być niezależna, co przejawia się w niepodporządkowaniu jej jakimś z góry założonym tezom²⁰. Zalecane jest angażowanie w proces sporządzania oceny zgodności wszystkich zainteresowanych stron, jak również korzystanie z ekspertyz zewnętrznych w celu zachowania obiektywności i niezależności (art. 50a ust. 3 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych). Niezbędne jest też poddanie określonej regulacji ocenie przez niezależne organy. Mogą to być organy, które biorą udział w krajowym procesie legislacyjnym i którym państwo członkowskie powierzyło zadanie wydawania takich opinii (motyw 14 dyrektywy 2018/958).

4. MERYTORYCZNE KRYTERIA OCENY PRZEPISÓW REGULACYJNYCH

Projektowane przepisy regulacyjne mają być oceniane pod kątem ich zgodności z zasadami: proporcjonalności, uzasadnionego charakteru oraz niedyskryminującego charakteru (art. 50a ust. 1 i 3 ustawy o zasadach uznawania

kwalifikacji zawodowych). Pojęcie uzasadnionego charakteru należy rozumieć zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości dotyczącą art. 43 (obecnie 49) i 49 (obecnie 56) TFUE jako obejmujące co najmniej następujące elementy: porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne lub uzasadnienie nadrzędnym interesem publicznym²¹. Przez to ostatnie można rozumieć m.in. ochronę konsumentów, usługobiorców, zapobieganie nieuczciwej konkurencji, ochronę wierzycieli, ochronę własności intelektualnej, a także zabezpieczenie rzetelnego wymiaru sprawiedliwości²². Kryterium to zostanie więc spełnione, jeśli przepisy będą uzasadnione celami służącymi nadrzędnemu interesowi publicznemu. Wskazuje się przy tym, że uzasadnienie o charakterze wyłącznie ekonomicznym lub administracyjnym nie służy nadrzędnemu interesowi publicznemu²³.

Kryterium niedyskryminującego charakteru przepisów jest spełnione, jeżeli w wyniku ich oceny ustalono, że nie są bezpośrednio albo pośrednio dyskryminujące ze względu na przynależność państwową lub miejsce zamieszkania²⁴. Chodzi więc o to, aby wobec obywateli innych państw członkowskich nie stosować innych zasad niż te, które są przewidywane dla własnych obywateli.

Najobszerniejszą z zasad, z którymi powinny być zgodne projektowane

²¹ Motyw 17 dyrektywy 2018/958.

²² Zob. motyw 40 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE z 2006 r. L 376, s. 36).

²³ Art. 50c ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych.

²⁴ P. Piesiewicz, *Prawne i etyczne...*, s. 361.

¹⁸ Wytyczne...

¹⁹ P. Piesiewicz, *Prawne i etyczne...*, s. 363–364.

²⁰ P. Piesiewicz, *Prawne i etyczne...*, s. 364.

przepisy regulacyjne, jest zasada proporcjonalności.

5. OCENA ZGODNOŚCI Z ZASADĄ PROPORCJONALNOŚCI

W celu zagwarantowania proporcjonalności przepisów niezbędne jest rozważenie kryteriów, które dyrektywa dzieli na kryteria oceny proporcjonalności i kryteria dodatkowe (motyw 20 dyrektywy 2018/958). Kryteria oceny proporcjonalności (podstawowe) określone zostały w art. 50b ust. 1 ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z tym przepisem wymóg zgodności projektowanych przepisów regulacyjnych z zasadą proporcjonalności uznaje się za spełniony, jeżeli w wyniku ich oceny ustalono, że przepisy te są odpowiednie do osiągnięcia założonego celu i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu. Natomiast kryteria dodatkowe (uzupełniające) wskazane są w art. 50b ust. 3 i n. ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych.

Pierwszym kryterium dodatkowym (uzupełniającym) jest ryzyko dla celu służącego interesowi publicznemu związane z brakiem regulacji przewidzianej przepisami regulacyjnymi, w szczególności ryzyko ponoszone przez usługobiorców, w tym konsumentów, osoby wykonujące zawody regulowane lub osoby trzecie. Tak więc w pierwszej kolejności należy dokonać analizy ryzyka braku regulacji z perspektywy usługobiorcy – na przykład ryzyko konsumentów w sytuacji, gdy brak jest zabezpieczenia danych. Wiąże się to z koniecznością

przeprowadzenia badania już istniejących rozwiązań prawnych pod kątem tego, czy są niewystarczające dla osiągnięcia założonego celu leżącego w interesie publicznym.

Drugie kryterium dodatkowe dotyczy możliwości osiągnięcia założonego celu na podstawie obowiązujących przepisów, w szczególności przepisów z zakresu bezpieczeństwa produktów lub prawa ochrony konsumentów. W świetle powyższego należy dokonywać oceny, czy jest potrzeba nakładania kolejnych wymogów, czy też dotychczasowe przepisy można uznać za wystarczające.

Następnie należy zbadać, czy projektowane przepisy regulacyjne są adekwatne do założonego celu, czy przewidują spójny i systematyczny sposób osiągnięcia tego celu oraz czy przewidują podjęcie działań mających na celu wyeliminowanie zidentyfikowanych rodzajów ryzyka w podobny sposób jak w przypadku porównywalnych czynności. Chodzi więc o zbadanie, czy w innej dziedzinie tolerowane jest tożsame ryzyko mimo niewprowadzenia przepisów regulacyjnych. Należy przy tym wskazać, kogo mają chronić projektowane przepisy regulacyjne. W tym celu można porównać podobne czynności w ramach różnych zawodów – przenosząc to na grunt przepisów dotyczących adwokatów, jako przykład można podać porównanie regulacji dotyczących reklamy z odpowiednimi regulacjami obowiązującymi radców prawnych.

Kolejnym krokiem jest zbadanie wpływu przepisów regulacyjnych na swobodny przepływ osób i usług w Unii Europejskiej oraz na wybór

konsumentów i jakość świadczonych usług. Następnie należy przeprowadzić test mniej restrykcyjnego sposobu regulacji, w celu ustalenia, czy możliwe jest zastosowanie mniej restrykcyjnych środków dla osiągnięcia założonego celu służącego interesowi publicznemu. Ostatnim krokiem jest zbadanie przewidywanych skutków projektowanych przepisów regulacyjnych w związku z innymi przepisami regulacyjnymi oraz sposobu, w jaki projektowane przepisy regulacyjne w związku z innymi przepisami regulacyjnymi przyczynią się do osiągnięcia założonego celu służącego interesowi publicznemu, a także czy są niezbędne do osiągnięcia tego celu.

Należy również wziąć pod uwagę wymogi wymienione w art. 50b ust. 5 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych, jeżeli występują one w przepisach regulacyjnych dotyczących danego zawodu regulowanego. Odnośnie do zawodów prawniczych należy wskazać wymogi dotyczące: wpisu do rejestru (por. art. 50b ust. 5 pkt 1), łamania etyki – negatywnych konsekwencji dla podmiotu dopuszczającego się takich zachowań (por. art. 50b ust. 5 pkt 3), wprowadzania ograniczeń w zakresie udziałów posiadanych przez osoby spoza zawodów (por. art. 50b ust. 5 pkt 6), ograniczeń dotyczących wspólników (art. 50b ust. 5 pkt 7).

Stosownie do charakteru lub treści projektowanych przepisów regulacyjnych, przeprowadzając ocenę wymogu ich zgodności z zasadą proporcjonalności, bierze się również pod uwagę: związek między zakresem czynności zawodowych lub czynności

zastrzeżonych a wymaganymi kwalifikacjami zawodowymi określonymi w przepisach regulacyjnych; związek między złożonością czynności zawodowych a wymaganymi kwalifikacjami zawodowymi, z uwzględnieniem w szczególności poziomu, charakteru i minimalnego okresu kształcenia lub szkolenia niezbędnego do uzyskania tych kwalifikacji lub wymaganego doświadczenia; możliwość uzyskania kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonywania zawodu regulowanego w alternatywny sposób do przewidzianego w projektowanych przepisach regulacyjnych; możliwość wykonywania czynności zastrzeżonych dla danego zawodu regulowanego w ramach innego zawodu; stopień autonomii w wykonywaniu zawodu regulowanego oraz jego organizację i nadzór nad nim, w szczególności gdy czynności zawodowe są wykonywane pod kontrolą należycie wykwalifikowanej osoby wykonującej ten lub inny zawód regulowany, na której spoczywa odpowiedzialność w tym zakresie; postęp naukowy i technologiczny prowadzący do zmian w zakresie dostępności informacji, w tym w zakresie przepływu informacji między osobą wykonującą zawód regulowany a konsumentem.

Sporządzając ocenę zgodności, należy mieć na uwadze kryteria określone w art. 50b ust. 3 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z pierwszym z nich należy opisać cel interesu publicznego, który ma być osiągnięty poprzez nałożenie wymogu będącego przedmiotem regulacji projektu uchwały zawierającej przepisy regulacyjne, ze wskazaniem, jakie

jest ryzyko w przypadku braku takiej regulacji. Idąc dalej, trzeba wskazać, czy możliwe jest osiągnięcie tego celu na podstawie obowiązujących przepisów, a także czy projektowane przepisy są adekwatne do założonego celu oraz spójne z regulacjami o podobnej materii. Konieczne jest również opisanie wpływu projektowanych przepisów na wybór konsumentów, na jakość świadczonych usług oraz na swobodę przepływu osób i usług w Unii Europejskiej. Należy ponadto ocenić, czy możliwe jest osiągnięcie tego celu alternatywną drogą (tj. bez konieczności podejmowania takiej uchwały), a także przedstawić wszystkie wymogi obowiązujące dla danego zawodu regulowanego bądź działalności regulowanej ze wskazaniem, jaki wpływ na te wymogi będzie miał wymóg będący przedmiotem projektu uchwały.

Ocena zgodności musi obowiązkowo zostać zawarta w uzasadnieniu do projektu uchwały zawierającej przepisy regulacyjne (art. 50f ust. 1 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych).

Zgodnie z art. 52b ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych informacje o opracowanym projekcie uchwały oraz o przeprowadzeniu oceny zgodności projektowanych przepisów lub wymogów z zasadami proporcjonalności, uzasadnianego i niedyskryminującego charakteru należy przekazać koordynatorowi systemu uznawania kwalifikacji zawodowych w zawodach regulowanych i działalnościach regulowanych w Rzeczypospolitej Polskiej²⁵.

²⁵ Zgodnie z wytycznymi „informacja powinna zawierać: określenie podmiotu opracowującego projekt uchwały zawierającej przepisy regulacyjne, wskazanie zawodu regulowanego objętego projektem uchwały, jakie wymogi będą nakładane bądź uchylane, sposób przeprowadzenia oceny zgodności, a także wynik przeprowadzenia oceny zgodności”.

6. KONSULTACJE PUBLICZNE

Zgodnie z brzmieniem art. 50f ust. 2 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych projekt aktu prawnego zawierającego przepisy regulacyjne podlega obowiązkowym konsultacjom publicznym (art. 50f ust. 2 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych). W art. 8 ust. 2 dyrektywy 2018/958 wskazano natomiast, że państwa członkowskie angażują wszystkie zainteresowane strony oraz umożliwiają im przedstawienie uwag. Konsultacje publiczne są przy tym przeprowadzane wyłącznie w stosownych przypadkach i w miarę potrzeb. Zatem ustawodawca polski, dokonując transpozycji dyrektywy 2018/958, zastosował bardziej rygorystyczne wymogi aniżeli wynikające z jej brzmienia. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że zd. 2 ust. 2 art. 8 dyrektywy 2018/958 wskazuje, iż konsultacje publiczne należy przeprowadzić zgodnie z procedurami krajowymi, których w odniesieniu do samorządów zawodowych brakuje.

Wobec braku szczegółowych regulacji sposobu przeprowadzenia konsultacji projektów aktów zawierających przepisy regulacyjne uznać należy, że obowiązek przeprowadzenia konsultacji publicznych oznacza, iż na temat przedmiotowego projektu uchwały może się wypowiedzieć każdy (inne

organy, obywatele, usługobiorcy, inne zainteresowane podmioty). Z uwagi na powyższe należy powiadomić zainteresowane strony o przygotowaniu projektu aktu oraz umożliwić zgłoszenie uwag. W wytycznych²⁶ czytamy, że informacja „powinna zostać opublikowana na stronie samorządu zawodowego lub w Biuletynie Informacji Publicznych wraz z projektem uchwały, oceną zgodności i uzasadnieniem”. Ponadto zaleca się utworzenie dedykowanego adresu e-mail lub formularza on-line²⁷.

Konsultacje publiczne mogą zakończyć się brakiem uwag lub ich wpływaniem. W pierwszym przypadku wystarczy opublikować wynik konsultacji. Z kolei w razie wpływnięcia uwag należy w przypadku ich uwzględnienia zaktualizować projekt uchwały, uzupełnić analizę zgodności i uzasadnienie²⁸. W sytuacji gdy uwagi nie zostaną uwzględnione, w wynikach konsultacji należy przedstawić stanowisko samorządu. W każdym przypadku wynik konsultacji publicznych projektu uchwały zawierającego przepisy regulacyjne powinien zostać opublikowany, tak aby każdy zainteresowany mógł się z nim zapoznać.

Przyjęcie uchwały zawierającej przepisy regulacyjne następuje zgodnie z procedurą przewidzianą w ramach danego samorządu zawodowego. Należy jednak zaznaczyć, że jeśli w trakcie podejmowania uchwa-

ły zostaną wprowadzone zmiany jej treści w zakresie przekraczającym zmiany stylistyczne lub techniczne, to niezbędne będzie każdorazowe uzupełnienie oceny zgodności. W celu zachowania transparentności należy przyjętą uchwałę opublikować, umożliwiając zapoznanie się z nią każdemu zainteresowanemu podmiotowi. Ponadto zaleca się poinformowanie ministra właściwego dla danego zawodu o konieczności dokonania aktualizacji informacji w Bazie Zawodów Regulowanych Komisji Europejskiej odnośnie do zawodu regulowanego, którego ta uchwała dotyczy²⁹.

7. WDROŻENIE PRZEPISÓW DYREKTYWY 2018/958 W INNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

W Niemczech w ramach ustawy z 7.06.2021 r. nastąpiła zmiana Bundesrechtsanwaltsordnung³⁰, czyli niemieckiej ustawy o adwokaturze. W § 59a BRAO wskazano między innymi, że kodeks zawodowy musi być zgodny z przepisami prawa europejskiego, które mają do niego zastosowanie. Przynajmniej na dwa tygodnie przed podjęciem przez zgromadzenie ustawowe uchwały w sprawie przepisu projekt z możliwością zgłaszania uwag musi zostać opublikowany na stronie internetowej Federalnej Izby Adwokackiej.

We Francji w dniu 29.07.2020 r. Prezes Rady Ministrów opublikował

²⁶ Wytyczne..., s. 8.

²⁷ Wytyczne..., s. 8.

²⁸ W wytycznych wskazano, że wynik konsultacji publicznych projektu uchwały zawierającego przepisy regulacyjne publikuje się na stronie internetowej samorządu zawodowego lub w „Biuletynie Informacji Publicznych”.

²⁹ Wytyczne..., s. 9.

³⁰ Federalna ustawa o adwokaturze z 1.08.1959 r. – Bundesrechtsanwaltsordnung (BGBl. I S. 3618), dalej BRAO.

okólnik nr 6197/SG³¹, którego celem było ustanowienie od 30.07.2020 r. przeglądu proporcjonalności przepisów ustawowych i wykonawczych ograniczających dostęp do zawodów regulowanych lub ich wykonywanie. Szczególną uwagę zwrócono na nadzór odpowiednich ministrów nad zawodami regulowanymi.

W Belgii utworzony został komitet ds. badania proporcjonalności, który wydaje opinie odnośnie do przedłożonych mu przez lokalne samorządy zawodowe prawników propozycji przepisów regulacyjnych. W skład komitetu wchodzi czterech adwokatów z różnych regionów Belgii. Wraz z opinią przedkładany powinien być proponowany tekst regulacji, który może zostać przyjęty. Opinie te nie są jednak wiążące³².

8. WNIOSKI

W dokumencie roboczym w sprawie podsumowania i aktualizacji zaleceń dotyczących reformy regulacji wolnych zawodów z 2017 r. zawarte zostały wnioski z badań Komisji Europejskiej nad wpływem liberalizacji usług prawnych. Jeden z nich brzmi następująco: „*In a number of cases less restrictive regulation resulted in improved market outcomes such*

as availability of services and prices” („W wielu przypadkach mniej restrykcyjne regulacje skutkowały lepszymi wynikami rynkowymi, takimi jak dostępność usług i ceny”)³³. Restrykcyjność regulacyjna jest w Polsce wyższa niż średnia Unii Europejskiej w przypadku architektów, inżynierów budownictwa, prawników, doradców podatkowych i rzeczników patentowych. Obowiązek badania proporcjonalności wprowadzania nowych przepisów regulacyjnych dla zawodów regulowanych jawi się w tym kontekście jako środek, który jest adekwatny dla realizacji celu, jakim jest zatrzymanie generowania niepotrzebnych wymogów. Prawidłowo wskazano, że zakres oceny zgodności zależy od charakteru, treści i skutków ocenianego przepisu (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2018/958). Stąd też im mniej znacząca zmiana, tym węższy powinien być zakres dokonywanej oceny zgodności.

Powielanie przepisów regulacyjnych w zakresie rynku prawnego zdaje się być w ostatnim czasie metodą regulacji ustawodawcy krajowego, który podejmuje próby wprowadzenia szeregu ustaw obejmujących wycinek rynku prawnego, dotyczących windykcji³⁴,

³¹ Okólnik nr 6197/SG z 29.07.2020 r. w sprawie obowiązku przeprowadzenia testu proporcjonalności przy ocenie projektów standardów dotyczących dostępu do zawodu regulowanego lub jego wykonywania <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45023> (dostęp: 25.03.2023 r.).

³² *Comité de proportionnalité: interview de Thierry Bontinck par Michel Ghislain*, <https://latribune.avocats.be/fr/comite-de-proportionnalite-interview-de-thierry-bontinck-par-michel-ghislain> (dostęp: 25.03.2023 r.).

³³ Komisja Europejska, *Commission staff working document - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on taking stock of and updating the reform recommendations for regulation in professional services of 2017*, Bruksela 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0185&from=LV> (dostęp: 25.03.2023 r.).

³⁴ Projekt ustawy o działalności windykacyjnej i zawodzie windykatorka, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12364758/12916327/12916328/dokument578588.pdf> (dostęp: 25.03.2023 r.).

odszkodowań i szczegółowych zakazów, np. akwizycji w szpitalach czy domach pogrzebowych, limitów *success fee*³⁵ i innych, nie biorąc pod rozwagę wprowadzenia jednolitej regulacji polegającej na świadczeniu usług prawnych wyłącznie przez profesjonalistów, tj. adwokatów, radców prawnych, notariuszy i komorników, którzy aby zdobyć tytuł zawodowy, muszą wykazać się odpowiednimi kwalifikacjami, a w ramach wykonywania zawodu podlegają obowiązkowi szkolenia, odpowiedzialności dyscyplinarnej i kontroli sprawowanej przez samorzady zawodowe. Ustawo-

³⁵ Projekt ustawy o świadczeniu usług w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z czynu niedozwolonego, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/27EEE2D00A59527FC1258384003BC5-C2/%24File/3136.pdf> (dostęp: 25.03.2023 r.).

dawca zdaje się jednak nie dostrzegać specyfiki rynku usług prawnych, gdzie wartości i etyka, których strzegą samorzady zawodowe, stanowią gwarancję jakości usług prawnych i tym samym zapewniają bezpieczeństwo dla konsumentów. Jest to rynek usług, w ramach którego prawa wolnego rynku nie sprawdzają się jako gwarant utrzymania standardów oraz ochrony praw konsumentów i praworządności.

Niezależnie od powyższego ustawodawca, dokonując implementacji dyrektywy 2018/958 do polskiego porządku prawnego, powinien był przewidzieć potrzebę dokonywania analizy zgodności i konsultacji publicznych przepisów regulacyjnych przyjmowanych przez samorzady zawodowe oraz uregulować zarys procedury ich przeprowadzania.

ABSTRACT

Agata Koschel-Sturzbecher

The author is an advocate (District Bar Association in Poznan), a member of the Ethics Committee of the Polish Bar Council and the Institute of Legislation and Parliamentary Work of the Polish Bar Council.

Compliance assessment and public consultations of draft resolutions of professional self-governments containing regulatory provisions in the light of Directive 2018/958

The article discusses the chronology of changes that led to the introduction of guidelines for professional self-governments regarding the preparation of conformity assessments and public consultations on draft resolutions containing regulatory provisions. It indicates how the analysis of compliance of resolutions containing regulatory provisions is carried out and what the purpose of such an analysis is. An assessment of the guidelines is presented, in particular in the context of regulations applicable to advocates.

Keywords: *European Union, regulatory provisions, advocates*

Agata Koschel-Sturzbecher

ORCID: 0000-0001-6620-1866; e-mail: a.koschel-sturzbecher@adwokaci-ks.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Poznaniu), członkiem Komisji ds. Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej oraz Instytutu Legislacji i Prac Parlamentarnych NRA.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Comité de proportionnalité: interview de Thierry Bontinck par Michel Ghislain, <https://latribune.avocats.be/fr/comite-de-proportionnalite-interview-de-thierry-bontinck-par-michel-ghislain> (dostęp: 25.03.2023 r.)

Komisja Europejska, *Commission staff working document - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on taking stock of and updating the reform recommendations for regulation in professional services of 2017*, Bruksela 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0185&from=LV> (dostęp: 25.03.2023 r.)

Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego, Przemysłu, Przedsiębiorczości i MŚP, M. Koumenta, M. Pagliero, D. Rostam-Afschar, *Wpływ regulacji na jakość usług: dowody z sześciu spraw europejskich*, Urząd Publikacji 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bfd2b0e8-1943-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en> (dostęp: 25.03.2023 r.)

Piesiewicz Piotr, *Prawne i etyczne aspekty reklamy adwokackiej*, Warszawa 2021

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, druk Sejmu IX kadencji nr 733, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/164BEE24324055F1C125861C003ED925/%24File/733-uzas.DOCX> (dostęp: 25.03.2023 r.)

Wytyczne dla samorządów zawodowych odnośnie do sporządzania ocen zgodności i przeprowadzania konsultacji publicznych projektów uchwał zawierających przepisy regulacyjne, <https://www.adwokatura.pl/ogolnoprawne/wytyczne-dla-samorzadow-zawodowych-ws-uchwal-regulujacych-wykonywanie-zawodu/> (dostęp: 25.03.2023 r.)

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

Michał Bieniak

What should March '68 teach us? 5

ARTICLES

Magdalena Matusiak-Frącczak

Selected aspects of legal professional privilege in the United States ... 7

Dariusz Mucha

Conclusions about desirable legislative amendment concerning
the crime of sexual intercourse with a minor 20

Przemysław Krawczyk

Interlocutory appeal against a decision concerning a motion
to revoke freeze on assets – comments against the background
of Article 293(3) of the Code of Criminal Procedure 35

Michał Bieniak

Family foundations – organization and functioning 48

Radosław Bulejak, Jacek Matarewicz

Electronic communication of a party and the party's attorney
with the court during judicial-administrative proceedings 62

POLEMICS

Witold Borysiak

Rules of due diligence and tortious liability – polemic 77

COMMENTARIES

Andrzej Koziolkiewicz

Is it possible to settle outlays made from the separate property of one
of the spouses to the separate property of the other spouse

in a court case for the division of their community property? – a commentary on the decision of the Supreme Court of 24 July 2020 in case I CSK 106/2	102
REPETITION FROM ROME	
<i>Maria Zabłocka</i> Fundamental principles of the civil procedure?	118
BOOK-LOVER LAWYER'S TALES	
<i>Andrzej Tomaszek</i> On a deficit of rationality and authorities	121
MEMORY COLUMNS	
<i>Natalia Drzazgowska-Kanarek, Janusz Kanarek</i> Bogusław Owsianik (1950–2021)	126
AD VOCARE	
<i>Agata Koschel-Sturzbecher</i> Compliance assessment and public consultations of draft resolutions of professional self-governments containing regulatory provisions in the light of Directive 2018/958	130

W numerze między innymi:

MAGDALENA MATUSIAK-FRĄCCZAK

Wybrane aspekty funkcjonowania tajemnicy adwokackiej
w Stanach Zjednoczonych

DARIUSZ MUCHA

Postulat *de lege ferenda* w zakresie przestępstwa
obcowania płciowego z małoletnim

PRZEMYSŁAW KRAWCZYK

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie wniosku
o uchylenie zabezpieczenia majątkowego
– uwagi na tle art. 293 § 3 Kodeksu postępowania karnego

MICHAŁ BIENIAK

Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie

RADOSŁAW BULEJAK, JACEK MATAREWICZ

Komunikacja elektroniczna strony i jej pełnomocnika z sądem
w toku postępowania sądownoadministracyjnego

ANDRZEJ KOZIOŁKIEWICZ

Czy w sądowej sprawie o podział majątku wspólnego małżonków
dopuszczalne jest rozliczanie nakładów dokonanych z majątku osobistego
jednego z małżonków na majątek osobisty drugiego małżonka? – glosa
